



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

DE INVLOED VAN HET EVRM OP HET ONDERNEMINGSRECHT

Omslagontwerp: H2R+ creatieve communicatie bv

ISBN 978-90-13-11044-9

ISBN 978-90-13-11045-6 (E-book)

NUR 827-715

© 2012, A.J.P. Schild

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen. Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op dinsdag 6 november 2012
klokke 16:15 uur

door

Alexander Johan Paul Schild
geboren te Den Haag
in 1972

Promotiecommissie

Promotoren: prof. mr. T. Barkhuysen
prof. mr. L. Timmerman (Erasmus Universiteit Rotterdam)

Overige leden: prof. mr. B.F. Assink (Erasmus Universiteit Rotterdam)
prof. mr. M.J. Kroeze (Erasmus Universiteit Rotterdam)
prof. dr. R.A. Lawson
prof. dr. W.J.M. Voermans
prof. mr. I.S. Wuisman

Voorwoord

Dit boek bevat het promotie-onderzoek van mr. A.J.P. Schild naar de doorwerking van de grondrechten, zoals die worden beschermd door het EVRM, in het ondernemingsrecht. Als promotoren traden op prof. mr. L. Timmerman en prof. mr. T. Barkhuysen.

Schild heeft zijn dissertatie geschreven tegen de achtergrond van de sterke ‘europeanisering’ van het recht, zoals zich die de laatste halve eeuw heeft voorgedaan. Met name sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw is de invloed van supranationaal recht, vooral het Unierecht op het nationale recht sterk toegenomen. Ook het EVRM heeft zich ontwikkeld van een verdrag met vooral symbolische waarde naar een volwaardige bron van recht. In ondernemingsrechtelijke geschillen wordt in toenemende mate een beroep op het EVRM gedaan, met name op art. 1 Eerste Protocol dat het recht op het ongestoorde genot van eigendom beschermt.

Het proefschrift bestaat uit twee delen. In het eerste gedeelte worden algemene thema’s behandeld, zoals de wijze waarop het EVRM doorwerkt in het privaatrecht en de vraag in hoeverre rechtspersonen zich op mensenrechten kunnen beroepen. Voorts bevat het eerste deel een rechtsfilosofische beschouwing waarin inzichtelijk wordt gemaakt hoe het denken over mensenrechten zich in de laatste halve eeuw heeft ontwikkeld.

In het tweede gedeelte van het proefschrift behandelt Schild de vraag in hoeverre bepaalde bepalingen uit het ondernemingsrecht, waarmee inbreuk kan worden gemaakt op grondrechten, ‘EVRM-proof’ zijn. Schild beantwoordt deze vraag steeds aan de hand van een grondige analyse van de jurisprudentie van het EHRM. Daarbij worden veel kwesties besproken die voor de jurist in de ondernemingsrechtpraktijk van belang kunnen zijn. Zoals de vraag of een verwatering van aandelen door een besluit tot uitgifte van nieuwe aandelen door de vennootschap een aantasting van het recht op eigendom oplevert in de zin van art. 1 EP.

VOORWOORD

Het resultaat is een helder geschreven boek, dat op toegankelijke wijze inzicht biedt in de wijze waarop het EVRM zich verhoudt tot het Nederlandse ondernemingsrecht en voor de beoefening van het ondernemingsrecht van groot belang is. Graag introduceren wij dit proefschrift in de reeks van uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen en de Erasmus Universiteit Rotterdam.

M.J. Kroeze
J.B. Wezeman

Inhoud

Voorwoord	V
Hoofdstuk 1 Inleiding	1
1.1 Over het onderwerp	1
1.2 Vraagstelling	2
1.3 Methode van onderzoek	4
1.4 Het Handvest Grondrechten van de Europese Unie	5
1.5 Het IVBPR	12
1.6 Indeling	13
Deel I – Enkele algemene achtergronden	15
Hoofdstuk 2 Ondernemingsrecht en mensenrechten	17
2.1 De rechtspersoon en mensenrechten	17
2.2 Afgeleide rechten	17
2.3 De opkomst van de rechtspersoon	20
2.4 De positie van rechtspersonen onder het EVRM	23
2.5 De geschiedenis van het EVRM in vogelvlucht	26
2.6 Kwalificaties van grondrechten	30
2.7 Doorwerking van het EVRM in het algemeen	30
2.8 De doorwerking van het EVRM in het Nederlandse ondernemingsrecht	32
2.9 Horizontale werking van verdragsrechten	33
2.10 Verplicht het EVRM tot ambtshalve toetsing aan de verdragsbepalingen?	39
2.11 Verplicht het Nederlandse recht tot ambtshalve toetsing aan het EVRM?	42
2.12 De artikelen 24 en 25 Rv. en de stelplicht van partijen	44
2.13 De verrassingsbeslissing	47
2.14 De procedure in Straatsburg	48
2.15 Een slotopmerking	51
Hoofdstuk 3 Over de interpretatie van grondrechten	53
3.1 Inleiding	53
3.2 Het object van de rechtswetenschap	54
3.2.1 Recht en rechtvaardigheid	54
3.2.2 Op zoek naar een grondslag voor de geesteswetenschappen	55
3.2.3 Formele structuren als bron van het recht	58
	VII

INHOUD

3.2.4	Informele structuren als bron van het recht	58
3.2.5	Recht als een uitdrukking van rechtvaardigheid	62
3.2.6	Het denken van Dilthey, een conclusie	63
3.2.7	Dilthey en grondrechten	64
3.3	Ontwikkelingen in het denken over grondrechten	65
3.3.1	De uitvinding van de rechten van de mens	65
3.3.2	Uncle Tom's cabin	67
3.3.3	Het 'bestaan' van mensenrechten	68
3.4	De rechter en het recht	71
3.4.1	Wat maakt de regel tot recht?	71
3.4.2	Rechtspositivisme	71
3.4.3	Drie typen van rechtsvinding	74
3.4.4	De 'realisten'	75
3.4.5	De invulling van de open norm	76
3.5	De open norm: hoe bepalen we wat behoort te gebeuren?	78
3.5.1	De mens als maat van alle dingen?	78
3.5.2	De ervaring als bron van kennis	79
3.5.3	Zijn en moeten	80
3.5.4	De praktische rede als kompas	81
3.5.5	De particulariteit van het goede	82
3.6	De kunst van het oordelen	85
3.6.1	Drie meta-ethische theorieën	85
3.6.2	Relativiteit	87
3.6.3	Objectiviteit	89
3.6.4	Dworkin's right answer thesis	91
3.6.5	Onpartijdigheid	92
3.6.6	Drie kwaliteitseisen	93
3.7	Het toetsen aan grondrechten	95
3.7.1	De bron(nen) van het recht	95
3.7.2	De toetsing aan grondrechten	96
3.7.3	De idee achter grondrechten	99
3.7.4	De wijze van oordelen door het EHRM: bricolage casuistique?	100
3.7.5	Inzicht in 'de diepte' door het EHRM	101
3.7.6	Inzicht in de breedte: de horizon van het EHRM	103
3.7.7	Objectiviteit: "It's law, all the way down"?	107
3.8	Slotopmerking	111
Deel II – Het EVRM en het Nederlandse ondernemingsrecht		115
Hoofdstuk 4 Artikel 1 Eerste Protocol		117
4.1	Inleiding	117
4.2	Art. 1 Eerste Protocol, een introductie	118
4.2.1	Een schets van de geschiedenis	118
4.2.2	De toetsing aan art. 1 EP	120

INHOUD

4.2.3	Het begrip possessions	121
4.2.4	De rechtvaardiging van een inbreuk op eigendomsrechten	126
4.2.4.1	Voorzien bij wet	127
4.2.4.2	Algemeen belang (the public interest-test)	134
4.2.4.3	De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (the fair balance-test)	136
4.2.4.4	De <i>disproportionate</i> burden, een voorbeeld	139
4.2.4.5	Ontnemen versus reguleren van eigendom	141
4.2.4.6	Toetsing aan art. 1 EP bij ontneming van eigendom	144
4.2.5	Ondernemingsrechtelijke geschillen over art. 1 EP in Straatsburg	147
4.2.6	Conclusies over art. 1 EP	150
4.3	Art. 1 EP en het Nederlandse ondernemingsrecht	153
4.3.1	Inleidende opmerking	153
4.3.2	Voorzieningen te treffen door de Ondernemingskamer	154
4.3.2.1	De bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen door de Ondernemingskamer	154
4.3.2.2	De voorzieningen ex art. 2:356 BW	162
4.3.2.3	De voorziening van overdracht van aandelen ten titel van beheer	163
4.3.2.4	Decharge van een door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder of commissaris	170
4.3.3	Afgeleide schade	177
4.3.3.1	De jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van afgeleide schade	177
4.3.3.2	Ontvankelijkheid van aandeelhouders bij het EHRM	179
4.3.3.3	Agrotexim t. Griekenland	181
4.3.3.4	Complicaties in ‘afgeleide schade’-situaties	184
4.3.3.5	Samenloopproblemen bij een actie van zowel de aandeelhouder als de vennootschap	186
4.3.4	De blokkeringsregeling	189
4.3.5	De geschillenregeling	191
4.3.6	De uitkoopregeling	194
4.3.7	De fusieregeling	197
4.3.7.1	Uitstoting van een minderheidsbelang door verwatering	198
4.3.7.2	De uitstoting van een minderheidsbelang door een fusie	201
4.3.8	Uitgifte van aandelen met uitsluiting van het voorkeursrecht	203
4.3.9	De Interventiewet	205
4.3.9.1	Inleiding	205
4.3.9.2	De nationalisatie van Northern Rock	205
4.3.9.3	Het oogmerk van de Interventiewet	207
4.3.9.4	De bevoegdheden voor de Minister van Financiën	208
4.3.9.5	De bevoegdheden voor DNB	210
4.3.9.6	Het probleem van het procesrisico bij toepassing van de overdrachtsregeling	214

INHOUD

4.3.9.7	Rechtsmiddelen voor de probleeminstelling bij toepassing van de overdrachtsregeling	215
4.3.9.8	Tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling	216
4.3.9.9	Tot besluit	219
4.3.10	Het wetsvoorstel terugvordering bestuurdersbeloningen	219
4.3.10.1	Inleiding	219
4.3.10.2	Het wetsvoorstel ‘claw back’	220
4.3.10.3	Het amendement Tang & Irrgang	221
4.3.10.4	Is het amendement Tang & Irrgang in strijd met art. 1 EP?	222
4.4	Conclusie	225
Hoofdstuk 5	Artikel 6 EVRM	229
5.1	Inleiding	229
5.2	Art. 6 EVRM, een introductie	230
5.2.1	De beschermingsomvang van art. 6 EVRM	230
5.2.2	Golder t. Verenigd Koninkrijk	230
5.2.3	Hornsby t. Griekenland	232
5.2.4	Het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen	233
5.3	Art. 6 EVRM en het ondernemingsrecht	236
5.3.1	De Ogem-beschikking	236
5.3.2	Text Lite	237
5.3.3	Fayed	240
5.4	Het enquêterecht en art. 6 EVRM	243
5.4.1	Het spanningsveld tussen het enquêterecht en art. 6 EVRM	243
5.4.2	Het verzoek om een enquête-onderzoek	245
5.4.3	Het enquête-onderzoek	246
5.4.4	Mantovanelli	247
5.4.5	Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland	249
5.4.6	De betekenis van Mantovanelli en Lind voor het enquête-onderzoek	251
5.4.7	Het recht op toegang tot de rechter in het enquêterecht	252
5.4.8	De beperking in de toegang tot de rechter getoetst	254
5.4.9	De beslissing tot openbaarmaking van het verslag	257
5.4.10	Art. 6 en de tweede fase	261
5.5	Conclusie	259
Hoofdstuk 6	Artikel 8 EVRM	263
6.1	Inleiding	263
6.2	De ontwikkeling van jurisprudentie ten aanzien van art. 8 EVRM	263
6.3	De Colas Est-uitspraak	267
6.4	Gevolgen van Colas Est voor het Nederlandse recht	269
6.5	De koers van het Hof van Justitie ten aanzien van bedrijfslokalen	273

INHOUD

6.6	Art. 8 EVRM en bedrijfsgegevens	277
6.7	Conclusie	278
Hoofdstuk 7 Artikel 11 EVRM		279
7.1	Inleiding	279
7.2	Het eerste lid: werkzaamheden in strijd met de openbare orde	283
7.3	Statutair doel in strijd met openbare orde	289
7.4	Art. 2:20 lid 3 BW: de verbodenverklaring na plaatsing op een ‘terrorisme-lijst’	290
7.4.1	Inleiding	290
7.4.2	Het toetsingskader	295
7.4.3	Een listing door Nederland.	299
7.4.4	Een listing op Unie-niveau	301
7.4.5	Een listing op VN-niveau	302
7.4.6	Rechtsmiddelen op nationaal niveau	302
7.4.7	Rechtsbescherming op Unie-niveau sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon	304
7.4.8	Rechtsbescherming op Unie-niveau voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon	306
7.4.9	Rechtsbescherming op VN-niveau	306
7.4.10	De VN-terreurlijst en het recht op een effectief rechtsmiddel	310
7.4.11	De materiële toetsing van een VN- <i>listing</i>	313
7.4.12	De bevoegdheidsverdeling tussen het Hof van Justitie en het EHRM	315
7.4.13	Uitleiding	316
7.5	Conclusie	317
Hoofdstuk 8 Conclusie		319
<i>Summary</i>		325
<i>Literatuurlijst</i>		331
<i>Trefwoordenregister</i>		353
<i>Curriculum vitae</i>		357

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 Over het onderwerp

In deze dissertatie wordt de invloed van het EVRM op het Nederlandse ondernemingsrecht onderzocht. Het is niet erg waarschijnlijk dat men op 4 november 1950 – toen Nederland in Rome het EVRM¹ ondertekende – hoge verwachtingen had van het belang van het EVRM voor het Nederlandse ondernemingsrecht.² Het verdrag werd geacht met name een symbolische waarde te hebben. De koude oorlog was in volle gang. Met het EVRM konden de West-Europese landen zich onderscheiden van de totalitair-communistische Oostbloklanden. Dat Nederland ook ooit veroordeeld zou kunnen worden voor schendingen van mensenrechten, werd weinig waarschijnlijk geacht.³

Sindsdien heeft zich een sterke ‘europeanisering’ van het recht voorgedaan. Met name sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw is de invloed van supranationaal recht op het nationale recht sterk toegenomen. Het meest in het oog springend is daarbij de sterke opmars van het Unierecht, dat inmiddels diverse onderdelen van het recht van de lidstaten van de Unie beheerst.

Parallel aan deze ontwikkeling heeft ook het EVRM zich ontwikkeld van een verdrag met alleen symbolische waarde naar een volwaardige bron van recht. Ook voor het ondernemingsrecht vormt het EVRM een rechtsbron die in toenemende mate door de praktijk wordt ontdekt. In deze dissertatie is getracht de invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht nader te expliciteren. Het oogmerk is geweest een handzaam en leesbaar boek te schrijven dat op toegankelijke wijze inzicht biedt in de wijze waarop het EVRM zich verhoudt tot het Nederlandse recht en meer in het bijzonder het ondernemingsrecht.

-
1. Ratificatie geschiedde door Nederland op 31 augustus 1954.
 2. De vraag naar de positie van rechtspersonen onder het EVRM heeft niet expliciet de aandacht gehad van de ontwerpers van het EVRM, zie Emberland 2006, p. 10.
 3. Klerk & Van Poelgeest 1991, p. 220-246.

HOOFDSTUK 1

1.2 Vraagstelling

Centraal in deze dissertatie staat de vraag in hoeverre het EVRM het Nederlandse ondernemingsrecht beïnvloedt.⁴ Het EVRM – en met name de jurisprudentie van het EHRM – kan van belang zijn bij de uitleg van bestaande wetsbepalingen, alsmede bij het ontwerpen van nieuwe wetsbepalingen door de wetgever. Het doel van dit boek is primair aan de hand van de geformuleerde onderzoeksvraag een beschrijving van het positieve recht te geven (met name in deel 2, met deel 1 als een opmaat daarvoor). In het geval van onduidelijkheid, is zoveel mogelijk getracht aan de hand van een analyse van de jurisprudentie van het EHRM een prognose te geven van het positieve recht. Wanneer aan de analyse tevens een eigen wens ten grondslag ligt over de wijze waarop het recht zou moeten luiden, heb ik die wens geëxpliciteerd.

De eerste vraag die zich aandient in dit verband is welke grondrechten een raakvlak hebben met het ondernemingsrecht. Niet alle door het EVRM beschermde rechten zijn relevant voor het ondernemingsrecht. In het algemeen geldt dat het EVRM het strafrecht en het bestuursrecht in een veel sterkere mate beïnvloedt dan het privaatrecht.⁵ In het strafrecht en het bestuursrecht oefent de Staat macht uit over zijn onderdanen, die daardoor in hun vrijheden worden beperkt. Het privaatrecht reguleert de rechtsverhoudingen tussen private partijen onderling, die in beginsel vrij zijn in de beschikking over hun eigendommen.

Het EVRM beschermt onder meer het recht op leven, het recht gevrijwaard te zijn van foltering en slavernij, het recht op vrijheid en veiligheid, het recht op vrijheid van godsdienst en het verbod op strafbaarstelling met terugwerkende kracht. Voor het ondernemingsrecht zijn deze grondrechten zonder belang, omdat niet valt in te zien hoe deze grondrechten de rechtsverhouding tussen de bij de rechtspersoon betrokken actoren kunnen beïnvloeden.

Slechts een beperkt aantal bepalingen uit het EVRM heeft een raakvlak met het ondernemingsrecht. Relevant zijn met name het recht op het ongestoorde genot van eigendom (art. 1 Eerste Protocol) en het recht op een eerlijk proces

4. Het ondernemingsrecht betreft het deelgebied van het recht dat zich bezig houdt met de vraag naar de wijze waarop (rechts)personen zich door middel van rechtsvormen kunnen organiseren en kunnen deelnemen aan het maatschappelijk verkeer. Het Nederlandse ondernemingsrecht is met name neergelegd in Boek 2 BW. Daarnaast bevat ook het Wetboek van Koophandel nog enige voorschriften over maatschap en de VOF. Het effectenrecht en het mededingingsrecht worden doorgaans niet tot het ondernemingsrecht gerekend, omdat deze rechtsgebieden geen betrekking hebben op de rechtsvorm, als wel een specifiek onderwerp dat buiten de rechtsvorm ligt – de handel in effecten of de beperking van de mededinging – trachten te regelen. Voorts dient de vraag naar de invloed van het EVRM op het Nederlandse ondernemingsrecht te worden onderscheiden van de vraag in hoeverre rechtspersonen zich kunnen beroepen op fundamentele rechten. Deze laatste vraag komt kort aan de orde in hoofdstuk 2.

5. Zie in meer algemene zin over de beperkte betekenis van het EVRM voor het privaatrecht: Asser-Hartkamp 2011, nr. 198.

(art. 6 EVRM). Daarnaast hebben ook het recht op privacy (art. 8 EVRM) en het recht op vrijheid van vergadering en vereniging (art. 11 EVRM) enige raakvlakken met het ondernemingsrecht.⁶

De tweede vraag is welke bepalingen in het ondernemingsrecht beïnvloed kunnen worden door het EVRM. Voor grote deelgebieden van het ondernemingsrecht – zoals het personenvennootschapsrecht⁷ – geldt dat er geen redenen zijn te twijfelen aan de compatibiliteit met het EVRM, nu er geen bepalingen aanwijsbaar zijn op grond waarvan inbreuk kan worden gemaakt op grondrechten. *De facto* doet de vraag naar de verhouding tot het EVRM zich in het ondernemingsrecht alleen voor wanneer een wettelijke bepaling de mogelijkheid schept dat door de Staat of door derden inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten, het recht op een *fair trial*, het recht op *privacy* of op het recht van de vrijheid van vergadering en vereniging.

In het ondernemingsrecht kan een discussie over een schending van grondrechten zich met name voordoen bij:

- (i) de voorzieningen die de Ondernemingskamer kan treffen in een enquêteprocedure op grond van art. 2:349a lid 2 BW en art. 2:356 BW,
- (ii) de vraag of aandeelhouders onder omstandigheden het recht toekomt om ‘afgeleide schade’ te vorderen,
- (iii) de blokkerings-, geschillen-, uitkoop- en fusieregeling,
- (iv) de rechtswaARBorgen tegen maatregelen die kunnen worden getroffen op grond van de interventiewet,
- (v) de vraag of de enquête-regeling voldoende het recht op hoor en wederhoor waarborgt en in voldoende mate in rechtsbeschermingsinstrumenten voorziet voor belanghebbenden (veelal bestuurders) die reputatieschade vrezen na openbaarmaking van het enquêteverslag,
- (vi) de vraag in hoeverre rechtspersonen met een beroep op hun recht op privacy zich zouden kunnen verzetten tegen openbaarmaking van bedrijfsgegevens in het jaarverslag, en
- (vii) de vraag hoe de vrijheid van vereniging zich verhoudt tot de mogelijkheid van ontbinding van een rechtspersoon door de rechter (art. 2:20 BW) vanwege een doel of feitelijke werkzaamheden die in strijd zijn met de openbare orde, dan wel het verbod van rechtswege na plaatsing op een ‘terreur’-lijst.

Het zijn met name deze vragen die het onderwerp vormen van dit boek.

6. Weliswaar kunnen ook andere rechten door rechtspersonen worden ingeroepen, zoals bijvoorbeeld het recht op de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM) en het beginsel van ‘geen straf zonder wet’ (art. 7 EVRM), maar de omstandigheid dat deze rechten door rechtspersonen kunnen worden ingeroepen brengt nog niet mee dat zij ook van belang zijn voor het ondernemingsrecht.

7. Personenvennootschappen kunnen ook niet (bij gebrek aan rechtspersoonlijkheid) zelfstandig een klacht indienen bij het EHRM.

1.3 Methode van onderzoek

Het onderzoek heeft zich primair gericht op een analyse van het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM. Over de manier waarop naar jurisprudentie en literatuur is gezocht valt in algemene zin op te merken dat de gebruikelijke methoden zijn benut. De gangbare juridische databanken zijn geraadpleegd. Daarnaast is met name het internet in staat gebleken de nodige onverwachte *finds* te generen. De *websites* SSRN⁸ en Google Books zijn daarbij behulpzaam gebleken. In het Hudoc systeem – de online jurisprudentie catalogus van het EHRM – is ook onderzoek gedaan naar zaken met een ondernemingsrechtelijke component die niet-ontvankelijk zijn verklaard. In zoverre is ook gekeken naar de uitspraken die de annalen niet hebben gehaald.

Het literatuuronderzoek heeft zich met name toegespitst op de Nederlandse literatuur. Daarvoor is gekozen nu in dit boek getracht is een helder en functioneel overzicht te geven van de relevante grondrechtelijke leerstukken zonder de ambitie om een volledig overzicht te geven van alle vergezichten die worden geschreven over de jurisprudentie van het EHRM. Daarnaast is de Nederlandse literatuur voor de praktijkjurist het meest eenvoudig te raadplegen.

Waar het de geschiedenis van het EVRM en de vroege ontwikkelingen in de jurisprudentie van het EHRM betreft is wel veelvuldig gebruik gemaakt van het boek van Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*. Ook het boek van Allegaert – *Le Droit des Sociétés et les Libertés et Droits Fondamentaux* – dient hier te worden genoemd. Haar werk vormt de Franse tegenvoeter van deze dissertatie. De insteek van het boek van Allegaert is evenwel een andere. In dit boek is getracht de invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht zoveel mogelijk te concretiseren, terwijl Allegaert heeft gekozen voor een meer theoretische benadering van het onderwerp.

Een vrij uitgebreide theoretische beschouwing – of meer nauwkeurig een rechtsfilosofische beschouwing – is in dit boek wel te vinden in het derde hoofdstuk. Het strekt ertoe om op een meer abstract niveau het inzicht te bevorderen in de plaats die grondrechten in het recht innemen. Daarmee is ook beoogd te verduidelijken hoe de reikwijdte van een grondrecht in een concreet geval kan worden bepaald. Niet is getracht om een zelfstandige rechtsfilosofische theorie te ontwikkelen of uit te werken. De rechtsfilosofische beschouwingen dienen om in de daarop volgende hoofdstukken het ondernemingsrecht te benaderen vanuit een denkrichting die past bij hetgeen grondrechten beogen. Een korte rechtsfilosofische exercitie acht ik in zoverre ook aangewezen in deze dissertatie omdat het domein van de grondrechten in hoge mate wordt beheerst door ‘rechtersrecht’, hetgeen in het algemeen het recht moeilijker te begrijpen

8. Zie <www.ssrn.com>.

en op te sporen maakt.⁹ Indien men de reikwijdte van een bepaling uit het EVRM concreet wil maken, kan de overvloedige jurisprudentie van het EHRM soms ontmoedigend ogen. De jurist heeft een natuurlijke behoefte om in de jurisprudentie zekere nadere regels te ontwaren, teneinde daarin houvast te kunnen vinden. Ik wil aan de hand van een schets van de functie van grondrechten het belang onderstrepen om bij iedere uitspraak van het EHRM vooral ook de context waarin de uitspraak is gewezen in het oog te houden.

Hoewel buiten kijf staat dat het EVRM – en met name ook de jurisprudentie van het EHRM – op dit moment met afstand de meest belangrijke bron van recht op het terrein van grondrechten voor de Nederlandse rechtsorde is, is Nederland daarnaast partij bij diverse andere verdragen waarin grondrechten worden gewaarborgd. Daarbij zijn vooral het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en het IVBPR van belang. Hieronder licht ik beide kort toe teneinde het onderwerp van deze dissertatie nader te kunnen afbakenen.

1.4 Het Handvest Grondrechten van de Europese Unie

Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is sinds het van kracht worden van het Verdrag van Lissabon, op 1 december 2009, officieel een bron van recht binnen de Unie.¹⁰ Dat wil niet zeggen dat voor dat moment grondrechten geen rol van betekenis speelden in het Unierecht. In de jaren zeventig heeft het Hof van Justitie in zijn uitspraken aanvaard dat grondrechten dienen te worden beschouwd als algemene beginselen van gemeenschapsrecht (inmiddels Unierecht).¹¹ Het Hof van Justitie beoordeelde steeds naar aanleiding van een concreet geval of een bepaald recht als een beginsel van

9. “Rechtspraakrecht is naar zijn aard moeilijker te begrijpen en op te sporen dan in de wet neergelegd recht, en dat wordt sterker naar mate de rechterlijke uitspraken algemener van karakter zijn, in het bijzonder omdat zij toepassing geven aan open normen”, Hartkamp 2011, p. 307.

10. Omdat de Europese Unie (nog) geen partij is bij het EVRM, kan het EHRM het Unierecht niet rechtstreeks aan het EVRM toetsen. De individuele verdragsstaten zijn verantwoordelijk het Unierecht op een zodanige wijze uit te voeren dat het niet in strijd komt met de eisen die het EVRM stelt. In zoverre kan het EHRM langs een omweg het Unierecht wel toetsen. Zie over de verhouding tussen de EU-rechtsorde en het EVRM uitvoerig Lawson 1999.

11. De eerste uitspraak waarin het belang van de eerbiediging van grondrechten in de communautaire rechtsorde werd geproclameerd was HvJ EG 12 november 1969, zaak C-29/69, Jur. 1969, p. 00419 (*Stauder*). Deze jurisprudentie is ontwikkeld onder meer als reactie op de zogenoemde ‘Solange’-jurisprudentie van het Duitse *Bundesverfassungsgericht*. Zie BVerfGE 29 mei 1974, 37, 271 (*Solange I*), waarin het Bundesverfassungsgericht zich bevoegd achtte de grondwettelijkheid van communautaire wetgeving te onderzoeken, zolang (*solange*) de communautaire rechtsorde geen grondrechtencatalogus kende en op een minstens gelijkwaardig niveau rechtsbescherming bood.

HOOFDSTUK 1

gemeenschapsrecht moest worden aanvaard. Daarbij liet het Hof van Justitie zich inspireren door het EVRM en de constituties van de lidstaten.¹²

In het Verdrag van Maastricht¹³ werd opgenomen dat het communautaire recht grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het EVRM of voortvloeien uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, als algemene beginselen van gemeenschapsrecht eerbiedigt.¹⁴ Daarmee werd de bestaande jurisprudentie van het Hof van Justitie op dit punt gecodificeerd.¹⁵

In juni 1999 heeft de Europese Raad besloten om een Handvest van de grondrechten (het Handvest) op te stellen, teneinde de zichtbaarheid van de borging van grondrechten in het Unierecht te vergroten. Het Handvest bevat een uitvoerige lijst met grondrechten.¹⁶ Ook de door het EVRM beschermde grondrechten zijn opgenomen in het Handvest. De grondrechten zijn opgedeeld in de categorieën waardigheid van de persoon, vrijheid, gelijkheid, solidariteit, burgerschap en gerechtigheid.

Het Handvest is officieel afgekondigd op de Europese Raad van Nice in december 2000. Het Handvest kreeg op dat moment nog geen juridisch bindende status. Daarvoor was op dat moment nog onvoldoende draagvlak.

Met inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon – op 1 december 2009 – heeft het Handvest uiteindelijk een bindende status gekregen.¹⁷ De bepalingen in

12. HvJ EG 14 mei 1974, zaak 4/73, Jur. 1973, p. 491 (*Nold t. Commissie*).

13. Inwerking getreden op 1 november 1993.

14. Inmiddels art. 6 lid 3 VWEU.

15. Vgl. HvJ EG 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05P & C-415/05P, NJ 2009, 38 m. nt. Mok (*Kadi & Al Barakaat t. Raad*), § 283: “Bovendien vormen de grondrechten volgens vaste rechtspraak een integrerend deel van de algemene rechtsbeginselen waarvan het Hof de eerbiediging verzekert. Het Hof laat zich daarbij leiden door de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten alsmede door de aanwijzingen die te vinden zijn in de internationale rechtsinstrumenten inzake de bescherming van de rechten van de mens waaraan de lidstaten hebben meegewerkt of waarbij zij zich hebben aangesloten. Aan het EVRM komt in dit opzicht bijzondere betekenis toe (zie met name arrest van 26 juni 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-305/05, *Jurispr. blz. I-5305*, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).”

16. Waarbij op een weinig heldere wijze onderscheid wordt gemaakt tussen rechten en beginselen. Zie De Waele 2011, p. 246.

17. Art. 6 VEU luidt als volgt: “De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft.” Polen en het Verenigd Koninkrijk hebben het voorbehoud gemaakt dat de rechten die in het Handvest staan genoemd niet voor hun nationale rechter kunnen worden ingeroepen, tenzij deze rechten elders in de wet zijn verankerd. De betekenis van dit voorbehoud lijkt met name symbolisch. De in het Handvest opgenomen rechten zijn een verzameling van rechten die reeds in andere verdragen staan, waaronder met name het EVRM, waarbij zowel Polen als het Verenigd Koninkrijk partij zijn. Voorts geldt dat uitspraken van het Hof van Justitie met betrekking tot deze rechten ook Polen en het Verenigd Koninkrijk binden.

het Handvest hebben een status die gelijk is aan een verdrag.¹⁸ Daarmee heeft de Unie nu ook haar eigen grondrechtencatalogus.¹⁹ Het Verdrag van Lissabon voorziet ook in de toetreding van de Unie als partij bij het EVRM. Vanaf dat moment zal het EHRM ook klachten jegens de Unie kunnen ontvangen.

De werkingssfeer van het Handvest is beperkt tot de sfeer van het EU-recht.²⁰ Het Handvest richt zich in de eerste plaats tot de ‘instellingen, organen en instanties van de Unie’ en daarnaast – maar uitsluitend voor zover zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen – tot de lidstaten.²¹ Ook burgers van de lidstaten kunnen zich op het Handvest beroepen voor zover de daarin opgenomen bepalingen rechtstreekse werking hebben. Daarvan is sprake ingeval een bepaling onvoorwaardelijk en met voldoende nauwkeurigheid is geformuleerd. Burgers kunnen zich bijvoorbeeld op het Handvest beroepen tegenover nationale instanties wanneer EU-regelgeving (of wetgeving die daarop is gebaseerd) in het geding is. Ook in privaatrechtelijke verhoudingen kan soms een beroep worden gedaan op het Handvest.²² Wanneer een bepaling in strijd is met het Handvest, zal de rechter de bepaling conform het Unierecht dienen te interpreteren of anderszins buiten toepassing moeten laten.²³ Indien de rechter aarzelt of een bepaling in overstemming is met een grondrecht dat is opgenomen in het Handvest, zal hij aan het Hof van Justitie prejudiciële vragen kunnen stellen.²⁴

Voor geschillen die betrekking hebben op het ondernemingsrecht zal het Handvest alleen een relevant toetsingskader vormen indien het Unierecht op enigerlei wijze in het geding is.²⁵ Zo zullen aandeelhouders die worden gepasseerd bij een uitgifte van nieuwe aandelen een beroep kunnen doen op

18. Zie hierover Barkhuysen & Bos 2011, p. 8 en 9.

19. Sinds het *Kücükdeveci*-arrest – dat ongeveer een maand na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon werd gewezen – noemt het Hof van Justitie in zijn arresten het Handvest ook als een bron van grondrechten. Zie HvJ EU 19 januari 2010, zaak C-555/07, AB 2010/89 m.nt. Van Eijken & Verhoeven (*Kücükdeveci t. Swedex GmbH & Co*).

20. Art. 51 lid 1 Handvest bepaalt: “De bepalingen van dit handvest zijn gericht tot de instellingen en organen van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel en tot de lidstaten, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. (...)”

21. Zie art. 51 lid 1 Handvest. Het Handvest is van toepassing op al het handelen van de instellingen, de organen en de instanties van de Unie.

22. Zo is in HvJ EU 19 januari 2010, zaak C-555/07, AB 2010/89 m.nt. Van Eijken & Verhoeven (*Kücükdeveci t. Swedex GmbH & Co*) aan het verbod van discriminatie op grond van leeftijd directe werking toegekend in een geschil tussen private partijen. Zie uitvoerig over de betekenis van het Handvest voor het Nederlandse privaatrecht: Barkhuysen, Bos & Ten Have 2011.

23. Voor een overzicht van de wijze waarop de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State toetst aan het Handvest zie de noot van Barkhuysen & Bos onder ABRvS 2 november 2011, AB 2012, 53.

24. Tenzij sprake is van een *acte clair*, is de Hoge Raad, als hoogste nationale rechter, daartoe verplicht.

25. Vgl. bijv. HvJ EU 12 november 2010, zaak C-339/10 (*Estov*), waarin het Hof van Justitie een prejudiciële vraag afdeed met de overweging: “aangezien de verwijzingsbeslissing →

HOOFDSTUK 1

het verbod op discriminatie, zoals neergelegd in het Handvest.²⁶ Het Unierecht is in een dergelijk geval in het geding, omdat het beginsel van gelijke behandeling van aandeelhouders, zoals neergelegd in art. 2:92 lid 2 (voor de NV) en art. 201 lid 2 (voor de BV), een uitvloeisel is van art. 42 van de Tweede Richtlijn tot coördinatie van het vennootschapsrecht in de lidstaten van de EG.²⁷

Ik merk op dat het Hof van Justitie heeft overwogen dat art. 42 Tweede Richtlijn een beperkte reikwijdte heeft. Het is alleen van toepassing op kapitaalverhogingen of verminderingen, zoals wordt overwogen in de considerans van de Tweede Richtlijn en strekt ertoe een minimale bescherming aan de aandeelhouders in alle lidstaten te waarborgen.²⁸

Ook voor situaties buiten kapitaalverhogingen en kapitaalsverminderingen schrijft art. 2:92 lid 2 BW voor dat de vennootschap aandeelhouders en certificaathouders die zich in gelijke omstandigheden bevinden op een gelijke wijze dient te behandelen. De reikwijdte van deze bepaling kwam aan de orde in een geschil over invoering van een zogenoemd loyaliteitsdividend bij DSM.²⁹ De Ondernemingskamer achtte het voornemen daartoe van DSM in strijd met de regel dat aan alle aandelen in verhouding tot hun bedrag gelijke rechten en verplichtingen moeten worden verbonden (art. 2:92 lid 1 BW). In een cassatie in het belang der wet – ingesteld door A-G Timmerman – casseerde de Hoge Raad het oordeel van de Ondernemingskamer. A-G Timmerman gaat ambtshalve ook in op de vraag of het bepaalde in art. 2:92 lid 2 BW, het beginsel van gelijke behandeling van aandeelhouders, in de weg kan staan aan invoering van een loyaliteitsdividend en beantwoordt deze vraag ontkennend. Het Handvest kwam in deze procedure verder niet aan de orde.³⁰

niets concreets bevat dat de conclusie toelaat dat het besluit van de [minister] (...) een maatregel is ter uitvoering van het recht van de Unie of dat het andere aanknopingsfactoren met dit recht vertoont, niet [is] aangetoond dat het Hof bevoegd is om de prejudiciële vragen te beantwoorden.”

26. Art. 21 Handvest.

27. Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 dec. 1976, Pb. EG L 26/1 e.v. van 31 jan. 1977. Art. 42 Tweede Richtlijn luidt als volgt: “Voor de toepassing van deze richtlijn waarborgen de wetgevingen van de Lid-Staten een gelijke handeling (lees behandeling) van aandeelhouders die zich in identieke omstandigheden bevinden.” In geval van invoering van een loyaliteitsdividend is geen sprake van ongelijke behandeling van aandeelhouders die zich in gelijke omstandigheden bevinden. Een loyaliteitsdividend geeft aandeelhouders alleen een keuze tussen verhandelbaarheid op de korte termijn of extra dividendrechten bij een aandeelhouderschap met een keuze voor de lange termijn.

28. Vgl. HvJ EG 15 oktober 2009, zaak C-101/08, NJ 2010, 81 m.nt. Mok (*Audiolux SA*), punten 37-39.

29. HR 14 december 2007, NJ 2008, 105 m.nt. Ma en JOR 2008, 11 m.nt. Doorman (*DSM*).

30. Een beroep op het Handvest zou de aandeelhouders die opkwamen tegen het voornemen van DSM tot invoering van een loyaliteitsdividend ook niet hebben kunnen baten, in de eerste plaats omdat het Handvest geen beginsel kent dat een gelijke behandeling van →

De grondrechten uit het Handvest die van materiële invloed zijn op het ondernemingsrecht – zoals het recht op eigendom (artikel 17 Handvest) en het recht op een eerlijk proces (art. 47 Handvest) – worden alle ook beschermd door het EVRM. Hoe verhoudt het Handvest zich tot het EVRM? Veel bepalingen uit het Handvest hebben een tegenvoeter in het EVRM in vrijwel gelijke bewoordingen. Art. 52 lid 3 Handvest bepaalt dat:

“[v]oorzover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door het [EVRM], (...) zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend.

Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.”

De verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM geven derhalve een minimumniveau van rechtsbescherming weer. Het Hof van Justitie kijkt voor de beantwoording van de vraag hoe dat minimumniveau dient te worden verstaan, expliciet naar de jurisprudentie van het EHRM.³¹

Als voorbeeld kan het *DEB*-arrest worden genoemd.³² Daarin was aan de orde het geval dat op grond van een nationale regeling een rechtspersoon een voorschot voor betaling van proceskosten diende te voldoen, terwijl de

aandeelhouders voorschrijft. De Tweede richtlijn kent een dergelijk uitgangspunt wel, maar is alleen van toepassing bij kapitaalvermeerdering of kapitaalvermindering en niet bij invoering van een loyaliteitsdividend. Zie HvJ EG 15 oktober 2009, zaak C-101/08, NJ 2010, 81 m.nt. Mok (*Audiolux SA*), punten 37-39. Zie verder Bootsma 2011, met verdere literatuurverwijzingen.

In de tweede plaats geldt dat het eigendomsrecht wel wordt beschermd door het Handvest, maar de invoering van een loyaliteitsdividend daarmee niet snel in strijd zal zijn. Van een ongerechtvaardigde inmenging in eigendomsrechten is sprake indien er geen evenredige verhouding bestaat tussen het doel dat wordt nagestreefd en de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten, waarbij een ruime *margin of appreciation* geldt. Nu aandeelhouders bij invoering van een loyaliteitsdividend ook kunnen stemmen met hun voeten, zal mijns inziens niet snel sprake zijn van een onevenredige inbreuk op eigendomsrechten. De hoogte van de loyaliteitspremie lijkt mij daarnaast niet veel gewicht in de schaal te kunnen leggen. Ook al is die zeer hoog, dan nog lijkt mij dat een minderheidsaandeelhouder de keuze heeft zich neer te leggen bij het besluit van de meerderheid of zijn aandelen te vervreemden. Die keuzemogelijkheid lijkt mij – afgezien van de bijzondere omstandigheden van het geval – geen onaanvaardbare inbreuk op een eigendomsrecht op te kunnen leveren. Het voorgaande laat onverlet dat de invoering van een loyaliteitsdividend onder omstandigheden mijns inziens wel in strijd kan zijn met gerechtvaardigde belangen van derden (bijv. minderheidsaandeelhouders) en aldus strijdig kan zijn met de door art. 2:8 lid 1 BW gevorderde redelijkheid en billijkheid.

31. Zie bijv. HvJ EU 18 maart 2010, gevoegde zaken C-317/08, C-318/08, C-319/08 en C-320/08, AB 2010, 157 m.nt. Widdershoven (*Alassini e.a.*). Voor een overzicht van de door het Hof van Justitie gewezen jurisprudentie met betrekking tot het Handvest sinds het van kracht worden van het Verdrag van Lissabon, zie Pahladsingh & Van Roosmalen 2011.

32. HvJ EU 22 december 2010, zaak C-279/09 (*DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft GmbH t. Duitsland*).

HOOFDSTUK 1

rechtspersoon daartoe niet in staat was. De desbetreffende rechtspersoon kwam ook niet in aanmerking voor rechtsbijstand. De vraag was of de rechtspersoon aldus niet een effectief rechtsmiddel werd onthouden. Art. 47 Handvest waarborgt het recht op een effectief rechtsmiddel en geeft daarbij specifiek ook een recht op rechtsbijstand.³³ Het Hof van Justitie oordeelde dat bij de beoordeling van deze vraag de jurisprudentie over art. 6 en art. 13 EVRM van belang was, waarbij op grond van art. 52 lid 3 van het Handvest de wijze waarop het EHRM de genoemde artikelen uitlegt, bepalend is voor de inhoud en reikwijdte van art. 47 Handvest. Na een uitvoerige analyse van de jurisprudentie kwam het Hof van Justitie tot de conclusie dat niet is uitgesloten dat het in art. 47 Handvest neergelegde beginsel meebrengt dat rechtspersonen recht hebben op een vrijstelling van betaling van het voorschot op de proceskosten en/of recht hebben op rechtsbijstand.

Blijkens de koers die nu wordt gevaren door het Hof van Justitie vertaalt een beroep op het Handvest zich materieel in een beroep op het EVRM, wanneer het grondrecht waar een beroep wordt gedaan door zowel het Handvest als het EVRM wordt bestreken.³⁴ Voor grondrechten die ook door het EVRM worden beschermd, pleegt het Hof van Justitie de in het Handvest opgenomen grondrechten vooralsnog op dezelfde wijze te verstaan als het EHRM.³⁵ Daardoor geldt dat ook in die gevallen waarin het ondernemingsrecht een raakvlak heeft met het Unierecht, het Handvest vooralsnog geen zelfstandige materiële betekenis heeft.³⁶

Nu kan het Hof van Justitie uiteraard besluiten om ten aanzien van een grondrecht uit het Handvest meer bescherming te bieden dan de daarmee corresponderende bepaling uit het EVRM. Vooralsnog bestaan daarvan geen

33. Art. 47 laatste alinea bepaalt: “*Rechtsbijstand wordt verleend aan diegenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voorzover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.*”

34. Andersom gaat ook het EHRM ervan uit dat in het Unierecht de grondrechten op een minstens gelijkwaardig niveau worden gewaarborgd als het niveau dat door het EHRM wordt verlangd van de lidstaten. Dit betreft de zogenoemde *Bosphorus*-jurisprudentie. EHRM 20 juni 2005, appl. nr. 45036/98 (*Bosphorus t. Ierland*), AB 2006, 273 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Nadat de Unie zal zijn toegetreden tot het EVRM wordt deze veronderstelling overbodig, daar alsdan daadwerkelijk het EHRM in staat zal zijn gedragingen die aan de Unie moeten worden toegerekend te toetsen aan het EVRM.

35. Zie bijv. Hof van Justitie 4 december 2010, zaak C-400/10 (*McB t. L.E.*). Zie voorts Morano-Foadi & Adreadakis 2011, p. 602-603 en Barkhuysen & Bos 2011, p. 23.

36. In formele zin, of beter gezegd processuele zin, biedt het Handvest wel een nieuw perspectief. Een partij zal in een geding waarin grondrechten en het Unierecht in geschil zijn, de rechter reeds in eerste aanleg kunnen vragen om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen. Dit biedt de mogelijkheid om reeds vroeg in de procedure een oordeel over een vermeende schending van een grondrecht van het Hof van Justitie te krijgen, in die gevallen waarin de rechter verleid kan worden vragen te stellen, hetgeen naar mij voorkomt niet steeds eenvoudig zal zijn, mede gezien de huidige wijze van financiering van de rechtbanken en hoven waarbij de doorlooptijd van een zaak een relevante factor vormt.

voorbeelden, hetgeen niet uitsluit dat zich in de toekomst nieuwe ontwikkelingen kunnen gaan voordoen.

Het is niet mijn verwachting dat het Hof van Justitie zich erg activistisch zal betonen bij de uitleg van het Handvest. Met name niet waar het de toepassingen van grondrechten binnen het ondernemingsrecht betreft. Zo heeft het Hof van Justitie het beginsel dat aandeelhouders die zich in een gelijke positie bevinden gelijk moeten worden behandeld, beperkt uitgelegd.³⁷ Het Hof heeft overwogen dat dit beginsel dient te worden gelezen in de context van de Tweede Richtlijn. Deze richtlijn heeft ten doel “*een minimale bescherming aan de aandeelhouders in alle lidstaten te waarborgen*”³⁸ en wel alleen “*bij kapitaalverhogingen of –verminderingen*”.³⁹ Het bestaan van een algemeen beginsel dat gelijke behandeling van aandeelhouders voorschrijft is door het Hof van Justitie niet aanvaard. Daarnaast heeft het Hof van Justitie in het verleden eerst met enige tegenzin de opvatting van het EHRM aanvaard dat ook rechtspersonen voor hun bedrijfslokalen aanspraak kunnen maken op het ‘huisrecht’.⁴⁰ Kortom, het Hof van Justitie is in deze beide gevallen weinig genegen gebleken over te gaan tot een extensieve interpretatie waar het de uitleg van grondrechten betreft.

Deze in het verleden behaalde resultaten hebben uiteraard een beperkte voorspellende waarde voor toekomstige ontwikkelingen. Echter, ook in het licht van de doelstellingen van de Unie, komt het mij voor dat het Hof van Justitie met name bevoegen zal blijven opereren om de uitvoering van het Unierecht in de lidstaten te verzekeren en, voor zover daarbij grondrechten in het geding zijn, zich zoveel mogelijk zal conformeren aan de jurisprudentie van het EHRM. De gedachte dat, indien beide hoven elkaars werkterrein respecteren, de kans kleiner is dat men elkaar voor de voeten gaat lopen, zal daarbij een rol spelen.

Nu het Handvest enerzijds geen grondrechten bevat naast de reeds in het EVRM opgenomen rechten die als bron van recht voor het ondernemingsrecht zouden kunnen worden aangemerkt⁴¹ en anderzijds de reikwijdte van de voor het ondernemingsrecht relevante grondrechten uit het Handvest vooralsnog geacht moet worden identiek te zijn aan de daarmee corresponderende bepalingen uit het EVRM betreft het Handvest op dit moment geen zelfstandige bron

37. HvJ EG 15 oktober 2009, zaak C-101/08, NJ 2010, 81 m.nt. Mok (*Audiolux SA*). Zie ook HvJ EG 18 december 2008, zaak C-338/06, NJ 2009, 217 (*Commissie t. Spanje*).

38. *Audiolux SA*, § 39.

39. *Audiolux SA*, § 37.

40. Zie voor een schets van deze ontwikkeling hoofdstuk 6.

41. Naast de omstandigheid dat het Handvest meer rechten beschermt dan het EVRM, geeft het Handvest op onderdelen ook aan door het EVRM beschermde rechten een ruimer beschermingsbereik (zie Barkhuysen en Bos 2011, p. 17), welke verruiming voor het ondernemingsrecht evenwel zonder belang is.

HOOFDSTUK 1

van recht voor het ondernemingsrecht.⁴² Wel zal ik ter volledigheid zo nu en dan verwijzen naar het Handvest.

1.5 Het IVBPR

Het internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten is een verdrag van de Verenigde Naties.⁴³ Het is (net als het EVRM) gebaseerd op de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Naast de afkorting IVBPR is ook de afkorting BUPO gangbaar.

Het IVBPR bevat op hoofdlijnen dezelfde rechten als het EVRM.⁴⁴ Relevant voor het ondernemingsrecht zijn met name art. 14 IVBPR dat gelijkheid voor de rechter voorschrijft en art. 22 IVBPR dat de vrijheid van vereniging waarborgt.

Personen – niet zijnde rechtspersonen (!) – die menen het slachtoffer te zijn van een schending van het IVBPR door een staat die het Facultatieve Protocol (dat het klachtrecht bevat) heeft geratificeerd, kunnen een klacht indienen bij het Mensenrechtencomité.⁴⁵ Net als bij het EVRM is het uitgangspunt dat de klager eerst alle beschikbare rechtsmiddelen dient te hebben uitgeput.⁴⁶

Wanneer het Mensenrechtencomité de klacht gegrond oordeelt, verzoekt zij de staat tegen wie de klacht is ingediend om gepaste maatregelen te nemen. Deze maatregelen kunnen bestaan uit bijvoorbeeld het geven van rechtsherstel of het veranderen van de wetgeving en worden veelal door het Mensenrechtencomité in de uitspraak gespecificeerd.⁴⁷ Anders dan het EHRM kan het Mensenrechtencomité de staat niet veroordelen tot het verstrekken van schadevergoeding.

De uitspraken van het Mensenrechtencomité zijn in de opzet van het Facultatieve Protocol niet bindend. Daar staat tegenover dat de verdragspartijen op grond van het volkenrecht de verplichting hebben om verdragen te goede trouw uit te leggen en rechtsherstel te bieden na een geconstateerde schending van het verdrag.⁴⁸ Nationale rechters plegen dan ook terdege rekening te

42. Uniceitetswaarde heeft wel de vrijheid van ondernemerschap, zoals vastgelegd in art. 16 Handvest: “*De vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken.*”

43. Het kwam tot stand op 16 december 1966 en werd van kracht op 23 maart 1976, na ratificatie door 35 lidstaten. Voor meer informatie zie <<<http://www.ohchr.org>>>.

44. Een belangrijke uitzondering vormt het recht op eigendom, dat niet door het IVBPR wordt beschermd.

45. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de wijze waarop een klacht kan worden ingediend en de daarop volgende procedure Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008, p. 88 e.v.

46. Voor zover deze rechtsmiddelen als een effectief rechtsmiddel kunnen worden aangemerkt. Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008, p. 116.

48. Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008, p. 119.

houden met uitspraken van het Mensenrechtencomité.⁴⁹ Dat laat evenwel onverlet dat de uitspraken van het Mensenrechtencomité formeel niet bindend zijn.

De onzekerheid die kan bestaan over de verbindendheid van een uitspraak van het Mensenrechtencomité, alsmede het ontbreken van de mogelijkheid dat in de uitspraak een schadevergoeding ten laste van de aangeklaagde staat wordt vastgesteld zijn belangrijke nadelen ten opzichte van de procedure bij het EHRM. De grotere populariteit van het Straatsburgse hof heeft ertoe geleid dat de jurisprudentie over de grondrechten die worden gewaarborgd door het EVRM meer is uitgekristalliseerd dan de grondrechten die worden gewaarborgd door het IVBPR. Een van de weinige redenen om ervoor te kiezen een klacht in te dienen bij het Mensenrechtencomité is de omstandigheid dat de rechtsgang naar Straatsburg is geblokkeerd vanwege het verstrijken van de zes maanden termijn waarbinnen een klacht dient te worden ingediend.⁵⁰

Ten slotte geldt nog dat het voor het onderwerp van dit boek belangrijke recht op eigendom niet is opgenomen in het IVBPR.

Tussen het IVBPR en het Nederlandse ondernemingsrecht vallen vrijwel geen raakvlakken te construeren. Voor zover dat wel mogelijk is – een bestuurder die onderwerp wordt van onderzoek in een enquêteprocedure zou zich kunnen beroepen op het recht op een goede naam, zoals dat wordt beschermd door art. 17 lid 1 IVPBR⁵¹ – krijgt verder onderzoek al snel een speculatief karakter. In deze dissertatie is het IVBPR daarom verder buiten beschouwen gelaten.

1.6 Indeling

Deze dissertatie is ingedeeld in twee delen. Het eerste deel – de hoofdstukken 2 en 3 – bevat algemene achtergronden. In hoofdstuk 2 wordt in algemene zin bezien op welke wijze het EVRM en het ondernemingsrecht elkaar raken. Daarbij komen onder meer aan de orde de vraag in hoeverre rechtspersonen aanspraak kunnen maken op mensenrechten, en de vraag hoe grondrechten doorwerken in een relatie tussen private partijen. In hoofdstuk 3 zal worden stilgestaan bij de

49. De Centrale Raad van Beroep heeft aanvaard dat de formeel niet-bindende oordelen ('views') van het VN-Mensenrechtencomité in het algemeen als een gezaghebbend oordeel aangemerkt moeten worden, waarvoor in rechterlijke procedures bijzondere betekenis toekomt. Rechterlijke instanties mogen van een dergelijk oordeel slechts afwijken wanneer sprake is van zwaarwegende redenen die dit kunnen rechtvaardigen. CRvB 4 mei 2011, AB 2011, 171 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

50. Aan het indienen van een klacht bij het Mensenrechtencomité is geen termijn gebonden. Men kan derhalve beide instanties doorlopen, mits in de goede volgorde.

51. Art. 17 lid 1 IVBPR bepaalt als volgt: "*No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation.*"

HOOFDSTUK 1

vraag hoe de reikwijdte van een grondrecht in het concrete geval kan worden bepaald. Daartoe zal een rechtsfilosofisch uitstapje worden gemaakt met als doel inzicht te krijgen in de wijze waarop de rechter het recht ‘vindt’ wanneer grondrechten in het geding zijn.

In deel 2 – de hoofdstukken 4 tot en met 7 – zal de invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht worden belicht. In hoofdstuk 4 zal worden stilgestaan bij art. 1 EP (bescherming van het recht op eigendom). In hoofdstuk 5 wordt de betekenis van art. 6 EVRM (recht op een eerlijk proces) voor het ondernemingsrecht onderzocht. Hoofdstuk 6 bevat een beschouwing over art. 8 EVRM (bescherming van het recht op privacy). Ten slotte zal in hoofdstuk 7 worden stilgestaan bij art. 11 EVRM dat het recht op vergadering en vereniging waarborgt. Hoofdstuk 8 bevat enige concluderende opmerkingen.

Deel I – Enkele algemene achtergronden

Hoofdstuk 2. Ondernemingsrecht en mensenrechten

2.1 De rechtspersoon en mensenrechten

Mensenrechten en het ondernemingsrecht vormen geen vanzelfsprekende combinatie. De opstellers van het EVRM hebben, zo vlak na de Tweede Wereldoorlog, het oogmerk gehad om primair de fundamentele rechten van mensen te waarborgen. De vraag of ook rechtspersonen net als natuurlijke personen aanspraak zouden moeten kunnen maken op fundamentele rechten is geen onderwerp van debat geweest bij de totstandkoming van het EVRM.¹

Kunnen rechtspersonen mensenrechten hebben?² Hebben rechtspersonen mensenrechten nodig?³ Het is met name het artificiële karakter van rechtspersoonlijkheid dat deze vragen oproept. Rechtspersonen zijn geen personen van vlees en bloed. Rechtspersonen zijn weliswaar zelfstandige rechtssubjecten, maar geen rechtssubjecten die aanspraak kunnen maken op lichamelijke integriteit. Een vennootschap heeft soms een dochter, maar bescherming van het recht op ‘family life’ is niet aan de orde.

Dat rechtspersonen ook recht hebben op een eerlijk proces voelt vanzelfsprekend. Dat zij ook aanspraak kunnen maken op privacy is al minder voor de hand liggend. De verhouding tussen mensenrechten en natuurlijke personen alsmede de verhouding tussen mensenrechten en rechtspersonen is niet dezelfde. In dit hoofdstuk wordt de bijzondere relatie tussen rechtspersonen en mensenrechten onderzocht.

2.2 Afgeleide rechten

De mate waarin men zich comfortabel voelt bij de gedachte dat ook rechtspersonen ‘mensenrechten’ kunnen hebben, hangt af van de wijze waarop men de vraag beantwoordt waaruit mensenrechten voortspuiten.⁴ Wanneer de

1. Allegaert 2005, p. 29. Wel blijkt uit de *Travaux Préparatoires* dat in de aanvankelijk voorgestelde verdragsteksten werd voorgesteld rechten aan *l'individu* toe te kennen, hetgeen later is vervangen door *personne*. Zie hierover nader Van Strien 1996, p. 160.

2. Vgl. Timmerman 1997.

3. Zie ook Fura-Sandström 2007.

4. Zie Van Strien 1996, p. 152 & p. 153.

HOOFDSTUK 2

grondslag voor mensenrechten wordt gezocht in het ‘mens’ zijn – mensen rechten komen de mens *qualitate qua* toe, net zoals contracten de bron vormen voor contractuele rechten – wordt het conceptueel lastig ‘mensenrechten’ ook aan rechtspersonen te gunnen.⁵ Rechtspersonen zijn geen mensen. Maar rechtspersonen zijn er wel vóór mensen.

Rechtspersonen bestaan uiteraard niet op dezelfde wijze als natuurlijke personen. Rechtspersonen bestaan alleen als een juridisch concept.⁶ Rechtspersonen nemen in die hoedanigheid zelfstandig deel aan het rechtsverkeer. De rechtspersoon is een ‘nuttige fictie’, net zoals het recht van eigendom of het huurrecht dat is. Buiten het recht zijn het ficties, binnen het recht realiteiten.

Het ‘realiteitsgehalte’ van rechtspersonen (of eigendomsrechten, huurrechten, etc.) berust uiteindelijk op de erkenning ervan door de wetgever. Een wereld zonder rechtspersonen is goed denkbaar.⁷ De wetgever heeft het echter bevorderlijk geacht voor het algemene belang dat in het rechtsverkeer ook zou kunnen worden gewerkt met rechtspersonen.

De vraag of rechtspersonen aanspraak kunnen maken op ‘mensenrechten’ dient men te beantwoorden in de context van de vraag naar de functie die rechtspersonen hebben in onze samenleving. Rechtspersonen dienen aanspraak te kunnen maken op ‘mensenrechten’ omwille van het belang dat natuurlijke personen hebben bij rechtspersonen.

Rechtspersonen zijn oorspronkelijk gecreëerd om in een economische behoefte te voorzien. Het werken met rechtspersonen bevordert de efficiëntie waarop kapitaal kan worden geïnvesteerd. Rechtspersonen faciliteren risicobeperking (tot het bedrag waarvoor wordt deelgenomen in het kapitaal van de vennootschap) en risicospreiding. Een betere inzet van kapitaal in de economie bevordert economische groei, hetgeen economische welvaart genereert.

Rechtspersonen zijn niet alleen instrumenten om kapitaal te laten renderen, zij kunnen ook worden benut om een ideëel doel mee na te streven.⁸ Daarnaast vormen zij een belangrijke bron van werkgelegenheid. Het belang van de rechtspersoon is niet in zichzelf gelegen. Het belang van de rechtspersoon voor de samenleving betreft de optelsom van de belangen van alle *stakeholders* bij de rechtspersoon.

-
5. Zie bijvoorbeeld Bovens 1990, die in zijn proefschrift de stelling verdedigt dat het noch redelijk, noch wenselijk is dat rechtspersonen aanspraak kunnen maken op mensenrechten, omdat rechtspersonen geen mensen zijn.
 6. Net zoals eigendomsrechten of bijvoorbeeld huurrechten juridische concepten betreffen.
 7. Volgens Marx was een wereld zonder (individuele) eigendomsrechten niet alleen denkbaar, maar ook wenselijk en onze geschiedenis een ontwikkeling naar dit onvermijdelijke eindstation.
 8. Rechtspersoonlijkheid wordt ook steeds meer benut – in het buitenland – als een vehikel om zowel een ideëel als een commercieel doel mee te kunnen nastreven, om *social entrepreneurship* te bevorderen. Zie daarover De Jongh, Schild & Timmerman 2010.

Rechtspersonen dienen aanspraak te kunnen maken op ‘mensenrechten’ omdat achter rechtspersonen uiteindelijk steeds de belangen van natuurlijke personen schuil gaan. Rechtspersonen vormen het verlengstuk van de belangen van natuurlijke personen. Het zou voor natuurlijke personen problematisch zijn indien zij bijvoorbeeld het recht op het ongestoorde genot van eigendom of een eerlijk proces illusoir zien worden, wanneer zij hun eigendommen hebben ondergebracht in een rechtspersoon en rechtspersonen geen aanspraak zouden kunnen maken op een eerlijk proces of eigendomsbescherming. Door aan rechtspersonen een beroep op grondrechten te onthouden, tast men indirect de grondrechtenbescherming van alle *stakeholders* bij de rechtspersoon aan. Dat zou de attractiviteit van rechtspersonen doen afnemen. Het belang dat rechtspersonen een beroep kunnen doen op grondrechten is derhalve afgeleid van het belang dat natuurlijke personen hebben bij de naleving van grondrechten.⁹ Willen rechtspersonen goed kunnen functioneren – ten behoeve van hun *stakeholders* – dan dienen zij net als natuurlijke personen een beroep te kunnen doen op rechten die hen beschermen tegen een willekeurige machtsuitoefening door de overheid.¹⁰

De gedachte dat rechtspersonen uiteindelijk de belangen van natuurlijke personen behartigen ziet men ook terug in de wet. Als zelfstandig drager van rechten en verplichtingen is de rechtspersoon een ‘persoon’. De wetgever heeft rechtspersonen zoveel mogelijk gelijk willen stellen met natuurlijke personen in hun mogelijkheden om deel te nemen aan het (vermogensrechtelijke) rechtsverkeer. Art. 2:5 BW bepaalt: “Een rechtspersoon staat wat het vermogensrecht betreft, met een natuurlijk persoon gelijk, tenzij uit de wet het tegendeel voortvloeit.”¹¹ Wanneer de wet geen duidelijk antwoord geeft op een vraag – bijvoorbeeld, of een rechtspersoon op gelijke wijze als een natuurlijk persoon aanspraak kan maken op bescherming van het ‘huisrecht’, zoals dat wordt beschermd door art. 8 EVRM – zal een antwoord moeten worden gevonden dat zo coherent mogelijk past in het raamwerk van concepten waaruit het recht is opgebouwd, mede gelet op het wettelijke systeem en de aard en functie van het concept ‘rechtspersoonlijkheid’. Daarbij dient erop te worden gelet dat rechtspersonen uiteindelijk een verlengstuk vormen van de belangen van de bij de

9. Zie Timmerman 1997, p. 47. Een fraai voorbeeld van het afgeleide belang dat rechtspersonen ontleen aan het belang van de bij de rechtspersoon betrokken natuurlijke personen vormt de zaak EHRM 5 mei 1977, appl. nr. 7805/77 (*X & Church of Scientology t. Zweden*), waarin het EHRM de kerk-rechtspersoon toestond om namens haar leden een beroep te doen op de vrijheid van godsdienst (art. 9 EVRM).

10. Zie Timmerman 1997, p. 45.

11. Van Strien bespreekt in haar dissertatie (1996, p. 155) de visie waarin rechtspersonen worden beschouwd als “*aggregaten van individuele natuurlijke personen*”. Zij wijst er terecht op dat deze gedachtegang berust op de onjuiste veronderstelling dat het collectief een optelsom is van de individuen en beide inwisselbaar zijn.

HOOFDSTUK 2

rechtspersoon betrokken natuurlijke personen (aandeelhouders, werknemers, begunstigden etc.).

Niet alle grondrechten zijn voor rechtspersonen relevant. Nu rechtspersonen geen entiteiten van vlees en bloed zijn, kunnen zij niet worden opgesloten, stemmen (etc.). De daarop betrekking hebbende grondrechten zijn voor rechtspersonen dan ook niet van belang.

In het licht van het voorgaande dient de vraag ‘hebben rechtspersonen mensenrechten?’ te worden vervangen door de vraag ‘in hoeverre kunnen rechtspersonen aanspraak maken op grondrechten of fundamentele rechten?’. De vraag hoe men de omvang van de rechtsbescherming kan bepalen die (rechts)personen in een concreet geval aan grondrechten kunnen ontleen, is het onderwerp van het derde hoofdstuk.

2.3 De opkomst van de rechtspersoon

De opmars van de rechtspersoon in onze samenleving is van betrekkelijk recente datum. De VOC wordt wel gezien als de eerste vennootschap, maar de term ‘rechtspersoon’ is van veel recentere datum. Pas in 1929 heeft de wetgever de NV expliciet aangemerkt als een ‘rechtspersoon’.¹² Daarvoor werd de term ‘zedelijk lichaam’ gebruikt om een entiteit aan te duiden die zelfstandig rechten en verplichtingen kon dragen.

Volgens Van der Grinten heeft de twintigste eeuw de rechtspersoon ‘ontdekt’.¹³ Deze ontdekking is niet zozeer gedaan door de overheid, als wel door de actoren in het privaatrecht. Deze begonnen zich in toenemende mate te organiseren en in een georganiseerd verband deel te nemen aan het rechtsverkeer. Deze ontwikkeling is door Van der Grinten de ‘collectivering van het privaatrecht’ genoemd.¹⁴ Deze collectivering past ook bij de natuur van de mens, aldus Van der Grinten: “De mens kan zich slechts met en door anderen ontplooien.”¹⁵

De opmars van de rechtspersoon in het rechtsverkeer in de vorige eeuw, heeft ook tot gevolg gehad dat binnen het recht meer aandacht is gekomen voor de rechtspersoon. De opmars in het recht van de rechtspersoon heeft zich met name in de laatste helft van de vorige eeuw voltrokken. Ten gevolge daarvan heeft ook het vennootschapsrecht een sterke vlucht doorgemaakt. In 1957 wees Van der Grinten nog erop dat de rechtspersoon er in de Asser-serie maar bekaaid vanaf kwam. In de Asser-serie werd de rechtspersoon samen met het

12. Zie Timmerman 2000, p. 109, die opmerkt dat de wetgever reeds in 1855 het woord rechtspersoon heeft gebruikt in de context van de vereniging.

13. Van der Grinten 1957, p. 37.

14. Van der Grinten 1957, p. 46.

15. Van der Grinten 1957, p. 48.

onderwerp ‘de vertegenwoordiging’ in een ‘klein boekje’ behandeld, terwijl “aan het familierecht laatstelijk een werk van 1200 bladzijden is gewijd”, aldus Van der Grinten.¹⁶ Kijkt men nu naar de Asser-serie dan kan worden geconstateerd dat de rechtspersoon deze achterstand aardig heeft ingelopen.

In de moderne samenleving is de rechtspersoon alom aanwezig. Rechtspersonen domineren niet alleen in de economie, maar ook in het onderwijs, de zorg, en in de sociaal-culturele sector. Het maatschappelijk leven is in de moderne samenleving grotendeels georganiseerd in de vorm van rechtspersonen.¹⁷ Van der Grinten voorzag in deze ontwikkeling ook een gevaar:¹⁸

“De collectivering kan (...) te ver gaan en zij gaat te ver, indien zij haar doel in zichzelf gaat vinden – in de grootheid, de macht, het prestige van organisaties en instituten – en niet meer dienstbaar is aan de mens. De collectivering kan voeren tot ontmenselijking van de mens, doordat hij wordt gemaakt tot een kwantitatief gegeven. Zij kan leiden tot een artificiële samenleving, waarin geen mens zich meer thuis gevoelt. Zij kan de mens bemoeilijken om een juiste rangorde der waarde te ervaren en om tot innerlijke vrijheid te geraken.”

Het gevaar dat rechtspersonen ‘doelen op zichzelf worden’ is in zekere zin een gevaar dat eigen is aan de rechtspersoon. Het bestuur van de rechtspersoon zal veelal steeds het belang van de rechtspersoon op de langere termijn dienen na te streven. Rechtspersonen die economische activiteiten ontplooiën zullen doorgaans gedwongen zijn zich op hun eigen economisch welvaren te richten en niet op het algemeen belang. De concurrentie met andere ondernemingen dwingt hen daartoe. De ondernemingen die het meest efficiënt in onze behoeften kunnen voorzien blijven over, de andere verdwijnen. Zo draagt concurrentie op de vrije markt bij aan welvaartsmaximalisatie. Diezelfde concurrentie zorgt ervoor dat ondernemingen waar mogelijk zullen trachten te vermijden om de externe kosten die zij veroorzaken, bijvoorbeeld door vervuiling van het milieu, te compenseren.

Om ervoor te zorgen dat ondernemingen – in hun *survival of the fittest* – ook verantwoordelijkheid nemen voor de door hen veroorzaakte algemene lasten en letten op het welzijn van de mens, zal de overheid regels moeten stellen. De overheid zal op diverse terreinen – bijvoorbeeld over het milieu en de voedselveiligheid – grenzen dienen te stellen, om het algemene belang te beschermen en om te voorkomen dat grote ondernemingen zich schuldig maken aan het schenden van grondrechten van anderen.

De opkomst van de rechtspersoon heeft ertoe geleid dat de vraag in hoeverre kan worden afgedwongen dat rechtspersonen de mensenrechten van anderen respecteren, aan belang heeft gewonnen. Waar in de vorige eeuw de naleving

16. Van der Grinten 1957, p. 48.

17. Van der Grinten spreekt in dit verband van ‘collectivering van het privaatrecht’. Van der Grinten 1957, p. 38.

18. Van der Grinten 1957, p. 49.

HOOFDSTUK 2

van de rechten van de mens met name werd bedreigd door de natiestaat, ziet men in deze eeuw de grensoverschrijdend opererende en moeilijk te reguleren rechtspersoon opkomen als een mogelijke ‘inbreukmaker’ op mensenrechten.¹⁹ Zo is Shell reeds aangesproken op betrokkenheid bij milieuvervuilingen in Nigeria, wordt Apple kritisch gevolgd over de werkomstandigheden van de werknemers die iPhones en iPads maken en is er discussie over de mate waarin bedrijven als Google en Facebook gegevens over hun gebruikers mogen verzamelen.

Rothkopf heeft in zijn boek *Power Inc: The Epic Rivalry Between Big Business and Government – and the Reckoning That Lies Ahead* erop gewezen dat naar mate rechtspersonen groter en daardoor machtiger worden, de overheid steeds meer moeite zal moeten doen om te bewerkstelligen dat rechtspersonen er zijn voor ons en niet andersom.²⁰ In de laatste decennia heeft de *global economy* de mogelijkheden van overheden rechtspersonen in hun vrijheid te beteugelen omwille van het publieke belang beperkt. De *global economy* heeft geleid tot schaalvergroting. De crisis van General Motors en de gevolgen daarvan voor de stad Detroit tonen bijvoorbeeld de maatschappelijke impact die een rechtspersoon kan hebben op de samenleving. Sommige rechtspersonen zijn economisch zo belangrijk geworden dat het maatschappelijke welvaren in sommige steden of streken van één of enkele rechtspersonen afhankelijk is. De *global* opererende rechtspersonen laten zich ook minder makkelijk de wet voorschrijven, omdat deze rechtspersonen kunnen ‘stemmen met hun voeten’, door naar een ander land uit te wijken. Deze ontwikkeling heeft ertoe geleid dat overheden minder sturingsmogelijkheden hebben.

Ik signaleer het probleem, zonder zelfs maar een aanzet tot oplossing aan te dragen. Ik wil hier slechts opmerken dat de *global economy* relevante wijzigingen in het maatschappelijk krachtenveld heeft aangebracht. Het is de taak van het recht daar rekening mee te houden. Het gevaar dat rechtspersonen een rol in het maatschappelijke leven kunnen gaan spelen waarbij zij ‘een doel op zichzelf worden’ zal van alle tijden zijn. Steeds zal met het recht getracht dienen te worden dat gevaar te beteugelen. Grondrechten – die fundamentele waarden tot uitdrukking brengen – kunnen daaraan bijdragen, doordat zij de

19. Vgl. bijv. EHRM 8 december 2009, appl. nrs. 28389/06, 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28961/06, 28964/06, EHRC 2010/22 m.nt. Voorhoof en Dorssemont (*Aguilera Jiménez e.a. t. Spanje*) waarin een vennootschap ervan werd beschuldigd de vrijheid van meningsuiting van zijn werknemers te hebben geschonden, door enkele werknemers te ontslaan na het circuleren van een (grof sexueel getinte) spotprent waarin twee collega’s een kruiperige houding jegens de bedrijfsleiding werd verweten. Het EHRM verwerpt de klacht van de ontslagen werknemers met de redenering dat de vrijheid van meningsuiting geen vrijbrief inhoudt om te beledigen. Het uitgangspunt dat in deze zaak is gekozen maakt wel duidelijk dat rechtspersonen in beginsel de vrijheid van meningsuiting van hun werknemers hebben te respecteren en de verdragsstaten de plicht hebben erop toe te zien dat zulks ook gebeurt.

20. Rothkopf 2012.

wetgever en ook alle overige actoren in het vennootschapsrecht aan kunnen zetten tot kritische reflectie over de vraag hoe rechtspersonen – als een inmiddels onmisbaar juridisch concept – enerzijds zoveel als mogelijk kunnen blijven bijdragen aan het welzijn van mensen, terwijl anderzijds het risico wordt teruggedrongen dat rechtspersonen al te zeer als ‘doelen op zichzelf’ gaan opereren. Zo kunnen burgers bijvoorbeeld wanneer een rechtspersoon op grote schaal het milieu vervuult, met een beroep op art. 1 Eerste Protocol afdwingen dat de overheid maatregelen neemt om aantasting van de leefomgeving te voorkomen, indien deze daarin nalatig is.²¹

De vraag in hoeverre rechtspersonen zich aan mensenrechten dienen te houden en vooral ook de wijze waarop dat kan worden afgedwongen zal de komende decennia nog aan belang gaan winnen, zo vermoed ik. Zij is inmiddels ook in Nederland het onderwerp van een levendig juridisch debat.²² In dit boek wordt deze vraag verder met rust gelaten.

2.4 De positie van rechtspersonen onder het EVRM

Zoals hiervoor in paragraaf 2.2 toegelicht, kunnen rechtspersonen een beroep doen op ‘mensenrechten’ omdat rechtspersonen uiteindelijk de belangen van natuurlijke personen dienen. Om op een adequate wijze die belangen te kunnen dienen, is het nodig dat ook rechtspersonen gevrijwaard blijven van arbitrair ingrijpen door de overheid. Wil het rechtsverkeer ordelijk verlopen, dan dienen de rechten van allen te worden gerespecteerd. Dat houdt in dat ook rechtspersonen – net als natuurlijke personen – aanspraak kunnen maken op eerbiediging van hun rechten. Er is dan ook geen reden om in gevallen waarin een rechtspersoon een beroep wil doen op een grondrecht, de rechtspersoon die mogelijkheid te onthouden omdat hij niet werkelijk een ‘persoon’ is.

Het EHRM heeft ook nimmer moeilijk gedaan bij het ontvangen van klachten van rechtspersonen. Art. 1 EVRM bepaalt dat de verdragsstaten gehouden zijn de fundamentele rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in (de eerste titel) van het EVRM te verzekeren ten aanzien van “een ieder die

21. Vgl. EHRM 18 juni 2002, appl. nr 48939/99, m.nt. Alkema (*Öneryildiz t. Turkije*), § 43: “The Court reiterates the key importance of the right enshrined in Article 1 of Protocol No. 1 and considers that the real and effective exercise of that right does not depend merely on the State’s duty not to interfere, but may require positive measures of protection. In determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which is inherent throughout the Convention. This obligation will inevitably arise, *inter alia*, where there is a direct link between the measures which an applicant may legitimately expect from the authorities and his enjoyment of his possessions.”

22. Een goede ingang vormt het proefschrift over *Corporate Social Responsibility* van Lambooy (2010).

HOOFDSTUK 2

ressorteert onder haar rechtsmacht”. Art. 34 EVRM bepaalt dat het EHRM verzoekschriften kan ontvangen

“van iedere natuurlijke persoon, iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten die in het Verdrag of de Protocollen daarbij zijn vervat”.²³

Rechtspersonen worden niet als zodanig genoemd in art. 1 en art. 34 EVRM.²⁴ Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt, zonder dat daaraan verder woorden zijn vuil gemaakt, dat rechtspersonen zich in beginsel net als natuurlijke personen kunnen beroepen op het EVRM.²⁵ De verwijzing in art. 34 EVRM naar ‘niet-gouvernementele organisaties’ wordt mede geacht privaatrechtelijke rechtspersonen te omvatten.²⁶ Een rechtspersoon kan zich derhalve net als een natuurlijk persoon beroepen op de grondrechten zoals het EVRM en de bijbehorende protocollen die beogen te beschermen.²⁷ De omstandigheid dat niet alle grondrechten even relevant zijn voor rechtspersonen doet niet eraan af dat er in beginsel geen belemmeringen bestaan voor een rechtspersoon om zich met een klacht tot Straatsburg te wenden.

Op het uitgangspunt dat rechtspersonen net als natuurlijke personen voor hun grondrechten kunnen opkomen bestaat wel een belangrijke uitzondering. Publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen in beginsel niet klagen bij het EHRM. Het EHRM beschouwt een publiekrechtelijke rechtspersoon in

23. Zie over de wijze van procederen bij het EHRM: Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008.

24. Met de verwijzing in art. 34 EVRM naar de bij het EVRM behorende protocollen komen rechtspersonen wel in beeld. Art. 1 EP garandeert uitdrukkelijk ook voor rechtspersonen een ongestoord genot van eigendom.

25. Zie bijv. EHRM 24 november 2005, appl. nr. 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*) en EHRM 6 april 2000, appl. nr. 35382/97 (*Comingersoll S.A. t. Portugal*).

26. Op grond van art. 34 EVRM hebben alleen niet-gouvernementele organisaties een klacht-recht. Daarmee is getracht te voorkomen dat het EHRM geschillen zou moeten beslechten tussen een orgaan van een staat en een staat zelf. In dat geval zou het EHRM zich mengen in interne bestuursrechtelijke aangelegenheden, hetgeen niet wenselijk is geacht. Het gevolg is bijvoorbeeld dat een netbeheerder (een rechtspersoon) met overheden als aandeelhouder, zelf wel een verzoek kan doen in Straatsburg, maar de aandeelhouders (de overheden) niet (*Kamerstukken II*, 2004/05, 30 212, nr. 3 p. 44). Zie over deze beperking EHRM 9 november 2010, appl. nr. 1093/08, AB 2012, 21 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Demirbas e.a. t. Turkije*).

27. Zie ook Emberland 2006, p. 4.

beginsel als een gouvernementele organisatie.²⁸ Alleen niet-gouvernementele organisaties hebben een klachtrecht onder het EVRM.²⁹

Spiegelbeeldig geldt dat voor zover privaatrechtelijke rechtspersonen als een ‘gouvernementele organisatie’ kunnen worden aangemerkt, de Staat verantwoordelijk is voor het nakomen van de verplichtingen onder het EVRM. Ik meen dat in beginsel een beroep op het EVRM jegens privaatrechtelijke rechtspersonen die een publieke taak uitoefenen slechts mogelijk zal zijn ten aanzien van handelingen waarbij deze privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen worden beschouwd als een verlengstuk van de Staat (vgl. het wettelijke systeem zoals neergelegd in art. 1:1 lid 1 onder b, de zogenoemde b-organen).³⁰ Private rechtspersonen zijn slechts als een gouvernementele organisatie te beschouwen, voor zover zij een publieke functie vervullen.

Ook bij het toekennen van schadevergoeding maakt het EHRM in beginsel geen onderscheid tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. Zo hebben rechtspersonen net als natuurlijke personen bijvoorbeeld recht op vergoeding van *non-pecuniary damage* die het gevolg is van een schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM.³¹

Voor zowel natuurlijke personen als voor rechtspersonen geldt dat zij, om ontvankelijk te zijn, moeten kunnen aantonen een *victim* te zijn van een schending van één van de verdragsrechten. Daarbij geldt dat in beginsel niet kan worden opgekomen tegen een schending van rechten van derden.³² Een

28. Uit de jurisprudentie van het EHRM valt af te leiden dat sprake is van een ‘gouvernementele organisatie’ indien een private rechtspersoon een overheidstaak uitoefent, onder verantwoordelijkheid van de Staat. Vgl. EHRM 22 februari 2005, appl. nr. 47148/99 (*Novoseletskiy t. Oekraïne*), § 82. Zie voorts EHRM 1 maart 2005, AB 2006, 258, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Wos t. Polen*), waarin het EHRM oordeelde dat het Pools-Duitse Reconciliatiefonds, kort gezegd, een publieke taak uitoefent, met als gevolg dat belanghebbenden het recht aan art. 6 EVRM kunnen ontleen om de beslissingen van het Fonds voor te leggen aan een onafhankelijke rechter. De gedachte hierachter is dat de Staat zich niet moet kunnen verschuilen voor nakoming van haar rechtsplichten onder het EVRM achter het kleed van de privaatrechtelijke rechtspersoon wanneer overheidsgezag wordt uitgeoefend (zie § 72). Zie verder voor een overzicht van de jurisprudentie over de vraag wanneer sprake is van een niet-gouvernementele organisatie de noot van Barkhuysen & Van Emmerik na AB 2012, 21 (behorende bij EHRM 9 november 2010, *Demirbaş e.a. t. Turkije*).

29. In EHRM 9 december 1994, appl. nr. 13092/87 & 13984/88, NJ 1996, 374, m.nt. Alkema (*Holy Monasteries t. Griekenland*) werd een uitzondering gemaakt voor kloosters van de staatskerk (een publiekrechtelijke rechtspersoon). Doorslaggevend werd geacht dat de kloosters geen overheidsgezag uitoefenden en alleen om formele redenen in de vorm van een publiekrechtelijke rechtspersoon waren gegoten. Ook werd belang toegekend aan hun onafhankelijke, niet ondergeschikte rol ten opzichte van de Griekse staat.

30. In andere zin lijken te denken Barkhuysen & Van Emmerik in hun noot onder AB 2006, 258 (EHRM 1 maart 2005, *Wos t. Polen*).

31. EHRM 6 april 2000, appl. nr. 355382/97 (*Comingersoll t. Portugal*), § 35.

32. Een uitzondering wordt gemaakt voor de situatie dat het slachtoffer is overleden.

HOOFDSTUK 2

rechtspersoon die opkomt voor een groep van personen met een collectieve actie wordt niet-ontvankelijk verklaard.³³ Wel is het mogelijk om een rechtspersoon op te richten om een vordering tot schadevergoeding van een andere (rechts)persoon te gelde te maken. Vereist is dan dat de desbetreffende vordering aan de rechtspersoon is gecedeerd.³⁴

2.5 De geschiedenis van het EVRM in vogelvlucht

Het is nuttig om kort stil te staan bij de vraag op welke wijze het denken over ‘mensenrechten’ tot leven is gekomen. In het voorgaande is gesignaleerd dat grondrechten of fundamentele rechten juridische concepten zijn. Een eerste aanzet in het denken over wat sinds de verlichting wordt aangeduid met het (container)begrip ‘mensenrechten’, ziet men in de late middeleeuwen in Europa.³⁵ Het beroemde voorbeeld is de *Magna Carta*, een verdrag dat de Engelse koning Jan zonder Land op 15 juni 1215 (onder dwang) sloot, waarbij hij aan zijn baronnen grotere politieke vrijheden garandeerde. In de *Magna Carta* kan men een eerste ontwerp van het legaliteitsbeginsel lezen. De macht van de koning werd – onder meer zijn bevoegdheid belastingen te heffen – in dit verdrag aan bepaalde regels onderworpen.

Het denken over mensenrechten kwam echt tot leven in het verlichtingsdenken in de 17^{de} en 18^{de} eeuw. De *Bill of Rights* (1689) in Engeland, de Franse *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (1789) en de Amerikaanse *Declaration of Independence* (1776) vormen hiervan de bekende exponenten.

Na de Tweede Wereldoorlog zijn de Verenigde Naties opgericht door 51 landen, met als doel een intergouvernementele organisatie te creëren die samenwerkt op het gebied van het internationale recht, mondiale veiligheid en het behoud van mensenrechten. De grondrechten van de mens werden in 1948 omschreven in de *Universele verklaring van de rechten van de mens*.³⁶ De daarin neergelegde bepalingen zijn niet bindend maar vormen een basis voor andere verdragen waarin deze bepalingen meer gedetailleerd zijn uitgewerkt.³⁷ Als voorbeeld kan worden gewezen op het hiervoor in paragraaf 1.5 besproken IVBPR.

33. EHRM 28 juni 2011, appl. nr. 66274/09 (*La Ligue des Musulmans de Suisse t. Zwitserland*). Niet ontvankelijkheidsbeslissing inzake een klacht gericht tegen het verbod op de bouw van minaretten in Zwitserland, omdat er geen *victim* was.

34. EHRM 18 november 2010, appl. nr. 27940/07, RvdW 2011, 1536 (*Tunnel Report Limited t. Frankrijk*).

35. Zie Vande Lanotte & Haeck 2005, deel 1, p. 3.

36. Aangenomen door de Algemene vergadering van de Verenigde Naties op 10 december 1948 (A/RES/217).

37. Zie Vande Lanotte & Haeck 2005, deel 1, p. 6.

Het EVRM is een product van de Raad van Europa. Het is op 4 november 1950 getekend te Rome en voor Nederland op 31 augustus 1954 in werking getreden.³⁸ Inmiddels strekt het beschermingsbereik van het EVRM zich uit over achthonderdmiljoen mensen in 47 staten.³⁹

Volgens de preambule beoogt het verdrag bij te dragen aan het bereiken van een grotere eenheid van de leden van de Raad van Europa, waarbij: “*één van de middelen om dit doel te bereiken (...) de handhaving en de verdere verwezenlijking van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden [is]*”. De verdragsluitende staten bevestigen daartoe opnieuw hun:

“diep geloof (...) in deze fundamentele vrijheden die de grondslag vormen voor gerechtigheid en vrede in de wereld en welke handhaving vooral steunt, enerzijds op een waarlijk democratische regeringsvorm, anderzijds op het gemeenschappelijk begrip en de gemeenschappelijke eerbiediging van de rechten van de mens waarvan die vrijheden afhankelijk zijn.”

Het EVRM is het resultaat van een politiek onderhandelingsproces.⁴⁰ Met name het Verenigd Koninkrijk heeft zich daarbij beijverd de reikwijdte van het verdrag zo beperkt mogelijk te houden. Het beoogde onderhandelingsresultaat betrof een verdrag dat de mensenrechten zou waarborgen op slechts een basaal niveau.⁴¹ De conventie diende te functioneren als een ‘alarm bel’ die zou gaan luiden wanneer in een land stelselmatig grove schendingen van mensenrechten zouden plaatsvinden. De rest van Europa zou dan tijdig wakker worden geschud wanneer zich weer een situatie zou voordoen zoals in Duitsland vanaf 1930.

Anderen die bij de onderhandelingen betrokken waren, zoals de Franse politicus (en later rechter in het EHRM) Pierre-Henri Teitgen, koesterden reeds in 1949 grotere ambities. Het EVRM zou een Europese *Bill of Rights* moeten worden.⁴² Aangezien dat politiek niet haalbaar bleek, was de conventie zoals die in 1950 werd getekend, het resultaat van een compromis.

De conventie van 1950 kan worden omschreven als een interstatelijk controlemechanisme.⁴³ Iedere verdragsstaat kon een andere verdragsstaat dagen voor de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. De Commissie voor de Rechten van de Mens schreef daarna een opinie over de zaak, die niet bindend was, maar aan de hand waarvan de Raad van Ministers

38. Rome 1950, Trb. 1951, 154, p. 3-33. De thans geldende vertaling is geplaatst in Trb. 1990, nr. 156.

39. Zie het *factsheet* met betrekking tot het 14de protocol, te raadplegen op <www.echr.coe.int>.

40. Zie daarover Bates 2010.

41. Bates 2010, p. 7.

42. Bates 2010, p. 8.

43. Bates 2010, p. 8.

HOOFDSTUK 2

een besluit kon nemen. Deze oplossing was gekozen omdat in 1950 bij diverse landen bezwaren bestonden tegen het oprichten van een (onafhankelijk) hof dat geschillen zou beslechten. De oprichting van het EHRM werd wel als een optie in de conventie opgenomen. Het EHRM zou evenwel eerst rechtsmacht krijgen wanneer acht van de tien landen de rechtsmacht van het EHRM zouden aanvaarden. Dat aantal werd in 1959 gehaald, waarna het hof in Straatsburg zijn deuren kon openen.⁴⁴

Niet alleen ging het EVRM van start zonder het EHRM, het moest het ook stellen zonder individueel klachtrecht. Afgesproken was dat pas wanneer vijf landen het individuele klachtrecht zouden hebben aanvaard, het individuele klachtrecht van kracht zou worden en dan nog slechts voor de landen die de desbetreffende verklaring zouden hebben afgelegd.

Het verdrag zoals dat voor Nederland in 1954 in werking trad, had vooral een symboolwaarde. Men was zich er terdege van bewust dat een verdragsstaat zelden of nooit een klacht tegen een andere verdragsstaat zou indienen. Zonder individueel klachtrecht en zonder rechtsmacht voor het EHRM kwam de conventie ter wereld als een *sleeping beauty*.⁴⁵

Vanaf 1968 begon het EHRM te ontwaken. In de jaren 1975 tot en met 1979 zou het hof vervolgens zelf de verdragsstaten gaan wakker schudden.⁴⁶ In deze jaren wees het EHRM een groot aantal baanbrekende uitspraken.⁴⁷

In de *Golder*-uitspraak interpreteerde het EHRM het EVRM voor het eerst op een teleologische wijze, waarbij niet de letterlijke tekst maar het oogmerk achter de tekst van doorslaggevend belang werd geacht.⁴⁸ In de *Engel*-uitspraak werd overwogen dat de begrippen in het EVRM autonoom dienden te worden

44. Pas in 1968 zou het EHRM voor het eerst een schending van het verdrag constateren (EHRM 27 juni 1968, *Neumeister t. Oostenrijk*).

45. De periode van de conventie tot 1953-1974 is door Jochen Frowein omschreven als de *sleeping beauty years*, zie Bates 2010, p. 11.

46. Het hierna volgende overzicht van zaken is ontleend aan Bates 2010, p. 16.

47. Moyn (2010) wijst erop dat het gebruik van de term mensenrechten pas midden jaren zeventig een grote vlucht heeft genomen. Het was volgens Moyn vooral de politiekneutrale lading enerzijds en het utopische karakter van mensenrechten anderzijds dat mensenrechten tot een vruchtbaar concept voor het vooruitgangdenken maakte in de jaren zeventig. Tegen de achtergrond van het einde van de grote verhalen – om met Lyotard te spreken – waarbij het geloof in een allesomvattende politieke ideologie tanende was, sloeg het concrete en pragmatische karakter van het concept mensenrechten aan. Het streven naar ‘de beste wereld’ als utopisch project (bijv. in het communisme) had tot veel rampspoed geleid en was midden jaren zeventig verlaten voor het streven naar een betere wereld: “*the attractions of Amnesty International in its decisive decades depended on leaving behind political utopias and turning to smaller and more manageable moral facts.*” (Moyn 2010, p. 147)

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

verstaan.⁴⁹ In *Handyside* en *The Sunday Times* ontwikkelde het EHRM de *margin of appreciation*-doctrine.⁵⁰ In *Tyrer* werd voor het eerst de frase gebruikt dat het EVRM diende te worden begrepen als een *living document*.⁵¹ In *Marckx* werd het concept van de positieve verplichtingen ontwikkeld.⁵² In *Airey* stelde het EHRM voorop dat de conventie ten doel had de verdragsrechten te verzekeren op een wijze die praktisch en effectief was.⁵³

Met al deze uitspraken kwam de conventie in een geheel nieuw licht te staan. Van een conventie die van start was gegaan als een interstatelijk controlemechanisme, met in wezen slechts een adviserende functie, had het EVRM zich eind jaren zeventig ontwikkeld tot een *Bill of Rights*, op de naleving waarvan daadkrachtig werd toegezien door het EHRM.⁵⁴

In de jaren tachtig heeft het EHRM verder gekoerst op een praktische en effectieve handhaving van de door het EVRM gewaarborgde rechten. In die periode steeg het aantal zaken dat Straatsburg bereikte ook sterk.⁵⁵ Dit maakte een herziening van de werkwijze nodig. Op 1 november 1999 werd het 11^{de} Protocol van kracht op grond waarvan het EHRM een nieuwe structuur kreeg. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens hield op te bestaan. In de nieuwe structuur ontving het EHRM de klachten rechtstreeks. Het aanvaarden van het individuele klachtrecht was niet langer optioneel voor de verdragsstaten. Met inwerkingtreding van het 11^{de} Protocol kreeg het EHRM zijn structuur die het nu ook nog heeft.

De uitdaging waarvoor het EHRM nu staat is om niet ten onder te gaan aan zijn eigen succes. De werkvoorraad is het hof tot aan de lippen gestegen. Om de werklust beter het hoofd te kunnen bieden geldt sinds het van kracht worden (per 1 juni 2010) van het 14^{de} Protocol een nieuwe ontvankelijkheidsvoorwaarde voor klachten. Het biedt het EHRM de mogelijkheid klachten niet-ontvankelijk te verklaren indien de klager door de (beweerde-lijke) verdragsschending geen *significant disadvantage* heeft geleden. Over

49. EHRM 8 juni 1976, appl. nrs. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 en 5370/72 (*Engel e.a. t. Nederland*).

50. EHRM 26 april 1979, appl. nr. 13166/87 (*The Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*).

51. EHRM 25 april 1978, appl. nr. 5856/72 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*).

52. EHRM 13 juni 1979, appl. nr. 6833/74 (*Marckx t. België*).

53. EHRM 9 oktober 1979, appl. nr. 6289/73 (*Airey t. Ierland*).

54. Niet iedereen kon zich vinden in de wijze waarop het EHRM het Verdrag was gaan interpreteren. Fitzmaurice (de rechter in EHRM van het Verenigd Koninkrijk) heeft zich steeds op het standpunt gesteld dat het Verdrag diende te worden beschouwd als een interstatelijk verdrag, waarbij een ruime uitleg van de Conventie rechtsgevolgen in het leven zou roepen waaraan de verdragsstaten zich nooit hadden geëngaat. Zie bijvoorbeeld de *dissenting opinions* van Fitzmaurice bij EHRM 21 februari 1975, appl. nr. 4451/70, NJ 1975, 462 m.nt. EAA (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 27 oktober 1975, appl. nr. 4464/70 (*Union of Belgian Police t. België*).

55. Bates 2010, p. 21.

HOOFDSTUK 2

andere mogelijkheden om de werkvoorraad te reduceren naar een behandelbaar niveau wordt nu druk nagedacht.⁵⁶ De algemene overtuiging is dat extra maatregelen nodig zijn om dat doel te bereiken.

2.6 Kwalificaties van grondrechten

De mensenrechten die het EVRM beoogt te waarborgen worden wel onderverdeeld in vier soorten rechten: (i) burgerlijke rechten, (ii) politieke rechten, (iii) economische, sociale en culturele rechten, en (iv) collectieve rechten. Naast de expliciet in het EVRM (en aanvullende protocollen) geformuleerde rechten heeft het EHRM ook zogenoemde ‘impliciete rechten’ aanvaard.

Impliciete rechten zijn rechten die worden afgeleid uit expliciet geformuleerde rechten teneinde de effectiviteit van die rechten te waarborgen. Zo heeft het EHRM geoordeeld dat het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM) tevens geacht moet worden te omvatten een recht op ‘toegang tot de rechter’,⁵⁷ het recht op ‘tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak’⁵⁸ en het ‘zwijgrecht’.⁵⁹

De in het EVRM (en aanvullende protocollen) opgenomen rechten kunnen verder worden onverdeeld in ‘absolute rechten’ en ‘relatieve rechten’.⁶⁰ Absolute rechten kunnen niet worden beperkt, ook niet door andere grondrechten. Een voorbeeld vormt het verbod van foltering (art. 3 EVRM) of het verbod van slavernij (art. 4 EVRM). De relatieve rechten kunnen wel worden beperkt door een ander belang dat voorrang heeft. Bij de beoordeling van de vraag of een beperking van een verdragsrecht kan worden gerechtvaardigd wordt de inbreuk getoetst aan de beginselen van proportionaliteit en evenredigheid. Hoe een dergelijke toets in het concrete geval plaatsvindt is een onderwerp van het volgende hoofdstuk.

2.7 Doorwerking van het EVRM in het algemeen

Voor internationaal recht geldt in Nederland het uitgangspunt van ‘interne werking’. Dat houdt in dat het internationale recht automatisch doorwerkt in de

56. Dit was een belangrijk thema op de EHRM conferentie te Izmir, gehouden op 26 and 27 april 2011.

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

58. EHRM 19 maart 1997, appl. nr. 18357/91, NJ 1998, 434 (*Hornsby t. Griekenland*) en recent EHRM 10 februari 2009, appl. nr. 32048/03 (*Bezzubikova t. Rusland*).

59. EHRM 8 februari 1996, NJ 1995, 509, m.nt. Kn (*Murry t. Verenigd Koninkrijk*), § 45.

60. Vande Lanotte & Haeck 2005, deel 1, p. 92.

ationale rechtsorde. De Staat en al aan haar verbonden organen zijn daardoor rechtstreeks gebonden aan bepalingen van internationaal recht.⁶¹

Het internationale recht heeft niet alleen interne werking, maar ook ‘rechtstreekse werking’ wanneer een verdragsbepaling zich daarvoor leent. Op grond van de artikelen 93⁶² en 94⁶³ van de Grondwet kan een ieder zich beroepen op bepalingen die “naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden”. Dergelijke bepalingen hebben ook voorrang boven het nationale recht.

Om rechtstreeks te kunnen werken moet een norm zonder verdere wettelijke tussenkomst voldoende duidelijk zijn om er een recht aan te kunnen ontleen.⁶⁴ Bij de beoordeling van de vraag of een verdragsbepaling rechtstreeks werkt, kan ook de bedoeling van de verdragsluitende staten een rol spelen.⁶⁵ Voor het EVRM geldt dat, voor zover burgers rechten jegens een verdragsstaat kunnen ontleen aan de bepalingen van het EVRM, doorgaans rechtstreekse werking wordt aanvaard.⁶⁶

De uitspraken van het EHRM, al dan niet gewezen tegen Nederland, zijn ook in de Nederlandse rechtsorde gezaghebbend bij de uitleg van verdragsbepalingen. Hoewel op grond van art. 46 lid 1 EVRM een uitspraak van het EHRM in beginsel alleen bindend is voor de verdragsstaat die partij is in het geding, hebben deze uitspraken uiteraard ook betekenis voor vergelijkbare gevallen in de toekomst.⁶⁷ De rechtszekerheid vereist dat het EHRM met een zekere mate van consistentie het EVRM interpreteert. De verdragsstaten dienen derhalve acht te slaan op de jurisprudentie van het EHRM teneinde vast te kunnen stellen of zij hun verplichtingen onder het verdrag naleven.⁶⁸

61. Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008, p. 15.

62. Art. 93 Gw luidt: “Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.”

63. Art. 94 Gw luidt: “Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.”

64. Vlg. HvJ EG 5 februari 1963, nr. 26/62, Jur. 1963, 1 (*Van Gent en Loos*).

65. Vande Lanotte & Haeck 2005, deel 1, p. 13.

66. Een uitzondering wordt met betrekking tot art. 6 EVRM slechts gemaakt als het gaat om de uitbreiding van de rechtsmacht van de rechter door het introduceren van een rechtsgang die niet in de wet is voorzien. Vgl. HR 18 februari 1986, NJ 1987, 62 en HR 30 januari 1996, NJ 1996, 288.

67. Art. 46 lid 1 EVRM luidt: “De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich ertoe zich te houden aan de einduitspraak van het Hof in de zaken waarbij zij partij zijn.”

68. Vgl. Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008, p. 17.

HOOFDSTUK 2

2.8 De doorwerking van het EVRM in het Nederlandse ondernemingsrecht

Het EVRM beïnvloedt het Nederlandse ondernemingsrecht op drie niveaus.⁶⁹ Het EVRM dwingt in *de eerste plaats* de wetgever de in het EVRM neergelegde fundamentele rechten te respecteren bij het ontwerpen van regelgeving. Nieuwe wetgeving mag bijvoorbeeld niet een grotere inbreuk op eigendomsrechten maken, dan door het nagestreefde belang kan worden gerechtvaardigd. Het gaat op dit niveau om de klassieke verticale verhouding tussen de Staat en zijn onderdanen.

Een voorbeeld. Als aanvulling van de reeds bestaande tegenstrijdig belang bepalingen heeft de Tweede Kamer op 16 december 2009 een amendement aanvaard in de Tweede Kamer met de strekking de eigen financiële belangen van bestuurders en commissarissen in het geval van een overname te neutraliseren.⁷⁰ Het amendement voorziet in een regeling die de waarde van de aandelen of opties in het kapitaal van de vennootschap voor bestuurders en commissarissen bevriest op een niveau van vier weken voor de aankondiging van een openbaar bod of fusie. De waardevermindering van de aandelen na de peildatum moet aan de vennootschap worden terugbetaald. Hoe verhoudt een dergelijke regeling zich tot het recht van eigendom (art. 1 EP) van de bestuurder of commissaris die aandelen of opties bezit?⁷¹ De wetgever zal dat bij het ontwerpen van een bepaling als deze moeten onderzoeken.

In *de tweede plaats* richten de normen van het EVRM zich tot de rechter. De bepalingen van het EVRM (met directe werking) gelden als rechtsnorm op grond van de artikelen 93 en 94 Grondwet.⁷² De bepalingen van het EVRM hebben zelf voorrang boven nationale rechtsnormen. Omdat het EVRM ook voortgaat op de Grondwet, is het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet niet van toepassing en mag de rechter formele wetten ook toetsen aan het EVRM.

De normen die het EVRM geeft, zijn niet alleen van toepassing op een handelen van (organen van) de Staat, maar ook op een ‘stilzitten waar handelen was geboden’. In dat verband wordt wel gesproken over de ‘positieve verplichtingen’ die voor verdragsstaten uit het EVRM voortvloeien. Het concept ‘positieve verplichting’ refereert aan de gedachte dat een effectieve bescherming van de in het EVRM neergelegde rechten kan meebrengen dat de overheid actief moet ingrijpen om schendingen van verdragsbepalingen te

69. Hartkamp volgt een rubricering met vijf wijzen waarop het EVRM het Nederlandse vermogensrecht kan beïnvloeden, zie Asser-Hartkamp 2011, nrs. 221 en 225.

70. *Kamerstukken II*, 2009/10, 31 058 (flexibilisering van het BV-recht), nr. 7 (amendement van de leden Tang en Irgang).

71. Op deze vraag wordt ingegaan in paragraaf 4.3.9.2.

72. Zie de conclusie van A-G Langemeijer vóór HR 1 april 2011, 09/04671 (*Clara Wichmann/Staat*) (onder 3.4. ev.) over de vraag wanneer een verdragsbepaling ‘directe werking’ geacht moet hebben.

voorkomen.⁷³ Potentieel kan in ieder verdragsrecht een positieve verplichting worden gelezen.⁷⁴ Mede daardoor heeft de werking van het EVRM zich sterk kunnen uitbreiden.⁷⁵

In *de derde plaats* normeert het EVRM het handelen van (rechts)personen. Een rechter zal bij het beslechten van geschillen in zuiver privaatrechtelijke verhoudingen acht dienen te slaan op het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM, teneinde het risico op een veroordeling van de Staat in Straatsburg te voorkomen. De doorwerking van het EVRM in de rechtsverhouding tussen private (rechts)personen wordt ook wel de ‘horizontale werking’ genoemd.⁷⁶ Het is met name het fenomeen van horizontale werking dat maakt dat het EVRM ook de open normen in het ondernemingsrecht kan inkleuren. Ik sta daarom in de volgende paragraaf meer uitgebreid stil bij het concept van de horizontale werking van verdragsbepalingen.

2.9 Horizontale werking van verdragsrechten

Een verdragsbepaling heeft ‘horizontale werking’ wanneer het niet alleen jegens een verdragsstaat kan worden ingeroepen, maar ook de rechtsverhouding tussen private partijen onderling beïnvloedt. De verticale verhouding (staat-burger) wordt onderscheiden van de horizontale verhouding (burgers onderling).⁷⁷ Wat is de betekenis van het EVRM in rechtsverhoudingen tussen private partijen?⁷⁸

73. Zo bepaalt art. 2 lid 1 EVRM bijvoorbeeld dat “*het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet*”. De verdragsstaten zijn dus verplicht wetgeving te maken die een effectieve bescherming van dit recht garandeert.

74. Zie Haeck & Vande Lanotte 2005, deel 1, p. 99.

75. Zo heeft bijvoorbeeld het EHRM in *López Ostra t. Spanje* geoordeeld dat uit art. 8 EVRM de positieve verplichting voortvloeit om burgers te beschermen tegen milieuvuiling, in het betreffende geval bestaande uit ernstige stankoverlast die werd veroorzaakt door een zuiveringsinstallatie die in strijd met de (nationale) wettelijke voorschriften was gebouwd, zie: EHRM 9 december 1994, appl. nr. 16798/90, AB 1996, 56 m.nt. Van der Vlies (*López Ostra t. Spanje*). Zie voorts Barkhuysen & Van Emmerik 2004, p. 234-244.

76. Vande Lanotte & Haeck 2005, deel 1, p. 105.

77. Terecht merkt Janssen op dat dit onderscheid niet helemaal zuiver is, nu ook in horizontale verhoudingen uiteindelijk de rechter in beeld komt. De verhouding tussen de rechter en de burger is weer een verticale. Zie Janssen 2006, p. 338.

78. Bij de grondwetsherziening van 1983 is besloten de vraag naar de horizontale werking van grondrechten niet in de Grondwet te regelen maar de ontwikkeling van dit leerstuk aan de rechter over te laten, zie hierover Hartkamp 2009, p. 140-141.

HOOFDSTUK 2

In beginsel komt aan de EVRM-rechten geen directe horizontale werking toe.⁷⁹ Het EVRM bevat ook geen verplichting daartoe.⁸⁰ Ook de Nederlandse rechter kent aan de bepalingen van het EVRM geen directe horizontale werking toe.⁸¹ De normen die zijn neergelegd in het EVRM richten zich in de eerste plaats tot de verdragsstaten. Het is aan de verdragsstaten de vrijheden te verzekeren zoals vastgelegd in het EVRM (art. 1 EVRM). Alleen tegen staten kan een klacht worden ingediend (art. 34 EVRM).⁸² Ook maakt het niet uit of bevoegdheden worden uitgeoefend krachtens het publiekrecht of het privaatrecht.⁸³

Art. 1 EVRM verplicht staten de rechten en vrijheden zoals neergelegd in het EVRM te verzekeren jegens een ieder die ressorteert onder hun rechtsmacht. Uit het woord ‘verzekeren’ volgt dat het hier gaat om een resultaatsverbintenis. Voor vele EVRM-rechten heeft het EHRM geoordeeld dat op de Staat niet alleen de verplichting rust geen inbreuk te maken op die rechten, maar ook actief die maatregelen te treffen die nodig zijn voor een effectieve bescherming ervan (zgn. ‘positieve verplichtingen’).⁸⁴ De gedachte hierachter is dat de waarden die grondrechten beogen te beschermen een dermate groot gewicht hebben dat burgers ook in een private verhouding bescherming aan het EVRM moeten kunnen ontleen.⁸⁵ Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM verplicht art. 1 EP de verdragsstaten bijvoorbeeld tot het treffen van die maatregelen die nodig zijn voor een adequate bescherming van het eigendomsrecht van burgers.⁸⁶

79. Asser-Hartkamp 2011, nr. 220, met verdere literatuurverwijzingen. Onduidelijk is nog of het Hof van Justitie horizontale werking gaat toekennen aan de grondrechten opgenomen in het Handvest. Zie Hartkamp 2011, p. 347.

80. Hetgeen onverlet laat dat de doorwerking van grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen in sommige landen wel wordt aanvaard, bijv. in België, zie daarover Vande Lanotte & Haeck 2005, deel 1, p. 95. Een fraai overzicht over de wijze waarop wordt gedacht over horizontale werking van grondrechten in verschillende landen geeft Smits 2003, p. 7-49.

81. Asser-Hartkamp 2011, nr. 227.

82. Daarbij geldt dat staten ook verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor rechtspersonen die een “public duty” vervullen. Vgl. EHRM 22 februari 2005, appl. nr. 47148/99 (*Novoseletskiy t. Oekraïne*), § 82.

83. EHRM 6 februari 1976, appl. nr. 5589/72 (*Schmidt & Dahlström t. Zweden*).

84. Zie over positieve verplichtingen in het algemeen bijv. Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 42. Positieve verplichtingen worden zelden in abstracto geformuleerd, maar dienen eerder om aan te geven dat een staat in het betreffende geval tekort is geschoten omdat sprake is van een situatie die voorkomen had moeten worden. Over de vraag of deze gangbare praktijk ook de meest wenselijke is, zie Gerards 2006.

85. Zie Asser-Hartkamp 2011, nr. 226, p. 220.

86. Zie bijvoorbeeld EHRM 18 juni 2002, appl. nr. 48939/99 (*Öneryildiz t. Turkije*), waarin werd geoordeeld dat de Turkse autoriteiten onvoldoende maatregelen hadden getroffen ter voorkoming van een methaanexplosie bij een vuilstortplaats. Ten gevolge daarvan waren (illegaal gebouwde) huizen verwoest. Turkije werd veroordeeld tot betaling van schadevergoeding →

Door middel van het aanvaarden van positieve verplichtingen kan het EHRM de rechter dwingen het nationale recht verdragsconform te interpreteren.⁸⁷ Is de uitkomst van het geschil in strijd met een recht dat een partij aan het EHRM kan ontleen, dan kan de Staat worden verweten tekort te zijn geschoten in zijn positieve verplichting een adequate bescherming van dit recht te verzekeren.⁸⁸ Een rechter wordt aldus gedwongen een rechtsregel buiten toepassing te laten voor zover de toepassing van de regel tot een schending van een door het EVRM beschermd grondrecht zou leiden.⁸⁹ Op deze wijze wordt een – wat ook wel wordt genoemd: indirecte – horizontale werking van de direct werkende bepalingen uit het EVRM bereikt.⁹⁰

Waar bij ‘rechtstreekse horizontale werking’ het internationale recht rechtstreeks (als toepasselijke norm) de rechtsverhouding tussen burgers beïnvloedt, verloopt bij indirecte horizontale werking de beïnvloeding van het nationale recht via de tussenschakel van nationaalrechtelijke open normen.⁹¹ De in het EVRM neergelegde rechten wegen mee bij het oordeel of bijvoorbeeld een

aan de slachtoffers. Vgl. ook bijv. Rb 's-Gravenhage 24 december 2003, NJ 2004, 230 inzake de vuurwerkcramp Enschede, waarin ook een beroep werd gedaan op art. 1 Eerste Protocol. Zie ook Heringa (EHRC 2002, 89), in zijn noot onder EHRM 25 juli 2002, appl. nr. 48553/99 (*Sovtransavto Holding t. Oekraïne*).

87. De verdragsstaat draagt de verantwoordelijkheid voor alle onderdelen van de overheidsorganisatie. Op een verdragsstaat rust daardoor onder meer een risico-aansprakelijkheid voor het door de nationale rechter bereikte resultaat ten aanzien van de verdragsverplichtingen. Zie Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 17.
88. Zie hierover uitgebreid: Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 42 en 53, Janssen 2006, p. 338, en Milo 2007, p. 48.
89. Ook wel het ‘judiciary model’ genoemd: Smits (2003, p. 28) definieert dit model als volgt: “*grondrechten kunnen werking hebben tussen private personen omdat de staatsorganen (wetgever, administratie en rechter) verplicht zijn de grondrechten toe te passen.*” Het ‘judiciary model’ wijkt in praktisch opzicht niet af van het model van indirecte werking van grondrechten, waarbij grondrechten doorwerken via open normen in het recht (grondrechten geven bijvoorbeeld invulling aan de norm van de redelijkheid en billijkheid), aldus Smits.
90. Niet alle door het EVRM beschermde rechten lenen zich voor horizontale werking. Als voorbeeld kan worden gewezen op het recht op een eerlijk proces van overheidswege (art. 6 EVRM) en het ‘nulla poena sine praevia lege poenali’-beginsel (art. 7 EVRM), die zich naar hun aard uitsluitend tot de verdragsstaten richten.
91. Hartkamp 2008, p. 23. Een voorbeeld van horizontale werking van een grondrecht via de band van een open norm betreft Hof Amsterdam 24 februari 2009, LJN BH6413: “4.5 (...) *Het hof laat in het midden of aan artikel 10 EVRM in de (horizontale) verhouding tussen partijen directe dan wel indirecte werking toekomt.(...). Het hof zal aan artikel 10 EVRM werking toekennen via de toetsing aan de tussen partijen van toepassing zijnde open norm van artikel 2:8 lid 2 BW (kort gezegd de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid).*”

HOOFDSTUK 2

overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid⁹² onaanvaardbaar moet worden geoordeeld of de overeenkomst nietig moet worden geacht wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden op grond van art. 3:40 BW. Het EHRM heeft geen algemene theorie uitgewerkt over de mate waarin rechtstreeks werkende verdragsbepalingen ook gelding zouden moeten hebben in de relatie tussen private partijen.⁹³ In plaats daarvan volgt het EHRM een ad hoc benadering.⁹⁴ Indirecte derdenwerking wordt met name aanvaard voor het folterverbod (art. 3 EVRM), het recht op privéleven (art. 8 EVRM), godsdienstvrijheid (art. 9 EVRM), de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM), de vrijheid van vereniging en vergadering (art. 11 EVRM) en de bescherming van het eigendomsrecht (art. 1 EP).⁹⁵

Een voorbeeld van indirecte horizontale werking in het vermogensrecht vormt de *Pla & Puncernau t. Andorra*-uitspraak.⁹⁶ Deze zaak betrof de uitleg

92. Een voorbeeld betreft Hof Amsterdam 24 februari 2009, NJ 2010, 657 m.nt. Alkema onder NJ 2010, 678, waarin werd overwogen: “4.5 (...) *Het hof laat in het midden of aan artikel 10 EVRM in de (horizontale) verhouding tussen partijen directe dan wel indirecte werking toekomt. In elk geval komt aan die bepaling in die verhouding in zoverre werking toe, dat een beslissing van een nationale rechter in een privaatrechtelijk geschil die tot effect heeft dat het door artikel 10 EVRM gewaarborgde recht op ontvangst van informatie wordt beperkt, een schending van die bepaling kan opleveren (EHRM 16 december 2008, LJN BH1809, EHRC 2009, 17 [Mustafa c.s./Zweden]). Het hof zal aan artikel 10 EVRM werking toekennen via de toetsing aan de tussen partijen van toepassing zijnde open norm van artikel 2:8 lid 2 BW (kort gezegd de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid).*”

93. Vande Lanotte & Haeck, deel 1, p. 108.

94. Het EHRM overwoog in de *Grand Chamber* uitspraak van 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02, NJ 2008, 269 m.nt. Alkema (*J.A. Pye (Oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), §75: “*In other contexts, the Court has underlined that it is not in theory required to settle disputes of a private nature. It can nevertheless not remain passive, in exercising the European supervision incumbent on it, where a domestic court’s interpretation of a legal act appeared “unreasonable, arbitrary or ... inconsistent ... with the principles underlying the Convention” (Pla and Puncernau v. Andorra, no. 69498/01, § 59, ECHR 2004-VIII). When discussing the proportionality of a refusal of a private television company to broadcast a television commercial, the Court considered that a margin of appreciation was particularly essential in commercial matters (Vgt Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, § 69, ECHR 2001-VI). In a case concerning a dispute over the interpretation of patent law, and at the same time as noting that even in cases involving litigation between individuals and companies the State has obligations under Article 1 of Protocol No. 1 to take measures necessary to protect the right of property, the Court reiterated that its duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties to the Convention, and not to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless Convention rights and freedoms may have been infringed (Anheuser-Busch Inc. v. Portugal, cited above, § 83).*”

95. Voor een overzicht van de relevante jurisprudentie, zie Vande Lanotte & Haeck 2005, deel 1, p. 108.

96. EHRM 13 juli 2004, appl. nr. 69498/01 (*Pla & Puncernau t. Andorra*). Andorra heeft deze uitspraak aan de *Grand Chamber* voorgelegd. Echter, voordat de *Grand Chamber* uitspraak kon doen, is de zaak geschikt.

van een testament in een geschil tussen erfgenamen. Het EHRM oordeelde dat de Andorrese rechter het onderscheid dat in het testament werd gemaakt tussen geadopteerde en andere (wettige) kinderen als strijdig met het verbod op discriminatie (art. 14 EVRM) had moeten beschouwen. Dat het hier om een geschil tussen private partijen ging, kon aan de toepasselijkheid van het EVRM niet afdoen.⁹⁷

Een ander voorbeeld van de (indirecte) horizontale werking in het vermogensrecht betreft de *Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*-uitspraak (van de Grote Kamer).⁹⁸ Het EHRM overwoog in deze uitspraak dat op de Staat de positieve verplichting rust tot bescherming van het recht van eigendom, ook in geschillen tussen private partijen:

“39. (...) The Court observes that, *even in cases involving litigation between individuals and companies [curs. AS]*, the obligations of the State under Article 1 of Protocol No. 1 entail the taking of measures necessary to protect the right of property. In particular, the State is under an obligation to afford the parties to the dispute judicial procedures which offer the necessary procedural guarantees and therefore enable the domestic courts and tribunals to adjudicate effectively and fairly in the light of the applicable law. (...)”⁹⁹

Een ander voorbeeld van (indirecte) horizontale werking van het EVRM in het vermogensrecht betreft de zaak *Khurshid Mustafa & Tarzibachi t. Zweden*.¹⁰⁰

97. In de zaak *Pla & Puncernau t. Andorra*, overwoog het EHRM § 59: “*Admittedly, the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court’s interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention (...)*”

98. EHRM 11 januari 2007, appl. nr. 73049/01, NJ 2008, 534 m.nt. Gielen (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*). De zaak betrof een geschil tussen twee bierbrouwers over het gebruik van het merk Budweiser in Portugal. Dat positieve verplichtingen zich ook tot privaatrechtelijke verhoudingen kunnen uitstrekken viel reeds op te maken uit EHRM 25 juli 2002, appl. nr. 48553/99, JOR 2003, 111 m.nt. Vossestein (*Sovtransavto Holding t. Oekraïne*), §96: “*(...) As regards the right guaranteed by Article 1 of Protocol No. 1, those positive obligations may entail certain measures necessary to protect the right of property (...), even in cases involving litigation between individuals or companies. (...)*”

99. Opgemerkt wordt dat de vraag of het nationale recht correct is geïnterpreteerd en toegepast slechts terughoudend door het EHRM kan worden getoetst. Zo werd in EHRM 11 januari 2007, appl. nr. 73049/01, NJ 2008, 534 m.nt. Gielen (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*) het volgende overwogen: “*39 (...) However, the Court reiterates that its jurisdiction to verify that domestic law has been correctly interpreted and applied is limited and that it is not its function to take the place of the national courts, its role being rather to ensure that the decisions of those courts are not flawed by arbitrariness or otherwise manifestly unreasonable.*”

100. EHRM 16 december 2008, appl. nr. 23883/06, NJ 2010, 149 m.nt. Alkema, AB 2009, 286 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Mustafa t. Zweden*).

HOOFDSTUK 2

Een uit Irak afkomstige familie was uit hun woning gezet nadat zij hadden geweigerd de schotelantenne die zij aan hun (huur)flat hadden bevestigd te verwijderen. De schotelantenne gebruikten zij om programma's in het Arabisch en Farsi te ontvangen. Zij klaagden in Straatsburg dat hun recht op vrije nieuwsvergaring, dat onder het beschermingsbereik van art. 10 EVRM valt (het recht op vrijheid van meningsuiting), was geschonden. Zweden wierp als verweer op dat het hier een zuiver contractueel geschil betrof tussen twee private partijen. Het EHRM fietst vlot aan dat verweer voorbij:

“30. The Government argued that the case concerned a dispute between two private parties over a contractual obligation and that there had not been intervention by a public authority such as to bring any positive obligation of the State into play.

31. The Court reiterates that, under Article 1 of the Convention, each Contracting State “shall secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention”. As the Court stated in *Marckx v. Belgium* (13 June 1979, § 31, Series A no. 31; see also *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, § 49, Series A no. 44), in addition to the primarily negative undertaking of a State to abstain from interference in Convention guarantees, “there may be positive obligations inherent” in such guarantees. The responsibility of a State may then be engaged as a result of not observing its obligation to enact domestic legislation.”

Het EHRM achtte de getroffen maatregel – de uithuisplaatsing van het gezin – disproportioneel en oordeelde de klacht gegrond.

De drie hiervoor aangehaalde uitspraken geven een indruk van de wijze waarop via de band van de ‘positieve verplichtingen’ die in de verdragsrechten besloten kunnen liggen, grondrechten ook horizontaal kunnen werken. Zonder dat het EHRM woorden vuil maakt aan een theoretisch *framework* aanvaardt het dat private partijen zich ook in een horizontale verhouding op de verdragsrechten kunnen beroepen. Deze ontwikkeling heeft justice Arden in haar *Hailsham Lecture 2009* – over de invloed van het EVRM op het Engelse tort law – het volgende doen opmerken: “I am not going to spend much time on explaining the debate on horizontality because it has ceased to be important due to the way the law has actually developed.”¹⁰¹

Ook de Hoge Raad lijkt in het voorkomende geval voetstoots de werking van grondrechten in de relatie tussen burgers onderling te aanvaarden. Een voorbeeld vormt het *Edamse Bijstandsmoeder*-arrest, waarin de bijstandsuitkering van een vrouw werd stop gezet na verschillende berichten van de buurman (die adjunct-directeur was van de gemeentelijke sociale dienst) dat de vrouw weer zou samenwonen. De vrouw vorderde daarop in kort geding dat de man zich van verdere berichtgeving over haar privé-situatie aan de sociale dienst zou onthouden. De Hoge Raad aanvaardde de stelling van de vrouw dat de gedragingen van de tipgever in beginsel strijdig waren met het recht op

101. Arden 2009, p. 2.

eerbiediging van het privéleven van de vrouw zoals dat mede wordt beschermd door art. 8 EVRM.¹⁰² Daarbij overwoog de Hoge Raad dat:

“Vooropgesteld moet worden dat (...) een recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer moet worden aanvaard, dat aansluit bij vergelijkbare ontwikkelingen in andere landen en dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door art. 8 EVRM, waarvan moet worden aangenomen, dat het ook werking heeft tussen de burgers onderling.”¹⁰³

Concluderend: het EHRM ontvangt ook klachten die hun grond vinden in een privaatrechtelijke rechtsverhouding, mits uiteraard aan de overige vereisten voor ontvankelijkheid is voldaan. In de visie van het EHRM is het aan de verdragsstaat te waarborgen ervoor te zorgen dat de grondrechten van een (rechts)persoon niet worden geschonden. Wie die inbreuk heeft bewerkstelligd – een overheidsorgaan of een private partij – acht het EHRM niet zo relevant. Van belang is dat een voldoende effectieve rechtsbescherming wordt geboden van de in het EVRM neergelegde grondrechten aan een ieder die onder de rechtsmacht van de verdragsstaat ressorteert.

2.10 Verplicht het EVRM tot ambtshalve toetsing aan de verdragsbepalingen?

Is de burgerlijke rechter gehouden ambtshalve te toetsen aan het EVRM? De vraag laat zich ontleden in twee delen: “Bevat het EVRM een verplichting tot ambtshalve toetsing?” en “In hoeverre is de Nederlandse rechter gehouden op grond van het bepaalde in art. 25 Rv. ambtshalve te toetsen aan het EVRM?”.

Relatief eenvoudig is het antwoord op de eerste vraag. Het EVRM bevat geen plicht tot ambtshalve toetsing en ook volgens het EHRM bestaat er geen verplichting voor de nationale rechter om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen of aan de door het EVRM beschermde grondrechten te toetsen.¹⁰⁴ Om ontvankelijk te zijn in Straatsburg wordt de eis gesteld dat de beweerdelijke verdragsschending zelf door de verzoeker in de nationale procedure aan de orde is gesteld. Art. 35 EVRM bepaalt dat het EHRM een zaak pas in behandeling kan nemen nadat alle rechtsmiddelen zijn uitgeput.¹⁰⁵ Indien de verzoeker niet

102. Art. 10 Grondwet was op dat moment nog niet in werking getreden, zie daarover de noot van Alkema onder 3.

103. HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 m.nt. EEA (*Edamse bijstandsmoeder*), rov. 4.4. In de aangehaalde overweging zou men zelfs het aanvaarden van *directe* horizontale werking van art. 8 EVRM door de Hoge Raad kunnen lezen. Het lijkt evenwel onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad dat tot uitdrukking heeft willen brengen. Zie ook de noot van Alkema onder 3.

104. EHRM 15 november 1996, appl. nr. 64756/01 (*Sadik t. Griekenland*), § 30. Zie over dit onderwerp ook Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 14.

105. Vgl. bijv. EHRM 29 april 2008, appl. nr. 13378/05, AB 2008, 213 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Burden t. Verenigd Koninkrijk*), § 42: “Nonetheless, the Grand Chamber is →

HOOFDSTUK 2

bij de nationale rechter een beroep op zijn grondrechten heeft gedaan heeft hij de nationale rechtsmiddelen niet uitgeput. Dat geldt zelfs indien naar nationaal recht de bevoegdheid of verplichting bestaat voor de rechter om ten aanzien van grondrechten de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen.¹⁰⁶ Het uitgangspunt is dat een verdragsstaat eerst de gelegenheid moet hebben gekregen om een schending ongedaan te maken door herstel te bieden in de nationale rechtsorde.¹⁰⁷ Wanneer bijvoorbeeld bij de Ondernemingskamer niet materieel is geklaagd over een ongeoorloofde inbreuk op een eigendomsrecht, zal men in Straatsburg tegengeworpen krijgen dat is verzuimd de nationale rechtsmiddelen uit te putten.¹⁰⁸

Voor ontvankelijkheid is het voldoende wanneer ten minste *in substance* een beroep is gedaan voor de nationale rechter op het beweerdelijk geschonden recht.¹⁰⁹ Indien het naar nationaal recht niet noodzakelijk is je expliciet te

mindful that the principle that an applicant must first make use of the remedies provided by the national legal system before applying to the international Court is an important aspect of the machinery of protection established by the Convention (see Akdivar and Others v. Turkey, judgment of 16 September 1996, Reports 1996-IV, § 65). The European Court of Human Rights is intended to be subsidiary to the national systems safeguarding human rights (op. cit., §§ 65–66) and it is appropriate that the national courts should initially have the opportunity to determine questions of the compatibility of domestic law with the Convention and that, if an application is nonetheless subsequently brought to Strasbourg, the European Court should have the benefit of the views of the national courts, as being in direct and continuous contact with the forces of their countries.” Zie over dit onderwerp uitvoerig: Van Dijk & Van Hoof 2006, pp. 125-161.

106. Kritisch op dit punt is Martens in zijn *dissenting opinion* bij EHRM 15 november 1996, appl. nr. 64756/01 (*Sadik t. Griekenland*).
107. Art. 13 EVRM eist het bestaan van een effectief rechtsmiddel tegen een vermeende schending van het verdrag. Daarmee wordt ook tot uitdrukking gebracht dat het in de eerste plaats aan de verdragsstaten is om zorg te dragen voor een effectieve bewaking van de door het EVRM gewaarborgde rechten en de taak van het EHRM een subsidiair karakter heeft.
108. Vgl. bijv. EHRM 16 januari 2001, appl. nr. 35730/97, JOR 2001, 81 (*Offerhaus en Offerhaus t. Nederland*), een *decision* tot niet-ontvankelijkheid, § 1: “*The Court notes at the outset that in the proceedings before the Corporation Law Division of the Amsterdam Court of Appeal neither applicant objected to handing over their shares in Nationale-Nederlanden. In addition, no complaint to the effect that the order for the compulsory handover of their shares was not “in the public interest” is contained in their statement of grounds of appeal to the Supreme Court. It follows that, with regard to their first complaint, they have therefore not exhausted the available effective domestic remedies as required by Article 35 § 1 of the Convention.*”
109. EHRM 15 november 1996, appl. nr. 64756/01 (*Sadik t. Griekenland*), §30: “*(...) it recognised that Article 26 (art. 26) must be applied with some degree of flexibility and without excessive formalism and that it does not require merely that applications should be made to the appropriate domestic courts and that use should be made of remedies →*

beroepen op een verdragsrecht, stelt het EHRM deze eis ook niet, in geval de klacht *in substance* aan de orde is gesteld.¹¹⁰

Het vereiste dat de nationale rechtsmiddelen dienen te zijn uitgeput geeft de – nationale rechter in de – verdragsstaten de gelegenheid als eerste misstanden te corrigeren. Anderzijds kan de eis dat eerst de nationale rechtsmiddelen dienen te worden uitgeput ook belemmeren dat klachten binnen een redelijke tijd in Straatsburg aanhangig kunnen worden gemaakt. Indien de rechtspraak helder is, zal appel bij de nationale rechter zinloos zijn en slechts verlies van tijd betekenen. Om dit probleem te ondervangen, legt het EHRM het vereiste dat de nationale rechtsmiddelen dienen te zijn uitgeput, niet formeel uit. Indien op voorhand duidelijk is dat het instellen van appel bij de nationale rechter geen kans van slagen heeft, wordt men direct bij het EHRM ontvangen.¹¹¹ Ook indien vanwege ‘excessief formalisme’¹¹² – welke term veelal wordt gebruikt om ondoorzichtige processuele regels mee aan te duiden – de rechtsmiddelen niet konden worden uitgeput,¹¹³ of konden worden benut¹¹⁴ is men in Straatsburg ontvankelijk.

Dat het EHRM niet eist dat de rechter in het voorkomende geval ambtshalve aan het EVRM toetst laat onverlet dat men een dergelijke plicht voor de rechter wel naar nationaal recht zou kunnen aanvaarden. In België geldt bijvoorbeeld dat de in het EVRM opgenomen rechten en vrijheden van openbare orde zijn in de interne Belgische rechtsorde.¹¹⁵ In Nederland is dat niet het geval, zoals in de volgende paragraaf zal worden toegelicht.

designed to challenge decisions already given. It normally requires also that the complaints intended to be made subsequently at Strasbourg should have been made to those same courts, at least in substance and in compliance with the formal requirements and time-limits laid down in domestic law (...)."

110. Zie EHRM 20 mei 2010, appl. nr. 55555/08, AB 2010, 305, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Lelas t. Kroatië*), § 49-51.
111. Zie bijv. EHRM 11 januari 2007, appl. nr. 1948/04, AB 2007, 76 m.nt. Vermeulen (*Salah Sheekh t. Nederland*), § 123.
112. Op de verdragsstaten rust de verplichting ‘excessief formalisme’ te vermijden – zo heeft het EHRM overwogen in EHRM 16 september 1996, appl. nr. 21893/93 (*Akdivar e.a. t. Turkije*), § 69 & 70 – hetgeen inhoudt dat op de verdragsstaat die wordt aangesproken de verplichting rust: “*to satisfy the Court that the remedy was an effective one available in theory and in practice at the relevant time, that is to say, that it was accessible, was one which was capable of providing redress in respect of the applicant’s complaints and offered reasonable prospects of success. However, once this burden of proof has been satisfied it falls to the applicant to establish that the remedy advanced by the Government was in fact exhausted or was for some reason inadequate and ineffective in the particular circumstances of the case or that there existed special circumstances absolving him or her from the requirement (...).*”
113. Zie bijv. EHRM 29 maart 2011, appl. nr. 50084/06 (*RBTF t. België*).
114. Zie bijv. EHRM 5 november 2009, appl. nr. 44769/07, RvdW 2010, 559 (*Societe Anonyme Thaleia Karydi Axte t. Griekenland*), § 35.
115. Vande Lanotte & Haeck 2005, deel 1, p. 97.

HOOFDSTUK 2

2.11 Verplicht het Nederlandse recht tot ambtshalve toetsing aan het EVRM?

Zoals in het voorgaande opgemerkt, werken de bepalingen van het EVRM door in de Nederlandse rechtsorde. De vraag in hoeverre de rechter ambtshalve het recht mag dan wel moet aanvullen wordt voor het Nederlandse interne privaatrecht beheerst door de artt. 24 en 25 Rv.¹¹⁶

De artikelen 24 en 25 Rv. hebben betrekking op de taakverdeling tussen de rechter en partijen. Het uitgangspunt – zoals neergelegd in art. 24 Rv. – is dat een rechter in beginsel dient te beslissen op de “grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd”.¹¹⁷ Het is de rechter verboden de feiten aan te vullen, zo volgt uit art. 24 Rv.

Anderzijds verplicht art. 25 Rv. de rechter ambtshalve het recht aan te vullen. Indien een vordering of een verweer niet kan slagen op grond van de door partijen aangevoerde rechtsgronden, dient de rechter ambtshalve te onderzoeken of de vordering of het verweer op andere rechtsgronden wel kan slagen.¹¹⁸ De rechter dient, zo nodig ambtshalve, de juiste regels toe te passen om tot een beslissing op het verzochte of gevorderde te komen.¹¹⁹ De rechter mag daarbij zelfstandig gevolgen verbinden aan ten processe gestelde en gebleken omstandigheden.¹²⁰

In hoger beroep wordt de mogelijkheid van de rechter het recht aan te vullen beperkt door het grievenstelsel. De grenzen van de rechtsstrijd worden bepaald door de (principale en incidentele) grieven en de vordering in hoger beroep. De appelrechter mag in beginsel alleen de rechtsgronden aanvullen binnen het door de grieven ontsloten gebied.¹²¹ Daarbij dient te worden opgemerkt dat het erop lijkt dat de Hoge Raad het grievenstelsel strak wenst te hanteren. Zo geldt als uitgangspunt dat het partijen niet is toegestaan de rechtsstrijd nog uit te breiden na de memorie van grieven.¹²²

Een plicht tot ambtshalve aanvullen van rechtsgronden bestaat in ieder geval voor bepalingen die van openbare orde zijn.¹²³ Van openbare orde zijn

116. Vgl. Van Maanen 2011, p. 61.

117. Art. 24 Rv bepaalt: “De rechter onderzoekt en beslist de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten gronde hebben gelegd, tenzij uit de wet anders voortvloeit.”

118. Crommelin 2007, p. 78.

119. Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2009, p. 151.

120. Vgl. HR 17 september 1993, NJ 1993, 740 (*Reimes/curator*).

121. Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2009, p. 150.

122. HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 m.nt. Sniijders (*Willemsen Beheer/NOM*).

123. HR 24 mei 1996, NJ 1996, 538. In de literatuur wordt ook wel onderscheid gemaakt tussen dwingend recht dat tevens van openbare orde is (superdwingend recht) en (normaal) dwingend recht waarvoor dat niet geldt. Superdwingend recht moet de rechter ambtshalve in zijn oordeel betrekken. Zie bijv. Loth 2009, p. 9.

bijvoorbeeld de regels die de internationale rechtsmacht van de Nederlandse rechter en de rechtsmacht van de burgerlijke rechter bepalen, de regels omtrent de absolute competentie, de regels voor de bevoegdheid om in rechte op te treden, beroepstermijnen en de regels omtrent het belang van een procespartij bij een rechtsvordering.¹²⁴ Welke regels verder precies ‘van openbare orde’ zijn, is notoir onduidelijk.¹²⁵ Beroemd is de kwalificatie door Pels Rijcken van de openbare orde als een ‘mistig begrip’.

Grondrechten behoren niet *qualitate qua* tot de categorie van bepalingen ‘van openbare orde’.¹²⁶ Bepalingen uit het EVRM zijn door de Hoge Raad in beginsel niet als ‘van openbare orde’ aangemerkt. Slechts voor art. 5 EVRM (het recht op vrijheid en veiligheid) heeft de Hoge Raad deze woorden gebruikt.¹²⁷

Uitgangspunt lijkt evenwel te zijn dat de in het EVRM opgenomen regels niet van openbare orde zijn.¹²⁸ Intuïtief lijkt de opvatting dat grondrechten wel

124. Smith (2004, p. 60) schrijft dat “*fundamentele beginselen van het recht in het geding moeten zijn*”.

125. Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2009, p. 153.

126. Zie bijv. HR 24 mei 1991, NJ 1991, 706.

127. HR 12 februari 1993, NJ 1993, 524, m.nt. HER. In de desbetreffende casus maakte een persoon die krachtens een rechterlijke machtiging was opgenomen in een psychiatrische inrichting terwijl hem rechtsbijstand was onthouden aanspraak op schadevergoeding vanwege onrechtmatige vrijheidsbeneming. Het hof oordeelde dat geen sprake was geweest van onrechtmatige rechtspraak. De Hoge Raad casseerde die aanspraak. Gelet op de vordering had het hof ambtshalve art. 5 EVRM moeten toepassen, aldus de Hoge Raad. Het vijfde lid van genoemd artikel geeft een ieder aanspraak op schadevergoeding na een detentie in strijd met het bepaalde in art. 5 EVRM. De Hoge Raad overweegt expliciet dat de vraag naar de onrechtmatigheid van de vrijheidsberoving de openbare orde raakt.

128. Vgl. Asser-Hartkamp 2011, nr. 202. Over de vraag in hoeverre het Europese Unierecht (voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon: het gemeenschapsrecht) van openbare orde kan zijn – met name art. 81 EG (oud) wordt verschillend gedacht. Zie voor een overzicht van de discussie Asser-Hartkamp 2011, nrs. 124-130. Volgens Wissink is het Unierecht niet *qualitate qua* van openbare orde, maar kunnen bepaalde bepalingen in een bepaalde context wel als zodanig worden gekwalificeerd door het Hof van Justitie met als gevolg dat die kwalificatie ook in de nationale procedure moet worden gevolgd, wil de lidstaat niet in strijd handelen met zijn verplichtingen onder het Unierecht, zie Wissink 2001, p. 360.

Ook de Afdeling (ABvRS) neemt tot uitgangspunt dat het Unierecht niet van openbare orde is en niet ambtshalve hoeft te worden toegepast, ABRvS 26 januari 2011, AB 2011, 83 m.nt. Widdershoven: “*Ambtshalve toetsing door de bestuursrechter is beperkt tot voorschriften van openbare orde. Daarbuiten doet de rechter ingevolge artikel 8:69 van de Awb uitspraak op de grondslag van het beroepsschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting, waarbij hij ambtshalve de rechtsgronden aanvult en ambtshalve de feiten kan aanvullen. Zoals volgt uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05 tot en met C-225/05, Van der Weerd e.a. (www.curia.europa.eu), verplicht het Unierecht de →*

HOOFDSTUK 2

tot het domein van de openbare orde behoren, meer voor de hand te liggen. Moeten grondrechten nu niet juist steeds als van fundamenteel belang worden beschouwd voor de rechtsorde? Wanneer men in het oog houdt dat het overgrote deel van de grondrechten kan worden beperkt, is de koers van de Hoge Raad begrijpelijk.¹²⁹ De vraag of een beperking (van bijvoorbeeld een eigendomsrecht) in het concrete geval kan worden gerechtvaardigd – een vraag met veelal een sterk feitelijk karakter – dient aan de orde te worden gesteld in het partijdebat alvorens een rechter zich hierover zal mogen uitlaten.¹³⁰ Het partijdebat is daarom het leidende uitgangspunt – zo is de lijn van de Hoge Raad – ook wanneer het gaat om inbreuken op (de niet absolute) grondrechten.

2.12 De artikelen 24 en 25 Rv. en de stelplicht van partijen

Uit het voorgaande blijkt dat noch het EHRM, noch de Hoge Raad de opvatting huldigt dat de rechter ook gehouden is *buiten* het partijdebat om, te onderzoeken of een grondrecht is geschonden.¹³¹ Een daarvan te onderscheiden vraag betreft de kwestie in hoeverre de rechter *binnen* het partijdebat – op grond van art. 25 Rv. dat de rechter verplicht tot het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden – gehouden is te toetsen aan de relevante bepalingen uit het EVRM. Deze vraag laat zich moeilijk eenduidig beantwoorden.

Waar de openbare orde de rechter verplicht buiten het partijdebat om het recht bij te brengen, geldt voor art. 25 Rv. deze verplichting slechts voor het hetgeen partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag hebben gelegd. De partij die zich op bepaalde rechtsgevolgen beroept zal daarvoor voldoende feiten moeten aandragen. Wanneer een partij zich op bepaalde rechtsgevolgen heeft beroepen en daartoe de nodige feiten heeft gesteld, is de rechter op grond van art. 25 Rv. gehouden ten aanzien van die stellingen het recht aan te vullen.¹³²

nationale rechter niet om in een procedure in rechte betreffende de rechtmatigheid van een bestuurshandeling ambtshalve te toetsen aan gronden ontleend aan bepalingen van Unierecht, aangezien noch het gelijkwaardigheidsbeginsel noch het doeltreffendheidsbeginsel dit vereist.”

129. Met betrekking tot de grondrechten die niet kunnen worden beperkt, de zogenaamde absolute grondrechten (bijv. art. 7 EVRM, dat het verbod op strafwetgeving met terugwerkende kracht bevat), zou men mijns inziens wel kunnen betogen dat deze van openbare orde zijn, nu in die grondrechten zodanige fundamentele waarden worden verankerd dat de rechter gehouden is eventueel ambtshalve te toetsen aan de (absolute) grondrechten.

130. Vgl. HR 25 februari 2011, NJ 2011, 338 m.nt. Van Schilfgaarde (*Inter Access*).

131. Deze vraag dient te worden onderscheiden van de vraag in hoeverre de rechter gehouden is tot het ambtshalve toepassen van Europees recht. Het antwoord op die vraag wordt sterk beïnvloed door het Europese recht. Zie Hartkamp 2010.

132. Zie HR 17 december 2010, NJ 2011, 291 m.nt. Verstijlen, rov. 3.6.

Tussen art. 24 en art. 25 Rv. bestaat een zeker spanningsveld. Art. 25 Rv. dwingt de rechter enerzijds het recht aan te vullen, teneinde te verzekeren dat ‘recht wordt gedaan’. Art. 24 Rv. beoogt anderzijds te voorkomen dat de rechter zelf gaat ‘meeprocederen’. Het spanningsveld tussen art. 24 en art. 25 Rv. bepaalt ook de bandbreedte waarbinnen de rechter gehouden is om ambtshalve te toetsen aan het EVRM.

Tegen een al te ruime plicht voor de rechter om ambtshalve aan het EVRM te toetsen pleit dat de beginselen van een goede rechtspleging meebrengen dat partijen ook de kans moeten hebben gekregen om hun feitelijke stellingen op de toepassing van bepaalde normen af te stemmen. Daarbij past een terughoudendheid bij het aannemen dat bepaalde feiten en omstandigheden zijn gesteld met het oog op de toepassing van een bepaalde rechtsregel, indien deze door geen van de partijen ter sprake is gebracht.¹³³

De conclusie na het voorgaande is dat het aankomt op de vraag of voldaan is aan de stelplicht. De vraag “moet de rechter ambtshalve toetsen aan het EVRM” hangt af van de vraag of een partij voldoende heeft gesteld. Het is aan de partij die zich beroept op een bepaald rechtsgevolg voldoende te stellen om dat rechtsgevolg te kunnen aanvaarden. Deze eis houdt verband met het beginsel van hoor en wederhoor. De wederpartij dient te kunnen begrijpen waartegen hij zich heeft te verweren. Indien een partij aan de stelplicht heeft voldaan, zonder daarbij expliciet een beroep te doen op een rechtstreeks werkende verdragsbepaling, is de rechter gehouden op grond van art. 25 Rv. ambtshalve te beoordelen de vraag of het toepasselijke recht in overeenstemming is met de uit het EVRM voor Nederland voortvloeiende verdragsverplichtingen.

Een casus kan deze problematiek illustreren. Een man verzocht om een omgangsregeling met zijn kind. De man was niet de wettige vader van het kind en had het kind niet erkend, maar beweerde de biologische vader van het kind te zijn. Zowel de rechtbank als het hof oordeelde het verzoek niet-ontvankelijk. De Hoge Raad oordeelde evenwel dat – hoewel de man daarop geen beroep had gedaan – het hof had moeten onderzoeken of sprake was van een ‘gezinsleven’ tussen de man en het kind, welke maatstaf geldt op grond van de jurisprudentie van het EHRM over art. 8 EVRM ter beoordeling van een verzoek om een omgangsregeling.¹³⁴

133. Zo ook A-G Asser in zijn conclusie onder 3.15 vóór HR 11 november 1995, NJ 1995, 511 m.nt. Japikse.

134. HR 10 mei 1985, NJ 1986, 5 m.nt. WHH. Heemskerk merkt in zijn annotatie onder genoemd arrest op dat de Hoge Raad kennelijk art. 8 EVRM van openbare orde acht. “*De stelling, dat de een ieder bindende verdragsbepalingen van het Europees Verdrag mensenrechten, voor zover daarin rechten van de mens zijn erkend en beschermd, van openbare orde zijn, lijkt niet te gewaagd. De mensenrechten zijn fundamenten van de zedelijke orde der maatschappij en van de rechtsorde*”, aldus Heemskerk, een verstrekkende conclusie die in de literatuur verder niet lijkt te worden gedeeld. Het komt mij voor dat de Hoge Raad in genoemd arrest heeft geoordeeld dat het hof gehouden was de rechtsgronden aan te vullen.

HOOFDSTUK 2

Het beoogde rechtsgevolg van de man was om een omgangsregeling te verkrijgen met zijn kind. Hij had gesteld de vader te zijn. Bij het beantwoorden van de vraag of dat gegeven voldoende zou kunnen zijn om aanspraak te kunnen maken op ‘omgang’ – een zuiver juridische vraag – bestond de verplichting voor de rechter om ambtshalve de jurisprudentie van het EHRM dienaangaande in zijn beoordeling te betrekken. Deze vraag betreft naar de kern genomen de uitleg van een nationale wetsbepaling die nauw verweven is met art. 8 EVRM.

Indien een partij te weinig stelt om het beoogde rechtsgevolg te kunnen dragen, mag de rechter een stelling om die reden passeren. Wanneer bijvoorbeeld een beroep op art. 1 EP wordt gedaan zonder dat voldoende specifiek door een partij wordt onderbouwd waarom sprake is van een inmenging op het recht op eigendom die in het licht van de omstandigheden van het geval niet gerechtvaardigd kan worden, mag een rechter zonder enige motivering aan een beroep op art. 1 EP voorbij gaan.¹³⁵ Ten minste dient te worden aangegeven waarom de inbreuk niet gerechtvaardigd is. Eerst dan is voldoende gesteld om een beroep op art. 1 EP te kunnen dragen en weet de wederpartij waartegen hij zich heeft te verweren.

Gelet op het voorgaande heeft de rechter in praktische zin een zekere mate van vrijheid zelf te beslissen of hij overgaat tot het ambtshalve toetsen aan het EVRM. Die vrijheid is het gevolg van de ruimte die de Hoge Raad de rechter laat bij de uitleg van de gedingstukken. Volgens vaste jurisprudentie is het uitleggen van de gedingstukken voorbehouden aan de feitenrechter.¹³⁶ Indien het hof in een stelling of grief geen beroep op een bepaalde rechtsgrond heeft gelezen, kan daar in cassatie slechts over worden geklaagd indien dat oordeel onbegrijpelijk is. Wanneer de rechter besluit op grond van art. 25 Rv. een partij een helpende hand te bieden, zal in cassatie alleen dan met succes kunnen worden geklaagd wanneer dat onbegrijpelijk is. Er blijft een grijs gebied bestaan waarin zowel het ‘niet’ als het ‘wel’ aanvullen van de rechtsgronden verdedigd kan worden als een redelijke uitleg van de gedingstukken. Het voorgaande brengt mee dat bij de beantwoording van de vraag in hoeverre in

135. Zie A-G Timmerman in zijn conclusie voor HR 25 februari 2011, NJ 2011, 335 m.nt. Van Schilfgaarde (*Inter Access*), onder 3.16-3.18. Assink (2010, p. 331) meent dat in het onderhavige geval de Ondernemingskamer gehouden was om met behulp van art. 25 Rv. de rechtsgronden aan te vullen en gehouden was zelfstandig te toetsen aan art. 1 EP. In *Inter Access* was het beroep op art. 1 EP niet uitgewerkt. Zoals Assink terecht signaleert hoeft dat de rechter niet ervan te weerhouden om met behulp van art. 25 Rv. aan art. 1 EP te toetsen wanneer uit de omstandigheden van het geval duidelijk valt op te maken, waar het beroep op art. 1 EP op doelt. Ik begrijp het oordeel van de Hoge Raad aldus dat in het onderhavige geval de Ondernemingskamer niet het verwijt kon worden gemaakt dat zij het niet nader geadstrueerde beroep op art. 1 EP niet heeft ingevuld met overigens gestelde feiten en omstandigheden.

136. Zie bijv. HR 14 mei 2004, NJ 2005, 247 m.nt. Sijnders.

een concreet geval de rechter ambtshalve de rechtsgronden heeft mogen dan wel had moeten aanvullen de Hoge Raad de feitenrechter een zekere *margin of appreciation* gunt.

De wellicht verrassende conclusie na het voorgaande is dat het enerzijds mogelijk is dat een partij zich beroept op een verdragsrecht, bijvoorbeeld op art. 1 EP, maar de rechter desalniettemin niet gehouden is op dat beroep te reflecteren in zijn uitspraak, aangezien het beroep onvoldoende is gesubstantiveerd. Anderzijds kan het zo zijn dat een partij zich niet heeft beroepen op een verdragsrecht, maar de rechter toch gehouden is – op grond van art. 25 Rv. – het recht zodanig toe te passen dat de uitspraak niet in strijd is met de jurisprudentie van het EHRM.

2.13 De verrassingsbeslissing

De ambtshalve toepassing van het EHRM door de rechter wordt ten slotte begrensd door het verbod tot het geven van een verrassingbeslissing. Wanneer de rechter overgaat tot het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden dient de rechter ervoor te waken dat hij geen zogenoemde ‘verrassingsbeslissing’ geeft.¹³⁷ Enerzijds weten partijen dat de rechter gehouden is tot het aanvullen van de rechtsgronden en dienen zij hier ook rekening mee te houden.¹³⁸ Anderzijds brengt het beginsel van hoor en wederhoor mee dat de rechter zijn beoordelingsvrijheid niet mag gebruiken op een wijze waarop partijen gelet op het verloop van het processuele debat niet bedacht behoeften te zijn.¹³⁹

Wanneer bijvoorbeeld de Ondernemingskamer – in het kader van een enquêteprocedure – wordt verzocht bij wijze van een onmiddellijke voorziening een tijdelijke bestuurder te benoemen, mag de Ondernemingskamer niet in de plaats van de gevraagde onmiddellijke voorziening het stemrecht op de aandelen schorsen. De Ondernemingskamer zal partijen eerst in de gelegenheid moeten stellen zich over deze voorziening uit te laten.¹⁴⁰

Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een (verboden) verrassingsbeslissing, is niet zozeer van belang de vraag of een partij is ‘verrast’ door

137. Heemskerk 2009, p. 126.

138. Crommelin, 2007, p. 85.

139. Zie bijv. HR 13 april 2007, NJ 2007, 394 m.nt. Wortmann.

140. HR 30 maart 2007, NJ 2007, 293 m.nt. Maeijer (*ATR Leasing*), waarin de Hoge Raad voorop stelde dat de Ondernemingskamer een grote mate van vrijheid toekomt bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen, onder verwijzing naar HR 6 juni 2003, NJ 2003, 486 (*Scheipar*), maar daar aan toevoegde (in rov. 4.4) dat “*de ondernemingskamer, in verband met het voorschrift van art. 24 Rv., geen beslissing [zal] mogen geven waarop de betrokken partijen, gelet op het verloop van het geding en het processuele debat, niet bedacht behoeften te zijn en over de consequenties waarvan zij zich niet hebben kunnen uitlaten. Het staat de ondernemingskamer dan ook niet vrij beslissingen te geven of voorzieningen →*

HOOFDSTUK 2

een uitspraak, dat gebeurt met enige regelmaat, maar de vraag of een partij ten onrechte de mogelijkheid is onthouden te kunnen responderen op een interpretatie van het partijdebat door de rechter waar hij niet bedacht op hoefde te zijn, met als gevolg dat het recht op hoor en wederhoor is geschonden. Van een verrassingsbeslissing kan in de opvatting van de Hoge Raad geen sprake zijn, ingeval de rechter ambtshalve aan de feiten een rechtsgevolg verbindt dat daaruit dwingend voortvloeit.¹⁴¹ Daarvan kan sprake zijn indien de rechter ambtshalve overgaat tot de toepassing van een absoluut grondrecht, bijv. het verbod op strafbaarstelling met terugwerkende kracht. Bij de niet-absolute grondrechten – die beperkt mogen worden – is dit minder goed denkbaar. Het ligt voor de hand dat partijen in een dergelijk geval – wanneer de rechter besluit ambtshalve te toetsen aan een grondrecht – eerst in de gelegenheid worden gesteld zich uit te laten over de vraag of eventueel een inbreuk in het concrete geval kan worden gerechtvaardigd, alvorens de rechter uitspraak doet.

2.14 De procedure in Straatsburg

De procedure bij het EHRM is in het kort als volgt.¹⁴² Een verzoekschrift met een klacht kan worden ingediend door een natuurlijk persoon, een groep van personen, alsmede een niet-gouvernementele organisatie.¹⁴³ Voor de ontvanke-lijkheid van een klacht is vereist dat eerst de beschikbare nationale (gewone) rechtsmiddelen zijn uitgeput.¹⁴⁴ Dit vereiste brengt mee dat een klacht over een schending van een door het EVRM beschermd recht eerst bij de nationale rechtelijke instanties aan de orde dient te worden gesteld. Een klacht dient binnen zes maanden na de definitieve nationale beslissing te worden ingediend (art. 35 lid 1 EVRM). De klacht moet een concrete schending van één van de door het EVRM beschermde rechten als grondslag hebben.¹⁴⁵ Wetgeving kan

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.”

141. Vgl. HR 22 januari 2010, LJN BK3066 (*X/De Staat*), rov. 3.3.

142. De procedure in Straatsburg wordt handzaam beschreven in het boekje *Procederen over mensenrechten*: Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008.

143. Art. 34 EVRM. Rechtspersonen worden begrepen onder de categorie ‘niet gouvernementele organisatie’.

144. Zo volgt uit art. 35 EVRM.

145. EHRM 10 maart 2004, appl. nr. 56672/00 (*Senator Lines GmbH*). Ten aanzien van de vraag of er sprake is van een *effective remedy* om op te komen tegen een inbreuk op een grondrecht (art. 13 EVRM) stelt het EHRM zich sinds EHRM 6 september 1978, appl. nr. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*) op het standpunt dat niet hoeft te worden aangetoond dat daadwerkelijk sprake is van een inbreuk, maar dat voldoende is dat er een ‘claim’ bestaat →

niet in abstracto worden beoordeeld.¹⁴⁶ Het EHRM toetst of het oordeel van de nationale hoogste rechter in het licht van de omstandigheden van het geval de toets der kritiek kan doorstaan. Een feitelijke herbeoordeling van het geschil kan van het EHRM niet worden gevegd.¹⁴⁷ Indien het EHRM vaststelt dat er een schending van het EVRM (of één van de Protocolen daarbij) heeft plaatsgevonden, kan het EHRM een billijke genoegdoening toekennen aan de benadeelde.¹⁴⁸ Het EHRM is bereid gebleken ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen en een klacht gegrond te oordelen op een andere grond dan die was aangevoerd.¹⁴⁹

Tot het moment van invoering van het 11^{de} protocol in 1998 beoordeelde de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens de ontvankelijkheid van klachten. Wanneer een klacht ontvankelijk werd geoordeeld en geen schikking kon worden bereikt, maakte de Commissie een *report* waarin de feiten van de zaak werden weergegeven en een (niet bindend) oordeel over de zaak werd gegeven. Zowel de Commissie als de aangeklaagde staat konden de zaak vervolgens voor een definitieve (en bindende) beslissing voordragen bij het EHRM. Zaken die niet werden voorgedragen aan het EHRM werden beslist door het Comité van de Raad van Ministers.

Sinds de invoering van het 11^{de} protocol bestaat de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens niet meer. Haar taken zijn ondergebracht bij het EHRM. De taak van het Comité van de Raad van Ministers is beperkt tot het houden van toezicht op de naleving van de uitspraken van het EHRM.¹⁵⁰

In juni 2010 heeft de werkwijze van het EHRM weer een belangrijke wijziging ondergaan, die het directe gevolg is van de explosieve groei van de

dat een grondrecht is geschonden. In EHRM 25 maart 1983, appl. nr. 947/72 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 113, is de eis dat een 'claim' dient te bestaan aangescherpt naar de eis dat het dient te gaan om een 'arguable claim'. Zie over deze ontwikkeling uitvoerig Barkhuysen 1998, p. 44-71.

146. EHRM 9 december 1994, appl. nr. 13092/87 & 13984/88, NJ 1996, 374, m.nt. Alkema (*Holy Monasteries t. Griekenland*), § 55: "In cases arising from individual petitions made under Article 25 the Court's task is not to review the relevant legislation in the abstract; it must as far as possible examine the issues raised by the case before it (...)".

147. Vgl. EHRM 12 april 2011, appl. nr. 16161/08 (*Hoare t. Verenigd Koninkrijk*): "62. The Court considers that this complaint is essentially of a "fourth instance" nature relating to the House of Lords' interpretation and application of law to the facts of the case. In this connection, the Court recalls that, insofar as a complaint may be understood to concern the assessment of evidence or the outcome of proceedings before the domestic courts, it is not its function to deal with errors of fact or law allegedly committed by these courts unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention (*García Ruiz v. Spain [GC]*, no. 30544/96, § 28, ECHR 1999-I)."

148. Art. 41 EVRM, waarover uitvoerig Van Emmerik 1997.

149. Zie bijv. EHRM 29 maart 2011, appl. nr. 33949/05, EHRC 2011, 99 m.nt. Tjepkema & De Jong (*Potomska & Potomski t. Polen*), zie verder Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak 2006, p. 192.

150. Art. 46 lid 2 EVRM.

HOOFDSTUK 2

werkvoorraad in de laatste tien jaar. Deze groei is onder meer veroorzaakt door de toetreding van de voormalige Oostbloklanden eind vorige eeuw. Vanaf de eeuwwisseling begonnen de klachten uit deze landen het EHRM te bereiken.

De sterke toename van het aantal zaken heeft ertoe geleid dat eind 2009 reeds een achterstand bestond in de behandeling van zaken van ongeveer honderdtwintigduizend.¹⁵¹ Om deze sterke groei in het aantal zaken het hoofd te kunnen bieden heeft het Comité van de Raad van Ministers van de Raad van Europa in mei 2004 het 14^{de} Protocol aangenomen. De inwerkingtreding hiervan is lang verhinderd door Rusland. Pas in januari 2010 werd het 14^{de} Protocol door Rusland geratificeerd. Het is per 1 juni 2010 in werking getreden.

Sinds de inwerkingtreding van het 14^{de} Protocol per 1 juni 2010 is een unusrechter (daarbij geassisteerd door een assistent-rapporteur) in evidente gevallen bevoegd klachten niet ontvankelijk te verklaren of van de rol te schrappen. Tegen deze beslissing staat geen beroep open. Wijst de (unus)rechter de zaak niet af, dan verwijst hij de zaak naar een comité van drie rechters (een Comité) of naar een kamer van zeven rechters (een Kamer). Het is de bedoeling dat de Kamers zaken zullen beslissen die nog niet kunnen worden beslist op grond van vaste jurisprudentie.¹⁵²

De beslissingen van een Comité zijn definitief. Tegen de uitspraken van Kamers staat “in uitzonderlijke gevallen”, aldus art. 43 lid 1 EVRM, intern appel open bij de *Grand Chamber*. Binnen drie maanden na de datum van de uitspraak kan elke betrokken partij vragen de zaak naar de *Grand Chamber* te verwijzen. Een college van vijf rechters van de *Grand Chamber* aanvaardt het verzoek indien de zaak aanleiding geeft tot een ernstige vraag betreffende de interpretatie of toepassing van het Verdrag of de Protocollen daarbij, dan wel een ernstige kwestie van algemeen belang, aldus art. 43 lid 2 EVRM. De *Grand Chamber* beoordeelt een zaak met zeventien rechters. Alle rechters van het EHRM rouleren voor een bepaalde tijd naar de *Grand Chamber*.

Met de inwerkingtreding van het 14^{de} Protocol per 1 juni 2010 is ook een nieuwe ontvankelijkheidsvoorwaarde van kracht geworden. Aan art. 35 EVRM is een nieuwe bepaling toegevoegd (een nieuw lid 3) dat eist dat de klager door de (beweerdelijke) verdragsschending een *significant disadvantage* heeft geleden. Het EHRM mag een klacht op deze grond niet-ontvankelijk verklaren tenzij de eerbiediging van de Verdragsrechten noopt tot nader onderzoek of de nationale rechter de zaak niet naar behoren heeft behandeld.¹⁵³ Met de

151. Zie het factsheet met betrekking tot het 14de protocol, te raadplegen op <www.echr.coe.int>.

152. Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008, p. 33.

153. Het EHRM heeft direct per datum inwerkingtreding – op 1 juni 2010 – gebruik gemaakt van deze nieuwe mogelijkheid: EHRM 1 juni 2010, nr. 36659/04 (*Ionescu t. Roemenie*). De heer Ionescu had een busmaatschappij aangeklaagd vanwege het niet waarmaken van de in een advertentie beloofde comfort tijdens zijn busreis van Boekarest naar Madrid (o.a. het gemis aan airconditioning in de bus). Hij vorderde een schadevergoeding van 90 euro. De Roemeense rechter (tot in hoogste instantie) wees de eis af. Ionescu klaagde bij het →

inwerkingtreding van het 14^{de} protocol lijkt het lek nu enigszins te zijn gedicht en het risico dat het EHRM zal verdrinken in het aantal zaken voorlopig gekeerd.¹⁵⁴

2.15 Een slotopmerking

In dit hoofdstuk is onder meer de vraag belicht op welke wijze de in het EVRM neergelegde grondrechten van betekenis zijn in de Nederlandse rechtsorde. Gebleken is dat ook in privaatrechtelijke verhoudingen het EVRM van betekenis kan zijn en daardoor ook in ondernemingsrechtelijke geschillen een rol kan spelen.

Vervolgens dient de vraag zich aan hoe in een bepaald geval kan worden vastgesteld of in strijd met een grondrecht is gehandeld. Hoe kan men uit de algemene norm die besloten ligt in het specifieke grondrecht het beschermingsbereik in het concrete geval distilleren? Een daaraan verwant probleem is het gegeven dat veel grondrechten geen absoluut karakter kennen. Wanneer zijn inbreuken toegestaan? Voorts kan zich bij de vaststelling van het beschermingsbereik van een grondrecht in een concreet geval het probleem voordoen dat grondrechten kunnen botsen. Hoe te bepalen welk recht dan voorrang dient te krijgen?

Bij de beantwoording van dergelijke vragen kan eerdere jurisprudentie uiteraard vaak houvast geven. Maar eerder berechte gevallen bieden niet steeds duidelijkheid voor andere situaties. Verschillende gevallen laten zich ook niet steeds zinvol vergelijken. Het is veelal ook niet gemakkelijk uit uitspraken van het EHRM – toegesneden als deze doorgaans zijn op het concrete geval – meer

EHRM onder meer dat hij tijdens de procedure in Roemenië ten onrechte niet in de gelegenheid was gesteld tot het leveren van bewijs, waarmee sprake was van een schending van art. 6 EVRM. Het EHRM verklaarde deze klacht niet ontvankelijk vanwege het ontbreken van een *significant disadvantage*.

154. In een brief van 5 maart 2012, kenmerk 5726575/12/6 heeft de Minister van Veiligheid & Justitie de Voorzitter van de Eerste Kamer, over de werkvoorraad als volgt bericht: “*De werklast van het Hof is sinds de zomer 2011 voor het eerst gekrompen met een paar duizend zaken. De reden hiervoor is grotendeels gelegen in (a) het op stoom komen van de alleenzittende rechter, op 1 juni 2010 ingevoerd door Protocol 14 om als enkelvoudige rechter dit soort ongegronde klachten af te doen; (b) de oprichting in de griffie van een speciale filterunit, waardoor een soort lopende band proces van afdoening van eenvoudige zaken op gang is gekomen; en (c) het feit dat de griffie kan rekenen op tijdelijke detacheringen van zo’n 40 à 45 juristen uit de lidstaten. Op basis van deze nieuwste ontwikkelingen geeft de griffie van het Hof aan dat men verwacht eind 2015 de werkvoorraad van momenteel 90.000 kennelijk niet-ontvankelijke zaken geheel weggewerkt te kunnen hebben, mits de capaciteit van de griffie tijdelijk wordt uitgebreid. Om die reden is het vinden van een oplossing voor een filtermechanisme niet meer de grootste prioriteit voor Nederland.*”

HOOFDSTUK 2

algemene gezichtspunten af te leiden.¹⁵⁵ Inzicht in de functie van fundamentele rechten binnen het rechtssysteem kan enig houvast bieden bij de beantwoording van de vraag of in een bepaald geval sprake is van een schending van een grondrecht. In het volgende hoofdstuk wordt stilgestaan bij de vraag hoe de reikwijdte van een grondrecht in een concreet geval te bepalen.

155. Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008, p. 17.

Hoofdstuk 3. Over de interpretatie van grondrechten

3.1 Inleiding

Haeck en Vande Lanotte definiëren grondrechten – ook wel mensenrechten of fundamentele rechten genoemd – als “*universele rechten die tot doel hebben de voorwaarden te creëren en te blijven garanderen opdat personen, ongeacht hun geslacht, nationaliteit, etnische afkomst en economische achtergrond, op vrije en (mens-)waardige wijze kunnen functioneren*”.¹ De menselijke waardigheid staat bij grondrechten voorop.² Alle grondrechten strekken rechtstreeks dan wel meer indirect ertoe de menselijke waardigheid zowel te beschermen als te bevorderen.³ De andere doelstellingen die aan het EVRM ten grondslag liggen – het verzekeren van enige persoonlijke autonomie, het waarborgen van de democratie en de ruimte scheppen voor pluralisme – zijn daaraan dienstbaar.⁴ Men zou kunnen zeggen dat grondrechten ten doel hebben de rechtsstaat van een juridisch fundament te voorzien met als doel de bevordering van een (mens-)waardige samenleving. Grondrechten stellen daartoe zekere minimumeisen aan een rechtssysteem.

Vrijheid is een belangrijk ingrediënt voor menselijke waardigheid.⁵ Vrijheden van (rechts)personen kunnen zowel door andere private partijen als vanuit de politiek onder druk komen te staan. Grondrechten geven een waarborg tegen

1. Vande Lanotte & Haeck 2005, deel 1, p. 3.

2. In de meest letterlijke zin in het Handvest Grondrechten waarin art. 1 bepaalt: “*De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd.*” Vgl. Fagan 2011, p. 6: “*Human exists (...) to protect and promote the conditions for a certain quality of life for all.*”

3. Van Gerven & Lierman (2010, p. 345-346) merken over het begrip menselijke waardigheid op dat het verwijst naar de mens als een autonoom wezen dat wilsautonomie heeft en vrijheid van keuze bezit, dat zijn identiteit naar eigen verlangens kan ontwikkelen en zijn levenspad vrij kan kiezen, waarbij alle mensen gelijk voor de wet zijn, en bescherming dienen te genieten tegen fysieke of mentale schade. Ten slotte mag geen mens als middel worden gebruikt om andermans behoefte te voldoen en dient elk mens een minimum aan levenskwaliteit te worden gegarandeerd.

4. Zie over deze doelstellingen Gerards 2011, p. 45-49.

5. Hetgeen nu vanzelfsprekend lijkt maar dat is in het verleden anders geweest. Vgl. Berlin (1969) 2002, p. 32-33: “*It is an interesting, but perhaps irrelevant, historical question at what date, and in what circumstances, the notion of individual liberty in this sense first became explicit in the West.*”

HOOFDSTUK 3

dergelijke krachten. Grondrechten hebben een positieve werking in de zin dat zij beogen te verzekeren dat mensen ook werkelijk een menswaardig bestaan kunnen leiden.

In de eerste plaats begrenzen de klassieke vrijheidsrechten de macht van de overheid tegenover het individu. Grondrechten vormen een onderdeel van de idee van de moderne rechtsstaat.⁶ Dat idee is in de eerste plaats gebaseerd op het legaliteitsbeginsel.⁷ De overheid dient al haar handelen te kunnen legitimeren aan de hand van wettelijke regels. In de tweede plaats beoogt het leerstuk van de ‘scheiding der machten’ het misbruik van overheidsgezag tegen te gaan. Maar zowel het legaliteitsbeginsel als de trias politica voorkomen niet dat de overheid haar bevoegdheden jegens een onderdaan kan misbruiken. Grondrechten zou men kunnen opvatten als een aanvullende begrenzing van de wijze waarop de overheid haar gezag kan uitoefenen.

In de tweede plaats drukken met name de sociale grondrechten kernwaarden uit die de overheid dient na te streven. Deze grondrechten zijn als het ware te beschouwen als de grondbeginselen van de verzorgingsstaat.

Grondrechten zijn concepten aan de hand waarvan het recht kan worden ingezet om een minimumgrens van beschaving te garanderen.⁸ Deze *raison d’être* is ook van belang bij de uitleg van grondrechten. Grondrechten hebben veelal het karakter van een open norm. De toepassing van grondrechten vergt steeds een rechtelijke activiteit in een individueel geval waarbij de open norm wordt geconcretiseerd.

Het EHRM lijkt in zijn uitspraken – zoals zal worden toegelicht – sterk betrokken op de vraag of in het voorliggende geval de grenzen van de (mens)-waardigheid in het geding zijn. Beschaving en grondrechten zijn met elkaar verbonden noties. De vraag hoe beide begrippen zich tot elkaar verhouden en de implicaties daarvan voor de wijze van rechtsvinding door het EHRM is het onderwerp van dit hoofdstuk.

3.2 Het object van de rechtswetenschap

3.2.1 *Recht en rechtvaardigheid*

Het recht dient ertoe de orde in de samenleving te bewaken, aldus Hobbes. Van moderne rechtsstelsels wordt meer geëist. De orde die het recht moet bewaken, dient ook een ‘rechtvaardige’ orde te zijn. Hoe steekt het verband tussen grondrechten en gevoelens over rechtvaardigheid en meer in het algemeen gesproken

6. Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 12.

7. Zie uitgebreid over de fundamentele betekenis van de *rule of law*: Bingham 2010.

8. Churchill zag (in 1949) het EHRM als een “*judgment of the civilised world.*” Zie Bates 2010, p. 7.

het verband tussen recht en moraal in elkaar? Deze vraag heeft vele pennen in beweging gezet.

Een korte beschouwing over dit onderwerp is van belang. Grondrechten zijn veelal als een open norm geformuleerd en hebben vaak geen absoluut karakter. Onder omstandigheden kunnen inbreuken op grondrechten toelaatbaar zijn. Ook speelt de problematiek dat grondrechten in een concreet geval kunnen conflicteren. Aan welk grondrecht behoort de rechter dan voorrang te verlenen?

Hoe beïnvloeden opvattingen over rechtvaardigheid de wijze waarop grondrechten worden toegepast? Inzicht in die vraag zou houvast kunnen bieden bij de beoordeling van de vraag of in een specifiek geval sprake is van de schending van een grondrecht. De jurisprudentie van het EHRM is daarbij uiteraard ook van groot belang. In *hard cases* is het vaak lastig om aan de hand van gewezen zaken de uitkomst te voorspellen. In veel zaken die door het EHRM worden beslist, valt uit de casus niet gemakkelijk een algemene regel af te leiden die zich voor bredere toepassing leent.⁹ Deze op de casus toegesneden benadering van het EHRM biedt daardoor niet steeds de gewenste houvast. De vraag naar de wijze van rechtsvinding door het EHRM wint daarmee aan belang. Als vertrekpunt kan daarbij dienen dat grondrechten in verband staan met ideeën over individuele vrijheid en rechtvaardigheid.

Valt de inhoud van een begrip als rechtvaardigheid te objectiveren of wortelt het uiteindelijk in het particuliere gevoel van de rechter die wordt geroepen een geval te beslechten? In hoeverre valt het recht – althans in ieder geval dit gedeelte van het recht – in dat geval nog ‘wetenschappelijk’ te bestuderen?

Het zijn precies deze vragen die de Dilthey (1833-1911) adresseerde in zijn *Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und Geschichte*. Dilthey trachtte in zijn werk een grondslag te vinden voor de geesteswetenschappen, waaronder begrepen de rechtsvinding.

Dilthey behoort niet tot de meest gelezen filosofen. Zijn geschriften zijn ook niet heel gemakkelijk toegankelijk en veel van zijn werk is onvoltooid gebleven. Enige observaties van Dilthey over het karakter van de rechtswetenschap zijn nog steeds actueel. Ze bieden een aardig vertrekpunt om het verband tussen het recht en het streven naar rechtvaardigheid te bestuderen.

3.2.2 *Op zoek naar een grondslag voor de geesteswetenschappen*

Dilthey schreef zijn werk vanuit de gedachte dat een heroriëntatie op de grondslagen van de geesteswetenschappen – waaronder de rechtswetenschap – noodzakelijk was. De opkomst van het empirische wetenschapsmodel in de verlichting had tot een snelle opmars van de natuurwetenschappen geleid. De natuurwetenschappen – met hun empirische wetenschapsmodel – confronteerden

9. Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008, p. 17.

HOOFDSTUK 3

de filosofie, evenals de andere geesteswetenschappen met de vraag naar het ‘wetenschappelijke’ gehalte van hun activiteiten en aanspraken. De geesteswetenschappen waren daardoor in zekere zin in een identiteitscrisis geraakt.¹⁰ Plato vond de filosofie nog de koning der wetenschappen, maar in de 19^{de} eeuw waren – na Hegel – vele grote filosofische werken niet het product van een wetenschappelijke carrière. Schopenhauer, Kierkegaard, Marx en Nietzsche schreven hun werken buiten het academische circuit.¹¹ De geesteswetenschappen leken hun wetenschappelijke karakter te verliezen.

Tegen deze achtergrond heeft Dilthey getracht het wetenschappelijke karakter van de geesteswetenschappen te rehabiliteren door op zoek te gaan naar nieuwe grondslagen voor de geesteswetenschappen. Dilthey zocht een nieuwe wetenschappelijke methode voor de geesteswetenschappen, naar het voorbeeld van Bacon in de natuurwetenschappen. Bacon is één van de grondleggers van de empirische onderzoeksmethode. Dilthey zocht aansluiting bij deze wijze van denken door ook voor de geesteswetenschappen voorop te stellen dat onze *ervaring* de bron van al onze kennis is.¹²

Zowel in de natuurwetenschappen als in de geesteswetenschappen dient het object van onderzoek steeds onze ervaring te zijn, aldus Dilthey. Maar voor natuurwetenschappers is het object van onderzoek de natuur zoals die aan ons verschijnt.¹³ In de natuurwetenschappen registeren onze zintuigen hetgeen wij ervaren. Bijvoorbeeld dat een appel van een boom valt. Het object van de geesteswetenschappen laat zich niet alleen registreren. Het krijgt vorm in het bewustzijn zelf.¹⁴ De bijzondere samenhang tussen ervaring en het bewustzijn is daarbij van belang.¹⁵

Ons perspectief op de wereld, onze persoonlijke geschiedenis en onze wensen en verlangens beïnvloeden onze ervaring en daarmee ook hetgeen

10. Keulartz 1994, p. 12.

11. Keulartz 1994, p. 12.

12. Een zienswijze die in dezelfde periode ook zou worden ontwikkeld door Holmes met betrekking tot het recht, zie Holmes 1897.

13. Dilthey (1883) 1994, p. 122: die over het object van onderzoek van de natuurwetenschappen opmerkt dat “*het enkele feit dat zulke fenomenen bestaan en tekens van iets reëls zijn, volstaat voor de constructie van hun stellingen*”.

14. Dilthey (1883) 1994, p. 68: “*Enkel in de innerlijke ervaring, in de feiten van het bewustzijn vond ik een stevige ankerbedding voor mijn denken, en ik heb goede moed dat geen lezer zich aan de bewijsvoering op dit punt zal onttrekken. Alle wetenschap is ervaringswetenschap, maar de oorspronkelijke samenhang en de erdoor bepaalde geldigheid van alle ervaring worden door ons bewustzijn waarbinnen ze optreedt, door het geheel van onze natuur, geconditioneerd. Dit standpunt, dat consequent van de onmogelijkheid getuigt om verder dan deze condities te gaan, om als het ware zonder oog te zien of de blik van het kennen achter het oog zelf te richten, noemen wij het kentheoretische; de moderne wetenschap kan geen ander standpunt erkennen.*”

15. Daarbij moeten we ons realiseren dat we niet ‘neutraal’ naar onszelf kunnen kijken om te kijken hoe dit proces verloopt. We moeten de verleiding weerstaan om in ons verlangen naar zekerheid achter ons eigen oog te willen kijken.

wij bijvoorbeeld als rechtvaardig beschouwen. Dit wordt miskend, aldus Dilthey, in bijvoorbeeld het positivisme, zoals onder meer als wetenschapstheorie ontwikkeld door Comte in Frankrijk. Het positivisme trachtte de methoden uit de natuurwetenschap te kopiëren naar de geesteswetenschappen.¹⁶ De oplossingen die in het positivisme, maar ook het daaraan gerelateerde empirisme van bijvoorbeeld Johan Stuart Mill werden aangedragen, schoten volgens Dilthey tekort. Waar in de natuurwetenschappen kan worden gewerkt met een mensbeeld dat de mens opvat als een (louter) rationeel wezen, dient in de geesteswetenschappen juist de mens als een willend, denkend en voelend wezen centraal te staan. Daarbij dient men zich rekenschap te geven dat het denken, willen en voelen van mensen wordt gekleurd door bijvoorbeeld de sociaal-historische context waarin zij zich bevinden.

Denkers die streven naar vooruitgang in de geesteswetenschappen door toepassing van natuurwetenschappelijke methoden, zoals Comte, hebben volgens Dilthey niet zelden de neiging het voorgaande onvoldoende te onderkennen. Voor de geesteswetenschappen is het kennende subject van de verlichtingsdenkers dan ook geen vruchtbaar uitgangspunt, aldus Dilthey (in de vertaling van Keulartz):

“Door de aderen van het kennende subject dat Locke, Hume en Kant construeerden, vloeit niet echt bloed maar enkel het verdunde sap van de rede als denkactiviteit. Doch mij bracht een historische én psychologische preoccupatie met heel de mens ertoe deze mens in de verscheidenheid van zijn krachten – dit willend voelend voorstellende wezen – ook aan de verklaring van kennis en haar begrippen (zoals buitenwereld, tijd substantie, oorzaak) ten grondslag te leggen, ook al lijkt de kennis deze begrippen alleen te weven uit de stof van waarnemen, voorstellen en denken.”¹⁷

Kortom, niet slechts de natuurwetenschappelijke ervaring, maar de ervaring van de mens ‘als mens’, dient volgens Dilthey te worden onderzocht in de geesteswetenschappen.¹⁸ Soms kunnen onze ervaringen ons als volkomen vanzelfsprekend toeschijnen juist doordat wij zijn opgegroeid in een bepaalde cultuur. Dat kan de wetenschapper in de verleiding brengen deze gewaarwordingen of ervaringen te beschouwen als onafhankelijk van ons (onze ervaring) bestaande feiten.¹⁹ Het is de kunst die verleiding te weerstaan.

16. Zie daarover ook Loth & Gaakeer 2002, p. 40.

17. Dilthey (1883) 1994, p. 68-69.

18. Daarbij wilde Dilthey de scientistische traditie van de 19de eeuw trouw blijven door in de ervaring een bron te zien die empirisch kan worden onderzocht. De empirie – die de ervaring centraal stelde – behoeft niet op de helling gezet te worden, maar moet wel rekening houden met de eigen aard van het object van onderzoek in de geesteswetenschappen. In zekere zin wilde Dilthey de geesteswetenschappen tot psychologie herleiden. Een poging die uiteindelijk overigens onvoltooid is gebleven. Zie Keulartz 1994, p. 16.

19. Dilthey (1883) 1998, p. 106.

HOOFDSTUK 3

3.2.3 *Formele structuren als bron van het recht*

Voor Dilthey is de rechtswetenschap het specifieke deel van de geesteswetenschappen dat onderzoek doet naar de wijze waarop de regels, die het menselijk handelen in de maatschappij normeren, tot stand komen en functioneren. Wanneer men op zoek gaat naar de grondslagen van de rechtswetenschap tracht men een antwoord te formuleren op de vraag welke principes schuilen achter de rechtsregels, zoals men die aantreft.

Het materiële recht kan volgens Dilthey worden beschouwd als het historische product van menselijke ervaringen. Het materiële recht verschilt per land. Verschillende mensen kunnen dezelfde dingen ook verschillend ervaren. Het recht lijkt daarmee voor de wetenschap op een bewegend doel. Hoe dient de rechtswetenschap daarmee om te gaan? Voor het beantwoorden van die vraag is inzicht vereist in de wijze waarop het recht wortelt in de ervaringen van mensen, aldus Dilthey.

Ervaringen komen tot stand in een wisselwerking met de sociale omgeving. Enerzijds dient ieder mens als een zelfstandig denkend individu te worden beschouwd dat zichzelf doelen en regels stelt om zijn handelen vorm te geven. Anderzijds fungeert het bewustzijn ook als een waarnemend vermogen dat in staat is om bijvoorbeeld de maatschappelijke conventies te absorberen. Ideeën, gedachten en oordelen zijn het resultaat van zowel een intern als extern krachtenveld.

Dilthey maakt in het externe krachtenveld, zoals dat het individu in zijn denken en handelen beïnvloedt, onderscheid tussen formele structuren (door Dilthey 'externe structuren' genoemd) en meer informele structuren. Zowel de formele als de informele structuren scheppen normen.

Bij formele structuren moet men in de eerste plaats denken aan organen van een staat die regels kunnen uitvaardigen.²⁰ De *raison d'être* van deze formele structuren (de provincies, gemeenten etc.) is om enerzijds voor het individu een zekere vrijheid te garanderen en anderzijds deze vrijheid te begrenzen wanneer het algemeen belang dat vergt. Het mechanisme waarmee dit wordt gerealiseerd is het recht.

3.2.4 *Informele structuren als bron van het recht*

Naast de formele structuren kent de samenleving ook 'informele structuren', aldus Dilthey. Met de informele structuren doelt Dilthey op de sociaal-culturele omgeving waarin een mens leeft. Ieder mens groeit op en leeft in bepaalde

20. De specifieke wijze waarop formele structuren bestaan kan slechts historisch worden verklaard. Een voorbeeld: alleen vanuit historisch perspectief kan worden verklaard dat Nederland een monarchie is en bijvoorbeeld Frankrijk niet.

‘informele structuren’. Het gezin, de sportvereniging, een school, de kerk, vormen voorbeelden van ‘informele structuren’.²¹

Net als formele structuren eisen ook informele structuren dat mensen zich aan bepaalde regels houden. Dilthey verklaart de macht van informele structuren als volgt. Het belang voor mensen van deze ‘informele structuren’ is doorgaans groot. De mens treft zichzelf aan in een tijdelijk bestaan en met beperkte middelen. Reeds om fysiek te overleven is men afhankelijk van andere mensen. Die afhankelijkheid van anderen is niet alleen fysiek, maar ook psychisch. Men hecht er doorgaans aan in een zekere harmonie met zijn omgeving te leven. Het gevolg is dat men eigen handelingen en overtuigingen afstemt op hetgeen binnen een bepaalde groep van personen als norm geldt. Ook in een breder perspectief – welke waarden zijn in een leven nastrevenswaardig – zal de mens steeds geboren worden en leven in een omgeving waarin die vraag op een bepaalde wijze wordt beantwoord. Bij het beantwoorden van morele vragen is niemand zonder vertrekpunt, zo zou men het voorgaande kunnen samenvatten.²² Dat acht Dilthey ook niet bezwaarlijk. Het stelt mensen in staat voort te bouwen op de ervaring van de generaties voor ons. Onze gemeenschappelijke menselijke behoeften en ons vermogen daarover na te denken bevordert een vruchtbare ontwikkeling van culturen.²³

Culturen ontwikkelen zich volgens Dilthey als volgt. Enerzijds vormen de culturen waarin wij ons bewegen, ons in de wijze waarop wij denken. Anderzijds dragen individuele mensen door eigen ervaringen met anderen te delen weer bij aan het levend houden van een cultuur.²⁴ Nieuwe omstandigheden of nieuwe ideeën kunnen de ervaringswijsheid die een cultuur doorgeeft wijzigen. Dit verklaart ook waarom een bepaalde cultuur – zij het vaak langzaam – kan veranderen. Volgens Dilthey kunnen culturen worden beschouwd als een steeds voort meanderende rivier waarin diverse overtuigingen

-
21. Een cultuur(systeem) heeft bij Dilthey overigens nog niet de indentiteitsbepalende connotatie die aan het moderne begrip cultuur kleeft. In de zin dat nu over iemand kan worden gezegd dat hij ‘een moslim’ is. Het aldus refereren aan een cultuur reduceert een persoon tot een stereotype. De gevaren daarvan zijn door o.a. Amartya Sen belicht in *Identity and Violence* (2006).
22. Een opvatting die met name ook door de Canadese filosoof Charles Taylor (zie Taylor 1989 (2007)) is verdedigd.
23. Vgl. Dilthey (1883) 1994, p. 105: “*De in de menselijke natuur aangelegde behoeften worden vanwege de beperktheid van het menselijke bestaan niet door de geïsoleerde werkzaamheid van het individu bevredigd, maar in een deling van de menselijke arbeid en in de overerving van generatie op generatie. Dit wordt mogelijk door de gelijkaardigheid van de menselijke natuur en de in dienst van deze doelen staande, alles overziende rede in haar. Deze eigenschappen leiden tot de aanpassing van het handelen aan de arbeidsvruchten van het verleden, aan het meewerken van de werkzaamheid van het heden. Zo doortrekken de wezenlijke levensdoelen van de mens de geschiedenis en maatschappij.*”
24. Dilthey (1883) 1988, p. 107.

HOOFDSTUK 3

om voorrang strijden. Sjoerd de Jong heeft dit idee meer recent als volgt verwoord:

“Een individu ligt dan ook niet verpletterd onder zijn eigen cultuur, maar staat daarmee in een reflexieve en transcendente verhouding: mensen hechten zich aan de cultuur, of de culturen, waarin ze zijn gevormd, maar kunnen die ook becommentariëren, veranderen, en dus ontstijgen. Cultureel engagement veronderstelt in dat opzicht een zekere distantie ten opzichte van de heersende culturele codes, om die te kunnen aanvaarden of bijstellen.”²⁵

Het individu verhoudt zich vrijwel steeds tot verschillende culturele cirkels, die ieder – veelal impliciet – hun eigen ‘normen en waarden’ communiceren. Zo wordt de innerlijke structuur van een samenleving gevormd door een veelheid aan elkaar deels overlappende en deels beconcurrerende normen en waarden. Samen creëren zij bepaalde regels en gebruiken – een moraal – die wij als referentiepunt nemen in ons denken en bij het kiezen van onze idealen.

Een bepaalde moraal is het resultaat van een historische ontwikkeling en zelf ook weer veranderlijk. De algemeen geaccepteerde regels reflecteren hetgeen als gewoon en afwijkend wordt gevonden. De opvattingen daarover beïnvloeden ook hetgeen ‘rechtvaardig’ wordt gevonden.

Volgens Dilthey is de functie van moraliteit: (i) die van een innerlijke stem die het individu bij zijn handelen in de goede richting stuurt, en (ii) die van een (indirecte) morele druk op het individu die hem op een pad houdt dat binnen een cultuur als wenselijk wordt gezien.²⁶ Een moraal geeft de mens in zijn persoonlijk leven sturing in de wijze waarop hij zijn vrijheid – die de wet hem laat – kan aanwenden.

In zekere zin kan het recht als een extern reguleringsmechanisme worden beschouwd, terwijl de moraal als een innerlijk reguleringsmechanisme voor sociaal wenselijk gedrag kan worden gezien. Beide zijn met elkaar verbonden. Een veranderende moraal zal zich kunnen vertalen in een veranderende opvatting over hoe het recht eruit zou moeten zien. Een dergelijke ontwikkeling zal een kracht vanuit de informele structuren van de samenleving op de formele structuren genereren om de wet te veranderen, alsmede op de rechtsprekende instanties om de wet anders te gaan interpreteren (zie figuur 1).

25. De Jong 2008, p. 242.

26. Dilthey (1883) 1988, p. 113.

OVER DE INTERPRETATIE VAN GRONDRECHTEN



HOOFDSTUK 3

3.2.5 *Recht als een uitdrukking van rechtvaardigheid*

Het recht is een levend systeem. Het recht is, volgens Dilthey, “een ordenend systeem dat wortelt in een rechtvaardigheidsbewustzijn dat permanent actief is in mensen”.²⁷ Deze definitie laat ruimte voor verschillen in opvatting over wat in een concreet geval rechtvaardig is. Ook laat het ruimte voor de mogelijkheid dat opvattingen in de samenleving over rechtvaardigheid in bepaalde gevallen kunnen wijzigen. Het levende rechtsbewustzijn in de samenleving en het positieve recht vallen dan ook niet steeds samen. Wanneer beide teveel uit elkaar gaan lopen ontstaat druk op de wetgever om de regels aan te passen.

Volgens Dilthey schuilt in het positieve recht steeds een uiting van een opvatting over rechtvaardigheid. In zoverre verschilt Dilthey dan ook van een filosoof als Hobbes, bij wie het recht slechts de functie heeft om een strijd van allen tegen allen te voorkomen. Volgens Hobbes dient het (positieve) recht om die functie effectief te kunnen vervullen juist voorrang te hebben boven vragen van rechtvaardigheid.²⁸

In het denken van Dilthey is het rechtvaardigheidsidee, dat in het recht tot uitdrukking wordt gebracht, geen ‘idee’ in de Platoonse betekenis van dat woord. Dilthey ontkent dat recht en rechtvaardigheid enige ‘metafysische’ realiteit hebben. Zou de mensheid uitsterven, dan verdwijnt met de laatste mens ook het idee ‘rechtvaardigheid’. De natuur is rechtvaardig noch onrechtvaardig. De mens kan de wereld wel als rechtvaardig of onrechtvaardig ervaren. Rechtvaardigheid kun je als concept niet in abstracto vatten. Je kunt wel in concrete gevallen rechtvaardige van onrechtvaardige situaties onderscheiden en naar rechtvaardigheid ‘willen’ streven.²⁹ Rechtvaardigheid als ideaal laat zich dan ook niet bestuderen op de wijze zoals de natuurwetenschap de valsnelheid van een appel kan meten. Het kan alleen worden bestudeerd als een ideaal waarnaar mensen bij hun handelen kunnen streven.

Het ideaal van rechtvaardigheid wortelt in het bewustzijn van de individuele mens als denkend, voelend en willend wezen. De opvattingen over rechtvaardigheid, zoals die door het positieve recht worden weerspiegeld, dienen volgens Dilthey te worden opgevat als een objectivering van de ‘algemene wil’ (een begrip dat veelvuldig door Rousseau – de filosoof volgens wie de moderne maatschappij de mens tot slaaf van zijn ambitie en ijdelheid maakte – is gebruikt in zijn rechtvaardiging van staatsmacht in *Du contract social*). Het positieve recht wordt verondersteld de algemene wil te reflecteren.

27. Dilthey (1883) 1988, p. 108.

28. Radbruch (Radbruch (1946) 2006) legt in zijn beroemde formule – wettelijke voorschriften die onaanvaardbaar zijn, zijn geen geldig recht – een verband tussen rechtvaardigheid en rechtspositivisme.

29. Dilthey (1883) 1988, p. 109.

De idee van een ‘algemene wil’ oogt wellicht wat gezocht voor de moderne lezer. Dilthey probeert met deze term te verklaren dat noties over rechtvaardigheid, zoals individuele mensen die hebben, ondanks hun veranderlijkheid en onderlinge verschillen een zeker algemeen rechtsgevoel kunnen voortbrengen die het positieve recht kunnen beïnvloeden. Het recht wordt beïnvloed door ontwikkelingen in de samenleving over hetgeen in het algemeen als rechtvaardig wordt gezien en zoals die zich – door de ‘formele structuren’ in de samenleving – uiteindelijk vertalen naar wetten en regels.³⁰

Op de hiervoor geschetste wijze wordt het recht enerzijds beïnvloed door het rechtsgevoel van mensen, welke in het recht tot uitdrukking komt als de ‘algemene wil’ en anderzijds door de ‘wil’ van de wetgever. Daardoor wordt het recht volgens Dilthey uiteindelijk noch beheerst door één of meer culturen (de informele structuren van de samenleving), noch door de (wetgevende) organen (de formele structuur van de samenleving). Het positieve recht is hetgeen komt boven drijven op een zekere plaats en op een zeker tijdstip als het historische product van beide krachtenvelden. Het positieve recht is de resultante van een historisch proces dat tot stand komt in een wisselwerking tussen deze innerlijke en uiterlijke structuren in de samenleving.

3.2.6 *Het denken van Dilthey, een conclusie*

Dilthey ziet het recht als een natuurlijk en noodzakelijk gevolg van sociale processen in een samenleving. De formele structuren creëren de regels. De informele structuren de moraal.³¹

Bij de vraag naar de aard van mensenrechten – hetgeen het volgende onderwerp zal zijn – kan gebruikt worden gemaakt van Dilthey’s inzichten. Zijn observaties zijn de volgende.

Waar mensen gaan samenleven ontstaan vanzelf formele structuren en daaruit volgt het recht. De verschillen in de wijze waarop deze formele structuren van de samenleving zich hebben ontwikkeld in de loop der tijd, verklaren de verschillen in vormgeving tussen rechtssystemen. Dat het recht ook inhoudelijk verschilt, kan worden verklaard uit de omstandigheid dat het voortkomt uit verschillende culturen.

In het recht manifesteren deze gedachten en idealen zich op het terrein van de vraag hoe mensen dienen samen te leven. Iedere generatie schaaft op basis van de eigen ervaring aan de bestaande rechtsregels. Deze gestolde ‘ervaring’

30. Het recht wordt geformuleerd (en daarmee gerealiseerd) door middel van de formele structuren in een samenleving. Het recht is zelf ook in zijn bestaan afhankelijk van het bestaan van goed functionerende formele structuren in de samenleving. Deze organisaties zijn ook zelf weer afhankelijk in hun bestaan en functioneren van het recht, aldus Dilthey (1883) 1988, p. 110.

31. Dilthey (1883) 1988, p. 112.

HOOFDSTUK 3

vormt het onderwerp van onderzoek van de geesteswetenschappen volgens Dilthey.³²

Het recht beweegt zich op het grensvlak van het krachtenveld dat uitgaat van de formele structuren en het krachtenveld dat de innerlijke structuren (de culturen) in een samenleving genereren, aldus Dilthey.³³ In het recht komen de formele structuren van een samenleving en de daarin levende culturen samen. Het recht dient daarbij een duidelijk doel. Het begrenst de macht die mensen over anderen en goederen van anderen kunnen uitoefenen en beschermt in omgekeerde zin het eigen lijf en goed.

Het levende karakter van het rechtsbewustzijn maakt het recht voor wetenschappers een bewegend doel. Dilthey wijst erop dat rechtsgeleerden de neiging hebben daaraan voorbij te gaan. Het verlangen om het recht te kunnen vatten in heldere en eenvoudige abstracte concepten is zo groot dat niet zelden de werkelijkheid eraan wordt opgeofferd.³⁴ De rechtswetenschapper die het recht opvat als het positieve recht, zonder dat hij oog heeft voor het gegeven dat het recht wortelt in een rechtsbewustzijn van mensen, loopt het gevaar de fluïde aard van het recht te miskennen. Het recht dient men te benaderen als een levend functioneel systeem. Het moet enerzijds de vrijheid van personen garanderen en anderzijds beperken. Het moet dat volgens Dilthey doen op een wijze die correspondeert met gevoelens over rechtvaardigheid zoals die in de samenleving breed worden gedeeld. Deze ‘algemene wil’ wordt tot uitdrukking gebracht door de wettelijke voorschriften.³⁵ Daarmee heeft de rechtswetenschap – net als alle geesteswetenschappen – uiteindelijk rekening te houden met de mens als een denkend, handelend en voelend wezen met een levend en veranderlijk rechtvaardigheidsbewustzijn.

3.2.7 *Dilthey en grondrechten*

De inzichten van Dilthey zijn in het bijzonder relevant zijn voor het denken over grondrechten, gezien de verwevenheid tussen grondrechten en noties over rechtvaardigheid. Niet al het recht spruit voort uit ideeën over rechtvaardigheid. De regel dat men voorrang dient te verlenen aan gemotoriseerd verkeer van rechts zou ook zeer wel anders kunnen luiden. Zo zijn er meer rechtsregels die slechts historisch kunnen worden verklaard. Grondrechten hebben als eigenschap dat niet goed voorstelbaar is dat deze – wat betreft hun kern – ook anders kunnen luiden. Onze ‘ervaring’ heeft ons geleerd dat deze rechten van fundamenteel belang zijn voor een maatschappelijke orde die aan de minimumeisen die gelden voor een rechtvaardige samenleving wil voldoen. De kern

32. Dilthey (1883) 1994, p. 134.

33. Dilthey (1883) 1994, p. 108.

34. Dilthey (1883) 1988, p. 109.

35. Dilthey (1883) 1988, p. 110.

van deze grondrechten zou eigenlijk overal als uitgangspunt moeten worden aanvaard, zo kan een universalistische benadering van mensenrechten worden verdedigd.³⁶ Alle mensen leven binnen een staat en moeten kunnen terugvallen op grondrechten om de macht van de staat over hen te begrenzen.

Grondrechten articuleren de minimumeisen waaraan een samenleving heeft te voldoen, wil zij aanspraak kunnen maken op de predikaten ‘beschaafd’ en ‘rechtvaardig’. Grondrechten en rechtvaardigheid zijn daardoor onlosmakelijk met elkaar verbonden noties.

In het voorgaande is aan de hand van het denken van Dilthey geschetst hoe grondrechten voortkomen uit het rechtvaardigheidsbewustzijn van mensen. Dat roept wel de vraag op waarom mensenrechten – die nu als zo fundamenteel worden beschouwd – niet door de eeuwen heen steeds als onwrikbaar uitgangspunt hebben gegolden. Waar komen de mensenrechten vandaan? Of om met Dilthey te spreken: hoe heeft het historisch-sociaal proces eruit gezien waardoor mensenrechten zich hebben ontwikkeld als een fundamentele ‘wilsexpressie’?

3.3 Ontwikkelingen in het denken over grondrechten

3.3.1 *De uitvinding van de rechten van de mens*

In het voorgaande is gebleken dat het positieve recht het resultaat is van een historisch proces. Wettelijke regels komen tot stand in een wisselwerking tussen instituties en het rechtsbewustzijn van mensen. Het rechtsbewustzijn van mensen ontwikkelt zich in een voortdurende dialoog met de culturele omgevingen waarin mensen zich bevinden.

36. Met name door zogenoemde ‘communitaristische’ denkers is wel benadrukt dat we bij de vraag ‘zijn mensenrechten universeel geldend?’ moeten oppassen andere gemeenschappen niet onze waarden op te dringen. Zie voor een korte samenvatting over het grondrechten-discours tussen ‘individualistische’ versus ‘communitaristische’ denkers, bijv. Van Gerven & Lierman 2010, p. 353-360. In de westerse cultuur wordt de vrijheid van het individu absolute prioriteit toegekend in de hiërarchie van te beschermen waarden, maar andere culturen kunnen daar heel anders over denken, aldus de communitaristen. De geïnteresseerde lezer verwijs ik naar het boek *Are Human Rights Truly Universal* (Cassese 1994), met bijdragen van tal van schrijvers over dit onderwerp. In discussies over dit onderwerp gaat het overigens niet zozeer over de vraag of mensenrechten universeel zijn, maar over de vraag in hoeverre zij dat zijn. Verder kan het belang van deze discussie soms worden gerelativeerd door het aan de orde stellen van de vraag in hoeverre het gegeven dat in sommige landen wezenlijk anders tegen grondrechten wordt aangekeken, wordt veroorzaakt door een verschil in de ‘wil van mensen’, of doordat mensen in die landen gewoon niet zoveel te willen hebben.

HOOFDSTUK 3

Geldt het voorgaande ook voor de ontwikkeling in het denken over grondrechten? In de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring werden mensenrechten als *self-evident* aangemerkt.³⁷ In de klassieke oudheid – de bakermat van de Westerse beschaving – kende men geen ‘mensenrechten’. Als mensenrechten *self-evident* zijn, dan roept dat de vraag op waarom zowel in het verleden als heden mensen zo verschillend denken over de aard en omvang van mensenrechten.³⁸ Hoe valt dat te verklaren?

Lynn Hunt beschrijft in haar boek *Inventing Human Rights* hoe het denken over mensenrechten tot leven kwam in de aanloop naar de Franse Revolutie in de loop van de 18^e eeuw. Hunt legt een verband tussen sociaal-culturele ontwikkelingen die in die periode plaatsvonden en de ontwikkeling in het denken over mensenrechten. Hunt wijst *imagined empathy* aan als de bron van de idee dat alle mensen bepaalde minimumrechten toekomen.³⁹ Het empathische vermogen in de samenleving groeide in deze periode. Katalyserend in dit proces is onder meer de zich ontwikkelende leescultuur geweest, zo betoogt Hunt. De middenklasse in Frankrijk – een relatief kleine, maar politiek niet onbelangrijke groep – was begonnen op grote schaal romans te lezen. Deze groep kreeg aldus toegang tot nieuwe ideeën. Boeken en geschriften maakten een nieuw perspectief op de wereld mogelijk.

Deze sociaal-culturele veranderingen leidden tot een toenemend besef dat bijvoorbeeld de lichamelijke integriteit van anderen gerespecteerd diende te worden. Hunt wijst daarbij op de ophef die het *Traité sur la Tolérance à l’occasion de la mort de Jean Calas* veroorzaakte. In dit pamflet beschreef Voltaire de executie van Jean Calas. Jean Calas was ten onrechte beschuldigd van de moord op zijn zoon. Calas werd publiekelijk ter dood gebracht op het rad. De nauwkeurige beschrijving van zijn terechtstelling was huiveringwekkend om te lezen en veroorzaakte een storm van protest.

Mensenrechten ontwikkelden zich als reactie op toestanden in de maatschappij waarvan men begon in te zien dat die fundamenteel onjuist waren. Dat inzicht dringt zich aan ons op, zo betoogt Hunt, wanneer wij even onze dagelijkse beslommeringen vergeten en het leed dat een ander wordt aangedaan

37. Declaration of Independence (1776): “*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.*”

38. De verklaring dat mensenrechten als ‘self evident’ kunnen worden beschouwd geldt niet voor alle rechten die het EHRM thans begrepen acht in het EVRM. Zo onderscheidt Vande Lanotte (Haec & Vande Lanotte 2005, deel 1, p. 9) vier verschillende soorten mensenrechten: burgerlijke rechten, politieke rechten, economische sociale en culturele rechten en collectieve rechten. Het zijn met name die burgerlijke rechten met hun wortels in de Franse revolutie – die het individu beschermen tegen staatsinmenging – waarvan kan worden betoogd dat ze als evident kunnen worden beschouwd.

39. “*The notions of bodily integrity and empathetic selfhood have histories not unlike those of human rights, to which they are intimately related*”, Hunt 2007, p. 30.

tot ons laten doordringen. Het lezen van het verslag over de wijze waarop iemand op het rad ter dood wordt gebracht is een ervaring die de lezer zowel geestelijk als fysiek schokt.⁴⁰ De lezer voelt dat hier een grens van beschaving wordt overschreden.

Geschriften die verslag doen van misstanden verrijken de ‘ervaring’ van mensen en kunnen zo bijdragen aan een bewustwordingsproces binnen een samenleving. Verhalen hebben het vermogen empathie voor anderen te creëren. Verhalen stellen ons in staat mee te leven met anderen, onder het voorbij gaan van verschillen in ras, geslacht of sociale achtergrond. Hunt wijst erop dat bijvoorbeeld Rousseau’s tranentrekker *Julie, ou la Nouvelle Héloïse* in die tijd bijzonder populair was.⁴¹ In het verhaal werd een dienstmeisje verliefd op de huisleraar, terwijl zij moest trouwen met een Russische soldaat die het leven van haar vader had gered. Nadat ze plichtsgetrouw, maar tegen haar gevoel in, met de Russische soldaat in het huwelijk was getreden sterft zij bij het redden van haar zoontje van de verdrinkingsdood. Door dit soort verhalen leerden mensen zich te identificeren met mensen buiten de eigen culturele klasse.

Hunt betoogt dat verhalen als deze de idealen van de Franse revolutie mede hebben gevoed. De ontdekking van een ‘gelijkaardigheid’ van alle mensen was een opmaat voor de leus *égalité, fraternité et liberté*.

3.3.2 *Uncle Tom’s cabin*

Empathie stelt ons niet alleen in staat de ‘humaniteit’ van de ander te herkennen, maar dwingt ons ook die te erkennen. In de achttiende eeuw werd aan slaven een aanspraak op gelijke humaniteit ontzegd. Het verschijnen van *Uncle Tom’s Cabin* – naar verluidt het meest verkochte boek van de 20^{ste} eeuw, na de bijbel – aan de vooravond van de Amerikaanse burgeroorlog, stelde de lezer in staat het fenomeen slavernij vanuit het perspectief van de slaaf te ervaren. Het boek is van grote invloed geweest op de discussie over de afschaffing van slavernij.⁴²

Empathie brengt een proces op gang waardoor de ander niet meer een vreemde is maar een naaste. Als naaste wordt de ander een relevante ander in ons morele denken. De (gulden)regel ‘wat gij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet’ dringt zich dan vanzelf op. De conclusie dat wij allemaal mensen zijn met dezelfde ‘mensenwensen’ bevordert het inzicht dat de wet ook iedereen in zijn humaniteit heeft te respecteren.

40. Hunt 2007, p. 26, die voorts schrijft: “*Human rights are difficult to pin down because their definition, indeed their very existence, depends on emotions as much as on reason. The claim of self evidence relies on an emotional appeal; it is convincing if it strikes a chord within each person. Moreover, we are most certain that a human right is at issue when we feel horrified by its violation.*”

41. Jean-Jacques Rousseau (1761).

42. Zie verder over het verband tussen literatuur, empathie en moraliteit: Rorty 1999.

HOOFDSTUK 3

Stuurman heeft in zijn boek *De uitvinding van de mensheid* de canonieke teksten van het christendom, de islam, het confucianisme en het boeddhisme onderzocht op de wijze waarop zij oproepen tot moreel gedrag. Stuurman komt tot de conclusie dat in de teksten van deze stromingen een beroep wordt gedaan op empathie. De lezer wordt opgeroepen zich te verplaatsen in de gevoelens en de pijn van anderen.⁴³ De mens wordt volgens Stuurman in al deze religies geroepen in een vorm van wederkerigheid te denken. Met het doorgeven van universalistische denkbeelden in verhalen kunnen ethocentrisme en parochialisme worden bestreden.⁴⁴ De ‘uitvinding van de mensheid’ bestaat daarin dat de mens, indien hij daartoe bereid is, zich de vraag kan stellen hoe hij er zelf uitziet door de ogen van de ander.⁴⁵

Empathie heeft in dit proces een dubbele functie, aldus Stuurman. In de eerste plaats een psychologische, omdat het beroep op medeleven de emoties van de lezer beweegt.⁴⁶ De lezer lijdt omdat de lezer een ander ziet lijden. In de tweede plaats heeft empathie ook een normatieve functie. Het behoort tot de essentie van het ‘mens zijn’ zich in zekere mate in de ander te kunnen verplaatsen.⁴⁷ Een ‘goed mens’ is een mens die zich het vermogen heeft eigen gemaakt de wereld ook te kunnen bezien door de ogen van een ander, zo leren deze teksten ons, aldus Stuurman.

3.3.3 *Het ‘bestaan’ van mensenrechten*

In de vorige paragrafen is uiteengezet hoe mensenrechten voortspuiten uit een erkenning van een gelijkaardigheid van alle mensen. Daaruit volgt ook dat mensenrechten conceptuele ideeën zijn die voor ieder mens een bepaalde ‘menselijke’ behandeling door de staat beogen te garanderen. Mensenrechten geven uitdrukking aan de gedachte dat ieder mens bepaalde minimumrechten behoort te hebben louter vanwege zijn ‘mens zijn’. ‘Mensenrechten’ refereren daarmee niet aan een *sein* maar aan een *sollen*.

De vraag of er rechten van de mens ‘bestaan’ heeft dan ook alleen betekenis voor zover zij kan worden opgevat in normatieve zin. Om met Amartya Sen te spreken: mensenrechten ‘bestaan’ niet in de zin zoals de Big Ben in Londen (be)staat.⁴⁸ Het belang van de vraag in hoeverre ‘mensenrechten’ bestaan, onafhankelijk van wat wij daarover denken – de vraag in hoeverre ieder mens ‘van nature’ mensenrechten heeft betreft de ontologische vraag naar mensenrechten – kan aldus worden gerelativeerd.

43. Stuurman 2009, p. 143.

44. Stuurman 2009, p. 143.

45. Stuurman 2009, p. 144.

46. Stuurman 2009, p. 143.

47. Stuurman 2009, p. 144.

48. Sen 2009, p. 356.

Dat laat onverlet dat de vermeende ontologische *roots* van mensenrechten nog steeds onderwerp zijn van debat. Volgens Rorty vallen mensenrechten niet te funderen buiten ons vermogen tot ‘redelijkheid’.⁴⁹ Voor de ‘liberale ironicus’ – zoals Rorty zich beschouwt – bestaat geen antwoord op de vraag “waarom niet wreed zijn?”. Het geloof dat wreedheid verschrikkelijk is, is niet theoretisch te funderen op een manier die niet terugverwijst naar zichzelf.⁵⁰ Dat inzicht moet ons niet verontrusten maar juist opluchten, aldus Rorty: “*This sets aside Kant’s question ‘What is Man?’ and substitutes the question ‘What sort of world can we prepare for our great-grandchildren?’*”.⁵¹

Morsink bestrijdt deze visie en merkt op dat het een gevaarlijke misvatting is om mensenrechten op te vatten als ideeën die voortkomen uit onze cultuur zonder dat zij een realiteit daarbuiten bezitten. Als mensenrechten als creaties van juristen en diplomaten worden voorgesteld kunnen politici wanneer het even niet uitkomt deze rechten na te leven daar handig gebruik van maken, aldus Morsink. We moeten juist vasthouden aan het oorspronkelijke verlichtingsdenken waarin krachtig tot uitdrukking werd gebracht dat mensenrechten mensen qualitate qua toekomen. Mensenrechten gaan aan onze cultuur vooraf, aldus Morsink.⁵²

Wellicht dat het mogelijk is een uitweg te zoeken uit deze discussie door de beide zienswijzen op te vatten als een beschrijving van dezelfde berg, maar vanuit een ander perspectief. Rorty stelt de functionaliteit van mensenrechten voorop. Niet zo belangrijk is waar ze vandaan komen, belangrijk is vooral waar ze ons in deze wereld naar toe kunnen leiden. Morsink acht het essentieel dat we deze rechten als fundamenteel juist (of waar) beschouwen. Waar Morsink en Rorty het over eens zijn, is dat juist is de claim van het verlichtingsdenken dat er gelijkheid in de menselijke natuur bestaat die onze verschillen in ras, sexe, cultuur etc. overstijgt. Zolang daar overeenstemming over bestaat, lijkt er in praktische zin een voldoende functionele fundering te zijn gelegd om (de kern van) grondrechten als universeel geldend te zien. Uit een besef van gedeelde humaniteit volgt dat alle mensen ook aanspraak zouden moeten kunnen maken op bescherming van hun eigen ‘humaniteit’. Grondrechten zijn rechten die overall zouden behoren te gelden, om een gedeelde gemeenschappelijke notie van humaniteit te beschermen tegen andere krachten.

Wanneer het concept ‘mensenrechten’ wordt opgevat als een ‘behoren’ komt een andere centrale vraag uit de filosofische canon naar voren: ‘hoe kan worden bepaald wat juist en onjuist is?’ Als aan mensenrechten een opvatting ten grondslag ligt over hetgeen juist en onjuist is – over hetgeen behoort – kunnen

49. En ons vermogen om in de ander onszelf – de eigen ‘menselijkheid’ – te herkennen, zou ik in navolging van Stuurman willen betogen.

50. Rorty 1989, p. 36.

51. Rorty 1999, p. 73.

52. Morsink betoogt dat onze menselijkheid wellicht niet valt te reduceren tot een ‘essentie’, maar dat “*does not mean that human rights are manmade and that the culture of human rights has no foundations or attachments to the world outside itself*”. Morsink 2009, p. 38.

HOOFDSTUK 3

we dan nog wel overeenstemming bereiken over de inhoud van mensenrechten? Over morele vragen wordt tussen mensen niet zelden verschillend gedacht.

Het bestaan van verschillende opvattingen over de inhoud van mensenrechten heeft ook tot kritiek geleid op – de in de ogen van sommigen – te activistische houding van het EHRM.⁵³ Juist omdat een ieder het zijne onder het begrip mensenrechten kan verstaan, kan met een beroep op mensenrechten het recht soms als instrument worden gebruikt om een eigen particuliere politieke agenda door te drukken, zo luidt het argument.⁵⁴ Deze kritiek is bijvoorbeeld geuit door Lord Hoffmann in zijn *Judicial Studies Board Annual Lecture*, uitgesproken op 19 maart 2009. Mensenrechten hebben geen universele inhoud, aldus Hoffmann: “*The French Declaration’s claim to universality rested upon purely philosophical foundations*”.⁵⁵ Over hetgeen behoort te gebeuren lopen de meningen niet zelden uiteen. De rechter dient ervoor te waken door middel van een extensieve uitleg van grondrechten zijn eigen opvattingen tot recht te verheffen, aldus naar de kern genomen de kritiek van Hoffmann op de neiging tot extensieve interpretatie van het EVMR door het EHRM.

Heeft Hoffmann gelijk dat aan de wijze waarop grondrechten door de rechter worden ingezet een – niet zelden arbitrair – moreel oordeel ten grondslag ligt? Voor de vraag naar de reikwijdte van grondrechten is dat relevant. Wordt het beschermingsbereik van een grondrecht in een concreet geval bepaald door de particuliere opvatting van de rechter die dit moet beoordelen?

Op zoek naar een antwoord op deze vraag kan men eenvoudig verdwalen in de overvloedige literatuur over rechtsvinding. Op deze plaats volsta ik met een korte behandeling, die erop is gericht het inzicht in de hiervoor opgeworpen vraag – namelijk, hoe bepaalt men de reikwijdte van een grondrecht in een specifieke situatie – te bevorderen. Deze vraag is van belang voor het onderzoek – in deel II – waarin specifieke problemen uit het ondernemingsrecht

53. Voor een samenvatting van deze kritiek in de Nederlandse pers en juridische literatuur, alsmede een kritische beschouwing daarvan, zie Gerards 2011a. De kritiek op het EHRM lijkt overigens niet zelden een politiek-populistische achtergrond te hebben door een gebrek aan substantie. Overigens is het EHRM soms ook bereid gebleken om met de nationale rechter in dialoog te treden en de reacties van de nationale rechter op een eerdere uitspraak bij een later oordeel mee te wegen. Een voorbeeld daarvan betreft de (*Grand Chamber*) uitspraken in de zaken *Al-Khawaja t. Verenigd Koninkrijk* en *Tahery t. Verenigd Koninkrijk* (EHRM 15 december 2011, nrs. 26766/05 & 22228/06), waarover Spronken 2012. Ook het Gerecht in Eerste Aanleg heeft zich laten inspireren door van de lijn van het Hof van Justitie afwijkende rechtspraak van de nationale rechter; zie GEA 30 september 2010, T-85/09, EHRC 2010, 134 m.nt. Cuyvers (*Kadi II*) § 122.

54. Meer vanuit juridisch systematisch oogpunt pleit Gerards voor een meer duidelijke definiëring en afbakening van de verschillende grondrechten door het EHRM, waarbij zaken alleen ontvankelijk zouden moeten zijn waarin werkelijk grondrechtelijke belangen op het spel staan. Zie Gerards 2011c, p. 14/15.

55. Lord Hoffman 2009.

de vraag oproepen hoe men kan bepalen of sprake is van een niet te rechtvaardigen inbreuk op een grondrecht in een concreet geval.

3.4 De rechter en het recht

3.4.1 *Wat maakt de regel tot recht?*

De vraag hoe de rechter het recht vindt, stelt in de eerste plaats aan de orde de kwestie waar het recht is te vinden. Alleen in het wetboek? In – wat Scholten heeft genoemd – het ‘geweten’ van de rechter? Wat maakt een regel tot recht? Ontleent het recht zijn normatieve kracht aan de wet of aan ons vermogen de goede van de slechte handeling te kunnen onderscheiden? “Is een bepaalde regel moreel omdat de goden de regel gebieden of gebieden de goden de regel omdat deze moreel is?”, zo vraagt Euthyphro zich af in het gelijknamige werk van Plato. In de daarop volgende dialoog stemt Euthyphro in met de opvatting dat een regel door de Goden wordt geboden omdat deze goed is. Daarmee bekent Euthyphro zich als aanhanger van het ‘natuurrecht’. Mensen leggen slechts in wetten vast wat reeds in de natuur ligt besloten.

In de natuurrechtelijke traditie is het recht nadrukkelijk gekoppeld aan de mens als een ‘redelijk’ handelend en voelend wezen. Deze eigenschappen brengen mee dat de mens een moreel bewust wezen is. In zijn omgevingsbewustzijn zit tevens besloten de mogelijkheid de goede handeling van de slechte te kunnen onderscheiden. Een mens kan inzien dat hij bijvoorbeeld niet een ander dient aan te doen wat hij niet wil dat hemzelf zal geschieden. Kant herformuleerde de ‘gouden regel’ in zijn categorische imperatief in het voorschrift dat mensen in hun handelen andere mensen niet als een middel voor het bereiken van persoonlijke doeleinden mogen gebruiken (als een object), maar steeds ook de vrijheid van de ander dienen te respecteren (men dient de ander te beschouwen als ‘een doel op zich’).

Denkers in de natuurrechtelijke traditie benadrukken dat reeds uit de natuur van de mens (als denkend en voelend wezen) een ontvankelijkheid volgt voor een zeker normbesef. Hij is in staat rechtvaardig van onrechtvaardig gedrag te onderscheiden en daardoor regels die daarmee stroken te erkennen als recht en regels die daarmee flagrant in strijd zijn te verwerpen als norm.

3.4.2 *Rechtspositivisme*

Dilthey signaleerde reeds dat niet al het recht voortkomt uit ons rechtsbewustzijn. Sommige voorschriften luiden nu eenmaal zoals ze luiden. De termijn om bezwaar te maken tegen een besluit is in de Awb gesteld op zes weken, maar dat hadden er ook bijvoorbeeld vier of acht kunnen zijn.

HOOFDSTUK 3

Voor sommige regels kan de normatieve kracht niet worden gevonden in een idee over het ‘goede’ maar alleen bij de ‘Goden’ zelf. Sommige voorschriften ontleen hun normatieve kracht niet aan een ‘intrinsiek goed zijn’, maar omdat de wet ze nu eenmaal gebiedt en gehoorzaamheid aan de wet het algemeen belang dient. Het is deze lijn van het legitimeren van een rechtsnorm die in het rechtspositivisme op de voorgrond staat.

Rechtspositivisten plegen de vraag waaraan het recht zijn normatieve kracht ontleent te beantwoorden met een verwijzing naar het belang van het recht als systeem: de rechtszekerheid. De directe kracht achter het recht is machtuitoefening. Of een regel ook goed of rechtvaardig is, betreft een kwestie die moet worden onderscheiden van de vraag of een regel ‘recht’ is, volgens de rechtspositivisten.

Bentham geldt als de eerste moderne rechtspositivist.⁵⁶ Bentham trok ten strijde tegen natuurrechtdenkers als Blackstone die het recht beschouwden als een uitwerking van het natuurrecht. Het natuurrecht was ook het recht waar de Franse revolutionairen zich op hadden beroepen, met in de ogen van Bentham veel onrust en bloedvergieten tot gevolg. Tegen deze achtergrond formuleerde Bentham zijn beroemde kritiek op het natuurrecht denken: “*natural rights is simple nonsense: natural and impreciptible rights rhetorical nonsense, nonsense upon stilts*”.⁵⁷ Volgens Bentham behoort tot het recht slechts hetgeen de wetgever heeft verordonneerd. Alleen aan het positieve recht kunnen rechtsnormen worden ontleend. Men diende de vraag naar hetgeen recht is – *expository jurisprudence* – te onderscheiden van de vraag hoe het recht zou kunnen worden verbeterd – *ensorial jurisprudence*.⁵⁸ Bij de vraag hoe de wetten zouden kunnen worden verbeterd zou niet het natuurrecht als uitgangspunt dienen te gelden, maar dient als maatstaf te worden gekozen zijn *principle of utility*. De beste wet is die wet die het meeste nut genereert.

Bentham’s opvatting dient te worden begrepen tegen de achtergrond van zijn zienswijze dat mensen worden geregeerd door twee prikkels: *pleasure and pain*. Deze prikkels motiveren al ons handelen. Hetgeen juist is om te doen, is datgene wat het meeste geluk voor de meeste mensen oplevert. Ook de wetgever dient het utilitarisme als maatstaf te nemen bij het uitvaardigen van wetten. De wetgever heeft dan ook de taak die wetten uit tevaardigen die het meeste *happiness* weten te realiseren. Voor zover grondrechten het algemene geluk weten te maximaliseren dient de wetgever ze te verankeren in wetten, aldus Bentham.

Zoals gezegd koppelen rechtspositivisten de vraag of een regel rechtvaardig is los van de vraag of de regel ‘recht’ is. Zolang de regels rechtvaardig zijn, is

56. Simmonds 2008, p. 145.

57. Bentham 1792, p. 501.

58. Simmonds, p. 145.

dat geen probleem. Het klassieke probleem voor de rechtspositivisten is de vraag ‘maar wat als de regel onrechtvaardig is?’

Een voorbeeld. Ter berechting van Duitse oorlogsmisdadigers sloten de Verenigde Staten, Frankrijk, Engeland en de Sovjet-Unie aan het einde van de Tweede Wereldoorlog het ‘Verdrag van Londen’ (1945). Daarin werd bepaald op welke wijze de misdaden van de asmogendheden zouden worden berecht. Het Verdrag van Londen onderscheidde oorlogsmisdaden, misdaden tegen de vrede en misdaden tegen de menselijkheid. In het verdrag werd expliciet vastgelegd dat ‘het volgen van orders’ slechts als verweer zou kunnen worden aanvaard voor het verminderen van de strafmaat.

Waren de oorlogsmisdaden begaan door de nazi’s ‘legaal’ voor zover zij in overeenstemming waren met het ‘recht’ zoals dat gold in nazi-Duitsland?⁵⁹ Dat zou betekenen dat in het Verdrag van Londen ten onrechte werd uitgegaan van de strafbaarheid van dergelijke oorlogsmisdaden. Rechtspositivisten kunnen erop wijzen dat soms *civil disobedience* gerechtvaardigd is en ‘geldige’ wetten – uitgevaardigd door een daartoe bevoegd orgaan – niet gehoorzaamd hoeven te worden.⁶⁰ Het vervolgen van personen die zich strikt aan de wet hebben gehouden is echter vanuit een puur rechtspositivistisch standpunt moeilijk verdedigbaar. De rechtspositivist zal dan een beroep moeten doen op ‘regels van een hogere orde’. Zonder een beroep op een hogere norm is het voor rechtspositivisten moeilijk om de legitimiteit van bijvoorbeeld de Neurenberg-processen te onderbouwen.

Rechtspositivistische theorieën en de *natural law* theorieën zijn er in vele variaties.⁶¹ De *dividing line* lijkt te zijn de wijze waarop zij uiteindelijk de door Euthyphro opgeworpen vraag, wat maakt het recht tot recht, beantwoorden. Beide stromingen wijzen op een andere bron van recht: enerzijds de wetgever (de formele structuren bij Dilthey) en anderzijds het vermogen van mensen te oordelen in een concrete situatie over goed en slecht (welk oordeel mede wordt beïnvloed door de culturele cirkels waarin mensen leven, aldus Dilthey).

Radbruch heeft in zijn beroemde ‘formule’ getracht het rechtspositivisme met het natuurrecht te verenigen. Radbruch schreef zijn artikel *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* vlak na de Tweede Wereldoorlog naar aanleiding van vraag of een persoon die iemand anders had aangegeven vanwege het aanbrengen van een anti-nazileus in een toilet – en vervolgens ter dood werd veroordeeld en geëxecuteerd – na de oorlog kon worden vervolgd wegens moord.⁶² Radbruch constateerde dat het rechtspositivisme juristen weerloos maakt tegen wetten die volstrekt onrechtvaardig zijn. Rechtspositivisten plegen

59. Zie Radbruch 1946, zie over Radbruch’s werk: Paulson 2006.

60. Simmonds 2008, p. 151.

61. Zie Simmonds 2009, p. 141 e.v.

62. Radbruch 1946, onder II.

HOOFDSTUK 3

het belang van rechtszekerheid voorop te stellen. Het belang van rechtszekerheid is echter maar één van de drie functies die wetten in een samenleving hebben, aldus Radbruch. Naast de rechtszekerheid dienen wetten ook de rechtvaardigheid te bevorderen. Ten slotte merkte Radbruch op dat regels ook doelmatig diende te zijn, teneinde het algemene belang te kunnen dienen.

Volgens Radbruch worden met het recht drie waarden nagestreefd: rechtszekerheid, rechtvaardigheid en doelmatigheid.⁶³ De ‘doelmatigheid’ had in de rangorde van deze waarden volgens Radbruch de laagste positie en het belang van rechtszekerheid in beginsel de hoogste. Het belang van rechtszekerheid dient evenwel niet tot in het oneindige te prevaleren. Recht dat onrechtvaardig is, of het algemeen belang niet weet te bevorderen, blijft geldend recht, tot er een grens wordt overschreden.⁶⁴ De elementaire beginselen van rechtvaardigheid maken dat onaanvaardbare wetten geen rechtskracht hebben, aldus Radbruch.⁶⁵

Opvallend is dat in het voorgaande weer dezelfde wisselwerking naar voren komt tussen de twee polen die ook Dilthey onderscheidde als bronnen van het recht: de mens en de wetgever. De wetgever die – in de rechtsstaat – democratisch is gelegitimeerd regels uit te vaardigen (waar het rechtspositivisme de nadruk op legt) en de mens met zijn vermogen goede van slechte handelingen te kunnen onderscheiden (hetgeen in de natuurrechtelijke traditie wordt benadrukt).⁶⁶ Hoe verhouden deze beide elementen zich tot elkaar wanneer in het concrete geval het recht ‘gevonden’ moet worden?

3.4.3 *Drie typen van rechtsvinding*

Wanneer de vraag moet worden beantwoord wat in een geval rechtens is, zal een jurist in de eerste plaats de relevante wettelijke regels trachten te distilleren uit het wetboek en de jurisprudentie. Is de relevante regel gevonden dan is daarmee vaak ook het antwoord gevonden. In de meeste gevallen zijn wettelijke voorschriften zo duidelijk dat zij bij hun toepassing geen moeilijkheden opleveren.⁶⁷ De rechter heeft in dergelijke gevallen een, wat Wiarda in zijn *Drie typen van rechtsvinding* noemt, ‘heteronome’ functie. De rechter kan zich beperken tot het kwalificeren van de feiten. De toepasselijke regel verbindt

63. Zie hierover uitvoerig Loth & Gaakeer 2002, p. 60-69.

64. Radbruch 1946, onder III.

65. Voor het Nederlandse recht geldt dat een dergelijke gedachte ook realiteit is geworden. Fundamenteel onrechtvaardige wetten zullen doorgaans strijdig zijn met één of meer bepalingen van internationale verdragen waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan het EVRM. Doordat het internationale recht prevaleert boven nationaal recht, zullen wettelijke bepalingen die strijdig zijn met de elementaire beginselen van rechtvaardigheid onverbindend zijn dan wel door de rechter buiten toepassing moeten worden gelaten.

66. Vgl. Alexy 2010, die spreekt over “*the dual nature of the law*”.

67. Wiarda 1988, p. 19.

aan de vastgestelde feiten een rechtsgevolg. De rol van de rechter is dan die van *bouche de la loi*.

Anders dan men hoopte ten tijde van de Franse revolutie blijkt de rol van de rechter niet steeds te kunnen worden gereduceerd tot subsumptie van de relevante feiten onder de relevante wettelijke regel. De wetgever kan niet alle mogelijke gevallen voorzien en is gedwongen met open normen te werken. Voorts kan de wetgever slechts regels stellen met een algemene strekking. Ook kunnen regels onderling conflicteren. Een belangrijk probleem is voorts dat in een specifiek geval een regel een onaanvaardbaar resultaat kan geven.

Wanneer het recht – al dan niet in samenhang met de feiten – meerduidelijk is, is het aan de rechter om te beslissen. In dergelijke gevallen heeft de rechtsvinding een – om in de terminologie van Wiarda te blijven – autonoom karakter.⁶⁸

3.4.4 De ‘realisten’

Het autonome karakter in de rechtsvinding wordt benadrukt door de ‘realisten’.⁶⁹ Deze stroming verwerpt de opvatting dat de rechter in beginsel slechts de spreekbuis van de wetgever behoort te zijn.⁷⁰

Het realisme is in Nederland verdedigd door onder meer Schoordijk. Schoordijk heeft betoogd dat het beeld van de rechter als een deductief denker onjuist is. De rechter denkt veelal juist met de wenselijke uitkomst als vertrekpunt. Vandaar wordt teruggedeneerd naar het systeem om de uitspraak te kunnen rechtvaardigen. In de realistische theorie van rechtsvinding wordt ervan uitgegaan dat men doorgaans het geheel van wettelijke voorschriften en precedentes tegemoet treedt met de gedachte dat “dit of dat uit de bus moet komen”.⁷¹ Wanneer wordt gewerkt met open normen, bepaalt het te bereiken resultaat de inhoud van de norm.⁷² De rechter beziet bewust of onbewust de consequenties van vele alternatieven en betreft deze in zijn oordeel. Heeft de rechter de keuze uit verschillende interpretatiemethoden dan kiest hij – al naar gelang het wenselijke resultaat – de methode die leidt tot het wenselijke resultaat.

Schoordijk acht een dergelijke realistische benadering ook wenselijk. *Einzelfallgerechtigheit* dient voor *Normgerechtigheit* te gaan volgens Schoordijk. Voor de goede uitkomst dient de systematisch juiste oplossing in hoge mate te wijken. Onder aanhaling van de Duitse rechtsfilosoof Esser verzet Schoordijk

68. Wiarda 1988, p. 19.

69. Zie voor een inleiding bijvoorbeeld Loth & Gaakeer 2002, p. 62-69.

70. De realistische stroming is nauw verwant aan het Amerikaanse pragmatisme. Een pragmatische rechtsvindingsmethode is ontwikkeld door Holmes. Vgl. Holmes 1897.

71. Schoordijk 1972, p. 11.

72. Schoordijk 1972, p. 9.

HOOFDSTUK 3

zich tegen het beeld van de rechter als een mechanisch, deductief denker die in zijn activiteit er slechts op is gericht zijn beslissing *systemfähig* te doen zijn.⁷³

Het aanvaarden van de opvatting dat een rechter ook steeds een persoonlijke mening heeft over de vraag ‘welke kant het op moet’ dwingt niet tot de conclusie dat zaken ook steeds op deze wijze worden beslist. Van de normatieve functie van regels en precedents zou in dat geval weinig overblijven.

Zoals opgemerkt, hecht Schoordijk aan het belang dat in een concreet geval de ‘goede’ uitkomst wordt bereikt. De vraag is of de rechter altijd de beslissingsruimte heeft om daar uit te komen waar hij uit wil komen. Weliswaar kan niet worden ontkend dat ook wanneer de regel volstrekt helder is, nog steeds sprake zal zijn van een zeker autonoom element in de beoordeling van het geschil. Het is immers aan de rechter te beoordelen of de regel van toepassing is. Maar indien een regel van toepassing is, stuurt de regel in de richting van een bepaalde uitkomst. De rechter zal zich vervolgens nog slechts kunnen afvragen of het resultaat aanvaardbaar is. Soms zal een letterlijke toepassing van het recht tot een onaanvaardbare uitkomst leiden.⁷⁴ Daardoor zal de vraag opkomen hoe een andere uitkomst kan worden bereikt.⁷⁵ Het aannemen van een uitzondering zal dan wel moeten kunnen worden gerechtvaardigd binnen het systeem. Is dat niet mogelijk, dan zal de rechter soms alleen kunnen verzuchten: “*lex dura sed lex*”. Zo beweegt de jurist zich in het rechtsvindingsproces heen en weer met als uiteindelijke doel een uitkomst te vinden die, wat Van Gerven en Lierman noemen, ‘gevoelsmatig evenwichtig’ is.⁷⁶

3.4.5 De invulling van de open norm

In het voorgaande is toegelicht dat de rechter zich bij het beslechten van een geschil aan de hand van de rechtsnorm, de jurisprudentie en de relevante omstandigheden naar een uitkomst wikt en weegt die zowel recht doet aan het systeem als aan het rechtsgevoel: die gevoelsmatig evenwichtig is. Hoe meer de

73. Schoordijk 1972, p. 11: “*Te velen denken nog, dat de wet per se dwingen kan tot een beslissing, die ook rechters als hard ervaren, maar welke hij en de burger maar te aanvaarden hebben. Hun ontgaat, dat zij de harde oplossing zelf willen, dat zij zich door wettelijke bepalingen of precedents, welke inhoud nog bepaald moeten worden, de wet laten voorschrijven in plaats van zich bewust te zijn van de noodzaak ‘durch Interessensbewertung die relevanten Bewusstseinsänderungen in der Bewältigung aktueller Sozialkonflikte nicht nur nach zuvollziehen, sondern neu zu vollziehen’*”.

74. Een voorbeeld betreft HR 13 juli 2007, NJ 2007, 504 m.nt. Mok (Barneveld/Gasunie), waarin het toepassen van de formele rechtskracht in het desbetreffende geval tot een onaanvaardbaar resultaat zou leiden.

75. Wiarda 1988, p. 20.

76. Van Gerven & Lierman 2010, p. 7, die onder ‘gevoelsmatig evenwichtig’ verstaan: “*dat het antwoord niet alleen juridisch correct moet zijn maar door de rechter ook moet worden aangevoeld als een voor partijen redelijke en billijke oplossing die bovendien consistent is met het rechtssysteem als geheel.*”

oplossing die het best past in het systeem en de oplossing die gevoelsmatig als juist wordt ervaren van elkaar verschillen, hoe lastiger dit proces zal zijn.

Naar mate een rechtsnorm een meer open karakter heeft, neemt ook de beoordelingsvrijheid van de rechter toe.

Het is de opkomst van de open norm – halverwege de vorige eeuw in het recht – die Wiarda motiveerde tot het schrijven van *Drie typen van rechtsvindings*, zo staat in zijn voorwoord bij de eerste druk.⁷⁷ Een open norm vergt een normatieve activiteit van de rechter. De rechter zal aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval moeten achterhalen of sprake is van een normschending.

De vrijheid van de rechter is niet onbegrensd. Ook indien de norm de rechter veel beoordelingsvrijheid laat, zullen de feiten niet elke beslissing kunnen rechtvaardigen. De omstandigheden van het geval moeten een oordeel kunnen dragen. Ook zal de rechter zich dienen te oriënteren op hoe eerder in de jurisprudentie is geoordeeld in vergelijkbare gevallen.

Stelt de open norm de rechter in staat achteraf het recht te maken? Deze vraag is bijvoorbeeld opgeworpen in de effectenlease-geschillen. De aanbieders van effectenlease-overeenkomsten hebben in hun procedures met gedupeerde lease-beleggers betoogd dat ingeval hen zou worden verweten onvoldoende krachtig te hebben gewaarschuwd voor de risico's die kleven aan beleggen met geleend geld, het recht met terugwerkende kracht zou worden gewijzigd omdat een dergelijke norm eerder niet bestond. Betoogd werd dat de informatie die was verstrekt aan de leasebeleggers voldoende inzicht bood in alle risico's. Naar de stand van het recht op het moment dat deze producten werden aangeboden kon niet worden gevegd dat men daarnaast ook nog eens krachtig zou waarschuwen voor deze risico's, te meer omdat bijvoorbeeld het *know your customer*-beginsel nog niet was verankerd in de (publiekrechtelijke) regelgeving.⁷⁸

Bij toepassing van een open norm – zoals de bijzondere zorgplicht voor banken – stelt de rechter achteraf vast hoe in het licht van het algemene karakter van deze norm, in het specifieke geval de grens van hetgeen had behoren te gebeuren is overschreden. Het verwijt dat de aanbieders van effectenleaseproducten wordt gemaakt door de Hoge Raad is dat zij bij het aanbieden van hun producten hadden moeten begrijpen dat door niet uitdrukkelijk te waarschuwen voor de risico's die kleefden aan beleggen met geleend geld, zij een (bijzondere zorgvuldigheids)norm overschreden. In dit oordeel ligt besloten de opvatting

77. Wiarda 1988, p. 6.

78. HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 683-685. De Hoge Raad oordeelde dat de vraag in hoeverre de publiekrechtelijke regelgeving reeds het *know your customer*-beginsel omvatte geen beantwoording behoefde nu privaatrechtelijk op de banken steeds een bijzondere zorgplicht rustte (welke ook sinds jaar en dag in de algemene bankvoorwaarden is neergelegd).

HOOFDSTUK 3

dat de open norm veronderstelt dat degene tot wie de norm zich richt, het vermogen heeft om in het concrete geval in te zien hetgeen rechtens behoort.

Deze conclusie is van belang bij de beantwoording van de vraag naar de wijze waarop de rechter het recht bij open normen vindt. Open normen veronderstellen een operationeel normatief vermogen, om Dilthey aan te halen, dat aanwezig is in alle mensen. Hoe werkt dat vermogen?

3.5 De open norm: hoe bepalen we wat behoort te gebeuren?

3.5.1 *De mens als maat van alle dingen?*

Hoe werkt het vermogen van mensen om de goede van de slechte handeling te kunnen onderscheiden? Is – om met de sofist Protagoras te spreken – de mens, voor wat betreft de vraag wat goed is, zelf de maat van alle dingen? Protagoras verdedigde de opvatting dat alles is, zoals het een ieder toeschijnt. De een noemt het water koud. Voor hem is het water koud. Een ander noemt het warm. Voor hem is het water warm. Niet alleen betreffen alle opvattingen een mening, maar zij kunnen ook alle in gelijke mate claimen waar te zijn. Een intersubjectieve waarheid bestaat niet.

Plato verzette zich tegen de opvatting dat alle waarheid relatief was in die zin dat elke morele opvatting slechts als een ‘mening’ kan worden beschouwd.⁷⁹ De mens werd volgens Plato geboren in een goddelijke orde en diende te handelen naar zijn positie in deze orde. In de aan de mens gegeven orde had alles een eigen functie.

Om de goede van de slechte handeling te kunnen onderscheiden diende men na te gaan wat men diende na te streven. De vraag naar de goede handeling impliceerde een opvatting over hetgeen nastrevenswaardig was omdat men anders geen maatstaf had om de goede handeling te kunnen onderscheiden van de minder goede.⁸⁰ Uit kennis van de orde van de wereld (kennis van de ideeën) kon men ook afleiden hoe in overeenstemming met deze goddelijke orde gehandeld moest worden. Het goede als (hoogste) idee was dat element dat alle goede dingen en handelingen gemeenschappelijk hadden.⁸¹ Met behulp van de rede kon men kennis krijgen van de idee van het goede. In kennis van de natuur (en onze natuur) ligt ook de sleutel tot morele kennis besloten. Aan ons daarbij de taak ons verstand te laten prevaleren boven onze gevoelens, aldus Plato, die ons juist van het goede afleiden. Met onze rede kunnen we inzien wat goed is om te doen, niet met ons gevoel. Een opmerkelijke conclusie, die ook niet zonder kritiek is gebleven.

79. Störig 2002, p. 167.

80. MacIntyre 1967, p. 32.

81. Störig 2002, p. 168.

3.5.2 *De ervaring als bron van kennis*

Waar Plato de rede voorop stelde als bron van morele kennis heeft Hume min of meer het omgekeerde standpunt verdedigd. Nadat Descartes het dogmatische denken ten grave had gedragen en de twijfel tot het fundament van de filosofie had verheven – *cogito ergo sum* – kreeg de speurtocht naar de wijze waarop men tot ‘ware’ kennis kon komen een nieuwe impuls. Alleen de rede biedt daarvoor onvoldoende basis, aldus Hume. De bron van alle kennis is ergens anders gelegen: in onze ervaring.⁸²

Hume keerde zich tegen de menselijke neiging speculatief te denken. Mensen zijn geneigd verbanden in de natuur te projecteren die er wellicht helemaal niet zijn. Als men tot zekere kennis wilde komen, moest men het gespeculeer van onze rede wantrouwen. Om tot werkelijke kennis te komen was het volgens Hume nodig om elke vorm van ‘systeemdenken’, hoe ingenieus bedacht ook, te verwerpen, voor zover deze niet kon worden herleid tot ervaringsfeiten.

Ook voor morele vraagstukken geldt dat we niet op de rede maar op onze zintuigen moeten vertrouwen. Onze wil kan ook niet worden bewogen door ons verstand. Het verstand kan wel informatie verschaffen maar alleen met ons gevoel kunnen we deze informatie wegen en onze wil bepalen. Hume betoogt dan ook – anders dan Plato – dat het juist ons gevoel is, waarin ons vermogen tot moreel gedrag ligt besloten.⁸³

Hoe kunnen onze zintuigen ‘inzien’ wat moreel (on)juist is? Hume maakt daarvoor een onderscheid tussen degene die handelt (*the agent*), de ontvanger (*the receiver*) en de toeschouwer (*the spectator*). Het is de toeschouwer – de neutrale derde – die kan beoordelen of een handeling goed of slecht is. Net zoals hij kan zien dat een appel rood of groen is. Ziet hij de kleuren met zijn ogen, zijn *moral faculty* kan een handeling in moreel opzicht kwalificeren. Wanneer de *spectator* ziet dat de handeling pijn veroorzaakt bij de *receiver*, zal de toeschouwer deze handeling uit sympathie met de ontvanger als slecht kwalificeren. Wordt de ontvanger juist gelukkig van de handeling, dan brengt sympathie met de ontvanger mee dat de handeling als goed moet worden beoordeeld. Doordat het antwoord op de vraag of een handeling al of niet goed is volgt uit het gevoel dat een derde daarbij heeft, berusten morele oordelen uiteindelijk niet op de rede maar juist op ons gevoel, zo luidde het inzicht van Hume.⁸⁴

82. MacIntyre 1967, p. 169.

83. MacIntyre 1967, p. 170.

84. MacIntyre 1967, p. 163.

HOOFDSTUK 3

3.5.3 *Zijn en moeten*

In *A Treatise of Human Nature* verdedigt Hume de opvatting dat moraal niet op een louter rationele basis kan worden gestoeld.⁸⁵ Aan de constatering dat ik een goed mens *kan* zijn, kan nimmer logisch de conclusie worden verbonden dat ik ook goed *moet* zijn, aldus Hume. Onze ratio kan alleen mogelijkheden onderscheiden. Wij kunnen bijvoorbeeld bedenken dat we vrijgevig *kunnen* zijn. Maar daaruit volgt niet (noodzakelijkerwijs) dat we ook vrijgevig zouden *moeten* zijn. Wanneer men de vraag stelt waarom dat zou moeten, kan men bij elk argument wederom de vraag stellen “waarom dat een goed argument is”. Uiteindelijk zijn er geen rationele argumenten die ons dwingen de conclusie te aanvaarden dat vrijgevigheid goed is. Dit wordt ook wel het *is/ought*-probleem genoemd. Alleen met een beroep op ons gevoel kunnen we inzien dat vrijgevigheid een goede karaktereigenschap is, zo betoogt Hume.

Nu de rede volgens Hume geen basis voor moraal biedt, moet zij worden gevonden in ons gevoel. Het is ons gevoel – in het bijzonder ons vermogen tot sympathie met anderen – dat ons handelen stuurt. De rede is slechts instrumenteel aan ons gevoel, zij is slechts een *slave of the passions*.⁸⁶

Ten onrechte wordt Hume soms zo verstaan dat men uit de omstandigheden van het geval geen morele verplichting kan afleiden. Hume heeft alleen op de beperkingen van onze ratio willen wijzen. Onze ratio biedt een onvoldoende basis om een moreel oordeel als logisch noodzakelijk te kunnen funderen. Daarmee verzette Hume zich tegen denkers als Plato die wel geloofden dat ‘a priori’-kennis (voorafgaande aan onze ervaring) over het goede en slechte mogelijk is (de rationalisten). Maar dat laat onverlet dat bepaalde omstandigheden morele verplichtingen voor mensen kunnen scheppen. Als iemand een kind in het water ziet vallen heeft hij de morele plicht om datgene te doen wat in zijn macht ligt, omdat hij kan ‘voelen’ dat hij het kind dient te helpen, aldus Hume. Als iemand in een dergelijk geval alleen aan het redeneren slaat kan hij ook tot de conclusie komen dat het beter is om niets te doen omdat zijn pak net van de stomerij komt. Maar de gedachte die achter de open norm schuil gaat – dat mensen kunnen inzien hoe zij zich in bepaalde omstandigheden behoren te gedragen – wordt door Hume niet ontkend.

Problematisch in het denken van Hume is dat hij hoge eisen stelt aan onze ratio – door logische noodzakelijkheid te eisen als grondslag voor onze morele oordelen – terwijl eenzelfde kritische reflectie op de aard van onze gevoelens ontbreekt.⁸⁷ Hume veronderstelt eenvoudig dat onze gevoelens uniform zijn, nu wij allen delen in dezelfde menselijke natuur.

85. Hume (1740) 2003, III.1.1.27.

86. Hume (1740) 2003, II.3.3. Hume lijkt wel de mogelijkheid open te houden dat redenen onze *passions* – en daarmee ons beoordelingsvermogen – kunnen beïnvloeden.

87. MacIntyre 1967, p. 175.

3.5.4 De praktische rede als kompas

Aristoteles neemt in zekere zin een positie in tussen Plato en Hume. Volgens Plato kunnen we met onze rede ontdekken wat goed is en verkeerd, volgens Hume kan ons verstand ons niet *all the way* tot deze inzichten brengen en zijn het onze *passions* die uiteindelijk onze morele maatstaf vormen. Aristoteles betoogt in de *Ethica Nicomachea* dat een beoordeling van hetgeen goed is om te doen geen theoretische kennis van de natuur vergt – zoals Plato beweert – maar praktische kennis. De vraag naar hetgeen goed is om te doen, doet een beroep op ons vermogen om praktisch te kunnen denken.

Ter illustratie van het verschil in denken tussen Plato en Aristoteles kan het volgende dienen. Net als Plato signaleerde Aristoteles dat het begrip ‘goed’ geen eenduidige universele inhoud heeft maar naar een zeker doel verwijst.⁸⁸ In de zin “een goede plaats om te schuilen” refereert ‘goed’ aan een bepaalde locatie, in de zin “de goede hoeveelheid meel voor het bakken van een brood” aan een hoeveelheid. De betekenis van ‘goed’ is derhalve contextafhankelijk. ‘Goed’ houdt in geschikt zijn voor een bepaald doel.⁸⁹ De goede tactiek bezorgt je de overwinning. Een goed medicijn is een middel dat je beter maakt. Volgens Aristoteles maken we in ethische zin gebruik van het woord ‘goed’ om aan te geven wat de wenselijke handeling is.

Anders dan Plato meent, valt het goede volgens Aristoteles in abstracto niet te vatten. Het goede is zonder context een leeg begrip. De goede handeling betreft altijd een handeling die specifiek is voor de omstandigheden. Het goede verwijst daarmee niet naar een abstract idee maar juist naar een onherleidbare enkelvoudigheid die verbonden is aan een specifieke situatie. Net als Hume meent Aristoteles dat morele kennis niet louter met behulp van de rede valt te bepalen. Aristoteles en Hume bereiken deze conclusie langs verschillende wegen. Hume omdat hij de zintuigen als enige bron van ware kennis beschouwt en Aristoteles omdat het goede als begrip niet zinvol valt te isoleren van de context waarin het begrip gebruikt wordt.

Maar als het goede een eigenschap is van het specifieke geval, hoe kunnen we dan in het algemeen iets zeggen over wat een goede handeling is? Volgens Aristoteles vergt het vellen van een moreel oordeel *phronesis*. Dit begrip laat zich vertalen als praktische wijsheid. Het onderscheiden van het goede komt volgens Aristoteles neer op het bepalen van ‘het juiste midden’ in de omstandigheden van het geval. In een goede handeling heeft alles de juiste maat. Deze vaardigheid moet een mens zich zien te verwerven. De ‘deugdzame’

88. *Ethica Nicomachea*, Boek I (1096a23).

89. Bij Aristoteles is het hoogste doel ‘geluk’; het enige wat wordt nagestreefd omwille van zichzelf en niet omwille van iets anders. Het geluk valt men uiteindelijk ten deel door het leven van een goed leven.

HOOFDSTUK 3

heeft het vermogen om steeds de juiste keuzes te maken. De Aristotelische stroming binnen de ethiek wordt daarom ook wel de ‘deugdethiek’ genoemd.

Bepaalt de mens zelf hetgeen ‘het juiste midden’ is? De mens is volgens Aristoteles niet zijn eigen maat. De mens heeft tot taak zijn eigen ‘vorm’, dat in deze valt te verstaan als zijn eigen menselijkheid, te verwezenlijken. In de vorm van de mens ligt bijvoorbeeld besloten dat hij een sociaal dier (*zoön politikon*) is. Bij het zoeken naar het juiste midden, dient hij rekening te houden met de sociale orde waarin hij leeft.

Om te kunnen beoordelen wat voor een mens goed is om te doen, moet men de desbetreffende persoon kennen en alle omstandigheden waarin die persoon zich bevindt. Een ‘goede handeling’ verwijst daardoor naar een specifiek geval waarin die handeling goed is. Daarmee verwijst ‘het goede’ naar een particulariteit die uiteindelijk niet valt te abstraheren van de situatie. Ter verduidelijking: wanneer je wordt gevraagd een oordeel te vellen in een concreet geval met de mededeling dat je 99% van de feiten zal worden verteld, zal de ontbrekende 1% je hinderen in je oordeelsvorming. Alles kan daardoor anders komen te liggen. Bekendheid met alle (relevante) omstandigheden van het geval is nodig voor een afgewogen oordeel. Dat inzicht vormt de basis van de moraalfilosofie van Aristoteles.

Waar Plato aan de sofisten tracht te ontsnappen door het goede als (hoogste) idee te postuleren, probeerde Aristoteles (net als Hume na hem, zij het op een wat andere wijze) het goede te funderen in de menselijke natuur.⁹⁰ Net als Plato ontkomt Aristoteles aan het relativisme van de sofisten, voor wie alle opvattingen niet meer dan een mening waren. Waar Hume vertrouwde op een eenduidig gevoel in mensen, vertrouwt Aristoteles op een universeel vermogen van mensen tot praktische wijsheid. Alle ‘deugdzamen’ zullen in gelijke omstandigheden dezelfde keuze maken. Of die aanname juist is, betreft een vraag die nog steeds vele pennen in beweging houdt.

3.5.5 *De particulariteit van het goede*

Moderne ethische theorieën hebben het inzicht van Aristoteles uitgewerkt dat de vraag naar de ‘goede handeling’ geen vraag betreft naar een abstract idee omtrent het goede (zoals bij Plato), maar het goede afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Een notie waarmee de jurist vertrouwd is.

Als de omstandigheden van het geval beslissend zijn voor de vraag of een handeling al dan niet goed is, heeft dat een belangrijke consequentie. Morele regels kunnen dan alleen in algemene zin iets uitdrukken over hetgeen goed is om te doen. Het vermogen de goede van de minder goede handeling te onderscheiden kan – doordat de ‘goede handeling’ niet naar een abstract idee verwijst maar steeds een specifieke situatie veronderstelt – slechts op een

90. Hume in het gevoel, Aristoteles in de *phronesis* van mensen.

onvolledige wijze (want geabstraheerd van zijn context) naar een regel worden vertaald.⁹¹

Regels kunnen dan ook alleen nog worden beschouwd als ‘richtlijnen’ om naar te handelen.⁹² Maar een bepaalde handeling kan niet worden gerechtvaardigd, louter met een beroep op een regel. De vraag of die handeling moreel juist is, hangt immers uiteindelijk af van de omstandigheden van het geval.

Tegen deze achtergrond moeten morele regels worden verstaan als algemeenheden die worden afgeleid van hetgeen doorgaans door mensen in concrete gevallen als ‘goed om te doen’ is geoordeeld. Regels zijn abstracties van hetgeen in een verzameling van gelijke gevallen in het verleden als ‘goed’ is beschouwd.⁹³

Wanneer regels moeten worden beschouwd als een samenloop van een-sluidende oordelen over hetgeen in bepaalde situaties goed is om te doen, volgt daaruit dat de toepassing van een morele regel geen garantie biedt op een ‘goed’ resultaat. Die kant rolt de bal niet op. Regels kunnen hooguit een systematisch ‘juist’ resultaat genereren. Regels bieden geen garantie dat het resultaat ook ‘goed’ is, in de zin van rechtvaardig of moreel juist. Een systeem van regels – bijvoorbeeld een rechtssysteem – kan doordat in de regels ligt besloten hetgeen over het algemeen als de wenselijke uitkomst wordt gezien, alleen uitkomsten genereren die *in het algemeen* zullen samenvallen met de wenselijke uitkomst.

Sandel heeft als voorbeeld gewezen op de regel ‘liegen is verkeerd’.⁹⁴ Deze regel is zo geformuleerd en geaccepteerd omdat men over het algemeen ‘de waarheid spreken’ als goed beoordeelt en liegen als ‘fout’. Wanneer een man met een pistool in zijn hand in zeer emotionele toestand aan je vraagt waar persoon Y woont, dien je dan de waarheid te vertellen? Als jij weet dat Y op dat moment bij de burens in de tuin zit, lijkt het bezwaarlijk de geëmotioneerde man met het pistool daarover te informeren.⁹⁵ Soms is het juist goed om niet de (hele) waarheid te spreken. Niemand zal beweren dat in het licht van het vorige voorbeeld er iets mis is met de regel ‘liegen is verkeerd’. In de wijze waarop wij morele regels verstaan ligt besloten de opvatting dat een morele regel aangeeft hetgeen *over het algemeen* juist is om te doen.

91. Kekes, p. 129.

92. Onder meer door Nieuwenhuis (1976, p. 495) is erop gewezen dat de Anglo-Amerikaanse rechter, gechargeerd gesproken, inductief redeneert – hij distilleert vanuit de te beslissen situatie een ‘regel’ – terwijl de continentale rechter vanuit de regel die aan hem gegeven is, het concrete geval tracht te beslissen. In beide benaderingen heeft de regel een richtlijn functie om te bewerkstelligen dat gelijke gevallen ook gelijk worden beoordeeld.

93. Claes heeft in zijn proefschrift betoogd dat de trias ‘feit, regel & beslissing’ versluiert dat in het rechtsvindingsproces eigenlijk het ‘gedragsspatroon’, waarvan de regel een articulatie is, centraal staat. Dit achterliggende gedragsspatroon is het verbindende element tussen de regel, de feiten en de beslissing. Claes 2003, p. 127-136.

94. Vgl. Sandel 2009, p. 132.

95. Alleen de zuivere Kantiaan zal dit ontkennen. In die visie gaat de eigen plicht altijd voor, ook als dit onevenredige risico’s voor derden in het leven roept.

HOOFDSTUK 3

Dat ons oordeel aan de regel vooraf gaat, blijkt ook wanneer wij ons afvragen of we de regel moeten volgen dan wel er een uitzondering dient te worden gemaakt. Hebben we eenmaal geoordeeld dat in een geval ‘een bepaalde regel moet worden gevolgd’, dan is daarmee de uitkomst gegeven. Deze uitkomst ligt besloten in het oordeel of in het concrete geval bijvoorbeeld de regel ‘liegen is verkeerd’ dient te worden gevolgd of een uitzondering moet worden gemaakt. Een vraag die de regel zelf niet kan beantwoorden.

De gedachte dat morele regels richtlijnen zijn, die uitdrukking geven aan hetgeen in het levende morele bewustzijn van mensen over het algemeen als wenselijk wordt beschouwd, heeft belangrijke implicaties voor het denken over grondrechten. Daaruit volgt dat grondrechten niet kunnen worden geacht regels te bevatten die kunnen worden gevolgd om te beoordelen welk belang voorrang moet krijgen wanneer verschillende belangen om voorrang strijden.

Ik geef een voorbeeld. Iedereen wil graag in vrijheid zijn gedachten kunnen articuleren. Aan deze wens dankt het recht op de vrijheid van meningsuiting zijn bestaan. Voorts wil iedereen ook graag zelf kunnen bepalen wat hij gelooft. Om die wens te vervullen is het recht op de vrijheid van godsdienst bedacht.

Over de waarden die deze beide grondrechten articuleren bestaat weinig onenigheid. Wat deze grondrechten niet tot uitdrukking brengen is hetgeen dient te gebeuren wanneer beide rechten met elkaar in conflict komen (bijvoorbeeld bij de ‘Mohammed spotprenten’). Grondrechten bevatten een algemene uitdrukking van hetgeen in het algemeen van waarde is, maar geen conflictregel over welke waarde in het specifieke geval voorrang dient te verkrijgen, juist vanwege hun algemene strekking. Een antwoord op die vraag kan dan ook niet worden ‘afgeleid’ uit de grondrechten zelf.

Het voorgaande kan als volgt worden samengevat. Regels zijn onontbeerlijk omdat hetgeen goed is om te doen zich in concrete gevallen moeilijk laat communiceren zonder gebruik te maken van regels. Zo leren we onze kinderen dat het verkeerd is om te liegen. Daarbij hopen we direct dat zij ook zullen leren dat deze regel niet steeds strikt moet worden toegepast, maar uitzondering behoeft ingeval andere belangen zwaarder dienen te wegen. Morele regels zijn geen natuurkundige wetten. Maar als morele regels ons niet, althans niet zonder meer, naar het juiste morele oordeel kunnen leiden, maar juist van onze morele oordelen in particuliere situaties zijn afgeleid, dringt de vraag zich op: hoe komt een moreel oordeel tot stand? Als de regel zelf niets zegt over wat te doen bij conflicten tussen regels, zijn daarbuiten dan conflictregels te ontdekken?

3.6 De kunst van het oordelen

3.6.1 Drie meta-ethische theorieën

Hoe kunnen mensen in een concreet geval de goede van de minder goede handeling (of beslissing) onderscheiden? In de filosofie worden ethische theorieën die op deze vraag een antwoord formuleren traditioneel ingedeeld in drie typen theorieën (ook wel ‘meta-ethische’ theorieën genoemd). Deze drie theorieën merken respectievelijk als juist aan de handeling (i) die met de juiste intentie wordt verricht (de deontologen), (ii) die de meest wenselijke gevolgen genereert (de utilitaristen), en (iii) die het meest deugdzaam is (de deugdethici).⁹⁶

Volgens de ‘deontologen’ – waarvan Kant de beroemdste wegbereider is – dient men steeds na te gaan wat zijn plicht is. Indien men zijn plicht vervult bestaat in ieder geval de intentie om het goede te doen, zo is de redenering. Het nadeel van deze theorie is – kort gezegd – dat je iemand strikt genomen niet een cadeau voor zijn verjaardag moet geven uit genegenheid, maar omdat het ‘je plicht’ is. Kant legt de nadruk op het verstandelijk karakter van de mens. Zijn *Mensch* lijkt daardoor soms niet werkelijk van vlees en bloed.

In het utilitarisme – waarvan John Stuart Mill als aartsvader kan worden beschouwd – kijkt men juist naar de gevolgen van een handeling om te beoordelen of een handeling goed is. Er zijn verschillende utilitaristische stromingen. Ze hebben doorgaans als maatstaf gemeen dat die handeling goed is, die het beste het geluk van alle mensen bevordert. Het klassieke nadeel van deze theorie is dat het geluk van velen kan derogeren aan het geluk van het individu. Een utilitarist moet een oplossing zien te bedenken voor het probleem dat je volgens de *greatest happiness for the greatest number*-regel na een ernstig misdrijf een onschuldig persoon moet opsluiten wanneer de overige inwoners van het land daardoor een veiliger gevoel krijgen.

Bij Aristoteles zijn – zoals hiervoor toegelicht – het noch de juiste intenties noch de meest wenselijke gevolgen maar is het ‘het juiste – deugdzaam – karakter’ van iemand dat de goede handeling voortbrengt. Alleen een verstandig (deugdzaam) persoon zal kunnen inzien hetgeen een bepaalde situatie van hem vergt. Het komt daarbij aan op het bepalen van de juiste maat. Wanneer we te weinig moed tonen, zijn we laf, wanneer we teveel moed tonen overmoedig, aldus Aristoteles. De deugdzaam – die over het juiste karakter beschikt – zal steeds het juiste midden weten te vinden.⁹⁷

96. Als een vierde hiervan te onderscheiden moderne stroming zou nog kunnen worden gewezen op Scanlon’s ‘contractualisme’, dat voortborduurt op de theorie van rechtvaardigheid die is ontwikkeld door Rawls, waarbij het ideaal van rechtvaardigheid van ons vergt dat we handelen vanuit beginselen die door redelijke mensen in vrijheid zouden zijn gekozen vanuit de positie van de ‘veil of ignorance’.

97. *Ethica Nicomachea*, Boek II,2.6.

HOOFDSTUK 3

Aristoteles twijfelt er niet aan dat de deugdzame weet wat van hem verlangd wordt. Zo wordt in de ethiek van Aristoteles verondersteld dat ieder zich heeft te gedragen met inachtneming van zijn positie in de samenleving.⁹⁸ Hetgeen nastrevenswaardig is in het leven, is daarmee in belangrijke mate aan ieder mens gegeven. De gedachte dat een mens zelf kan kiezen hetgeen hij nastrevenswaardig acht in het leven, vindt men niet gearticuleerd in de *Ethica Nicomachea*. Het komt er voor de individuele mens op aan zijn karakter zo te ontwikkelen dat hij zijn handelingen als vanzelf laat samenvallen met hetgeen van hem wordt verlangd. Daarmee veronderstelt Aristoteles het bestaan van een universele (materiële) ethiek. In iedere situatie weet de ‘deugdzame’ precies wat hij moet doen.

Inmiddels is de concurrentie op de markt van ideeën over hetgeen men zou moeten nastreven in het leven flink toegenomen. De opvattingen over welk gewicht aan welke waarden moet worden toegekend verschillen. Dit wisselende krachtenveld is ook goed zichtbaar in discussies over grondrechten. De vraag wanneer een inbreuk op een grondrecht is geoorloofd of welk grondrecht voorrang behoort te krijgen wanneer twee grondrechten conflicteren wordt onder meer beïnvloed door de waarde die verschillende personen toekennen aan het belang dat met een bepaald grondrecht wordt beschermd in de concrete situatie.

Zijn deze conflicten oplosbaar? Kunnen onze verschillende waarden uiteindelijk worden herleid tot eenduidig systeem dat conflicten kan oplossen? Isaiah Berlin heeft deze vraag in zijn boek *Four Essays on Liberty* ontkennend beantwoord.⁹⁹ Volgens Berlin kunnen – wanneer in een bepaald geval twee waarden botsen – verschillende antwoorden verdedigd worden op de vraag welke waarde prioriteit dient te krijgen, terwijl deze antwoorden – hoewel tegenstrijdig – beide redelijk en rationeel zijn. De persoon die de keuze dient te maken zal dan zelf moeten oordelen wat hij het meest nastrevenswaardig acht. Een noodzakelijk onderdeel van het leven is dat men keuzes maakt over hetgeen men nastrevenswaardig vindt.¹⁰⁰ Het is aan de staat te verzekeren dat een ieder in vrijheid dit soort keuzes kan maken.¹⁰¹

98. Vgl. King 2003, die opmerkt dat in de *Bhagavad-Gita* een concept van natuur recht naar voren komt dat het belang van de juiste ontwikkeling van een universeel aspect van de menselijke natuur – zijn bewustzijn – tot uitgangspunt neemt. Een gezond persoon met een ontwikkeld verstand, heldere geest die zijn emoties in balans heeft is het best in staat tot ethisch gedrag, zo is het uitgangspunt in zowel het Boeddhisme als bij Aristoteles.

99. Vgl. ook het voorbeeld dat Sartre geeft in zijn lezing ‘Het existentialisme is een humanisme’, waarbij een jongeman zich afvraagt of hij in het verzet moet gaan om de dood van zijn broer te wreken of juist thuis moet blijven om zijn hulpbehoevende moeder te helpen. Wat zou je hem kunnen adviseren? Uiteindelijk niets, zegt Sartre, omdat iedereen zelf verantwoordelijk is te kiezen hoe hij wil leven.

100. Berlin (1969) 2002, p. 43.

101. Berlin (1969) 2002, p. 178. Berlin gebruikt in dit verband ook wel de term *positive liberty*.

Het ethisch pluralisme – de stroming die leven werd ingeblazen door Berlin – gaat ervan uit dat juist omdat waarden zullen conflicteren – en soms meer keuzen redelijkerwijze verdedigbaar zijn – het niet mogelijk is om ‘objectieve’ formules te bedenken die waarden kunnen wegen.¹⁰² Hoe een keuze uitvalt, hangt soms af van wat men in het leven het meest nastrevenswaardig acht. De één wil graag een groot kunstenaar worden, de ander streeft naar innerlijke rust en wordt monnik. Afhankelijk van het gekozen leven, zal men de op het spel staande belangen soms verschillend wegen.

Waardenpluralisme is daardoor alleen te bestrijden indien men ook voor het leven zelf uitgaat van de gedachte dat er maar één juiste wijze van leven is. Die gedachte laat weinig ruimte voor de individuele mens zelf voor een bepaald leven te kiezen. Wil men een ‘goed mens’ zijn, dan is er maar één juiste weg. Al naar gelang de omstandigheden dient men te handelen conform het ideaal van dat juiste leven.

Volgens Berlin is het een utopie om te denken dat men een systeem zou kunnen bedenken waarin alle waarden kunnen worden gerangschikt naar belang en waarmee conflicten tussen waarden kunnen worden opgelost. Pogingen daartoe hebben geleid tot “absurdities in theory and barbarous consequences in practice”, aldus Berlin.¹⁰³ Het ethisch pluralisme betreft een meta-ethische theorie die de aanspraak op universele waarheid van de andere hiervoor aangehaalde meta-ethische theorieën relativeert. Is dan uiteindelijk alles toch relatief?

3.6.2 *Relativiteit*

Berlin’s essays over vrijheid lijken naar de kern genomen dezelfde strekking te hebben als de essays van Montaigne.¹⁰⁴ Beide lezen als een waarschuwing voor de maar al te menselijke neiging onzekerheid te willen blussen met waarheden. Persoonlijke ervaringen hebben bij beiden een rol gespeeld. Berlin schreef zijn meest beroemde werken vlak na de Tweede Wereldoorlog, Montaigne schreef zijn *Essais* tegen de achtergrond van bloedige godsdiensttwisten in 16^{de} eeuw.¹⁰⁵

Berlin is bekritiseerd omdat zijn theorie zou leiden tot relativisme.¹⁰⁶ Wanneer wij erkennen dat wij geen maatstaf kunnen formuleren om waarden mee te wegen, zou het gevolg zijn dat elke morele opvatting in een gelijke mate een aanspraak op waarheid kan maken, aldus Berlin’s criticasters.

De vraag is of dat laatste juist is. Mensen hebben morele opvattingen tegen de achtergrond van een bepaalde zienswijze op het goede leven.¹⁰⁷ Aan een

102. Berlin (1969) 2002, p. 47.

103. Berlin (1969) 2002, p. 47.

104. Zie over deze wat meer verborgen strekking van de *Essais*: Bakewell 2010.

105. Zo werden in de Bartholomeusnacht in 1572 naar schatting 20.000 Hugenoten omgebracht.

106. Voor een overzicht van literatuur met kritiek op het ethisch pluralisme, zie Harris 2002, p. 359.

107. Zie daarover uitvoerig Taylor (1989) 2007, p. 39.

HOOFDSTUK 3

voorkeur voor thee boven koffie ligt geen reden ten grondslag, anders dan een variatie in de sensatie van smaakpupillen.¹⁰⁸ Achter morele opvattingen liggen overtuigingen. Overtuigingen over hetgeen van waarde is en daardoor nastrevenswaardig is in een leven.

De keuze voor een levenswijze beïnvloedt de wijze waarop men morele keuzes maakt. Gesteld voor een morele keuze in een concreet geval zal men die belangen laten prevaleren die het beste passen bij het type leven dat men wenst te leven. Een vrijheid om te kunnen leven zoals men zelf wenst impliceert dat het recht ruimte moet laten voor een diversiteit aan levenswijzen. Het recht, en met name ook grondrechten, beoogt die ‘vrijheid’ te verzekeren.

Hoewel grondrechten de ruimte scheppen voor meer perspectieven op ‘het goede leven’, ligt in het recht ook besloten de opvatting dat er grenzen zijn aan de vrijheid om te willen leven zoals men wenst. Met name daar waar de vrijheden van anderen beginnen.

Er mogen dan meer opvattingen omtrent hetgeen goed is om te doen verdedigbaar zijn, maar daaruit volgt niet dat we elke opvatting even goed moeten achten.¹⁰⁹ Zo merkt Hume weliswaar terecht op dat het niet ‘onlogisch’ is om het krabben aan een vinger te verkiezen boven het redden van de wereld, maar een dergelijke voorkeur is – hoewel niet in strijd met de regels der logica – niet redelijk.¹¹⁰ Zo vond ook Hume.

Van belang is dat het niet de afwezigheid van rationaliteit is die deze keuze ‘niet redelijk’ maakt. Het is juist heel rationeel om bij veel jeuk aan je vinger het krabben te verkiezen boven het einde van de wereld. Wat deze keuze niet redelijk maakt, is de afwezigheid van voldoende oog voor de belangen van anderen. De ‘redelijkheid’ refereert hier aan de wijze waarop belangen worden gewogen.

Ook rechtens wordt niet iedere keuze gerespecteerd. Wanneer iemand een kind in een vijver ziet vallen, dan wordt hij daarmee voor een keuze gesteld. Laat hij het belang van een droog pak prevaleren boven het belang van het kind? Het recht veronderstelt dat een mens in een dergelijk geval kan inzien wat de redelijke keuze is en wat niet.

De wereld manifesteert zich in een oneindig aantal variaties en dwingt mensen – als zelf- en omgevingsbewuste personen – steeds opnieuw te kiezen. Juist omdat de wereld in een oneindig aantal variaties aan ons verschijnt, is het werken met open normen in het recht ook onvermijdelijk. In de open norm ligt besloten de opvatting dat sommige keuzes niet redelijk zijn. Open normen in het recht veronderstellen het vermogen in mensen om in specifieke situaties vast te stellen wat nog een redelijke afweging van belangen is en wat niet.

108. Vgl. Sandel 2009, p. 108.

109. Vgl. Sen 2009, p. 31-51.

110. *Treatise of Human Nature*, Book II, Of the passions, Sect. III, ‘Of the influencing motives of the will’.

Tegen deze achtergrond moet ook de redelijkheidstoets die het EHRM hanteert worden verstaan. Bij de beoordeling van de vraag of in een concreet geval een inbreuk op een grondrecht kan worden gerechtvaardigd eist het EHRM dat sprake moet zijn van een *fair balance* tussen de mate waarin inbreuk wordt gemaakt en het belang dat met de inbreuk wordt gediend. Het EHRM hanteert op deze wijze de redelijkheid als maatstaf.

De opvattingen over wat in een bepaald geval ‘redelijk’ is kunnen verschillen. Hoe ‘objectief’ kan een rechter oordelen wanneer hij wordt gevraagd te beoordelen wat redelijk is?

3.6.3 Objectiviteit

Zijn al onze oordelen eigenlijk niet meer dan opvattingen of is een moreel oordeel als ‘genocide is afschuwelijk’ gewoon een feit? Deze vraag houdt filosofen al eeuwen verdeeld.¹¹¹ Een aan deze (ontologische) vraag verbonden en al even omstreden vraag betreft de (epistemologische) vraag met welke maatstaf wij ware van onware uitspraken (in dit geval op moreel vlak) kunnen onderscheiden?

Zowel ‘waarheid’ als ‘objectiviteit’ zijn in de menswetenschappen problematische begrippen gebleken.¹¹² De oorzaak daarvan is de natuurwetenschappelijke connotatie die in het spraakgebruik aan beide begrippen kleeft. In de

111. Zie voor deze discussie in een rechtsfilosofisch kader: Dworkin 1996, pp. 87-97.

112. Over het onderscheid tussen objectiviteit en subjectiviteit in de wetenschap heeft John Searl het volgende opgemerkt (Searl 2011): “*There is so much confusion surrounding the notions of objectivity and subjectivity that I need to say a word to clarify them. In one sense, the objective/subjective distinction is about claims to knowledge. I call this the epistemic sense. A claim is said to be objective if its truth or falsity can be settled as a matter of fact independently of anybody’s attitudes, feelings, or evaluations; it is subjective if it cannot. For example, the claim that Van Gogh died in France is epistemically objective. But the claim that Van Gogh was a better painter than Gauguin is, as they say, a matter of subjective opinion. It is epistemically subjective. In another sense, the objective/subjective distinction is about modes of existence. I call this the ontological sense. An entity has an objective ontology if its existence does not depend on being experienced by a human or animal subject; otherwise it is subjective. For example, mountains, molecules, and tectonic plates are ontologically objective. Their existence does not depend on being experienced by anybody. But pains, tickles, and itches only exist when experienced by a human or animal subject. They are ontologically subjective.*” Volgt men het onderscheid dat Searl maakt tussen subjectiviteit en objectiviteit, dan zou men wellicht alleen van ‘regels’ kunnen betogen dat zij objectief ‘bestaan’, in ieder geval in epistemologische zin. De vraag of een regel ook in ontologische zin objectief kan bestaan lijkt mij zinledig, aangezien een regel in ontologische zin niet meer is dan een serie tekens op een papier, die eerst tot leven komen doordat een persoon ‘begrijpt’ wat die tekens uitdrukken en in zoverre die persoon nodig hebben om (ten volle) te kunnen ‘bestaan’. In het recht wordt echter niet zozeer de regel ‘an sich’ bestudeerd als wel de toepassing ervan. De toepasselijkheid van een regel vergeet evenwel steeds een menselijk oordeel, zodat alsdan steeds sprake is van een subjectief →

HOOFDSTUK 3

natuurwetenschappen geldt als waar hetgeen (vooralsnog) onweerlegbaar is. Hetzelfde verlangen in de menswetenschappen ziet voorbij aan de bijzondere aard van de menswetenschappen.¹¹³

Een begrip als waarheid vraagt om een bepaalde maatstaf. Aan de hand van welke maatstaf kunnen we testen of iets waar is? Het probleem is – zoals in de klassieke oudheid reeds bekend was – dat van elke maatstaf die men formuleert gevraagd kan worden “waarom die maatstaf waar is”? Een waarheidsmaatstaf kan niet worden geformuleerd zonder in een oneindige regressie te belanden. Moet dan de conclusie zijn dat – omdat geen sluitende waarheidsmaatstaf geformuleerd kan worden – niets ‘waar’ kan zijn? Het probleem met die conclusie is dat de opvatting ‘niets is waar’ circulair is. Als niets waar is, kan die uitspraak ook niet waar zijn.

In de natuurwetenschappen laat het voornoemde probleem zich in praktische zin in ieder geval oplossen door als waarheid te aanvaarden hetgeen nog niet is gefalsificeerd (Popper’s falsificatie-theorie). Zo kan men een natuurkundige theorie voor waar houden, zolang proefondervindelijk het tegendeel niet is bewezen. Maar hoe zou men morele uitspraken kunnen ‘falsificeren’?

In de natuurwetenschappen betekent falsificeren in hoge mate ook constateren (meten). Zo kan men de valsnelheid van een appel ‘constateren’. Omdat de valsnelheid niet afhankelijk is van mijn wil over wat die zou moeten zijn, valt de valsnelheid ‘objectief’ te meten. Een ieder zal eenzelfde valversneling vinden.

Over morele vragen valt een verdeeldheid in opvattingen te constateren. Dat sluit niet uit dat er maar één opvatting ‘waar’ is, maar de vraag is wel hoe we die dan kunnen vaststellen. Van een bal kan men zien of die rood is of niet. De valsnelheid kan men meten. Maar hoe zouden we een morele claim kunnen

moment. Dat heeft tot gevolg dat alle claims op waarheid binnen het recht – die niet louter zien op het bestaan van een regel – als ‘subjectief’ moeten worden aangemerkt, in zowel epistemologische als in ontologische zin. Daarmee is niet gezegd dat alle opvattingen over het recht eigenlijk ‘arbitrair’ zijn. Het begrip ‘subjectief’ houdt ook niet in ‘willekeurig’ of ‘gevoelsmatig’, maar ‘afhankelijk van een menselijk oordeel’. Aanspraken op hetgeen rechtens geldt kunnen derhalve niet gereduceerd worden tot ‘ook maar een mening’, aangezien daarmee wordt voorbij gegaan aan de onder aanspraken liggende argumenten.

113. Fishkin (1986) heeft laten zien dat deze natuurwetenschappelijke waarheidsopvatting ertoe leidt dat mensen zichzelf waar het betreft morele oordelen vaak als subjectivist of relativist beschouwen. Mensen bleken aan ‘objectieve’ morele oordelen de volgende eisen te stellen:

1. het heeft een grondslag die niet rationeel ter discussie gesteld kan worden.
2. het moet dwingend afgeleid kunnen worden uit principes.
3. het moet steeds één eenduidig antwoord geven.
4. het heeft het perspectief van een strikt onbevooroordeelde en moreel neutrale waarnemer.
5. het moet ook gevoelsmatig juist zijn.

Mensen die zichzelf als een relativist beschouwen, menen dat noch hun eigen oordelen, noch die van anderen aan deze eisen voldoen. Fishkin bestrijdt in zijn boek dat deze eisen kunnen worden gesteld, wil sprake zijn van een ‘objectief’ moreel oordeel.

verifiëren? Is het voldoende dat beelden van genocide ons doen huiveren?¹¹⁴ Kan de rede ons hier helpen? Indien – zoals Berlin beweert – soms verschillende morele keuzen rationeel verdedigbaar zijn, dan lijkt de rede ook niet steeds de ultieme maatstaf te kunnen zijn. Het is nu juist in de ‘hard cases’ – waarin verschillende opvattingen rationeel verdedigbaar lijken – dat men graag over een handvat zou beschikken.

3.6.4 *Dworkin's right answer thesis*

Ook al blijkt een maatstaf voor het onderscheiden van waarheid een netelige kwestie, het heeft Dworkin er niet van weerhouden om de stelling te betrekken dat ook in *hard cases* er altijd maar één juist (waar) antwoord is.¹¹⁵ Achter deze opvatting schuilt zijn vrees dat anders zou moeten worden erkend dat de rechter *retro-actively* het recht bepaalt op basis van een eigen discretionaire bevoegdheid. De woorden van een rechterlijke uitspraak suggereren dan weliswaar dat een partij steeds het recht aan zijn zijde heeft gehad, maar dat is dan eigenlijk een fictie. De *right answer thesis* is een poging om aan deze conclusie te ontkomen. De rechter moet niet het recht ‘uitvinden’ maar de *right answer* vinden.¹¹⁶

Deze opvatting sluit aan bij zijn overtuiging dat er ook op moreel terrein objectieve waarheden bestaan, ook al kunnen we wellicht niet een systeem bedenken om deze waarheden steeds vast te stellen. Het sluit niet uit dat een soort ‘supermens’ deze waarheden wel zou kunnen zien. Dworkin introduceert daarvoor de mythische figuur Hercules. Hercules is de ideale rechter, oneindig wijs en slim. Hij is de vleesgeworden Platoonse ‘idee’ rechter. Hercules zou in *hard cases* steeds de *right answer* weten te vinden. Dat een figuur als Hercules in staat zou zijn om steeds *the right answer* te vinden gaat terug op de idee bij Dworkin dat er een maatstaf bestaat om de rechten en vrijheden die mensen toekomen te wegen. Mensen hebben individuele rechten:

“when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them.”¹¹⁷

114. Langs deze lijn redeneert bijv. Thomas Nagel. Volgens Nagel bevat de wereld zoals wij die ervaren morele waarheden (moreel realisme). Zo is elk vorm van menselijk lijden verkeerd en dient daarom te worden bestreden. Zie Nagel 1986.

115. Dworkin (1977) 1994, p. 280.

116. *Right* is die uitspraak die zich het beste verhoudt tot precedenten en rechtsbeginselen. Het is aan de rechter tot die uitspraak te komen die zo coherent mogelijk is met het bestaande systeem van waarden en beginselen zoals die tot uitdrukking worden gebracht in het recht. Zie Loth & Geekeer 2002, p. 74.

117. Dworkin (1977) 1994, p. xi.

HOOFDSTUK 3

Het (ten minste theoretisch kunnen) bestaan van een utilitaristische maatstaf is een belangrijke assumptie in het denken van Dworkin. Het biedt de hoop dat er – ten minste in theorie – een maatstaf valt te ontwikkelen aan de hand van welke waarden zouden kunnen wegen.¹¹⁸

Wat hier verder ook van zij, de introductie van Hercules met zijn *gods eye point of view*, impliceert een erkenning van de opvatting dat gewone stervelingen nimmer overeenstemming zullen kunnen bereiken in *hard cases over the right answer*. Wij zijn nu eenmaal niet ‘alwetend’. Een oplossing waarmee we in de praktijk vooruit kunnen om tot meer objectiviteit te komen kan Dworkin ons niet geven, alleen de hoop – voor zij die daarin willen geloven – dat we het ideaal dat in het recht elke vraag maar één (objectief) waar antwoord kent, niet hoeven op te geven.

Degenen die niet met Dworkin willen meegaan hoeven het begrip objectiviteit niet direct als onhaalbaar ideaal te verlaten.¹¹⁹ Objectiviteit kan ook op een andere wijze worden beschouwd. Een wijze die minder is gericht op het vaststellen van één waarheid en meer op het bereiken van ‘onpartijdigheid’ bij het beantwoorden van morele vragen.

3.6.5 Onpartijdigheid

Wanneer we oordelen, doen we dat steeds als een mens met een verleden, met verlangens en verwachtingen, etc. Als een voelend, denkend en handelend wezen om met Dilthey te spreken. De kunst van het ‘objectief’ oordelen vergt dat men kan uitstijgen boven het persoonlijke. Adam Smith heeft ooit de idee van de *fair and impartial spectator* geïntroduceerd.¹²⁰ De ‘neutrale derde’ die als referentiekader kan dienen om de objectiviteit in onze oordeelsvorming te

118. Berlin en Dworkin nemen aldus op dit punt tegengestelde standpunten in.

119. Voor wat betreft morele vragen zou men een oordeel als ‘objectief waar’ kunnen verstaan indien er in redelijkheid – binnen de parameters van respect voor het welzijn en geluk van alle mensen – niets tegen een bepaald moreel oordeel valt in te brengen. Ik noem als voorbeeld een morele claim als ‘genocide is verkeerd’. Er zijn geen omstandigheden denkbaar waarin deze regel niet zal opgaan en dus kan men in een dergelijk geval van deze regel beweren dat de morele regel ‘objectief’ (voor alle redelijk denkende en voelende mensen) ‘waar’ (geldt in alle gevallen) is. Deze definitie veronderstelt een wereld waarin mensen redelijke denkende en voelende wezens zijn en respect hebben voor elkaar. Deze veronderstelling stuit veel filosofen tegen de borst, aangezien zij morele waarheden willen definiëren ook voor een wereld waarin deze veronderstellingen niet gelden. Elke poging om een moraal te ontwikkelen buiten deze parameters lijkt mij gedoemd te mislukken, aangezien ik met Rorty denk dat er uiteindelijk geen strikt rationeel en niet circulair antwoord mogelijk is op de vraag “waarom zou ik redelijk zijn?” en “waarom zou ik rekening houden met het welzijn van anderen?”. Wat zeg je tegen iemand die graag moordt ter ontspanning? Tegen een dergelijke opvatting valt niet te argumenteren. Het enige wat men kan doen is de politie inlichten.

120. Vgl. Sen 2009, p. 123.

bevorderen. Het perspectief van de oordeelvorming wordt door Smith verschoven vanuit het eigen perspectief naar een onpersoonlijk perspectief. Nu zou men kunnen tegenwerpen dat men over hetgeen de *fair and impartial spectator* zou vinden ook weer eindeloos kan debatteren. Aan dat verwijt komt men nooit helemaal voorbij. Maar de eis van *fair and impartial* houdt in ieder geval in: (i) *fairness*, hetgeen veronderstelt dat men inzicht heeft in de belangen van alle betrokkenen, hetgeen weer een zeker empathisch vermogen veronderstelt (zoals in paragraaf 3.3.2 toegelicht), en (ii) in dat wij in onze oordelen streven naar een zekere mate van, wat ik maar noem, nuchterheid. Een nuchterheid die daarin bestaat dat we zoveel mogelijk onze persoonlijke bril afzetten wanneer van ons wordt gevergd een oordeel te vellen. Aan Kekes ontleen ik een citaat van Iris Murdoch dat het voorgaande illustreert:

“By opening our eyes we do not necessarily see what confronts us. We are anxiety-ridden animals. Our minds are continually active, fabricating an anxious, usually self-preoccupied, often falsifying veil which partially conceals the world.”¹²¹

In *The Idea of Justice* houdt Sen een warm pleidooi voor de idee van de *fair and impartial spectator* als maatman ter bevordering van het publieke debat. Het streven naar enige distantie ten aanzien van het eigen perspectief kan zelfreflectie bevorderen en biedt de mogelijkheid tot begrip voor andere opvattingen, zo luidt zijn betoog. Sen heeft niet de illusie dat we het vervolgens over alle onderwerpen met elkaar eens zullen worden. Wel denkt Sen dat discussies in de publieke ruimte kunnen bijdragen aan het verminderen van het onrecht in de wereld.

Sen begint zijn *The Idea of Justice* met een citaat uit *Great Expectations*: “In the little world in which children have their existence, there is nothing so finely perceived and finely felt, as injustice”.¹²² Als lezer van Dickens – als *fair and impartial spectator* – zien wij het onrecht ook. Mensen mogen het wellicht niet altijd met elkaar eens zijn over hetgeen juist is om te doen, maar mensen kunnen meestal wel inzien wat in ieder geval onjuist is. En zolang Dickens ons weet te bewegen, is er ook hoop voor de wereld, zo houdt Sen ons voor.

3.6.6 Drie kwaliteitseisen

Het voorgaande kan als volgt worden samengevat. De open norm heeft de vraag opgeworpen hoe wij in een concreet geval de goede van de verkeerde handeling kunnen onderscheiden. Het volgen van een regel is daarbij geen garantie gebleken voor het bereiken van een moreel aanvaardbaar resultaat. Wanneer hetgeen juist is om te doen slechts kan worden bepaald aan de hand van de

121. Kekes 1989, p. 133.

122. Sen 2009, p. vii.

HOOFDSTUK 3

concrete omstandigheden van het geval en verschillende mensen deze omstandigheden verschillend kunnen wegen, kunnen regels en principes slechts worden beschouwd als een patroon van *concurring judgments*.¹²³ Het morele oordeel blijkt aan de (morele) regel vooraf te gaan. Regels worden afgeleid uit onze afzonderlijke oordelen. Regels geven weer wat in het algemeen in vergelijkbare gevallen als juist wordt geoordeeld. Daarmee is ook duidelijk geworden dat regels *hard cases* niet kunnen beslissen. Wanneer verschillende belangen om voorrang strijden, bieden regels en principes geen oplossing. Het is maar net hoe men de betrokken belangen wil wegen.

Hoe kan men in *hard cases* nog houvast vinden? Materiële conflictregels die een voor een ieder bevredigend resultaat kunnen genereren lijken niet te kunnen worden gevonden. Ingeval het niet mogelijk is om een procedure te ontwikkelen die ‘de enig juiste beslissing’ kan genereren, komt vervolgens de vraag op of er wel gezichtspunten zijn te formuleren waarmee men de kwalitatief betere beslissing van de kwalitatief mindere kan onderscheiden.

Kekes heeft erop gewezen dat een valide moreel oordeel in ieder geval aan drie kwaliteitseisen dient te voldoen. Een kwalitatief goed oordeel vergt:¹²⁴

- (i) inzicht in de diepte. Dit houdt in dat iemand inzicht moet hebben in de (mogelijke) gevolgen die een bepaalde keuze heeft. Om te kunnen zien hoe de (mogelijke) gevolgen de belangen van anderen kunnen raken is ook inzicht in de belangen van anderen nodig, hetgeen een beroep doet op het empathisch vermogen van iemand;
- (ii) inzicht in de breedte. Verschillende mensen kunnen verschillende wensen hebben. Daarmee komt de tweede ‘kwaliteitseis’ in beeld: de erkenning dat verschillende mensen dezelfde omstandigheden verschillend kunnen waarden. Inzicht in de breedte impliceert een erkenning van pluraliteit van waarden; en
- (iii) ten slotte is reeds gewezen op het belang van objectiviteit, in de zin dat van degene die oordeelt een zekere ‘onthechting’ ten aanzien van zijn particuliere voorkeuren mag worden verwacht. Zijn persoonlijke verlangens of angsten dienen bijv. een discussie over hetgeen juist is om te doen niet te beïnvloeden.

Het voorgaande kan worden verduidelijkt met een voorbeeld. Stel dat een vader door zijn dochter – advocate, maar niet tevreden met haar baan – om carrièreadvies wordt gevraagd. De dochter overweegt zich te laten omscholen tot verpleegkundige. Wat vereist een goed advies?

In de eerste plaats zal de vader inzicht dienen te hebben in de onvrede van zijn dochter met haar huidige baan. Hij moet kunnen meevoelen met de twijfels

123. Kekes 1989, p. 129.

124. Vgl. ook Kekes 1989, p. 129.

van zijn dochter. Als hij altijd al had gewild dat zijn dochter advocaat zou worden, zal hij zijn teleurstelling moeten verbijten en inzien dat andere banen wellicht door zijn dochter als meer bevredigend zullen worden ervaren. Hij dient voorts in te zien dat hetgeen hij zelf nastrevenswaardig acht in het leven – bijv. een goede juridische carrière – niet noodzakelijkerwijze ook hetgeen is dat zijn dochter wil nastreven.

De eis van objectiviteit vergt ten slotte dat de vader zijn ideaalbeeld over de capaciteiten van zijn dochter verruimt voor een meer realistisch perspectief op haar mogelijkheden. Men denke daarbij aan haar talenten, haar karakter, de omstandigheden, de arbeidsmarkt, etc. Een veelheid aan factoren kunnen relevant zijn. Inzicht in de diepte, de breedte en objectiviteit is wat de dochter van haar vader mag verlangen.

In de volgende paragrafen zal worden gezien hoe de hiervoor genoemde ‘kwaliteitseisen’ wellicht ook enig licht kunnen werpen op de wijze waarop het EHRM oordeelt of in een zaak een grondrecht is geschonden.

3.7 Het toetsen aan grondrechten

3.7.1 *De bron(nen) van het recht*

In het voorgaande is gebleken dat het recht is geworteld in het bewustzijn van de mens. Mensen zijn zowel zelfbewuste als omgevingsbewuste personen. Waar mensen gaan samenleven, ontstaan vanzelf gedachten over hoe men zich dient te gedragen ten opzichte van elkaar. Deze opvattingen trachten zij vervolgens vast te leggen in regels.¹²⁵ Het recht is een product van ideeën, opvattingen en overtuigingen over de wijze waarop mensen zouden dienen samen te leven.

Door regels en principes in wettelijke voorschriften te verankeren wordt het individuele vermogen van mensen om het goede van het verkeerde te onderscheiden in het concrete geval niet overbodig. De open normen in het recht veronderstellen het vermogen van de mens om in bepaalde situaties de juiste keuze te kunnen maken. Uit de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm wordt afgeleid dat men zelf kan inzien dat men geen kelderluik behoort open te laten staan in een donkere gang van een café. Zo specifiek kan een regel uiteraard niet in het wetboek worden opgenomen. De wetgever hanteert daarom open normen.

Het rechtsverkeer veronderstelt daarmee ook het bestaan van twee bronnen van het recht. De eerste bron betreffen de wetten en de jurisprudentie die samen het recht als een systeem vormen. De tweede bron betreft het normatief

125. Dilthey parafraserend zou men kunnen zeggen dat regels voortkomen uit een collectief bewustzijn zoals dat tot uiting is gekomen in de tot het maken van regels bevoegde organen.

HOOFDSTUK 3

vermogen van alle individuele mensen. De beide bronnen leunen op elkaar. De wet komt voort uit ons normatief vermogen en leunt daar vervolgens weer op bij het invullen van open normen.

Het besef dat het recht door ons bewustzijn wordt voortgebracht achtte Dilthey van cruciaal belang in zijn idee over de grondslag van de rechtswetenschap. Het recht kan niet vruchtbaar worden bestudeerd als enkel een verzameling van regels. Het recht behoort niet tot het domein van de levenloze objecten, die de natuurwetenschappen plegen te bestuderen, maar tot de ideeënwereld van de mens. Regels zijn gestolde ideeën. De twee bronnen van het recht vormen samen een levend – want ideeën kunnen veranderen – rechtssysteem.

3.7.2 *De toetsing aan grondrechten*

De rechtenstudie traint iedere student in het toetsen van de relevante feiten aan de relevante rechtsregels. In de rechtenstudie staat daardoor het systeem van wetten en uitspraken voorop als rechtsbron. Door de aandacht voor het systeem van wetten en uitspraken kan de suggestie worden gewekt dat regels en uitspraken net zo vallen te bestuderen als ‘feiten’. De gedachte achter de regel of uitspraak krijgt dan niet steeds de aandacht die voor het goede begrip ervan soms nuttig is.

Bij de toetsing aan grondrechten zijn de relevante regels veelal snel gevonden. De toepassing van een regel op een specifiek geval kan tot onzekerheid leiden. Daarvoor zijn twee redenen te geven: (i) de open normen die grondrechten uitdrukken zijn zo algemeen geformuleerd dat niet zelden meer antwoorden verdedigbaar lijken wanneer men zich afvraagt of in een bepaalde situatie sprake is van een schending van een grondrecht,¹²⁶ en (ii) de uitspraken van het EHRM zijn veelal sterk toegesneden op de concrete omstandigheden van het geval, zodat de jurisprudentie niet altijd houvast biedt.

Een zuiver technische analyse van de jurisprudentie van het EHRM zal dan ook niet steeds een duidelijk beeld geven aan de hand waarvan men toekomstige gevallen kan beoordelen. Dat wil niet zeggen dat de jurisprudentie niet het bestuderen waard is. Zo scheppen de verzoeken die niet-ontvankelijkheid worden verklaard (*decisions*) een beeld van klachten die in ieder geval ongegrond zijn. Verder geldt ook voor het EHRM de uitspraak van Dworkin: “Earlier cases have a general gravitational force”.¹²⁷ Maar wie de jurisprudentie van het EHRM bestudeert ontdekt al snel dat bij het EHRM in de beoordeling van een geschil vooral ook de omstandigheden van het geval een belangrijke *gravitational force* vormen.

126. Zoals Gerards in haar oratie opmerkte: deze ‘vaagheid’ is eigen aan bepalingen over grondrechten in verdragen. Gerards 2006a, p. 2.

127. Dworkin (1977) 1994, p. 115.

Om lijn in de jurisprudentie van het EHRM te zien is het nuttig om de functie van de grondrechten zoals neergelegd in het EVRM in het oog te houden. Het EVRM is kort na de Tweede Wereldoorlog ontworpen. Men zou de preambule bij het EVRM zo kunnen samenvatten dat het verdrag tot doel heeft de grenzen te waarborgen van – om met Margalit te spreken – de *decent society*.¹²⁸ Het EHRM bewaakt de grenzen van de beschaafde – hetgeen ook inhoudt democratische – rechtsstaat.

De grondrechten zoals neergelegd in het EVRM kunnen daarbij worden opgevat als een beginselprogramma van waarden die moeten gewaarborgd door de overheid in de rechtsstaat. De taak van het EHRM is om aan de hand van deze beginselen de grenzen van het speelveld te bewaken. De taak van het EHRM valt te vergelijken met de lijnrechter bij Wimbledon. In *hard cases* moet het EHRM beslissen of de bal net in of uit is.

Een complicerende factor daarbij is dat de grenzen van hetgeen men van een overheid meent te kunnen verlangen kunnen verschuiven. Daarmee verschuiven in zekere zin de lijnen van het speelveld tijdens de wedstrijd. Met de tijd veranderen bepaalde opvattingen, zoals zichtbaar is in de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot lijfstraffen op scholen.¹²⁹ Ook is de communis opinio inzake de doodstraf sinds het tot stand komen van de EVRM sterk gewijzigd.¹³⁰ Naar mate een samenleving zich meer ontwikkelt, kunnen ook hogere eisen worden gesteld aan de rechtswaarborgen die personen moeten beschermen tegen een inbreuk op grondrechten.

Zo houden de uitspraken in de zaken *Salduz*¹³¹ en *Panovits*¹³² de gemeederen in het strafrecht al geruime tijd bezig. Blijkens deze uitspraken is het EHRM het recht gaan erkennen van een verdachte om voor het eerste politieverhoor de bijstand te mogen verlangen van een raadsman. Deze beide uitspraken hebben mogelijk grote implicaties voor de werkwijze van de politie.¹³³ Duidelijk is dat het EHRM hogere eisen is gaan stellen aan de processuele rechtswaarborgen in het strafrecht.

Zo lijkt het EHRM een lijnrechter langs lijnen die zich kunnen bewegen. Het EHRM erkent dit ook met zoveel woorden. Volgens vaste rechtspraak moet

128. Margalit 2005, p. 284.

129. Zie bijv. EHRM 25 maart 1993, NJ 1995, 725 m.nt. EAA (*Costello-Roberts*).

130. Art. 2 lid 1 EVRM bepaalt uitsluitend dat niemand opzettelijk van het leven mag worden beroofd, behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet. In 1985 trad het Zesde Protocol in werking, dat de doodstraf in vreedstijd verbiedt. In 2003 volgde het Dertiende Protocol, dat de doodstraf onder alle omstandigheden verbiedt. Het Dertiende Protocol is inmiddels getekend door 42 verdragsstaten (alleen Rusland en Azerbeidzjan hebben niet getekend).

131. EHRM 26 april 2007, appl. nr. 36391/02 (*Salduz t. Turkije*).

132. EHRM 11 december 2008, appl. nr. 4268/04 (*Panovits t. Cyprus*).

133. Zie bijvoorbeeld de discussie in het NJB tussen Borgers en Swart: Borgers 2010, met naschrift van Swart en anderen.

HOOFDSTUK 3

het EVRM worden gezien als “a living instrument which must be interpreted in light of present-day conditions”.¹³⁴

Bij de vraag naar wat de “present-day conditions” meebrengen, houdt het EHRM rekening met de rechtsontwikkeling in de verschillende verdragsstaten.¹³⁵ Daartoe kan het EHRM kennis nemen van de adviezen van de *Venice-commission*.¹³⁶ Hoewel het EHRM met name zal letten op ontwikkelingen in de verdragsstaten, kunnen ook ontwikkelingen in andere delen van de wereld in de overwegingen worden betrokken, net zoals bepalingen uit andere internationale verdragen.¹³⁷

Opvallend is ook dat waar de Hoge Raad doorgaans een groot gewicht toekent aan de wetsgeschiedenis, het EHRM zich veel minder laat leiden door de zogenoemde *travaux préparatoires*.¹³⁸ Uiteraard hangt zulks samen met het uitgangspunt om het EVRM als een *living instrument* te beschouwen. In dit verband is een historisch verschil in attitude waarneembaar in de wijze van rechtsvinding van het EHRM en het U.S. Supreme Court.

In de Verenigde Staten heeft de stroming waarin wordt betoogd dat de *constitution* dient te worden geïnterpreteerd naar *original intent* van de *founding fathers* vooral vanuit conservatieve hoek veel aanhang. In de Amerikaanse traditie, die teruggaat op het denken van Locke, is vrijheid de dominante waarde. Vanuit dat perspectief is het de taak van de *Supreme Court* primair om de vrijheden van mensen tegenover een teveel aan overheidsbemoeienis te bewaken. De gedachte van rechtsbescherming *tegen* de overheid staat daarin centraal.

In de Europeesrechtelijke traditie, die meer verbonden is aan het gedachtegoed van Rousseau, wordt ook de nadruk gelegd op het belang van de gemeenschap en de gelijkwaardigheid van het individu binnen die gemeenschap, met *positieve* verplichtingen voor de staat op dat terrein tot gevolg.¹³⁹

134. Bijv. EHRM 25 april 1978, appl. nr. 5856/72 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*), § 31.

135. EHRM 24 juni 2010, appl. nr. 30141/04 (*Schalk & Kopf t. Oostenrijk*), § 98: “The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (see Petrovic, cited above, § 38).”

136. De ‘Venice-commission’ is onafhankelijke juridische ‘denktank’ die wordt gefinancierd door de Raad van Europa en zich bezig houdt met constitutionele vraagstukken.

137. Zie bijv. EHRM 11 juli 2002, appl. nr. 28957/95 (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*), § 84-85, in welke zaak bij de beantwoording van de vraag of een transseksueel recht had op het wijzigen van de registratie van haar geslacht in haar *birth certificate*, werd gelet op ontwikkelingen elders in de wereld (o.a. in Australië). Zie over dit onderwerp verder Gerards 2011, p. 74.

138. Zie Lawson 1990. Soms kent het EHRM overigens wel veel gewicht toe aan de *travaux préparatoires*, zie bijv. EHRM, 8 juli 1986, appl. nr. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 117. Zie uitgebreid Senden 2011, p. 195 e.v., en Gerards 2011, p. 67-70.

139. Goldhaber 2007, p. 104.

De Amerikaanse en Europese traditie verschillen in hetgeen zij hopen dat grondrechten bewerkstelligen.

3.7.3 *De idee achter grondrechten*

Geen enkel belang kan als fundament dienen van een moraal, aldus Kant.¹⁴⁰ Het belang dat wordt gekozen is namelijk steeds een subjectieve keuze van de persoon. Is er ook een belang denkbaar dat niet afhankelijk is van een keuze, maar omwille van zichzelf dient te worden gerespecteerd? Dat is volgens Kant de mens zelf. De categorische imperatief schrijft voor (in één van de formuleringen) dat men andere mensen niet als een object voor eigen doelen mag gebruiken, maar steeds als een doel op zich dient te beschouwen. Men mag de humaniteit van de ander niet ontkennen. Grondrechten zou men kunnen beschouwen als de praktische uitwerking van deze gedachte.

Grondrechten beogen een minimumniveau van respect voor de humaniteit van alle mensen te waarborgen. Deze verbondenheid van grondrechten aan een notie van humaniteit die alle mensen delen is de reden dat het moeilijk voorstelbaar is dat grondrechten (naar hun kern genomen) ook anders kunnen luiden. Daarin schuilt ook de aanspraak op ‘universele gelding’ voor grondrechten. Het is vrijwel niet mogelijk de universele gelding van grondrechten, in hun basale vorm, ter discussie te stellen zonder ook de gedachte op te geven dat alle mensen recht hebben op een bepaald niveau van vrijheid en respect.¹⁴¹

Grondrechten beogen ons besef van een gedeelde humaniteit in alle mensen in praktische zin te realiseren. Het EHRM heeft ook benadrukt dat het EVRM bedoeld is om de menselijke waardigheid te beschermen.¹⁴² Daarmee ontstaat de vraag wat de bescherming van onze ‘humaniteit’ eigenlijk vergt. Waar liggen de grenzen? Een recht op *family life* omvat het recht op vrije partnerkeuze, maar omvat het ook het recht om een hond mee te mogen nemen naar het bejaardentehuis?¹⁴³

140. Vgl. Sandel 2009, p. 122.

141. In de discussie over de universele gelding van mensenrechten is niet zelden verwarrend dat men in de Westerse cultuur onder de term ‘mensenrechten’ steeds meer is gaan begrijpen. Een discussie over het recht op een lunchpauze kan inmiddels al in een grondrechtelijk kader worden gevoerd. In dat verband wordt wel gesproken over de inflatie van het begrip mensenrechten. Zie Fagan, p. 22.

142. EHRM 11 juli 2002, appl. nr. 28957/95 (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*), § 90. In de Europese *public order* is democratie daarbij een essentieel bestanddeel, aldus het EHRM in *United Communist Party of Turkey t. Turkije* (EHRM 30 januari 1998, appl. nr. 19392/92, § 28 en § 45)

143. In dit verband wordt ook wel onderscheid gemaakt tussen hetgeen tot de kern van de mensenrechten moet worden gerekend en hetgeen meer tot de categorie *social privileges* behoort: tussen hetgeen essentieel is voor de menselijke waardigheid en zaken die wenselijk zijn teneinde de menselijke waardigheid te bevorderen. Zie Fagan 2011, p. 6 e.v.

HOOFDSTUK 3

De contouren van grondrechten zijn niet altijd met vaste hand te omlijnen, aldus ook Allegaert, die de jurisprudentie van het EHRM typeert als *bricolage casuistique*.¹⁴⁴ Wanneer het EHRM zijn uitspraken wijst met de idee van de persoonlijke waardigheid als referentiepunt, valt de jurisprudentie van het EHRM dan nog enigszins te voorspellen?

3.7.4 De wijze van oordelen door het EHRM: *bricolage casuistique*?

Het EHRM pleegt het EVRM in het licht van de hiervoor weergegeven functie van grondrechten te interpreteren. Soms brengt dit het EHRM ertoe iets in het EVRM te lezen dat er niet letterlijk staat. Een voorbeeld daarvan betreft de zaak *Golder t. Verenigd Koninkrijk*. Daarin was de vraag aan de orde of onder art. 6 EVRM ook het recht op toegang tot de rechter valt.¹⁴⁵ Een gedetineerde, Golder, wilde een bewaker in rechte aanspreken omdat deze hem ten onrechte had beschuldigd van deelname aan een opstootje in de gevangenis. Hij verloor daardoor zijn mogelijkheid op vervroegde vrijlating. Naar Engels recht bestond geen mogelijkheid voor Golder de rechter om een uitspraak te vragen, zolang hij nog gevangen zat. In Straatsburg voerde Golder aan dat daardoor zijn rechten ex art. 6 EVRM waren geschonden.

Uit de tekst van art. 6 EVRM – met name de woorden “In the determination of his civil rights and obligations” – zou men kunnen opmaken dat dit artikel slechts ziet op gedingen die reeds aanhangig zijn zodat een bescherming van het recht op toegang tot de rechter niet aan art. 6 EVRM zou kunnen worden ontleend. In de *Golder*-uitspraak heeft het EHRM evenwel geoordeeld dat art. 6 EVRM zo dient te worden verstaan dat het ook een bescherming van het recht op toegang tot de rechter omvat.¹⁴⁶ De fundamentele betekenis van het recht op een eerlijk proces in een democratische rechtsstaat rechtvaardigt een extensieve

144. Allegaert 2005, pp. 17&18: “*Concept vague pour certains, notion floue pour d'autres, ou encore imprécise, les libertés et droits fondamentaux n'ont jamais été définis de façon essentielle. Aussi, leur « invention » procède-t-elle d'une « opération d'extraction » parfois digne du « bricolage casuistique ». En effet, ces principes généraux se sont étoffés et affinés progressivement à travers « la quête permanente de leur reconnaissance ». Ce qui fait qu'un droit ou une liberté est ou deviendra « fondamental(e) » réside dans la reconnaissance de sa dimension universelle, exprimât un valeur essentielle de l'intérêt ainsi juridiquement protégé. A ce titre, le fondement idéologique des libertés et droits fondamentaux repose sur la philosophie des droits de l'homme définis comme des droits subjectifs que la conscience collective ressent comme indispensable au respect dû à la dignité de la personne humaine.*”

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

146. Bij een andere uitleg “*a Contracting State could, without acting in breach of that text away with its courts, or take away their jurisdiction to determine certain classes of civil actions and entrust it to organs dependent on the Government.*” Het EHRM overwoog verder →

interpretatie van het EVRM, zo had het EHRM reeds overwogen in *Delcourt t. België*.¹⁴⁷

In meer algemene zin zou men kunnen zeggen dat het EHRM oordeelt aan de hand van een kompas waarbij een belangrijke kracht wordt uitgeoefend door een opvatting omtrent een minimumniveau dat op een gegeven tijdstip in het licht van onze ‘beschaafde maatschappij’ van een staat gevegd kan worden voor het waarborgen van de vrijheden zoals opgenomen in het EVRM en de bijbehorende protocollen.¹⁴⁸ De vraag die steeds bij het EHRM voorligt is een vraag naar hetgeen een staat (minimaal) *behoort* te doen om de door het EVRM gewaarborgde rechten te beschermen.

In paragraaf 3.6.6 is opgemerkt dat bij vragen naar ‘hetgeen behoort’ het weliswaar lastig is om – in moeilijke gevallen – houvast te zoeken bij regels, maar men wel drie ‘kwaliteitseisen’ kan stellen waarmee betere antwoorden van minder goede kunnen worden onderscheiden. In de eerste plaats dient het EHRM alle relevante omstandigheden van het geval mee te wegen bij zijn oordeel, hetgeen ‘inzicht in de diepte’ van het geval vereist. In de tweede plaats dient het EHRM rekening te houden met de incommensurabiliteit van waarden. Ten derde vereist een beoordeling van hetgeen *redelijkerwijze* gevegd kan worden van een verdragsstaat objectiviteit in de oordeelsvorming. Aan de hand van deze factoren kan ook getracht worden de wijze van oordelen van het EHRM te verhelderen.

3.7.5 Inzicht in ‘de diepte’ door het EHRM

In het voorgaande is gewezen op het verband tussen de wijze waarop het denken over mensenrechten zich heeft ontwikkeld en de mate waarin mensen bereid en in staat zijn zich te verplaatsen in anderen, buiten de traditionele lijnen van de eigen maatschappelijke klasse, cultuur en bijvoorbeeld het eigen geloof. De toetsing aan grondrechten dwingt de rechter een perspectief van beoordeling te kiezen waarbij de verzoeker de kans wordt geboden de wereld vanuit zijn wellicht niet steeds zo gangbare culturele perspectief voor het

nog (in §35): “*The principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge ranks as one of the universally "recognised" fundamental principles of law; the same is true of the principle of international law which forbids the denial of justice. Article 6 para. 1 (art. 6-1) must be read in the light of these principles.*”

147. 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).*”

148. Moyn (2010) spreekt over mensenrechten als *The Last Utopia*, omdat nadat gebleken was dat de grote politieke ideologieën, zoals het communisme en kapitalisme, niet vanzelfsprekend voorspoed voor de mensheid brachten, het ideaal van mensenrechten – als laatste utopie – resteert als handvat voor het verbeteren van de wereld.

HOOFDSTUK 3

voetlicht te brengen. Een uitspraak die dat kan illustreren betreft de zaak van *Christine Goodwin*.

Goodwin wilde na een operatie, waarin haar geslacht van het mannelijke naar het vrouwelijke was gewijzigd, haar *birth certificate* wijzigen, in die zin dat daarin ook haar geslachtsaanduiding zou worden gewijzigd naar vrouwelijk. Goodwin voerde onder meer aan dat zij problemen op het werk had ondervonden nadat haar werkgever had ontdekt dat zij een geslachtswijziging had ondergaan. Het Engelse recht voorzag niet in de mogelijkheid van wijziging van het geslacht in het *birth certificate*. Bij de beoordeling van de klacht van Goodwin stelde het EHRM voorop dat “the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom.”¹⁴⁹ Daaraan voegde het EHRM toe dat:

“In the twenty first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved. In short, the unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable.”

Het EHRM vervolgde zijn overwegingen met een opmerking over de noodzakelijke wijzigingen die nodig waren in de diverse systemen om de geslachtswijziging te kunnen doorvoeren. Hoewel het EHRM deze nadelen niet wilde onderschatten meende het hof dat het belang van transsexuelen om in waardigheid te leven naar de sexe die zij met grote persoonlijke inspanningen hadden gekozen, diende te prevaleren.¹⁵⁰

In de *Goodwin*-uitspraak heeft het EHRM overwogen dat het de bescherming van de menselijke waardigheid als één van zijn kerntaken beschouwt. Het EHRM biedt een verzoeker de kans in Straatsburg zijn verhaal doen als deze meent dat zijn of haar menselijke waardigheid onvoldoende is gerespecteerd. Aan de hand van het verhaal van de verzoek(st)er wordt vervolgens beoordeeld hetgeen redelijkerwijze van een staat gevegd kan worden, teneinde de grondrechten van de verzoek(st)er te beschermen. Het kan ertoe leiden dat het EHRM met zijn uitspraak ingaat tegen traditie of vooruitloopt op *conventional wisdom*.¹⁵¹

De *Goodwin*-uitspraak kan worden beschouwd als een voorbeeld van een uitspraak waarin empathie met de verzoeker het in Straatsburg wint van de traditie. Volgens Margalit onderscheidt de *decent society* zich van de *just society* in die zin dat in de *decent society* de staat tracht te voorkomen dat

149. EHRM 11 juli 2002, appl. nr. 28957/95 (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*), § 90.

150. EHRM 11 juli 2002, appl. nr. 28957/95 (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*), § 91.

151. In zijn noot onder EHRM 11 maart 2011, appl. nr. 30814/06, NJ 2011, 588 (*Lautsi e.a. t. Italië*) wijst Alkema op het belang om hetgeen traditioneel zo is, kritisch te blijven onderzoeken.

onderdanen zich op enigerlei wijze niet ten volle voelen gerespecteerd door de staat.¹⁵² In het geval van *Goodwin* kon van het Verenigd Koninkrijk gevergd worden dat zij haar wetgeving aan zou passen, zo zou men het oordeel van het EHRM kunnen verstaan, teneinde te bevorderen dat ook transsexuelen het gevoel hebben op gelijke wijze mee te tellen.

De beantwoording van de vraag wat redelijkerwijze van een staat gevergd kan worden brengt soms de moeilijkheid met zich dat daarover verschillend kan worden gedacht. De opvattingen over hetgeen *the decent society* vergt verschillen. Het EHRM dient ook daar rekening mee te houden en te beschikken over een brede horizon.

3.7.6 *Inzicht in de breedte: de horizon van het EHRM*

Waarden kunnen conflicteren en over de vraag welke waarde in een concreet geval dient te prevaleren bestaan soms fundamentele verschillen tussen mensen. Het EHRM spreekt in dit verband over ‘pluralisme’.¹⁵³

Een klassiek voorbeeld op dit terrein betreft het recht op zelfbeschikking versus het recht op leven van de ongeboren vrucht. Vanuit orthodox-christelijke hoek wordt doorgaans het belang van het recht op leven van de ongeboren vrucht benadrukt. Vanuit liberale hoek wordt veelal gedacht vanuit het adagium ‘baas in eigen buik’.

In Ierland – een land met een sterke katholieke cultuur – zijn rechtens de mogelijkheden voor een abortus zeer beperkt. Alleen in geval van een levensbedreigende situatie voor de moeder wordt een abortus toelaatbaar geacht. Het recht op leven van de ongeboren vrucht is sinds 1983 – na een referendum – ook verankerd in de Ierse grondwet.¹⁵⁴ Men wilde destijds daarmee zeker stellen dat de Ierse Supreme Court geen liberale interpretatie aan de grondwet zou geven, zoals in *Roe v. Wade* in de Verenigde Staten was gebeurd.¹⁵⁵

In de zaak *A, B & C t. Ierland* (2010) werd het EHRM gevraagd of een dergelijk restrictief – en inmiddels binnen Europa uitzonderlijk – anti-abortusbeleid niet strijdig is met het recht op *private life* van de moeder zoals dat door art. 8 EVRM wordt gewaarborgd.¹⁵⁶ De uitspraak toont hoe het EHRM, onder erkenning van de incommensurabiliteit van de op het spel

152. Margalit 1996, pp. 288-290.

153. EHRM 25 mei 1993, appl. nr. 14307/88 (*Kokkinakis t. Griekenland*) § 31 “(...) *The pluralism indissociable from a democratic society, which has been clearly won over the centuries, depends on it.*” Zie verder Gerards 2011, p. 48.

154. Art. 40.3.3 bepaalt als volgt: “*The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right of life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right.*”

155. *Roe v. Wade* (410 US 113 (1973)).

156. EHRM 16 december 2010, appl. nr. 25579/05 (*A, B & C t. Ierland*).

HOOFDSTUK 3

staande waarden, de waarden van de betrokken partijen zoveel mogelijk tracht te respecteren.

De zaak betrof drie afzonderlijke klachten van vrouwen die naar Engeland waren gevlogen voor een abortus. In de verzoekschriften van 'A' en 'B' werden met name de medische risico's en complicaties aan de orde gesteld, waar de vrouwen die zich in Engeland hadden laten aborteren aan waren blootgesteld. Over de klachten van A en B overwoog het EHRM dat sprake was van een "interference with their respect for their private lives" als bedoeld in art. 8 EVRM en dat beoordeeld diende te worden of deze inmenging kon worden gerechtvaardigd.¹⁵⁷ Daarbij kwam het met name aan op de vraag of was voldaan aan het vereiste van een *legitimate aim*. Verzoekers hadden betoogd dat de publieke opinie in Ierland aanzienlijk was gewijzigd sinds 1983. Niet langer was sprake van een situatie waarin het recht op leven van de ongeboren vrucht zijn basis had in *profound moral values concerning the nature of life* in Ierland, zoals het EHRM had overwogen in de *Open Door*-uitspraak.¹⁵⁸ In de *Open Door*-uitspraak werd een klacht dat het anti-abortusbeleid van Ierland in strijd was met het recht op een privéleven verworpen, met als argument dat het anti-abortusbeleid een breed gedragen overtuiging in de Ierse samenleving reflecteerde. Volgens de klaagsters was dat niet langer het geval.

Het EHRM ging niet mee in dit betoog en overwoog dat over de vraag naar hetgeen over dit onderwerp 'moreel' is, binnen de verdragsstaten verschillende opvattingen bestaan. Het is in beginsel aan de verdragsstaten zelf, die in een direct contact staan met hun bevolking, om de "exact content of the requirements of morals" voor het eigen land te beoordelen.¹⁵⁹ Het EHRM overwoog vervolgens dat onvoldoende was aangetoond dat het recht op leven van de ongeboren vrucht niet langer wortelde in "profound moral values concerning

157. *A, B & C t. Ierland*, § 217.

158. EHRM 29 oktober 1992, appl. nr. 14234/88 & 14235/88 (*Open Door and Dublin Well Woman t. Ierland*) § 63.

159. *A, B & C t. Ierland*, § 223. Vaste jurisprudentie sinds EHRM 7 december 1976, appl. nr. 5493/72 (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*): "48. *The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights (judgment of 23 July 1968 on the merits of the "Belgian Linguistic" case, Series A no. 6, p. 35, para. 10 in fine). The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted (Article 26) (art. 26).*

These observations apply, notably, to Article 10 para. 2 (art. 10-2). In particular, it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact →

the nature of life". Het door Ierland bij de onderhavige inmenging in het recht op *private life* nagestreefde doel werd daarop als een *legitimate aim* gekwalificeerd.

Vervolgens beoordeelde het EHRM of de inmenging ook als 'necessary in a democratic society' kon worden beschouwd. Over deze vraag herhaalde het EHRM dat de *margin of appreciation* voor de verdragsstaten in beginsel kleiner is wanneer "a particular important facet of an individual's existence or identity is at stake", maar deze weer ruimer wordt in het geval "there is no consensus within the Member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues".¹⁶⁰ Volgens het EHRM is er weliswaar een consensus waarneembaar onder de verdragsstaten om op ruimere gronden abortus toe te staan dan in Ierland geoorloofd is, maar die consensus kan in het onderhavige geval de *margin of appreciation* niet verkleinen. Veel gewicht komt toe aan het gegeven, aldus het EHRM, dat er geen medische en juridische overeenstemming is over het antwoord op de vraag wanneer het recht op leven begint.¹⁶¹ Het recht op leven wordt beschermd door art. 2 EVRM. Daarmee zijn het recht op leven van de foetus en het recht op *private life* van de moeder onlosmakelijk met elkaar verbonden. Ook al wordt in de meeste verdragsstaten meer gewicht toegekend aan de belangen van de moeder boven die van de vrucht (tot een bepaalde tijd), aan deze bestaande consensus kan in dit geval geen beslissende betekenis toekomen. Daarmee is

content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them. The Court notes at this juncture that, whilst the adjective "necessary", within the meaning of Article 10 para. 2 (art. 10-2), is not synonymous with "indispensable" (cf., in Articles 2 para. 2 (art. 2-2) and 6 para. 1 (art. 6-1), the words "absolutely necessary" and "strictly necessary" and, in Article 15 para. 1 (art. 15-1), the phrase "to the extent strictly required by the exigencies of the situation"), neither has it the flexibility of such expressions as "admissible", "ordinary" (cf. Article 4 para. 3) (art. 4-3), "useful" (cf. the French text of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1) (P1-1), "reasonable" (cf. Articles 5 para. 3 and 6 para. 1) (art. 5-3, art. 6-1) or "desirable". Nevertheless, it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context."

160. *A, B & C t. Ierland*, § 232.

161. In EHRM 8 juli 2004, appl. nr. 53924/00 (*Vo t. Frankrijk*) had het EHRM reeds overwogen: "It follows that the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention, a "living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions" (see *Tyrer v. the United Kingdom*, judgment of 25 April 1978, Series A nr. 26, pp. 15-16, § 31, and subsequent case-law). The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate (see paragraph 83 below) and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life (see paragraph 84 below)."

HOOFDSTUK 3

niet gezegd dat een verbod op abortus steeds automatisch gerechtvaardigd kan worden onder het EVRM.

Het EHRM merkt ten slotte op dat bij de beoordeling van de klachten van A en B moet worden meegewogen dat in Ierland informatie kan worden verkregen over de mogelijkheden om in het buitenland een abortus te ondergaan en er rechtens ook geen belemmeringen zijn voor vrouwen om naar het buitenland te reizen. Mede met het oog daarop oordeelt het EHRM dat de Ierse wetgeving binnen de bandbreedte blijft die de verdragsstaten moet worden gegund.¹⁶²

De klacht van 'C' – die in dezelfde zaak werd behandeld – betrof een bijzonder geval. C had een zeldzame vorm van kanker gehad. Terwijl zij daarvoor nog werd behandeld bleek zij zwanger te zijn. De testen die zij had ondergaan waren niet zonder risico's voor zwangere vrouwen. C klaagde in Straatsburg onder meer dat de Ierse wetgeving onvoldoende mogelijkheden bood om duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of zij in aanmerking zou kunnen komen voor een legale abortus op grond van medische redenen. Ten aanzien van deze klacht werd Ierland wel veroordeeld door het EHRM. Het EHRM constateerde dat er geen juridische ingang was voor de vrouw om zekerheid te verkrijgen over de vraag of sprake was van een levensbedreigende situatie. Daarbij nam het EHRM voorts in aanmerking dat tegen de achtergrond van deze juridische onzekerheid, het Ierse strafrecht een *significant chilling factor* vormde voor zowel de vrouw als de doktoren.¹⁶³ Allen riskeerden serieuze straffen indien later zou worden geoordeeld dat er geen sprake was geweest van een levensbedreigende situatie. Door de afwezigheid van een duidelijke rechtsstructuur had Ierland de verplichting om te zorgen voor een effectieve bescherming van het privéleven (een positieve verplichting onder art. 8 EVRM) geschonden.¹⁶⁴

De uitspraak in de zaak *A, B & C t. Ierland* toont de terughoudendheid van het EHRM waar het betreft onderwerpen waarin verschillende keuzen in de afweging van grondrechten redelijkerwijze te verdedigen zijn. Het EHRM houdt enerzijds rekening met een convergentie van opvattingen binnen de verdragsstaten,¹⁶⁵ maar laat anderzijds ruimte voor fundamentele verschillen

162. *A, B & C t. Ierland*, § 241.

163. *A, B & C t. Ierland*, § 254.

164. *A, B & C t. Ierland*, § 267: "(...) the authorities failed to comply with their positive obligation to secure to the third applicant effective respect for her private life by reason of the absence of any implementing legislative or regulatory regime providing an accessible and effective procedure by which the third applicant could have established whether she qualified for a lawful abortion in Ireland in accordance with Article 40.3.3 of the Constitution."

165. Zie over de 'consensus-methode' van interpreteren door het EHRM: Gerards 2011, p. 74-94.

van opvatting.¹⁶⁶ Een andere koers zou het EHRM ook kwetsbaar maken voor kritiek. Het EHRM zou alsdan het verwijt kunnen worden gemaakt zijn eigen politieke keuzen aan de verdragsstaten op te dringen.

In dat verband kan nog worden opgemerkt dat het EHRM ook zelf de drie waarden die volgens Radbruch het recht heeft te dienen – rechtszekerheid, rechtvaardigheid en doelmatigheid – tegen elkaar heeft af te wegen. Het komt de doelmatigheid van het EHRM niet ten goede als het EHRM ‘al te wilde’ uitspraken zou wijzen en daardoor aan gezag zou verliezen.

Een niet onbelangrijke factor is voorts de astronomische werkvoorraad van het EHRM. Een al te activistische houding van het EHRM zou een nieuwe golf van klachten kunnen uitlokken. De doelmatigheid gebiedt het EHRM ook in dat verband inmiddels enige voorzichtigheid te betrachten. De Nederlandse rechter in het EHRM, Egbert Myer, onderschreef desgevraagd de stelling dat het EHRM zich maar één Salduz-uitspraak per jaar kan veroorloven.¹⁶⁷ Deze omstandigheid geeft het EHRM ook een praktische *incentive* om in gevallen waarin meer keuzen redelijkerwijze verdedigbaar zijn, een verdragsstaat een ruime *margin of appreciation* te gunnen.

3.7.7 Objectiviteit: “It’s law, all the way down”?

In het voorgaande is eerst geconstateerd dat het EHRM over een ruim empathisch vermogen lijkt te beschikken. In de tweede plaats houdt het EHRM rekening met de incommensurabiliteit van waarden. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij het derde vereiste: de beoordeling door het EHRM van hetgeen redelijkerwijze geveerd kan worden van een verdragsstaat onder het EVRM vereist objectiviteit in de oordeelsvorming.

166. In gelijke zin toonde het EHRM zich bij gebrek aan consensus in de verdragsstaten terughoudend bij de beoordeling van de vraag of het EVRM ook het recht op huwen tussen personen van een gelijk geslacht omvat. Zie EHRM 24 juni 2010, appl. nr. 30141/04 (*Schalk & Kopf t. Oostenrijk*), § 105: “*The Court cannot but note that there is an emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couples. Moreover, this tendency has developed rapidly over the past decade. Nevertheless, there is not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes (see Courten, cited above; see also M.W. v. the United Kingdom (dec.), no. 11313/02, 23 June 2009, both relating to the introduction of the Civil Partnership Act in the United Kingdom).*”

167. In een interview antwoordde Egbert Myer op de vraag of het EHRM zich meer dan één Salduz-uitspraak per jaar zou kunnen veroorloven: “*Te veel van dat soort baanbrekende uitspraken, en de bereidheid om op nationaal niveau adequate maatregelen te nemen verdwijnt als sneeuw voor de zon. (...) Ooit schreef ik in het Bulletin over ‘zuinig zijn op Straatsburg’: Straatsburg moet ook zuinig zijn op zichzelf.*” (Lawson & Loof 2010, p. 687).

HOOFDSTUK 3

Volgens Dworkin neemt de rechter ook in hard cases zijn beslissing uitsluitend op basis van het recht. “Its law, all the way down.”¹⁶⁸ Dworkin betoogt dat ook in *hard cases* het recht beslissend is *all the way down*, omdat in de juiste toepassing van de *principles* het antwoord schuilt. Er bestaan in deze opvatting objectief goede en foute uitspraken.

Zoals in paragraaf 3.6.4 is toegelicht, introduceert Dworkin de mythische figuur Hercules als referentiepunt voor de goede beslissing. Hercules is de oneindig knappe en wijze rechter die steeds de goede beslissing weet te nemen. Gewone stervelingen kunnen in *hard cases* evenwel slechts hopen dat hun beslissing de goede is.

In afwezigheid van Hercules wordt het rechterlijke oordeel niet louter bepaald door de logica, maar ook door de redelijkheid. Het oordeel is uiteindelijk deels een *sein* en deels een *sollen*. De wijze van rechtsvinding op het vlak van grondrechten kenmerkt zich veelal door een laag gehalte aan *sein* en een hoog gehalte aan *sollen*.

Holmes heeft erop gewezen dat rechters de vraag naar de meest wenselijke uitkomst mede plegen te beslissen aan de hand van hun eigen ervaring.¹⁶⁹ De ervaring van de rechter betreft uiteraard een persoonlijk referentiepunt.¹⁷⁰ Schuilt in het rechterlijke oordeel – in ieder geval in *hard cases* – daarmee onvermijdelijk een beslissend subjectief element?

In zijn speurtocht naar hetgeen ‘behoort’ in het concrete geval weegt de rechter argumenten en omstandigheden. Wanneer een bestuurder aansprakelijk wordt gesteld wegens onbehoorlijk bestuur zal de rechter dienen te beoordelen of hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daartoe is noodzakelijk dat de rechter zich verplaatst in de bestuurder. Hij zal inzicht (in de diepte) in de redenen dienen te hebben die tot het gedrag hebben geleid dat de bestuurder wordt verweten. Hij zal inzicht (in de breedte) moeten hebben om vast te kunnen stellen in hoeverre een bestuurder ook anders had kunnen handelen. Hij zal in zijn oordeel ook ‘objectiviteit’ moeten betrachten in de zin dat eventuele negatieve gevoelens over de hoogte van de door de desbetreffende bestuurder opgestreken bonus geen rol mogen spelen indien dat gegeven verder niet ter zake doet. De objectiviteit die van een rechter mag worden verwacht is door Alexy als volgt verwoord:

“Subjectively or privately officials may believe or feel whatever they wish. But as soon as they act on behalf of the law, that is, as representatives of the law, they cannot avoid making [a] claim objectively or officially.”¹⁷¹

168. Dworkin 2010, p. 36.

169. Holmes 1897.

170. Vgl. de beroemde ‘sprong’ van Scholten: Scholten 1974, p. 76.

171. Alexy 2010, p. 169.

Objectiviteit in de hiervoor bedoelde zin betekent naar de kern hetzelfde als ‘professionaliteit’. De gedachte dat de rechter niet ‘subjectief’ mag oordelen behelst de idee dat zijn persoonlijke opvattingen geen versturende invloed mogen hebben op zijn oordeelsvorming. Voor een rechtzoekende behoort het niet uit te maken wie de rechter is. Dat zou de uitkomst van een geschil niet mogen beïnvloeden.

De rechter dient derhalve wel te oordelen als mens, maar in de derde persoon, als een redelijk oordelende derde.¹⁷² Wanneer de rechter in bijvoorbeeld *hard cases* zijn ervaring – om met Holmes te spreken – als referentiepunt neemt, betreft het de ervaring van de *professional*. Als *professionals* betrekken de rechters van het EHRM bijvoorbeeld in hun oordeel de omstandigheid of er dan niet consensus bestaat over een bepaald onderwerp, zonder hun individuele voorkeur daarvoor in de plaats te stellen.¹⁷³

Gesteld voor de vraag hoe een grondrecht in een concreet geval dient te worden verstaan komt het er voor het EHRM op aan te bepalen hetgeen (op dit moment) redelijkerwijze van een verdragsstaat kan worden geveerd. Bij de beoordeling van die vraag vergt het vereiste van objectiviteit dat daarbij niet het persoonlijke beeld van hoe de wereld eruit zou moeten zien van de in de zetel zittende rechters bepalend is, maar hetgeen zij menen dat in redelijkheid ook door een kundige derde zou worden geoordeeld.

Het voorgaande neemt niet weg dat de rechter zich uiteindelijk zelf een horizon heeft te vormen waarin alle relevante informatie is verwerkt, om binnen dat referentiekader tot een oordeel te komen. De rechter zal daarbij op een kompas varen dat is gevormd door zijn ervaring als rechter maar ook als mens. Het is aan de rechter om ervoor te zorgen dat al te particuliere ervaringen het kompas niet op een al te bijzondere wijze doen uitslaan.

De werking van dit kompas zal zich soms niet volledig in taal naar bevrediging laten articuleren. In zoverre bestaat de ‘ervaring’ dan uit een ‘gevoel’. Met zijn ratio onderscheidt de rechter de valide van de minder valide argumenten. Het ‘gevoel’ refereert aan het proces waarbij de verschillende valide argumenten van beide partijen tegen elkaar worden afgewogen. De rechter zal daarbij niet anders kunnen dan zijn ervaring – die zich nooit ten volle laat expliciteren in taal – als referentiekader te nemen. Zo kan ook de ‘vaagheid’ die eigen is aan een term als ‘gevoel’ worden verklaard.

Het ‘gevoelsmatige’ element in de oordeelsvorming maakt het rechterlijke oordeel nog niet tot een esthetisch oordeel van persoonlijke aard, vergelijkbaar

172. Volgens Nieuwenhuis (1976, p. 499) geldt voor de rechter een variatie op de categorische imperatief van Kant: “*Beslis steeds zo, dat Gij kunt willen dat iedere rechter bij de beslissing van vergelijkbare geschillen Uw beslissing tot richtsnoer neemt.*”

173. Vgl. bijv. EHRM 8 juli 2004, appl. nr. 53924/00 (*Vo t. Frankrijk*), § 84: “*At European level, the Court observes that there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus (see paragraphs 39-40 above).*”

HOOFDSTUK 3

met een voorkeur voor Vermeer boven Rembrandt. Noch maakt het gegeven dat de werking van het eigen kompas zich soms niet geheel in taal laat uitdrukken het rechterlijk oordeel ‘irrationeel’.¹⁷⁴ Ook niet ten dele. Het tegenovergestelde van het redelijke rechterlijke oordeel is het onredelijke rechterlijke oordeel. Onredelijk omdat aan het oordeel een belangenafweging ten grondslag ligt – die heel wel rationeel kan zijn – die niet getuigt van een evenwichtige weging van de op het spel staande belangen. Een dergelijk oordeel hoeft niet irrationeel te zijn. Ik breng in herinnering het voorbeeld van Hume over de keuze om het krabben aan de eigen vinger te verkiezen boven het voorkomen van het einde van de wereld.

Aristoteles reserveerde de term ‘niet rationeel’ voor dat gedeelte van de ziel waar ons verstand geen grip op heeft, zoals gevoelens van honger en dorst. Naast de categorie niet rationale gevoelens onderscheidt Aristoteles gevoelens waar de rede wel vat op heeft, die verbonden zijn met gedachten.¹⁷⁵ ‘Irrationeel’ en ‘gevoelsmatig’ zijn geen inwisselbare begrippen. Het rechterlijke gevoel zal steeds zijn opgebouwd uit tal van cognitieve elementen. Het rechterlijke oordeel betreft – tenzij de rechter een muntje opwerpt – een gereflecteerd oordeel, een oordeel dat zich vormt terwijl hij kennis neemt van alle omstandigheden van het geval en deze weegt.¹⁷⁶

Het vereiste van objectiviteit eist ook dat over een oordeel is nagedacht, zowel in de breedte als in de diepte. De uitkomst moet zich op een acceptabele wijze verhouden tot het rechtssysteem en zelf moet de uitkomst ook acceptabel zijn.

Het vereiste van objectiviteit brengt ten slotte mee dat een rechter zijn eigen inzicht over hoe de zaak zou moeten worden beslist ook opzij kan zetten wanneer in een vergelijkbaar geval reeds anders is beslist. Als *professional* dient de rechter zich te oriënteren op eerder gewezen uitspraken en daarbij zo goed mogelijk aansluiting te zoeken.

Voor het EHRM geldt evenwel dat de normen zoals die in het EVRM zijn neergelegd de rechters veel ruimte laten en de meeste zaken worden beslist met een op de zaak zelf toegesneden motivering. Voor zover eerdere uitspraken de beslissing een bepaalde kant op sturen, bestaat er ten slotte nog de mogelijkheid om het EVRM als een *living document* te beschouwen, hetgeen het EHRM de ruimte laat om een andere koers te gaan varen. Tegen deze achtergrond is het dan ook goed om in herinnering te brengen dat de *Grand Chamber*-uitspraken

174. Een oordeel blijft rationeel zolang een beslissing is genomen op grond van bepaalde redenen. Over de vraag waarom die redenen de doorslag hebben gegeven, zal men kunnen debatteren. Vgl. Nieuwenhuis 1976, p. 509.

175. Zo kan een bepaalde gedachte een gevoel genereren, bijvoorbeeld een angst: als je in het donker een slang denkt te zien, en vervolgens herinner je dat je daar een stuk touw hebt neergelegd, verdwijnt je angst. Over de cognitieve kant van emoties zie bijv. Nussbaum 2001.

176. Zie hierover ook Loth & Gaakeer 2002, p. 34 en 35.

met zeventien rechters worden gewezen. Het risico dat al te particuliere inzichten de overhand kunnen krijgen wordt daarmee beperkt.

3.8 Slotopmerking

In het voorgaande heb ik aan de hand van het denken van Dilthey geïllustreerd dat men in het recht twee normatieve krachten kan onderscheiden. In de eerste plaats geven rechtsregels normen. Daarnaast veronderstellen sommige rechtsregels – de open normen – dat mensen in een concreet geval weten wat zij behoren te doen. Open normen veronderstellen – wellicht is ‘eisen’ wel een beter woord – dat alle rechtssubjecten ‘redelijke mensen’ zijn, met een normatief vermogen, die in concrete gevallen kunnen inzien dat zij bijvoorbeeld geen kelderluik in de gang van een donker café dienen open te zetten.

Grondrechten zijn doorgaans geformuleerd als zeer open normen. Daarmee doen zij in het bijzonder een beroep op het vermogen van de verdragsstaten, rechters en de onderdanen van de verdragsstaten in het concrete gevallen uit de algemene norm te kunnen afleiden hetgeen in het concrete geval behoort.

Loth en Gaakeer hebben – geïnspireerd door Radbruch – het proces van rechtsvinding getypeerd als een spanningsveld met drie hoeken die worden gevormd door de waarden die het recht heeft te behartigen: de rechtszekerheid, de rechtvaardigheid en de doelmatigheid.¹⁷⁷ Van grondrechten verlangt men vooral dat deze bijdragen aan het realiseren van de waarden van rechtvaardigheid en doelmatigheid. De rechtszekerheid is daaraan ondergeschikt. Zolang de rechtszekerheid de rechtvaardigheid dient, is er geen conflict.¹⁷⁸ Anders gaat de rechtvaardigheid als belang doorgaans voor.

Grondrechten hebben niet zelden een moeilijke verhouding met het belang van de rechtszekerheid. Een eigenschap van grondrechten is dat zij enerzijds als fundamenteel worden beschouwd en tegelijkertijd slechts in abstracte concepten kunnen worden gecommuniceerd. Jonsen en Toulmin hebben ooit opgemerkt dat mensen het veelal snel eens zijn wanneer zij worden gevraagd te oordelen in een concrete casus, maar zodra zij het eens dienen te worden over de achterliggende principes de discussie los barst.¹⁷⁹ Bij grondrechten lijkt het voorgaande juist op omgekeerde wijze te gelden. In abstracto vindt een ieder het recht op de vrijheid van meningsuiting belangrijk. Over de vraag hetgeen in concreto daaronder nog kan worden geschaard, kan flink worden gediscussieerd.¹⁸⁰

177. Zie Loth & Gaakeer 2002, p. 60.

178. Zo eist het EHRM in het belang van de rechtszekerheid dat inbreuken die worden gemaakt op het genot van eigendom voorzien zijn bij wet.

179. Zie Loth & Gaakeer 2002, p. 35.

180. Zie bijvoorbeeld de discussie over de vraag of het ophangen van een poster met de tekst ‘stop het gezwel dat Islam heet’ strafbaar is, welke vraag aan de orde was in HR 10 maart 2009, LJN BF0655.

HOOFDSTUK 3

Grondrechten zijn bedoeld om uitdrukking te geven aan fundamentele waarden, waarden die men in vrijheid moet kunnen nastreven. De vraag naar de mate waarin men die vrijheid dient te genieten en welke vrijheid heeft te prevaleren wanneer die van de één met die van een ander botst, kan slechts contextafhankelijk worden beantwoord. Juist omdat grondrechten onze vrijheid beogen te beschermen dient zorgvuldig te worden gezien (van geval tot geval) wanneer een beperking daarop toelaatbaar is. Het gewicht van de waarden die grondrechten beogen te beschermen maakt dat het formuleren van ‘*hard and fast rules*’ bij de toepassing van grondrechten, al snel als ‘te hard’ zal worden ervaren. *Hard and fast rules* zijn weliswaar zeer effectief ter bevordering van de rechtszekerheid, maar lijken de fragiele natuur van de menselijke waardigheid – waar Nussbaum aan refereert in de titel van haar boek *The Fragility of Goodness* – te miskennen. Men kan dat terugzien in de jurisprudentie van het EHRM, waaruit blijkt dat het EHRM het belang van de verzoeker en het belang van de staat op een zorgvuldige wijze pleegt te wegen.

Hetgeen in rechte wordt gewogen zijn de omstandigheden van het geval. Grondrechten kun je niet wegen. Grondrechten geven in abstracto uiting aan wat *in het algemeen* van waarde wordt geacht. Het EHRM beoordeelt of hetgeen de verdragsstaat als van waarde heeft laten prevaleren in het concrete geval, een met het EVRM verenigbare keuze betreft.¹⁸¹ Het oordeel over het beschermingsbereik van een grondrecht en de vraag of een grondrecht in een concreet geval is geschonden zal daarbij worden ingekleurd door een opvatting omtrent wat ‘behoort’ in de casus zoals die voorligt, in een democratische en beschaafde samenleving. Wat kon men redelijkerwijze eisen van de staat?

Nu de (zeer) open normen van het EVRM zich maar beperkt laten omlijnen – in het licht van het primaat van de omstandigheden van het geval – kan het EHRM ook bezwaarlijk anders dan van geval tot geval beoordelen of een grens van hetgeen nog toelaatbaar is onder het EVRM (en de bijbehorende protocollen) is overschreden. Dat leidt als vanzelf tot op de individuele casus toegesneden uitspraken.

Deze casuïstische wijze van rechtsvinding is uiteraard niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid. De functie die het EHRM heeft te vervullen brengt mee dat deze ook niet de hoogste prioriteit kan genieten. Van het trio rechtszekerheid, rechtvaardigheid en doelmatigheid zijn het vooral de rechtvaardigheid en doelmatigheid die zwaar wegen voor het EHRM. Het belang van de rechtvaardigheid spreekt voor zich, aangezien het EHRM het beschermen van de menselijke waardigheid als kerntaak beschouwt. Het EHRM toetst dan ook streng aan de ‘lijf en leden’ artikelen van EVRM. Waar het de niet-absolute

181. Smith 2006.

rechten van het EVRM betreft, laat het EHRM de lidstaten juist veel vrijheid.¹⁸² De artikelen die in deel II zullen worden onderzocht behoren alle tot de categorie van de niet-absolute rechten. Met betrekking tot deze – niet tot de categorie ‘lijf en leden’ behorende – artikelen geldt dat niet iedere beperking direct aan gevoelens van rechtvaardigheid zal raken.

Het belang van doelmatigheid behoeft wellicht enige uitleg. Waar de rechtvaardigheid het EHRM soms tot opvallende uitspraken beweegt, zorgt het belang van doelmatigheid ervoor dat het EHRM de verdragsstaten juist ook vaak een ruime *margin of appreciation* gunt. Zoals reeds opgemerkt loopt het EHRM met een al te activistische houding het risico dat zijn uitspraken aan gezag inboeten. Daarnaast dreigt het EHRM bij zo’n houding te verdrinken in zijn eigen werkvoorraad. Het beeld dat opstijgt uit de jurisprudentie van het EHRM is dan ook dat het EHRM slechts tot een veroordeling komt als er iets ‘echt mis is’. In gevallen die geen schoonheidsprijs verdienen, maar het resultaat niet als werkelijk onrechtvaardig wordt gezien – in het volgende hoofdstuk volgen voorbeelden – pleegt het EHRM doorgaans geen veroordeling uit te spreken.

Het zijn derhalve met name de belangen van de rechtvaardigheid en doelmatigheid die in de jurisprudentie van het EHRM zwaar lijken te wegen. Mede in het licht van deze belangen kan men in de uitspraken van het EHRM drie ‘kwaliteitseisen’ vinden. Drie elementen waar het EHRM zich steeds rekenschap van dient te geven.

Teneinde op een adequate wijze de menselijke waardigheid te beschermen, is in de eerste plaats inzicht in de positie van de klager nodig. De klager kan zowel een natuurlijk persoon als een rechtspersoon zijn. Rechtspersonen die geen eerlijk proces hebben gekregen of wiens rechten op eigendom met voeten worden getreden krijgen in Straatsburg net als natuurlijke personen de kans hun verhaal te doen.

Voorts dient het EHRM inzicht te hebben in de omstandigheden en alternatieven die voorhanden waren, hetgeen wat ik heb genoemd ‘inzicht in de breedte’ vergt. Wanneer bijvoorbeeld een vennootschap in Straatsburg zou klagen dat een door de Ondernemingskamer getroffen onmiddellijke voorziening inbreuk maakt op de statuten, dient het EHRM ter beoordeling van deze klacht enig zicht te hebben op de alternatieven die de Ondernemingskamer voor handen had.

182. Niet absolute rechten worden ook wel aangeduid als ‘relatieve rechten’, zie Vande Lanotte & Haeck, deel 1, 2005, p. 92& 93. Absolute rechten kunnen niet worden beperkt. Van de enkelvoudig absolute rechten mag wel in tijd van oorlog worden afgeweken. Van tweevoudig absolute rechten mag nimmer worden afgeweken (bijv. het verbod van slavernij van art. 4 lid 1 EVRM). Op relatieve rechten zijn inbreuken mogelijk, wanneer deze kunnen worden gerechtvaardigd. Bij absolute rechten is de reikwijdte gelijk aan de beschermingsomvang. Binnen de reikwijdte zijn inbreuken niet geoorloofd.

HOOFDSTUK 3

Ten slotte dient het EHRM objectiviteit na te streven. Dat houdt in dat ruimte dient te worden gelaten aan verschillende opvattingen, met name wanneer deze verschillende opvattingen alle redelijkerwijze te verdedigen zijn. Zo zal het EHRM wanneer een verdragsstaat overgaat tot het nationaliseren van een bank de betrokken verdragsstaat een zeer ruime marge laten waar het betreft de noodzaak om de aandeelhouders te onteigenen. In beginsel is het aan de verdragsstaat om te bepalen wat in het nationaal belang is.

De rechtsfilosofische exercitie komt hier tot een einde. Getracht is globaal duidelijk te maken dat de idee achter het EVRM – het bewaken van de grenzen van de beschaafde samenleving – van belang is voor de wijze waarop het EHRM het EVRM uitlegt en zaken beslist. Wanneer men zich gesteld ziet voor de vraag of een bepaald geval de toets van het EHRM zal kunnen doorstaan is het nuttig dit in het achterhoofd te houden.

Wanneer die grenzen van de rechtsstaat worden overschreden is het EHRM bereid gebleken het EVRM extensief te interpreteren. Anderzijds pleegt het EHRM, zoals in deel II nog aan de orde komt, de verdragsstaten de nodige ruimte te laten in gevallen waarin deze grens niet zo scherp valt te trekken. Het is tegen deze achtergrond dat in deel II zal worden gezien in hoeverre het EVRM de bepalingen van Boek 2 BW beïnvloedt.

Deel II – Het EVRM en het Nederlandse ondernemingsrecht

Hoofdstuk 4. Artikel 1 Eerste Protocol

4.1 Inleiding

In 2005 bracht Tele2 een bod uit op de (beursgenoteerde) aandelen Versatel. In het biedingsbericht kondigde Tele2 aan na gestanddoening van het bod de overgebleven aandeelhouders uit te willen stoten. Om de uitkoopprocedure te kunnen toepassen was Tele2 voornemens de grootte van het belang van de overgebleven aandeelhouders eerst te verminderen tot minder dan 5% door middel van een fusie.¹ Vervolgens zouden de overgebleven aandeelhouders worden uitgekocht met behulp van de uitkoopregeling, zo werd aangekondigd in het biedingsbericht.

Enkele aandeelhouders (waaronder het *hedgefund* Centaurus) vonden het bedrag dat voor een aandeel werd geboden in het openbare bod van Tele2 te laag. Daarnaast maakten zij bezwaar tegen het plan van Tele2 om eventuele overblijvende aandeelhouders uit de vennootschap 'te zetten' met behulp van een juridische fusie. Volgens de wet mag een aandeelhouder pas indien hij een belang heeft van 95% de overige aandeelhouders uitkopen.² De aankondiging van Tele2 dat wanneer minder dan 95% van het aandelenkapitaal zou worden verworven, het belang van de overgebleven aandeelhouders eerst door middel van een fusie zou worden verminderd en vervolgens zou worden uitgekocht, achtte Centaurus onrechtmatig.

Centaurus legde de zaak voor aan de Hoge Raad. Eén van de vragen die daarbij aan de orde kwam, betrof de vraag of art. 1 EP noopt tot een zodanige uitleg van de fusie- en de uitkoopregeling dat de (voorgenomen) handelwijze van Tele2 op voorhand als onrechtmatig moet worden aangemerkt.

De strijd tussen Centaurus en Tele2 illustreert de wijze waarop art. 1 EP van belang kan zijn voor het ondernemingsrecht. Het toegenomen aandeelhouders-activisme in het ondernemingsrecht zorgt voor meer conflicten tussen bij de vennootschap betrokken partijen. Bij het beslechten van dergelijke geschillen vormen de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) een belangrijke maatstaf.³

-
1. Tele2 overwoog een driehoeksfusie tot stand te brengen, waarbij Versatel zou opgaan in een groepsmaatschappij van Tele2 tegen uitgifte van aandelen in een andere groepsmaatschappij waarin ook andere deelnemingen waren ondergebracht.
 2. Art. 2:92a BW (voor de NV) en art. 2:201a BW (voor de BV).
 3. Vgl. bijv. HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 m.nt. Ma (*ABN AMRO*), rov. 4.8.

HOOFDSTUK 4

In hun preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht over de invloed van art. 1 EP op het Nederlandse burgerlijk recht komen Barkhuysen en Van Emmerik enerzijds en Ploeger anderzijds tot enigszins tegengestelde conclusies over de betekenis van art. 1 EP voor het privaatrecht.⁴ Barkhuysen en Van Emmerik zijn aanmerkelijk positiever over de betekenis van art. 1 EP voor het civiele recht, dan Ploeger.

Ploeger lijkt de mening toegedaan dat art. 1 EP als norm geen zelfstandige betekenis heeft naast de redelijkheid en de billijkheid en het leerstuk van misbruik van recht.⁵ Ploeger wijst er voorts op dat het recht op bescherming van eigendom een norm betreft die geschreven is voor de verticale verhouding tussen de staat en de burger. Een ongelijke verhouding waarin het niet zonder belang is dat er duidelijke grenzen bestaan. Ploeger meent ook dat de begrippen “fair balance” en “general interest” geen betekenis meer hebben in private verhoudingen.⁶ Dat zijn prikkelende stellingen.

In dit hoofdstuk komt aan de orde de vraag in hoeverre art. 1 EP de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW als maatstaf kan inkleuren. Voorts wordt bezien in hoeverre art. 1 EP eventueel anderszins grenzen stelt aan de uitoefening van rechten en bevoegdheden door organen of personen in het ondernemingsrecht.

4.2 Art. 1 Eerste Protocol, een introductie

4.2.1 *Een schets van de geschiedenis*

Op het moment dat op 4 november 1950 namens Nederland in Rome het EVRM werd ondertekend vormde de bescherming van het recht op eigendom nog geen onderdeel van het Verdrag. Een bescherming van het recht op (privaat) eigendom betrof een heikel punt in de onderhandelingen bij de totstandkoming van het EVRM.⁷ Enerzijds werd de bescherming van privaat bezit essentieel geacht, aangezien het gebrek aan respect voor eigendomsrechten steeds een kenmerk was gebleken van totalitaire regimes, zoals die van nazi-Duitsland en de Sovjet Unie. Anderzijds bestond de vrees bij enkele staten dat eigendomsbescherming in de weg zou kunnen staan aan de mogelijkheid een onderneming te nationaliseren om sociaal-politieke redenen. Uiteindelijk is

4. Ploeger 2005, p. 120. Zie over dit verschil ook Grosheide en Van Maanen 2005, p. 143, die het verschil in uitkomst koppelen aan het verschil in de door de auteurs gekozen invalshoek ten aanzien van de vraag naar de horizontale werking van grondrechten.

5. Ploeger 2005, p. 120.

6. Ploeger 2005, p. 115.

7. Haack 2006, p. 166, met verdere verwijzingen met betrekking tot de wordingsgeschiedenis van art. 1 EP.

ARTIKEL 1 EERSTE PROTOCOL

het recht op eigendom niet opgenomen in het EVRM zelf, nadat een voorstel daartoe op veel verzet stuitte van onder andere het Verenigd Koninkrijk.⁸

Het recht op een ongestoord genot van eigendom materialiseerde zich ongeveer twee jaar later, met het van kracht worden van art. 1 EP bij het EVRM.⁹ Inmiddels is art. 1 EP één van de artikelen waar het EHRM de meeste klachten over ontvangt.¹⁰ De eerste alinea van art. 1 EP luidt als volgt:

“Tedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.”¹¹

De ratio van art. 1 EP is dat het belang van allen vereist dat het recht op eigendom door de staat wordt beschermd.¹² “Homo homini lupus”, citeerde Hobbes ooit.¹³ De staat, als hoeder van het algemene belang, dient de eigendomsrechten van zijn onderdanen te beschermen en eigendomsrechten zelf ook te respecteren.

Het algemeen belang kan er ook toe nopen dat de staat inbreuk moet maken op eigendomsrechten.¹⁴ Het heffen van belastingen is onvermijdelijk. In de tweede paragraaf van art. 1 EP wordt tot uitdrukking gebracht dat de staat ook inbreuk mag maken op eigendomsrechten wanneer dit noodzakelijk is:

“De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren, te houden onder voorwaarden die de vrije meningsuiting van het volk bij het kiezen van de wetgevende macht waarborgen.”

De opmerkelijke lezer is het wellicht al opgevallen dat de tekst van art. 1 EP zuiver tekstueel gezien noch een recht op eigendom, noch een recht op schadevergoeding bij ontneming van eigendom omvat. Zowel het voorstel om in de tekst op te nemen dat *all individuals and corporate bodies are entitled*

8. Vande Lanotte & Haeck 2004, deel 2, p. 303.

9. Het Eerste Protocol dateert van 20 maart 1952, ratificatie van het Eerste Protocol geschiedde door Nederland op 31 augustus 1954.

10. Vgl. de *table of violations*, <<http://www.echr.coe.int>>

11. Officiële vertaling, de authentieke tekst luidt in het Frans of Engels. Bijzonder aan de formulering van art. 1 EP is dat het de enige bepaling in het EVRM is waarin ook expliciet rechtspersonen worden genoemd als entiteiten die onder het beschermingsbereik van het artikel vallen.

12. Het Handvest van de grondrechten van de EU heeft in art. 17 een met art. 1 EP corresponderend artikel.

13. De mens is voor zijn medemens een wolf. Een citaat van Plautus, aangehaald door Hobbes in: *Leviathan*, hfdst. 13.

14. Art. 1 EP behoort tot de categorie niet-absolute rechten van het EVRM, ook wel aangeduid als ‘relatieve rechten’, zie Vande Lanotte & Haeck, deel 1, 2005, p. 92-93.

HOOFDSTUK 4

to respect for their property, alsmede het voorstel de ontneming van eigendom *subject to a fair compensation* te doen zijn, zijn in de onderhandelingen gestrand op verzet van de Britse regering.¹⁵ Als compromisvoorstel is uiteindelijk gekozen voor de frasering *subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law*.

Het voorgaande heeft het EHRM er niet van weerhouden art. 1 EP inmiddels op een zodanige wijze uit te leggen dat *de facto* de verworpen tekstvoorstellen wel onderdeel uitmaken van de in art. 1 EP neergelegde norm. Daar dient aan toegevoegd te worden dat – zoals Tjepkema in zijn dissertatie terecht opmerkt – het EHRM de politieke dimensie van dit recht steeds in het oog is blijven houden.¹⁶

4.2.2 De toetsing aan art. 1 EP

Bij een klacht dat art. 1 EP is geschonden pleegt het EHRM eerst de volgende drie vragen te bezien. In de eerste plaats wordt onderzocht of de beweerdelijke inbreuk wel betrekking heeft op een *possession*. Vervolgens wordt beoordeeld of sprake is van een inmenging (een *interference*) in een eigendomsrecht. De laatste vraag is of deze inmenging gerechtvaardigd kan worden.

Bij de toetsing aan art. 1 EP pleegt het EHRM voorop te stellen – sinds *Sporrong & Lönnroth t. Zweden* – dat uit art. 1 EP drie regels kunnen worden afgeleid:¹⁷

15. Zie meer uitvoerig: Tjepkema 2010, p. 612-613.

16. Tjepkema 2010, p. 614.

17. De standaardoverweging van het EHRM waarin de strekking van art. 1 EP wordt weergegeven is:

“Article 1 of Protocol No. 1, which guarantees the right to the protection of property, contains three distinct rules: “the first rule, set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of the peaceful enjoyment of property; the second rule, contained in the second sentence of the first paragraph, covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; the third rule, stated in the second paragraph, recognises that the Contracting States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest...”

*The three rules are not, however, ‘distinct’ in the sense of being unconnected. The second and third rules are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property and should therefore be construed in the light of the general principle enunciated in the first rule”, EHRM 11 januari 2007, appl. nr. 73049/01, NJ 2008, 534 m.nt. Gielen (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*), § 62. De eerste alinea is vaste jurisprudentie sinds EHRM 23 september 1982, appl. nr. 7151/75 & 7152/75 (*Sporrong and Lönnroth t. Zweden*), § 61. De tweede alinea is vaste jurisprudentie sinds EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).*

- (i) het uitgangspunt dat eigendomsrechten ongestoord dienen te kunnen worden genoten;
- (ii) de regel dat de ontneming van eigendomsrechten is onderworpen aan zekere voorwaarden; en
- (iii) het recht van de staat tot regulering van eigendomsrechten in het algemeen belang.

Daarbij pleegt het EHRM voorop te stellen dat deze drie regels niet geïsoleerd mogen worden beschouwd. De tweede en derde regel dienen te worden begrepen in het licht van principe zoals dat door de eerste regel wordt verwoord.¹⁸

In *Sporrong & Lönnroth t. Zweden* introduceerde het EHRM voorts de eis dat bij de vraag of een inmenging kon worden gerechtvaardigd in het kader van een algemeen belang, sprake diende te zijn van een *fair balance*.¹⁹ De mate waarin iemand in zijn eigendomsgenot wordt gestoord moet in een proportionele verhouding staan tot hetgeen met de inbreuk makende handeling is beoogd ter bevordering van het algemene belang.

4.2.3 Het begrip possessions

Bij een klacht dat art. 1 EP is geschonden beziet het EHRM in de eerste plaats de vraag of het beweerdelijk geschonden recht kwalificeert als ‘eigendom’ in de zin van art. 1 EP. Het begrip eigendom – in de officiële teksten *possessions* of *biens* – wordt door het EHRM ruim uitgelegd.²⁰ De Nederlandse vertaling met het woord ‘eigendom’ is enigszins misleidend omdat in de authentieke talen van het verdrag de begrippen *possessions* en *biens* beide een ruimere betekenis

18. Zie bijv. EHRM 9 december 1994, appl. nr. 13092/87 & 13984/88, NJ 1996, 374 m.nt. EAA (*Holy Monasteries t. Griekenland*), § 56.

19. Het *fair balance*-vereiste geldt ten aanzien van alle grondrechten waarop een inmenging onder voorwaarden wordt aanvaard. Zij is “*inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1 (P1-1)*.”, aldus het EHRM in *Sporrong & Lönnroth t. Zweden*, § 69.

20. Door de Hoge Raad is de ruime uitleg van het eigendomsbegrip erkend in HR 16 november 2001, NJ 2002, 469 m.nt. TK (*Varkensrechten*), met name rov. 6.1.2 en rov. 6.1.3., waarin de Hoge Raad bevestigde dat rechten op het mogen produceren van mest zijn aan te merken als *possessions* in de zin van art. 1 EP, althans in samenhang met het onder de vergunning uitgeoefende bedrijf. De Hoge Raad verwijst daarbij naar de conclusie van plv. A-G Mok voor het arrest dat een overzicht bevat van de jurisprudentie van het EHRM over de uitleg van het begrip eigendom. Zie voor een helder overzicht bijv.: Jacobs/White & Ovey 2006, p. 349-358. Zie ook HR 2 september 2011, AB 2011, 369 m.nt. Van Ommeren (*Varkensrechten II*).

HOOFDSTUK 4

hebben dan in het Nederlandse recht onder ‘eigendom’ wordt verstaan.²¹ De term eigendom omvat in het Nederlandse recht in beginsel immers alleen zaken.²²

Het is vaste jurisprudentie van het EHRM om begrippen uit het EVRM ‘autonoom’ uit te leggen.²³ Dat betekent dat niet van belang is wat naar nationaal recht onder het begrip eigendom wordt verstaan.²⁴ Een moeilijkheid bij de bepaling van wat onder *possessions* in de zin van art. 1 EP dient te worden verstaan vormt de omstandigheid dat het EHRM geen algemene regel hanteert om dit begrip te omlijnen. Van geval tot geval beziet het EHRM of een bepaald recht kwalificeert als een *possession*.²⁵

Als maatstaf hanteert het EHRM in ieder geval steeds de eis dat het moet gaan om een *substantive interest*.²⁶ Uitgangspunt is verder dat alleen bestaande rechten als *possessions* kunnen gelden.²⁷ Toekomstige rechten vallen niet onder art. 1 EP. Het verlies aan goodwill doordat regelgeving verandert op grond waarvan een inkomensderving zal plaatsvinden betreft bijvoorbeeld geen

-
21. Hetgeen Alkema tot de verzuchting heeft geleid: “*Art. 1 is civielrechtelijk gezien een warboel. Dat wordt in de hand gewerkt door discrepanties tussen de beide authentieke teksten, Frans en Engels, waarbij de klassieke eigendomsrechten en allerlei daarmee verwante en daarvan afgeleide aanspraken door elkaar lopen.*” Zie zijn noot na *Depalle t. Frankrijk*, NJ 2011, 214.
 22. Vgl. art. 5:1 BW.
 23. Een standaard overweging van het EHRM betreft de volgende: “*The concept of “possessions” in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to the ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as “property rights”, and thus as “possessions” for the purposes of this provision. The issue that needs to be examined in each case is whether the circumstances of the case, considered as a whole, conferred on the applicant title to a substantive interest protected by Article 1 of Protocol No. 1.*” Vgl. EHRM 25 maart 1999, appl. nr. 31107/96, JB 1999, 163 m.nt. AWH (*Iatridis t. Griekenland*), § 54 en EHRM 11 januari 2007, appl. nr. 73049/01, NJ 2008, 534 m.nt. Gielen (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*), § 63. Zie verder: Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 20; en Vande Lanotte & Haeck 2004, deel 2, p. 318.
 24. Niet van belang is dan ook de definitie van artikel 5:1 BW, volgens welk artikel eigendom het meest omvattende recht is dat een persoon op een zaak kan hebben.
 25. Zie Schutte 2004, p. 35 e.v.
 26. EHRM 23 november 2000, appl. nr. 25701/94 (*The Former King of Greece and others t. Griekenland*) en recent bijv. in EHRM 11 januari 2007, appl. nr. 73049/01, NJ 2008, 534 m.nt. Gielen (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*), § 63.
 27. De enkele verwachting dat men een bepaald salaris zal blijven verdienen is bijvoorbeeld onvoldoende: EHRM 19 april 2007, appl. nr. 63235/00, AB 2007, 317 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Vilho Eskelinen e.a./Finland*), § 94. Salaris dat reeds is verdiend, betreft wel een *possession*, zie EHRM 20 mei 2010, appl. nr. 55555/08, AB 2010, 305, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Lelas t. Kroatië*), § 58.

possession.²⁸ Ook toekomstige inkomsten die nog niet zijn verdiend, betreffen geen *possession*.²⁹

Rechten waarop een ‘gerechtvaardigde verwachting’ (*legitimate expectation*) bestaat kunnen wel als een *possession* worden aangemerkt.³⁰ Daaronder valt bijvoorbeeld verwachting die men kan ontlenen aan een bonus-afspraken. Indien het behalen van bepaalde doelen recht geeft op een bonus, betreft de aanspraak op de bonus, wanneer wordt voldaan aan de gestelde voorwaarden, een *legitimate expectation*.³¹ Ook de gerechtvaardigde verwachting dat men aanspraak kan maken op schadevergoeding valt onder het eigendomsbegrip.³² Het aanvaarden dat ook rechten die men nog niet heeft, maar waarop wel een *legitimate expectation* bestaat, onder het bereik van art. 1 EP vallen, past in de materiële opvatting van het eigendomsbegrip zoals het EHRM dat hanteert.

Het gevolg van de materiële benadering van het eigendomsbegrip is dat vrij snel sprake is van een *possession* in de zin van art. 1 EP. Vrijwel alle

-
28. EHRM 25 januari 2000, appl. nr. 37683/97 (*Ian Edgar (Liverpool) Ltd. t. het Verenigd Koninkrijk*): “The Court notes that the Commission has in the past held that goodwill may be an element in the valuation of a professional practice, but that future income itself is only a “possession” once it has been earned, or an enforceable claim to it exists (No. 10438/83, *Batelaan and Huiges v. the Netherlands*, Dec. 3.10.84, D.R. 41, p. 170). The Court considers that the same must apply in the case of a business engaged in commerce. In the present case, the applicant refers to the value of its business based upon the profits generated by the business as “goodwill”. The Court considers that the applicant is complaining in substance of loss of future income in addition to loss of goodwill and a diminution in value of the company’s assets. It concludes that the element of the complaint which is based upon the diminution in value of the business assessed by reference to future income, and which amounts in effect to a claim for loss of future income, falls outside the scope of Article 1 of Protocol No. 1.”
29. Zie bijv. EHRM 6 februari 2003, appl. nr. 71360/01 (*Wendenburg t. Duitsland*): “Referring to its previous case law, the Court notes that insofar as it concerns a loss of future income, the applicants’ complaint falls outside the scope of Article 1 of Protocol No. 1, which is not applicable to future earnings, but only to existing possessions, that is to say income once it has been earned or where an enforceable claim to it exists (...)”.
30. EHRM 28 september 2004, appl. nr. 44912/98 (*Kopecky t. Slowakije*), § 35: “(...) “Possessions” can be either “existing possessions” or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a “legitimate expectation” of obtaining effective enjoyment of a property right. By way of contrast, the hope of recognition of a property right which it has been impossible to exercise effectively cannot be considered a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, nor can a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfilment of the condition (...)” Een adellijke titel is geen *possession* en ook de eigen verwachting de adellijke titel ten gelde te kunnen maken betreft geen *legitimate expectation*: EHRM 28 oktober 1999, appl. nr. 41127/98 (*Cierva Osorio de Moscovo t. Spanje*).
31. Een ander voorbeeld betreft de aanspraak op subsidiegelden die ontstaat door een beschikking tot subsidieverlening EHRM 18 mei 2010, appl. nr. 16021/02, AB 2010, 189 m.nt. Barkhuysen & Den Ouden (*Plalam t. Italië*).
32. EHRM 6 oktober 2005, appl. nr. 11810/03, NJ 2006, 464, m.nt. Boon (*Maurice t. Frankrijk*).

HOOFDSTUK 4

aanspraken die een zekere waarde vertegenwoordigen vallen onder het eigendomsbegrip. Zo kan bijvoorbeeld ook de waarde van een vergunning, als een nevenrecht dat een waarde vertegenwoordigt, worden aangemerkt als een *possession*,³³ evenals goodwill.³⁴ Een rechterlijk vonnis kan een *possession* zijn en de onmogelijkheid het te executeren kan een inbreuk op art. 1 EP meebrengen.³⁵ Indien een orgaan van een lidstaat betaling van schadevergoeding weigert met een beroep op betalingsonmacht, kan ook dat een schending van art. 1 EP opleveren.³⁶ Ook een recht dat vanwege verjaring niet meer te gelde kan worden gemaakt, blijft een *possession*.³⁷

In *Pye* heeft het EVRM bevestigd dat ook het verlies of de verwerving van eigendom door middel van verkrijgende dan wel extinctieve verjaring, onder het begrip *possessions* valt.³⁸ Het EHRM heeft daarbij ook aangegeven dat het wettelijke regelingen met betrekking tot verjaringsvragen zeer terughoudend zal toetsen.³⁹

-
33. Vaste rechtspraak sinds EHRM 7 juli 1989, appl. nr. 10873/84 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*). In EHRM 24 november 2005, appl. nr. 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*) klaagde Capital Bank AD over het feit dat de intrekking van haar bankvergunning – na een procedure die de waarborgen miste van art. 6 EVRM – een schending opleverde van art. 1 EP. Het EHRM achtte de klacht gegrond: “130. (“) *The Court notes that, in contrast to their position in respect of Article 6 § 1 (see paragraph 85 above), the Government did not dispute the applicability of Article 1 of Protocol No. 1. The Court further (...) notes that having a licence was one of the principal conditions on which the applicant bank depended for carrying on its business, and that its withdrawal had the effect of automatically putting it into compulsory liquidation (see paragraphs 54 and 61 above). Therefore, the revocation of the licence constituted an interference with the applicant bank’s possessions and Article 1 of Protocol No. 1 is applicable (...)*” Zie ook EHRM 8 april 2008, appl. nr. 21151/04, AB 2008, 224 m.nt. Barkhuysen (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).
 34. EHRM 26 juni 1986, appl. nr. 8543/79, 8674/79, 8675/79 & 8685/79 (*Van Marle e.a. t. Nederland*).
 35. EHRM 9 december 1994, appl. nr. 13427/87 (*Stran Greek Refineries & Stratis Andreadis t. Griekenland*), § 59; EHRM 15 januari 2009, appl. nr. 59498/00 (*Burdov t. Rusland*), § 65-70 en EHRM 2 december 2010, appl. nr. 6722/05, EHRC 2011, 24, m.nt. Tjepkema (*Sud Est Réalisations t. Frankrijk*).
 36. EHRM 26 september 2006, appl. nr. 57516/00, AB 2007, 83 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Société de Gestion du Port de Campoloro et la société fermière de Campoloro t. Frankrijk*).
 37. Zie EHRM 20 mei 2010, appl. nr. 55555/08, AB 2010, 305, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Lelas t. Kroatië*), § 58.
 38. EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02, NJ 2008, 269 m.nt. Alkema (*J.A. Pye (Oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).
 39. EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02, NJ 2008, 269 m.nt. Alkema (*J.A. Pye (Oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 83: “Such arrangements fall within the State’s margin of appreciation, unless they give rise to results which are so anomalous as to render the legislation unacceptable”.

Ook een (potentieel) recht op schadevergoeding betreft een *possession*.⁴⁰ In *Anheuser-Busch Inc. t. Portugal* oordeelde het EHRM dat ook een aanvraag op registratie van een merkenrecht (voor het merk Budweiser) kon worden aangemerkt als een *possession*.⁴¹ Het EHRM liet daarbij meewegen dat indien het merkenrecht zou worden toegekend, het wellicht mogelijk zou zijn voor de aanvrager om schadevergoeding te vorderen voor een merkinbreuk voor de periode dat de aanvraag in behandeling was. Daaraan verbond het EHRM de conclusie dat de aanvraag binnen het bereik van art. 1 EP viel, “as it gave rise to interests of proprietary nature”.

Uit de jurisprudentie van het EHRM valt op te maken dat alle op geld waardeerbare belangen in beginsel als eigendom in de zin van art. 1 EP kunnen worden aangemerkt. Zo vallen niet alleen zakelijke rechten⁴² maar ook aandelen onder het bereik van art. 1 EP.⁴³ Ook een verlies aan zeggenschap vanwege een verwatering van een aandelenbelang betreft een inmenging in het ongestoorde genot van het eigendom.⁴⁴ Tevens is een wettelijke huurprijsregeling die huiseigenaren belette bij de verhuur van hun woning een redelijk rendement te ontvangen door het EHRM aangemerkt als inbreuk makend op het recht van eigendom.⁴⁵

De aan een aandeel verbonden rechten vallen (hetzij zelfstandig hetzij als een aan het aandeel verbonden recht) eveneens onder het bereik van art. 1 EP. Als

40. Mits er naar nationaal recht een voldoende duidelijke basis bestaat voor de claim EHRM 28 september 2004, appl. nr. 44912/98 (*Kopecký t. Slowakije*), § 52, EHRM 11 januari 2007, appl. nr. 73049/01, NJ 2008, 534 m.nt. Gielen (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*), § 65. Een handige samenvatting van de koers die het EHRM bevat staat geschreven in EHRM 6 oktober 2005, appl. nr. 1513/03 (*Draon/Frankrijk*): “68. In a line of cases the Court has found that the applicants did not have a “legitimate expectation” where it could not be said that they had a currently enforceable claim that was reasonably established. ... The Court’s case-law does not contemplate the existence of a “genuine dispute” or an “arguable claim” as a criterion for determining whether there is a “legitimate expectation” protected by Article 1 of Protocol No. 1. ... The Court takes the view that where the proprietary interest is in the nature of a claim it may be regarded as an “asset” only where it has a sufficient basis in national law, for example where there is settled case-law of the domestic courts confirming it (...).”

41. Voor een overzicht van eerdere jurisprudentie, zie EHRM 11 januari 2007, appl. nr. 73049/01, NJ 2008, 534 m.nt. Gielen (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*), § 62 tot 65.

42. EHRM 23 februari 1995, appl. nr. 15375/89 (*Gasus Dossier – und Fördertechnik GMBH t. Nederland*).

43. In deze zin eerst de commissie in de uitspraak van 12 oktober 1982, D.R., vol. 38, p. 18. (6) (*Bramelid en Malmström t. Zweden*), p. 76. Zie verder EHRM 7 november 2002, appl. nr. 30417/96, JOR 2003, 112 m.nt. Vossestein (*Olczak t. Polen*), § 60; en EHRM 25 juli 2002, appl. nr. 48553/99, JOR 2003, 111 m.nt. Vossestein (onder JOR 2003, 112) (*Sovtransavto Holding t. Oekraïne*), § 91.

44. EHRM 7 november 2002, appl. nr. 30417/96, JOR 2003, 112 m.nt. Vossestein (*Olczak t. Polen*).

45. EHRM 22 februari 2005, appl. nr. EHRC 2005, 44 en 19 juni 2006 (*Grand Chamber*) EHRC 2006, 105 respectievelijk, m.nt. Adriaansens (*Hutten-Czapska t. Polen*).

HOOFDSTUK 4

voorbeeld kan worden gewezen op het recht op dividend. Op zichzelf beschouwd valt het recht om de algemene vergadering te mogen bijwonen wellicht niet (afzonderlijk) op geld te waarderen, maar een belemmering om de algemene vergadering van aandeelhouders bij te wonen betreft wel een inmenging in het recht op het ongestoorde genot van het aandeel. Het lijdt ten slotte geen twijfel dat ook optierechten, certificaten van aandelen, stemrechten, rechten die bepaalde aandeelhouders op grond van de statuten toekomen (bijv. rechten verbonden met prioriteitsaandelen) kwalificeren als eigendomsrechten onder art. 1 EP, nu in alle gevallen sprake is van rechten met een *proprietary nature*.

Geconcludeerd kan worden dat doordat het EHRM een ruim eigendomsbegrip hanteert, art. 1 EP snel in beeld komt als een relevante norm. Daarmee is niet gezegd dat een inmenging ook snel op gespannen voet staat met art. 1 EP. In de volgende paragrafen wordt gezien hoe het EHRM beoordeelt of een inmenging in het recht op het ongestoorde genot van het eigendom kan worden gerechtvaardigd.

4.2.4 De rechtvaardiging van een inbreuk op eigendomsrechten

Art. 1 EP bepaalt dat aan niemand het recht op eigendom mag worden ontnomen “behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.” Daarnaast bepaalt art. 1 EP dat de verdragsstaten het recht hebben om eigendomsrechten te reguleren indien het algemeen belang dat vergt. Inbreuken op eigendomsrechten zijn derhalve geoorloofd indien deze kunnen worden gerechtvaardigd door een algemeen belang.⁴⁶

Het EHRM toetst of een inbreuk op het recht van eigendom in de zin van art. 1 EP gerechtvaardigd kan worden aan de hand van de volgende drie stappen, die ook wel worden aangeduid als het ‘stappenschema’:⁴⁷

- (i) Wordt de inbreuk gemaakt op grond van een voldoende deugdelijke wettelijke basis?
- (ii) Heeft de inbreuk een legitieme doelstelling in het algemeen belang?
- (iii) Is er sprake van een behoorlijk evenwicht tussen de eisen van het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu? Is voldaan aan de eisen van proportionaliteit?

46. Vgl. de standaard overweging van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State: “Deze bepaling laat onverlet de toepassing van wetten die noodzakelijk kunnen worden geacht om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang.” Zie bijv. ABRvS 23 februari 2011, AB 2011, 117, m.nt. Barkhuysen & Bos, rov. 2.8.2.

47. Vgl. EHRM 23 september 1982, appl. nr. 7151/75 & 7152/75 (*Sporrong & Lönnroth t. Zweden*) § 69, zie voorts Vande Lanotte & Haecck 2004, deel 2, p. 308-309. Zie voorts Tjepkema 2010, p. 615.

Deze drie ‘stappen’ worden (enigszins onnauwkeurig) ook wel aangeduid als respectievelijk de *legal certainty*-test, de *public interest*-test, en de *fair balance*-test. Het betreffen cumulatieve eisen. Het EHRM komt pas toe aan de derde stap – de *fair balance*-test – indien de eerste twee vragen in positieve zin zijn beantwoord.

4.2.4.1 Voorzien bij wet

Herhaaldelijk heeft het EHRM overwogen de *rule of law* als één van de kernbeginselen van de democratische samenleving te zien.⁴⁸ Art. 1 EP brengt zulks tot uiting door te eisen dat iedere inbreuk op het recht op eigendom slechts toelaatbaar is onder de “voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht bij wet en de beginselen van internationaal recht”.⁴⁹ De eis dat inbreuken slechts zijn toegestaan wanneer is voorzien in een voldoende wettelijke basis (het vereiste van *legal certainty*, ook wel het *lawfulness*-vereiste genoemd) geldt overigens niet alleen ten aanzien van art. 1 EP, maar geldt voor alle door het EVRM beschermde rechten waarop inbreuken onder omstandigheden zijn toegestaan.⁵⁰

De eis dat een inbreuk op een eigendomsrecht *lawful* dient te zijn, is volgens vaste rechtspraak van het EHRM de belangrijkste eis die art. 1 EP stelt.⁵¹ Het *lawfulness*-vereiste is in de jurisprudentie van het EHRM uitgewerkt naar in beginsel drie specifieke eisen.⁵²

- (a) *precision*
- (b) *foreseeability*
- (c) *accessibility*

48. Zie bijv. EHRM 6 september 1978, appl. nr. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*), § 55.

49. De wellicht wat mysterieus ogende verwijzing naar ‘de algemene beginselen van het internationale recht’ in art 1 EP dient ertoe te verzekeren dat buitenlandse ingezetenen van een verdragsstaat niet onteigend kunnen worden zonder recht op schadevergoeding, hetgeen blijkt uit EHRM 8 juli 1986, appl. nr. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 117.

50. Zie Gerards 2011, p. 111-118.

51. Vaste rechtspraak sinds EHRM 25 maart 1999, appl. nr. 31107/96, JB 1999, 163 m.nt. AWH (*Iatridis t. Griekenland*). Zie ook bijv. EHRM 20 mei 2010, appl. nr. 55555/08, AB 2010, 305, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Lelas t. Kroatië*), § 71: “The Court reiterates that the first and most important requirement of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention is that any interference by a public authority with the peaceful enjoyment of possessions should be lawful (...).”

52. Vgl. EHRM 8 november 2005, appl. nr. 4251/02 (*Saliba t. Malta*), § 37: “The Court reiterates that the first and most important requirement of Article 1 of Protocol No. 1 is that any interference by a public authority with the peaceful enjoyment of possessions should be lawful. The rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, is inherent in all the Articles of the Convention (see *Iatridis* cited above, § 58) and entails a duty on the part of the State or other public authority to comply with judicial orders or decisions against it (see *Belvedere Alberghiera v. Italy*, no. 31524/96, § 56, ECHR 2000-VI). Moreover, the requirement of lawfulness means that rules of domestic law must be sufficiently accessible, precise and foreseeable (...).”

HOOFDSTUK 4

De vereisten van *foreseeability* and *precision* impliceren dat de bevoegdheid van nationale overheden om beperkingen te stellen aan het eigendomsrecht met voldoende precisie moet zijn vastgelegd, rekening houdend met het voorwerp van de regelgeving ter zake, zodat de justitiabelen hun gedrag daarop kunnen afstemmen.⁵³ In deze paragraaf illustreer ik het voorgaande aan de hand van enige uitspraken van het EHRM. De vraag in hoeverre de eisen van *precision* en *foreseeability* de bevoegdheid van de Ondernemingskamer tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen begrenzen, behandel ik in paragraaf 4.3.2.1.

In de zaak *Sarica & Dilaver t. Turkije* oordeelde het EHRM bijvoorbeeld dat sprake was van een schending van art. 1 EP omdat de praktijk waarbij de Turkse autoriteiten grond in bezit konden nemen voor een onbepaalde tijd en voor eigen gebruik, zonder juridische eigendomsoverdracht en zonder een goede juridische grondslag die voorzag in een verplichting tot compensatie, strijdig is met hetgeen het legaliteitsbeginsel van de Turkse overheid vergt.⁵⁴

Ook in de zaak *Sildedzis t. Polen* was sprake van een willekeurige uitoefening van een bevoegdheid, waardoor een schending van art. 1 EP ontstond. Sildedzis had van de Poolse belastingdienst een auto gekocht, maar kon deze auto vervolgens niet gebruiken omdat de Poolse variant van de APK-vergunning hem steeds werd geweigerd. De reden was dat de auto geen chassisnummer bleek te hebben. De auto was hoogstwaarschijnlijk gestolen. Volgens het EHRM voldeden de voorschriften waarop Sildedzis de gevraagde APK-vergunning was geweigerd niet aan de eisen van *clarity and precision*.⁵⁵

Een ander voorbeeld betreft de zaak *Baklanov t. Rusland*.⁵⁶ Baklanov, een Let, die woonde in Riga, had een overeenkomst gesloten met een makelaar in onroerend goed in Moskou. Om aan zijn betalingsverplichtingen te voldoen had hij in Riga 250.000 dollar opgenomen en was hij naar Moskou gevlogen. Daar werd hij door de douane aangehouden omdat hij verzuimd had aangifte te doen van zijn contanten. Het bedrag dat hij bij zich had werd als ‘smokkelwaar’ verbeurd verklaard. Baklanov beriep zich erop dat de Russische wet niet voldoende duidelijk was en daardoor geen deugdelijke grondslag bood voor deze verbeurdverklaring. Baklanov kreeg in Straatsburg gelijk.⁵⁷

53. Ook het arbitrair uitoefenen van een op zich duidelijke bevoegdheid kan een gebrek in de voorzienbaarheid meebrengen, zie EHRM 22 september 1994, appl. nr. 13616/88 (*Hentrich t. France*), § 42.

54. EHRM 27 mei 2010, appl. nr. 11765/05 (*Sarica & Dilaver t. Turkije*), waarin het EHRM overwoog in § 42: “*En effet, la prééminence du droit, l’un des principes fondamentaux d’une société démocratique, étant inhérente à l’ensemble de la Convention (Iatridis, précité, § 58), l’article 1 du Protocole no 1 exige, avant tout et surtout, qu’une ingérence de l’autorité publique dans la jouissance du droit au respect des biens soit légale.*”

55. EHRM 24 mei 2005, appl. nr. 45214/99 (*Sildedzis t. Polen*).

56. EHRM 9 juni 2005, appl. nr. 68443/01 (*Baklanov t. Rusland*).

57. “46. *The Court accepts that its power to review compliance with domestic law is limited as it is in the first place for the national authorities to interpret and apply that law. However; →*

De hiervoor aangehaalde uitspraken illustreren dat het vereiste van *foreseeability* verband houdt met het belang dat het EHRM hecht aan de naleving van de *rule of law*. Wettelijke bevoegdheden die op een geheel onverwachte manier kunnen worden aangewend en uitgeoefend ontberen een reële wettelijke basis.⁵⁸

Het EHRM erkent overigens dat de nationale wetgever niet ieder concreet geval kan voorzien. Niet geëist mag dan ook worden dat de wettelijke norm zo precies wordt geformuleerd dat deze geheel is toegesneden op het desbetreffende geval. Het nationale recht mag de rechter een zekere discretionaire bevoegdheid laten.⁵⁹ De eis van *foreseeability* verzet zich ook in beginsel niet

having regard to the national courts' lack of reference to any legal provision as a basis for the forfeiture of an important sum of money and to the apparent inconsistencies of case-law compared to the national legislation, the Court considers that the law in question was not formulated with such precision as to enable the applicant to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences of his actions. It follows that the interference with the applicant's property cannot be considered lawful within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention."

58. Zie ook EHRM 24 mei 2005, appl. nr. 45214/99 (*Sildedzis t. Polen*), § 48: "(...) the Court is of the opinion that the legal provisions concerned lacked the required clarity and precision necessary to provide adequate protection against arbitrary interference by the public authorities with the right to the peaceful enjoyment of the applicant's possessions."

59. Als voorbeeld kan worden gewezen op twee zaken met betrekking tot art. 8 EVRM. EHRM 23 september 1998, appl. nr. 24755/94 (*McLeod t. Verenigd Koninkrijk*) § 41: "The Court recalls that the expression "in accordance with the law", within the meaning of Article 8 § 2, requires firstly that the impugned measures should have a basis in domestic law. It also refers to the quality of the law in question, requiring that it be accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (see, amongst many others, the *Margareta and Roger Andersson v. Sweden* judgment of 25 February 1992, Series A no. 226-A, p. 25, § 75). However, those consequences need not be foreseeable with absolute certainty, since such certainty might give rise to excessive rigidity, and the law must be able to keep pace with changing circumstances (see, *mutatis mutandis*, the *Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1) judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 31, § 49)."

Zie ook EHRM 25 maart 1983, appl. nr. 947/72 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 88: "A third principle is that "a norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail" (*ibid.*).

A law which confers a discretion must indicate the scope of that discretion. However, the Court has already recognised the impossibility of attaining absolute certainty in the framing of laws and the risk that the search for certainty may entail excessive rigidity (ibid.). These observations are of particular weight in the "circumstances" of the present case, involving as it does, in the special context of imprisonment, the screening of approximately ten million items of correspondence in a year (see paragraph 57 above). It would scarcely be possible to formulate a law to cover every eventuality. Indeed, the applicants themselves did not deny that some discretion should be left to the authorities."

HOOFDSTUK 4

tegen ruim geformuleerde open normen die de rechter veel vrijheid laten. Beslissend is niet zozeer of een wettelijke bepaling eenduidig is geformuleerd, maar of een bepaald rechtsgevolg redelijkerwijze door de betrokkene had kunnen worden voorzien. Naar de kern genomen beoogt het *foreseeability*-vereiste niet meer dan te voorkomen dat bevoegdheden willekeurig kunnen worden uitgeoefend.⁶⁰

Met *accessibility* is bedoeld dat een ieder in de gelegenheid moet zijn de inhoud van de norm te kennen.⁶¹ In de zaak *Špaček t. Tsjechië* klaagde een bedrijf, dat van ‘enkel’ naar ‘dubbel’ boekhouden was over gestapt en dientengevolge tegen een belastingaanslag was aangelopen, dat de grondslag voor de belastingheffing onduidelijk en gebrekkig was geweest omdat deze niet op een duidelijke en rechtsgeldige wijze bekend was gemaakt. Het was slechts aangekondigd in een niet officieel blaadje, aldus verzoekster. Het EHRM stelde bij de beoordeling van deze klacht het volgende voorop:⁶²

“The Court considers that when speaking of “law”, Article 1 of Protocol No. 1 alludes to the same concept to be found elsewhere in the Convention, a concept which comprises statutory law as well as case-law [curs. AS]. It implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability (see the *Cantoni v. France* judgment of 15 November 1996, Reports 1996-V, p. 1627, § 29, with reference to the *S.W. and C.R. v. the United Kingdom* judgments of 22 November 1995, Series A no. 335-B and 335-C, pp. 41-42, § 35, and pp. 68-69, § 33, respectively).”

Zoals in het hiervoor opgenomen citaat tot uitdrukking komt, beoordeelt het EHRM de vraag of sprake is van een voldoende kenbare wettelijke basis, mede aan de hand van de voor de betrokkene kenbare jurisprudentie.⁶³ Niet alleen de abstracte wettelijke norm is van belang, maar ook de praktische invulling ervan.⁶⁴

60. Zie Gerards 2011, p. 123, die na analyse van de jurisprudentie voorts (p. 126) concludeert: “Al met al blijkt uit de rechtspraak dat het Hof niet snel aanneemt dat het vereiste van voorzienbaarheid is geschonden. Ook vrij algemene rechtsbasis accepteert het regelmatig als toereikend, zolang maar voldoende duidelijk is hoe zij in het concrete geval zullen worden toegepast voor degene die het aangaat.”

61. De eerste uitspraak waarin het EHRM deze eis formuleerde was EHRM 26 april 1979, appl. nr. 6538/74, NJ 1980, 146 m.nt. Alkema (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*), waarin het EHRM (in § 49) overwoog: “the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the the legal rules applicable to a given case”.

62. EHRM 9 november 1999, appl. nr. 26449/95 (*Špaček t. Tjechië*), § 54.

63. Deze opstelling van het EHRM is bijvoorbeeld van belang bij de beoordeling van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te mogen treffen op grond van art. 2:349a lid 2 BW. De verhouding tussen artikel 2:349a lid 2 BW en art. 1 EP wordt verderop nader uitgewerkt.

64. Ook de wijze waarop het EHRM ten slotte de klacht van Špaček verwerpt getuigt van een praktische benadering, EHRM 9 november 1999, appl. nr. 26449/95 (*Špaček t. Tjechië*), →

Uit de *Špaček*-uitspraak valt af te leiden dat het *accessibility*-vereiste niet een bepaalde vorm van bekendmaking voorschrijft. Vereist is alleen dat de aangewende publiciteitstechniek in de praktijk tot effectieve publiciteit leidt.⁶⁵ Voorts is relevant of een norm door het raadplegen van specialisten achterhaald kon worden. Die overweging is in het licht van de omstandigheid dat het *in casu* om een boekhoudkundige norm ging niet onbegrijpelijk, nu dat een domein voor specialisten bij uitstek is. De *Špaček*-uitspraak illustreert de eis dat de wettelijke grondslag voor een inmenging in het eigendomsrecht, voldoende precies, toegankelijk en voorzienbaar dient te zijn.

Het *lawfulness*-vereiste dient te worden begrepen tegen de achtergrond van het legaliteitsbeginsel, zoals dat een dominant beginsel is in de rechtspraak van het EHRM bij de uitleg van alle door het EVRM beschermde grondrechten. Het belang van het legaliteitsbeginsel heeft ertoe geleid dat het EHRM onder het *lawfulness*-vereiste ook begrijpt dat overheidsoptreden consistent⁶⁶ is en vooral ook dat voldoende procedurele waarborgen bestaan.⁶⁷ De afbakening met art. 6

§59: “The Court further notes that in 1991 *Špaček SW*, the predecessor of the applicant company, applied the accounting principles included in the Rules which were published in *Financial Bulletin no. 5*. It considers therefore that, even assuming that the Rules and Regulations published in the *Financial Bulletin* did not constitute legislative or regulatory instruments binding on citizens and legal entities in general, within the meaning of the national law then in force, *Špaček SW* had accepted the *Financial Bulletin* as an official public source of binding regulations, and had followed it for the purposes of keeping its accounts “in compliance with accounting principles”, pursuant to section 25 of the *Private Business Activities Act*. The Court considers that *Špaček SW*, when changing from single to double-entry book-keeping, had been aware of the way in which the Ministry of Finance published its accounting principles and could easily have sought information about any possible transitional provisions, if necessary with the advice of specialists [curs. AS] (see, *mutatis mutandis*, the above-mentioned *Cantoni v. France* judgment of 15 November 1996, Reports 1996-V, p. 1629, § 35). Indeed it has never been alleged that either *Špaček SW* or the applicant company had been unaware of the provisions of the relevant *Financial Bulletins*. In addition, taking into consideration that the applicant company as a legal entity, contrary to an individual taxpayer, could and should have consulted the competent specialists, the publication of the Regulations in the *Financial Bulletin* was sufficient.”

65. Van de Lanotte & Haeck 2004, deel 2, p. 356.

66. Zie EHRM 21 mei 2002, EHCR 2002, 56 (*Jokela t. Finland*), waarin Finland werd veroordeeld omdat hetzelfde stuk grond voor een veel hogere waarde in de successiebelasting werd betrokken, dan waar het vervolgens voor werd onteigend.

67. Zie bijv. EHRM 15 juni 2006, appl. nr. 57785/00 (*Zlinsat, spol s.r.o. t. Bulgarije*), § 98: “The requirement of *lawfulness*, within the meaning of the Convention, means not only compliance with the relevant provisions of domestic law, but also compatibility with the rule of law. It thus presupposes that the rules of domestic law must be sufficiently precise and foreseeable (...). It also implies that the law must provide a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by the Convention (see *Capital Bank AD*, cited above, § 134, with further references). It would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the authorities in areas affecting fundamental rights to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion and the manner of its exercise with →

EVRM is daarbij soms niet geheel helder. Het EHRM lijkt als uitgangspunt te hanteren dat het bestaan van onvoldoende rechtswaarborgen in beginsel een schending oplevert van art. 6 EVRM en op zichzelf niet leidt tot een schending van art. 1 EP.⁶⁸ Het EHRM hanteert het onderscheid tussen art. 6 EVRM en art. 1 EP echter niet strikt. Het EHRM toetst de vraag of sprake is van voldoende rechtsmiddelen (of waarborgen) soms aan art. 1 EP en art. 6 EVRM gezamenlijk. Soms wordt in art. 1 EP ook zelfstandig de eis gelezen dat voorzien moet zijn in voldoende rechtswaarborgen. Strikt genomen is de redenering dan dat het bestaan van onvoldoende effectieve rechtsbescherming erin resulteert dat een verdragsstaat tekort is geschoten in de (positieve) verplichting om voor een adequate bescherming van eigendomsrechten te zorgen, met als gevolg dat een inmenging in een recht van eigendom niet langer als *lawful* kan worden aange-merkt. De Hoge Raad heeft art. 1 EP in deze zin verstaan in de uitspraak waarin zij de Fierens-marge in strijd achtte met het *lawfulness*-vereiste art. 1 EP.⁶⁹

sufficient clarity, so as to give the affected individuals and entities adequate protection against arbitrary interference (see, mutatis mutandis, Hasan and Chaush v. Bulgaria [GC], no. 30985/96, § 84, ECHR 2000-XI, with further references). Finally, the concepts of lawfulness and the rule of law in a democratic society command that measures affecting fundamental human rights be accompanied by appropriate procedural safeguards. In ascertaining whether this condition has been satisfied, a comprehensive view must be taken of the applicable procedures (...)."

68. EHRM 24 november 2005, appl. nr. 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*), § 134: “*The requirement of lawfulness, within the meaning of the Convention, presupposes, among other things, that domestic law must provide a measure of legal protection against arbitrary interferences by the public authorities with the rights safeguarded by the Convention (see Malone, p. 32, § 67, and Fredin (no. 1), p. 16, § 50, both cited above; and, more recently, Hasan and Chaush v. Bulgaria [GC], no. 30985/96, § 84, ECHR 2000-XI). Furthermore, the concepts of lawfulness and the rule of law in a democratic society require that measures affecting fundamental human rights be, in certain cases, subject to some form of adversarial proceedings before an independent body competent to review the reasons for the measures and the relevant evidence (see, mutatis mutandis, Al-Nashif v. Bulgaria, no. 50963/99, § 123, 20 June 2002). It is true that Article 1 of Protocol No. 1 contains no explicit procedural requirements and the absence of judicial review does not amount, in itself, to a violation of that provision (see Fredin (no. 1), cited above, pp. 16-17, § 50). Nevertheless, it implies that any interference with the peaceful enjoyment of possessions must be accompanied by procedural guarantees affording to the individual or entity concerned a reasonable opportunity of presenting their case to the responsible authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision. In ascertaining whether this condition has been satisfied, a comprehensive view must be taken of the applicable judicial and administrative procedures (see AGOSI, cited above, p. 19, § 55; Hentrich v. France, judgment of 22 September 1994, Series A no. 296-A, p. 21, § 49; and Jokela v. Finland, no. 28856/95, § 45, ECHR 2002-IV)."*
69. Vgl. HR (belastingkamer) 22 oktober 2010, LJN BL1943 (Fierens-marge): “*3.4.2 Artikel 1 van het Protocol brengt mee dat elke maatregel die het ongestoorde genot van eigendom aantast, waaronder de heffing van belasting, vergezeld moet gaan van procedurele garanties die de betrokkene een redelijke mogelijkheid bieden tot effectieve betwisting van de →*

Helemaal eenduidig is de lijn van het EHRM op het punt van het begrijpen van procedurele vereisen onder het *lawfulness*-vereiste overigens niet. Zo lijkt het EHRM soms de afwezigheid van voldoende rechtswaarborgen niet in het kader van het *lawfulness*-vereiste te beoordelen, maar in het kader van de vraag of sprake is geweest van een *fair balance*. De afwezigheid van voldoende procedurele waarborgen wordt dan genoemd als een factor die bijdraagt aan het oordeel dat geen sprake is van een *fair balance*.⁷⁰

Ik sluit mijn beschouwing over het *lawfulness*-vereiste af met een opmerking over het legaliteitsbeginsel waarin het is ingebed. Over de centrale rol die dit begrip vervult in het recht heeft Lord Bingham geschreven in zijn zwanenzang: *The Rule of Law*. Het legaliteitsbeginsel brengt mee dat voor ieder overheidshandelen een toereikende basis dient te bestaan in het recht.⁷¹ In zijn boek ontleedt Bingham *the rule of law* tot acht *principles*. Het legaliteitsbeginsel vergt volgens Bingham dat:

- (i) het recht toegankelijk is en voor zover mogelijk duidelijk en voorspelbaar,
- (ii) rechtsvragen en vragen over aansprakelijkheid zoveel mogelijk te worden beslist door wetstoepassing in plaats van met behulp van beleidsvrijheid door de rechter,
- (iii) het recht gelijkelijk op een ieder van toepassing is,
- (iv) ambtsdragers al hun bevoegdheden te goeder trouw uit te oefenen, met inachtneming van het doel en de omvang van de hen toevertrouwde bevoegdheden,
- (v) het recht een adequate bescherming biedt tegen inbreuken op grondrechten,
- (vi) de staat dient te voorzien in adequate mogelijkheden om geschillen tijdig en tegen niet al te hoge kosten te beslechten,

rechtmatigheid van die maatregel (vgl. EHRM 24 november 2005, no. 49429/99, Capital Bank AD tegen Bulgarije, paragraaf 134, en HR 10 juli 2009, nr. 08/01578, LJN BG4156, BNB 2009/246). Een maatregel die niet aan deze primaire eis voldoet, kan niet worden aangemerkt als "lawful" in de zin van de rechtspraak van het EHRM, en komt reeds daardoor in strijd met het Protocol. Voor de toetsing van een dergelijke maatregel aan artikel 1 van het Protocol is het derhalve niet van belang of er een redelijke mate van evenredigheid bestaat tussen de gebruikte middelen en het – legitieme – doel dat daarmee in het algemene belang wordt nagestreefd, in die zin dat er een redelijke verhouding ('fair balance') bestaat tussen voormeld algemeen belang en de bescherming van individuele rechten (vgl. EHRM 25 maart 1999, Iatridis tegen Griekenland, no. 31107/96, onder meer gepubliceerd in JB 1999/163, paragraaf 58)."

70. Zie bijv. EHRM 26 september 2006, appl. nr. 35349/05 EHRC 2006, 138 (*Fleri Soler & Camilleri t. Malta*), § 79.

71. Vgl. Bingham 2010, p. 8: "The core of the existing principle is, I suggest, that all persons and authorities within the state, whether public or private, should be bound by and entitled to the benefit of laws publicly made, taking effect (generally) in the future and publicly administered in the courts."

HOOFDSTUK 4

- (vii) dat rechtsgedingen eerlijk dienen te verlopen, en
- (viii) de staat zijn verplichtingen nakomt zowel op nationaal als internationaal vlak.

De erkenning van het primaat van het legaliteitsbeginsel in onze samenleving houdt in de erkenning van de staat om deze acht beginselen na te streven, aldus Bingham.

De door Bingham geformuleerde beginselen zijn voor het grootste gedeelte verankerd in het EVRM zelf. Anderen zijn expliciet aanvaard in de jurisprudentie van het EHRM. Zo is in *Klass e.a. t. Duitsland* overwogen dat al het handelen van de overheid dient te kunnen worden getoetst door een onafhankelijke rechter⁷² en is in *Stran Greek Refineries & Stratis Andreadis t. Griekenland* erkend dat uitspraken die in kracht van gewijsde zijn gegaan ook daadwerkelijk ten uitvoer moeten kunnen worden gelegd.⁷³

Het EHRM hecht een groot belang aan de naleving van de *rule of law*, in het licht waarvan het *lawfulness*-vereiste moet worden beschouwd. Op dit punt toetst het EHRM dan ook in beginsel streng. Veel terughoudender is het EHRM bij de beoordeling van de vraag of een inbreuk op het recht van eigendom kan worden gerechtvaardigd vanwege het algemeen belang.

4.2.4.2 Algemeen belang (the public interest-test)

Een inmenging in het recht op een ongestoord genot van eigendom dient niet alleen te zijn voorzien bij wet, de inmenging dient ook noodzakelijk te zijn voor het algemene belang. In de eerste zaken waarin werd geklaagd over art. 1 EP huldigde het EHRM nog het standpunt dat de vraag of een bepaald doel als ‘van algemeen belang’ had te gelden, zich aan de beoordeling van het EHRM onttrok. De verdragsstaten werden door het EHRM beschouwd als de *sole judges* bij beoordeling van de vraag of een inbreuk noodzakelijk was in het algemeen belang.⁷⁴

Inmiddels veroorlooft het EHRM zich iets meer ruimte. Bij de beoordeling van de vraag wat nodig is in het algemeen belang, refereert het EHRM zich in

72. EHRM 6 september 1978, appl. nr. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*) § 55: “One of the fundamental principles of a democratic society is the rule of law, which is expressly referred to in the Preamble to the Convention (see the Golder judgment of 21 February 1975, Series A nr. 18, pp. 16-17, para. 34). The rule of law implies, inter alia, that an interference by the executive authorities with an individual’s rights should be subject to an effective control which should normally be assured by the judiciary, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure.”

73. EHRM 9 december 1994, appl. nr. 13427/87 (*Stran Greek Refineries & Stratis Andreadis t. Griekenland*), § 42-50 en EHRM 19 maart 1997, appl. nr. 18357/91 (*Hornsby t. Griekenland*), § 40-41.

74. EHRM 13 juni 1979, appl. nr. 6833/74 (*Marckx t. België*).

beginsel aan het oordeel van de nationale wetgever, tenzij dit oordeel zonder redelijke grond is.⁷⁵ Alleen indien evident is dat het doel waarvoor inbreuk wordt gemaakt het algemeen belang niet kan dienen, wordt een klacht op dit onderdeel gegrond geacht.⁷⁶ In de gevallen waarin het EHRM op deze grond de klacht toewijst is veelal sprake van (de schijn van) *détournement de pouvoir*.⁷⁷ Voor het overige acht het EHRM de nationale autoriteiten beter in staat om te beoordelen wat nodig in het algemeen belang is.⁷⁸ Het begrip *public interest* is aangemerkt als een begrip dat *necessarily extensive* is.⁷⁹

Over de vraag in hoeverre het treffen van een bepaalde op een grondrecht inbreuk makende maatregel *necessary* is, in het licht van het algemene belang dat wordt nagestreefd heeft het EHRM in de *Chassagnou e.a. t. Frankrijk*-uitspraak als volgt overwogen:⁸⁰

-
75. Vaste jurisprudentie sinds EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Zie bijv. EHRM 15 november 2005, *J. A. Pye (Oxford) Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*, appl. nr. 44302/02, § 44. In EHRM 15 maart 2007, appl. nrs. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, en 194/02 (*Velikovi e.a. t. Bulgarije*) is overwogen (in § 169) dat in beginsel het oordeel van de wetgever wordt gevolgd over wat het in het algemeen belang is, “*unless that judgment is manifestly without reasonable foundation. (...)*”. Vergeleken met de Pye-uitspraak is het woordje ‘reasonable’ toegevoegd.
76. Zie bijvoorbeeld EHRM 19 juni 2001, appl. nr. 34049/96 (*Zwierzynski t. Polen*). Aan de orde was een geval waarin land was onteigend door de Poolse staat, onder toekenning van een vergoeding van de waarde. Nadat de hoogste administratieve rechter het besluit tot onteigening ongeldig had bevonden, werd verzoeker vervolgens door de civiele rechter het recht op zijn perceel onthouden. In deze context overwoog het EHRM (§ 72): “*It cannot discern in the present case any genuine “public interest” that would justify a deprivation of possessions.*”
77. Zie EHRM 14 februari 2012, appl. nr. 35430/05, EHRC 2012, 86 m.nt. Tjepkema (*Tkachevy t. Rusland*), met in de noot van Tjepkema een overzicht van de verdere jurisprudentie.
78. Zie bijv. EHRM 15 november 2005, appl. nr. 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*), §43: “*The notion of “public interest” in the second sentence of the first paragraph is necessarily extensive. In particular the decision to enact property laws will commonly involve consideration of political, economic and social issues. The taking of property in pursuance of legitimate social, economic or other policies may be in the public interest even if the community at large has no direct use or enjoyment of the property.*”
79. EHRM 22 september 1994, appl. nr. 13616/88 (*Hentrich t. France*) § 39, waarin werd betoogd dat het recht van de Franse fiscus om het huis te mogen kopen voor de verkoopprijs (met als doel overdrachtsbelastingontduiking te bestrijden) zo ruim was dat het niet geacht kon worden ‘in the public interest’ te zijn. Het EHRM verwierp dat beroep met de overweging dat: “*The Court reiterates that the notion of “public interest” is necessarily extensive and that the States have a certain margin of appreciation to frame and organise their fiscal policies and make arrangements – such as the right of pre-emption – to ensure that taxes are paid. It recognises that the prevention of tax evasion is a legitimate objective which is in the public interest. It does not have to decide in the instant case whether the right of pre-emption could legitimately be designed also to regulate the property market.*”
80. EHRM 29 april 1999, appl. nr. 25088/94, 28331/95 & 28443/95 (*Chassagnou e.a. t. Frankrijk*), § 89.

HOOFDSTUK 4

“The Court reiterates that in assessing the necessity of a given measure a number of principles must be observed. The term “necessary” does not have the flexibility of such expressions as “useful” or “desirable”. In addition, pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a “democratic society”. Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position. Lastly, any restriction imposed on a Convention right must be proportionate to the legitimate aim pursued (see the *Young, James and Webster v. the United Kingdom* judgment of 13 August 1981, Series A no. 44, p. 25, § 63).”

Bij het voorgaande kan nog worden aangetekend dat het de *raison d'être* van de staat is, om het algemeen belang te dienen in al zijn handelen. Indien een daartoe gelegitimeerd orgaan een besluit neemt om een bepaald doel na te streven, betreft de controle op hetgeen wordt nagestreefd in een democratische rechtsorde in beginsel geen juridische maar een politieke vraag. Het EHRM zal zijn handen daaraan niet snel willen branden. Wel zal het EHRM bij beoordeling van de vraag of voldaan is aan het vereiste van een *fair balance* tussen het nagestreefde doel en de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op een eigendomsrecht, de urgentie van het algemeen belang dat wordt nagestreefd met de inbreuk makende handeling mee kunnen wegen.

4.2.4.3 De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (the fair balance-test)

In het verlengde van het vereiste van een ‘algemeen belang’ legt het EHRM een proportionaliteitstoets aan.⁸¹ Er moet een *fair balance* zijn tussen het algemene belang dat de staat tracht te verwezenlijken en de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten.

De *fair balance*-test is een maatstaf die het EHRM bij verschillende verdragsrechten aanlegt om te beoordelen of een inmenging in het verdragsrecht kan worden gerechtvaardigd. Voor art. 1 EP geldt op grond van het *fair balance*-vereiste (i) dat de inbreuk niet mag resulteren in een “individual and excessive burden”,⁸² (ii) er een redelijke mate van evenredigheid moet bestaan tussen de gebruikte middelen en het doel dat wordt nagestreefd,⁸³ en (iii) dat moet worden meegewogen in hoeverre aanspraak bestaat op vergoeding voor

81. Zie over deze maatstaf in het algemeen en tevens specifiek met betrekking tot art. 1 EP: Arai-Takahashi 2002, p. 149-164. Zie ook mijn eerdere bijdrage aan het themanummer over het evenredigheidsbeginsel in *Ondernemingsrecht*: Schild 2011.

82. EHRM 23 september 1982, appl. nr. 7151/75 & 7152/75 (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*) § 69, en EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 50.

83. EHRM 5 januari 2000, appl. nr. 33202/96, NJ 2000, 571 (*Beyeler t. Italië*), § 114. In EHRM 23 november 2000, appl. nr. 25701/94 (*The Former King of Greece and Others. t. Griekenland*) wordt (in § 89), gesproken over een “disproportionate burden on the applicant”.

de inbreuk op het eigendomsrecht.⁸⁴ Het laatste element – de mate waarin een vergoeding dient te worden betaald – komt hierna afzonderlijk aan bod.

Ook bij deze toetsing laat het EHRM een ruime *margin of appreciation*. In het algemeen geldt voor de mate waarin het EHRM de verdragsstaten een *margin of appreciation* laat dat, hoe meer de menselijke waardigheid in het geding is (bijv. bij een erkenning van een seksuele geaardheid), hoe strenger het EHRM zal beoordelen of er voldoende gewichtige redenen zijn om een inmening in een verdragsrecht te kunnen rechtvaardigen.⁸⁵ Zo pleegt het EHRM streng te toetsen aan de ‘lijf & leven’-rechten. Bij deze categorie rechten – ook wel absolute rechten – geldt niet of nauwelijks een *margin of appreciation*. Het EHRM beziet steeds kritisch of de absolute rechten zijn gewaarborgd.

Art. 1 EP behoort niet tot de absolute rechten. De toetsing van het EHRM aan art. 1 EP is dan ook meer terughoudend. Mahoney heeft het eigendomsrecht als volgt gekarakteriseerd:

“The subject-matter of the right of property (...) is typically one where there is a diversity of view in democratic society as to how the tension between individual liberty and community interests should be regulated. The right of property as guaranteed under the Convention accommodates both socialist (redistributive) and conservative (acquisitive) approaches. At the other end of the spectrum there is presumably little or no scope for any margin of appreciation in relation to the right to life, the prohibition of torture and inhuman treatment, and the prohibition of slavery.”⁸⁶

Het gevolg is dat slechts incidenteel door het EHRM wordt geoordeeld dat sprake is van een *disproportionate burden*.⁸⁷ Doorgaans wordt de verdragsstaten een ruime marge gelaten bij de beoordeling van de vraag of een inbreuk

84. EHRM 15 november 2005, appl. nr. 44302/02 (*J. A. Pye (Oxford) Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook HR 16 november 2002, NJ 2002, 469 (*Varkensrechten*) dat een fraaie samenvatting bevat van de wijze waarop het EHRM toetst op proportionaliteit in de rechtsoverwegingen 6.2.2 en 6.2.3. Zie ook EHRM, 8 juli 1986, appl. nr. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 120: “Clearly, compensation terms are material to the assessment whether a fair balance has been struck between the various interests at stake and, notably, whether or not a disproportionate burden has been imposed on the person who has been deprived of his possessions.”

85. Van Gerven & Lierman 2010, p. 547.

86. Citaat ontleend aan Tjepkema 2010, p. 626.

87. *Chassagnou e.a. t. Frankrijk* was in 1999 de eerste uitspraak waarin het EHRM zuiver op dit punt een veroordeling uitsprak. Voor een ander voorbeeld, zie EHRM 22 februari 2005, appl. nr. 35014/97 (*Hutten-Czapska t. Polen*), waarin het EHRM oordeelde dat een wettelijke regeling die de hoogte van de huurprijs van particuliere woningen regelde en waarbij het eigenlijk niet mogelijk was de onderhoudskosten van het eigendom te bestrijden uit de inkomsten ervan, een disproportionele last vormde die niet meer kon worden gerechtvaardigd door het algemene belang (regulering van de huurprijzen). Zie over deze uitspraak en de betekenis ervan voor het Nederlandse huurrecht: Barkhuysen, Van Emmerik & Hielkema 2008.

HOOFDSTUK 4

kan worden gerechtvaardigd op gronden van proportionaliteit en subsidiariteit door het algemene belang dat de lidstaat beoogt na te streven. Het is in beginsel aan de verdragsstaten om hier een belangenafweging te maken.⁸⁸ Alleen bij de afwezigheid van een belangenafweging die niet redelijkerwijze verdedigbaar is, zal het EHRM oordelen dat sprake is van een schending van art. 1 EP.⁸⁹ Illustratief in dit verband is de overweging uit *Pye t. Verenigd Koninkrijk*.⁹⁰

“In respect of interferences which fall under the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1, with its specific reference to “the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest ...”, there must also exist a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. In this respect, States enjoy a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question (*AGOSI v. the United Kingdom*, judgment of 24 October 1986, Series A no. 108, § 52).”

Kortom: bij de keuze van de middelen om het algemene belang te dienen wordt de wetgever een ruime mate van vrijheid gelaten.⁹¹ Veroordelingen vanwege het overschrijden van de *margin of appreciation* zijn dan ook zeldzaam.⁹²

Wel geldt ook hier het algemene uitgangspunt dat naar mate sprake is van een meer ingrijpende inbreuk op een grondrecht, het EHRM niet alleen hogere eisen zal stellen aan de rechtvaardigingsgronden, maar ook aan de rechtswaARBorgen die een belanghebbende ter beschikking staan om zich te verzetten tegen deze inbreuk.⁹³ Het EHRM heeft uitdrukkelijk overwogen dat art. 1 EP voor de verdragsstaten de positieve verplichting omvat om procedurele waarborgen te

88. Zie over de betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor het ondernemingsrecht het thema-nummer van *Ondernemingsrecht* 2011(17).

89. Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 68.

90. EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 55.

91. Zie ook bijv. EHRM 29 april 1999, appl. nrs. 25088/94, 28331/95 en 28443/95, NJ 1999, 649 (*Chassagnou e.a. t. Frankrijk*), § 75. Zie over de *margin of appreciation* uitgebreid: Vande Lanotte & HaecK 2004, deel 2, p. 306.

92. Zie ook Tjepkema 2010, p. 625. Een recent voorbeeld vormt een geval waarin de autoriteiten een onteigening aankondigden van grond in verband met de aanleg van een ringweg, vervolgens door werkzaamheden in de nabije omgeving de waarde van de grond deden dalen waarna de onteigening werd afgeblazen zonder deze schade te vergoeden: EHRM 7 december 2010, appl. nr. 27480/02, RvdW 2011, 1575 (*Tarnawczyk t. Polen*).

93. Vgl. EHRM 11 maart 2011, appl. nr. 5193/09, EHRC 2012, 16 m.nt. De Jong (*X en Y t. Kroatië*), § 79: “(...) In particular, the Court considers that stricter scrutiny is called for where measures which have such a strong impact on one’s private life as divesting one of legal capacity are at stake.”

creëren.⁹⁴ Het ontbreken van degelijke procedurele waarborgen kan aanleiding zijn om te oordelen dat geen sprake is van een *fair balance*.⁹⁵ De afwezigheid van voldoende procedurele waarborgen kan het EHRM soms ook tot het oordeel brengen dat niet voldaan is aan het ‘voorzien bij wet’-vereiste.⁹⁶

4.2.4.4 De *disproportionate* burden, een voorbeeld

Een verdragsstaat moet het vrij bont maken voordat sprake is een *disproportionate burden*. Gezien het belang van deze maatstaf voor de praktijk, zal ik trachten deze te omlijnen. Het EHRM eist van de verdragsstaten dat zij – als hoeder van het algemene belang – ook zoveel mogelijk hun best doen het algemene belang te dienen en daarbij een morele voorbeeldfunctie vervullen.⁹⁷ Uit de jurisprudentie van het EHRM komt het beeld naar voren dat sprake is van een *disproportionate burden*, in situaties die men kan omschrijven met het adagium: “het kan toch niet zo zijn dat”.⁹⁸ De zaak-Beyeler vormt daarvan een voorbeeld.⁹⁹

94. EHRM 29 maart 2011, appl. nr. 33949/05, EHRC 2011, 99 m.nt. Tjepkema & De Jong (*Potomska & Potomski t. Polen*), § 74: “The Court reiterates that the genuine, effective exercise of the right protected by Article 1 of Protocol No. 1 does not depend merely on the State’s duty not to interfere, but may give rise to positive obligations (see *Öneryıldız v. Turkey [GC]*, no. 48939/99, § 134, ECHR 2004-XII; *Broniowski*, cited above, § 143; and *Plechanow v. Poland*, cited above, § 99). Such positive obligations may entail the taking of measures necessary to protect the right to property, particularly where there is a direct link between the measures an applicant may legitimately expect from the authorities and his effective enjoyment of his possessions, even in cases involving litigation between private entities. This means, in particular, that States are under an obligation to provide a judicial mechanism for settling effectively property disputes and to ensure compliance of those mechanisms with the procedural and material safeguards enshrined in the Convention. This principle applies with all the more force when it is the State itself which is in dispute with an individual (see *Anheuser-Busch Inc.*, cited above, § 83, and *Plechanow v. Poland*, cited above, § 99).”

95. EHRM 26 september 2006, appl. nr. 35349/05 EHRC 2006, 138 (*Fleri Soler & Camilleri t. Malta*), § 79. Zie ook paragraaf 4.2.4.1 en Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak 2006, p. 864 e.v.

96. Zie § 4.2.4.1.

97. Vgl. EHRM 19 juni 2011, appl. nr. 34049/96 (*Zwierzynski t. Polen*), § 75: “The Court points out that where an issue is at stake it is incumbent on the public authorities to act in an appropriate manner and with the utmost consistency (...). Moreover, as the guardian of public order, the State has a moral obligation to lead by example and a duty to ensure that the bodies it has charged with the protection of public order follow that example.”

98. Een voorbeeld van een ‘het kan toch niet zo zijn dat’-resultaat dat de toets van art. 1 EP niet kon doorstaan is ook EHRM 16 november 2010, appl. nr. 24768/06 (*Perdigão t. Portugal*), waarin na een gedwongen onteigening, klagers – die waren opgekomen tegen de hoogte van de schadevergoeding – een proceskostenveroordeling kregen die hoger was dan de schadevergoeding die hen was toegekend. Zie over deze uitspraak ook Van Maanen 2011, p. 31 e.v.

99. EHRM 5 januari 2000, appl. nr. 33202/96, NJ 2000, 571 (*Beyeler t. Italië*).

HOOFDSTUK 4

In 1977 koopt Beyeler – een Zwitser – een Van Gogh (het schilderij ‘Portret van een jonge boer’) van een in Rome woonachtige kunsthandelaar. De kunsthandelaar vraagt een exportvergunning aan. Op grond van de wet heeft het Italiaanse Ministerie van Cultureel Erfgoed bij export van het schilderij een wettelijk voorkeursrecht tot koop. Van de verkoop wordt mededeling gedaan aan het ministerie. Abusievelijk wordt in de melding Beyeler niet als de koper genoemd. In december 1977 laat het Ministerie weten geen intentie te hebben het schilderij te kopen. Een maand later, weigeren de autoriteiten de exportvergunning van het schilderij, dat daardoor noodgedwongen bij de kunsthandelaar in Italië blijft en door Beyeler niet mag worden vervoerd naar Zwitserland.

In 1983 wil Beyeler het schilderij doorverkopen (voor een aanzienlijk hogere prijs) aan de Peggy Guggenheim Collectie in Venetië. Wederom wordt het ministerie gevraagd of het gebruik zal maken van het voorkeursrecht tot koop. Het ministerie raakt in dat verband op de hoogte dat het schilderij in 1977 aan Beyeler is verkocht. In 1988 verkoopt Beyeler het schilderij aan de Peggy Guggenheim Collectie.

Het ministerie wil vervolgens alsnog haar voorkeursrecht met betrekking tot de verkoop in 1977 uitoefenen, voor de in 1977 overeengekomen prijs, stellende dat het schilderij in 1977 nooit rechtsgeldig is aangeboden aan het ministerie, omdat niet gemeld was dat Beyeler de koper was. Na diverse procedures stelt de Italiaanse rechter het ministerie in het gelijk.

Op een klacht van Beyeler over schending van zijn recht op eigendom overweegt het EHRM dat de Italiaanse regering er niet in is geslaagd uit te leggen waarom het ministerie enerzijds reeds in 1983 bekend was met het foutje in de aanmelding in 1977 en anderzijds pas in 1988 over ging tot het uitoefenen van het voorkeursrecht.¹⁰⁰ Het uitoefenen daarvan in 1988 tegen de verkoopprijs van 1977, die inmiddels ver onder de marktprijs lag, betreft een punitieve sanctie die niet kan worden gerechtvaardigd, aldus het EHRM. De uitoefening van het voorkeursrecht in 1988 tegen een prijs uit 1977, betekende, mede gezien het overige gedrag van de Italiaanse autoriteiten tussen 1983 en 1988, een *disproportionate and excessive burden* voor Beyeler.

Een ander voorbeeld van een zaak waarin het EHRM een *disproportionate and excessive burden* aanwezig achtte betreft de zaak *Chassagnou e.a. t. Frankrijk*.¹⁰¹ In deze zaak klagen een aantal Franse boeren over een Franse wettelijke regeling op grond waarvan zij gedwongen zijn (als kleine boeren) de jachtrechten die zijn

100. *Beyeler t. Italie*, § 120.

101. EHRM 29 april 1999, appl. nr. 25088/94, 28331/95 en 28443/95 (*Chassagnou e.a. t. Frankrijk*). In een enigszins vergelijkbare casus heeft het EHRM recent geoordeeld dat geen sprake was van een schending van art. 1 EP. De situatie werd substantieel verschillend geoordeeld van de situatie die zich voordeed in de Chassagnou-zaak. EHRM 20 januari 2011, appl. nr. 9300/07 (*Hermann t. Duitsland*).

verbonden aan de door hen gehouden gronden over te dragen aan een jachtvereniging. De klagende boeren zijn om ethische redenen tegen de jacht, maar moeten de activiteiten van de jachtvereniging op hun eigen grond dulden, volgens deze wettelijke regeling (de *Loi Verdeille*). Het EHRM oordeelt dat sprake is van een *disproportionate burden*, omdat de traditie op dit punt een onvoldoende rechtvaardiging vormt om verzoekers te kunnen verplichten om derden op hun land toe te laten voor activiteiten die zozeer tegen hun morele opvattingen indruisen.¹⁰² Hetgeen is geoordeeld in *Chassagnou e.a. t. Frankrijk* illustreert niet alleen dat het EHRM oog heeft voor een pluraliteit van waarden – zoals reeds opgemerkt in het eerste deel – maar ook dat het van de verdragsstaten eist daarmee rekening te houden. De meerderheid mag in een democratische samenleving zijn voorkeuren niet zonder meer opleggen aan de minderheid.

Een laatste voorbeeld van een zaak waarin het EHRM oordeelde dat geen sprake was van een *fair balance* betreft de zaak *Megadat.com SRL t. Moldavië*.¹⁰³ De vergunning van een internetprovider was ingetrokken nadat deze had verzuimd een adreswijziging door te geven. Het EHRM achtte deze sanctie disproportioneel. Daardoor was sprake van een ongerechtvaardigde inbreuk op de eigendomsrechten (het bedrijfsvermogen waartoe de vergunning behoorde) van de rechtspersoon. De juridische gang van zaken in deze zaak in Moldavië was overigens zodanig geweest dat gerede twijfel kon bestaan over de naleving van *the rule of law*.

4.2.4.5 Ontnemen versus reguleren van eigendom

Bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een *fair balance* tussen het algemene belang dat de staat tracht te verwezenlijken en de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten, houdt het EHRM mede rekening met de mate waarin een vergoeding is toegekend.¹⁰⁴ Wanneer is een vergoeding redelijk? Teneinde deze vraag te beantwoorden pleegt het EHRM de verzoeken wel te rubriceren in gevallen waarin sprake is van een ‘ontneming’ van

102. *Chassagnou e.a. t. Frankrijk*, § 85: “*In conclusion, notwithstanding the legitimate aims of the Loi Verdeille when it was adopted, the Court considers that the result of the compulsory-transfer system which it lays down has been to place the applicants in a situation which upsets the fair balance to be struck between protection of the right of property and the requirements of the general interest. Compelling small landowners to transfer hunting rights over their land so that others can make use of them in a way which is totally incompatible with their beliefs imposes a disproportionate burden which is not justified under the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1. There has therefore been a violation of that provision.*” Zie over de regulering van jachtrechten ook EHRM 22 september 2011, appl. nr. 29953/08, EHRC 2011, 163 (*Lasgrezas t. Frankrijk*).

103. EHRM 8 april 2008, appl. nr. 21151/04, AB 2008, 224 m.nt. Barkhuysen (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

104. In EHRM 28 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) overwoog het EHRM dienaangaande: “54. *The first question that arises is whether the availability →*

HOOFDSTUK 4

eigendom en gevallen waarin sprake is van een ‘regulering’ van eigendom, in welk verband het EHRM spreekt over ‘a measure to control the use of property’.¹⁰⁵

Bij ontneming is in beginsel sprake van verlies van het juridische eigendom.¹⁰⁶ De juridische kwalificaties zijn daarbij niet beslissend. Het EHRM beziet of *de facto* sprake is van een ontneming van eigendom.¹⁰⁷ Zolang de band tussen eigendom en eigenaar niet wordt verbroken, geldt een maatregel in beginsel als regulering van eigendom.¹⁰⁸ Soms kan een zodanige wijze van regulering van eigendom zodanig ingrijpend zijn dat het EHRM de klacht beoordeelt als ware er sprake van een situatie van ontneming van eigendom.¹⁰⁹ Wetgevende maatregelen die in algemene zin (de waarde van) eigendommen aantasten worden in beginsel aangemerkt als regulering.¹¹⁰

In beide gevallen past het EHRM het gehele (hiervoor besproken) stappenplan toe, om te bezien of een inbreuk kan worden gerechtvaardigd. Binnen de met betrekking tot art. 1 EP als terughoudend aan te merken toetsingswijze

and amount of compensation are material considerations under the second sentence of the first paragraph of Article 1 (P1-1), the text of the provision being silent on the point. The Commission, with whom both the Government and the applicants agreed, read Article 1 (P1-1) as in general impliedly requiring the payment of compensation as a necessary condition for the taking of property of anyone within the jurisdiction of a Contracting State. Like the Commission, the Court observes that under the legal systems of the Contracting States, the taking of property in the public interest without payment of compensation is treated as justifiable only in exceptional circumstances not relevant for present purposes. As far as Article 1 (P1-1) is concerned, the protection of the right of property it affords would be largely illusory and ineffective in the absence of any equivalent principle. Clearly, compensation terms are material to the assessment whether the contested legislation respects a fair balance between the various interests at stake and, notably, whether it does not impose a disproportionate burden on the applicants (see the above-mentioned Sporrong and Lönnroth judgment, Series A no. 52, pp. 26 and 28, paras. 69 and 73).”

105. In de tweede volzin van art. 1 EP wordt gesproken over ontneming van eigendom, in de derde van regulering.

106. Ook indien er sprake is van een onomkeerbaar verlies van rechten kan sprake zijn van een ‘ontneming’. Zie hierover Tjepkema 2010, p. 619-620.

107. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM geldt daarbij dat (EHRM 29 maart 2010, appl. nr. 34044/02, NJ 2011, 214 m.nt. Alkema (*Depalle t. Frankrijk*), § 78) “*in determining whether there has been a deprivation of possessions within the second “rule”, it is necessary not only to consider whether there has been a formal taking or expropriation of property but to look behind the appearances and investigate the realities of the situation complained of. Since the Convention is intended to guarantee rights that are “practical and effective”, it has to be ascertained whether the situation amounted to a de facto expropriation (...)*”

108. Zie bijv. EHRM 1 december 2005, appl. nr. 61093/00, EHRC 2006, 50, m.nt. Tjepkema (*SCEA Ferme de Fresnoy t. Frankrijk*).

109. Zie EHRM 29 maart 2011, nr. 33949/05, ECHR 2011, 99 m.nt. Tjepkema en De Jong (*Potomska & Potomski t. Polen*), § 63.

110. EHRM 9 maart 1989, appl. nr. 11763/85 (*Banér t. Zweden*): “*Legislation of a general character affecting and redefining the rights of property owners cannot normally be →*

pleegt het EHRM een regulering van eigendom weer minder streng te toetsen dan gevallen waarin sprake is van ontneming van eigendom.¹¹¹

Bij *ontneming* van eigendom geldt als uitgangspunt dat indien niet is voorzien in schadevergoeding, de inmenging in beginsel als disproportioneel moet worden beschouwd.¹¹² Uit de jurisprudentie van het EHRM lijkt verder af te leiden dat bij ontneming van eigendom in beginsel vergoeding van de marktwaarde geïndiceerd is.¹¹³

De regel dat bij onteigening in beginsel aanspraak bestaat op volledige compensatie moet met behoedzaamheid worden gehanteerd. De standaardoverweging van het EHRM luidt enerzijds dat een vergoeding “an amount reasonably related to its value” moet zijn. Anderzijds is het ook vaste jurisprudentie dat op grond van art. 1 EP geen recht bestaat op een volledige vergoeding onder alle omstandigheden.¹¹⁴ Het is wel zo dat bij een lagere vergoeding dan de marktwaarde het in beginsel aan de verdragsstaat is om aannemelijk te maken dat het toekennen van een lagere vergoeding onder de omstandigheden was gerechtvaardigd.¹¹⁵

assimilated to expropriation even if some aspect of the property right is thereby interfered with or even taken away.

There are many examples in the Contracting States that the right to property is redefined as a result of legislative acts. Indeed, the wording of Article 1 para. 2 (Art. 1-2) shows that general rules regulating the use of property are not to be considered as expropriation. The Commission finds support for this view in the national laws of many countries which make a clear distinction between, on the one hand, general legislation redefining the content of the property right and expropriation, on the other.”

111. Tjepkema 2010, p. 625.

112. Zie EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) § 54 en EHRM 16 januari 2001, JOR 2001, 81 (*Offerhaus t. Nederland*), onder 2: “The Court recalls that an interference with the peaceful enjoyment of possessions must strike a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights. The concern to achieve this balance is reflected in the structure of Article 1 as a whole, including therefore the second sentence, which is to be read in the light of the general principle enunciated in the first sentence. In particular, there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised by any measure depriving a person of his possessions. Compensation terms under the relevant legislation are material to the assessment whether the contested measure respects the requisite fair balance and, notably, whether it imposes a disproportionate burden on the applicants. In this connection, the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will normally constitute a disproportionate interference (cf. *Former King of Greece and Others v. Greece* [GC], no. 25701/94, 23.11.2000, § 89).”

113. In EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 54, en EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 54.

114. Zie de vorige voetnoot, en bijv. EHRM 11 februari 2010, appl. nr. 33704/04, EHRC 2010, 57 (*Sud Parisienne de Construction t. Frankrijk*).

115. Zo ook Tjepkema 2010, p. 643.

HOOFDSTUK 4

Het is niet steeds eenvoudig om vast te stellen of sprake is van een ontneming of van regulering.¹¹⁶ In het geval niet geheel duidelijk is of sprake is van ontneming of regulering van eigendom wordt dit ook wel in het midden gelaten door het EHRM.¹¹⁷ De proportionaliteitstoets wordt dan gehanteerd zonder het maken van deze tussenstap.

In een geschil tussen Franse schapenhouders en de Franse staat over de hoogte van de vergoeding bij het ruimen van vee na een uitbraak van mond en klauwzeer, oordeelde het EHRM dat het ruimen van vee geen ontneming, maar een regulering van het recht op eigendom betrof.¹¹⁸ Dat oordeel werd verder niet gemotiveerd. Wellicht dat daarbij heeft meegespeeld dat het EHRM in het desbetreffende geval aan het uitgangspunt wilde ontsnappen dat bij ontneming van eigendom in beginsel een recht bestaat op volledige schadeloosstelling. Het ware mijns inziens beter indien het EHRM in een dergelijk geval in het midden laat of sprake is van ontneming dan wel regulering.¹¹⁹ De verplichting tot ruiming bevatte elementen van beide. Wil het onderscheid tussen ontneming c.q. regulering hanteerbaar blijven, dan is het wenselijk dat een enigszins heldere afbakening tussen beide categorieën blijft bestaan, waarnaast dan een restcategorie van ondefinieerbare gevallen kan bestaan waarin de *fair balance*-test kan worden toegepast, zonder de uitgangspunten zoals die gelden bij de categorieën ‘ontneming’ en ‘regulering’ van eigendom.

4.2.4.6 Toetsing aan art. 1 EP bij ontneming van eigendom

De wijze waarop het EHRM toetst of de vraag of een bepaalde vergoeding strookt met de eisen van art. 1 EP laat zich illustreren aan de hand van de zaak

116. De vraag of sprake is van ontneming of van regulering doet zich bijvoorbeeld voor indien een vergunning wordt ingetrokken. Bij de intrekking van een zaaksgebonden vergunning lijkt het EHRM het standpunt in te nemen dat de vergunning als een onlosmakelijk onderdeel moet worden beschouwd van de zaak waaraan het verbonden is. In EHRM 7 juli 1989, appl. nr. 10873/84 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*) oordeelde het EHRM dat in het desbetreffende geval de drankvergunning een onderdeel was van het vermogen van een restaurant. De intrekking van de vergunning betreft dan geen ontneming maar regulering van eigendom. De regel dat een verdragsstaat in beginsel gehouden is tot een vergoeding van de marktwaarde geldt dan niet.

117. Zie bijvoorbeeld recent: EHRM 20 september 2011, appl. nr. 17854/04 (*Shesti Mai Engineering OOD e.a. t. Bulgaria*), zie verder Vande Lanotte en Haeck 2004, deel 2, p. 309.

118. EHRM 15 juli 2010, appl. nr. 44174/06, NJ 2011, 215 m.nt. Alkema (*Chagnon & Fournier t. Frankrijk*).

119. Hetzelfde heeft meen ik te gelden voor EHRM 29 maart 2010, appl. nr. 34044/02, NJ 2011, 214 m.nt. Alkema (*Depalle t. Frankrijk*) § 80, waarin de toestemming om een woning in een duingebied (publieke grond) te mogen hebben niet wordt verlengd, hetgeen niet werd aangemerkt als een ontneming van eigendom. De overweging daarbij dat het niet vernieuwen van de vergunning nog niet tot gevolg heeft gehad dat het huis is afgebroken, overtuigend niet. Voorzienbaar is immers dat door de weigering om de toestemming om ter plekke een huis te mogen bewonen te verlengen, het huis zal worden afgebroken.

Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk.¹²⁰ Daarin werd geklaagd over de wijze waarop de Labour-regering in de jaren zeventig in het Verenigd Koninkrijk een aantal bedrijven had genationaliseerd onder de *Aircraft and Shipbuilding Industries Act 1977*. Verzoekers in Straatsburg meenden dat de hoogte van de vergoeding die zij hadden ontvangen in ruil voor de (gedwongen) overdracht van hun aandelen volstrekt onredelijk was, gelet op het moment waarop zij onteigend werden. De *Aircraft and Shipbuilding Industries Act 1977* was in maart 1977 in werking getreden.

De waarde van de aandelen was echter bepaald op het bedrag van hun gemiddelde koers in de zes maanden voorafgaande aan 28 februari 1974, de dag waarop Labour de verkiezingen had gewonnen. In het verkiezingsprogramma was vermeld dat Labour van plan was bepaalde bedrijven te nationaliseren. Gekozen was voor de gemiddelde koers over een periode van zes maanden voorafgaande aan de verkiezingen om de mogelijkheid van een nationalisatie in de beurskoers te neutraliseren.

Verzoekers betoogden dat gezien de lange tijd die lag tussen het moment van waardebepaling en de daadwerkelijke onteigening, ten minste ook een inflatiecorrectie zou moeten worden gegeven over de vergoeding. Door de oliecrises was de inflatie sterk opgelopen. In 1976 bijvoorbeeld bedroeg de inflatie in Groot-Brittannië 22%. De regering verweerde zich met de stelling dat de vergoeding *fair* was, onder meer omdat zij het risico had gelopen dat de aandelen na februari 1974 in waarde zouden dalen.

Het EHRM stelde voorop dat het wegnemen van eigendom zonder een vergoeding die in een redelijke verhouding staat tot de waarde normaal gesproken een disproportionele inbreuk betekent op het recht van eigendom. Anderzijds kan aan art. 1 EP niet in alle omstandigheden het recht op een volledige compensatie worden ontleend. Algemene belangen kunnen onder omstandigheden een vergoeding die lager ligt dan de marktwaarde rechtvaardigen.¹²¹ Daarbij dient sprake te zijn van een *fair balance* tussen de inbreuk enerzijds en het algemene belang dat wordt nagestreefd anderzijds.¹²²

De mate waarin compensatie wordt geboden is derhalve van belang bij de vraag of sprake is van een *fair balance* (§ 120). Het EHRM stelde voorts voorop dat een nationalisatie niet gelijk gesteld kan worden aan een overname, in de zin dat bij een nationalisatie een vergoeding zou moeten worden betaald als ware het een overnamebod. Bij de vraag of de vergoeding voldoende geacht kon worden om te kunnen spreken van een *fair balance* moet de lidstaat verder een *wide margin of appreciation* worden gegund (§ 121).

120. EHRM 8 juli 1986, appl. nr. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

121. Vgl. *James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, § 54.

122. Zie *Sporrong & Lönnroth*, § 69. Er is geen sprake van een *fair balance*, bijvoorbeeld indien de last voor de desbetreffende persoon "an individual and excessive burden" betreft (§ 73).

HOOFDSTUK 4

Bij de wijze waarop de waarde van aandelen was bepaald achtte het EHRM van belang dat verklaarbaar was waarom de waarde van aandelen als basis werd genomen in plaats van bijvoorbeeld een waardering op basis van de *underlying assets* (§ 125). Ook was verklaarbaar waarom een gemiddelde koers werd gekozen over een periode die ruim drie jaar lag voor het moment van overname van de aandelen (namelijk een periode van zes maanden gelegen vlak voor de verkiezingen) (§ 132). Ook de klacht dat de schadevergoeding onvoldoende rekening hield met de op dat moment hoge inflatie werd door het EHRM verworpen. Daarbij was van belang dat de aandelenkoersen in dezelfde periode niet zo hard waren gestegen en een lage rentevergoeding werd betaald door de staat (§ 144). Ten slotte werd ook de klacht verworpen dat geen rekening werd gehouden met de omvang van het aandelenpakket (§ 149).¹²³ Daarbij erkende het EHRM dat een meerderheidspakket weliswaar een meerwaarde kon vertegenwoordigen, maar dat in het onderhavige geval niet heel aannemelijk was dat die meerwaarde ook gerealiseerd zou kunnen worden.¹²⁴ Het EHRM concludeerde dat geen sprake was van een schending van art. 1 EP.

De uitspraak toont aan dat het EHRM weliswaar in beginsel eist dat bij een ontneming van eigendom in beginsel de marktwaarde dient te worden vergoed, maar dat onder omstandigheden een vergoeding onder de marktwaarde ook *fair* kan zijn.¹²⁵ Het EHRM toetst of een vergoeding redelijk is, in het licht van alle omstandigheden van het geval. In het hiervoor geschetste geval lijkt het EHRM bijvoorbeeld mee te wegen dat aandeelhouders in de aanloop naar verkiezingen waarin een nationalisatie van bepaalde bedrijfstakken wordt voorgesteld, de desbetreffende aandelen ook hadden kunnen verkopen. Het EHRM weegt mee in hoeverre klagers zich welbewust in een risicovolle positie hebben laten brengen. In dat verband wordt ook wel gesproken over actieve en passieve risico-aanvaarding.¹²⁶ Voor zover de kans dat de politieke wind zou kunnen veranderen een waardedrukkend effect heeft gehad lijkt het EHRM dat risico voor de aandeelhouder te willen laten.

123. “Finally, the Court does not consider that the United Kingdom was obliged under Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) to treat the former owners differently according to the class or size of their shareholdings in the nationalised undertakings: it did not act unreasonably in taking the view that compensation would be more fairly allocated if all the owners were treated alike.”

124. “It is true that in a sale by private treaty between a willing seller and a willing buyer the price paid for the applicants’ securities might have included an element representing the special value attributable to the size of their shareholdings. However, to have assessed compensation on this basis would have involved assuming that a buyer could be found for the large blocks of shares in question, an assumption which, in the case of these particular industries, would have been at least questionable.”

125. Vgl. EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 54.

126. Zie over dit onderwerp uitgebreid Tjepkema 2010, p. 670 e.v.

4.2.5 *Ondernemingsrechtelijke geschillen over art. 1 EP in Straatsburg*

Teneinde een wat meer op het ondernemingsrecht toegesneden referentiekader te creëren over de wijze waarop het EHRM art. 1 EP verstaat, sta ik kort stil bij enige specifiek op het ondernemingsrecht betrekking hebbende uitspraken van het EHRM. De belangrijkste uitspraken zijn de volgende.

In *Sovtransavto Holding t. Oekraïne*¹²⁷ klaagt een Russische houdstermaatschappij dat haar positie als aandeelhouder van een Oekraïense vennootschap op onrechtmatige wijze is gemarginaliseerd door uitgifte van nieuwe aandelen. De uitgifte van nieuwe aandelen had een sterke verwatering van het aandelenbelang van Sovtransavto Holding tot gevolg. Oorspronkelijk bezat Sovtransavto Holding 49% van de aandelen in de Oekraïense onderneming. Door uitgifte van nieuwe aandelen verwaterde dat belang tot 20,7%.

Toen Sovtransavto Holding daartegen in rechte opkwam raakte zij verwickeld in tal van procedures. De Oekraïense autoriteiten mengden zich in deze geschillen. Definitieve rechterlijke uitspraken bleken na een “protest”, toch weer herroepelijk.

In deze zaak oordeelt het EHRM in de eerste plaats dat art. 6 EVRM is geschonden, nu gerede twijfel kan bestaan over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechtspleging. Over art. 1 EP overweegt het EHRM dat aandelen als eigendom zijn te beschouwen, om vervolgens inhoudelijk de klacht te beoordelen.¹²⁸ Het EHRM heeft daarbij moeite om de verwatering van de aandelen te rubriceren. Betreft de verwatering een regulering van het recht van eigendom of een ontneming?

Onder de overweging dat aandelen complexe rechten zijn, wordt het antwoord op deze vraag in het midden gelaten.¹²⁹ Het EHRM stelt vast dat

127. EHRM 25 juli 2002, appl. nr. 48553/99, JOR 2003, 111 m.nt. Vossestein (onder JOR 2003, 112) (*Sovtransavto Holding t. Oekraïne*). Zie voor een sterk op deze zaak gelijkend geval: EHRM 20 september 2011, appl. nr. 17854/04 (*Shesti Mai Engineering OOD e.a. t. Bulgarië*).

128. “91. *The Court observes that it has already found in its admissibility decision in the instant case that the shares held by the applicant company undoubtedly had an economic value and constituted “possessions” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. As the Government do not dispute that the applicant company was the owner of the shares concerned, the Court therefore finds that Article 1 is applicable.*”

129. “92 *The Court also has to determine which provision of Article 1 is applicable in the instant case.*

The Court observes in that connection that “a company share is a complex thing. It certifies that the holder possesses a share in the company together with the corresponding rights. This is not only an indirect claim on company assets but other rights, especially voting rights and the right to influence the company, may follow the share” (Company S. and T. v. Sweden, no. 11189/84, Commission decision of 11 December 1986, DR 50, p. 138).

The Court notes that in the present case the applicant company initially held a 49% stake in Sovtransavto-Lugansk. Following repeated increases in that company’s share capital the percentage held by the applicant company was reduced from 49% to 20.7%. Consequently, there were changes in the powers the applicant company exercised as a shareholder; that is to say in its ability to run the company and control its assets.”

HOOFDSTUK 4

de verwatering de mogelijkheden om zeggenschap uit te oefenen voor Sovtransavto Holding in ieder geval negatief heeft beïnvloed. Daardoor is sprake geweest van een inbreuk op het recht van eigendom.

Vervolgens overweegt het EHRM dat de positieve verplichtingen die uit art. 1 EP voortvloeien meebrengen dat een staat gehouden is te voorzien in een effectieve en eerlijke wijze van geschilbeslechting.¹³⁰ Dat betekent dat ook in een geschil tussen particulieren de staat gehouden is ervoor te zorgen dat de (rechts)persoon die zich wenst te verzetten tegen een inmenging in zijn eigendomsrecht, over een adequaat rechtsmiddel kan beschikken.

In het onderhavige geval is naar het oordeel van het EHRM geen sprake geweest van een effectieve en eerlijke wijze van geschilbeslechting. Daarbij wijst het EHRM op de langdurige onzekerheid waarin Sovtransavto werd gelaten doordat de procedures steeds werden heropend, de bemoeienis van de autoriteiten, alsmede de gerede twijfel die men kon hebben over de vraag of sprake was van een eerlijke rechtspleging.¹³¹ De voortdurende onzekerheid waarin Sovtransavto werd gelaten doordat uitspraken weer bleken te kunnen

130. “As regards the right guaranteed by Article 1 of Protocol No. 1, those positive obligations may entail certain measures necessary to protect the right of property (see, among other authorities and *mutatis mutandis*, *López Ostra v. Spain*, judgment of 9 December 1994, Series A no. 303-C, p. 55, § 55), even in cases involving litigation between individuals or companies. This means, in particular, that the States are under an obligation to afford judicial procedures that offer the necessary procedural guarantees and therefore enable the domestic courts and tribunals to adjudicate effectively and fairly any disputes between private persons.”

131. “97(...) The Court considers that the unfair manner in which the proceedings in issue were conducted had a direct impact on the applicant company’s right to the peaceful enjoyment of its possessions, as it is indisputable that the refusal by the tribunals of fact to comply with the directions of the Supreme Arbitration Tribunal, coupled with the considerable differences of approach to the application and interpretation of the domestic law between the various levels of jurisdiction, made the repeated reopening of the proceedings in issue possible, thus creating permanent uncertainty about the lawfulness of the decisions of Sovtransavto-Lugansk and the Lugansk Executive Council. The interventions of the State executive branch in the judicial process considerably added to that uncertainty. Lastly, the manner in which the litigation ended (see paragraph 81 above) does not appear to have been consistent with the State’s obligation to deal with the applicant company’s situation in as coherent a manner as possible (see *Beyeler*, cited above, § 120). Consequently, the applicant company had to cope with that uncertainty during the period in which its initial shareholding was reduced, with the consequent changes to its ability to manage Sovtransavto-Lugansk and to control its assets that that entailed (*ibid.*, § 110).

98. Having regard to the foregoing, the Court finds that the manner in which the proceedings were conducted and ended, and the uncertainty in which the applicant company was left, upset the “fair balance” that has to be struck between the demands of the public interest and the need to protect the applicant company’s right to the peaceful enjoyment of its possessions. Consequently, the State failed to comply with its obligation to secure to the applicant company the effective enjoyment of its right of property, as guaranteed by Article 1 of Protocol No. 1.”

worden teruggedraaid nadat zij eerst definitief leken te zijn geworden betekent volgens het EHRM dat geen sprake is van een *fair balance* tussen het publieke belang en de mate waarin het eigendomsrecht van Sovtransavto is aangetast.

In de zaak *Olczak t. Polen* raakt een aandeelhouder zijn aandelenbelang in een bank kwijt ten gevolge van een reddingsoperatie.¹³² Olczak houdt aanvankelijk 45% in het kapitaal van Lublin First Commercial Bank. Nadat de bank in financiële problemen is geraakt, grijpt de Nationale Bank in als toezichthouder. De door de Nationale Bank aangestelde bewindvoerders geven nieuwe aandelen uit met een sterke verwatering van het belang van Olczak tot gevolg. Olczak ziet zijn deelneming slinken van 45% naar 0.4%. Vervolgens worden zijn aandelen ingetrokken. Feitelijk is sprake van een ontneming van eigendom zonder enige vergoeding, hetgeen een schending meebrengt van art. 1 EP, aldus Olczak.

Het EHRM verwerpt de klacht. Het stelt voorop dat de getroffen maatregelen door de bewindvoerders rechtsgeldig moeten worden geacht. Aldus is voldaan aan het vereiste van *lawfulness*. Voorts meent het EHRM dat de getroffen maatregelen de (ruime) grenzen van de proportionaliteitstoets niet te buiten gaan. De getroffen maatregelen zijn verdedigbaar in het licht van de financieel zorgwekkende situatie waarin de bank verkeerde en het oogmerk de belangen van de rekeninghouders te beschermen.¹³³

De zaak *Offerhaus t. Nederland*¹³⁴ betreft een klacht van uitgekochte aandeelhouders van Nationale-Nederlanden NV.¹³⁵ Deze betoogden dat bij de prijsbepaling van hun aandelen ten onrechte niet was uitgegaan van de intrinsieke waarde van de aandelen, maar van de beurskoers van de aandelen. De Hoge Raad had over de cassatieklacht met dezelfde strekking overwogen dat bij de berekening van de waarde van beursgenoteerde aandelen bij een *going concern* de beurskoers in het algemeen gezien mag worden als een objectieve waarderingsmethode van ter beurze genoteerde aandelen. Uit art. 1 EP valt niet af te leiden dat de prijs die voor aandelen die worden uitgekocht moet worden betaald een andere dan een reële prijs zou moeten zijn, en met name niet dat steeds de prijs in aanmerking zou moeten worden genomen, die volgens (theoretische) berekeningen het hoogste resultaat oplevert, aldus de Hoge Raad.¹³⁶

132. EHRM 7 november 2002, appl. nt. 30417/96, JOR 2003, m.nt. Vossestein (*Olczak t. Polen*).

133. EHRM 7 november 2002, appl. nt. 30417/96, JOR 2003, m.nt. Vossestein (*Olczak t. Polen*), § 84-85.

134. EHRM 16 januari 2001, appl. nr. 35730/97, JOR 2001, 81 (*Offerhaus en Offerhaus t. Nederland*).

135. In 1990 fuseerde Nationale-Nederlanden N.V. met NMB-Postbank N.V. De fusie kwam tot stand door uitgifte van nieuwe aandelen ING in ruil voor aandelen in bestaande entiteiten.

136. HR 11 september 1996, NJ 1997, 176 m.nt. Ma (*Offerhaus/ING*), rov. 4.6-4.6.1.

HOOFDSTUK 4

Het EHRM overweegt dat de hoogte van de vergoeding van belang is bij de beantwoording van de vraag of een inmenging in het eigendomsrecht proportioneel is ten opzichte van het nagestreefde publieke belang. Daarbij geldt dat bij een ontneming van eigendom zonder vergoeding die in een redelijke verhouding staat tot de waarde in beginsel sprake is van een disproportionele inbreuk op het eigendomsrecht. In de onderhavige zaak is echter een redelijke vergoeding gegeven, hetgeen het EHRM afleidt uit de omstandigheden van het geval, waarin was aangeknoopt bij de beurswaarde van de aandelen ING. Daarop verklaart het EHRM de klacht (als kennelijk ongegrond) niet-ontvankelijk.

In *Špaček t. Tjechië* (reeds hiervoor besproken in § 4.2.4.1) klaagde een bedrijf over de onvoorzienbaarheid van het van toepassing zijn van een fiscale regel.¹³⁷ Het bedrijf was van ‘enkel’ naar ‘dubbel’ boekhouden overgestapt en dientengevolge tegen een belastingheffing opgelopen. De desbetreffende belastingmaatregel was volgens de verzoeker niet op voldoende kenbare manier gepubliceerd. Bij de beoordeling van deze klacht stelt het EHRM voorop dat het begrip ‘wet’ in art. 1 EP verwant is aan het begrip ‘wet’, zoals dat elders in het EVRM voorkomt. Een begrip dat zowel materiële wetgeving omvat als rechtersrecht (jurisprudentie). Om als wet te kunnen gelden dient voldaan te zijn aan de eisen van *accessibility* en *foreseeability*. In het concrete geval oordeelt het EHRM dienaangaande dat de aangevochten regelingen voldoende toegankelijk en voorzienbaar waren alsmede dat de bestreden inmenging een voldoende wettelijke grondslag in het nationale recht had om te kunnen voldoen aan de eisen als neergelegd in het tweede lid van art. 1 EP.

4.2.6 Conclusies over art. 1 EP

De (belastingkamer van de) Hoge Raad heeft over de strekking van art. 1 EP overwogen dat het artikel:¹³⁸

“op de staten die verdragspartij zijn de verplichting [legt] om het juridisch en feitelijk kader te scheppen waaronder het ongestoord genot van eigendom, zo veel als in een hoog ontwikkelde samenleving doenlijk is, kan worden verwezenlijkt. Van een absolute eigendomsbescherming kan daarbij echter geen sprake zijn. Niet zelden zal immers, zoals in het vervolg van art. 1 voornoemd met zoveel woorden wordt erkend, het belang van de ene eigenaar op ongestoord genot van eigendom met inachtneming van de nodige waarborgen tegen willekeur moeten worden afgewogen tegen andere belangen, al dan niet van eigenaren. Eerst wanneer hij hiermee ernst maakt, kan worden gezegd dat de staat de betrokken verdragsverplichting te goeder trouw naleeft.

137. EHRM 9 november 1999, appl. nr. 26449/95 (*Špaček t. Tjechië*).

138. HR 8 december 1993, NJ 1994, 273, m.nt. Ma. rov. 4.2.

Met deze overweging is de strekking van art. 1 EP adequaat getypeerd. Door het ruime eigendomsbegrip dat het EHRM hanteert, komt art. 1 EP in veel situaties al snel in beeld als een toepasselijke norm. Anderzijds pleegt het EHRM de verdragsstaten een ruime *margin of appreciation* te laten waardoor niet snel sprake is van een schending van art. 1 EP.

De jurisprudentie van het EHRM laat zien dat een klacht met betrekking tot art. 1 EP niet snel gegrond wordt geoordeeld. Veroordelingen hebben vrijwel steeds betrekking op een schending van het legaliteitsbeginsel. Het betreft daarbij veelal gevallen waarin de wettelijke basis voor een eigendomsontneming als min of meer arbitrair wordt aangemerkt of gevallen waarin de verdragsstaat lange tijd onzekerheid heeft laten bestaan over de mate waarin het gebruik van het eigendomsrecht zal worden beperkt. In de eerste plaats geeft art. 1 EP vooral procedurele waarborgen. Alkema heeft art. 1 getypeerd met de woorden: “Property is legal action”.¹³⁹

Een andere categorie van veroordelingen betreft de ‘ontnemingsgevallen’ waarin het uitgangspunt is dat geen sprake is van een *fair balance* indien geen vergoeding is verkregen die in een redelijke verhouding staat tot de werkelijke waarde van het ontnomen goed.¹⁴⁰ Een lage vergoeding leidt niet zonder meer tot een veroordeling. De overige omstandigheden blijven relevant en kunnen een vergoeding die lager ligt dan de werkelijke waarde onder omstandigheden rechtvaardigen. Zo lijkt bijvoorbeeld in de zaak *Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk* in de (politiek gekleurde) omstandigheden van dat geval een zeker verlies in waarde bij een onteigening voor het maatschappelijk risico van de onteigenden te zijn gelaten. Voor wat betreft inmengingen in het eigendomsrecht die niet zijn te beschouwen als een ontneming, getuigt de jurisprudentie van het EHRM in zijn algemeenheid van de opvatting dat inmengingen in het eigendomsrecht – mits zij berusten op een voldoende wettelijke basis – tot een bepaalde mate tot het maatschappelijk risico behoren en voor rekening van de benadeelde behoren te blijven.

In het hiernavolgende zullen enige bepalingen uit Boek 2 BW worden belicht. Kleuren de eisen die het EHRM uit art. 1 EP afleidt, de wijze waarop bepaalde bepalingen van Boek 2 BW moeten worden verstaan?

139. Alkema 2000, p. 27.

140. Zie verder Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 69-70.

HOOFDSTUK 4

A. Lawfull?

- Is er een voldoende wettelijke grondslag?
- Is de wettelijke grondslag voldoende kenbaar?
- Is de wijze waarop de bevoegdheid op grond waarvan inbreuk wordt gemaakt voldoende voorzienbaar?

B. Legitmate aim?

- Dient de inbreuk een legitiem belang?

C. Fair balance?

- Is de inbreuk op het eigendomsrecht noodzakelijk voor het beoogde doel?
- Gaat de inbreuk niet verder dan noodzakelijk?
- Is sprake van een redelijke afweging van de op het spel staande belangen?

In beginsel schending van art. 1 EP:

- Bij ontneming van eigendom zonder enige vorm compensatie.
- Wanneer niet is voorzien in voldoende procedurele waarborgen ter bescherming tegen een inbreuk op een eigendomsrecht.

4.3 Art. 1 EP en het Nederlandse ondernemingsrecht

4.3.1 Inleidende opmerking

In Boek 2 zijn tal van wettelijke bepalingen te vinden die het mogelijk maken dat inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten. Bij de beantwoording van de vraag of deze inbreuken gerechtvaardigd kunnen worden in het licht van de jurisprudentie van het EHRM, is van belang in het oog te houden dat het EHRM niet beoordeelt hoe een wetsbepaling of regeling zich verhoudt tot art. 1 EP, maar in feite alleen de door de (hoogste nationale) rechter bereikte uitkomst langs de lat van art. 1 EP legt.¹⁴¹ Alleen indien de wet eenduidig is en een rechter geen vrijheid laat anders te oordelen, kan een specifieke wettelijke bepaling *de facto* in beeld komen als object van toetsing.¹⁴² Doorgaans zal de rechterlijke belangenafweging het voorwerp van onderzoek zijn in Straatsburg.¹⁴³

In het ondernemingsrecht zal met name de wijze waarop bevoegdheden door organen van de rechtspersoon worden uitgeoefend tot conflicten over inbreuken op het eigendomsrecht aanleiding kunnen geven. De verschillende bij de rechtspersoon betrokken personen kunnen verschillende belangen hebben. Een belangrijk instrument om dergelijke geschillen mee te beslechten is de redelijkheid en billijkheid.

Art. 2:8 lid 2 BW bepaalt dat een krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel buiten toepassing dient te blijven voor

141. Niet geheel zuiver is bijvoorbeeld de overweging uit HR 14 september 2007, LJN BA4117; NJ 2007, 610 m.nt. Ma onder NJ 2007, 612, JOR 2007, 237 m.nt. B.F. Assink (*Versatel*), rov. 4.4: “*De regeling van art. 2:92a en 2:201a BW, die voorziet in een eenvoudige procedure om minderheidsaandeelhouders uit te kopen is, naar ook in het middel wordt erkend, niet in strijd met het bepaalde in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en in art. 14 EVRM.*” De regeling als zodanig zal slechts in strijd zijn met EVRM indien deze fundamentele gebreken bevat. Overigens zal het steeds de vraag zijn of de wijze waarop de regeling in een concreet geval heeft gefunctioneerd de toets der kritiek vanuit Straatsburg kan doorstaan.

142. Voorbeelden hiervan uit het goederenrecht vormen EHRM 15 november 2005, appl. nt, 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 21 december 2004, appl. nr. 688801/01 (*Schirmer t. Polen*), waarover bijv. Milo 2007.

143. Soms kan art. 1 EP ook zelfstandig redengevend zijn voor een bepaalde rechterlijke beslissing. Een voorbeeld daarvan is het HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 m.nt. Kortmann (*Sobi/Hurks*), waarin (onder meer) de vraag aan de orde was of een schuldeiser zelfstandig een actie uit onrechtmatige daad jegens de bestuurder van moedermaatschappij van de gefailleerde vennootschap mocht instellen, of dat alleen de curator daartoe bevoegd was. De Hoge Raad oordeelde (in rov. 5.1.3) dat het feit dat de curator een vorderingsrecht toekwam niet eraan in de weg stond dat ook de schuldeiser zelf een vordering kon instellen: “*Voor een andersluidend oordeel zou mede in verband met het bepaalde in art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM, een wettelijke grondslag vereist zijn. Deze kan echter, (...) noch in de Faillissementswet noch in enige andere wettelijke bepaling worden gevonden.*”

HOOFDSTUK 4

zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Art. 2:8 BW biedt de rechter de mogelijkheid om een bepaling uit Boek 2 BW (of uit de statuten, etc.) die in een concreet geval leidt tot een inbreuk op een eigendomsrecht, die niet gerechtvaardigd kan worden in het licht van de jurisprudentie van het EHRM, voor dat geval aan te merken als een regel die naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht.¹⁴⁴ Art. 2:8 BW en art. 1 EP gezamenlijk kunnen de rechter dus tot een bepaalde beslissing nopen.¹⁴⁵

Van belang is om in het hiernavolgende in het oog te houden dat bij een klacht in Straatsburg over een schending van art. 1 EP in een geschil tussen bij de vennootschap betrokken (private) personen, vrijwel steeds het door de rechter bereikte resultaat in het desbetreffende geschil, het onderwerp van beoordeling in Straatsburg zal zijn. Een zoektocht naar de wijze waarop art. 1 EP de bepalingen in Boek 2 BW begrenst is dus eigenlijk een speurtocht naar *omstandigheden* waarin wettelijke bepalingen, gezien de wijze waarop het EHRM art. 1 EP uitlegt, op een bepaalde wijze dienen te worden verstaan.

In het hiernavolgende worden de bepalingen uit Boek 2 tegen het licht gehouden, die het recht op eigendom beperken of op grond waarvan inbreuk kan worden gemaakt op eigendomsrechten. Aan het einde van dit hoofdstuk zal voorts worden stilgestaan bij het wetsvoorstel 'claw back' van bestuurdersbeloningen.

4.3.2 Voorzieningen te treffen door de Ondernemingskamer

4.3.2.1 De bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen door de Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer heeft op grond van art. 2:349a lid 2 BW de bevoegdheid om in verband met de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek een 'onmiddellijke voorziening' te treffen. Deze bevoegdheid is door de Hoge Raad zo verstaan dat de Ondernemingskamer op grond van art. 2:349a BW de vrijheid heeft zodanige onmiddellijke voorzieningen te treffen als zij in verband met de toestand van de rechtspersoon noodzakelijk acht, ook indien daarbij tijdelijk inbreuk wordt gemaakt op de geldende

144. Zie Hof Amsterdam 24 februari 2009, LJN BH6413, rov. 4.5.

145. Zo zal bijvoorbeeld een op zichzelf geldig en bevoegdelijk genomen fusiebesluit, ten gevolge waarvan disproportioneel inbreuk wordt gemaakt op het eigendomsrecht van bepaalde aandeelhouders, onder omstandigheden (mede gezien de belangen van de vennootschap en overige betrokkenen) als in strijd met art. 2:8 BW dienen te worden aangemerkt. Niet de fusieregeling, maar de gevolgen van een fusie in het concrete geval vormen in een dergelijk geval het object van beoordeling. Dat geldt ook in Straatsburg.

rechtsverhoudingen binnen de rechtspersoon.¹⁴⁶ Aan het treffen van onmiddellijke voorzieningen hoeft voorts niet in de weg te staan dat deze kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen, mits de voorziening naar haar aard een voorlopige is en bij het treffen van een zodanige voorziening voldoende rekening is gehouden met, en een billijke afweging heeft plaatsgevonden van, de belangen van de betrokken partijen.¹⁴⁷ Een onmiddellijke voorzieningen zal niet zelden inbreuk maken op de rechten van (tenminste) één van de bij het geding betrokken partijen.¹⁴⁸ De vraag of sprake is van een inmenging in eigendomsrechten zal per geval tot geval moeten worden beoordeeld en zal soms ook niet eenduidig te beantwoorden zijn. Daarbij dient onderscheid te worden gemaakt tussen de vennootschapsorde¹⁴⁹ en het vermogen van de rechtspersoon. Een inbreuk op de vennootschapsorde kan ook een inbreuk op eigendomsrechten meebrengen, maar dat hoeft niet steeds het geval te zijn.¹⁵⁰

146. HR 14 september 2007, NJ 2007, 611 m.nt. Ma onder NJ 2007, 612 (*Versatel II*), rov. 4.2.

147. HR 14 september 2007, NJ 2007, 611 m.nt. Ma onder NJ 2007, 612 (*Versatel II*), rov. 4.2.

Waarvan de Hoge Raad nog toevoegde “*Dit brengt mee dat de ondernemingskamer iedere voorziening van voorlopige aard mag treffen mits met het oog op de gevolgen ervan een billijke afweging van de belangen van partijen heeft plaatsgevonden en de noodzaak van deze voorziening voldoende is gebleken. Het laatste is met name ook het geval als naar het oordeel van de ondernemingskamer een minder ingrijpende maatregel niet effectief zou zijn.*”

148. Eikelboom (2011b) betoogt dat een onmiddellijke voorzieningen slechts inbreuk mag maken op regels die hun oorsprong vinden in het Unierecht, voor zover het Unierecht dat toelaat. Dit deed bij mij de vraag rijzen of de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening mag gelasten dat een rechtspersoon zijn zetel gedurende de duur van de voorziening niet naar een andere lidstaat van de Unie mag verplaatsen. Gezien het tijdelijk karakter van de onmiddellijke voorziening denk ik dat een dergelijke voorziening tot de mogelijkheden behoort.

149. De statuten scheppen volgens de objectiefrechtelijke leer voor een zekere kring rechtsregels. Zie De Jongh 2011, p. 609.

150. Wanneer de ondernemingskamer een tijdelijke bestuurder benoemt geldt indien de algemene vergadering van aandeelhouders volgens de statuten regulier bevoegd is tot benoeming van een bestuurder dat de benoeming inbreuk maakt op de uitoefening van de nevenrechten verbonden aan aandelen (zie § 4.2.3). Aldus is sprake van een inmenging in het ongestoorde genot van eigendomsrechten van de aandeelhouders. Vanuit het perspectief van de vennootschap zal eerst sprake zijn van een inmenging op het recht op eigendom, indien de bestuurder de vennootschap schade berokkent. Krijgt de bestuurder de vennootschap juist weer op de rails, dan zal de vennootschap niet kunnen klagen over een schending van art. 1 EP bij afwezigheid van (vermogens)schade. Wanneer geen substantiële vermogensschade wordt geleden is geen beroep op art. 1 EP mogelijk door de vennootschap. Vgl. EHRM 13 maart 2012, appl. nr. 23780/08, EHCR 2012, 127 m.nt. Schild (*Malik t. Verenigd Koninkrijk*), welke uitspraak het economische perspectief van het EHRM bij de uitleg van art. 1 EP illustreert. Mijns inziens is onjuist de gedachte dat bij een doorkruising van de vennootschappelijk orde ook steeds sprake is van een inmenging op het recht van eigendom van de vennootschap.

HOOFDSTUK 4

De grenzen die de Hoge Raad stelt aan de uitoefening van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen zijn de volgende. Het treffen van een onmiddellijke voorziening dient:¹⁵¹

- (i) noodzakelijk te zijn gelet op de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek;¹⁵²
- (ii) een voldoende zwaarwegend belang te dienen (met name indien nog geen onderzoek is gelast);¹⁵³
- (iii) gerechtvaardigd te zijn met het oog op de met de regeling van het enquêterecht beoogde sanering en herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de rechtspersoon;¹⁵⁴
- (iv) blijkt te geven van een billijke afweging van de belangen van de betrokken partijen;¹⁵⁵ en
- (v) niet te zijn een voorziening “*waarop de betrokken partijen, gelet op het verloop van het geding en het processuele debat, niet bedacht behoeften te zijn en over de consequenties waarvan zij zich niet hebben kunnen uitlaten*”.¹⁵⁶

In beginsel zal uit de vastgestelde feiten moeten volgen dat de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen noopt. De (voorlopig) vastgestelde feiten dienen te ‘tonen’ dat een getroffen onmiddellijke voorziening gerechtvaardigd is. Valt zulks niet zonder meer uit vastgestelde feiten af te leiden, dan gelden verhoogde motiveringseisen.¹⁵⁷

De Hoge Raad kan zowel (i) de vraag of de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek aanleiding geeft tot het treffen van voorzieningen, als (ii) de vraag welke onmiddellijke voorzieningen geïndiceerd zijn, alleen marginaal toetsten. Beoordeeld wordt of de Ondernemingskamer in redelijkheid tot het treffen van een onmiddellijke voorziening heeft kunnen besluiten. Aldus heeft de Ondernemingskamer een ruime discretionaire bevoegdheid bij het treffen van voorzieningen.¹⁵⁸

Het is begrijpelijk dat de Hoge Raad zich op dit punt terughoudend wenst op te stellen. Een beoordeling van de vraag welke onmiddellijke voorzieningen in

151. Zie over deze eisen meer uitgebreid mijn bijdrage in *WelBeraden*; Schild 2009, p. 284.

152. Hetgeen volgt uit art. 2:349a lid 2 BW.

153. Vgl. HR 27 september 2000, NJ 2000, 653 (*Gucci*), rov. 4.2.

154. Vgl. HR 14 december 2007, NJ 2008, 105 m.nt. Ma (*DSM*), rov. 3.6.

155. Vgl. HR 19 oktober 2001, NJ 2002, 92 m.nt. Ma (*Skygate*), rov. 3.6.

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

157. Zie A-G Timmerman in zijn conclusie vóór de *DSM*-beschikking, rov. 3.99.

158. Vgl. HR 19 oktober 2001, NJ 2002, 92 m.nt. Ma (*Skygate*).

het concrete geval geïndiceerd zijn betreft een beoordeling van de omstandigheden van het geval, welke beoordeling is voorbehouden aan de feitenrechter. De toetsing in cassatie is in wezen een toetsing of de Ondernemingskamer door het treffen van een bepaalde voorziening niet zodanig heeft gehandeld dat geen sprake meer is van een *fair balance* in het licht van de op het spel staande belangen. Een toetsing op proportionaliteit derhalve.

De door de Ondernemingskamer getroffen onmiddellijke voorzieningen zullen niet zelden de (eigendoms)rechten van derden aantasten of die anderszins tijdelijk belemmeren.¹⁵⁹ Soms zal zelfs sprake zijn van een feitelijk onomkeerbare inbreuk op het eigendomsrecht.

Hoe verhoudt de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te mogen treffen zich tot art. 1 EP? Lennarts heeft bijvoorbeeld de vraag opgeworpen of deze bevoegdheid niet wellicht te ruim is opgezet, gelet op de eisen van *precision and foreseeability*?¹⁶⁰

Deze vraag kan worden geanalyseerd aan de hand van de *Inter Access*-uitspraak van de Ondernemingskamer.¹⁶¹ De casus is de volgende. Inter Access Groep N.V. (hierna: Inter Access) – een holdingvennootschap in een concern van vennootschappen actief op het terrein van de ICT dienstverlening – verkeert in financieel zorgwekkende omstandigheden. Op korte termijn bestaat behoefte aan extra financiering in de vorm van additioneel aandelenkapitaal. Een participatiemaatschappij gelieerd aan de Rabobank (Rapar) met een minderheidsbelang in Inter Access doet daarop het voorstel om aanvullende financiering te verstrekken, onder de voorwaarde dat een achtergestelde lening van Inter Access aan Rapar in aandelenkapitaal geconverteerd zal worden. De persoon die (middellijk) ruim 60% van de aandelen Inter Access houdt – Willemse – is niet bereid in te stemmen met de uitgifte van nieuwe aandelen daar het zijn belang aanzienlijk zou doen verwateren.

De Ondernemingskamer wordt – in het kader van een enquêteprocedure – om onmiddellijke voorzieningen gevraagd om uit deze impasse te geraken. De Ondernemingskamer concludeert dat sprake is van verstoorde verhoudingen die tot een deconfiture van de Inter Access-groep kunnen leiden. Een faillissement zal met name ook schadelijk zijn voor de ruim 700 werknemers. Om uit de impasse te geraken geeft de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening het bestuur van Inter Access de bevoegdheid om – onder goedkeuring van de raad van commissarissen – over te gaan tot uitgifte van nieuwe aandelen, met uitsluiting van het voorkeursrecht van de overige aandeelhouders van Inter Access (waaronder Willemse). Zo geschiedt.

159. Vgl. Eikelboom 2009 en Eikelboom 2011b.

160. Vgl. ook Lennarts 2010, p. 214.

161. Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, LJN BL3680. Zie over deze uitspraak ook uitvoerig Assink 2010, Assink 2011, Lennarts 2010 en Overkleef 2011.

HOOFDSTUK 4

In cassatie betoogt Willemse (onder meer) dat door de uitgifte van de nieuwe aandelen en de daarmee gepaard gaande verwatering zijn eigendomsrechten zijn geschonden. De Hoge Raad oordeelt dat Willemse zijn beroep op art. 1 EP bij de Ondernemingskamer onvoldoende heeft onderbouwd en passeert de klacht om die reden.¹⁶²

Hoe zou zijn beslist indien Willemse zijn beroep op art. 1 EP bij de Ondernemingskamer wel voldoende zou hebben geadstrueerd? Duidelijk is dat sprake is van een inbreuk op het ongestoorde genot van een eigendomsrecht van Willemse.

De vraag of een onmiddellijke voorziening die inbreuk maakt op een eigendomsrecht kan worden gerechtvaardigd moet worden beoordeeld aan de hand van het ‘stappenschema’ (zoals hiervoor toegelicht). Het stappenschema werpt drie vragen op. De *legal certainty*-test stelt de vraag aan de orde of de machtiging van de Ondernemingskamer aan het bestuur van de vennootschap om nieuwe aandelen uit te geven berust op een voldoende deugdelijke wettelijke grondslag. Daarbij legt het EHRM, zoals reeds opgemerkt, de eisen van *precision, foreseeability, accessibility* aan.

Bij het beantwoorden van de vraag of de door de Ondernemingskamer getroffen voorziening de *legal certainty*-test kan doorstaan, is van belang om te observeren dat art. 2:349a lid 2 BW zich richt tot de rechter. Art. 2:349a lid 2 BW bevat geen norm die zich tot partijen richt, maar geeft een bepaalde bevoegdheid aan de Ondernemingskamer. De bevoegdheid van de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen te treffen kan worden getypeerd als een bevoegdheid tot het treffen van ordemaatregelen.¹⁶³

In de jurisprudentie van het EHRM waarin de eisen van *precision & foreseeability* zijn geformuleerd, handelt het steeds om de vraag of een voorschrift waarmee een private partij wordt geconfronteerd voldoende duidelijk is. Het legaliteitsbeginsel brengt mee dat (rechts)personen rekening moeten kunnen houden met de op hen toepasselijke rechtsregels, hetgeen niet mogelijk is als deze normen te abstract zijn geformuleerd.

In de *Inter Access*-beschikking wordt Willemse met een beroep op de redelijkheid en billijkheid de mogelijkheid ontzegd om de uitgifte van de aandelen te blokkeren. De redelijkheid en billijkheid zijn door Willemse overtreden.¹⁶⁴ Eerst wanneer deze norm is geschonden, komt de bevoegdheid

162. HR 25 februari 2011, NJ 2011, 338 m.nt. Van Schilfgaarde (*Inter Access*), rov. 3.18. Ook geannoteerd door Doorman, JOR 2011, 115. Zie ook Assink 2011.

163. HR 14 september 2007, NJ 2007, 611 m.nt. Ma onder NJ 2007,612 (*Versatel II*), rov. 4.3.

164. Eikelboom (2011b) betoogt dat de redelijkheid en billijkheid de (aanvullende) grondslag vormen voor de bevoegdheid voor Ondernemingskamer om in het concrete geval onmiddellijke voorzieningen te mogen treffen, welke grondslag ook nodig is omdat met het bepaalde in art. 2:349a BW niet is voldaan aan het ‘voorzien bij wet’ vereiste. Anders dan Eikelboom denk ik dat met het bepaalde in art. 2:349a BW in voldoende mate is voldaan aan het ‘het voorzien bij wet’-vereiste om onmiddellijke voorzieningen te kunnen treffen. Deze →

van de Ondernemingskamer ex art. 2:349a lid 2 BW aan de orde. Art. 1 EP verzet zich er niet tegen dat de wetgever aan de rechter ruime bevoegdheden toevertrouwt om ordemaatregelen te treffen. Voor de compatibiliteit met art. 1 EP is relevant of de norm die tot het treffen van de ordemaatregelen aanleiding kan geven, voldoende duidelijk is. In casu dienen de redelijkheid en billijkheid te voldoen aan de eisen van *precision & foreseeability*.

Het is onwaarschijnlijk dat art. 2:8 BW (of een andere bepaling die de redelijkheid en billijkheid als norm voorschrijft) door het EHRM als te weinig ‘precies’ zal worden beoordeeld. Deze norm veronderstelt een redelijkheidsbesef dat aanwezig is bij alle deelnemers aan het rechtsverkeer. Het is juist dat redelijkheidsbesef dat als een van de bronnen van het recht kan worden aangemerkt, zoals toegelicht in hoofdstuk 2. In de jurisprudentie waarin de eisen van *precision & foreseeability* zijn geformuleerd, ging het steeds om arbitraire inzet door de autoriteiten van een wettelijke norm, hetgeen in strijd is geoordeeld met hetgeen de *rule of law* eist. De *rule of law* wordt voor art. 2:8 BW gewaarborgd, zolang uit de uitspraak blijkt welke omstandigheden een beroep op art. 2:8 BW kunnen rechtvaardigen.¹⁶⁵

Bij de vraag of de wetgever wellicht in strijd met het legaliteitsbeginsel handelt door de Ondernemingskamer uit te rusten met een ruime discretionaire bevoegdheid onmiddellijke voorzieningen te treffen, dient het volgende in ogenschouw te worden genomen. De achtergrond van deze bevoegdheid is dat het wenselijk wordt geacht dat de Ondernemingskamer snel en effectief kan ingrijpen wanneer de toestand van de rechtspersoon en de aan haar verbonden onderneming dat eist. Het publieke belang vergt dat de bevoegdheid van de Ondernemingskamer (om effectief en snel te kunnen ingrijpen) ruim is. De Ondernemingskamer mag bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen dan over een aanzienlijke vrijheid beschikken, deze vrijheid is niet onbegrensd. De Ondernemingskamer mag geen onmiddellijke voorziening treffen waar partijen zich niet over hebben

bevoegdheid van de Ondernemingskamer is weliswaar ruim, maar de – mede op grond van de jurisprudentie – geldende eisen maken dat geen sprake is van een bevoegdheid die ‘willekeurig’ of op een wijze waarop partijen geen rekening mee hoeven te houden kan worden uitgeoefend. Ik beschouw art. 2:8 lid 2 BW als een norm die zich louter richt tot bij de rechtspersoon betrokken partijen en lees in deze bepaling geen nadere grondslag (of begrenzing) van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te treffen.

165. Zoals in het eerste deel van dit boek reeds toegelicht, veronderstelt iedere open norm dat partijen in een concrete situatie kunnen inzien hetgeen van hun wordt gevergd. Art. 2:8 BW veronderstelt inzicht in hetgeen redelijk en billijk is in een bepaald geval bij de bij de rechtspersoon betrokken partijen. De grens van redelijkheid en billijkheid kan worden overschreden wanneer bijvoorbeeld een partij, indien deze gebruik zou maken van een bepaald recht of een bepaalde bevoegdheid, daarmee voorbij zou gaan aan legitieme belangen van derden. In casu betreft het de bevoegdheid van Willemse onder de aandeelhoudersovereenkomst om een uitgifte van aandelen te mogen blokkeren waarbij zijn belang zou worden verwaterd.

HOOFDSTUK 4

kunnen uitlaten en dient haar beslissing voldoende te motiveren.¹⁶⁶ De door de Ondernemingskamer vastgestelde feiten en omstandigheden zullen de getroffen voorzieningen moeten kunnen dragen. Bestaat daarover twijfel, dan kan een partij het oordeel van de Ondernemingskamer (op wetstoepassing en redelijkheid) laten toetsen in cassatie door de Hoge Raad.

Daarbij kan worden opgemerkt dat de bevoegdheid tot het treffen van ‘ordemaatregelen’ naar zijn aard een lastig te specificeren bevoegdheid betreft. Een betoog dat de *rule of law* vereist dat deze bevoegdheid desalniettemin wettelijk zou moeten worden omlijnd, zou ook de bevoegdheid van de voorzieningenrechter om in reguliere kort gedingen maatregelen te treffen regarderen.¹⁶⁷

Wat betreft de eis van *foreseeability* laat het EHRM nog meewegen de mate waarin de jurisprudentie ten aanzien van een toepasselijke norm al dan niet duidelijk is.¹⁶⁸ De jurisprudentie over art. 2:8 BW is zodanig toegesneden op de omstandigheden van het geval dat daar niet veel meer over valt te zeggen. Voorts heeft de Hoge Raad benadrukt dat de Ondernemingskamer gehouden is bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen zich te richten naar hetgeen is verzocht en daarbij het partijdebat in het oog heeft te houden.¹⁶⁹

Uit het voorgaande volgt dat de bevoegdheid van de Ondernemingskamer tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen niet op gespannen voet staat met de eisen van *precision & foreseeability*. Deze eisen beogen te bewerkstelligen dat de normen waaraan (rechts)personen zich hebben te houden voldoende duidelijk en kenbaar zijn. De *rule of law* komt anders in het geding. Gezien het fundamentele belang van de *rule of law* kijkt het EHRM in het algemeen kritisch naar aspecten die hiermee op gespannen voet zouden kunnen staan. Gezien de aard van de bevoegdheid en de waarborgen waarmee deze is omgeven kan ten aanzien van art. 2:349a lid 2 BW niet gezegd worden dat de *rule of law*, in het geding is. De eisen van *precision & foreseeability* lijken ook niet bedoeld om de bevoegdheid die aan de rechter is toevertrouwd te beteugelen. Overigens ligt het niet voor de hand dat de in art. 2:349a lid 2 BW aan de Ondernemingskamer toevertrouwde bevoegdheid door het EHRM als met te weinig rechtswaarborgen omgeven zal worden beoordeeld. Het is aan de Hoge Raad om over een arbitraire inzet van deze bevoegdheid te waken.

De tweede test, de *public interest*-test zal ook geen belemmering opwerpen. De uitgifte van de aandelen vond plaats tegen de achtergrond van het dreigende faillissement van Inter Access. Dat zou onder meer het verlies van vele arbeidsplaatsen tot gevolg hebben gehad. De uitgifte van de nieuwe aandelen

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

167. Lennarts 2010, p. 2010.

168. Vgl. de zinsnede in EHRM 9 juni 2005, appl. nr. 68443/01 (*Baklanov t. Rusland*) § 46: “(...) and to the apparent inconsistencies of case-law compared to the national legislation.”

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

heeft dit voorkomen. Daarmee is het algemeen belang gediend.¹⁷⁰ De aan de ondernemingskamer gegeven bevoegdheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen strekt ter bevordering van het belang van de rechtspersoon (en de aan haar verbonden onderneming). Zolang zij voorzieningen treft die redelijkerwijze geacht kunnen worden dat belang te dienen, is voldaan aan de *public interest*-test.

De derde test betreft vraag of sprake is van een *fair balance*. Daarbij beoordeelt het EHRM of de inbreuk op het eigendomsrecht proportioneel is ten opzichte van het belang dat daarmee wordt gediend. Het EHRM pleegt daarbij eerst te beoordelen of sprake is van een *ontneming* dan wel van een *regulering* van eigendom. In geval van een ontneming geldt dat in beginsel een volledige vergoeding moet zijn geboden, voordat sprake kan zijn van een *fair balance*.

Is in casu sprake van een ontneming van eigendom of van regulering van eigendom? Het EHRM lijkt voor situaties waarin sprake is van een verwatering van aandelen het onderscheid tussen ontneming en regulering niet te willen gebruiken, gezien het bijzondere karakter van een aandeel.¹⁷¹ De reden daarvoor is waarschijnlijk dat enerzijds een verwatering van een aandelenbelang – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – soms bezwaarlijk anders kan worden beschouwd dan *de facto* een vorm van onteigening, maar dat anderzijds het EHRM – gezien de bijzondere vennootschapsrechtelijke context – voor dit soort gevallen niet als uitgangspunt wenst te aanvaarden bij de *fair balance*-test, dat in beginsel volledige compensatie moet worden geboden.¹⁷² De aandeelhouder die zijn pakket ziet verwateren, raak zijn aandelen niet kwijt. Er is geen sprake van verlies van het juridische eigendom, zoals het uitgangspunt is voor toepasselijkheid van de ‘ontnemingsregel’. Behoudens het uitgangspunt ten aanzien van de mate waarin compensatie moet zijn geboden, is de toepasselijke maatstaf ter beoordeling van de vraag of de inmenging kan worden gerechtvaardigd in zowel ontnemings- als reguleringsgevallen hetzelfde.

Nu het EHRM een ‘verwatering’ van aandelen niet aanmerkt als een ontneming/ontteigeningssituatie geldt bij de beoordeling van de vraag of sprake is geweest van een *fair balance* in de Inter Access-situatie, de ontnemingsregel – op grond waarvan in beginsel een volledige vergoeding moet worden geboden – niet.¹⁷³ Gezien de geringe waarde van het pakket aandelen van Willemse – in het

170. In gelijke zin Lennarts, p. 214. Anders Philips 2012.

171. EHRM 25 juli 2002, appl. nr. 48553/99, JOR 2003, 111 m.nt. Vossestein (onder JOR 2003, 112) (*Sovtransavto Holding t. Oekraïne*), § 92.

172. Zie ook Assink 2010, p. 330.

173. In dit geval had men zich overigens kunnen afvragen of Willemse daar veel steun aan zou hebben kunnen ontleen. Zonder de uitgifte van de nieuwe aandelen dreigde voor Inter Acces het faillissement. In het licht van dit alternatieve scenario moet de waarde van de aandelen gering worden geacht. Aldus ook A-G Timmerman in zijn conclusie voor HR 25 februari 2011, NJ 2011, 338 m.nt. Van Schilfgaarde (*Inter Access*), onder 3.23.

HOOFDSTUK 4

licht van het dreigende faillissement – enerzijds en het publieke belang dat met de uitgifte van de aandelen is gemoeid anderzijds, lijdt het weinig twijfel dat in casu sprake is van een *fair balance*. Zoals eerder opgemerkt toetst het EHRM op dit punt ook terughoudend.

Het voorgaande voorbeeld leert dat de verhouding tussen art. 2:349a lid 2 BW en art. 1 EP in beginsel als ontspannen kan worden gekenschetst. Het is met name het *fair balance* vereiste dat in individuele gevallen voor discussie kan zorgen. In cassatie hoeft overigens niet een beroep op art. 1 EP te worden gedaan om deze discussie te doen ontbranden. Ook los van art. 1 EP eist de Hoge Raad dat de onmiddellijke voorzieningen die de Ondernemingskamer treft gerechtvaardigd zijn vanuit het oogpunt van proportionaliteit en subsidiariteit. De Hoge Raad pleegt in dit verband te spreken over de billijke afweging die de Ondernemingskamer heeft te maken van de belangen van de betrokken partijen bij de uitoefening van haar bevoegdheid.¹⁷⁴ Verwacht mag worden dat het EHRM de Nederlandse rechter in deze ook een ruime *margin of appreciation* zal gunnen, mede aangezien art. 1 EP tot de niet-absolute rechten behoort. In het voorgaande is reeds opgemerkt dat het EHRM alleen in situaties waarin men met recht het argument ‘het kan toch niet zo zijn dat’ kan uitspelen, tot een veroordeling pleegt te komen ten aanzien van art. 1 EP.

4.3.2.2 De voorzieningen ex art. 2:356 BW

Naast de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen hangende de enquêteprocedure – die eindigen bij het einde van de procedure¹⁷⁵ – kan de Ondernemingskamer, indien uit het onderzoeksverslag van wanbeleid is gebleken, één of meer voorzieningen treffen, zoals limitatief opgesomd in 2:356 BW:¹⁷⁶

- a. schorsing of vernietiging van een besluit van de bestuurders, van commissarissen, van de algemene vergadering of van enig ander orgaan van de rechtspersoon;
- b. schorsing of ontslag van een of meer bestuurders of commissarissen;
- c. tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen;
- d. tijdelijke afwijking van de door de Ondernemingskamer aangegeven bepalingen van de statuten;
- e. tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer; en
- f. ontbinding van de rechtspersoon.

174. HR 14 december 2007, NJ 2008, 105 m.nt. Ma (*Loyaliteitsdividend DSM*), rov. 3.6.

175. Zie over de vraag wanneer een enquêteprocedure eindigt: HR 23 maart 2012, RvdW 2012, 446, rov. 4.1.5.

176. Zie Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nrs. 800-812.

Het treffen van een voorziening zal inbreuk kunnen maken op eigendomsrechten van bijvoorbeeld aandeelhouders.¹⁷⁷ Ook voor de voorzieningen genoemd in art. 2:356 BW geldt dat de Ondernemingskamer iedere voorziening mag treffen mits met het oog op de gevolgen ervan een billijke afweging van de belangen van partijen heeft plaatsgevonden en de noodzaak van deze voorziening voldoende is gebleken. Aan deze laatste eis wordt met name voldaan indien naar het oordeel van de Ondernemingskamer een minder ingrijpende maatregel niet effectief zou zijn.¹⁷⁸ Zoals bij de behandeling van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen is toegelicht, geldt op grond van het Nederlandse recht reeds een evenredigheidstoets, zoals die ook besloten ligt in art. 1 EP.

Hierna zal ik meer uitgebreid stilstaan bij de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om een tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer te bevelen. Tot slot sta ik stil bij de vraag of het mogelijk is dat de Ondernemingskamer bij wijze van voorziening decharche verleent aan een door haar benoemde bestuurder.

4.3.2.3 De voorziening van overdracht van aandelen ten titel van beheer

Eén van de voorzieningen die de Ondernemingskamer kan treffen, wanneer is gebleken van wanbeleid, betreft de “tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer”.¹⁷⁹ De Ondernemingskamer heeft in de zaak *e-Traction* van deze bevoegdheid gebruik gemaakt.¹⁸⁰

In deze zaak was sprake van een patstelling tussen twee bestuurders, waardoor de vennootschap *e-Traction Europe B.V.* (*e-Traction*) naar de ondergang dreigde af te glijden. De beide bestuurders waren ook middellijk de grootaandeelhouders van *e-Traction*.

Teneinde de bestaande impasse te doorbreken gelastte de Ondernemingskamer de tijdelijke overdracht van de aandelen aan een onafhankelijke door de Ondernemingskamer te benoemen persoon voor een periode van twee jaar. Deze persoon werd daarbij de bevoegdheid gegeven om de aandelen *e-Traction*

177. Zie in het algemeen over de mogelijkheid van aandeelhouders om een klacht in te dienen bij het EHRM § 2.4. Over de vraag in hoeverre het EHRM bereid is aandeelhouders te vereenzelvigen met de rechtspersoon, zie § 4.3.3.2.

178. Vgl. HR 14 september 2007, NJ 2007, 610 m.nt. Ma onder NJ 2007, 612 en JOR 2007, 237 m.nt. B.F. Assink (*Versatel I*), welke uitspraak betrekking had op een door de Ondernemingskamer getroffen onmiddellijke voorziening, maar hetgeen is overwogen geldt naar kan worden aangenomen ook voor de voorzieningen ex art. 2:356 BW.

179. Art. 2:356 BW sub e.

180. De voorziening tot een tijdelijke overdracht van de aandelen ten titel van beheer met de bevoegdheid tot certificering van aandelen is aan de orde in de volgende beschikkingen: Hof Amsterdam (OK) 8 september 2008, JOR 2009, 127, JOR 2009, 127 m.nt. Josephus Jitta; Hof Amsterdam (OK) 18 december 2009, JOR 2010, 42 m.nt. Josephus Jitta en Barkhuysen; en Hof Amsterdam (OK) 10 november 2010, JOR 2011, 9 m.nt. Josephus Jitta.

HOOFDSTUK 4

te certificeren.¹⁸¹ De door de Ondernemingskamer aangewezen persoon heeft van deze bevoegdheid gebruik gemaakt. De aandelen e-Traction zijn overgedragen aan een stichting administratiekantoor (stichting a.k.), die in ruil daarvoor certificaten uitgaf.¹⁸² De administratievoorwaarden bepalen dat met instemming van de beide bestuurders de certificering weer kan worden opgeheven. De door de Ondernemingskamer aangewezen persoon werd de enig bestuurder van de stichting a.k.¹⁸³

Deze constructie wijkt af van hetgeen gebruikelijk is bij een overdracht ten titel van beheer. Wanneer de Ondernemingskamer de tijdelijke overdracht van aandelen beveelt, eindigt deze tijdelijke overdracht bij afloop van de termijn die daarvoor is bepaald¹⁸⁴ of zoveel eerder op het moment waarop de Ondernemingskamer de geldingsduur van een bevolen overdracht ten titel van beheer beëindigt. Indien de Ondernemingskamer bij beschikking de overdracht ten titel van beheer beëindigt, keren de aandelen per die datum weer terug in het vermogen van de oorspronkelijke aandeelhouder.¹⁸⁵

In e-Traction is de voorziening geëindigd, zonder dat de aandelen zijn teruggekeerd naar het vermogen van de aandeelhouder. Na afloop van de voorziening hield de aandeelhouder certificaten in plaats van aandelen. Als certificaathouder is men wel economisch rechthebbende op het aandeel, maar men mist de mogelijkheid om de aan de aandelen verbonden stemrechten uit te oefenen. De facto waren in e-Traction voor onbepaalde tijd de zeggenschapsrechten ontnomen van de bestuurder tegen wie het oordeel wanbeleid was uitgesproken.

Bij de Ondernemingskamer is – in een late fase¹⁸⁶ – betoogd dat deze handelwijze zich niet verdraagt met het bepaalde in art. 1 EP. De Ondernemingskamer heeft op dat verweer als volgt gerespondeerd:¹⁸⁷

181. Hof Amsterdam (OK) 18 december 2009, JOR 2010, 42 m.nt. Josephus Jitta en Barkhuysen.

182. De akte van certificering vermeldt als oogmerk: “*De certificering van de aandelen biedt een meer duurzame oplossing voor de door de OK in de Beschikking [van 8 september 2008] aangehaalde problematiek van de ‘patstelling in de algemene vergadering van aandeelhouders’ van [e-Traction Europe B.V.], zulks mede gelet op de ten tijde van de oprichting van de stichting lopende juridische procedures waarbij [e-Traction Europe B.V.] en bij de organisatie van [e-Traction Europe B.V.] betrokken personen partij zijn. Uitgangspunt van de certificering is dat deze kan worden beëindigd zodra de door de OK in de Beschikking vastgestelde ‘patstelling in de algemene vergadering van aandeelhouders’ van [e-Traction Europe B.V.] zal zijn geëindigd.*” Zie Hof Amsterdam (OK) 10 november 2010, JOR 2011, 9 m.nt. Josephus Jitta, rov. 2.5.

183. Hof Amsterdam (OK) 10 november 2010, JOR 2011, 9 m.nt. Josephus Jitta, rov. 1.5.

184. Op grond van art. 2:357 lid 1 BW bepaalt de Ondernemingskamer de geldingsduur van de door haar getroffen tijdelijke voorzieningen.

185. Zie bijv. OK 8 juli 2010, ARO 2010, 117.

186. Nadat Josephus Jitta en Barkhuysen zich kritisch hadden uitgelaten over de verenigbaarheid van de bevoegdheid tot certificering met art. 1 EP in hun noot onder JOR 2010, 42.

187. Hof Amsterdam (OK) 10 november 2010, JOR 2011, 9 m.nt. Josephus Jitta, rov. 3.17.

ARTIKEL 1 EERSTE PROTOCOL

“3.17. Het beroep van e-Traction Worldwide S.C.A. op artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden faalt eveneens. Niet alleen is met de bestreden besluiten geen sprake van (*de facto*) ontneming van eigendom als in dat artikel bedoeld, terwijl de enkele waardedaling ervan geen ontneming oplevert, doch zelfs indien dat anders zou zijn is dat gelegitimeerd te achten op basis van de in dat artikel vermelde uitzonderingsgronden. Ook valt niet in te zien dat het economisch belang van e-Traction Worldwide S.C.A. door de bestreden besluiten wezenlijk wordt aangetast. In dit verband is overigens nog van belang dat een eventuele conversie van de door De Hoge Dennen Capital B.V. verstrekte geldlening geen ruimere omvang heeft dan – zoals van de zijde van e-Traction Europe c.s. onweersproken naar voren is gebracht – overeenkomt met 20% van het geplaatste kapitaal van e-Traction Europe B.V. na uitgifte van aandelen in verband met die conversie.”

Men kan zich afvragen of dit oordeel juist is. Teneinde dat toe te lichten is het nuttig kort stil te staan bij de aard van de bevoegdheid tot overdracht ten titel van beheer.

De bevoegdheid aandelen over te dragen ten titel van beheer is de Ondernemingskamer bij invoering van de geschillenregeling (art. 2:335 – 343 BW) per 1 januari 1989 toevertrouwd.¹⁸⁸ Wanneer tegenstellingen tussen aandeelhouders leiden tot verlamming van de besluitvorming binnen de vennootschap biedt – anders dan het enquêterecht – de geschillenregeling de mogelijkheid om een impasse definitief te doorbreken door een aandeelhouder uit de vennootschap te stoten. Blijkens de wetsgeschiedenis heeft de wetgever met de geschillenregeling het enquêterecht in zekere zin willen aanvullen, aangezien het enquêterecht aan de Ondernemingskamer niet de mogelijkheid bood om als een voorziening een overgang van aandelen te bevelen.¹⁸⁹

Bij invoering van de geschillenregeling is art. 2:356 sub e (de voorziening inhoudende een tijdelijke overdracht ten titel van beheer) ingevoerd als een

188. De overige in art. 2:356 BW genoemde voorzieningen (art. 2:356 sub a – d en f BW) waren de Ondernemingskamer reeds bij de wijziging van het enquêterecht in 1971 toegekend.

189. *Kamerstukken II*, 1984/85, 18 904, nr. 3, p. 8: “*Er zijn dan ook gevallen denkbaar dat aandeelhouders zowel op grond van het enquêterecht als op grond van de geschillenregeling kunnen optreden. Deze samenloop levert geen bezwaar op. Het is in dit verband interessant te zien, dat in een aantal gevallen reeds toevlucht is gezocht en gevonden in de toepassing van het enquêterecht waar het probleem lag in onoverbrugbare tegenstellingen tussen aandeelhouders (...). Uit van de ondernemingskamer verkregen gegevens blijkt, dat de meeste enquêtezaken die bij deze kamer zijn aangebracht betrekking hebben op besloten vennootschappen, waarin de aandeelhouders/directeuren onenigheid hebben en waarin de enige goede oplossing om aan de moeilijkheden een einde te maken is gelegen in een overdracht van aandelen. In vele gevallen kon als resultaat van de bemoeiingen van de ondernemingskamer een dergelijke overdracht tot stand worden gebracht, doch de ondernemingskamer kan deze thans niet dwingend voorschrijven. In bepaalde zaken heeft de weigering van partijen aan een overdracht mee te werken ertoe geleid dat de ondernemingskamer de rechtspersoon heeft moeten ontbinden. De voorgestelde regeling valt in drie onderdelen uiteen, namelijk een regeling van de gedwongen overdracht van aandelen door een aandeelhouder die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig →*

HOOFDSTUK 4

enquêterechtelijke aanvulling op de geschillenregeling. In de wetsgeschiedenis wordt de invoering van deze bepaling slechts kort toegelicht.¹⁹⁰ Overwogen wordt dat het enquêterecht als definitief instrument om een impasse tussen aandeelhouders te doorbreken alleen de mogelijkheid kent van ontbinding van de vennootschap. Een tijdelijke overdracht van aandelen biedt een minder vergaand alternatief. De wetgever heeft daarbij opgemerkt dat de Ondernemingskamer zo nodig onderdelen van de geschillenregeling van overeenkomstige toepassing kan verklaren. Het effectueren van een definitieve oplossing met de geschillenregeling – met de verplichte tussenkomst van deskundigen die berichten over de waarde van aandelen – vergt de nodige tijd. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat middels een tijdelijke overdracht van aandelen de Ondernemingskamer in het kader van een enquêteprocedure tijdelijk een impasse tussen aandeelhouders zou kunnen worden doorbroken, waarbij voor een meer definitieve oplossing zou moeten worden uitgeweken naar de geschillenregeling.¹⁹¹

De heersende opvatting in de literatuur is dat een tijdelijke overdracht van de aandelen ten titel van beheer een goederenrechtelijke overdracht van de aandelen tot gevolg heeft. De beschikking van de Ondernemingskamer constitueert

schaadt, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld, een regeling van gedwongen overname van aandelen van een aandeelhouder die door gedragingen van een of meer mede-aandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden geveerd en voorts is een regeling van gedwongen overgang van stemrecht op aandelen opgenomen ingeval er stemgerechtigde vruchtgebruikers en pandhouders van aandelen zijn.”

190. Kamerstukken II, 1984/85, 18 905, nr. 3, p. 28: “Voorgesteld wordt in het enquêterecht als additionele voorziening de mogelijkheid van tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer op te nemen. Vaak kan in een enquêteprocedure een oplossing alleen worden gevonden als partijen vrijwillig meewerken aan een (tijdelijke) overdracht van aandelen. Lukt dat niet, dan resteert doorgaans slechts het uiterste middel van de ontbinding van de vennootschap. Het enquêterecht kan aanzienlijk worden verbeterd door het opnemen als voorziening van de mogelijkheid van tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer. Deze voorziening is, evenmin als de andere voorzieningen van art. 356 boek 2 BW nader uitgewerkt. De ondernemingskamer kan zo nodig onderdelen van de geschillenregeling van overeenkomstige toepassing verklaren. Deze voorziening zal vooral een oplossing kunnen bieden in gevallen waarin uit de enquête blijkt dat het wanbeheer voortvloeit uit een patstelling van gelijke groepen van aandeelhouders. De geschillenregeling zal dan niet altijd toepassing kunnen vinden. Beide (groepen) aandeelhouders zullen dan immers tegen elkaar een vordering tot overdracht van aandelen kunnen instellen. Door de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer zal een onafhankelijke derde in de algemene vergadering van aandeelhouders een doorslaggevende stem krijgen, waardoor een dergelijke patstelling wordt doorbroken en de vennootschap weer normaal kan functioneren.”

191. Vgl. Geerts 2004, p. 310 en Van Wijk 1996, p. 342.

daarbij de overdracht van de aandelen.¹⁹² De Ondernemingskamer gaat in haar beschikkingen ook uit van de juistheid van deze opvatting.¹⁹³ Aangezien het Nederlandse recht geen trustfiguur kent, waarbij een vermogen dat wordt ontvangen ten titel van beheer, als een afgescheiden vermogen kan gelden, heeft de overdracht ten titel van beheer tot gevolg dat de aandelen deel gaan uitmaken van het vermogen van de beheerder.¹⁹⁴ De aandelen worden daardoor ook vatbaar voor beslag door crediteuren van de beheerder en vallen in de boedel bij diens faillissement. Ook gaan de aandelen krachtens erfrecht over op de erfgenamen van de beheerder bij diens overlijden.

Kan de beheerder de door hem ten titel van beheer gehouden aandelen certificeren? Nu de aandelen in het vermogen van de beheerder vallen is hij in vermogensrechtelijke zin beschikkingsbevoegd de aandelen te certificeren. Dat

192. Uniken Venema & Eisma 1990, p. 214-215; Van der Heijden/Van der Grinten 1992, nr. 367; Geerts, Losbladige rechtspersonen, art. 2:356, aant. 10.2.; Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 808.

193. OK 22 december 2000, JOR 2001, 29 m.nt. Bartman en sindsdien vaste rechtspraak. Anders nog OK 7 december 2000, JOR 2001, 27. Daarvoor huldigde de Ondernemingskamer de opvatting dat de beschikking (slechts) de titel tot levering schept, nu de wettekst spreekt van 'overdracht' en niet van 'overgang', waarbij de blokkeringsregeling tijdelijk terzijde wordt gesteld, zulks in navolging van Asser-Maeijer 2000, nr. 536 en Van Wijk 1996, p. 344-346. De beschikking van de Ondernemingskamer zou dan nog moeten worden gevolgd door een (eventueel notariële) leveringshandeling. Die opvatting gaat eraan voorbij dat ook voor de overige voorzieningen die de Ondernemingskamer kan treffen (zoals het ontslaan van bestuurders) de beschikking het rechtsgevolg bewerkstelligt, zonder dan er nog een andere handeling nodig is om het rechtsgevolg te constitueren. Zie ook Geerts 2004, p. 310.

194. Een afwijkend geluid laat Josephus Jitta horen in zijn noot onder de E-Traction beschikking van Hof Amsterdam (OK) 18 december 2009, JOR 2010, 42. Josephus Jitta meent dat de voorziening waarbij aandelen ten titel van beheer over worden gedragen, geen overdracht van de eigendom van de aandelen zou inhouden, nu dat niet zou stroken met de bedoeling van de wetgever, maar slechts vestiging van een beperkt recht op deze aandelen, met als argument dat de wet de overdracht onder een ontbindende tijdsbepaling verbiedt en de tijdelijke overdracht ten titel van beheer eigenlijk geacht moet worden een vestiging van een vruchtgebruik te zijn op grond van een analoge toepassing van art. 3:85 lid 1 BW. Deze creatieve oplossing om te voorkomen dat de aandelen in het vermogen van de door de Ondernemingskamer aangewezen persoon vallen ziet mijns inziens in de eerste plaats eraan voorbij dat noch uit de tekst van de wet noch uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat de wetgever dit heeft beoogd, waarbij ik aanteken dat art. 2:356 sub e BW is ingevoerd vóór art. 3:85 BW. In de tweede plaats vereist art. 3:85 BW een 'verbintenis strekkende tot overdracht', terwijl mijns inziens de beschikking zelf de overdracht reeds constitueert. Ten slotte zou gelden dat indien de beheerder vruchtgebruiker was, de bloot-aandeelhouder op grond van art. 2:197 BW in beginsel het stemrecht zou behouden en de beheerder de dividendrechten zou genieten hetgeen nu juist niet strookt met hetgeen de wetgever heeft beoogd te bewerkstelligen met de overdracht ten titel van beheer, aldus ook Eikelboom 2011 (p. 293). Bij de overdracht ten titel van beheer oefent de beheerder het stemrecht uit en dient de hij het ontvangen dividend aan de (tijdelijk) niet-aandeelhouder door te betalen. Vgl. Van Wijk, 1996, p. 350.

HOOFDSTUK 4

de beheerder het kan wil echter nog niet zeggen dat hij het ook mag.¹⁹⁵ De vraag is of de beheerder daarmee niet buiten zijn beheerstaak geraakt.¹⁹⁶

Een categorisch antwoord op die vraag lijkt mij niet mogelijk. Onder omstandigheden zal een certificering wellicht het belang van de voormalig aandeelhouder kunnen dienen. Bijvoorbeeld als een tijdelijke maatregel om een beslag- of faillissementsrisico te beperken.¹⁹⁷

Een certificering zou mijns inziens steeds dienen te eindigen met het aflopen van de door de Ondernemingskamer getroffen voorziening omdat anders niet sprake is van een tijdelijke overdracht van aandelen maar deze een permanent karakter krijgt. Wanneer slechts certificaten in plaats van aandelen worden teruggegeven na afloop van de voorziening, wordt mijns inziens de reikwijdte van art. 2:356 sub e BW overschreden. Blijkens de tekst en de strekking van de wet is de voorziening tot overdracht ten titel van beheer immers als tijdelijk bedoeld en niet om te bewerkstelligen dat aandelen voor onbepaalde tijd aan het vermogen van de aandeelhouder worden onttrokken. Indien een tijdelijke oplossing niet kan volstaan, dient – conform de wens van de wetgever – de geschillenprocedure te worden gevolgd.¹⁹⁸

In e-Traction was de beëindiging van de certificering gekoppeld aan de instemming van de andere bestuurder/aandeelhouder. Daarmee zijn de aandelen voor onbepaalde tijd aan het vermogen onttrokken, hetgeen in strijd is met het bepaalde in art. 2:356 aanhef en sub e BW, dat spreekt over een *tijdelijke* overdracht van aandelen ten titel van beheer.¹⁹⁹

Het voorgaande heeft ook gevolgen voor een beoordeling van het beroep op art. 1 EP. Zoals in paragraaf 4.2.3 reeds opgemerkt, wordt onder het begrip eigendom niet alleen de vermogensrechten van een aandeelhouder begrepen, maar ook de zeggenschapsrechten die aan deze aandelen verbonden zijn.²⁰⁰ Men zou kunnen stellen dat in het geval van e-Traction *de facto* sprake is van de ontneming van zeggenschapsrechten.

195. Eikelboom (2011, p. 293) merkt de beheersrelatie mijns inziens terecht aan als een relatie 'sui generis'.

196. Geerts 2004, p. 310, merkt op dat het vervreemden en bezwaren van aandelen niet tot de beheerstaak van de beheerder behoren.

197. Waarbij het alsdan wenselijk is dat de administratievoorwaarden vooraf worden goedgekeurd door de Ondernemingskamer. In e-Traction was de beheerder de vrije hand gegeven.

198. Daaraan doet niet af dat de geschillenprocedure in de praktijk niet altijd naar wens functioneert gezien de lange duur van de procedure en de beperkte gronden waarop aandeelhouders op voet van art. 2:336 lid 1 BW kunnen worden uitgestoten (*Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 17). Zie over deze problematiek uitvoerig De Vries 2010.

199. In gelijke zin Josephus Jitta, die in zijn noot onder JOR 2009, 127 (onder 3) opmerkt dat door het toekennen van deze bevoegdheid aan de beheerder de Ondernemingskamer buiten het afgebakende domein van de voorzieningen treedt die op grond van art. 2:356 BW worden toegestaan. Eikelboom (Eikelboom 2011, p. 295) komt tot een andere conclusie.

200. EHRM 7 november 2002, appl. nr. 30417/96, *JOR* 2003, 112 m.nt. Vossestein, tevens behorend bij *JOR* 2003,111 (*Olczak t. Polen*).

Hoe zou het EHRM deze gang van zaken kwalificeren? Allereerst zou het EHRM vaststellen dat sprake is van een *interference* op het recht van het ongestoorde genot van aandelen en daarmee eigendomsrechten. Nu de litigieuze *interference* de ontneming van de stemrechten betreft, terwijl anderzijds de aandeelhouder recht blijft houden op de economische waarde van de aandelen (door de certificaten), is de vraag of sprake is van een ‘ontneming’ van eigendom niet eenduidig te beantwoorden. Het hangt ervan af of men de stemrechten als een zelfstandig goed wenst aan te merken. Zulks ligt niet direct voor de hand, nu stemrechten aan het aandeel verbonden nevenrechten zijn. Voorts is de economische waarde van het aandeel in tact gelaten, hetgeen ook een aanwijzing is dat er geen sprake is van een ontneming, maar van regulering van eigendom.²⁰¹ Het EHRM zou het antwoord ook in het midden kunnen laten. De vraag of sprake is van ontneming dan wel regulering, komt alleen aan de orde bij het verrichten van de *fair balance* test. Voor het EHRM daar aan toekomt zal het onderzoeken of de inbreuk noodzakelijk is in het algemeen belang en geschiedt onder de voorwaarden voorzien in de wet.

Zoals in het voorgaande reeds is toegelicht, ontbeert de certificering – na afloop van de voorziening van de Ondernemingskamer – mijns inziens een voldoende duidelijke grondslag in de wet. Het EHRM zal constateren dat er enerzijds slechts een wettelijke basis lijkt te bestaan voor een tijdelijke overdracht ten titel van beheer van de aandelen, terwijl anderzijds na afloop van de voorziening de aandeelhouder zich geconfronteerd ziet met een belemmering in het ongestoorde genot van de aandelen voor onbepaalde tijd. Daarmee lijkt niet voldaan te worden aan het vereiste dat een inmenging op het recht van eigendom dient te berusten op voorwaarden voorzien in de wet. Het is juist ten aanzien van de naleving van het legaliteitsbeginsel dat het EHRM kritisch pleegt te toetsen. Ik acht het dan ook waarschijnlijk dat indien het onderhavige geval zou zijn voorgelegd in Straatsburg, het EHRM tot het oordeel zou zijn gekomen dat sprake is van een schending van art. 1 EP aangezien de onderhavige inmenging op het eigendomsrecht op een onvoldoende deugdelijke wettelijke grondslag berust.²⁰²

201. In die richting wijst ook EHRM 12 december 2002, JOR 2003, 224 m.nt. Vossestein (*Cesnieks t. Polen*). Zoals toegelicht in paragraaf 4.2.4.5 laat het EHRM in lastig te kwalificeren gevallen soms in het midden of sprake is van een ‘regulering’ van eigendom dan wel van een ‘ontneming’ van eigendom. Zie bijv. EHRM 25 juli 2002, appl. nr. 48553/99, JOR 2003, 111 m.nt. Vossestein (onder JOR 2003, 112) (*Sovtransavto Holding t. Oekraïne*), § 92, waarin het EHRM zich voor de vraag gesteld zag of een verwatering van aandelen een ontneming dan wel een regulering van eigendomsrechten betrof en zulks in het midden liet met de overweging: “*a company share is a complex thing*”.

202. Aldus ook A-G Timmerman in zijn conclusie voor HR 23 maart 2012, RvdW 2012, 446 (*e-Traction*), onder 3.33 e.v. In gelijke zin ook Josephus Jitta & Barkhuysen in hun noot onder de *e-Traction* beschikking van 18 december 2009, JOR 2010, 42.

HOOFDSTUK 4

4.3.2.4 Decharge van een door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder of commissaris

De Ondernemingskamer maakt met regelmaat gebruik van de mogelijkheid om bij wege van een onmiddellijke²⁰³ of (eind)voorziening²⁰⁴ (tijdelijk) een bestuurder of commissaris aan te stellen.²⁰⁵ De OK-bestuurder – waarvoor in deze paragraaf ook *mutatis mutandis* ‘de OK-commissaris’ kan worden gelezen – heeft in beginsel de bevoegdheden van een reguliere bestuurder.²⁰⁶ Hij functioneert derhalve – tenzij de Ondernemingskamer hem speciale bevoegdheden heeft toevertrouwd – als een gewone bestuurder. Hij heeft in zoverre een speciale positie omdat hij alleen door de Ondernemingskamer kan worden ontslagen.²⁰⁷

Kan de Ondernemingskamer de door haar benoemde bestuurder ook decharge verlenen?²⁰⁸ Een OK-bestuurder is net zoals andere bestuurders tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke taakvervulling.²⁰⁹ Schiet een bestuurder daarin tekort, dan kan deze aansprakelijk worden gesteld door de rechtspersoon.

Voor zover hem decharge is verleend, kan hij niet langer door de vennootschap worden aangesproken voor het onbehoorlijk vervullen van zijn taak.²¹⁰ Een decharge vrijwaart een bestuurder niet van aansprakelijkheid (jegens de rechtspersoon) voor zover hij onvoldoende inlichtingen heeft verschaft.²¹¹ Een decharge dient expliciet te worden verleend.²¹²

203. Art. 2:349a lid 2 BW.

204. Art. 2:356 sub c BW

205. Croiset van Uchelen (2008, p. 189) telde in de in ARO gepubliceerde rechtspraak over de jaren 2002 tot en met 2007, 68 benoemingen. Over deze voorziening zie voorts Geerts 2004, p. 293-302.

206. Zie Croiset van Uchelen 2008, p. 213.

207. Zie art. 2:357 lid 3 BW voor de definitieve voorziening. De benoeming van de OK-bestuurder eindigt in ieder geval wanneer het geding eindigt.

208. Zie art. 2:349a lid 2 en 2:356 sub c BW. Over de positie van deze bestuurder of commissaris, met name voor wat betreft mogelijke aansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur, zie Joosten 1998, Josephus Jitta 2003, Geerts 2004, p. 297-302.

209. HR 4 oktober 2002, NJ 2002, 556 (*Zwagerman Beheer*).

210. De wet vermeldt niet wat decharge precies inhoudt. De Hoge Raad gaat ervan uit dat decharge een vorm van kwijting inhoudt voor het gevoerde beleid voor zover kenbaar gemaakt: “*Met de aard van het ontslag van aansprakelijkheid dat voortvloeit uit de bedoelde (impliciete en expliciete) decharge is immers in overeenstemming dat zodanige decharge zich niet uitstrekt tot frauduleuze onttrekkingen als door het hof vastgesteld die door manipulatie van de boeken niet uit de jaarrekening en de verslaglegging kenbaar zijn.*” HR 25 juni 2010, NJ 2010, 373, rov. 4.2. Zie over het begrip decharge verder Quist 2011a en Quist 2011b.

211. HR 25 juni 2010, NJ 2010, 373, rov. 4.2. De curator kan een bestuurder ondanks een verleende decharge aanspreken voor het door hem gevoerde beleid over de drie jaar voorafgaande aan het faillissement. Zie art. 2:138/248 lid 6 BW.

212. Op grond van de artikelen 2:101-210 BW geldt (sinds 1 december 2001) dat een goedkeuring van de jaarrekening niet automatisch een kwijting omvat voor bestuurders en commissarissen.

Een OK-bestuurder geniet geen immuniteit. De gewone aansprakelijkheidsregels zijn van toepassing. Anderzijds opereren OK-bestuurders niet zelden in conflictsituaties, hetgeen extra risico's meebrengt. Het aansprakelijk stellen van een OK-bestuurder kan ook als drukmiddel worden ingezet door de rechtspersoon.²¹³ Voor een OK-bestuurder zal het een enigszins geruststellende gedachte zijn, indien hij kan werken in de wetenschap dat bij zijn ontslag de Ondernemingskamer hem decharge kan verlenen.

De Ondernemingskamer lijkt ook van opvatting dat zij bevoegd is tot het verlenen van decharge.²¹⁴ De minister heeft zich daarentegen naar aanleiding van een kamervraag bij de behandeling van het wetsvoorstel aanpassing enquêterecht op het standpunt gesteld dat (alleen) de vennootschap bevoegd is tot het verlenen van een decharge.²¹⁵ Ook in de literatuur is de juistheid van de handelwijze van de Ondernemingskamer bestreden. Zo heeft Tuijtel betoogd dat door het verlenen van decharge door de Ondernemingskamer, de vennootschap een vorderingsrecht wordt ontnomen, hetgeen in strijd is met art. 1 EP.²¹⁶ Voor deze 'ontneming' van eigendom ontbreekt een voldoende wettelijke basis, aldus Tuijtel.²¹⁷ Tevens is sprake van strijd met art. 6 EVRM wanneer de rechtspersoon niet wordt gehoord over de dechargeverlening. Ik deel de opvatting van Tuijtel ten dele, hetgeen ik hieronder zal toelichten.²¹⁸

Valt er een wettelijke basis aan te wijzen voor een dechargebevoegdheid door de Ondernemingskamer? Een zodanige grondslag zou kunnen worden gevonden in art. 2:357 lid 2 BW, dat bepaalt: "De ondernemingskamer regelt zo nodig de gevolgen van de door haar getroffen voorzieningen." Op grond van deze bepaling kan de Ondernemingskamer de voorzieningen die zij op grond van art. 2:356 BW kan treffen, nader invullen. Het treffen van andere voorzieningen dan de (limitatief) in art. 2:356 BW opgesomde voorzieningen, is niet toegestaan.²¹⁹

Betoogd kan worden dat art. 2:357 lid 2 BW de mogelijkheid biedt aan de Ondernemingskamer om een decharge als een gevolg te verbinden aan de voorziening tot ontslag van de door haar benoemde bestuurder. Onredelijk lijkt mij deze uitleg niet. Of men bereid is art 2:357 lid 2 BW in deze zin te verstaan

213. Voor een voorbeeld zie ook Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, JOR 2008, 34 m.nt. Josephus Jitta.

214. Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2006, JOR 2006, 181 m.nt. Josephus Jitta.

215. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011/12, 32 887, nr. 6, p. 31.

216. Tuijtel 2007, p. 555.

217. Tuijtel 2007, p. 554: "*Het verlenen van decharge op basis van art. 2:357 lid 2 BW lijkt mij echter een brug te ver. Decharge wordt zoals in de onderhavige zaak verleend aan het eind van de procedure en kan moeilijk gezien worden als een aanvullende voorziening of de regeling van de gevolgen van een eerdere voorziening gedurende het geding. De reikwijdte van art. 2:357 lid 2 BW zou mijns inziens te veel worden opgerekt.*"

218. Zie Tuijtel 2007 & Croiset van Uchelen 2008.

219. Geerts 2004, p. 284, met verdere verwijzingen.

HOOFDSTUK 4

is meer een kwestie van ‘willen’ dan van ‘zijn’.²²⁰ Ik ben daartoe bereid, mede nu de mogelijkheid dat de Ondernemingskamer decharge kan verlenen mij ook als praktisch wenselijk voorkomt.²²¹ Ik deel de opvatting van de Ondernemingskamer dat het niet wenselijk is dat de algemene vergadering druk zou kunnen uitoefenen op een bestuurder, door te dreigen hem geen decharge te verlenen.²²² Ook past een dechargeverlening door de Ondernemingskamer bij haar bevoegdheid van OK-bestuurders/commissarissen informatie te verlangen en hen ter verantwoording te roepen.²²³

Ik teken daarbij aan dat de Ondernemingskamer van opvatting lijkt dat de OK-bestuurder ook *uitsluitend* aan haar verantwoording verschuldigd is.²²⁴ Dat lijkt mij niet juist.²²⁵ De wetgever heeft gewild dat de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen zoveel mogelijk als reguliere bestuurders en commissarissen functioneren.²²⁶ Zij hebben geen geïsoleerde positie in de vennootschap, maar dienen juist het bestuur of de raad van commissarissen ‘van binnenuit’ te inspireren om de zaak weer op de rails te krijgen. Uitgangspunt dient mijns inziens daarbij te zijn dat de OK-bestuurder niet alleen alle rechten, maar ook plichten heeft van een reguliere bestuurder. Onder deze ‘plichten’ valt ook de plicht om verantwoording af te leggen aan de algemene vergadering of raad van commissarissen. Weliswaar kan de algemene vergadering een OK-bestuurder niet ontslaan indien deze weigert de gevraagde

220. Zo ook Croiset van Uchelen 2008, p. 225.

221. In andere zin oordelen Tuijtel 2007, Croiset van Uchelen 2008 en Josephus Jitta in zijn noot onder Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, JOR 2008, 34, punt 6. Ook Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 vermeldt dat een wettelijke basis niet lijkt te bestaan voor het verlenen van decharge door de Ondernemingskamer (nr. 479).

222. Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2006, JOR 2006, 181 m.nt. Josephus Jitta.

223. Zie art. 2:357 lid 5 BW dat bepaalt dat de Ondernemingskamer een door haar benoemde bestuurder of commissaris kan opdragen “haar regelmatig verslag uit te brengen”. De omstandigheid dat OK-bestuurders en commissarissen, eenmaal benoemd, hun werkzaamheden doorgaans met een hoge mate zelfstandigheid plegen te verrichten, kan aan deze mogelijkheid niet afdoen. Croiset van Uchelen (2008, p. 216) merkt terecht op dat het door art. 6 EVRM beschermde beginsel van hoor en wederhoor meebrengt dat indien een OK-bestuurder/commissaris verslag uitbrengt, de rechtspersoon in de gelegenheid moet worden gesteld zich daarover uit te laten. De informatie die door de bestuurder wordt overgebracht kan immers de verdere besluitvorming door de Ondernemingskamer beïnvloeden.

224. Zie Hof Amsterdam 19 april 2007, JOR 2007, 142 m.nt. Blanco Fernández (*Begemann*), rov. 3.2: “Bij de beoordeling van het onderhavige verzoek stelt de Ondernemingskamer voorts voorop dat de door haar benoemde functionarissen omtrent hun handelen en nalaten in het kader van de door de Ondernemingskamer aangewezen taak geen verantwoording zijn verschuldigd aan Begemann, aan haar aandeelhouders of aan andere bij de vennootschap betrokken partijen.”

225. Zo ook Josephus Jitta in zijn noot onder Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, JOR 2008, 34, punt 7.

226. Vgl. Croiset van Uchelen 2008, p. 192 met verdere verwijzingen naar literatuur en de wetsgeschiedenis.

informatie te verstrekken, maar dat laat onverlet dat hij uit hoofde van zijn behoorlijke taakvervulling in beginsel daartoe wel is gehouden.²²⁷

Nu enerzijds de rechten van alle bij de vennootschap betrokken organen slechts hebben te wijken voor zover daarmee afbreuk wordt gedaan aan de voorziening die de Ondernemingskamer²²⁸ heeft getroffen en anderzijds de OK-bestuurder/commissaris zoveel mogelijk als een reguliere bestuurder/commissaris dient te worden beschouwd, ligt het ligt mijns inziens ook voor de hand dat de algemene vergadering – naast de Ondernemingskamer – bevoegd blijft tot verlenen van decharge.²²⁹ Door zelf een decharge te verlenen wijkt de Ondernemingskamer af van dit uitgangspunt. De rechtvaardiging om in deze te mogen afwijken van hetgeen wettelijk geldt, is erin gelegen dat de OK-bestuurder niet langs de achterdeur door de algemene vergadering onder druk moet kunnen worden gezet. Dit lijkt mij een legitiem doel. Het aannemen van een *exclusieve* bevoegdheid tot het verlenen van decharge schiet zijn doel voorbij.

Ik vat het voorgaande samen. In art. 2:357 lid 2 BW kan men een wettelijke grondslag lezen voor een dechargeverlening door de Ondernemingskamer. Ik acht het ook wenselijk dat de Ondernemingskamer deze mogelijkheid heeft.

De volgende vraag is of genoemde bepaling ook een voldoende wettelijke grondslag biedt, zoals die door art. 1 EP wordt geëist.²³⁰ Met name de eisen van *precision & foreseeability* zijn daarbij van belang.²³¹

Allereerst merk ik op dat niet iedere dechargeverlening door de Ondernemingskamer als een inbreuk op het recht van eigendom kan worden aangemerkt. Alleen voor zover er sprake is van een enigszins gesubstantieerde vordering uit hoofde van onbehoorlijk bestuur, die vanwege een decharge door de Ondernemingskamer niet kan worden ingesteld, wordt de rechtspersoon een vorderingsrecht ontnomen.²³² Het begrip eigendom uit art. 1 EP kan ook vorderingsrechten omvatten.²³³ Daarbij geldt echter als eis dat ten minste sprake dient te zijn van een *arguable claim*.²³⁴

227. De vennootschap kan daarover wel klagen bij de Ondernemingskamer en vragen de OK-bestuurder te ontslaan.

228. Vgl. art. 2:357 lid 3 BW.

229. De heersende opvatting in de literatuur is dat de algemene vergadering bevoegd is decharge te verlenen, zie Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 479.

230. Zie over deze vraag ook Eikelboom 2012, p. 116.

231. Zie paragraaf 4.2.4.1.

232. Vgl. EHRM 25 maart 1983, appl. nr. 947/72 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 113.

233. Voor een recent voorbeeld zie EHRM “*The Court reiterates that a “claim” can constitute a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 if it is sufficiently established to be enforceable (see Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece, judgment of 9 December 1994, Series A no. 301-B, p. 84, § 59).*”

234. Zie EHRM 6 oktober 2005, appl. nr. 1513/03 (*Draon/Frankrijk*), § 68. Vgl. ook HR 28 oktober 2011, RvdW 2011, 1315, rov. 3.5.6. waarin aan de orde was de vraag of krakers zich kunnen beroepen op het ‘huisrecht’ zoals dat wordt beschermd door art. 8 EVRM.

HOOFDSTUK 4

Ik wend mij tot de vraag of de bevoegdheid tot dechargeverlening door de Ondernemingskamer een voldoende wettelijke basis heeft. Zoals gezegd kan men twisten over de vraag of art. 2:357 lid 2 BW de Ondernemingskamer deze bevoegdheid toevertrouwt. Ik vermoed evenwel dat indien zou worden opgekomen tegen een door de Ondernemingskamer verleende decharge in Straatsburg met de klacht dat niet is voldaan aan de eisen van *precision & foreseeability* – nadat de Hoge Raad het cassatieberoep heeft verworpen – deze klacht zou worden verworpen. Uit de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van het ‘voorzienbaar bij wet-criterium’ valt af te leiden dat het EHRM met name een wal wil opwerpen tegen het uitoefenen van overheidsgezag die geschiedt op een willekeurige of een redelijkerwijze niet te voorziene wijze. In zo’n geval wordt het legitimizeitsbeginsel geschonden. Het EHRM verzet zich niet tegen het gebruik van open normen, die soms ruimte laten voor meer dan één interpretatie.

Het verlenen van een decharge door de Ondernemingskamer kan mijns inziens worden aangemerkt als een rechtshandeling die redelijkerwijze geacht kan worden te liggen in het verlengde van de door haar getroffen voorziening tot benoeming van een tijdelijk bestuurder of commissaris. Benoeming, ontslag en decharge liggen zozeer in elkaars verlengde dat het mij verdedigbaar lijkt dat er sprake is van ‘het nader regelen van de gevolgen van’ een voorziening. Reeds die omstandigheid verzwakt de klacht dat genoemd artikel een onvoldoende wettelijke basis biedt. Nu art. 1 EP ook geen zogenoemde ‘ter bescherming van lijf en leden’ bepaling is, noch de grenzen van onze beschaving in het spel lijken, is mijn verwachting dat het EHRM er geen bezwaar tegen heeft indien de Hoge Raad in art. 2:357 lid 2 BW de mogelijkheid leest voor de Ondernemingskamer decharge te verlenen van OK-bestuurders/commissarissen.

Ook de overige vereisten van art. 1 EP – de *public interest-test* & de *fair balance-test* – werpen geen belemmeringen op. Het belang dat dient te worden voorkomen dat de algemene vergadering druk kan uitoefenen op een bestuurder betreft niet een belang ‘zonder redelijke grond’. De *fair balance-test* zal ook geen moeilijkheden veroorzaken, zolang de Ondernemingskamer op enigszins redelijke gronden is overgaan tot het verlenen van decharge. Een klacht daarover zal eerst aan de Hoge Raad moeten worden voorgelegd, hetgeen een extra waarborg vormt. Komt de Hoge Raad in een specifiek geval tot het oordeel dat een dechargeverlening niet onredelijk is geweest, dan zal het EHRM – gelet op de ruime *margin of appreciation* die de verdragsstaten wordt gelaten bij de *fair balance-toets* – niet snel tot een ander oordeel komen, zo vermoed ik.

Het voorgaande wordt evenwel anders, indien de Ondernemingskamer een decharge verleent, zonder de betrokken rechtspersoon daarover te horen. Met Tuijtel ben ik het eens dat indien de rechtspersoon een *arguable claim* zou hebben op de OK-bestuurder, de rechtspersoon in dat geval een rechtsvordering wordt ontnomen, zonder dat de rechtspersoon zich daarover heeft kunnen

uitlaten. Het beginsel van hoor en wederhoor brengt mee dat de Ondernemingskamer geen voorzieningen mag treffen met betrekking tot de rechten van een partij, waar een partij zich niet over heeft kunnen uitlaten. Daarmee zou de Ondernemingskamer buiten de rechtsstrijd treden.²³⁵ In cassatie laat zich dit verzuim niet herstellen. Een feitelijk debat is niet mogelijk bij de Hoge Raad. De Hoge Raad is ook niet bevoegd om zelf aan de feiten en omstandigheden het oordeel te verbinden dat een decharge wel of niet verleend kan worden. Een zodanig verzuim dient dan ook steeds tot vernietiging van de voorziening in cassatie te leiden.

Dit probleem valt in de praktijk te ondervangen doordat de Ondernemingskamer alvorens een OK-bestuurder decharge te verlenen, de rechtspersoon vraagt haar opmerkingen daarover kenbaar te maken. Indien de rechtspersoon daartegen bezwaar maakt, kan de Ondernemingskamer ook de OK-bestuurder om een reactie vragen. Tegen een verleende decharge kan door de rechtspersoon vervolgens worden opgekomen in cassatie met de klacht dat deze onbegrijpelijk is, in het licht van hetgeen door de rechtspersoon naar voren is gebracht en het daartegen gevoerde verweer door de OK-bestuurder. In dat geval zal de Hoge Raad de verleende decharge op begrijpelijkheid (in het licht van de omstandigheden van het geval) kunnen toetsen.

Worden met deze rechtsmiddelen die de rechtspersoon ten dienste staan om zich te verzetten in rechte tegen een decharge door de Ondernemingskamer ook de eisen gehaald die gelden op grond van art. 6 & art. 13 EVRM? Het EHRM hanteert ten aanzien van art. 6 EVRM als uitgangspunt dat alleen wordt voldaan aan het recht op toegang tot de rechter indien men zijn vordering aan een rechter met *full jurisdiction* (zowel ten aanzien van de juridische als de feitelijke aspecten) kan voorleggen.²³⁶ In *Bryan t. Verenigd Koninkrijk* heeft het EHRM de aard van het onderwerp en de manier waarop de beslissing wordt bereikt als relevante factoren genoemd bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een voldoende mate van *full jurisdiction*.²³⁷

Ten aanzien van art. 13 EVRM, dat veelal in samenhang met art. 6 EVRM wordt behandeld nu art. 6 EVRM geacht wordt een hogere graad van waarborgen te bieden dan art. 13 EVRM,²³⁸ geldt het volgende. Het is aan de verdragsstaten om ervoor te zorgen dat een effectief rechtsmiddel bestaat voor

235. Vgl. HR 30 maart 2007, NJ 2007, 293 m.nt. Maeijer (*ATR Leasing*), rov. 4.4.

236. Zie Smits 2008, p. 44.

237. EHRM 22 november 1995, appl. nr. 19178/91 (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*): “45. Furthermore, in assessing the sufficiency of the review available to Mr Bryan on appeal to the High Court, it is necessary to have regard to matters such as the subject-matter of the decision appealed against, the manner in which that decision was arrived at, and the content of the dispute, including the desired and actual grounds of appeal.” Welke overweging ook als uitgangspunt wordt genomen in EHRM 28 mei 2002, appl. nr. 35605/97 (*Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*), § 32.

238. Zie Smits 2008, p. 32 & 33.

HOOFDSTUK 4

(rechts)personen om een *arguable complaint* omtrent de inbreuk op een grondrecht aan de orde te kunnen stellen in rechte. De mate waarin de verdragsstaten in rechtsmiddelen dienen te voorzien is afhankelijk van de aard van de *complaint*.²³⁹

Het verlenen van een decharge aan een OK-bestuurder lijkt mij naar zijn aard niet een onderwerp waarvoor bijzondere rechtswaarborgen dienen te gelden.²⁴⁰ Het komt mij voor dat met de mogelijkheid te worden gehoord over het voornemen tot een dechargeverlening en de mogelijkheid daartegen op te komen in cassatie – waarbij de Hoge Raad zal toetsen of de Ondernemingskamer in redelijkheid tot dechargeverlening heeft kunnen besluiten – sprake is van voldoende rechtswaarborgen. Niet gezegd kan worden dat hiermee wordt achtergebleven bij hetgeen redelijkerwijze van een verdragsstaat geëist kan worden.

Mijn conclusie is dat indien de vennootschap een *arguable claim* heeft op de OK-bestuurder een dechargeverlening door de Ondernemingskamer een inbreuk op het recht op eigendom maakt, die evenwel kan worden gerechtsvaardigd. Zolang de Ondernemingskamer de vennootschap hoort, alvorens decharge te verlenen wordt ook binnen de grenzen gebleven van hetgeen wordt geëist door art. 6 & 13 EVRM.

Ik teken daarbij aan dat naar het mij voorkomt de Ondernemingskamer desalniettemin slechts tot decharge mag overgaan voor zover er geen gereede twijfel kan bestaan over de wijze waarop de OK-bestuurder heeft gefunctioneerd.²⁴¹ Indien de vennootschap aannemelijk maakt dat daarover wel gereede twijfel kan bestaan, meen ik dat de Ondernemingskamer geen decharge mag verlenen. Over een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid is niet de Ondernemingskamer maar de civiele rechter bevoegd te oordelen. Wanneer een gereede twijfel bestaat over de vraag of geen sprake is geweest

239. Zie recent over de strekking van art. 13 (in samenhang met art. 6) EHRM 8 maart 2011, appl. nr. 16530/06 (*Eltari t. Albanië*): “80. The Court reiterates that Article 13 of the Convention gives direct expression to the States’ obligation, enshrined in Article 1 of the Convention, to protect human rights first and foremost within their own legal system. It therefore requires that the States provide a domestic remedy to deal with the substance of an “arguable complaint” under the Convention and to grant appropriate relief (...) 81. The scope of the Contracting States’ obligations under Article 13 of the Convention varies depending on the nature of the applicant’s complaint; the “effectiveness” of a “remedy” within the meaning of this provision does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant. At the same time, the remedy required by Article 13 must be “effective” in practice as well as in law in the sense either of preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that has already occurred (see *Burdov* (no. 2), cited above, § 97; and, *Yuriy Nikolayevich Ivanov*, cited above, § 64).”

240. Dat in deze juist minder vergaande eisen gelden zou kunnen worden opgemaakt uit EHRM 21 september 1994, appl. nr. 17101/90, NJ 1995, 463 (*Fayed t. Verenigd Koninkrijk*).

241. De maatstaf ‘arguable claim’ ziet op de situatie vóór een toetsing in rechte, de maatstaf ‘gereede twijfel’ heeft betrekking op de toetsing in rechte en is stringenter.

van onbehoorlijk bestuur en de Ondernemingskamer zou besluiten desalniettemin decharge te verlenen, beoordeelt de Ondernemingskamer *de facto* de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid op voorhand als ongegrond. Daartoe is zij niet bevoegd.

Bij het voorgaande merk ik op dat de bevoegdheid van de algemene vergadering om een decharge te verlenen een discretionaire bevoegdheid betreft.²⁴² Een bestuurder heeft geen recht op decharge.²⁴³ De algemene vergadering doet met een decharge afstand van het recht van de rechtspersoon de bestuurder aan te spreken. De algemene vergadering is daarin geheel vrij. De Ondernemingskamer is dat niet. De bevoegdheid van de Ondernemingskamer tot het treffen van voorzieningen betreft in beginsel ook een discretionaire bevoegdheid, maar het uitoefenen van deze bevoegdheid dient wel te kunnen worden gerechtvaardigd aan de hand van de omstandigheden van het geval. De voorzieningen – en zo ook de dechargeverlening – staan uiteindelijk in de sleutel van de met de regeling van het enquêterecht beoogde sanering en herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de rechtspersoon²⁴⁴ en dienen voorts onder meer blijk te geven van een billijke afweging van de belangen van de betrokken partijen.²⁴⁵

Op grond van het bovenstaande kent de bevoegdheid tot het verlenen van decharge door de Ondernemingskamer twee belangrijke beperkingen. In de eerste plaats eist art. 6 EVRM dat de Ondernemingskamer het voornemen tot het verlenen van decharge kenbaar maakt aan de vennootschap en deze in de gelegenheid stelt daarop haar zienswijze kenbaar te maken. De tweede beperking is daarin gelegen dat indien de vennootschap aannemelijk kan maken dat er gerede twijfel kan bestaan of de OK-bestuurder zijn taken op een behoorlijke wijze heeft vervuld, de Ondernemingskamer afziet van het verlenen van decharge, teneinde de civiele rechter niet voor de voeten te lopen.

4.3.3 Afgeleide schade

4.3.3.1 De jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van afgeleide schade

Rechtspersonen kunnen zelf de bescherming inroepen van art. 1 EP.²⁴⁶ Is de rechtspersoon failliet, dan komt het klachtrecht toe aan de curator.²⁴⁷ Hoe is de

242. Het recht de bestuurder aan te kunnen spreken behoort tot de vermogensrechten van de vennootschap. Het staat de algemene vergadering vrij daar al dan niet bij voorbaat afstand van te doen.

243. Aldus de heersende leer in de literatuur. Zie Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 479, met verdere literatuurverwijzingen.

244. Vgl. HR 14 december 2007, NJ 2008, 105 m.nt. Ma (*DSM*), rov. 3.6.

245. Vgl. HR 19 oktober 2001, NJ 2002, 92 m.nt. Ma (*Skygate*), rov. 3.6.

246. Dat volgt rechtstreeks uit het bepaalde in art. 1 Eerste Protocol jo. art. 34 EVRM.

247. EHRM 24 oktober 1995, appl. nr. 14807/89 (*Agrotexim e.a. t. Griekenland*).

HOOFDSTUK 4

positie van bij de rechtspersoon betrokken derden? Rechtspersonen dienen bij uitstek als instrument – voor bijvoorbeeld aandeelhouders of leden van een vereniging – om eigendom te behouden en/of te verwerven.

Wanneer een derde onrechtmatig handelt jegens een vennootschap kan dit tot gevolg hebben dat een aandeelhouder zijn aandelen in waarde ziet dalen.²⁴⁸ Deze waardedaling van de aandelen heeft tot gevolg dat ook de aandeelhouders ‘schade’ lijden.²⁴⁹ De schade van de aandeelhouder is afgeleid van de schade die de vennootschap heeft geleden.²⁵⁰ Een aandeelhouder kan niet zelfstandig vergoeding vorderen van dergelijke ‘afgeleide schade’.²⁵¹ Deze regel is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad sinds het *Poot/ABP*-arrest.²⁵² De vennootschap zal de derde zelf kunnen aanspreken. Ontvangst van de schadevergoeding zal het vermogen van de vennootschap – en daarmee doorgaans de waarde van de aandelen – weer doen stijgen en aldus ook de aandeelhouder compenseren.²⁵³

De aandeelhouder heeft wel een zelfstandig vorderingsrecht indien de derde óók jegens de aandeelhouder een ‘specifieke zorgvuldigheidsnorm’ heeft geschonden.²⁵⁴ Ook dat is vaste jurisprudentie sinds het *Poot/ABP*-arrest.

Het kan voorkomen dat aandeelhouders schade lijden door een onrechtmatige daad van een derde jegens de vennootschap, zonder dat de vennootschap verhaal wil of kan zoeken. Kunnen de aandeelhouders in een dergelijk geval eisen dat hen op grond van het bepaalde van art. 1 EP het recht toekomt zelf een schadevergoedingsactie jegens de derde in te stellen?

248. De schade van crediteuren die na faillissement met een onverhaalbare vordering achter blijven wordt door de Hoge Raad *niet* als afgeleide schade aangemerkt. Zie HR 16 februari 2007, NJ 2007, 256 m.nt. Ma (*Tuin Beheer*), rov. 3.9. In deze overweging benadrukt de Hoge Raad dat afgeleide schade betrekking heeft op schade die men lijdt ten gevolge van een waardedaling op aandelen, welke overweging niet helemaal valt te rijmen met hetgeen is overwogen in HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 699 m.nt. Ma (*Heino Krause*), waarin de schade die de leden van een coöperatie leden, wel als ‘afgeleide schade’ werd aangemerkt. Voor de verhaalbaarheid van de schade die crediteuren lijden vanwege onverhaalbaarheid van hun vordering geldt de norm zoals geformuleerd in HR 24 september 2004, NJ 2008, 587 m.nt. C.E. du Perron.

249. Zie over de diverse deelvragen ten aanzien van het leerstuk van afgeleide schade uitvoerig de dissertatie van Kroeze (Kroeze 2004).

250. Kroeze definieert in zijn dissertatie het begrip afgeleide schade als volgt: “*de schade [is] die een aandeelhouder lijdt door een waardevermindering van zijn aandelen, wanneer en voor zover deze waardevermindering het gevolg is van schade die aan de vennootschap is toegebracht.*”, Kroeze 2004, p. 17.

251. Welke term de Hoge Raad voor het eerst gebruikte in HR 29 november 1996, NJ 1997, 178 (*Cri Cri*), rov. 3.3. Een aanspraak op schadevergoeding voor ‘afgeleide schade’ vereist een ‘piercing of the corporate veil’.

252. HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 m.nt. Ma (*Poot/ABP*). Bevestigd in o.a. HR 16 februari 2007, NJ 2007, 256 m.nt. Ma (*Tuin Beheer*).

253. Vgl. Timmerman 2006, p. 129.

254. Een voorbeeld betreft HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 m.nt. Maeijer & Snijders (*Willemsen Beheer/NOM*).

Bij het beantwoorden van deze vraag dient in de eerste plaats onderscheid te worden gemaakt tussen de vraag wanneer men als aandeelhouder in Straatsburg ontvankelijk is met een klacht over een schending van grondrechten jegens de rechtspersoon en de vraag in hoeverre een aandeelhouder aan de jurisprudentie van het EHRM het recht kan ontleen om schadevergoeding te mogen vragen voor schade die de vennootschap heeft geleden. Dit onderscheid is van belang omdat het EHRM, naar nog zal blijken, ruimhartig is in het toelaten van klachten van aandeelhouders, wanneer zij stellen een *victim* te zijn van een schending van een verdragsrecht, maar anderzijds als uitgangspunt hanteert dat aandeelhouders geen afgeleide schade kunnen vorderen.

4.3.3.2 Ontvankelijkheid van aandeelhouders bij het EHRM

Bij de vraag of een aandeelhouder *locus standi* heeft in Straatsburg past het EHRM de zogenoemde *vehicle*-maatstaf toe. Een aandeelhouder is ontvankelijk in een klacht met betrekking tot een gedraging die is verricht jegens een vennootschap, wanneer die vennootschap kan worden beschouwd als zijn *vehicle*, en de aandeelhouder zelf ook kan stellen een *victim* te zijn van de beweerdelijke verdragsschending. Een voorbeeld betreft de zaak *Pine Valley Developments*. Daarin klaagden twee vennootschappen en een zekere Healy, de enig aandeelhouder, over het niet kunnen gebruiken van een bouwvergunning (die op naam stond van één van de vennootschappen). Het EHRM verwierp daarbij het verweer van Ierland dat de enig aandeelhouder in persoon niet ontvankelijk was.²⁵⁵

“As to the merits of the pleas, the Court would make at the outset the general observation that Pine Valley and Healy Holdings were no more than vehicles through which Mr Healy proposed to implement the development for which outline planning permission had been granted. On this ground alone it would be artificial to draw distinctions between the three applicants as regards their entitlement to claim to be “victims” of a violation.”

Voor de vraag wie kan opkomen in Straatsburg beziet het EHRM als het ware of de aandeelhouder en de vennootschap ‘vereenzelvigd’ kunnen worden.²⁵⁶ Deze benadering komt ook duidelijk naar voren in de zaak *G.J. t. Luxemburg*, waarin een man die (samen met zijn vrouw) alle aandelen bezat in een gefailleerde vennootschap in Straatsburg klaagde over de lengte van de liquidatieprocedure. De daarvoor verantwoordelijke curator diende uiteraard daarover geen klacht in namens de vennootschap. Tegen deze achtergrond werd de aandeelhouder in Straatsburg ontvangen in zijn klacht, nu het voor de vennootschap onmogelijk

255. EHRM 29 november 1991, appl. nr. 12742/87 (*Pine Valley Developments e.a. t. Ierland*), § 42. Zie ook EHRM 27 juni 2000, appl. nr. 35178/97 (*Ankarcrona/Zweden*).

256. Zie Apeldoorn 2009b, p. 253 (voetnoot 108) voor meer voorbeelden in de jurisprudentie van het EHRM.

HOOFDSTUK 4

was om een klacht in te dienen, de vennootschap eigenlijk zijn onderneming betrof en hij aldus een direct persoonlijk belang had bij zijn klacht.²⁵⁷ Deze ruimhartigheid van het EHRM is begrijpelijk, omdat anders de beweerdelijke verdragsschending door niemand aan de orde zou kunnen worden gesteld in Straatsburg.

Een ander voorbeeld daarvan betreft de zaak *Camberrow MM5 AD t. Bulgarije*, waarin de vennootschap die (vrijwel alle) aandelen hield in een bank – van wie de bankvergunning was ingetrokken – ontvankelijk werd geacht, aangezien de bank vanwege belangenconflicten niet zelf in staat was te klagen.²⁵⁸ De koers die het EHRM in deze vaart, dient aldus te worden verstaan tegen de achtergrond dat effectieve controle vanuit Straatsburg op naleving van de verdragsrechten dient te worden gewaarborgd.

Kortom: voor ontvankelijkheid van een klacht is de maatstaf de vraag of de aandeelhouder aannemelijk kan maken zelf (ook) een *victim* te zijn van de schending van een verdragsrecht, als bedoeld in art. 34 EVRM.²⁵⁹ In deze benadering maakt het EHRM geen strikt onderscheid tussen de schade van de rechtspersoon en de schade van de aandeelhouder en is het EHRM bereid door de *corporate veil* heen te kijken voor zover het de vraag betreft wie als *victim* van de schending van een verdragsrecht kan worden aangemerkt.²⁶⁰

257. EHRM 26 oktober 2000, appl. nr. 2156/93 (*G.J. t. Luxemburg*), § 23: “*The Court agrees that the liquidation proceedings concerned, as such, the limited liability company which was declared bankrupt by the Commercial Court on 14 May 1987. Furthermore, the Court recalls that disregarding a company’s legal personality as regards the question of being the “person” directly affected by the act or omission which is in issue will be justified only in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Court through the organs set up under its articles of incorporation or – in the event of liquidation – through its liquidators (cf. the Agrotexim and Others v. Greece judgment of 24 October 1995, Series A no. 330, p. 25, § 66).*”

24. *However, in the present case the company was under liquidation and the complaint brought before the Court relates to the activities of the liquidators, i.e. the official receiver and the Commercial Court. In these circumstances the Court considers that it was not possible for the company, as a legal personality, at the time, to bring the case before the former Commission. Moreover, the Court recalls that the applicant held a substantial shareholding of 90% in the company. He was in effect carrying out his business through the company and has, therefore, a direct personal interest in the subject-matter of the complaint. Therefore, the Court finds that the applicant may claim to be a victim of the alleged violation of the Convention affecting the rights of the limited liability company.*”

258. EHRM 1 april 2004, appl. nr. 50357/99 (*Camberrow MM5 AD t. Bulgarije*).

259. Ook in het bestuursrecht wordt sinds kort de lijn gehanteerd dat de enig aandeelhouder/bestuurder van een rechtspersoon die een besluit heeft aangevraagd, onder omstandigheden mag worden vereenzelvigd met het (parallele) belang van de desbetreffende rechtspersoon en dat om die reden sprake kan zijn van een belanghebbende als bedoeld in art. 1:2 Awb. Zie ABRvS 8 juni 2011, AB 2001, 217 en ABRvS 28 september 2011, AB 2011, 346 m.nt. Nijmeijer.

260. Van Apeldoorn (2009b, p. 254) merkt terecht op dat het de vraag is of de schade van de aandeelhouder hier als afgeleide schade kan worden aangemerkt.

Dat wordt evenwel anders indien de aandeelhouder zich op art. 1 EP beroept met het argument dat hij aan art. 1 EP een recht kan ontleen op het vorderen van schade die de vennootschap heeft geleden. De vraag is dan niet langer wie als een *victim* kan gelden in de zin van art. 34 EVRM – welke vraag zoals gezegd het EHRM ruimhartig beantwoordt – maar of het bepaalde in art. 1 EP meebrengt dat de aandeelhouder zelf de schade die de vennootschap heeft geleden mag vorderen. Over die vraag heeft het EHRM zich uitgelaten in *Agrotexim t. Griekenland*.

4.3.3.3 Agrotexim t. Griekenland

In *Agrotexim t. Griekenland* heeft het EHRM geoordeeld dat het bepaalde in art. 1 EP er niet aan in de weg staat dat een aandeelhouder geen afgeleide schade kan vorderen.²⁶¹ Zes aandeelhouders (waaronder de vennootschap Agrotexim) van een Griekse vennootschap (Fix Brewery) klaagden over het feit dat door tegenwerking van de Griekse autoriteiten, de vennootschap was verhinderd grond te exploiteren. Na het faillissement van de vennootschap zetten de curatoren de procedures jegens de Griekse staat die namens de vennootschap waren aangespannen om schadevergoeding te vorderen niet door. De aandeelhouders dienden een klacht in wegens schending van hun recht op eigendom, nu ook zij geen vordering konden instellen onder Grieks recht.

Anders dan de commissie achtte het EHRM de aandeelhouders niet ontvankelijk. Het EHRM gaf daarvoor twee redenen. In de eerste plaats overwoog het EHRM dat de commissie in andere zaken voor de ontvankelijkheid pleegde te beoordelen of de klagende aandeelhouder de facto vereenzelvigd kon worden met de vennootschap waarin hij aandeelhouder was en aldus ook zelf als een *victim* kon worden aangemerkt. Nu leek de commissie het standpunt te hebben ingenomen dat wanneer sprake is van een waardedaling van aandelen door een onrechtmatige gedraging jegens de vennootschap, automatisch ook sprake is van een inmenging in het recht van eigendom van

261. EHRM 24 oktober 1995, appl. nr. 14807/89 (*Agrotexim e.a. t. Griekenland*). Het EHRM verwijst in deze zaak naar de uitspraak van het ICJ van 5 februari 1970 (*Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd.*). Reports of judgments, advisory opinions and orders 1970, p. 36. Te raadplegen op <www.icj-cij.org> Het ICJ had overwogen: “44. *Notwithstanding the separate corporate personality, a wrong done to the company frequently causes prejudice to its shareholders. But the mere fact that damage is sustained by both company and shareholder does not imply that both are entitled to claim compensation. Thus no legal conclusion can be drawn from the fact that the same event caused damage simultaneously affecting several natural or juristic persons. Creditors do not have any right to claim compensation from a person who, by wronging their debtor, causes them loss. In such cases, no doubt, the interests of the aggrieved are affected, but not their rights. Thus whenever a shareholder’s interests are harmed by an act done to the company, it is to the latter that he must look to institute appropriate action; for although two separate entities may have suffered from the same wrong, it is only one entity whose rights have been infringed.*”

HOOFDSTUK 4

de aandeelhouder.²⁶² Deze maatstaf voor ontvankelijkheid van een klacht ten aanzien van art. 1 EP achtte het EHRM onaanvaardbaar.

Ten tweede achtte het EHRM het standpunt van de commissie op gespannen voet staan met het beginsel dat de nationale rechtsmiddelen door de klager moeten zijn uitgeput, wil men in Straatsburg terecht kunnen. De meeste verdragsstaten kennen namelijk geen recht voor aandeelhouders om op te komen voor rechten van de vennootschap waarin zij aandelen houden. Het is niet wenselijk tegen die achtergrond een aandeelhouder in Straatsburg wel een rechtsmiddel te gunnen.²⁶³ De relevante overweging van het EHRM is de volgende:²⁶⁴

“Concerned to reduce such risks and difficulties the Court considers that the piercing of the “corporate veil” or the disregarding of a company’s legal personality will be justified only in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs set up under its articles of incorporation or – in the event of liquidation – through its liquidators.”

Net als in het Nederlandse recht is ook in Straatsburg het uitgangspunt: geen *piercing of the corporate veil*. Daar voegt het EHRM aan toe dat uitzonderingen denkbaar zijn onder “exceptional circumstances”. Zo kan het EHRM een uitzondering maken op de geen *piercing of the corporate veil*-regel om aandeelhouders het recht te geven om een klacht in Straatsburg aanhangig te maken in gevallen de weg via de vennootschap zelf is geblokkeerd.²⁶⁵

262. EHRM 24 oktober 1995, appl. nr. 14807/89 (*Agrotexim e.a. t. Griekenland*), § 60-65.

263. Het EHRM overwoog als volgt:“(…) *To adopt the Commission’s position would be to run the risk of creating – in view of these competing interests – difficulties in determining who is entitled to apply to the Strasbourg institutions. The Commission’s view would also engender considerable problems concerning the requirement of exhaustion of domestic remedies. It may be assumed that in the majority of national legal systems shareholders do not normally have the right to bring an action for damages in respect of an act or an omission that is prejudicial to “their” company. It would accordingly be unreasonable to require them to do so before complaining of such an act or omission before the Convention institutions. Nor could, conversely, a company be required to exhaust domestic remedies itself, because the shareholders are of course not empowered to take such proceedings on behalf of “their” company.*

66. Concerned to reduce such risks and difficulties the Court considers that the piercing of the “corporate veil” or the disregarding of a company’s legal personality will be justified only in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs set up under its articles of incorporation or – in the event of liquidation – through its liquidators. The Supreme Courts of certain member States of the Council of Europe have taken the same line.(…)”

264. EHRM 24 oktober 1995, appl. nr. 14807/89 (*Agrotexim e.a. t. Griekenland*), § 66.

265. De in *Agrotexim* geformuleerde lijn is door het EHRM nogmaals bevestigd in EHRM 7 november 2002, appl. nr. 30417/96, JOR 2003, 112 m.nt. Vossestein, tevens behorend bij JOR 2003,111 (*Olczak t. Polen*): “§ 57. *The Court recalls that it held in the Agrotexim case (see below) that to accept the assumption that a shareholder has locus standi would engender “considerable problems” concerning the requirement of exhaustion of domestic remedies. It may be assumed that in the majority of national legal systems shareholders →*

In deze uitzonderingsregel dient echter niet meer te worden gelezen dan er staat, namelijk dat (a) slechts in uitzonderlijke gevallen door de vennootschap heen mag worden gekeken, en (b) als voorbeeld daarvan kan worden genoemd de mogelijkheid dat een aandeelhouder in Straatsburg *locus standi* kan hebben indien “it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs”. Kortom, wanneer de aandeelhouder wenst te klagen over een schending van grondrechten die heeft plaatsgevonden jegens de vennootschap en de vennootschap zelf daarover niet kan klagen. De situatie waarin het *impossible* is om te klagen via de vennootschap, refereert dus aan de vraag naar de *locus standi*, niet aan de vraag naar het eventueel bestaan van een zelfstandig recht op schadevergoeding. Het EHRM scheidt aldus de benodigde ruimte voor de hiervoor besproken *vehicle*-maatstaf.

Met name valt uit de in *Agrotexim* geformuleerde uitzonderingsregel niet af te leiden dat naar nationaal recht daadwerkelijk een recht op vergoeding van afgeleide schade zou dienen te bestaan voor een aandeelhouder, indien een verhaalsmogelijkheid door de vennootschap onmogelijk is geworden. Het EHRM heeft alleen veilig willen stellen dat een aandeelhouder wanneer de vennootschap als zijn *vehicle* kan worden beschouwd kan klagen over een schending van zijn grondrechten – in beginsel over alle grondrechten, niet noodzakelijkerwijs over art. 1 EP – bijvoorbeeld indien de curator van de vennootschap waarin hij alle aandelen houdt excessief lang doet over een liquidatie. Een dergelijk geval was aan de orde in *G.J. t. Luxemburg*.²⁶⁶ De aandeelhouder wordt dan in staat gesteld te klagen over een schending van de redelijke termijn door de curator jegens de vennootschap.

Uit de *Agrotexim*-zaak blijkt dat het EHRM in beginsel niet genegen is klachten te honoreren van aandeelhouders die menen dat hun recht op eigendom is geschonden omdat zij naar nationaal recht geen mogelijkheid hebben schade die zij ‘via de vennootschap’ hebben geleden, te verhalen.

In de volgende paragraaf zal ik onderzoeken of er situaties denkbaar zijn die het EHRM in de toekomst wellicht tot het maken van een uitzondering op deze regel zou kunnen verleiden.

do not normally have the right to bring an action for damages in respect of an act or an omission that is prejudicial to “their” company. It would accordingly be unreasonable to require them to do so before complaining of such an act or omission before the Convention institutions. Nor could, conversely, a company be required to exhaust domestic remedies itself, because the shareholders are not empowered to conduct such proceedings on behalf of “their” company (the Agrotexim and Others v. Greece judgment of 24 October 1995, Series A no. 330, pp. 25-26, §§ 68-71). In that judgment the Court concluded that “the piercing of the “corporate veil” or the disregarding of a company’s legal personality will be justified only in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs set up under its articles of incorporation or, in the event of liquidation, through its liquidators.”

266. EHRM 26 oktober 2000, appl. nr. 2156/93 (*G.J. t. Luxemburg*).

HOOFDSTUK 4

4.3.3.4 Complicaties in ‘afgeleide schade’-situaties

Bij het leerstuk van afgeleide schade kunnen zich globaal twee soorten complicaties voordoen. In de eerste plaats kunnen zich gevallen voordoen waarin de facto geen vorderingsrecht kan worden ingesteld jegens de schadeveroorzakende derde zodat de aandeelhouder ook niet middels de vennootschap wordt gecompenseerd. De tweede situatie betreft het spiegelbeeld: gevallen waarin zowel de aandeelhouder als de vennootschap een vorderingsrecht heeft en zowel de aandeelhouder als de vennootschap deze te gelde tracht te maken.

Het volgende voorbeeld kan de eerste situatie illustreren. Een aandeelhouder dupeert zijn medeaandeelhouders door te verhinderen dat de vennootschap een vordering instelt jegens een bestuurder die zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.²⁶⁷ Een reden daarvoor kan bijvoorbeeld zijn dat de desbetreffende aandeelhouder aan de bestuurder is gelieerd. Het resultaat is een impasse. Zowel de vennootschap als de overige aandeelhouders kunnen geen vordering instellen. Indien de vennootschap niet tot het instellen van een vordering kan of wil overgaan, dwingt art. 1 EP dan tot het aanvaarden van een uitzondering op de regel dat aandeelhouders geen afgeleide schade kunnen vorderen?²⁶⁸

Bij het beantwoorden van deze vraag dient voorop gesteld te worden dat door het EHRM in de *Agrotexim*-uitspraak is benadrukt dat het bepaalde in art. 1 EP meebrengt dat de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap zoveel mogelijk moet worden gerespecteerd.²⁶⁹ Indien een bestuurder jegens de vennootschap onrechtmatig handelt valt een vordering tot schadevergoeding in het vermogen van de vennootschap. Zou een aandeelhouder een dergelijke vordering te gelde kunnen maken, dan zou de waarde van de vordering aan het vermogen van de vennootschap worden onttrokken, hetgeen in beginsel onwenselijk is. Bij de vraag of een uitzondering op dit uitgangspunt moet worden aanvaard, zal het EHRM naar verwachting meewegen in hoeverre een aandeelhouder andere rechtsmiddelen ten dienste staan om de onwillige vennootschap tot actie te bewegen om de vordering te gelde te maken.

In het Nederlandse recht zijn verschillende rechtsmiddelen voorhanden. In de eerste plaats is het mogelijk dat de voorzieningenrechter in kort geding wordt gevraagd (het bestuur van) de vennootschap te bevelen een procedure aanhangig te maken.²⁷⁰ Ook kan een aandeelhouder – wanneer hij aan de daartoe gestelde eisen voldoet – de Ondernemingskamer verzoeken een

267. Zie hierover Van der Sangen 2002.

268. Zonder art. 1 EP te noemen, komt de rechtbank 's-Gravenhage tot deze conclusie in een uitspraak van 12 juli 2000 en 14 februari 2001, JOR 2001, 90 m.nt. Kroeze. Zie over deze uitspraak ook Van der Sangen 2002.

269. EHRM 24 oktober 1995, appl. nr. 14807/89 (*Agrotexim e.a. t. Griekenland*), § 66.

270. Ook zal een aandeelhouder bijvoorbeeld in kort geding kunnen vorderen dat de vennootschap de litigieuze vordering op de bestuurder aan hem zal cederen op straffe van een dwangsom.

enquête-onderzoek te gelasten.²⁷¹ In dat geval kan tevens om een onmiddellijke voorziening worden verzocht.²⁷² Een aandeelhouder kan bijvoorbeeld vragen een bestuurder te schorsen of een extra bestuurder te benoemen.

Een bijzondere situatie doet zich voor indien de vordering in het vermogen valt van een vennootschap die in staat van faillissement verkeert. Die situatie deed zich voor in *Agrotexim*. Uit deze uitspraak blijkt dat de omstandigheid dat een vennootschap failliet is en de curator weigert een vordering in te stellen geen *piercing of the corporate veil* rechtvaardigt. Kan daardoor voor de aandeelhouder een lacune ontstaan in zijn verhaalsmogelijkheden voor de door hem geleden (afgeleide) schade?

Het komt mij voor dat zulks niet het geval is. In de eerste plaats kan een aandeelhouder de voorzieningenrechter in een kort geding vragen de curator op te dragen een vordering in te stellen.²⁷³ Een aandeelhouder zou ook (eventueel subsidiair) de rechter kunnen vragen de curator te bevelen medewerking te verlenen aan een cessie van de vordering aan de aandeelhouder(s).²⁷⁴ Indien de curator zijn weigering een vordering in te stellen motiveert met een stelling die erop neerkomt dat de vordering zijns inziens onvoldoende kans van slagen (of waarde) heeft om een actie in te stellen, dan zal een curator doorgaans ook weinig bezwaren kunnen opwerpen tegen het verzoek de vordering voor een gering bedrag te cederen.²⁷⁵

Op grond van het bovenstaande kom ik tot de conclusie dat er over het algemeen voldoende mogelijkheden aanwezig moeten worden geacht voor een aandeelhouder om door middel van rechterlijke tussenkomst het instellen van een vordering door de vennootschap of de curator af te dwingen.²⁷⁶ Het EHRM zal dat meewegen bij de beoordeling van de vraag of – naar nationaal recht – een uitzondering op de regel had moeten worden gemaakt, dat aandeelhouders (jegens wie geen specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden) geen afgeleide schade kunnen vorderen. In het licht van de hiervoor geschetste mogelijkheden die aandeelhouders ten dienste staan in het Nederlandse recht, lijkt zich niet snel een situatie te kunnen voordoen die ertoe kan leiden dat het EHRM zal oordelen dat de afwezigheid van de mogelijkheid voor een aandeelhouder om zelfstandig afgeleide schade te kunnen vorderen een schending oplevert van art. 1 EP.

271. Art. 2:345 BW. Art. 2:346 BW eist dat een aandeelhouder een belang heeft van ten minste 10% of recht heeft op ten minste EUR 225.000 van het nominale aandelenkapitaal.

272. Art. 2:349a BW.

273. Art. 69 Fw geeft iedere schuldeiser de mogelijkheid op te komen tegen beslissingen van de curator, bij de rechter-commissaris. Een aandeelhouder heeft die mogelijkheid niet op grond van art. 69 Fw.

274. De curator zal – indien hij weigert een vordering in te stellen – zich daarmee op het standpunt stellen dat de vordering onvoldoende kans van slagen (of waarde) heeft om een actie in te stellen. De curator zal in dat geval weinig bezwaren kunnen opwerpen tegen het verzoek de vordering tegen een gering bedrag te cederen, zo komt mij voor.

275. Hetgeen uiteindelijk ook is gebeurd in de casus die ten grondslag lag aan het *Poot/ABP*-arrest, aldus Kroeze (Kroeze 2004, p. 71).

276. Anders Assink 2012, p. 340.

HOOFDSTUK 4

4.3.3.5 Samenlooppromblemen bij een actie van zowel de aandeelhouder als de vennootschap

Indien de schadeveroorzakende derde bij zijn handelen zowel onrechtmatig jegens de vennootschap heeft gehandeld, als een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden jegens een aandeelhouder, is het denkbaar dat zowel de desbetreffende aandeelhouder als de vennootschap bij deze derde zullen aankloppen voor schadevergoeding. Bezien dient te worden in hoeverre de beide vorderingen met elkaar in conflict kunnen komen.

Indien een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden jegens de aandeelhouder is sprake van een als zelfstandig te beschouwen onrechtmatige daad van de laedens jegens de aandeelhouder. De schade die de aandeelhouder in een dergelijk geval kan vorderen is de schade die hem op grond van Boek 6, Titel 1, Afdeling 10 toekomt.²⁷⁷

Het is in dit verband goed om in het oog te houden dat niet iedere ‘waardedaling van aandelen’ gekwalificeerd kan worden als afgeleide schade. Daarvan is alleen sprake indien de schade (de waardedaling van de aandelen) het gevolg is van een onrechtmatige daad (of wanprestatie) jegens de vennootschap en niet ook jegens de aandeelhouder. Indien een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden jegens de aandeelhouder, met bijvoorbeeld als gevolg dat de aandeelhouder zijn aandelen voor een lagere prijs heeft moeten verkopen, is in zoverre geen sprake van afgeleide schade.²⁷⁸ Zulks is ook erkend door het EHRM.²⁷⁹

277. De artikelen 6:95 tot en met 6:110 BW.

278. Wanneer sprake is van een onrechtmatige daad jegens de vennootschap en ook een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden jegens de aandeelhouder, komt de vraag aan de orde of de waardedaling van de aandelen die een aandeelhouder vordert nog als ‘afgeleide schade’ kan worden aangemerkt. Ik geef er de voorkeur aan om in dergelijke gevallen de schade van de aandeelhouder niet als afgeleide schade aan te merken, nu grondslag van de vordering een geheel andere is dan bij een zuivere afgeleide schade actie (zie de conclusie van A-G Hartkamp onder HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 699 m.nt. Ma (*Heino Krause*), onder 5. Nu jegens de aandeelhouder zelfstandig sprake is van een onrechtmatige gedraging, heeft deze de bevoegdheid alle door hem geleden schade die daarmee in een voldoende causale relatie staat uit eigen hoofde te vorderen (conform art. 6:98 BW). De term afgeleide schade suggereert in een dergelijk geval ten onrechte dat de aandeelhouder schadevergoeding vordert van door de vennootschap geleden schade. Overigens lijkt een meerderheid van auteurs het begrip afgeleide schade breder te willen verstaan (zie Assink 2012, p. 319 e.v. die een fraai overzicht geeft van de standpunten). Zij duiden ook de schade die de aandeelhouder als ‘eigen’ schade (door de Hoge Raad wordt deze schade doorgaans aangeduid als rechtstreekse schade, zie HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 699 m.nt. Ma (*Heino Krause*), rov. 3.5) kan claimen aan als ‘afgeleide schade’. Vgl. de voordracht van Kroeze op het Van der Heijden congres 2011, kenbaar uit het verslag van Barneveld (2012, p. 328).

279. In de zaak *Olczak t. Polen* klaagt Olczak over het kwijtraken van zijn aandelenbelang in een Poolse bank die in financiële problemen was gekomen. De bewindvoerders hadden het aandelenbelang van Olczak eerst sterk doen verwateren door nieuwe aandelen uit te geven. Vervolgens werden zijn aandelen ingetrokken. Onder herhaling van het uitgangspunt dat geen recht op vergoeding van afgeleide schade wordt erkend, overweegt het EHRM →

De zaak *Kessock/S.F.T. Bank* kan het voorgaande illustreren.²⁸⁰ In die zaak was sprake van een bank die plotseling de kredietlijn van een vennootschap had bevroren in strijd met eerder jegens de (directeur/)grootaandeelhouder Kessock gewekte verwachtingen.²⁸¹ Na de opzegging van het krediet heeft Kessock zijn aandelen verkocht, maar daarvoor aanmerkelijk minder ontvangen dan voor de opzegging van het krediet was geboden.²⁸² De Hoge Raad oordeelde dat het hof had verzuimd te onderzoeken of de bank – door het plotseling beëindigen van de kredietfaciliteit in strijd met eerder gewekte verwachtingen – een (specifieke) zorgvuldigheidsnorm jegens de directeur/grootaandeelhouder had geschonden.²⁸³ Hoewel de Hoge Raad dat niet met zoveel woorden tot uitdrukking brengt komt het mij voor dat de door Kessock gevorderde waardedaling van zijn aandelen geen ‘afgeleide’ schade betreft, nu Kessock door het (beweerdelijke) onrechtmatig handelen van de bank rechtstreeks in zijn vermogen wordt getroffen.²⁸⁴

Bedacht dient voorts te worden dat het, in een geval als dit, ook heel wel mogelijk is dat de bank jegens de vennootschap niet onrechtmatig heeft gehandeld door de kredietlijn te bevroren. Voor de omvang van de vordering van de aandeelhouder doet in beginsel ook niet ter zake of ook onrechtmatig jegens de vennootschap is gehandeld. Alleen indien de aandeelhouder een deel

vervolgens dat anders dan in *Agrotexim* de schade van Olczak geen ‘afgeleide schade’ betreft omdat de door de bewindvoerders getroffen maatregelen – de intrekking van de aandelen – rechtstreeks zijn rechten als aandeelhouder raakten (§ 58): “*However, the Court observes, firstly, that the present case can be distinguished from Agrotexim in one important way: the nature of the measures taken in the latter case, i.e. the prohibition to build and the institution of expropriation proceedings were such that it was the company itself which was the direct victim. In the present case, the measures complained of consisted of the cancellation of certain shares, including those belonging to the applicant; they were thus directly aimed at the applicant’s rights as a shareholder. Accordingly, it was the applicant’s rights protected by Article 1 of Protocol No. 1 which were directly affected. Moreover, in the Agrotexim case the measures complained of were to the detriment of the company, whereas in the present case their purpose was, on the contrary, to prevent the bank from becoming insolvent. Consequently, the bank was to benefit from them, whereas the applicant’s interests suffered.*”

280. HR 2 november 2007, NJ 2008, 5, m.nt. Ma (*Kessock/S.F.T. Bank NV*).

281. In deze zaak was Kessock (de directeur/grootaandeelhouder) eerst door de bank overgehaald om extra geld in de vennootschap te storten (in ruil voor een kwijtschelding van een deel van de schuld) en bevroor de bank de kredietlijn direct na ontvangst van het geld. Aldus handelde de bank in strijd handelend met de gerechtvaardigde verwachting van Kessock dat na een extra kapitaalstorting de bestaande kredietlijn niet zou worden bevroren, zo had Kessock in feitelijke instanties betoogd.

282. HR 2 november 2007, NJ 2008, 5, m.nt. Ma (*Kessock/S.F.T. Bank NV*).

283. Het Gemeenschappelijke Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba had de door Kessock gevorderde schade – de waardedaling van zijn aandelen – mijns inziens abusievelijk als afgeleide schade aangemerkt. Zie mijn bespreking van het *Kessock/S.F.T. Bank NV* (Schild 2007a).

284. Dezelfde situatie deed zich voor in HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 m.nt. Ma (*Kip/Rabobank*).

HOOFDSTUK 4

van zijn schade door een waardestijging van de aandelen na het te gelde maken van de vordering door de vennootschap weer in zijn vermogen kan zien vloeien ontstaat een samenloopprobleem. In dat geval ontvangt de aandeelhouder niet alleen rechtstreeks een vergoeding van zijn schade, maar profiteert hij daarnaast ook van de waardevermeerdering van zijn aandelen na ontvangst van de schadevergoeding door de vennootschap.

Het bovenstaande samenloopprobleem doet zich alleen voor in het geval de aandeelhouder die verhaal zoekt voor zijn eigen schade, nog steeds aandeelhouder in de vennootschap is. Vermoedelijk laat in een dergelijk geval dit samenloopprobleem zich veelal oplossen door de omvang van de vergoeding van de aandeelhouder pas vast te stellen nadat duidelijkheid zal bestaan over de vraag of en in welke omvang de vennootschap schadevergoeding zal ontvangen. Voor de begroting van de schade van de aandeelhouder is immers inzicht vereist in de mate waarin de vennootschap erin zal slagen compensatie te ontvangen. Het ligt voor de hand in een dergelijk geval zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de (voor crediteuren in een faillissementssituatie) geformuleerde regel uit het *Lunderstädt/De Kok*-arrest dat het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan meebrengen dat indien ook de curator, op grond van hetzelfde feitencomplex, een vordering uit onrechtmatige daad geldend maakt jegens de laedens, eerst op deze vordering en vervolgens pas op die van de individuele schuldeiser wordt beslist.²⁸⁵ Zulks brengt mee dat eerst de vordering die uit naam van de vennootschap is ingesteld zal moeten worden behandeld en de vordering van de aandeelhouder – althans de schadebegroting – zal moeten worden aangehouden tot de vordering van de vennootschap is afgewikkeld en de omvang van de schade van de aandeelhouder meer inzichtelijk is geworden.

De mogelijkheid dat zich samenloopproblemen kunnen voordoen, heeft in de literatuur de vraag opgeroepen of een schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm voldoende is voor het vestigen van aansprakelijkheid jegens de aandeelhouder of dat er dienaangaande nog aanvullende eisen (zouden moeten) gelden.²⁸⁶ Zo heeft bijvoorbeeld Kroeze in zijn proefschrift betoogd dat in afgeleide schade situaties aan de aandeelhouder het recht om schadevergoeding te vorderen dient te worden onthouden, indien daardoor sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van het vennootschapsrecht.²⁸⁷

285. Rov. 3.4.5.

286. Kroeze 2004, p. heeft in dit verband ervoor gepleit om als maatstaf te hanteren dat indien een vordering van de aandeelhouder het vennootschapsrecht op 'onaanvaardbare wijze doorkruist' deze de aandeelhouder dient te worden onthouden. Zie over de vraag of in het voorkomende geval wellicht nog een extra criterium nodig is – naast de eis dat een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden – teneinde samenloopproblemen te voorkomen ook vgl. Van Wijk 2008 en Veenstra 2008.

287. Kroeze 2004, p. 64-66.

Vooralsnog zie ik nog niet, in welke situaties een dergelijk aanvullend criterium uitkomst zou kunnen bieden. Maar aangenomen dat een zodanige situatie zich zou voordoen, dan kan in een dergelijk geval de vraag ontstaan in hoeverre art. 1 EP zich ertegen verzet dat aan de aandeelhouder – jegens wie alsdan een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden – het recht op schadevergoeding geheel of gedeeltelijk wordt onthouden. In een dergelijk geval is de aandeelhouder immers rechtstreeks in zijn vermogen aangetast door de laedens. Het aan de aandeelhouder onthouden van een recht om door hem zelfstandig geleden schade (die ook kan bestaan uit bijvoorbeeld het niet kunnen realiseren van een goede verkoopprijs voor zijn aandelen) te vorderen, betreft een inmenging op het ongestoorde genot van zijn eigendom.

Eenzijds is het vanuit het oogpunt van art. 1 EP bezien bezwaarlijk de aandeelhouder (gedeeltelijk) zijn aanspraak op schadevergoeding te ontzeggen, indien daar niet een voldoende draagkrachtige rechtvaardiging voor te vinden is.²⁸⁸ Anderzijds zal naar verwachting het EHRM begrip hebben voor de toepassing van een correctie-maatstaf – zoals de ‘onaanvaardbare doorkruising van het vennootschapsrecht’ zoals door Kroeze is voorgesteld – wanneer in de omstandigheden van het geval ook daadwerkelijk kan worden aangetoond dat de aandeelhouder geen vorderingsrecht dient toe te komen, aangezien dat tot onaanvaardbare consequenties aanleiding zou geven. In een dergelijk geval zal dan kunnen worden betoogd dat er een algemeen belang is dat de inmenging in het eigendomsrecht kan rechtvaardigen.²⁸⁹

In het licht van de mogelijkheden die er bestaan om samenloopproblemen op te lossen op een praktische wijze, komt het mij vooralsnog voor dat er in de praktijk geen behoefte bestaat aan een aanvullend criterium, naast het vereiste van de schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm. Wellicht echter dat ooit het tegendeel zal blijken, op welk moment ook de eisen die voortvloeien uit art. 1 EP actueel zullen worden.

4.3.4 De blokkeringsregeling

Een voorbeeld van regulering van eigendomsrechten geeft art. 2:195 lid 2 BW dat de vrije overdraagbaarheid van aandelen in een BV beperkt. Op grond van

288. Zo ook Veenstra 2008, die daarbij verwijst naar de overweging van de Hoge Raad in het *Lunderstädt/De Kok*-arrest (in rov. 3.4.4) dat de bevoegdheid van de curator om ten behoeve van door de gefailleerde benadeelde schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen de laedens, er niet aan in de weg staat dat die schuldeisers de aan hen toekomende vordering zelf in rechte geldend maken. Een andersluidend oordeel zou volgens de Hoge Raad een wettelijke grondslag vereisen, mede in verband met het bepaalde in art. 1 EP.

289. De wettelijke grondslag voor het aan de aandeelhouder onthouden van de mogelijkheid zelfstandig geleden schade te vorderen dient dan te worden gevonden in de redelijkheid en billijkheid als corrigerend mechanisme (6:2 BW).

HOOFDSTUK 4

deze bepaling dienen de statuten van een besloten vennootschap een blokkeringsregeling te bevatten. De blokkeringsregeling dient ofwel te bepalen dat voor een voorgenomen overdracht de goedkeuring van een orgaan van de vennootschap is vereist, ofwel dat de aandelen eerst dienen te worden aangeboden aan de overige aandeelhouders.²⁹⁰ De ‘flex-BV’ zal overigens geen verplichte blokkeringsregeling meer kennen.²⁹¹

Een blokkeringsregeling betreft een belemmering van het eigendomsrecht.²⁹² Kan deze inmenging worden gerechtvaardigd? In *Cesnieks t. Letland* heeft het EHRM overwogen dat een belemmering om een aandeel te kunnen overdragen²⁹³ in een *société commerciale*, weliswaar een inmenging betreft op het recht van eigendom van de aandeelhouder, maar in beginsel steeds zullen kunnen worden gerechtvaardigd vanwege het economische doel dat ermee wordt gediend (instandhouding van de vennootschap), tenzij sprake is van een willekeurige of onrechtvaardige benadeling van één groep van betrokkenen ten gunste van een andere groep.²⁹⁴

Over de Nederlandse regeling kan worden opgemerkt dat de wetgever heeft getracht de inmenging niet groter te laten zijn dan noodzakelijk voor het

290. Art. 2:195 leden 4 en 5 BW.

291. *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 49 & 50.

292. Men zou het aandeel in een besloten vennootschap ook als een recht kunnen beschouwen van eigen aard, waarbij uit de eigen aard reeds voortvloeit dat het aandeel niet vrij verhandelbaar is, zodat voor wat betreft de blokkeringsregeling niet van een ‘inmenging’ op het recht kan worden gesproken, maar blijktens hetgeen het EHRM heeft overwogen in EHRM 12 december 2002, appl. nr. 56400/00, JOR 2003, 224 m.nt. Vossetein (*Cesnieks t. Letland*), lijkt het EHRM deze opvatting niet te delen.

293. Dat was althans de context van de overweging. De overweging zelf refereert niet aan een blokkeringsregeling als zodanig: “*En revanche, la Cour estime que les dispositions de droit commercial imposant une gestion concertée du capital et restreignant la liberté d’action des détenteurs des parts sociales individuelles constituent une « réglementation de l’usage des biens. »*”

294. EHRM 12 december 2002, appl. nr. 56400/00, JOR 2003, 224 m.nt. Vossetein (*Cesnieks t. Letland*): “*La Cour relève que l’article 26 § 1 de la loi sur les sociétés coopératives laisse à chaque entreprise la possibilité de définir, dans ses statuts, les conditions et les modalités d’aliénation des parts de son capital, alors que l’article 34 de la loi sur les sociétés anonymes instaure un droit de préemption des actions au profit des coassociés et définit une procédure particulière à suivre à cet effet. La Cour rappelle que des dispositions similaires, ayant pour but de préserver la viabilité de l’entreprise et donc de protéger les droits des autres actionnaires, existent dans la plupart des Etats parties à la Convention. Indispensables à la vie en société sous un régime d’économie libérale, elles ne sauraient en principe être considérées comme contraires à l’article 1 du Protocole no 1 (voir Kind c. Allemagne (déc.), no 44324/98, 30 mars 2000, non publiée). Cependant, la Cour ne peut pas se dispenser de s’assurer qu’en réglementant les effets des rapports entre particuliers au sein d’une société commerciale, le législateur n’introduit pas entre eux un déséquilibre tel qu’il aboutirait à dépouiller arbitrairement et injustement une personne au profit d’une autre (voir, mutatis mutandis, Sporrong et Lönnroth c. Suède, arrêt du 23 septembre 1982, série A no 52, p. 26, § 69).”*

nagestreefde doel. Zo geldt op grond van art. 2:195 lid 8 BW dat een beperking van de overdraagbaarheid niet zodanig mag zijn dat een overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt. Voorts vereist art. 2:195 lid 4 BW dat een blokkeringsregeling erin voorziet dat indien het tot goedkeuring bevoegde orgaan de gevraagde goedkeuring weigert, deze verplicht is om opgave te doen van één of meer gegadigden die bereid zijn de aandelen waarop het verzoek om goedkeuring betrekking heeft tegen contante betaling te kopen, waarbij de aandeelhouder er recht op heeft de waarde te laten vaststellen door een onafhankelijke deskundige.²⁹⁵

Gelet op het voorgaande lijkt het vereiste dat de statuten een blokkeringsregeling dienen te bevatten niet disproportioneel te achten.²⁹⁶ Voeg daaraan toe de grote mate van vrijheid die de verdragsstaten toekomt het eigendom te reguleren, indien het algemeen belang dat vereist, en men kan slechts concluderen dat deze bepaling niet op gespannen voet staat met art. 1 EP.

4.3.5 De geschillenregeling

Op 1 januari 1989 is de geschillenregeling ingevoerd (artt. 2:335 – 343 BW). Deze heeft ten doel het *definitief* opheffen van een situatie waarin door tegenstellingen tussen aandeelhouders de samenwerking in de vennootschap onmogelijk is of dreigt te worden.²⁹⁷ De geschillenregeling is volgens de minister vooral van belang wanneer de tegenstellingen tussen aandeelhouders leiden tot verlamming van de besluitvorming binnen de vennootschap. Anders dan bij het enquêterecht gaat het bij de geschillenregeling om het doorbreken van een impasse door de gedwongen en definitieve verwijdering van aandeelhouders.²⁹⁸

295. Art. 2:195 lid 6 BW. Lid 5 geeft een vergelijkbare regeling voor het geval de statuten voorzien in een ‘aanbiedingsplicht’ in plaats van een goedkeuringsregeling.

296. Art. 2:195 lid 8 BW bepaalt dat een blokkeringsregeling niet zodanig mag zijn dat overdracht onmogelijk dan wel uiterst bezwaarlijk wordt.

297. *Kamerstukken II*, 1984/85, 18 904, nr. 3, p. 8.

298. De doelstellingen van de geschillenregeling en het enquêterecht kunnen overigens wel parallel lopen, zo blijkt uit de toelichting (*Kamerstukken II*, 1984/85, 18 904, nr. 3, p. 8): “*Er zijn dan ook gevallen denkbaar dat aandeelhouders zowel op grond van het enquêterecht als op grond van de geschillenregeling kunnen optreden. Deze samenloop levert geen bezwaar op. Het is in dit verband interessant te zien, dat in een aantal gevallen reeds toevlucht is gezocht en gevonden in de toepassing van het enquêterecht waar het probleem lag in onoverbrugbare tegenstellingen tussen aandeelhouders (...). Uit van de ondernemingskamer verkregen gegevens blijkt, dat de meeste enquêtezaken die bij deze kamer zijn aangebracht betrekking hebben op besloten vennootschappen, waarin de aandeelhouders/directeuren onenigheid hebben en waarin de enige goede oplossing om aan de moeilijkheden een einde te maken is gelegen in een overdracht van aandelen. In vele gevallen kon als resultaat van de bemoeiingen van de ondernemingskamer een dergelijke overdracht tot stand worden gebracht, doch de ondernemingskamer kan deze thans niet dwingend voorschrijven. In →*

HOOFDSTUK 4

Op grond van art. 2:336 lid 1 BW kan een aandeelhouder die alleen of met anderen ten minste één derde van het geplaatste kapitaal aan aandelen houdt, een vordering tot uitstoting jegens een andere aandeelhouder instellen indien die aandeelhouder door zijn gedraging het belang van de vennootschap zodanig schaadt dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld.²⁹⁹ Een aandeelhouder kan op grond van de geschillenregeling ook verlangen dat zijn aandelen worden overgenomen door de overige aandeelhouder(s), indien het voorzitten van zijn aandeelhouderschap niet redelijkerwijze kan worden gevegd.³⁰⁰

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een uitstoting niet in strijd is met art. 1 EP.³⁰¹ Daarbij heeft Hoge Raad overwogen dat het voortduren van permanente conflictsituaties in kapitaalvennootschappen zozeer in strijd kan komen met het algemeen belang dat verbonden is aan een goed functionerend bedrijfsleven, dat de wetgever op goede gronden van oordeel kon zijn dat de geschillenregeling noodzakelijk was *in the general interest*. Het belang bij ongestoord aandelenbezit van de aandeelhouder ‘die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld’ moet wijken voor het overeenkomstige belang van de andere aandeelhouder(s), aldus de Hoge Raad.³⁰² Voorts wijst de Hoge Raad erop dat de geschillenregeling met een tweetal essentiële waarborgen is omkleed. In de eerste plaats moet een (onafhankelijke) rechter vaststellen dat van de hiervoor genoemde, aan de aandeelhouder toe te rekenen gedragingen sprake is. In de tweede plaats dient aan de aandeelhouder de na deskundigenbericht door de rechter vastgestelde waarde van de aandelen te worden vergoed.

bepaalde zaken heeft de weigering van partijen aan een overdracht mee te werken ertoe geleid dat de ondernemingskamer de rechtspersoon heeft moeten ontbinden. De voorgestelde regeling valt in drie onderdelen uiteen, namelijk een regeling van de gedwongen overdracht van aandelen door een aandeelhouder die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld, een regeling van gedwongen overname van aandelen van een aandeelhouder die door gedragingen van een of meer mede-aandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevegd en voorts is een regeling van gedwongen overgang van stemrecht op aandelen opgenomen ingeval er stemgerechtigde vruchtgebruikers en pandhouders van aandelen zijn.”

299. Op grond van art. art. 2:342 BW kan voorts van pandhouders en vruchtgebruikers die stemrechten kunnen uitoefenen worden verlangd dat zij deze overdragen.

300. Art. 2:343 BW.

301. HR 8 december 1993, NJ 1994, 273 (*Van den Berg*). A-G Van Soest gaat in zijn conclusie voor dit arrest uitvoerig in op de verhouding van de uitkoopregeling tot art. 1 EP. Zie voorts Bulten 2011, p. 40-41.

302. Rov. 4.2.

In het licht van de grote mate van vrijheid die het EHRM de wetgever gunt bij het bepalen van hetgeen in het algemeen belang moet worden geacht, de ruime marge die de verdragsstaten wordt gegund bij de vraag of sprake is van een *fair balance* en ten slotte de rechtswaarborgen die de geschillenregeling kent, valt weinig af te dingen op het oordeel van de Hoge Raad.³⁰³

Een nog niet definitief beantwoord punt betreft de vraag of de geschillenregeling in een kort geding-procedure analoog valt toe te passen. De meningen in de literatuur zijn hierover verdeeld.³⁰⁴ Een vraag die zich in dat verband voordoet is of een analoge toepassing van de geschillenregeling niet zodanig afbreuk doet aan de rechtsbeschermingsmogelijkheden dat zich de situatie kan voordoen dat Nederland tegen een veroordeling in Straatsburg zou kunnen aanlopen vanwege het schenden van de positieve verplichting om onder art. 1 EP te voorzien in een adequate rechtsbescherming. Het kwetsbare punt in deze is de omstandigheid dat de geschillenregeling dwingendrechtelijke voorschriften kent, die in een kort geding-procedure worden omzeild. Zo geldt in de reguliere geschillenregeling bijvoorbeeld het verbod om het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

Het komt mij echter voor dat het belang om in spoedeisende gevallen snel te kunnen handelen, een werkwijze kan rechtvaardigen waarbij de wettelijke bepalingen met betrekking tot de geschillenregeling zoveel als mogelijk van toepassing worden geacht en slechts buiten toepassing worden gelaten indien de vereiste spoed daar in de weg aan staat. Het patroon in de jurisprudentie van het EHRM lijkt er met name op te zijn gericht burgers te beschermen tegen een willekeurige uitoefening van bevoegdheden door organen, of een wijze van uitoefening die redelijkerwijs niet voorzienbaar was. Tegen deze achtergrond ligt het niet voor de hand dat het EHRM een analoge toepassing van de

303. Op de huidige geschillenregeling bestaat veel kritiek, hetgeen ook door de wetgever is onderkend, zie *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 17. Het wetsvoorstel Flexibilisering van het BV-recht voorziet in een ingrijpende wijziging van de bestaande procedure, waarbij met name een versnelling van de bestaande procedure is beoogd. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in de introductie van een vereenvoudigde procedure voor gevallen waarin partijen het alleen nog oneens zijn over de hoogte van de prijs die voor de aandelen moet worden betaald, welke regeling zal worden opgenomen in art. 2:343c BW. Zie Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 700. Het wetsvoorstel Flexibilisering van het BV-recht omvat geen voorstellen met betrekking tot de geschillenregeling die op gespannen voet staan met de positieve verplichtingen die voortvloeien uit art. 1 EP.

304. Zie voor een overzicht Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 724. Voor een uitvoerige bespreking van dit onderwerp, zie de dissertatie van Bulten (2011) p. 341 e.v. Bulten pleit voor de introductie in het enquêterecht van de voorziening tot een gedwongen (definitieve) overdracht van aandelen, waarbij zij ook ingaat op de eisen die voortvloeien uit art. 6 EVRM en art. 1 EP. Zie Bulten 2011, p. 321. Het wetsvoorstel tot herziening van het enquêterecht voorziet niet in de introductie van deze mogelijkheid. Schouten (2009, p. 531) heeft terecht erop gewezen dat het enquêterecht in de huidige opzet vanuit het oogpunt van art. 1 EP niet voorziet in voldoende rechtswaarborgen waar het gaat om het uitstoten van aandeelhouders. Zo ontbreekt een prijsbepaling van de aandelen door deskundigen.

HOOFDSTUK 4

geschillenregeling in kort geding in uitzonderlijke situaties zal aanmerken als een uitoefening van staatsmacht zonder dat daarvoor een voldoende specifieke wettelijke grondslag bestaat. De gedachte dat de kort geding-rechter daartoe niet bevoegd zou zijn, berust naar de kern genomen op de opvatting dat daarmee sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van de reguliere geschillenregeling. Zolang een analoge toepassing van de geschillenregeling in kort geding zich zal beperken tot duidelijke spoedgevallen, is daarvan geen sprake. Er is dan geen conflicterend, maar een complementair systeem van rechtsbescherming. Aandeelhouders kunnen daarmee rekening houden. De eisen van *precision*, *foreseeability* en *accessibility* zijn verder niet in het geding. Cruciaal is mijns inziens met name dat de betrokken aandeelhouder(s) de prijs voor hun aandelen op een *faire* wijze zien worden bepaald.

4.3.6 De uitkoopregeling

Een – of wellicht beter *het* – voorbeeld van ontneming van eigendom vormt de uitkoopprocedure.³⁰⁵ De artikelen 2:92a en 2:201a BW bepalen dat een houder van ten minste 95% van het geplaatste aandelenkapitaal, het recht heeft de minderheidsaandeelhouders uit te kopen.³⁰⁶ Blijkens de wetsgeschiedenis heeft de wetgever dit recht aan de meerderheidsaandeelhouder gegeven, omdat in dergelijke gevallen het belang van de minderheidsaandeelhouders niet opweegt tegen het belang van de meerderheidsaandeelhouder bij voortdurende belast te blijven met de aanwezigheid van de minderheidsaandeelhouders.³⁰⁷ De aanwezigheid van de minderheidsaandeelhouders kan bijvoorbeeld een gewenste vennootschappelijke integratie belemmeren en de vorming van een fiscale eenheid belemmeren.³⁰⁸ Omgekeerd geldt dat aandeelhouders met een pakket

305. Zie over de uitkoopprocedure uitgebreid Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nrs. 678 tot en met 698.

306. Ter implementatie van de dertiende EG-richtlijn (Richtlijn 2004/25/EG) zijn in 2007 de artikelen 2:359c en 2:359d ingevoerd. Deze bepalingen strekken ertoe minderheidsaandeelhouders te kunnen uitkopen na een openbaar bod. De procedure die in deze bepalingen is op hoofdlijnen dezelfde als voorgeschreven in 'reguliere' uitkoopprocedure. Bijzonder is wel dat ook certificaten kunnen worden uitgekocht na een openbaar bod.

307. *Kamerstukken I*, 1987/88, 18 904, nr. 41a, p. 1.

308. De aanwezigheid van minderheidsaandeelhouders vereist ook dat het bestuur bij voortdurende het belang van de minderheidsaandeelhouder in het beleid betreft. Ten opzichte van minderheidsaandeelhouders geldt volgens de Hoge Raad onder omstandigheden een speciale zorgvuldigheidsplicht, zie HR 1 maart 2002, NJ 2002, 296 (*Zwagerman beheer*), rov. 3.4. Ook bemoeilijkt de aanwezigheid van de minderheidsaandeelhouders bijv. het aangaan van een fiscale eenheid of het uitvoeren van een fusie.

van minder dan 5% niet op grond van de uitkoopregeling van de meerderheidsaandeelhouder mogen verlangen dat hij hen uitkoopt.³⁰⁹

De Hoge Raad heeft over de uitkoopregeling in algemene zin overwogen dat deze niet in strijd is met het bepaalde in art. 1 EP.³¹⁰ In gelijke zin heeft de Ondernemingskamer een betoog dat art. 2:92a BW onverbindend is omdat het artikel onverenigbaar zou zijn met art. 1 EP verworpen.³¹¹ Ook de wetgever kende geen twijfels over de verenigbaarheid van de uitkoopprocedure met art. 1 EP.³¹²

Op zichzelf beschouwd is de uitkoopregeling ook zonder meer verenigbaar te achten met art. 1 EP. In de eerste plaats is er een duidelijk algemeen belang aanwijsbaar. Het voortgezet aandeelhouderschap van een zeer kleine minderheid van aandeelhouders in kapitaalvennootschappen kan zozeer in strijd komen met het algemeen belang dat verbonden is aan een goed functionerende vennootschap en in meer algemene zin een goed functionerend bedrijfsleven, dat de wetgever op redelijke gronden de uitkoopregeling als noodzakelijk *in the*

309. Vgl. HvJ EG 15 oktober 2009, zaak C-101/08, NJ 2010, 81 m.nt. Mok (*Audiolux SA*), punt 37 e.v. waarin is overwogen dat – samengevat weergegeven – het gemeenschapsrecht geen algemeen rechtsbeginsel kent volgens hetwelk minderheidsaandeelhouders worden beschermd door de verplichting van de meerderheidsaandeelhouder die de zeggenschap over een vennootschap verkrijgt of uitoefent, om een bod op hun aandelen uit te brengen tegen dezelfde voorwaarden als overeengekomen bij de verwerving van de deelneming die de meerderheidsaandeelhouder de zeggenschap verschafft of deze zeggenschap versterkt.

310. HR 14 september 2007, NJ 2007, 610 m.nt. Ma onder NJ 2007, 612 en JOR 2007, 237 m.nt. B.F. Assink (*Versatel I*), rov. 4.4: “De regeling van art. 2:92a en 2:201a BW, die voorziet in een eenvoudige procedure om minderheidsaandeelhouders uit te kopen is, naar ook in het middel wordt erkend, niet in strijd met het bepaalde in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en in art. 14 EVRM.” In HR 11 september 1996, NJ 1996, 176 kwam de Hoge Raad niet toe aan de beantwoording van deze vraag, aangezien de klacht daarover pas bij pleidooi (bij de Hoge Raad) was opgeworpen. Zie daarover de conclusie van A-G Mok voor dit arrest. Een klacht over deze uitspraak in Straatsburg werd niet ontvankelijk verklaard, nu niet door verzoekers was betwist dat de prijsbepaling zoals bevolen door de Ondernemingskamer niet redelijk was, uitspraak van de commissie van 16 januari 2001, appl. nr. 35730/97 (*Offerhaus & Offerhaus t. Nederland*).

311. Hof Amsterdam (OK), 13 april 2010, JOR 2010, 184 m.nt. Leijten (*Getronics*).

312. De wetgever heeft de uitkoopregeling niet in strijd geacht met het recht op eigendom. *Kamerstukken II*, 18 904, nr 15, p. 1: “In het bijzonder in het rechtspersonen- en vennootschapsrecht is gedwongen afstand van eigendom niet ongewoon. Naar gelang het lidmaatschaps- of maatschapskarakter van de rechtsbetrekking overweegt boven het vermogensrechtelijke karakter daarvan, gaan de mogelijkheden tot gedwongen afstand verder en speelt vergoeding van het nadeel een minder grote rol; men denke aan de regels voor het opzeggen van het lidmaatschap van een coöperatie. Naar mate het vermogensrechtelijke karakter sterker is, speelt de persoon van de deelnemer een minder grote rol: in naamloze en besloten vennootschappen zijn de aandelen in beginsel overdraagbaar en moeten de deelnemers in beginsel gelijk worden behandeld. Hiermee strookt dat in dit wetsvoorstel geen uitkoop wordt toegestaan, wanneer niet alle minderheidsaandeelhouders worden uitgekocht en dat volledige vergoeding bij de gedwongen afstand zorgvuldig wordt gewaarborgd.”

general interest heeft kunnen achten.³¹³ De commissie heeft in de *Bramelid t. Zweden*-uitspraak ook buiten twijfel gesteld dat van een aandeelhouder in beginsel onder omstandigheden verlangd mag worden dat hij zijn aandeelhouderschap opgeeft.

Ook de *lawfulness*-test geeft in deze geen belemmeringen in het licht van de wettelijke basis die de uitkoopregeling in Boek 2 heeft. Ten slotte resteert de vraag of de uitkoopregeling voorziet in een *fair balance*.

Bij de vraag of sprake is van de onder art. 1 EP geëiste *fair balance*, zal doorgaans de hoogte van de verstrekte vergoeding doorslaggevend zijn. Een klacht daarover in Straatsburg zal niet het gevolg kunnen hebben dat opnieuw de waarde van de aandelen zal worden onderzocht door het EHRM. Het EHRM zal slechts bezien of de wijze waarop de waarde van de aandelen is bepaald in de nationale procedure zodanige gebreken vertoont dat de staat niet heeft voldaan aan zijn positieve verplichtingen die voortvloeien uit art. 1 EP. Gelet op de *margin of appreciation* die het EHRM de verdragsstaten gunt, dient er iets serieus mis te zijn gegaan in de wijze waarop de waarde van de aandelen zijn bepaald wil een klacht gegrond worden bevonden.³¹⁴ Wanneer dat niet aannemelijk kan worden gemaakt, zal al spoedig een niet ontvankelijk verklaring dreigen.³¹⁵

Nu sprake is van een ontneming van eigendom, hanteert het EHRM als uitgangspunt – zoals reeds toegelicht in paragraaf 4.2.4.4 – dat wil sprake zijn van een *fair balance* in beginsel recht moet bestaan op een markconforme vergoeding. De wettekst laat zich niet expliciet uit over de hoogte van de vergoeding die moet worden verstrekt. De Ondernemingskamer pleegt uit te gaan van de waarde in het economisch verkeer, hetgeen inhoudt de waarde die de hoogste bieder ervoor zou betalen bij verkoop van de aandelen op de daarvoor meest geschikte wijze met de beste voorbereiding.³¹⁶ De rechter kan ook drie deskundigen vragen te berichten over de prijs van de aandelen.

Wanneer een aandeel op de beurs wordt verhandeld, wordt aangesloten bij een actuele of recente beurskoers.³¹⁷ Bij een uitkoopprocedure na een openbaar bod zal doorgaans aangesloten kunnen worden bij de vergoeding die onder het bod is geboden. De Ondernemingskamer beziet in een dergelijk geval of er geen reden is de prijs aan te passen.³¹⁸ In de praktijk wil daarbij nog wel eens gewerkt worden met *fairness opinions*. Vanuit het oogpunt van art. 1 EP is het wenselijk dat een dergelijke *fairness opinion* niet op een zodanige wijze tot

313. Vgl. HR 8 december 1993, NJ 1994, 273 (*Van den Berg*), rov. 4.2.

314. EHRM 8 juli 1986, appl. nr. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

315. Vgl. de uitspraak van de commissie van 16 januari 2001, appl. nr. 35730/97 (*Offerhaus & Offerhaus t. Nederland*).

316. Zie Salemink 2011, p. 185.

317. Salemink 2011, p. 185.

318. Zie over deze eisen Salemink 2011, p. 186.

stand is gekomen dat de indruk kan ontstaan dat deze met name het oordeel van de meerderheidsaandeelhouder reflecteert over de *fairness* van de prijs.³¹⁹

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat zolang een uitkoopprocedure conform de wettelijke waarborgen – waaronder begrepen een adequate rechterlijke controle op *fairness* voor wat betreft de prijs – wordt uitgevoerd, een aandeelhouder zich niet met succes op art. 1 EP zal kunnen beroepen.³²⁰

4.3.7 De fusieregeling

Rechtspersonen kunnen fuseren met andere rechtspersonen van dezelfde rechtsvorm.³²¹ Ten gevolge van een fusie houdt de verdwijnende vennootschap op te bestaan. Uitgangspunt in de wettelijke regeling is dat de aandeelhouders van een verdwijnende BV of NV aandelen in de verkrijgende vennootschap verwerven.³²² Het voorstel tot fusie moet de ruilverhouding van de aandelen vermelden en de gehanteerde waarderingsmethode toelichten.³²³ Een accountant dient te verklaren dat de voorgestelde ruilverhouding en waarderingsmethode redelijk zijn.³²⁴

Bij de beoordeling van de vraag of een aandeelhouder die zijn aandelen ziet verdwijnen ten gevolge van een fusie, met succes een beroep zal kunnen doen op art. 1 EP dient tevens te worden meegewogen in hoeverre de desbetreffende aandeelhouder zich in rechte zal (hebben) kunnen verzetten.³²⁵ Een aandeelhouder van ten minste 10% van het geplaatste kapitaal (2:346 BW) kan de

319. Vgl. Hof Amsterdam 27 september 2007, JOR 2008, 12 m.nt. Brink (*Seagull Holding*): “3.7. Lettend op de inhoud van deze stukken, deze mede in onderling verband en samenhang bezien, en op de omstandigheden dat het openbare bod op grote schaal is aanvaard – op de dag van de gestanddoening van het bod waren 9.138.570 aandelen aangemeld –, dat tussen de dag van het uitbrengen van het bod en heden slechts korte tijd is verstreken, terwijl er geen redenen zijn om te veronderstellen dat de waarde van de aandelen in de vennootschap sinds het openbare bod in opwaartse zin wijziging heeft ondergaan en dat door de enige bekende, in persoon gedagvaarde aandeelhouder tegen de vordering geen verweer is gevoerd, acht de Ondernemingskamer zich voldoende voorgelicht om te kunnen vaststellen dat het gerechtvaardigd is om de prijs van de over te dragen aandelen vast te stellen op € 4,33 en wel per heden. Daaraan doet in dit geval – gelet op de overige gegevens aangaande de waarde van de aandelen – niet af dat America’s Growth Capital LLC dat de in 3.6 vermelde *fairness opinion* heeft gegeven reeds voordien als financieel adviseur ten behoeve van de vennootschap werkzaamheden verrichtte, hetgeen in het algemeen als minder wenselijk is te beschouwen.”

320. Hetgeen blijktens EHRM 24 oktober 1986, appl. nr. 9118/80 (*Agosi t. het Verenigd Koninkrijk*) in de beoordeling mag worden betrokken bij de vraag of een inbreuk proportioneel is.

321. Art. 2:310 lid 1 BW. Zie het vierde lid van dit artikel voor een uitzondering op deze regel.

322. Zo bepaalt art. 2:311 lid 2 BW.

323. Art. 2:326 en 2:327 BW.

324. Art. 2:328 leden 1 en 2 BW.

325. EHRM 24 oktober 1986, appl. nr. 9118/80 (*Agosi t. het Verenigd Koninkrijk*).

HOOFDSTUK 4

Ondernemingskamer verzoeken een enquêteprocedure te gelasten. Tevens kan hij de Ondernemingskamer vragen een onmiddellijke voorziening te treffen (2:349a BW) en bijvoorbeeld vragen het bestuur te verbieden uitvoering te geven aan de voorgenomen fusie.³²⁶ Een dergelijk verzoek kan ook aan de voorzieningenrechter in kort geding worden voorgelegd.³²⁷ Na de totstandkoming van de fusie kan nog getracht worden de fusie te vernietigen, maar dat is slechts mogelijk op de limitatief in art. 2:323 lid 1 BW opgesomde gronden.

De mogelijkheid dat vennootschappen kunnen fuseren dient het algemeen belang. Daarbij heeft de wetgever bij het ontwerpen van de fusieregeling rekening gehouden met de belangen van derden en de aandeelhouders. In bijzondere omstandigheden kunnen relevant zijn de grenzen van hetgeen nog toelaatbaar is in het licht het bepaalde in art. 1 EP in beeld komen. Bijvoorbeeld indien de fusieregeling wordt gebruikt om minderheidsaandeelhouders uit de vennootschap te stoten. De fusieregeling kan daartoe op twee wijzen worden ingezet. In de volgende paragrafen wordt daarbij stil gestaan.

4.3.7.1 Uitstoting van een minderheidsbelang door verwatering

In de eerste plaats kan door middel van een fusie een procentueel belang van de minderheidsaandeelhouders worden verminderd.³²⁸ De handelwijze daarbij is als volgt.

De meerderheidsaandeelhouder laat de vennootschap, waarin ook andere aandeelhouders een minderheid van de aandelen houden, fuseren met een andere vennootschap binnen de groep.³²⁹ De fusie wordt zo opgezet dat op grond van de ruilverhouding die geldt voor de aandelen in de verdwijnende en de verkrijgende vennootschap, de minderheidsaandeelhouders gezamenlijk een belang van minder dan 5% krijgen in de verkrijgende vennootschap (of een andere vennootschap, in geval van een driehoeksfusie). Dit kan door de vennootschap te laten fuseren met een vennootschap met een veel groter balanstotaal. Vervolgens kan de uitkoopprocedure worden toegepast.

Deze wijze van uitstoting is met name interessant voor een partij die na het uitbrengen van een openbaar bod 100% van de aandelen wenst te verwerven, ook wanneer hij na gestanddoening van zijn bod minder dan 95% van de aandelen zal hebben verworven. Ook in het geval meer dan 5% van de aandelen

326. Zie bijvoorbeeld OK 24 maart 2006, JOR 2006, 98.

327. De aangewezen weg voor aandeelhouders met een belang van minder dan 10%. Een bodemprocedure is hier minder zinvol. Na voltooiing kan een fusie nog slechts op een beperkt aantal gronden – genoemd in art. 2:323 lid 1 BW – ongedaan worden gemaakt.

328. Dit was hetgeen Tele2 aankondigde te overwegen in het biedingsbericht, bij het uitbrengen van haar bod op de aandelen Versatel.

329. Voor een besluit tot fusie eist de wet niet een gekwalificeerde meerderheid, maar dezelfde meerderheid die is vereist voor wijziging van de statuten (art. 2:317 lid 3 BW).

niet wordt aangeboden, zal hij langs deze weg alsnog alle aandelen kunnen verwerven van de over te nemen vennootschap.

In hoeverre verdraagt een dergelijke handelwijze zich met art. 1 EP? Bij het beantwoorden van die vraag is van belang voorop te stellen dat de wetgever niet categorisch heeft willen uitsluiten dat belangen van meer dan 5% zouden kunnen worden uitgestoten.³³⁰ Blijkens de wetsgeschiedenis van de uitkoopregeling heeft de wetgever bij belangen van 95% of meer het belang van de meerderheidsaandeelhouder altijd voorrang willen geven boven het belang van de minderheidsaandeelhouder.³³¹ Bij een minderheidsbelang dat groter is dan 5% heeft de wetgever het aan de rechter willen overlaten de belangen te wegen in het licht van de concrete omstandigheden van het geval.³³² De enkele wens van de meerderheidsaandeelhouder om de minderheidsaandeelhouders uit te stoten is in een dergelijk geval op zichzelf legitiem, maar – anders dan wanneer de meerderheidsaandeelhouder meer dan 95% van de aandelen houdt – niet doorslaggevend.

Anderzijds geldt voor een minderheidsaandeelhouder dat hij rekening dient te houden “[m]et de mogelijkheid dat de vennootschap een gedaanteverwisseling kan ondergaan door fusie, splitsing of omzetting (...) wanneer hij tot de aankoop van een minderheidspakket overgaat of een minderheidsbelang aanhoudt”, zo heeft de wetgever overwogen in het wetsvoorstel inzake implementatie van de 13^{de} richtlijn (openbaar bod).³³³ Een minderheidsaandeelhouder kan er derhalve ook niet op vertrouwen dat indien hij een pakket heeft – al dan niet met andere aandeelhouders – dat een grootte vertegenwoordigt van meer dan 5%, zijn aandelenbezit ‘veilig’ is.

Het zal aan de rechter zijn om te beoordelen of in de concrete omstandigheden van het geval een aandeelhouder die eerst een minderheidspakket tot onder de 5% grens brengt door middel van een fusie, alvorens het pakket uit te kopen, in strijd handelt met de redelijkheid en billijkheid die hij als aandeelhouder in acht heeft te nemen jegens de minderheidsaandeelhouder(s).³³⁴

In het geschil rondom Versatel heeft de Hoge Raad het verwateren van het minderheidsbelang (door middel van een driehoeksfusie), gevolgd door een uitkoopprocedure toelaatbaar geacht. Daarbij speelde mee dat Tele2 in het biedingsbericht had aangekondigd de aandeelhouders die niet op het openbare bod van Tele2 zouden reflecteren na gestanddoening van het bod uit de vennootschap te willen stoten door middel van een fusie, gevolgd door

330. *Kamerstukken II*, 1988/89, 18 904, nr 15, p. 1. *Kamerstukken I*, 1988/89, 18 904, Handelingen, 1 maart 1988, 16-494.

331. De artt. 2:92a en 2:201a BW bevatten enige uitzonderingen (limitatief).

332. *Kamerstukken I*, 18 904, nr. 41a, p. 1.

333. *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 419, nr. 8, p. 17.

334. Op grond van art. 2:8 BW.

HOOFDSTUK 4

toepassing van de uitkoopregeling.³³⁵ De aandeelhouders hebben deze informatie kunnen meewegen bij hun besluit om hun aandelen al dan niet aan te bieden. Voorts was van belang dat er voor Tele2 een fiscale noodzaak bestond om tot uitstoting van de minderheidsaandeelhouders te komen.³³⁶

De eisen van redelijkheid en billijkheid beslissen in deze dus of een combinatie van een fusie gevolgd door een uitkoopprocedure mag worden toegepast. Voor inspiratie voor het invullen van deze norm zou verder bijvoorbeeld naar het Amerikaanse recht kunnen worden gekeken.³³⁷ Daar geldt bij vergelijkbare geschillen over fusies volgens vaste jurisprudentie de maatstaf van *intrinsic fairness*.³³⁸ In de maatstaf van *intrinsic fairness* worden wel twee aspecten onderscheiden: *fair dealing* en *fair price*.³³⁹ Bij de beoordeling van de vraag of een *cash out merger* geoorloofd is, wordt verder gelet op onder meer de wijze waarop de transactie tot stand is gekomen, de wijze waarop die aangekondigd en/of uitonderhandeld is en de gerechtvaardigde verwachtingen van belanghebbenden.³⁴⁰

De Nederlandse wetgever vertrouwt in deze op de rechter om in concrete situaties de belangen van de minderheidsaandeelhouders te waarborgen. Blijkens deze keuze heeft de wetgever het in het algemeen belang geacht dat die belangen voorrang krijgen die in het voorkomende geval het zwaarst wegen.

Het als het ware delegeren van een dergelijke waarborg aan de rechter is op zich niet in strijd met het *lawfulness*-vereiste. De waarborgen die een verdragsstaat gehouden is te implementeren teneinde zijn onderdanen op een adequate wijze te beschermen tegen ongerechtvaardigde inmengingen op hun eigendomsrechten behoeven niet steeds wettelijke waarborgen te zijn. De wetgever mag dit ook deels aan de rechter overlaten.³⁴¹ Het gaat het EHRM slechts om het uiteindelijk in het concrete geval bereikte resultaat. Als de rechter – conform de wens van de wetgever – bij pogingen belangen uit te stoten van meer dan 5%

335. Zo was ook het geval in rechtbank Amsterdam 11 juni 1999, JOR 1999, 174 m.nt. Van Solinge, waarin een aandeelhouder (Leyinvest) zich in kort geding verzette tegen de fusie van Vendex en KBB.

336. HR 14 september 2007, NJ 2007, 610 m.nt. Ma onder NJ 2007, 612, JOR 2007, 237, m.nt. Assink (*Versatel*), rov. 4.3.

337. Alexander 2007, p. 194.

338. De fusieregeling in de Verenigde Staten wijkt in zoverre af van de Nederlandse fusieregeling dat in de Verenigde Staten aandeelhouders in de verdwijnende vennootschap ook alleen een vergoeding in geld mag worden aangeboden (een zogenoemde “cash out merger”). Na bijvoorbeeld een openbaar bod kunnen aldus de aandeelhouders die niet hebben geaccepteerd worden uitgekocht. Aandeelhouders komt in dergelijke gevallen ook het recht toe de waarde van de aandelen te laten vaststellen door deskundigen (een zogenoemd appraisal right). Over oneigenlijke *cash out merger* constructies naar Nederlands recht, zie Kosters 2011.

339. *Weinberger v. UOP, Inc* (Del, 1983), 457 A.2d 701, waarover uitvoerig Assink 2007, p. 246 e.v.

340. In het Amerikaanse recht is reeds veel geprocedeerd over de “intrinsic fairness” maatstaf.

341. EHRM 24 oktober 1986, appl. nr. 9118/80 (*Agosi t. het Verenigd Koninkrijk*).

op een adequate rechtsbescherming weet te bieden door de op het spel staande belangen af te wegen, is dat voldoende.

Nu niet valt in te zien hoe het *lawfulness*-vereiste dan wel de *general interest*-test in deze een belemmering zou kunnen opwerpen, zal een minderheidsaandeelhouder – na eerst zijn rechtsmiddelen in Nederland te hebben uitgeput – in Straatsburg zijn pijlen moeten richten op het ontbreken van een *fair balance*. Zoals in het voorgaande aangegeven, zijn daarbij de omstandigheden van het geval bepalend en wordt de verdragsstaten doorgaans een ruime *margin of appreciation* gelaten.

Het voorgaande samenvattend: art. 1 EP noopt niet tot een zodanige uitleg van de uitkoopregeling, dat deze regeling niet op voorhand in combinatie met de fusieregeling zou mogen worden gebruikt om aandeelhouders uit de vennootschap te stoten.³⁴² Art. 1 EP staat er niet aan in de weg dat de wetgever de bescherming van de belangen van de minderheidsaandeelhouders voor een deel aan de rechter overlaat. Het is aan de rechter deze belangen adequaat te waarborgen. Het bereikte resultaat zal een toetsing op *fairness* moeten kunnen doorstaan.

4.3.7.2 De uitstoting van een minderheidsbelang door een fusie

Naast de mogelijkheid om een aandelenbelang door middel van een fusie te doen verwateren, om het vervolgens te kunnen uitkopen, is het technisch soms mogelijk een fusie zodanig in te kleden dat de minderheidsaandeelhouders geen nieuwe aandelen verwerven. Dit doet men door een nominale waarde te kiezen voor de aandelen van de verkrijgende vennootschap die zo hoog is dat er voor aandeelhouders die slechts een klein belang houden, geen recht meer bestaat op een nieuw aandeel. Op een dergelijke wijze heeft bijvoorbeeld Shell getracht zich van minderheidsaandeelhouders te ontdoen.³⁴³ Het maatschappelijk kapitaal van Shell Petroleum N.V. werd daartoe voor een fusie gewijzigd naar 36 aandelen in nominale waarde variërend van EUR 100.000,- tot EUR 100.000.000, met het voornemen tot een verdere verhoging van het maatschappelijk kapitaal en de nominale waarde aandelen.³⁴⁴

Het op deze wijze inzetten van de fusieregeling om zich te ontdoen van minderheidsaandeelhouders is door de Ondernemingskamer niet geoorloofd

342. Tot deze conclusie kwam ook de Ondernemingskamer haar beschikking van 27 september 2005, JOR 2005, 272 (*Centaurus/Tele2*) inzake het openbare bod op Versatel.

343. Zie hof Amsterdam (OK) 20 december 2007, JOR 2008, 36 van der Korst. Zie over deze uitspraak uitgebreid Berendsen & Van Thiel 2008.

344. Na verzet van de minderheidsaandeelhouders is afgesproken onder bemiddeling van de Ondernemingskamer dat de procedure wordt voortgezet als ware het een uitkoopprocedure. Hof Amsterdam (OK) 13 december 2005, JOR 2006, 64. Zie ook de uitspraak van Hof Amsterdam (OK) 20 december 2007, NJ 1998, 466, waarin de handelwijze van Shell in strijd met de redelijkheid en billijkheid werd geacht.

HOOFDSTUK 4

geacht.³⁴⁵ Na aldus te hebben geoordeeld hebben partijen overeenstemming bereikt de procedure voort te zetten als een uitkoopprocedure in de zin van art. 2:92c BW.³⁴⁶

Een dergelijke handelwijze overschrijdt ook de grenzen die art. 1 EP stelt. De wetgever heeft uitdrukkelijk niet gewild dat bij een fusie aandeelhouders alleen geld in ruil voor hun aandelen zouden kunnen ontvangen.³⁴⁷ Uitgangspunt in de wettelijke regeling is dat de aandeelhouders van een verdwijnende BV of NV aandelen in de verkrijgende vennootschap krijgen. Art. 2:325 lid 2 BW bepaalt dat het gezamenlijke bedrag dat bij een fusie mag worden uitbetaald niet meer dan een tiende van het bedrag van de nominale waarde van de nieuw toegekende aandelen mag bedragen.³⁴⁸ De in de Verenigde Staten gangbare *cash-out merger* heeft de wetgever dus juist niet mogelijk willen maken.³⁴⁹ Indien men met het oog op een fusie de nominale waarde van de nieuw uit te geven aandelen zo kiest dat aandeelhouders met kleine belangen geen recht hebben op nieuwe aandelen, handelt men in strijd met de geest van de wet.

Er is nog een ander punt. De uitkoopregeling voorziet in waarborgen voor de minderheidsaandeelhouders voor de vaststelling van de prijs voor de over te nemen aandelen. De rechter kan een deskundige benoemen om de prijs vast te stellen. Deze waarborg is ook in het licht van de jurisprudentie van het EHRM niet zonder betekenis.³⁵⁰ Zoals hiervoor aangegeven, stelt het EHRM bij de ontneming van eigendom hoge eisen aan de mate waarin en de wijze waarop een rechthebbende wordt gecompenseerd. Daarmee verdraagt zich slecht dat een aandeelhouder – die vanwege een met opzet geconstrueerde hoge nominale waarde van aandelen geen recht heeft op een nieuw aandeel – genoeg moet nemen met een vanwege de vennootschap vastgestelde uitkering in geld. De omstandigheid dat een accountant moet verklaren dat de gekozen ruilverhouding een redelijke is, legt weliswaar enig gewicht in de schaal, maar kan dit

345. “*Het is niet de bedoeling dat een fusie wordt gebruikt om kleine aandeelhouders uit te stoten.*”, hof Amsterdam (OK) 20 december 2007, JOR 2008, 36 m.nt. Van der Korst (*Shell*), rov. 3.18.

346. Hof Amsterdam (OK) 20 december 2007, JOR 2008, 36 m.nt. Van der Korst (*Shell*), rov. 1.6 onder sub 2. Zie over deze bijzondere gang van zaken Berendsen & Van Thiel 2008, p. 98.

347. “*Het is niet de bedoeling dat een fusie wordt gebruikt om kleine aandeelhouders uit te stoten.(...) Het voorstel van de fracties van het C.D.A. en de V.V.D. om uitstoting van de kleinste aandeelhouders toe te staan, is naar veler opvatting in strijd met artikel 3 van de richtlijn (...)*” *Kamerstukken II*, 16 434, nr. 6, p. 6.

348. De grensoverschrijdende fusieregeling maakt een fusie mogelijk zonder deze beperking. Zo kan men een Nederlandse vennootschap laten opgaan in bijvoorbeeld een Zweedse vennootschap. Volgens het Zweedse recht is een bijbetaling van meer dan 10% geoorloofd. Zie Schutte-Veenstra 2009, p. 419.

349. Zie Koster 2011.

350. Hetgeen ook blijkt uit de 12 oktober 1982, *Bramelid en Malmström t. Zweden*, D.R. 29, p. 76.

bezwaar niet wegnemen.³⁵¹ Wat vanuit het oogpunt van rechtsbescherming klemmt, is de afwezigheid van een onafhankelijke deskundige die met tussenkomst van de rechter en op kosten van de vennootschap adviseert over de waarde van de aandelen.³⁵²

Om te beoordelen of is voldaan aan het door het EHRM geëiste beginsel van proportionaliteit, moeten voorts de op het spel staande belangen worden afgewogen. De belangen van de aandeelhouder die op deze wijze zijn aandeel verliest zijn in het geding. Zoveel is duidelijk. Hoe zit het met het belang van de minderheidsaandeelhouders af te komen alleen voor de toepassing van de uitkoopregeling een voldoende reden. De fusieregeling is daar niet voor bedoeld.

Mocht de Nederlandse rechter een handelwijze waarbij een ruilverhouding zo wordt gekozen dat voor een minderheidsaandeelhouder geen recht bestaat op nieuwe aandelen niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid achten, wat ik mij niet kan voorstellen, dan vermoed ik dat een klacht dienaangaande in Straatsburg gegrond zal worden bevonden. Het is van tweeën een. Ofwel men reserveert de fusieregeling voor fusies, ofwel men kiest voor de Amerikaanse *cash out*-variant, maar dan dient ook te worden voorzien in een waardebeoordeling door onafhankelijke deskundigen. Bij afwezigheid van een waardebeoordeling door een onafhankelijke deskundige, ontbreekt een belangrijke waarborg dat de minderheidsaandeelhouder een *fair price* ontvangt. Dit gebrek valt mijns inziens niet te rechtvaardigen.

Wellicht dat op termijn een nieuwe weg zal openstaan om een minderheidsbelang door een fusie uit de vennootschap te werken. De richtlijn over grensoverschrijdende fusies voorziet in een concernfusie waarbij de moeder 90% heeft van de aandelen in de dochtermaatschappij.³⁵³ Deze richtlijn diende op uiterlijk 30 juni 2011 te zijn omgezet in nationaal recht. Nederland lijkt zijn verplichtingen onder deze richtlijn nog niet geheel nagekomen, omdat de 90%-concernfusie niet is mogelijk gemaakt.³⁵⁴

4.3.8 *Uitgifte van aandelen met uitsluiting van het voorkeursrecht*

Een uitgifte van aandelen kan een inmenging in het eigendomsrecht in de zin van art. 1 EP opleveren. Het wettelijke uitgangspunt is dat bij uitgifte van

351. Vgl. artt. 2:326, 2:327, en 2:328 leden 1 en 2 BW.

352. Zie ook hof Amsterdam (OK) 20 december 2007, JOR 2008, 36 m.nt. Van der Korst, rov. 3.25.

353. Richtlijn 2009/109/EG, aangenomen door het Europees Parlement en de Raad op 16 september 2009. De Richtlijn wijzigd de Tweede, Derde, Zesde en Tiende richtlijn wat betreft verslaggevings- en documentatieverplichtingen bij binnenlandse en grensoverschrijdende juridische fusies (en binnenlandse juridische splitsingen).

354. Over de vraag over Nederland verplicht was tot introductie van de 90%-concernfusie bestaat verdeeldheid in de literatuur, zie Verbrugh 2011, voor een overzicht.

HOOFDSTUK 4

aandelen de reeds bestaande aandeelhouders een voorkeursrecht hebben op het nemen van aandelen, overeenkomstig het percentage van hun aandelenbezit.³⁵⁵ Het voorkeursrecht kan evenwel worden uitgesloten. Worden aandelen door de vennootschap uitgegeven onder uitsluiting van voorkeursrecht dan vermindert het procentuele belang van de aandeelhouders die geen nieuwe aandelen verkrijgen. Daarmee vermindert ook de invloed die zij kunnen uitoefenen.³⁵⁶

Dat de wet deze mogelijkheid biedt, geeft aan het vennootschapsrecht een gewenste flexibiliteit. Een aandeelhouder met een meerderheidsbelang zou evenwel misbruik kunnen maken van de flexibiliteit die de wet hem biedt door bijvoorbeeld een minderheidsbelang tot onder de uitkoopgrens terug te brengen, door middel van de uitgifte van extra aandelen met uitsluiting van het voorkeursrecht.³⁵⁷

In HR 31 december 1993, NJ 1994, 436 heeft de Hoge Raad een belangrijke grens aangegeven. Aandeelhouders dienen in gelijke gevallen gelijk te worden behandeld (ex art. 2:201 lid 2 BW) welke regel in beginsel voorgaat boven de bevoegdheid van de algemene vergadering tot het uitsluiten van het voorkeursrecht.³⁵⁸ Wel kan onder omstandigheden een uitzondering op deze regel worden aanvaard.³⁵⁹ Daarmee is de mogelijkheid om door middel van uitgifte van aandelen met uitsluiting van voorkeursrechten een aandeelhoudersbelang

355. Art. 2:96a lid 1 en 2:206a lid 1 BW.

356. Art. 2:206a BW bepaalt dat – voor zover de statuten niet anders bepalen – het voorkeursrecht kan worden uitgesloten bij besluit van de algemene vergadering. Nu de wet geen gekwalificeerde meerderheid eist kan het voorkeursrecht met meerderheid van stemmen worden uitgesloten, tenzij de statuten anders bepalen.

357. Vgl. EHRM 25 juli 2002, appl. nr. 48553/99, JOR 2003, 111 m.nt. Vossestein (*Sovtransavto Holding t. Oekraïne*), waarin sprake was van de verwatering van een belang door onbevoegdlijk genomen besluiten van een overheidsinstantie. Sovtransavto raakte daardoor zeggenschap kwijt. Het EHRM oordeelde dat in dit geval sprake was van een schending van art. 1 EP, aangezien onvoldoende rechtsbescherming was geboden tegen deze handelwijze.

358. Het gelijkheidsbeginsel van art. 2:201 lid 2 BW, is overgenomen uit art. 2:92 BW (voor naamloze vennootschappen) welke bepaling is ontleend aan art. 42 van de Tweede Richtlijn tot coördinatie van het vennootschapsrecht in de lidstaten van de EG Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 dec. 1976, Pb. EG L 26/1 e.v. van 31 jan. 1977, dat luidt: “Voor de toepassing van deze richtlijn waarborgen de wetgevingen van de Lid-Staten een gelijke toepassing van aandeelhouders die zich in identieke omstandigheden bevinden.” Zie aanpassing wetgeving N.V., *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, geïmplementeerd bij wet van 15 mei 1981, Stb. 332. Waar de richtlijn refereert aan ‘identieke situaties’, spreekt de wettekst over ‘gelijke situaties’. De ratio achter dit verschil valt uit de wetgeschiedenis niet af te leiden. Vgl. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 6, p. 17-18.

359. In HR 31 december 1993, NJ 1994, 436 (*Verenigde Bootlieden*) sanctioneerde de Hoge Raad het oordeel van het hof dat de uitsluiting van een voorkeursrecht een gerechtvaardigde inbreuk betrof omdat het ging om het opheffen van voor aandeelhouders nadelige fiscale ongelijkheid en de maatregelen voor de andere aandeelhouders slechts een relatief geringe daling van hun belang meebrachten.

tot onder de uitkoopgrens te brengen op voorhand beperkt.³⁶⁰ Voor het overige geldt dat het wederom aan de rechter is in het voorkomende geval alle betrokken belangen af te wegen.

4.3.9 De Interventiewet

4.3.9.1 Inleiding

Per 13 juni 2012 is de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen (hierna: de Interventiewet) in werking getreden.³⁶¹ Met deze wet zijn nieuwe bevoegdheden gecreëerd voor de Minister van Financiën en De Nederlandsche Bank (DNB) om in te grijpen bij Nederlandse financiële ondernemingen die in moeilijkheden verkeren.³⁶² Zowel Boek 2 BW als de Wft zijn daartoe gewijzigd. De Interventiewet introduceert onder meer de bevoegdheid tot onteigening van de aandelen van de financiële instelling die in moeilijkheden verkeert (hierna ook: de probleeminstelling). Vooral waar het de onteigeningsbevoegdheden van DNB betreft zijn de probleeminstelling en haar aandeelhouders beperkt in hun rechtsmiddelen. Dat roept de vraag op of het ontwerp van de Interventiewet nog wel voldoet aan de eisen die het EHRM stelt.

4.3.9.2 De nationalisatie van Northern Rock

‘Minister Bos wil een bank kunnen dwingen te nationaliseren’, zo berichtte de Volkskrant van 4 maart 2009. Bos wilde graag in crisistijd, aldus het bericht, ‘met één druk op de knop’ eigenaar kunnen worden van alle uitstaande aandelen van een bank die in zwaar weer is beland. Bos verwees daarbij naar de Engelse overheid die reeds over deze bevoegdheid beschikt.

De regeling waar Bos naar verwees betreft de *Banking (Special Provisions) Act 2008* van 21 februari 2008.³⁶³ Op grond van deze wet kon, indien de stabiliteit van het financiële systeem dat vereiste, de *Treasury* een *order* uitvaardigen op grond waarvan alle effecten van de noodlijdende financiële instelling werden overgedragen aan een door de *Treasury* aangewezen (rechts)persoon.

Op de dag van inwerkingtreding werd op basis van deze wet de in problemen geraakte bank Northern Rock genationaliseerd. Op grond van de

360. Over de vraag wanneer sprake is gelijke omstandigheden heeft de minister opgemerkt “*Of de omstandigheden gelijk zijn, zal de rechter van geval tot geval moeten beoordelen.*” *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 18, zie verder *Kamerstukken II*, 1980/81, 16 551, nr. 3, p. 6.

361. De wet werkt terug tot 20 januari 2012. In de paragrafen over de Interventiewet is verwerkt mijn artikel over dit onderwerp, zie Schild 2012.

362. Zie over het wetsontwerp dat in consultatie is gebracht De Serië 2011.

363. Het betrof een tijdelijke wet die later is vervangen door de *Banking Act 2009*.

HOOFDSTUK 4

Northern Rock plc Compensation Scheme Order 2008 hadden de aandeelhouders die hun effecten kwijtraakten recht op een vergoeding ter hoogte van de waarde van de effecten direct voorafgaande aan de onteigening. De aandelen werden als waardeloos aangemerkt.

Enige voormalige aandeelhouders van Northern Rock meenden dat de aandelen niet waardeloos waren – de beurskoers van de aandelen Northern Rock stond vlak voor de aankondiging van de nationalisatie op £ 0.90 – en beriepen zich in rechte op art. 1 EP. Volgens de onteigende aandeelhouders diende bij de waardebeoordeling ermee rekening te worden gehouden dat er een *legitimate expectation* bestond dat de Bank of England Northern Rock financieel zou blijven steunen in het oplossen van de tijdelijke financieringsproblemen.³⁶⁴ Dit betoog werd door de High Court verworpen nu er geen *legitimate expectation* kon bestaan ten aanzien van het voortzetten van financiële steun door de Bank of England. De High Court overwoog voorts onder meer: “There is no obligation to compensate former shareholders for losses suffered by reason of their taking a known commercial risk as a result of their judgment turning out to be wrong.”³⁶⁵

De onteigende aandeelhouders hebben hun zaak vervolgens voorgelegd aan het EHRM met de klacht dat hun recht op eigendom, zoals dat wordt beschermd door art. 1 EP is geschonden. Het EHRM heeft de klacht als *manifestly ill founded* niet ontvankelijk verklaard.

Over de noodzaak voor de onteigening heeft het EHRM herhaald dat het in beginsel aan de verdragsstaten is om te bepalen wat nodig is voor het behartigen van het algemene belang. Waar het betreft het sociaal economisch beleid geldt daarbij een ruime *margin of appreciation*.³⁶⁶

Wat betreft de afwezigheid van enige compensatie signaleert het EHRM dat geen *legitimate expectation* kon bestaan ten aanzien van het voortzetten van financiële steun door de *Bank of England*. Zonder deze steun zou Northern

364. *SRM Global Master Fund LP/HM Treasury* [2009] EWHC 227 (Admin), onder nr. 122.

365. *SRM Global Master Fund LP/HM Treasury*, onder nr. 141.

366. EHRM 10 juli 2012, appl. nr. 34940/10 (*Grainger e.a. t. Verenigd Koninkrijk*): “36. Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is “in the public interest”. Under the system of protection established by the Convention, it is thus for the national authorities to make the initial assessment both of the existence of a problem of public concern warranting measures of deprivation of property and of the remedial action to be taken. Here, as in other fields to which the safeguards of the Convention extend, the national authorities accordingly enjoy a certain margin of appreciation (see *James and Others*, cited above, § 46). Moreover, a wide margin is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy (...). Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the legislature’s policy choice unless it is “manifestly without reasonable foundation”.”

Rock zijn activiteiten hebben moeten staken en de aandeelhouders ook niets hebben ontvangen, zodat de omstandigheid dat geen vergoeding is betaald geen schending van art. 1 EP oplevert.

4.3.9.3 Het oogmerk van de Interventiewet

Niet alleen minister Bos wilde graag meer instrumenten om mee te kunnen opereren in tijden van financiële crisis, veel van zijn voormalige en huidige EU-collega's delen zijn wens.³⁶⁷ Begin 2011 heeft het EU Directoraat Generaal voor de Interne Markt en Diensten een *EU Framework for bank recovery and resolution* ter consultatie gebracht. Het doel is te komen tot een nieuwe richtlijn die zal bevorderen dat banken kunnen failleren met een minimum aan belemmeringen voor het financiële system.³⁶⁸

Vooruitlopend op de plannen om te komen tot een Unie-richtlijn hebben de Ministers van Financiën en Veiligheid en Justitie in het voorjaar van 2011 een ontwerp van de 'Interventiewet' in consultatie gebracht. Eind oktober 2011 is een wetsvoorstel naar de Tweede Kamer gezonden, hetgeen met spoed door zowel de Tweede als de Eerste Kamer is geloodst, waarna de wet per 13 juni 2012 in werking is getreden met terugwerkende kracht tot 20 januari 2012.

De Interventiewet³⁶⁹ geeft zowel de Minister van Financiën als DNB ruime bevoegdheden te interveniëren bij 'financiële ondernemingen'³⁷⁰ die in ernstige problemen verkeren. De turbulente ontwikkelingen van de laatste jaren hebben laten zien dat de bestaande interventiemogelijkheden tekortschieten, aldus de toelichting. Niet alleen in Engeland, maar ook in bijvoorbeeld Duitsland en België zijn reeds vergelijkbare initiatieven door de wetgever ontplooid.³⁷¹

Bij het ontwerpen van de Interventiewet heeft de wetgever als uitgangspunt gehanteerd dat een gezonde marktwerking in de financiële sector vergt dat ook financiële ondernemingen moeten kunnen falen.³⁷² Vanwege de belangrijke nutsfunctie van banken en verzekeraars kan echter niet zonder meer worden vastgehouden aan dat principe.³⁷³ De Interventiewet beoogt te bevorderen dat risicodragende kapitaalverschaffers in een geval van een faillissement zo veel

367. Naast het Verenigd Koninkrijk hebben verschillende andere lidstaten in de Unie wetgeving ontwikkeld, waaronder Duitsland en België. Zie daarover De Serië 2011, p. 331 en de *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 6.

368. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 5 vermeldt dat een richtlijn in voorbereiding is.

369. Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet, alsmede enige andere wetten in verband met de introductie van aanvullende bevoegdheden tot interventie bij financiële ondernemingen in problemen (Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen).

370. De Interventiewet verstaat onder financiële ondernemingen: kredietinstellingen, entiteiten voor risico-acceptatie en verzekeraars met zetel in Nederland.

371. Zie hierover nader De Serië 2011, p. 331-332.

372. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 6.

373. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 3 en 6.

HOOFDSTUK 4

mogelijk worden geconfronteerd met de verliezen, terwijl daarnaast continuïteit kan worden bewerkstelligd voor rekening- of polishouders door de overgang van de aandelen, dan wel vermogensbestanddelen van de probleeminstelling.³⁷⁴ Teneinde dat te bereiken, zijn nieuwe bevoegdheden voor zowel DNB als de Minister van Financiën geïntroduceerd. Ik onderzoek achtereenvolgens hoe deze bevoegdheden die de Minister van Financiën en DNB zijn toevertrouwd zich verhouden tot de verdragsverplichtingen van Nederland die voortvloeien uit het EVRM.

4.3.9.4 De bevoegdheden voor de Minister van Financiën

De Minister van Financiën heeft de bevoegdheid gekregen in te grijpen indien ‘de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar komt door de situatie waarin een financiële onderneming met zetel in Nederland zich bevindt’.³⁷⁵ Voor dat geval zijn twee bijzondere bevoegdheden geïntroduceerd. De minister kan – na raadpleging van DNB³⁷⁶ – a. onmiddellijke voorzieningen treffen ten aanzien van de betrokken onderneming, zo nodig in afwijking van wettelijke voorschriften en de statuten, en b. als *ultimum remedium*, besluiten tot onteigening van vermogensbestanddelen of van door de financiële onderneming uitgegeven effecten.³⁷⁷

Belanghebbenden hebben de mogelijkheid om tegen een besluit van de Minister van Financiën tot onteigening of tot het treffen van een onmiddellijke voorziening, beroep aan te tekenen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna ook: de Afdeling).³⁷⁸ De beroepstermijn is weliswaar kort (tien dagen), maar een keuze voor deze korte termijn is niet onbegrijpelijk, gelet op de op het spel staande belangen en het belang dat snel duidelijkheid kan worden verkregen over de rechtmatigheid van een genomen besluit. In de memorie van toelichting is gewezen op de mogelijkheid dat de Afdeling, indien zij tot het oordeel komt dat het besluit moet worden vernietigd, kan bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven.³⁷⁹

374. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 7.

375. Vgl. de voorgestelde artt.: 6:1 lid 1 en 6:2 lid 1 Wft.

376. Art. 6:1 lid 2 en art. 6:2 lid 2 Wft.

377. Onder effecten wordt blijkens de (ontwerp) memorie van toelichting (p. 54) niet alleen aandelen en met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten verstaan, maar ook converteerbare obligaties en *perpetuals*.

378. Art. 6:6 Wft.

379. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 34. De bevoegdheid is neergelegd in art. 8:72 lid 3 Awb. Wel kunnen de onteigende aandeelhouders alsdan aanspraak maken op schadevergoeding. Indien het besluit wordt vernietigd, is – ook indien de rechtsgevolgen in stand worden gelaten – de onrechtmatigheid van het besluit in beginsel gegeven zo is vaste rechtspraak sinds HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 CJHB (*Van Gog/Nederweert*), rov. 3.3.

Bij de Afdeling zullen onteigende aandeelhouders niet kunnen klagen over de hoogte van de schadeloosstelling.³⁸⁰ De prijs die zal worden betaald, zal ook niet in het onteigeningsbesluit staan. De Minister van Financiën dient binnen zeven dagen nadat het onteigeningsbesluit onherroepelijk is geworden zich tot de Ondernemingskamer te wenden met het verzoek om een schadeloosstelling te laten vaststellen.³⁸¹ De minister doet daartoe een voorstel. De Ondernemingskamer is bevoegd om een hogere vergoeding toe te kennen, indien het aanbod van de minister geen volledige ‘schadevergoeding’ vormt.³⁸² Bij de waardebepaling van de aandelen dient te worden uitgegaan van het te verwachten perspectief, in de situatie dat geen onteigening zou hebben plaatsgevonden.³⁸³

Deze structuur van rechtsbescherming bevat overeenkomsten met de wijze van rechtsbescherming die gangbaar is in de onteigeningspraktijk.³⁸⁴ Daarbij wordt eerst in een (relatief) snelle procedure de noodzaak voor de onteigening bij de rechter bediscussieerd. Daarbij kunnen partijen zich tevens uitlaten over de aangeboden schadevergoeding. Veelal wordt die verworpen, waarna in een afzonderlijk traject de hoogte van de te verstrekken schadevergoeding (met behulp van deskundigen) wordt bepaald.

Het moge duidelijk zijn dat met deze bevoegdheden voor de Minister van Financiën inbreuk kan worden gemaakt op eigendomsrechten. Deze bevoegdheden lijken evenwel ‘EHRM-proof’. Ik licht dat toe.

De bevoegdheden van de Minister van Financiën strekken ertoe te bevorderen dat het financiële systeem blijft functioneren in tijden van crisis. Daarmee wordt een publiek belang gediend. De bevoegdheden die worden geïntroduceerd berusten ook op een voldoende duidelijke wettelijke basis. Voorts heeft het EHRM overwogen dat bij het reguleren van het financiële systeem de verdragsstaten een ruime *margin of appreciation* wordt gegund.³⁸⁵ Aan de *legal certainty*-test en de *public interest*-test wordt derhalve voldaan. Resteert de *fair balance*-test. Uit de jurisprudentie van het EHRM valt af te leiden dat bij ontneming van

380. Die hangende het beroep bij de Afdeling wellicht ook nog niet zijn bepaald. Op grond van art. 6:10 Wft stelt de minister zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk zeven dagen nadat het besluit tot onteigening onherroepelijk is geworden, de schadeloosstelling vast.

381. Art. 6:10 lid 2 Wft.

382. Zie art. 6:11 Wft jo. art. 6:9 Wft.

383. Art. 6:9 lid 1 Wft. Het tweede lid bepaalt dat indien de betrokken onderneming voorafgaand aan het besluit tot onteigening van overheidswege financiële steun heeft ontvangen, de waarde die deze steun vertegenwoordigt in de prijs wordt verdisconteerd. Het komt mij voor dat dit niet geldt voor steun waarvan het effect geacht kan worden te zijn ‘uitgewerkt’. Het lijkt mij niet doenlijk om nog op een zinvolle wijze rekening te houden met steun die bijvoorbeeld vele jaren geleden is verleend.

384. Zie voor een schets: Sluysmans 2011, p. 32-40.

385. Zie in gelijke zin EHRM 24 november 2005, appl. nr. 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*), § 136: “It is true that in such a sensitive economic area as the stability of the banking system the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation (see *Olczak v. Poland* (dec.), no. 30417/96, § 85, ECHR 2002-X (extracts)) and that in certain situations →

HOOFDSTUK 4

eigendom in beginsel vergoeding van de marktwaarde geïndiceerd is.³⁸⁶ Zoals opgemerkt is de Ondernemingskamer bevoegd om eventueel een hogere vergoeding toe te kennen dan door de Minister van Financiën is bepaald.

Voor wat betreft de bevoegdheden van de Minister van Financiën lijkt de Interventiewet derhalve *EVRM-proof*.³⁸⁷ De vraag is of het voorgaande ook geldt voor de bevoegdheden van DNB.

4.3.9.5 De bevoegdheden voor DNB

De Interventiewet heeft DNB de bevoegdheid gegeven om achter de schermen een ‘overdrachtsplan’³⁸⁸ op te stellen, ten aanzien van een financiële instelling die ‘tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling’ vertoont en wanneer ‘redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren’.³⁸⁹ Op grond van het overdrachtsplan kunnen deposito-overeenkomsten, activa en passiva of de aandelen van de probleeminstelling overgaan op een derde instelling of een overbruggingsinstelling.³⁹⁰

De deposito-overeenkomsten, activa en passiva of aandelen gaan over op de overnemer door goedkeuring van het overdrachtsplan door de rechtbank, tenzij anders is bepaald in het overdrachtsplan.³⁹¹ Voorzien is in een rechtsopvolging onder algemene titel.³⁹² De rechten en verplichtingen die deel uitmaken van het vermogen dat over gaat, gaan van rechtswege op de verkrijger over.³⁹³

– especially in the context of a banking crisis such as the one facing Bulgaria in 1996-97 (see paragraph 45 above) – there may be a paramount need to act expeditiously and without advance notice in order to avoid irreparable harm to the bank, its depositors and other creditors, or the banking and financial system as a whole.”

386. In EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 54, en EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 54.

387. Althans, zo lang de Ondernemingskamer in concrete gevallen een zodanige vergoeding zal vaststellen, die het EHRM zal beoordelen als *fair*, in het kader van de *fair balance*-toets.

388. Juridisch gezien, zou de term ‘overgangsregeling’ te prefereren zijn geweest, nu er geen sprake is van overdracht maar een overgang van vermogen onder Interventiewet.

389. Art. 3:159c lid 1 Wft.

390. Art. 3:159c lid 2 Wft. Mij is niet duidelijk waarom hier wordt gesproken over aandelen terwijl art. 6:2 Wft wordt gesproken over effecten. Het voorgestelde art. 3:159a Wft geeft overigens een definitie van het begrip ‘aandeel’ (onder a) dat ook effecten omvat.

391. Zie voor respectievelijk deposito’s, activa en passiva en aandelen, art. 3:159l lid 1, 3:159p lid 1 en 3:159s lid 1 Wft.

392. Met de Interventiewet is beoogd de verkrijging van een geheel vermogen – dan wel een gedeelte daarvan – met zowel activa als passiva mogelijk te maken, zonder dat toepassing aan art. 3:84 BW e.v. (inzake overdracht van goederen) hoeft te worden gegeven. Dit betreft een overgang van (een deel van een) vermogen onder algemene titel en niet een overdracht (van afzonderlijke vermogensbestanddelen) onder bijzondere titel, zie Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 194.

393. Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 193.

Daarmee vertoont deze figuur trekken van de goederenrechtelijke gang van zaken bij een splitsing van een rechtspersoon.³⁹⁴

Met de introductie van deze bevoegdheden is een voorschot genomen op de totstandkoming van een Europese richtlijn op dit terrein, aldus de wetgever. Voor de duidelijkheid: de Minister van Financiën is bevoegd tot onteigening van activa ten behoeve van de Staat, DNB is bevoegd tot onteigening ten behoeve van een derde-instelling (niet zijnde de Staat).³⁹⁵

Uiteraard wordt ook met de uitoefening van deze bevoegdheden inbreuk gemaakt op eigendomsrechten als bedoeld in art. 1 EP; bij een activa-en-passiva-overdracht op de eigendomsrechten van de probleeminstelling, en bij een aandelenoverdracht op de eigendomsrechten van de aandeelhouders. Ik concentreer mij eerst op de positie van laatstgenoemden.

Voorzien is in een regeling voor rechtsbescherming waarbij, alvorens de rechtbank beslist op een verzoek om toepassing van de noodregeling, aandeelhouders met een belang van groter dan 5% in de gelegenheid worden gesteld door de rechtbank om te worden gehoord, indien de belangen van geheimhouding of spoed zich daartegen niet verzetten.³⁹⁶ Deze drempel dient ervoor om te voorkomen dat voortijdig uitlekt dat wordt overwogen in te grijpen.³⁹⁷

Vervolgens spreekt de rechtbank de overdrachtsregeling uit ‘indien zij het overdrachtsplan goedkeurt, en indien summierlijk blijkt’ van tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling.³⁹⁸ Spreekt de rechtbank de overdrachtsregeling uit, dan staat tegen die beschikking alleen cassatieberoep open.³⁹⁹ Wel kunnen de aandeelhouders die niet vooraf zijn gehoord in verzet komen.⁴⁰⁰ Indien verzet wordt ingesteld, kunnen de aandeelhouders die reeds zijn gehoord, zich voegen in de procedure.⁴⁰¹ Indien de rechtbank het verzet gegrond verklaart, leidt dit

394. Art. 3:80 BW bevat een niet-limitatieve opsomming van gevallen waarin men een goed onder algemene titel kan verkrijgen (vgl. Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 194). Het zou mijns inziens voor de hand hebben gelegen bij invoering van de Interventiewet, dat art. 3:80 BW hierop was aangepast.

395. Art. 3:159t lid 1 Wft. Het tweede lid staat wel toe dat de overnemende partij een door de Staat opgerichte ‘overbruggingsinstelling’ is.

396. Art. 3:159w lid 1 Wft. Het ontwerp van de Interventiewet zoals in consultatie gebracht, ging nog uit van een grens van 10%. De memorie van toelichting (*Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 55) vermeldt overigens: “Doordat de drie voorwaarden (meer dan 5% van het geplaatste kapitaal, belangen van geheimhouding, belang van spoed) cumulatief gelden, zal de rechtbank slechts in uitzonderlijke situaties een aandeelhouder vooraf horen.”

397. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 17.

398. Art. 3:159j lid 1 Wft. Het beperken van de omvang van de rechterlijke toetsing is overigens onder omstandigheden geoorloofd. Zie Barkhuysen 1998, p. 130.

399. Zo leid ik af uit art. 3:159z lid 2 Wft en art. 3:159u lid 2 Wft.

400. Art. 3:159aa lid 3 Wft. Het ontwerp van de Interventieregeling voorzag nog in de mogelijkheid dat voor de aandeelhouders die onder de drempel vielen om te worden gehoord, een ‘amicus curiae’ zou kunnen worden ingesteld, die hun belangen bij de rechter kon behartigen. Die figuur is in het wetsvoorstel geschrapt.

401. Art. 3:159aa lid 4 Wft.

HOOFDSTUK 4

niet tot ‘vernietiging van de overdrachtsregeling’ – bedoeld zal zijn het (alsnog) afwijzen van het verzoek om de overdrachtsregeling uit te spreken – indien de ongedaanmaking van de overdrachtsregeling onevenredig ernstige gevolgen zou hebben.⁴⁰² Het verzet kan zich niet richten tegen de prijs die de overnemer bereid is te betalen of de wijze waarop de prijs die de overnemer bereid is te betalen, wordt vastgesteld.⁴⁰³ Het ontwerp van de Interventiewet gaf de onteigende aandeelhouders verder geen enkel rechtsmiddel om te klagen over de hoogte van de vastgestelde prijs. De wet die is ingevoerd bevat op dit punt een cruciale verbetering, conform het advies van de Raad van State.⁴⁰⁴ Aangesloten is nu bij de regeling die ook geldt bij een onteigening door de Minister van Financiën; de onteigende aandeelhouders kunnen zich tot de Ondernemingskamer wenden indien zij menen dat de geboden vergoeding te laag is.⁴⁰⁵

Het ontwerp zoals in consultatie was gebracht, was op dit punt niet EVRM-*proof*. Naar de letterlijke tekst bevat art. 1 EP weliswaar geen recht op het bestaan van rechtsmiddelen om op te komen tegen een inbreuk,⁴⁰⁶ maar bij het aanleggen van de *legal certainty*-test neemt het EHRM echter mede in aanmerking de mate waarin rechtsbescherming openstaat tegen een inbreuk. Uitgangspunt daarbij is dat “any interference with the peaceful enjoyment of possessions must be accompanied by procedural guarantees affording to the individual or entity concerned a reasonable opportunity of presenting their case to the responsible authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision.”⁴⁰⁷

Naar mate meer inbreuk wordt gemaakt, zal het EHRM ook hogere eisen stellen aan de mate waarin is voorzien in rechtsbescherming. De mogelijkheid voor aandeelhouders met een belang van meer dan 10% (in het voorontwerp) om te kunnen worden uitgenodigd om zich te verweren betrof geen voldragen rechtsmiddel. Gezien de korte tijdsperiode waarbinnen de rechter heeft te besluiten, zal geen volwaardige discussie kunnen worden gevoerd over de redelijkheid van de vergoeding die wordt voorgesteld in het overdrachtsplan.⁴⁰⁸

Ook de enkele mogelijkheid om in verzet te komen – voor aandeelhouders die niet zijn gehoord – kon niet worden beschouwd als een effectief rechtsmiddel. Het

402. Art. 3:159aa lid 6 Wft.

403. Art. 3:159aa lid 5 Wft.

404. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 60.

405. Art. 3:159ab Wft.

406. Een dergelijk recht volgt overigens wel uit art. 6 en 13 EVRM.

407. EHRM 24 november 2005, appl. nr. 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*), § 134.

408. Het nadien nog aan de orde stellen van de hoogte van de vergoeding in een separaat geschil zou – bij gebrek aan een wettelijke voorziening daarover – ook niet mogelijk zijn geweest, nu een dergelijke vordering naar de kern genomen neerkomt op een vordering uit onrechtmatige rechtspraak, waarvoor zeer stringente eisen gelden. Vgl. HR 3 december 1971, NJ 1972/137 m.nt. Scholten; 1972/27 m.nt. St; AA 1973, p. 156 m.nt. Stein, waarin is overwogen: “dat slechts, indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zó fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige →

verzoek om een overdrachtsregeling uit te spreken, wordt in stilte voorbereid en wordt in een zitting met gesloten deuren behandeld.⁴⁰⁹ Op het moment dat beslist zal worden op het verzet, zullen de deposito-overeenkomsten, de activa en/of passiva, of aandelen reeds zijn overgegaan op de overnemende instelling. Deze overgang vindt immers van rechtswege plaats ‘op het tijdstip van goedkeuring van het overdrachtsplan door de rechtbank’, tenzij in het overdrachtsplan anders is bepaald.⁴¹⁰ Een eenmaal gerealiseerde overdrachtsregeling laat zich bezwaarlijk meer ongedaan maken, zodat daarin geen mogelijkheid tot redres ligt. Al met al voorzagt het ontwerp niet in een effectief rechtsmiddel voor aandeelhouders om de hoogte van de geboden vergoeding voor hun aandelen aan te vechten in rechte.

Niet alleen was de voorgestelde gang van zaken problematisch vanuit het oogpunt van art. 1 EP, ook art. 6 EVRM dreigde te worden geschonden. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM dient het recht op een *fair hearing* aldus te worden verstaan dat de betrokkenen zelf op enig moment in de procedure feiten en stellingen moeten kunnen inbrengen, onder zodanige omstandigheden dat zij niet wezenlijk wordt benadeeld ten opzicht van haar wederpartij.⁴¹¹ Het ontwerp van de Interventiewet voorzagt niet in een procedure met een prijsvaststelling door onafhankelijke deskundigen en *de facto* ontbrak de mogelijkheid voor een aandeelhouder zelf een deskundige in te schakelen. Aandeelhouders werden aldus wezenlijk benadeeld in hun procespositie ten opzichte van DNB.

Ik teken daarbij aan dat indien DNB de overgang van aandelen gelast, dit *eo ipso* vragen zal oproepen. Enerzijds impliceert het ingrijpen van DNB dat de aandelen niet veel waard zijn, terwijl anderzijds juist de overgang van de aandelen – in plaats van bijvoorbeeld alleen de deposito-overeenkomsten – de vraag oproept waarom de overnemende partij een (bijna) failliete boedel wenst te verwerven in plaats van alleen de gezonde onderdelen. Een verklaring daarvoor kan bijvoorbeeld zijn dat de probleeminstelling acute liquiditeitsproblemen heeft en de overnemende derde dat probleem kan ondervangen. Vanwege motieven als merkbekendheid en cliëntenbestand kan de overnemende derde in een dergelijk

behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan, de Staat ter zake van de schending van het in art. 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde recht voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk zou kunnen worden gesteld, doch dat – daargelaten of de Nederlandse wetgeving aanknopingspunten bevat die mogelijk maken dat de nationale rechter daarover oordeelt -, over zodanige schending in het middel niet wordt geklaagd.”

409. Art. 3159v lid 1 Wft.

410. Zie bijv. art. 3:159r lid 1 Wft.

411. EHRM 22 september 1994, nr. 13616/88 (*Hentrich t. Frankrijk*), §56: “Secondly, it points out that one of the requirements of a ‘fair trial’ is ‘equality of arms’, which implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent (...)” Zie verder bijvoorbeeld Smits 2008, p. 98.

HOOFDSTUK 4

geval een voorkeur ervoor hebben om het gehele bedrijf in te lijven. Het ligt voor de hand dat onteigende aandeelhouders in een dergelijke situatie – zonder faillissement van de probleeminstelling – zich steeds zullen afvragen of DNB wel de hoogst mogelijke opbrengst voor hun aandelen heeft bedongen. Met name ook omdat DNB een sigaar uit andermans doos heeft verkocht.

Met de introductie van de mogelijkheid de Ondernemingskamer te verzoeken een hogere schadeloosstelling vast te stellen, is een discussie over de hoogte van de geboden vergoeding mogelijk geworden, na goedkeuring van de overdrachtsregeling. Net zoals het geval is bij een onteigening door de Minister van Financiën.⁴¹² Daarmee wordt de aandeelhouders in ieder geval nu een volwaardig rechtsmiddel geboden om te klagen over de hoogte van de in het overdrachtsplan bepaalde vergoeding. Naast de verzetsmogelijkheden en de cassatieprocedure die open staat om de noodzaak van de toepassing van de overdrachtsregeling aan te vechten, lijkt de Interventiewet op dit punt nu te kunnen slagen voor de *legal certainty*-test.

4.3.9.6 Het probleem van het procesrisico bij toepassing van de overdrachtsregeling

De aarzeling van de wetgever om de aandeelhouders het recht te gunnen op te komen tegen de hoogte van de geboden vergoeding bij een onteigening is begrijpelijk. DNB moet een prijs voor hetgeen wordt overdragen met de overnemende partij kunnen uitonderhandelen alvorens zij een overdrachtsplan kan voorleggen aan de rechtbank. Indien aandeelhouders het recht wordt gegund op te komen tegen deze prijsbepaling, kan een discussie ontstaan over de prijs, nadat de overdrachtsregeling is geëffectueerd. Een overdrachtsplan met betrekking tot aandelen laat zich, zoals gezegd, niet terugdraaien. De vraag is dan voor wiens risico een prijsaanpassing door de rechter zou moeten komen. Met de overnemende partij zal veelal onder grote tijdsdruk moeten worden onderhandeld en onzekerheid over de prijs die hij uiteindelijk zal moeten betalen helpt in een dergelijke situatie niet om tot overeenstemming te komen. Anderzijds is begrijpelijk dat DNB niet het risico wil lopen de aandeelhouders uit eigen zak nog een nabetaling te moeten verstrekken.

De Staat heeft nu eieren voor zijn geld gekozen door de eerder gekozen oplossing – de aandeelhouders eenvoudig geen rechtsmiddel te gunnen – te vervangen door een mogelijkheid dat de Ondernemingskamer een aanvullend bedrag kan toekennen ten laste van de Staat. De overnemende derde wordt

412. “(...) *the powers and procedural guarantees an authority possesses are relevant in determining whether the remedy before it is effective*”, EHRM 6 september 1978, appl. nr. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*), § 67. Zie verder Barkhuysen 1998, p. 116.

derhalve uit de wind gehouden, aangezien dit anders potentiële overnemers zou kunnen afschrikken.⁴¹³

4.3.9.7 Rechtsmiddelen voor de probleeminstelling bij toepassing van de overdrachtsregeling

Hiervoor is de verbeterde positie van de aandeelhouders geschetst indien DNB een overgang van aandelen bewerkstelligt. De rechtspositie van de probleeminstelling bij de overgang van activa en/of passiva of deposito-overeenkomsten, is in de wet die van kracht is geworden niet aangepast ten opzichte van het voorontwerp.

In geval van een verzoek om goedkeuring van een overdracht van deposito-overeenkomsten of activa en/of passiva kan de probleeminstelling verweer voeren tegen het goedkeuringsverzoek bij de rechtbank. In dat kader kan ook worden geklaagd over de hoogte van de geboden vergoeding zoals voorzien in het overdrachtsplan.⁴¹⁴ Tegen de beschikking van de rechtbank staat geen hoger beroep open, alleen cassatie.⁴¹⁵ De hoogte van de vergoeding kan – anders dan bij een onteigening van aandelen – door de probleeminstelling ook niet aan de orde worden gesteld bij de Ondernemingskamer. De afwezigheid van deze mogelijkheid klemt temeer daar er alle reden is om voor de probleeminstelling een volwaardige rechtsgang open te stellen waarin zij kunnen klagen over vergoeding die wordt ontvangen over de vermogensbestanddelen die worden onteigend op grond van de overdrachtsregeling. Ik licht dat nader toe.

De Interventiewet is geschreven vanuit het perspectief van de belangen die DNB heeft te behartigen. Het belang van DNB is gelegen – zoals wordt vermeld in de memorie van toelichting – te komen tot een ordentelijke afwikkeling (bijvoorbeeld het voorkomen van een *bank run*)⁴¹⁶ van de in problemen geraakte financiële onderneming. Het betalingsverkeer dient zo min mogelijk verstoord te worden. De rekeninghouders moeten over hun geld kunnen blijven beschikken. DNB zal met het oog op deze belangen handelen. Het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst bij een overdrachtsregeling is daaraan secundair. Het belang van de overnemende derde is om voor een zo laag mogelijke prijs de interessante delen van financiële onderneming te verwerven. Dit krachtenveld geeft de probleeminstelling, aandeelhouders en crediteuren op voorhand weinig reden tot vertrouwen in de wijze waarop DNB

413. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 60.

414. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 19.

415. Ook verzet staat niet open, nu die mogelijkheid alleen geldt voor aandeelhouders, vgl. art. 3:159aa lid 3 Wft.

416. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 16.

HOOFDSTUK 4

hun belangen zal vertegenwoordigen. Deze netelige positie van de probleeminstelling vergroot de behoefte aan rechterlijke controle.⁴¹⁷

Mede gezien de snelheid waarmee de rechtbank zal moeten beslissen en de beperkte mogelijkheid om daarbinnen een discussie te voeren over de prijs die de derde betaalt onder de overdrachtsregeling, geldt dat naar mij voorkomt voor de probleeminstelling niet wordt voldaan aan de eisen die voortvloeien uit art. 1 EP (alsmede art. 6 EVRM).⁴¹⁸ Ook voor de probleeminstelling zal de route naar de Ondernemingskamer dienen te worden geopend om de hoogte van de vergoeding die door DNB is overeengekomen met een derde op redelijkheid te kunnen laten toetsen. In afwachting van een aanpassing van de wet op dit punt, dient de Ondernemingskamer, om een verdragsschending te voorkomen⁴¹⁹ de regeling die is getroffen voor aandeelhouders zo te verstaan dat deze ook geldt voor de probleeminstelling zelf, zodat ook de probleeminstelling de hoogte van de vergoeding die door DNB is overeengekomen met een derde voor bepaalde activa op redelijkheid kan laten toetsen.

4.3.9.8 Tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling

Voor de inzet van de onteigeningsbevoegdheid van de Minister van Financiën geldt een strenge toets: het financiële stelsel dient ernstig en onmiddellijk in gevaar te zijn. Voor de inzet van de vergelijkbare onteigeningsbevoegdheden door DNB geldt evenwel het zeer ruime criterium dat sprake dient te zijn van ‘tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling’.⁴²⁰ De wetgever wil graag dat DNB alle ruimte wordt geboden om te trachten de put eerst met privaat kapitaal te dempen, alvorens de Minister van Financiën met belastinggeld over de brug mag komen, zo begrijp ik deze keuze. De gedachte dat DNB ruim baan dient te

417. Wanneer de probleeminstelling geen mogelijkheden heeft om te klagen in Straatsburg zal het EHRM onder omstandigheden bereid zijn ook klachten van aandeelhouders te ontvangen. Hoewel het EHRM geen afgeleide schadeacties toestaat, is het EHRM wel bereid onder omstandigheden voor de vraag wie kan klagen over een schending van grondrechten een aandeelhouder te vereenzelvigen met de vennootschap in gevallen waarin laatstgenoemde niet in staat is om zelf in Straatsburg een klacht aanhangig te maken. De eerlijkheid gebied hier aan toe te voegen dat tot nu toe steeds sprake was van aandeelhouders die vrijwel alle aandelen bezaten. Wellicht dat het EHRM voor beursgenoteerde fondsen ook aandeelhouders met een substantieel belang ontvankelijk zal willen achten. Zie bijvoorbeeld EHRM 1 april 2004, nr. 50357/99 (*Camberrow MM5 AD t. Bulgarije*), met verdere verwijzingen.

418. Het aanspreken van DNB op grond van een onrechtmatige daad zal ook niet tot de mogelijkheden behoren: per 1 juli 2012 is de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen, in werking getreden (Stb. 2012, 289).

419. Onder voorrangverlening aan de verdragsverplichtingen van de Staat onder het EVRM.

420. Art. 3:159c lid 1 Wft. In de memorie van toelichting wordt benadrukt (p. 25 en 26) dat niet daadwerkelijk sprake hoeft te zijn van een gevaarlijke ontwikkeling, alvorens DNB naar de rechter mag stappen met het verzoek een overdrachtsregeling uit te spreken, maar dat het voldoende is dat er ‘tekenen’ zijn van een gevaarlijke ontwikkeling.

worden gegeven ziet men ook terug in het voorschrift dat de rechter de overdrachtsregeling uitspreekt, indien ‘summierlijk blijkt’ dat zich tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling hebben voorgedaan.⁴²¹ Daarmee beoogt de wetgever de rechterlijke toetsing van de noodzaak van een overdrachtsregeling zoveel mogelijk te beperken.

Gekozen is dus voor zowel een ruime maatstaf als een beperking van de rechterlijke toetsing. Dubbel gestikt hecht beter, zo lijkt de gedachte. Wellicht dat de ervaring van DNB met de rechtbank Amsterdam – die een eerste verzoek om het uitspreken van de noodregeling voor de DSB Bank weigerde – in deze keuze een rol heeft gespeeld. Wat daar verder ook van zij, het komt mij voor dat de maatstaf – hoe die ook wordt geformuleerd – erop neer dient te komen dat de rechter moet kunnen toetsen of DNB in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. De wetenschap dat een keuze voor de overdrachtsregeling in rechte in redelijkheid verdedigbaar dient te zijn, dwingt DNB ook tot zorgvuldigheid in de voorbereiding. De beleidsvrijheid die DNB toekomt, dient niet volledig het belang dat in rechte kan worden getoetst of DNB in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen te eroderen. In de maatstaf zoals thans wordt voorgesteld, worden deze belangen niet evenwichtig gewogen. De gekozen maatstaf getuigt mijns inziens van een zeker wantrouwen jegens de rechter.

De maatstaf ‘tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling’ zal waarschijnlijk enige wenkbrauwen doen fronsen in Straatsburg. Het EHRM eist dat de verdragsstaten de bevoegdheden die bestuursorganen worden toevertrouwd waarmee zij inbreuk kunnen maken op eigendomsrechten met enige precisie omlijnen. Het legaliteitsbeginsel omvat eisen inzake *foreseeability and precision*.⁴²² Naar mate de bevoegdheden meer ingrijpend zijn, wordt het belang daarvan groter. De uitvoering van een overdrachtsplan betreft een ingrijpende inmenging op het recht op eigendom.

In het geval een klacht over de inzet van de overdrachtsregeling het EHRM bereikt, zal, naar ik vermoed, het EHRM weliswaar niet oordelen dat de maatstaf onvoldoende voorzienbaar of precies is – dat gebeurt niet snel – maar dat laat onverlet dat een ruime maatstaf voor de inzet van bevoegdheden tot gevolg kan hebben dat het EHRM de inzet daarvan meer kritisch gaat beoordelen. Naar mate de inbreuk die wordt gemaakt op het eigendomsrecht groter wordt, worden in Straatsburg ook hogere eisen gesteld aan de *fair balance* die moet bestaan tussen de mate waarin en de manier waarop een

421. Een wijze van toetsing die door het EHRM in een ander verband – het opkomen tegen een strafrechtelijke verbeurdverklaring – als voldoende is beoordeeld. Zie EHRM 24 oktober 1986, appl. nr. 9118/80 (*Agosi t. Verenigd Koninkrijk*), § 60.

422. EHRM 27 mei 2010, appl. nr. 11765/05 (*Sarica & Dilaver t. Turkije*), waarin het EHRM overwoog in § 42: “*En effet, la prééminence du droit, l’un des principes fondamentaux d’une société démocratique, étant inhérente à l’ensemble de la Convention (Iatridis, précité, § 58), l’article 1 du Protocole no 1 exige, avant tout et surtout, qu’une ingérence de l’autorité publique dans la jouissance du droit au respect des biens soit légale.*”

HOOFDSTUK 4

inbreuk op eigendomsrechten wordt gemaakt en het algemene belang dat daarmee wordt gediend. Naar mate de wet meer ruimte laat voor een vroegtijdige inzet van de overdrachtsregeling zal men de noodzaak daarvan dan ook meer kritisch onderzoeken. Nu enerzijds de bevoegdheden die aan DNB worden gegeven zeer ingrijpend zijn en anderzijds DNB met de woordkeus voor ‘tekenen’ van een gevaarlijke ontwikkeling wel een zeer grote vrijheid wordt geboden, zal dat wellicht op voorhand de vraag oproepen of aan deze bepaling wel een belangenafweging ten grondslag ligt die nog als *fair* kan worden aangemerkt.

Terzijde merk ik op dat in de memorie van toelichting over de bevoegdheden van de Minister van Financiën tot onteigening en het treffen van onmiddellijke voorzieningen wordt opgemerkt: “[d]uidelijk is dat beide bevoegdheden grote consequenties (kunnen) hebben voor de betrokken onderneming. De bevoegdheden dienen daarom met grote terughoudendheid en slechts in uitzonderlijke omstandigheden te worden gebruikt.”⁴²³ Hetzelfde geldt mijns inziens voor de bevoegdheden die DNB worden gegeven. De uitoefening ervan zal veelal het einde van de financiële onderneming in kwestie betekenen. Opvallend is echter dat – anders dan ten aanzien van de onteigeningsbevoegdheid van de Minister van Financiën – nergens in de memorie van toelichting tot uitdrukking is gebracht dat ook DNB met de nodige terughoudendheid te werk zou dienen te gaan. Ook hierin valt de wens van de wetgever te lezen dat zo veel als mogelijk DNB en niet de Staat het ‘vuile werk’ zal gaan verrichten.

Zowel aan deze wens als aan de hiervoor opgeworpen bezwaren kan mijns inziens tegemoet worden gekomen door bijvoorbeeld DNB wel de bevoegdheid te geven om informatie in te winnen en een overdrachtsplan op te gaan stellen bij ‘tekenen’ van een gevaarlijke ontwikkeling, maar aan de goedkeuring van het overdrachtsplan door de rechtbank de eis te verbinden dat op dat moment sprake dient te zijn van een dreigende déconfiture van de financiële onderneming, althans meer dan louter ‘tekenen’ van een gevaarlijke ontwikkeling. Aldus wordt recht gedaan enerzijds aan het belang van DNB om in een vroeg stadium bij een gevaarlijke ontwikkeling betrokken te raken en te werken aan een oplossing. Anderzijds wordt ook recht gedaan aan het belang van de betrokken financiële onderneming (en de daarbij betrokken derden, zoals aandeelhouders) dat niet al te lichtvaardig wordt overgaan tot het treffen van rigoureuze maatregelen. De wettelijke regeling is nu op dit punt mijns inziens niet in evenwicht.⁴²⁴

423. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 32.

424. De *Serië* 2011, p. 341, komt tot een vergelijkbare conclusie.

4.3.9.9 Tot besluit

Met het van kracht worden van de Interventiewet zijn DNB en de Minister van Financiën vergaande bevoegdheden toevertrouwd. Teneinde deze bevoegdheden effectief te kunnen uitoefenen, moeten zij snel kunnen handelen. Het EHRM eist echter dat de direct betrokkenen kunnen beschikken over adequate rechtsmiddelen.

*With great power comes great responsibility.*⁴²⁵ Wie over verregaande bevoegdheden wil beschikken, moet daarover ook ter verantwoording kunnen worden geroepen.

Ten opzichte van het voorontwerp bevat de wet die is aangenomen een belangrijke verbetering voor de aandeelhouders die worden onteigend door DNB. Deze aandeelhouders hebben nu de mogelijkheid de Ondernemingskamer te vragen een hogere vergoeding vast te stellen dan is overeengekomen tussen DNB en de derde partij die de aandelen heeft verworven. Een dergelijke mogelijkheid dient ook de probleeminstelling zelf te worden geboden. De probleeminstelling heeft nu geen adequate mogelijkheden om zich te verzetten tegen de hoogte van de prijs (of de wijze van berekening daarvan) in een overdrachtsplan. Het is ook voor het vertrouwen van crediteuren en aandeelhouders van belang dat de waarde van hetgeen wordt overgedragen op een zorgvuldige wijze in rechte aan de orde kan worden gesteld. Het ontbreken van effectieve rechtsmiddelen voor de probleeminstelling om op te komen tegen een onteigening van vermogensbestanddelen onder de overdrachtsregeling voldoet in de huidige opzet niet aan de Straatsburgse normen.

4.3.10 *Het wetsvoorstel terugvordering bestuurdersbeloningen*

4.3.10.1 Inleiding

Gevoed door maatschappelijke verontwaardiging staat de politiek op dit moment onder grote druk om een einde te maken aan de ‘bonuscultuur’. Volgens de huidige *communis opinio* zijn de beloningen in met name de financiële sector in het verleden buitensporig geweest. De bonuscultuur heeft eraan bijgedragen dat onverantwoorde risico’s zijn genomen. Teneinde de ‘bonuscultuur’ tegen te gaan is het wetsvoorstel ‘aanpassen en terugvorderen van bonussen van bestuurders van naamloze vennootschappen en financiële ondernemingen’⁴²⁶ – ook wel het wetsvoorstel *claw back* genoemd – aan de

425. Deze beroemde frase van Spiderman (Amazing Fantasy #15, August 1962) gaat naar verluidt terug op Voltaire.

426. Het wetsvoorstel geldt voor alle naamloze vennootschappen én voor banken of verzekeraars die worden gedreven in de vorm van een besloten vennootschap, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij. De regeling in de Wft geldt voor alle financiële ondernemingen.

HOOFDSTUK 4

Tweede Kamer gezonden.⁴²⁷ Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid bonussen af te romen dan wel terug te halen. Onderzocht zal worden in hoeverre het in dit wetsvoorstel bepaalde strijdig zou kunnen zijn met art. 1 EP.

4.3.10.2 Het wetsvoorstel ‘claw back’

Het wetsvoorstel ‘aanpassing en terugvordering van bonussen’⁴²⁸ geeft aan de met het beloningsbeleid van bestuurders belaste orgaan – bij grote vennootschappen doorgaans de raad van commissarissen – de bevoegdheid de hoogte van een bonus bij te stellen in drie situaties. Het wetsvoorstel spreekt over een *claw back*-bevoegdheid. De voorgestelde regeling strekt zich uit tot alle NV’s, alsmede coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en BV’s die een bank of verzekeringsmaatschappij in stand houden.

In de eerste plaats mag een in het vooruitzicht gestelde bonus worden bijgesteld tot een passende hoogte indien uitkering van de bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁴²⁹ Hetzelfde gold in de oorspronkelijke opzet van het wetsvoorstel voor het geval een openbaar bod zou worden gedaan.⁴³⁰ Ten slotte is de raad van commissarissen bevoegd een uitgekeerde bonus namens de vennootschap terug te vorderen voor zover de uitkering heeft plaats gevonden “op basis van onjuiste informatie over het bereiken van de aan de bonus ten grondslag liggende doelen of over de omstandigheden waarvan de bonus afhankelijk was gesteld.”⁴³¹ Geen van deze bevoegdheden zijn vanuit het oogpunt van art. 1 EP problematisch te achten.

427. Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen en winstdelingen van bestuurders en dagelijkse beleidsbepalers en deskundigheidstoetsing van commissarissen (32 512). Het wetsvoorstel is ook besproken door Lennarts & Meijer-Wagenaar 2011.

428. Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen en winstdelingen van bestuurders en dagelijkse beleidsbepalers en deskundigheidstoetsing van commissarissen (32 512). De volgende paragrafen zijn deels ook verwerkt in een artikel, zie: Lokin & Schild 2012.

429. Art. 2:135 lid 6 BW. Het bevoegde orgaan dient de bonus aan te passen tot een passende hoogte. Dit betekent dat de bonus zowel naar boven, als naar beneden kan worden bijgesteld. In de praktijk wordt het naar beneden aanpassen van de bonus ook wel een ‘hold back’ genoemd.

430. In het oorspronkelijke art. 2:135 lid 7 BW was opgenomen dat in geval van een openbaar bod de raad van commissarissen de bonus die ten gevolge van het openbaar bod onvoorwaardelijk wordt, aanpast tot een passende hoogte, indien uitkering van de bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In het volgende zullen wij ingaan op lid 7 en de wijzigingen die het heeft ondergaan.

431. Art. 2:135 lid 8 BW.

Vanuit de kamer is kritiek geuit op het wetsvoorstel omdat het geen regeling bevat voor wat kan worden genoemd ‘Bennink-situaties’.⁴³² De situatie waarbij een bestuurder ten gevolge van een overnamebod de waarde van zijn aandelen of opties in de eigen vennootschap sterk ziet stijgen. Daarmee strookt het wetsvoorstel niet met het reeds aangenomen amendement van de leden Tang & Irrgang.

Op initiatief van de leden Tang & Irrgang, heeft de Tweede Kamer in december 2009 een amendement aanvaard op grond waarvan de winst die bestuurders maken op hun aandelen na een overnamebod moet worden afgeroomd, teneinde te voorkomen dat een bestuurder vanwege privébelangen ook mee zou willen werken aan een overname die niet in het belang van de rechtspersoon en de aan haar verbonden onderneming is. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel is die wens opnieuw geuit.⁴³³ Van regeringszijde is opgemerkt dat deze wens niet valt te realiseren, onder meer aangezien art. 1 EP daaraan in de weg staat.

4.3.10.3 Het amendement Tang & Irrgang

Het amendement van de leden Tang & Irrgang, dat de vennootschapsrechtelijke gemoederen al enige tijd bezig houdt, strekt ertoe de persoonlijke financiële belangen van bestuurders en commissarissen in het geval van een overname te neutraliseren.⁴³⁴ Het amendement – in zijn oorspronkelijke opzet – voorziet in een regeling die de waarde van alle aandelen of opties in het kapitaal van de vennootschap voor bestuurders en commissarissen bevriest op een niveau van vier weken voor de aankondiging van een openbaar bod of fusie. De waardevermindering van de aandelen na deze peildatum dient te worden betaald aan de vennootschap. Het resultaat is dat een bestuurder of commissaris niet kan profiteren van een waardevermindering van zijn pakket ten gevolge van een openbaar bod. Daarmee wordt zijn eigen belang geëlimineerd bij het slagen van het bod. Het amendement is oorspronkelijk ingediend bij behandeling van het Wetsvoorstel Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht. Daar hoorde het niet in thuis, nu het amendement betrekking heeft op beursgenoteerde NV’s. Het amendement lijkt dan ook met name een politieke statement te zijn geweest.

De minister heeft – om het wetsvoorstel flexibilisering van het BV-recht te kunnen vlottrekken – bij nota van wijziging het voorstel van de leden Tang &

432. Toen Danone in 2007 Numico kocht, hield de toenmalige CEO van Numico – Bennink – daar zelf naar verluidt 80 miljoen euro aan over.

433. Zie *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 512, nr. 5, p. 9.

434. *Kamerstukken II*, 2009/10, 31 058 (flexibilisering van het BV-recht), nr. 24 (amendement van de leden Tang en Irrgang). Het is aanvaard met de steun van de fracties van de SP, PvdA, GroenLinks, PvdD, de ChristenUnie en de PVV.

HOOFDSTUK 4

Irrgang opgenomen in het wetsvoorstel *claw back*.⁴³⁵ Op 27 oktober jl. heeft de minister bij nota van wijziging een aangepaste versie voorgesteld van het amendement Tang & Irrgang.⁴³⁶

4.3.10.4 Is het amendement Tang & Irrgang in strijd met art. 1 EP?

Tegen het amendement Tang & Irrgang zijn diverse argumenten aangevoerd. Zo heeft de minister betoogd dat het amendement in strijd is met art. 1 EP.⁴³⁷ Dit argument is naar voren geschoven in een advies van de Commissie vennootschapsrecht.⁴³⁸ De Commissie vennootschapsrecht acht het waarschijnlijk dat het amendement in strijd is met art. 1 EP. Volgens de Commissie vennootschapsrecht wordt niet voldaan aan het ‘algemeen belang’-vereiste, aangezien de waardeinstijging van de aandelen en opties van de bestuurders uitsluitend ten goede komt aan de vennootschap.⁴³⁹ Voorts meent de Commissie vennootschapsrecht – nu de bestuurder een voordeel wordt ontnomen, terwijl daar geen vergoeding tegenover staat – dat niet wordt voldaan aan het *fair balance*-vereiste op grond waarvan een proportionele verhouding dient te bestaan tussen hetgeen de Staat beoogt te bereiken en de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten.

Dit argument, waaraan door verschillende auteurs alsmede door de minister veel gewicht is gehangen, overtuigt niet. Uit de jurisprudentie van het EHRM valt af te leiden dat hetgeen het amendement Tang & Irrgang beoogt te bewerkstelligen waarschijnlijk niet in strijd met art. 1 EP is.

Voor het onderhavige voorstel kunnen drie situaties worden onderscheiden waarin mogelijk sprake zou kunnen zijn van een inbreuk op art. 1 EP:

435. *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 512, nr. 8. In de woorden van Kroeze en Verbrugh ‘gijzelde’ het amendement Tang & Irrgang het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht. Kroeze & Verbrugh 2010, p. 998.

436. *Kamerstukken II*, 2011/12, 32 512, nr. 9. In de regeling die nu wordt voorgesteld, wordt de bezoldiging van de bestuurder die hem is toegekend in de vorm van aandelen of opties aangepast in overnamesituaties. Niet langer hoeft de bestuurder zonder meer de door hem gerealiseerde koerswinst op door hem gehouden aandelen en/of opties af te dragen na een overname. In de voorgestelde regeling wordt de koerswinst die hij realiseert op aandelen of opties – alleen de aandelen en opties die hij als loon heeft ontvangen – in mindering gebracht op zijn beloning.

437. Het betreft in het bijzonder de onderdelen van de regeling, inhoudende dat de betalingsplicht geldt ten aanzien van alle aandelen en opties, ook die de bestuurder op andere wijze dan als beloning heeft verkregen, en dat de bestuurder ook moet betalen wanneer de overname of transactie geen doorgang vindt en wanneer hij zijn aandelen niet verkoopt. Zie de toelichting bij de derde nota van wijziging; *Kamerstukken II*, 2011/12, 32 512, nr. 9.

438. Advies van de Commissie vennootschapsrecht d.d. 15 april 2010, te raadplegen op <<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/wetgeving/documenten-en-publicaties/brieven/2010/04/15/advies-beperking-bonusuitkering.html>>.

439. Zie *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 512, nr. 3, p. 20.

- (i) een bestuurder wordt de mogelijkheid ontnomen een koerswinst te realiseren op zijn aandelen en opties in geval in de toekomst een openbaar bod wordt uitgebracht;
- (ii) in geval daadwerkelijk een openbaar bod is uitgebracht, wordt de waardestijging van de aandelen en opties bij de bestuurder afgeroomd;
- (iii) de rechtspersoon wordt beperkt in de mogelijkheden om bestuurders te belonen door het vooruitzicht op een koerswinst in het geval van een openbaar bod.

Waar het betreft het bij voorbaat ontnemen van de mogelijkheid dat bestuurders in geval van een openbaar bod koerswinsten kunnen realiseren op door hun gehouden aandelen en opties, is de vraag of daarmee inbreuk wordt gemaakt op ‘eigendomsrechten’ van bestuurders in de zin van art. 1 EP. Weliswaar hanteert het EHRM een zeer ruim eigendomsbegrip, maar *future income* valt daar in beginsel buiten.⁴⁴⁰ Zolang geen openbaar bod is gedaan, bestaat voor een bestuurder met aandelen alleen de mogelijkheid dat hij ten gevolge van een openbaar bod een koerswinst op zijn aandelen zal kunnen behalen, hetgeen *future income* betreft. De mogelijkheid van koerswinst bij een overname bod, zal alleen als een aantasting van zijn recht ‘eigendom’ kunnen gelden indien er een *legitimate expectation* bestaat op deze koerswinst.⁴⁴¹ In situaties waarin dat niet het geval is, is geen sprake van een concrete aantasting van het recht op eigendom van een bestuurder in de zin van art. 1 EP. De koerswinst die een bestuurder in de toekomst hoopt te behalen bij een openbaar bod valt onder de categorie *future income*, waar art. 1 EP geen bescherming tegen biedt.

In de gevallen genoemd onder (ii) en (iii) kan waarschijnlijk wel sprake zijn van een inbreuk op het recht van eigendom. De bestuurder wordt belemmerd in de mogelijkheid te kunnen profiteren van een openbaar bod. De rechtspersoon ziet zich belemmerd in zijn vrijheid de beloningsstructuur van zijn bestuurders naar eigen inzicht in te richten.⁴⁴²

440. Nog niet genoten inkomen valt volgens vaste rechtspraak van het EHRM alleen onder het begrip eigendom “*if the income has been earned or where an enforceable claim to it exists*”. Zie o.a. EHRM 11 januari 2007, appl. nr. 73049/01 (*Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*), § 64, met verdere verwijzingen. Voor een overzicht van de jurisprudentie over het begrip *future income*, zie EHRM 13 maart 2012, appl. nr. 23780/08, EHCR 2012, 127 m.nt. Schild (*Malik t. Verenigd Koninkrijk*).

441. De mogelijkheid van koerswinst bij een overname bod, zal alleen als een aantasting van zijn recht ‘eigendom’ kunnen gelden indien er een *legitimate expectation* bestaat op deze koerswinst, zo volgt uit EHRM 28 september 2004, appl. nr. 44912/98 (*Kopecky t. Slowakije*), § 35: “(...) “*Possessions*” can be either “*existing possessions*” or *assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a “legitimate expectation” of obtaining effective enjoyment of a property right (...)*”.

442. Nu de beoogde regeling een belemmering opwerpt voor bedrijven om hun bestuurders financieel te laten profiteren bij een overname en aldus naar eigen inzicht te belonen, zie Grapperhaus 2012, p. 6-7.

HOOFDSTUK 4

Bij de beoordeling van de vraag of de inbreuk op het eigendomsrecht geoorloofd is onder art. 1 EP, komt het aan op de ‘drie stappen’-test. Bij de beoordeling van de eerste vraag – of de wettelijke regeling die inbreuk maakt het algemeen belang dient – pleegt het EHRM zich in beginsel te conformeren aan het oordeel van de verdragsstaat, tenzij dit oordeel zonder redelijke grond is.⁴⁴³ De door Tang & Irrgang beoogde regeling wil het persoonlijke financiële belang van bestuurders in overnamesituaties verminderen. Daarmee hoopt de wetgever te bevorderen dat de besluitvorming zoveel mogelijk wordt ingegeven door het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming.⁴⁴⁴ Het streven naar een evenwichtige besluitvorming in rechtspersonen dient het algemeen belang.⁴⁴⁵ De beoogde regulering van het eigendomsrecht zoals dat in deze aan de orde is, zal ook voldoen aan de tweede eis, nu zij bij wet zal zijn voorzien.

Ten slotte de laatste vraag: is sprake van een *fair balance*? Daarvoor gelden weer de eisen dat (i) dat de inbreuk niet mag resulteren in een *individual and excessive burden*⁴⁴⁶ en (ii) dat er een redelijke mate van evenredigheid moet bestaan tussen de gebruikte middelen en het doel dat wordt nagestreefd.⁴⁴⁷

Bij de vraag of hetgeen is voorgesteld door de leden Tang & Irrgang voldoet aan het vereiste van een *fair balance*, zal het EHRM vooropstellen dat de regeling eigendomsrechten reguleert. Er is geen sprake van een *deprivation of property* zoals dat door het EHRM wordt verstaan, omdat de aandelen en opties de bestuurder niet worden ontnomen maar bij de bestuurder blijven en alleen een mogelijkere wijze te ontvangen voordeel op deze aandelen en opties in de specifieke situatie van een openbaar bod de bestuurder bij voorbaat wordt onthouden.⁴⁴⁸ Voorts zal het EHRM constateren dat wanneer de regeling is

443. Vaste jurisprudentie sinds EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*). Zie bijv. EHRM 15 november 2005, *J. A. Pye (Oxford) Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*, appl. nr. 44302/02, § 44. In EHRM 15 maart 2007, appl. nrs. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, en 194/02 (*Velikovi e.a. t. Bulgarije*), is overwogen (§ 169) dat in beginsel het oordeel van de wetgever wordt gevolgd over wat het in het algemeen belang is, “*unless that judgment is manifestly without reasonable foundation. (...)*”.

444. *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 512, nr. 7, p. 4.

445. Bij complexe vraagstukken in privaatrechtelijk verhoudingen gunt het EHRM de verdragsstaten nog een extra ruime *margin of appreciation*, zie EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02, NJ 2008, 269 m.nt. Alkema (*J.A. Pye (oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 71.

446. EHRM 23 september 1982, appl. nr. 7151/75 & 7152/75 (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*) § 69, en EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 50.

447. EHRM 5 januari 2000, appl. nr. 33202/96, NJ 2000, 571 (*Beyeler t. Italië*), § 114.

448. Het EHRM reserveert de term ‘ontnemings’ (*deprivation*) voor onteigeningssituaties, waarbij zelfs niet iedere situatie waarin sprake is van een *loss of ownership of possessions* als een ontneming kan worden beschouwd, zie EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02, NJ 2008, 269 m.nt. Alkema (*J.A. Pye (oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 64.

ingevoerd, met een redelijke termijn voor inwerkingtreding, bestuurders en de rechtspersoon bij de vaststelling van het beloningspakket rekening hebben kunnen houden met deze wijze van ‘regulering van eigendom’.

Bij de beoordeling van de vraag of het doel en de regeling in een evenredige verhouding staan, zal het, zoals reeds opgemerkt, weinig twijfel lijden dat het EHRM de wens van de wetgever om de koerswinst die bestuurders realiseren bij een openbaar bod af te willen romen, teneinde een zuivere besluitvorming te bevorderen, als een legitiem doel zal aanmerken. De voorgestelde regeling betreft een geschikt instrument om dat doel te verwezenlijken en lijkt ook niet verder te gaan dan noodzakelijk voor het beoogde doel. Mede gelet op de ruime *margin of appreciation* die het EHRM de verdragsstaten in deze pleegt te laten, de menselijke waardigheid niet in het geding is en de bestuurders de beschikking hebben over adequate rechtswaarborgen, lijkt er dan ook geen reden tot zorg.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat – wat men ook verder moge vinden van het amendement Tang & Irrgang – de voorgestelde regeling waarschijnlijk geen situaties doet ontstaan die door het EHRM strijdig zullen worden geacht met het bepaalde in art. 1 EP. Dat wordt alleen anders wanneer de regeling wordt ingevoerd op een wijze waardoor *legitimate expectations* aan bestuurders worden ontnomen, of de regeling verder zal gaan dan nodig is om het beoogde doel te verwezenlijken.

Mijn conclusie na het voorgaande is dat noch hetgeen de regering heeft voorgesteld – de *claw back*-bevoegdheden, op grond van het verstrekken van onjuiste informatie en de redelijkheid en billijkheid – noch het amendement Tang/Irrgang strijdig geacht kunnen worden met verplichtingen die Nederland heeft te eerbiedigen op grond van art. 1 EP.

4.4 Conclusie

Art. 1 EP komt als norm vrij snel in beeld in het ondernemingsrecht. De oorzaak daarvan is met name (i) het ruime eigendomsbegrip dat het EHRM hanteert, en (ii) de positieve verplichtingen die het EHRM aan art. 1 EP verbindt, met als gevolg dat art. 1 EP ook in horizontale verhoudingen een relevante norm kan zijn. Anderzijds valt niet te ontkennen dat weliswaar art. 1 EP snel in beeld is, maar dat mede gezien de *margin of appreciation* die staten wordt gegund niet snel sprake is van een schending van art. 1 EP.⁴⁴⁹

In geschillen in het ondernemingsrecht wordt met regelmaat een beroep op art. 1 EP gedaan. Het is belangrijk dat een dergelijk beroep voldoende wordt geconcretiseerd, in het bijzonder wanneer het beroep wordt gedaan op het ontbreken van een voldoende rechtvaardiging voor een inbreuk. Anders zal de rechter op eenvoudige wijze eraan voorbij kunnen gaan. De (rechts)persoon die

449. Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 84.

HOOFDSTUK 4

zich beroept op art. 1 EP dient aannemelijk maken dat gezien *de concrete omstandigheden* van het geval een disproportionele inbreuk dreigt. Het is aan de klager de rechter te overtuigen van het disproportionele karakter van de (beoogde) handelwijze.⁴⁵⁰

Een rechter doet er verstandig aan in zijn uitspraak de aan de orde zijnde belangen te benoemen. Dat bevordert de inzichtelijkheid van de belangenafweging die ten grondslag zal liggen aan zijn oordeel. Daarnaast zal waarschijnlijk het EHRM minder snel genegen zijn een klacht te honoreren indien uit de bestreden uitspraak blijkt dat de nationale rechter zich uitdrukkelijk rekenschap heeft gegeven van alle op het spel staande belangen.⁴⁵¹

Ik meen dat de omstandigheid dat de norm die art. 1 EP geeft ruim is, niet meebrengt dat de norm geen zelfstandige betekenis heeft naast de redelijkheid en billijkheid. Art. 1 EP is niet bedoeld als een *hard and fast rule*, teneinde duidelijkheid te verschaffen in concrete gevallen. Art. 1 EP is bedoeld om tot uitdrukking te brengen dat het ontbreken van respect voor eigendomsrechten, een eigenschap pleegt te zijn van totalitaire regimes.

Art. 1 EP articuleert het basale respect dat dient te bestaan voor eigendomsrechten. Daarmee stelt het ook grenzen aan de wijze waarop bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend door organen van vennootschappen. Art. 1 EP geeft een grens aan bij het uitoefenen van rechten en bevoegdheden voor het nastreven van eigen belangen.

Voorts kan de wijze waarop het EHRM art. 1 EP hanteert – bijvoorbeeld het uitgangspunt dat bij een ontneming van eigendom volledige compensatie dient te worden geboden – houvast bieden bij het bepalen van wat redelijk en billijk is. Ten slotte ligt in art. 1 EP besloten de gedachte dat voorzien dient te worden in voldoende rechtsmiddelen die kunnen worden aangewend tegen een vermeende inbreuk op eigendomsrechten.

Tegen deze achtergrond begrijp ik art. 1 EP niet zozeer als een uitwerking van een billijkheidsnorm – wat art. 1 EP uiteraard in zijn concrete toepassing ook is – maar vooral ook als een norm die tot een zekere zorgvuldigheid dwingt wanneer inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten van derden. Waar de redelijkheid en billijkheid met name ook zijn bedoeld om regels te corrigeren dan wel leemten aan te vullen – de wetgever kan niet alle gevalstypen die zich kunnen voordoen voorzien – is het belang van art. 1 EP gelegen in de achterliggende waarde die ermee tot uitdrukking wordt gebracht. Daarmee heeft art. 1 EP het karakter van een grondnorm, die ook het ondernemingsrecht bestrijkt.

450. Conform de hoofdregel van art. 150 Rv.

451. Het EHRM toetst uitspraken van de nationale rechters terughoudend en onderzoekt slechts of “*the decisions of those courts are not flawed by arbitrariness or otherwise manifestly unreasonable.*” EHRM 11 januari 2007, *Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*, appl. nr. 73049/01, § 39.

Kijkt men naar de materiële invloed van art. 1 EP op het ondernemingsrecht dan blijkt het volgende. Drie niveaus kunnen worden onderscheiden. In *de eerste plaats* dwingt het de wetgever het recht op eigendom te respecteren bij het ontwerpen van regelgeving. Er mag daarbij niet een grotere inbreuk op eigendomsrechten worden gemaakt, dan door het nagestreefde belang kan worden gerechtvaardigd. Het gaat op dit niveau om de klassieke verticale verhouding tussen de Staat en zijn onderdanen.

De conclusie naar aanleiding van het voorgaande is dat er (nog) geen wetsbepalingen in het ondernemingsrecht aanwezig lijken te zijn die zonder meer het risico lopen in strijd te worden geacht met art. 1 EP. Alleen de Interventiewet biedt reden tot zorg. Het bevat onvoldoende effectieve rechtsmiddelen voor de vennootschap om te kunnen opkomen tegen de onteigeningsbevoegdheden die DNB worden toevertrouwd.

In *de tweede plaats* richt de norm van art. 1 EP zich tot de rechter. Verzuimt de rechter in een adequate rechtsbescherming te voorzien in het concrete geval, dan kan dit leiden tot een veroordeling van de verdragsstaat wegens het schenden van de verplichting (ex art. 1 EVRM) een ongestoord genot van het eigendomsrecht te verzekeren (de zogenoemde, positieve verplichting).

Soms zal een rechter een norm zodanig dienen te verstaan, dat zij niet in strijd komt met het EVRM. Zo verhindert art. 1 EP dat de Ondernemingskamer de haar in art. 2:356 BW toevertrouwde bevoegdheid om aandelen tijdelijk ten titel van beheer over te dragen, zo verstaat dat zij daarin ook de bevoegdheid kan lezen om aandelen voor een onbepaalde tijd te certificeren.

Daarnaast biedt art. 2:8 BW de Nederlandse rechter de mogelijkheid om bijvoorbeeld organen te beteugelen in hun vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen op een wijze die de eigendomsrechten van derden op een onaanvaardbare wijze doorkruist. Een in dit hoofdstuk besproken voorbeeld betreft de situatie waarin een aandeelhouder door middel van een fusie een minderheidsbelang tracht te reduceren tot onder de 5% grens, teneinde dit belang te kunnen uitkopen. Op de vraag of een dergelijke handelwijze is geoorloofd is geen eenduidig antwoord mogelijk. De rechter zal aan de hand van de omstandigheden van het geval dienen te beslissen of de aandeelhouder aldus in strijd met art. 2:8 BW handelt. In zijn afweging zal de rechter onder meer het belang van de minderheidsaandeelhouder bij een ongestoord genot op eigendom moeten betrekken, alsmede het belang van de meerderheidsaandeelhouder bij volledige zeggenschap.

In *de derde plaats* normeert art. 1 EP het handelen van (rechts)personen. Nu een rechter in de horizontale verhouding acht zal dienen te slaan op de jurisprudentie ten aanzien van art. 1 EP – wil deze het risico op een veroordeling van de Staat in Straatsburg voorkomen – vormt art. 1 EP ook voor private partijen een relevante grondnorm. Een vennootschap die een fusie zodanig inkleedt dat de minderheidsaandeelhouders geen nieuwe aandelen verwerven

HOOFDSTUK 4

door een nominale waarde te kiezen voor de aandelen van de verkrijgende vennootschap die zo hoog is dat er voor aandeelhouders die slechts een klein belang houden geen recht meer bestaat op een nieuw aandeel, dient er rekening mee te houden dat hij daarmee naar alle waarschijnlijkheid op ongerechtvaardigde wijze inbreuk maakt op de eigendomsrechten van de minderheidsaandeelhouder.

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.*”

HOOFDSTUK 5

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 ontlenen 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.

HOOFDSTUK 5

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 volontaire 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 overvloede 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 reageren 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.

HOOFDSTUK 5

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, L/JN 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, L/JN 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 behoeft 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 →*

HOOFDSTUK 5

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 ontlenuen 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 immunitet 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

Volgende 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*).

HOOFDSTUK 5

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 ontlenen 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 →

HOOFDSTUK 5

In het licht hiervan lijkt het mij moeilijk vol te houden dat met een wanbeleid-oordeel 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 wanbeleidoordeel 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.

Hoofdstuk 6. Artikel 8 EVRM

6.1 Inleiding

Op 19 november 1985 viel de Franse mededingingsautoriteit tegelijkertijd bij zesenvijftig bouwbedrijven binnen. Men vermoedde dat sprake was geweest van grootschalige malversaties bij overheidsaanbestedingen. Bij de actie werden enige duizenden documenten in beslag genomen. De invallen vonden plaats op grond van twee wettelijke bepalingen die de ambtenaren van de mededingingsautoriteiten de bevoegdheid gaven om bij elk bedrijf binnen te mogen treden en ieder document dat zich daar bevond in beslag te mogen nemen.

Op grond van de in beslag genomen documenten werden een groot aantal boetes opgelegd, onder andere aan de vennootschap Colas Est. Colas Est c.s. betwistten de legitimiteit van de invallen, eerst bij de Franse rechter en vervolgens bij het EHRM. Colas Est c.s. klaagden dat, nu de invallen waren verricht zonder specifieke rechtelijke machtiging vooraf, art. 8 EVRM was geschonden. Deze klacht wierp in Straatsburg de vraag op of bedrijfsruimten ook onder het begrip *home* uit art. 8 EVRM vallen. Kunnen rechtspersonen aanspraak maken op bescherming van het ‘huisrecht’ zoals dat wordt gewaarborgd door art. 8 EVRM?

6.2 De ontwikkeling van jurisprudentie ten aanzien van art. 8 EVRM

Art. 8 EVRM beoogt het recht op eerbiediging van privéleven, familie- en gezinsleven te waarborgen.¹ Het luidt als volgt:

1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

1. Van art. 8 EVRM wordt ook wel gezegd dat het artikel het ‘huisrecht’ beoogt te beschermen.

HOOFDSTUK 6

Het eerste lid strekt tot bescherming van de privacy. Het tweede lid geeft een ‘driestappentest’ om te beoordelen of een inmenging gerechtvaardigd kan worden. Daartoe dient te worden beoordeeld of (i) de inbreuk is gebaseerd op een wetsbepaling, (ii) een legitiem doel dient, (iii) en ten slotte, ook als noodzakelijk kan worden beschouwd in een democratische samenleving.

In hoeverre kunnen rechtspersonen zich beroepen op art. 8 EVRM?² Kunnen natuurlijke personen tijdens zakelijke activiteiten bescherming ontfanen aan art. 8 EVRM, bijvoorbeeld met betrekking tot gevoerde correspondentie?³

Het EHRM heeft over het begrip *private life* overwogen dat het niet mogelijk – en ook niet nodig – is daarvan een uitputtende definitie te geven.⁴ Juist omdat mensen in hun werk ook veel relaties met andere mensen ontwikkelen, is een scherp onderscheid tussen werk- en privésituaties ook

2. Zie over deze vraag ook A-G Asser in zijn noot voor HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850 m.nt. Alkema.

3. Bij de uitleg van een uitzonderingsbepaling op de Freedom of Information Act heeft de US Supreme Court geoordeeld (in *FCC v. AT&T Inc.* et. al. (2011)) dat rechtspersonen *geen* beroep kunnen doen op de uitzondering die geldt voor *law enforcement records* die “*could reasonably be expected to constitute an unwarranted invasion of personal privacy*”, aangezien het woord *personal* dient te worden verstaan als uitsluitend verwijzend naar natuurlijke personen.

4. EHRM 16 december 1992, appl. nr. 13710/88, NJ 1993, 400 m.nt. Dommering (*Niemietz t. Duitsland*), § 29: “*The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of "private life". However, it would be too restrictive to limit the notion to an "inner circle" in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings.*

There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of "private life" should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world. This view is supported by the fact that, as was rightly pointed out by the Commission, it is not always possible to distinguish clearly which of an individual's activities form part of his professional or business life and which do not. Thus, especially in the case of a person exercising a liberal profession, his work in that context may form part and parcel of his life to such a degree that it becomes impossible to know in what capacity he is acting at a given moment of time.

*To deny the protection of Article 8 (art. 8) on the ground that the measure complained of related only to professional activities – as the Government suggested should be done in the present case – could moreover lead to an inequality of treatment, in that such protection would remain available to a person whose professional and non-professional activities were so intermingled that there was no means of distinguishing between them. In fact, the Court has not heretofore drawn such distinctions: it concluded that there had been an interference with private life even where telephone tapping covered both business and private calls (see the *Huvig v. France* judgment of 24 April 1990, Series A no. 176-B, p. 41, para. 8, and →*

niet werkbaar bij de toepassing van art. 8 EVRM, aldus het EHRM. Ook buiten de huiselijke sfeer kan derhalve art. 8 EVRM van toepassing zijn.

De vraag of ook bedrijfsruimten onder art. 8 EVRM vielen werd eerst door het EHRM enigszins ontweken. In *Chappell t. Verenigd Koninkrijk* werd een huiszoekingsbevel voor een bedrijf dat werd verdacht van het illegaal kopiëren van videocassettes getoetst aan art. 8 EVRM.⁵ Art. 8 EVRM werd in dat geval – zonder dat dit verder een onderwerp van discussie vormde – van toepassing geacht. In het desbetreffende geval was evenwel sprake van een bedrijf aan huis, zodat in zoverre ook sprake was van een woning. De vraag of een bedrijfspand als zodanig onder de reikwijdte van art. 8 EVRM valt, kwam in de *Chappell*-uitspraak om die reden niet expliciet aan de orde.

In de zaak *Huvig t. Frankrijk* oordeelde het EHRM dat sprake was van een inbreuk op het privéleven in een geval waarin telefoonverkeer werd afgeluisterd met zowel een zakelijk- als een privékarakter.⁶ In deze context behoefde het EHRM de vraag of louter zakelijk telefoonverkeer ook onder de reikwijdte van art. 8 EVRM zou vallen, niet te beantwoorden.

De vraag of art. 8 EVRM ook buiten het strikte privédomein gelding had kwam voor het eerst expliciet aan de orde in de zaak *Niemietz t. Duitsland*.⁷ De aanleiding van deze zaak vormde een brief aan een rechter van een *Amtsgericht* met een tekst die als dreigend, dan wel als beledigend kon worden beschouwd. De brief was verstuurd door een zekere 'Klaus Wegner' vanaf een postkantoor. De brief was ondertekend door een actiegroep: de *Freiburg Bunte List*.⁸ Vermoed werd dat Niemietz – een advocaat met een 'activistisch' verleden – achter deze brief zat. De *Freiburg Bunte List* had geen bekend adres, maar de post voor deze groepering was vanuit een postbus tot een zeker moment aan *Niemietz* doorgestuurd.

De politie doorzocht het advocatenkantoor van *Niemietz*, waarbij ook de dossiers van zijn cliënten werden doorzocht. Er werd geen belastend materiaal gevonden. De zaak tegen *Niemietz* werd later geseponneerd wegens gebrek aan bewijs.

p. 52, para. 25); and, where a search was directed solely against business activities, it did not rely on that fact as a ground for excluding the applicability of Article 8 (art. 8) under the head of "private life" (see the Chappell v. the United Kingdom judgment of 30 March 1989, Series A no. 152-A, pp. 12-13, para. 26, and pp. 21-22, para. 51.)"

5. EHRM 30 maart 1989, appl.nr. 10461/83 (*Chappell t. Verenigd Koninkrijk*).

6. EHRM 24 april 1990, appl. nr. 11105/84 (*Huvig t. Frankrijk*).

7. EHRM 16 december 1992, appl. nr. 13710/88, NJ 1993, 400 m.nt. Dommering (*Niemietz t. Duitsland*).

8. Aanleiding voor deze brief was een rechtszaak met betrekking tot de *Kirchensteuer*. Van personen die als lid van een erkende kerk staan geregistreerd wordt in Duitsland de kerkelijke bijdrage middels de (inkomsten)belasting geheven. De Duitse staat helpt zo de kerken bij het innen van de geldelijke contributies.

HOOFDSTUK 6

Niemietz beklaagde zich op zijn beurt wel bij de rechter over het ongeldig zijn van het huiszoekingsbevel. Daarbij bracht hij naar voren dat het huiszoekingsbevel onvoldoende nauwkeurig was geweest. De hoeveelheid materiaal die was doorzocht stond in geen verhouding tot de verdenking, aldus *Niemietz*, mede gelet op de geheimhoudingsplicht die op hem als advocaat rustte.

Volgens Duitsland was geen sprake van een inbreuk op door art. 8 EVRM beschermde rechten nu een kantoor was doorzocht en niet een privéruimte. In reactie daarop stelde het EHRM voorop dat het woord *home* uit de Engelse tekst juist ook in Duitsland geacht werd mede betrekking te hebben op bedrijfsruimten. Het EHRM voegde daaraan toe dat het Franse woord *domicile* een ruimer bereik heeft dan het woord *home* en in zijn algemeenheid ook kan zien op een bedrijfsruimte. Een enge interpretatie van het begrip *home* ligt voorts niet voor de hand, aldus het EHRM, aangezien dat tot afbakeningsproblemen zou leiden. Bijvoorbeeld indien een beroep vanuit huis zou worden uitgeoefend. Ten slotte overwoog het EHRM dat het in overeenstemming was met de strekking en het doel van art. 8 EVRM om ook “*certain professional or business activities or premises*” onder de reikwijdte van genoemd artikel te begrijpen.⁹

Daarmee werd een principiële stap gezet. Het EHRM aanvaardde dat onder omstandigheden natuurlijke personen ook bij het uitoefenen van zakelijke activiteiten bescherming kunnen ontlene aan art. 8 EVRM.¹⁰ Theoretisch bleef de mogelijkheid bestaan dat het EHRM onderscheid zou gaan maken tussen bedrijfsruimten van natuurlijke personen (een ‘*Niemietz-geval*’) en die van rechtspersonen.¹¹

Over de klacht van *Niemietz* oordeelde het EHRM dat art. 8 EHRM was geschonden, met name nu de huiszoeking een verder gaande inbreuk betrof dan kon worden gerechtvaardigd. Daarbij liet het EHRM meewegen dat door de

9. “31. More generally, to interpret the words “private life” and “home” as including certain professional or business activities or premises would be consonant with the essential object and purpose of Article 8 (art. 8), namely to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities (see, for example, the *Marckx v. Belgium* judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 15, para. 31). Such an interpretation would not unduly hamper the Contracting States, for they would retain their entitlement to “interfere” to the extent permitted by paragraph 2 of Article 8 (art. 8-2); that entitlement might well be more far-reaching where professional or business activities or premises were involved than would otherwise be the case.”

10. Het verweer van Duitsland dat art. 8 EVRM toepassing miste nu het om advocatenkantoor ging, werd verworpen. Het EHRM achtte sprake van een inbreuk op dit artikel, welke niet kon worden gerechtvaardigd. Het huiszoekingsbevel was te ruim geformuleerd aangezien niet was vermeld dat slechts naar documenten mocht worden gezocht om de identiteit te achterhalen van Klaus Wegner. Daarmee was sprake geweest van een disproportionele inzet van dit instrument.

11. Zie ook Dommering in zijn noot onder de *Niemietz*-uitspraak (NJ 1993, 400).

wijze waarop de huiszoeking feitelijk had plaatsgevonden het ambtsgeheim van *Niemietz* op ernstige wijze was doorkruist.¹²

6.3 De Colas Est-uitspraak

De zaak *Colas Est e.a. t. Frankrijk* – die in de inleiding bij dit hoofdstuk reeds kort is toegelicht – betrof een inval van de Franse mededingingsautoriteiten bij Franse bouwondernemers.¹³ De invallen hadden plaatsgevonden zonder een specifieke rechterlijke machtiging. In de *Niemietz*- en *Chappel*-uitspraken waren de verzoekers in Straatsburg nog natuurlijke personen. In *Colas Est* waren het drie rechtspersonen die aanspraak maakten op bescherming onder art. 8 EVRM.

Het EHRM stelde in de *Colas-Est*-uitspraak voorop dat het EVRM als *living instrument* moest worden beschouwd dat naar *present-day conditions* geïnterpreteerd dient te worden. Daaraan voegde het EHRM toe dat de tijd was gekomen om te overwegen dat “in certain circumstances the rights guaranteed by Article 8 of the Convention may be construed as including the right to respect for a company’s registered office, branches or other business premises”.¹⁴ Met deze overweging heeft het EHRM in beginsel aanvaard dat rechtspersonen voor wat betreft door hen gebruikte ruimten bescherming kunnen ontlenen aan art. 8 EVRM.¹⁵

Wat opvalt aan hetgeen in *Colas Est* is overwogen, is dat in de aanloop – met name de woorden *the time has come* – eerst wordt gesuggereerd dat het

-
12. De proportionaliteitsmaatstaf ligt besloten in het in art. 8 lid 2 EVRM opgenomen vereiste dat een inbreuk moet kunnen worden gerechtvaardigd met een ‘*necessary in a democratic society*’-test. Zie daarover Van Dijk & Van Hoof e.a., 2006, p. 747.
 13. EHRM 16 april 2002, appl. nr. 37971/97, NJ 2003, 452 m.nt. Dommering (*Colas Est e.a. t. Frankrijk*). Dit arrest is ook geannoteerd door Vossestein (JOR 2002, 157), Janssen (EHRC 2002-46), Jansen (AB 2002, 277) en door Tak (NJCM-Bulletin 2003-1, p. 37-44).
 14. “41. *The Court reiterates that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions (...). Building on its dynamic interpretation of the Convention, the Court considers that the time has come to hold that in certain circumstances the rights guaranteed by Article 8 of the Convention may be construed as including the right to respect for a company’s registered office, branches or other business premises (see, mutatis mutandis, Niemietz, cited above, p. 34, § 30).*”
 15. De opvattingen in de literatuur zijn overigens enigszins verdeeld over het principiële karakter van deze uitspraak. Enerzijds schrijft Janssen in zijn noot onder *Colas Est* (EHRC 2002, 46): “*Het hof heeft echter nog steeds niet een alomvattende aanspraak – zoals natuurlijke personen die wel genieten – op art. 8 voor rechtspersonen aanvaard. (...) Dat zal het hof wel per zaak uitmaken, afgaande op de casuïstische benadering die het vaker hanteert.*” Anderzijds schrijft Dommering in zijn noot (NJ 2003, 452) dat na de arresten *Chappell* en *Niemietz* duidelijk was dat het EHRM zonder voorbehoud het woonplaatsbegrip in artikel 8 EVRM op kantoorruimten van toepassing zou verklaren, en na *Colas Est* ook duidelijk is dat art. 8 van toepassing is, ongeacht de rechtsvorm van de onderneming.

HOOFDSTUK 6

EHRM nu ferm als uitgangspunt wenst te aanvaarden dat art. 8 EVRM ook op bedrijfsruimten van toepassing is en rechtspersonen net als natuurlijke personen bescherming aan dit artikel kunnen ontnemen, waarna deze stap direct weer lijkt te worden gerelativeerd door de woorden *in certain circumstances*. Niet duidelijk wordt gemaakt voor welke situaties deze relativering is bedoeld.¹⁶

In *Colas Est* werd overigens niet door Frankrijk betwist dat art. 8 EVRM van toepassing was. Frankrijk stelde echter dat van een inbreuk op dit artikel geen sprake was geweest. Er was gebruik gemaakt van een wettelijke bevoegdheid tot binnentreden. De bedrijfsruimten waren evenwel niet actief doorzocht, zo luidde het verweer. Van een *search* voor documenten was geen sprake geweest.¹⁷ De mate waarin inbreuk was gemaakt op het huisrecht was derhalve proportioneel geweest in verhouding tot het publieke belang dat werd nagestreefd: het bestrijden van kartelafspraken, aldus het verweer.

Het EHRM oordeelt dat in het midden kan blijven of sprake is geweest van een *search for documents*, omdat reeds op andere gronden sprake is van een schending van art. 8 EVRM. Het EHRM acht de wettelijke bevoegdheden te ruim en de wettelijke waarborgen daartegen te gering, aangezien de bevoegde ambtenaren naar eigen inzicht over de inzet van hun bevoegdheid tot binnentreden konden beschikken, waarbij voorts werd meegewogen dat aan het onderzoek geen rechterlijke goedkeuring was voorafgegaan.¹⁸ Voor *Colas Est*

16. Overigens wordt reeds bij de vraag of een inbreuk kan worden gerechtvaardigd rekening gehouden met de functie van een ruimte. In het geval van een bedrijfsruimte valt de toets minder streng uit dan wanneer het gaat om een privéwoning. Zie *Colas Est e.a. t. Frankrijk*, § 42.

17. *Colas Est e.a. t. Frankrijk*, § 34.

18. “48. *The Court considers that although the scale of the operations that were conducted – as the Government pointed out – in order to prevent the disappearance or concealment of evidence of anti-competitive practices justified the impugned interference with the applicant companies’ right to respect for their premises, the relevant legislation and practice should nevertheless have afforded adequate and effective safeguards against abuse (ibid., mutatis mutandis, pp. 24-25, § 56, p. 62, § 39, and pp. 89-90, § 37, respectively).*
49. *The Court observes, however, that that was not so in the instant case. At the material time – and the Court does not have to express an opinion on the legislative reforms of 1986, whereby inspectors’ investigative powers became subject to prior authorisation by a judge – the relevant authorities had very wide powers which, pursuant to the 1945 ordinance, gave them exclusive competence to determine the expediency, number, length and scale of inspections. Moreover, the inspections in issue took place without any prior warrant being issued by a judge and without a senior police officer being present (ibid., mutatis mutandis, p. 25, § 57, p. 63, § 40, and p. 90, § 38, respectively). That being so, even supposing that the entitlement to interfere may be more far-reaching where the business premises of a juristic person are concerned (see, mutatis mutandis, Niemietz, cited above, p. 34, § 31), the Court considers, having regard to the manner of proceeding outlined above, that the impugned operations in the competition field cannot be regarded as strictly proportionate to the legitimate aims pursued (see Funke, Crémieux and Mialhe (no. 1), cited above, p. 25, § 57, p. 63, § 40, and p. 90, § 38, respectively).”*

c.s. vormde deze uitspraak overigens een Phyrusoverwinning, daar het EHRM slechts een gering bedrag aan schadevergoeding toekende.¹⁹

De in *Colas Est* gekozen lijn is nadien door het EHRM voortgezet. Zo heeft het EHRM bijvoorbeeld in *Petri Sallinen e.a. t. Finland*²⁰ en in *Wieser & Bicos Beteiligungen GmbH t. Oostenrijk*²¹ – waarin het net als in de *Niemietz*-zaak steeds ging om een huiszoeking bij een advocatenkantoor – bevestigd dat ook een kantoor en bedrijfsruimten onder het begrip *home* kunnen vallen. Ook de in *Niemietz* ingezette lijn dat zakelijke gegevens en ook computerbestanden onder het begrip ‘correspondentie’ kunnen worden begrepen is inmiddels vaste rechtspraak.²² Het EHRM heeft in dat kader nog geëxpliciteerd dat niet van belang is of de correspondentie toebehoort aan rechtspersonen of natuurlijke personen.

6.4 Gevolgen van *Colas Est* voor het Nederlandse recht

Na het wijzen van de *Colas Est*-uitspraak hebben diverse schrijvers de vraag opgeworpen of het Nederlandse recht nog ‘Straatsburg-proof’ kon worden geacht voor wat betreft de bevoegdheden die gelden voor het binnentreden.²³ In

-
19. *Colas-Est* c.s. vorderden de door de mededingingsautoriteiten opgelegde boetes als schadevergoeding. De hoogte daarvan liep in de miljoenen euro’s. Het EHRM gaat niet mee in dat verzoek. Men stelt vast dat niet kan worden overzien wat de uitkomst van het onderzoek zou zijn geweest indien het huiszoekingsbevel rechtsgeldig zou zijn geweest. Voor non-pecuniary damage wordt een schadevergoeding van slechts EUR 5.000 toegekend.
 20. EHRM 27 september 2005, appl. nr. 50882/99 (*Petri Sallinen e.a. t. Finland*), § 70: “The Court would point out that, as it has now repeatedly held, the notion of “home” in Article 8 § 1 encompasses not only a private individual’s home. It recalls that the word “domicile” in the French version of Article 8 has a broader connotation than the word “home” and may extend, for example, to a professional person’s office. Consequently, “home” is to be construed as including also the registered office of a company run by a private individual, as well as a juristic person’s registered office, branches and other business premises.”
 21. EHRM 16 oktober 2007, appl. nr. 74336/01 (*Wieser & Bicos Beteiligungen GmbH t. Oostenrijk*), § 43.
 22. Vgl. bijv. EHRM 16 oktober 2007, appl. nr. 74336/01 (*Wieser & Bicos Beteiligungen GmbH t. Oostenrijk*), § 45: “The Court considers that the search and seizure of electronic data constituted an interference with the applicants’ right to respect for their “correspondence” within the meaning of Article 8 (see *Niemietz*, cited above, pp. 34-35, § 32 as regards a lawyer’s business correspondence, and *Petri Sallinen and Others*, cited above, § 71, relating to the seizure of a lawyer’s computer disks). Having regard to its above-cited case-law extending the notion of “home” to a company’s business premises, the Court sees no reason to distinguish between the first applicant, who is a natural person, and the second applicant, which is a legal person, as regards the notion of “correspondence”. It does not consider it necessary to examine whether there was also an interference with the applicants’ “private life”.”
 23. Volgens Barkhuysen 2002 (p. 241) kan met name het ontbreken van controlemechanisme dat voorziet in een toetsing door een onafhankelijke autoriteit van de bevoegdheid tot →

HOOFDSTUK 6

het Nederlandse recht wordt daarbij op diverse plaatsen onderscheid gemaakt tussen woningen en bedrijfsruimten.²⁴ Een onderscheid dat voor wat betreft de toepasselijkheid van art. 8 EVRM geen rol meer lijkt te spelen.

In art. 5:15 Awb wordt aan een toezichthouder (die ingevolge art. 5:11 Awb bij bijzondere wet is aangewezen) de bevoegdheid toegekend, om elke plaats te betreden, met uitzondering van een woning (waarvoor toestemming van de bewoner nodig is).²⁵ Op grond van art. 5:16 Awb heeft de toezichthouder ook het recht inlichtingen te vorderen. Art. 5:17 Awb machtigt de toezichthouder om kopieën te maken van gegevens en bescheiden, alsmede deze voor korte tijd mee te nemen. Ambtenaren van de Commissie hebben op grond van Verordening 1/2003 vergelijkbare bevoegdheden.²⁶

De bevoegdheid tot binnentreden ex art. 5:15 Awb of op grond van art. 20 Verordening 1/2003 omvat niet de bevoegdheid om ook een ruimte te mogen *doorzoeken*, noch de bevoegdheid documenten in beslag te nemen (en aldus voor langere duur onder zich te houden). Het doorzoeken van plaatsen vergt een afzonderlijke wettelijke – en meer specifiek in beginsel strafrechtelijke – grondslag.²⁷

Onder meer Barkhuysen en Dommering hebben de vraag opgeworpen of de in art. 5:15 Awb e.v. aan de toezichthouder gegeven bevoegdheden met voldoende waarborgen zijn omgeven. Deze vraag komt op, met name gezien het bijzondere belang dat het EHRM lijkt te hechten aan het bestaan van een rechtelijke toetsing voorafgaande aan een binnentreden, als een waarborg tegen

binnentreden onder omstandigheden op gespannen voet staan met hetgeen is overwogen in de *Colast Est*-uitspraak. Zo schrijft Barkhuysen (p. 237) dat: “*Waar het het Hof te doen is om daadwerkelijke waarborgen tegen willekeurige bevoegdheidsuitoefening mag worden aangenomen dat louter supervisie tijdens het onderzoek niet voldoende is, maar dat het voorafgaande rechterlijke toezicht evenzeer of zelfs van groter belang is gelet op de vereisten van art. 8 EVRM.*” Zie voorts Dommering (noot bij *Colas Est*, NJ 2003, 452), met een overzicht van de verdere literatuur.

24. Zie bijv. art. 12 Gw en art. 5:15 Awb. Voor het betreden van woonruimten geeft de op art. 12 Grondwet gebaseerde Algemene wet op het binnentreden (Awbi) een bijzondere regeling. De daarin opgenomen waarborgen gelden echter niet voor bedrijfsruimten.
25. Vgl. bijvoorbeeld de artt. 50-55 Mw op grond waarvan daartoe aangewezen ambtenaren van de NMa met het toezicht op de Mededingingswet worden belast.
26. De bevoegdheden van de Europese Commissie zijn (sinds 1 mei 2004) geregeld in Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering de mededingingsregels van art. 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003 L1/1). Op grond van deze verordening heeft de Commissie de bevoegdheid alle noodzakelijke inspecties te verrichten bij ondernemingen en zelfs om woningen van directeuren e.d. te betreden (na voorafgaande rechtelijke machtiging van nationale rechter), zie art. 21 Verordening 1/2003 en art. 89d Mw, waarover o.a. Slot & De Pree 2008, p. 147. Voor een fraai overzichtsartikel over grondrechtelijke aandachtspunten in het mededingingsrecht, zie Speyart 2010.
27. *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 617, nr. 3 p. 8.

een willekeurige bevoegdheidsuitoefening.²⁸ Weliswaar bepaalt art. 5:13 Awb dat de toezichthouder bij de uitoefening van bevoegdheden tot binnentreden het evenredigheidsbeginsel in acht heeft te nemen en stellen ook de andere beginselen van behoorlijk bestuur grenzen aan de uitoefening van deze bevoegdheid, maar dat laat onverlet dat de in de art. 5:15 e.v. van de Awb aan de toezichthouder gegeven bevoegdheden niet voorzien in een rechterlijke toets vooraf. Het lijkt erop dat in het licht van hetgeen is overwogen in *Colas Est* inderdaad de mogelijkheid bestaat dat in een concreet geval het EHRM de rechtswaarborgen op dit punt onvoldoende zal kunnen oordelen.²⁹ In vergelijking met de bevoegdheden die door het EHRM als strijdig met art. 8 EVRM werden geoordeeld geldt dat ook de wettelijke bevoegdheden onder de Awb ruim zijn en de wettelijke waarborgen daartegen gering. De bevoegde ambtenaren kunnen in beginsel naar eigen inzicht over de inzet van hun bevoegdheid tot binnentreden beschikken.³⁰

Ter relativering zou kunnen worden opgemerkt dat in *Colas Est* sprake was van een (vrijwel onbegrensde) bevoegdheid om documenten in beslag te nemen.³¹ Art. 5:17 Awb machtigt de toezichthouder slechts om inzage te vorderen in *zakelijke* gegevens en tot het voor *korte tijd* meenemen van bescheiden. Maar of deze verschillen veel gewicht in de schaal zullen kunnen leggen valt te betwijfelen.

Kortom: de reikwijdte van de bevoegdheden zoals die in hoofdstuk 5 van de Awb aan toezichthouders worden gegeven lijkt dermate ruim te zijn dat in het licht van hetgeen het EHRM heeft overwogen in *Colas Est* betwijfeld kan worden of deze bevoegdheden niet *te* ruim zijn geformuleerd. Het EHRM stelt niet zelden tamelijk hoge eisen aan de rechtswaarborgen waarmee bevoegdheden die inbreuk kunnen maken op grondrechten dienen te zijn omkleed. Aan deze twijfel zou de wetgever een einde kunnen maken door aan de wettelijke bevoegdheid tot binnentreden van bedrijfsruimten een voorafgaande toetsing

28. Barkhuysen 2002, p. 237 en Dommering (noot NJ 2003, 452 onder 6), die er voorts op wijst dat een afzonderlijk beroep tegen voorbereidingshandelingen, waartoe een onderzoek van een bestuursorgaan wordt gerekend, op grond van het bepaalde in art. 6.3 Awb niet mogelijk is, zodat de civiele rechter als 'restrechter' moet worden benaderd.

29. In strijd met art. 8 EVRM verkregen bewijs hoeft overigens niet steeds buiten beschouwing te worden gelaten. Zie daarover uitgebreid Barkhuysen 2002, p. 240-241. Een schending van art. 8 EVRM heeft ook niet zonder meer tot gevolg dat eventuele opgelegde boetes als onrechtmatig moeten worden aangemerkt. Zo vorderde *Colas Est* c.s. de opgelegde boetes (van enige miljoenen euro's) wel als schadevergoeding, hetgeen door het EHRM werd afgewezen, met de overweging dat "*the Court cannot speculate as to what the outcome of the inspectors' operations would have been if the procedure had complied with Article 8 of the Convention.*" Aan elk van de drie vennootschappen werd een schadevergoeding van EUR 5.000,- toegekend. Niet direct een bedrag dat het aantal klachten over een schending van art. 8 EVRM door bedrijven in Straatsburg zal bevorderen.

30. Art. 5:13 Awb stelt wel het proportionaliteitsvereiste als eis.

31. Zie de *Colas Est*-uitspraak onder §22.

HOOFDSTUK 6

door de rechter-commissaris te verbinden, zoals thans reeds vereist is voor huiszoeken en het binnentreden van privéwoningen. Ik acht dat ook wenselijk. Een dergelijke toestemming zal doorgaans snel kunnen worden verkregen en geeft een waarborg voor de zorgvuldigheid waarmee toezicht-houders gebruik dienen te maken van hun bevoegdheid tot binnentreden.

Overigens dient de bevoegdheid tot binnentreden – die hiervoor aan de orde was – te worden onderscheiden van de bevoegdheid tot het verrichten van een huiszoeking. Deze laatste bevoegdheid betreft een veel ingrijpender middel en vereist onder het Nederlandse recht steeds een rechterlijke machtiging. Als voorbeeld kan worden gewezen op de in art. 55 lid 1 Mw aan ambtenaren van de NMa toegekende (bestuursrechtelijke) bevoegdheid om in de onderzoeks-fase woningen te betreden en te doorzoeken tegen de wil van de bewoner, voor zover dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitoefening van de in art. 5:17 Awb bedoelde bevoegdheden. Voor het betreden of het doorzoeken is een voorafgaande machtiging vereist van de rechter-commissaris.³² Deze machti-ging moet met redenen omkleed en ondertekend zijn en de in de wet genoemde gegevens vermelden (art. 55b lid 1 Mw). Na het voorstel tot invoering van de bevoegdheid tot het verrichten van huiszoeking voor ambtenaren van de NMa (ten gevolge van een amendement van het lid Heemskerk) is aan de Raad van State nader advies gevraagd. De Raad van State achtte in het licht van de in de wet aanwezige rechtswaarborgen dat deze bevoegdheid de toets van art. 8 EVRM kon doorstaan.³³ Op die conclusie lijkt – nu voor het uitoefenen van de bevoegdheid tot huiszoeking een voorafgaande rechterlijke machtiging is vereist – weinig af te dingen.

Tot besluit merk ik op dat het EHRM ook een effectieve rechterlijke controle op de rechtmatigheid van een binnentreding, verificatie of huiszoeking eist. Art. 6 EVRM brengt mee dat de betrokken (rechts)persoon de vraag naar de rechtmatigheid van het binnentreden (waarmee inbreuk wordt gemaakt op een *civil right*), of een huiszoeking, aan een onafhankelijke rechter moet kunnen voorleggen (die niet dezelfde mag zijn als de rechter die reeds de machtiging tot huiszoeking heeft afgegeven).³⁴ Nu tegen deze handelingen geen bestuurs-rechterlijke rechtsgang is opengesteld kan een belanghebbende de burgerlijke rechter vragen (eventueel in kort geding) zich uit te laten over de vermeende onrechtmatigheid van een verrichte huiszoeking. Dergelijke procedures zijn er overigens nauwelijks.³⁵ Voor een schadevergoedingsvordering uit hoofde van

32. Van de rechter-commissaris van de rechtbank Rotterdam belast met strafzaken, vgl. art. 55a lid 1 Mw.

33. *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 071, nr. 37, p. 2-3.

34. EHRM 21 februari 2008, appl. nr. 18497/03 (*Ravon t. Frankrijk*). Zie ook meer recent EHRM 10 januari 2012, appl. nr. 29598/08, AB 2012, 31 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Société Métallurgique Liotard Frères t. Frankrijk*).

35. Zie Speyart 2010, p. 358.

een onrechtmatige verificatie zal een procedure bij het Hof van Justitie moeten worden gevoerd.³⁶

6.5 De koers van het Hof van Justitie ten aanzien van bedrijfslokalen

Het onderscheid tussen woonruimten en bedrijfsruimten zoals dat in het Nederlandse interne recht wordt gemaakt, is ook te vinden in het Europese mededingingsrecht. Zo machtigt Verordening 2003/1 functionarissen van de Commissie tot het betreden van bedrijfsruimten voor het verrichten van inspecties (art. 20 Vo 2003/1), in beginsel zonder dat een rechterlijke machtiging is vereist.³⁷

In de preambule van Vo 2003/1 wordt overwogen dat de verordening de grondrechten eerbiedigt en in overeenstemming is met de beginselen die met name erkend zijn in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en de verordening derhalve in overeenstemming met deze rechten en beginselen dient te worden uitgelegd.³⁸ Art. 7 van het Handvest grondrechten EU bepaalt dat eenieder het recht heeft “op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie.” Daarmee dient de vraag zich aan hoe het Hof van Justitie omgaat met klachten waarin een beroep wordt gedaan op art. 7 van het Handvest grondrechten bij inspecties van de commissie. Art. 7 noemt bedrijfsruimten niet. Maar de uitleg die het EHRM aan art. 8 EVRM geeft – waarbij onder het begrip woning ook bedrijfsruimten kunnen vallen – geldt in deze als minimumnorm.³⁹

In het verleden heeft het Hof van Justitie zich bepaald onwillig getoond om te aanvaarden dat ook voor bedrijfslokalen een beroep kon worden gedaan op *privacy*-rechten. De vraag of bedrijven aanspraak kunnen maken op het beginsel van onschendbaarheid van de woning werd voor het eerst aan de orde gesteld in Luxemburg in de zaak *National Panasonic t. Commissie*.⁴⁰

36. Op grond van art. art. 340 VWEU moet de Unie overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt. Op grond van art. 268 VWEU behoren geschillen over de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie tot de exclusieve competentie van het Hof van Justitie. Zie HvJ EU 29 juli 2010, zaak C-377/09, NJ 2010, 607 m.nt. Mok (*Hanssens-Ensch*).

37. Die is wel vereist voor zover voor bijstand van de politie naar nationaal recht de toestemming van een rechterlijke instantie is vereist, zie art. 20 lid 7 Vo 2003/1.

38. Zie de preambule onder 37.

39. Zie over het Handvest Grondrechten en de verhouding tot het EVRM paragraaf 1.4.

40. HvJ EG 26 juni 1980, zaak 136/79, Jur. 1980, p. 2033 (*National Panasonic (UK) Ltd t. Commissie*).

HOOFDSTUK 6

Nadat ambtenaren van de Commissie op het kantoor van National Panasonic zogenoemde ‘verificaties’⁴¹ hadden verricht, betwistte *National Panasonic* de geldigheid van de daaraan ten grondslag liggende beschikking van de commissie, onder meer met de stelling dat deze in strijd is met art. 8 EVRM. Bij de beantwoording van deze klacht stelde het Hof van Justitie onder verwijzing naar het *Nold*-arrest⁴² voorop dat het sinds 1974 de fundamentele rechten een integrerend onderdeel uitmaken “van de algemene rechtsbeginselen welke eerbieding het hof verzekert overeenkomstig de constitutionele tradities welke aan de lid-staten gemeen zijn, en de internationale overeenkomsten waaraan de lid-staten hebben medegewerkt of waarbij ze zich hebben aangesloten”.⁴³ Vervolgens oordeelt het Hof van Justitie dat *voor zover* art. 8 EVRM van toepassing kan worden geoordeeld, de inbreuk kan worden gerechtvaardigd gelet op het in het tweede lid bepaalde van art. 8 EVRM.⁴⁴ De vraag of art. 8 EVRM wel kon worden ingeroepen voor een bedrijfsruimte werd daarmee niet beantwoord.

In 1989 kiest het Hof van Justitie in de *Hoechst*-uitspraak voor de lijn dat met betrekking tot bedrijfslokalen geen beroep kan worden gedaan op art. 8 EVRM.⁴⁵ Volgens het Hof geldt het beginsel van de onschendbaarheid van de woning in (wat inmiddels wordt genoemd) het Unierecht slechts voor de privé-woning van natuurlijke personen.⁴⁶ Voor wat betreft ondernemingen acht het Hof van Justitie de rechtsstelsels tussen de lidstaten teveel verschillen met betrekking tot de aard en mate van bescherming.⁴⁷

41. Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering de mededingingsregels van art. 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003 L1/1).

42. HvJ EG 14 mei 1974, zaak 4/73, Jurispr. 1974, p. 508 (*Nold t. Commissie*).

43. *National Panasonic (UK) Ltd t. Commissie*, § 18.

44. *National Panasonic (UK) Ltd t. Commissie*, § 20.

45. HvJ EG 21 september 1989, zaken 46/87 en 227/88, Jur. 1989, p. 2859 (*Hoechst t. Commissie*), § 18. Kort erop herhaald in HvJ EG 17 oktober 1989, zaak C-85/87, Jur. 1989, p. 3137 (*Dow Benelux/Commissie*) § 28-30, en HvJ EG 17 oktober 1989, zaken 97-99/87, Jur. 1989, p. 3165 (*Dow Chemical Ibérica and Others v. Commission*), §14-16.

46. In de *Hoechst*-uitspraak overweegt het Hof van Justitie dat rechtspraak van het EHRM ontbreekt met betrekking tot de vraag bedrijfslokalen kunnen kwalificeren als een *home* in de zin van art. 8 EVRM, waarmee het hof de *Chappell*-uitspraak van het EHRM kennelijk aldus heeft verstaan dat het gegeven dat daarin sprake was van een privé-vertrek (een slaapkamer) in het overigens als kantoor in gebruik zijnde huis waarin werd binnengevallen beslissend heeft geacht.

47. In de *Hoechst*-uitspraak overweegt het HvJ EG in § 17: “Daar verzoekster ook de vereisten voortvloeiend uit het grondrecht van onschendbaarheid van de woning heeft ingeroepen, moet worden opgemerkt, dat dit recht in de communautaire rechtsorde voor de privé-woning van natuurlijke personen moet worden erkend als een beginsel dat de rechtsstelsels van de Lid-Staten gemeen hebben, maar dat dit niet geldt voor ondernemingen, daar genoemde rechtsstelsels onderling sterk verschillen met betrekking tot de aard en de mate van bescherming van bedrijfslokalen tegen het optreden van het openbaar gezag.”

Nadat het EHRM de *Niemietz*-uitspraak had gewezen – waarin het EHRM art. 8 EVRM wel van toepassing verklaarde op bedrijfsruimten – is getracht het Hof van Justitie tot een andere, meer op Straatsburg georiënteerde, koers te bewegen. Pogingen daartoe hadden niet onmiddellijk succes. Zo overwoog het Gerecht van Eerste Aanleg EG in de *Limburgse Vinyl Maatschappij NV*-uitspraak in 1999 dat de wijze waarop het EHRM art. 8 EVRM interpreteert niet kan afdoen aan hetgeen was overwogen in de *Hoechst*-uitspraak.⁴⁸

Een half jaar na het wijzen van de *Colas Est*-uitspraak door het EHRM erkende ook het Hof van Justitie in het *Roquette Frères*-arrest dat art. 8 EVRM ook op bedrijfsruimten betrekking kan hebben. Het Hof van Justitie behandelde in dat arrest de vraag naar de mate waarin de rechter van een lidstaat toezicht kan uitoefenen wanneer hij wordt verzocht gevolg te geven aan een door de commissie ingediend verzoek om bijstand bij een inspectie (voor de invoering van Vo 2003/1 nog verificatie geheten). Bij de beantwoording van deze vraag merkte het Hof van Justitie op dat het algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat willekeurige ingrepen in de privésfeer verbiedt, zo dient te worden verstaan dat rekening wordt gehouden met de jurisprudentie van het EHRM. Daarbij wees het Hof van Justitie erop dat blijkens hetgeen het EHRM heeft overwogen in *Colas Est* geldt dat (i) art. 8 EVRM zich in bepaalde gevallen kan uitstrekken tot bedrijfslokalen en (ii) voor bedrijfslokalen een inmenging zeer wel veel verder zou kunnen gaan dan in andere gevallen.⁴⁹

Met deze overweging erkende het Hof van Justitie in de eerste plaats dat het huisrecht ook bedrijfslokalen kan omvatten. Althans, het Hof van Justitie erkende dat de nationale rechter in een lidstaat – die gehouden is zich binnen de regels van het EVRM te bewegen – wanneer deze gevraagd wordt gevolg te geven aan een door de commissie ingediend verzoek om bijstand bij een inspectie, gehouden is het gemeenschapsrecht zo te interpreteren dat het ook een toetsing in Straatsburg zal kunnen doorstaan. Het Hof van Justitie zag zich aldus gedwongen het algemene beginsel van gemeenschapsrecht dat willekeurige ingrepen in de privésfeer verbiedt zo te verstaan dat de reikwijdte van dit beginsel zich ook kan uitstrekken tot bedrijfslokalen. Vervolgens haastte het Hof van Justitie daar aan toe te voegen dat voor bedrijfslokalen naar de opvatting van het EHRM een veel minder stringente toets geldt dan voor privéruimten.

Voor het overige leest het arrest als een instructie aan de nationale rechter zich vooral terughoudend op te stellen bij de toetsing van de noodzaak van een

48. Gerecht van Eerste Aanleg EG 20 april 1999, zaken T-305/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94 (*Limburgse Vinyl Maatschappij NV e.a./Commissie*), § 404.

49. § 28-29.

HOOFDSTUK 6

verzoek tot bijstand bij een inspectie.⁵⁰ Daarbij wijst het Hof van Justitie op de gehoudenheid voor de nationale rechter onder EU-recht tot een loyale samenwerking.⁵¹

Juist doordat bij een verzoek aan de nationale rechter tot verlening van een machtiging voor bijstand sprake is van een voorafgaande rechtelijke toetsing – die het EHRM in *Colas Est* juist zo leek te missen – zal in deze situaties vrijwel steeds aan de door het EHRM vereiste niveau van rechtswaarborgen worden voldaan.

Wanneer de commissie zelfstandig inspecties uitvoert, zonder te vragen om bijstand of naar nationaal recht geen rechterlijke toets voor een machtiging is vereist, zal een klacht over een optreden van de commissie dat strijdig is met art. 7 Handvest, uitgelegd in het licht van art. 8 EVRM, voor het Hof van Justitie wel eventueel met succes kunnen worden gevoerd. Onder verwijzing naar art. 7 Handvest zal dan een beroep moeten worden gedaan op het algemene beginsel van gemeenschapsrecht dat willekeurige ingrepen in de privésfeer verbiedt.

Zoals in het bovenstaande is gebleken is de opvatting van het Hof van Justitie sinds *Roquette Frères* dat ook bedrijfslokale aanspraak kunnen maken op een zekere mate van ‘huisrecht’. Als de aarzeling die daaraan vooraf is gegaan ook enige betekenis voor de toekomst heeft, is het niet waarschijnlijk dat het Hof van Justitie hoge eisen zal stellen bij de vraag of een inmenging op het huisrecht door een inspectie van commissie-ambtenaren gerechtvaardigd kan worden. Uit de hiervoor aangehaalde arresten van het Hof van Justitie spreekt met name een zorg om de effectiviteit van deze inspecties te waarborgen. Nadat de Unie zal zijn toetreden tot het EVRM zal het EHRM op dit punt ongetwijfeld klachten tegen de Unie gaan ontvangen. Interessant wordt op dat moment de vraag of het EHRM met een terughoudendheid zal oordelen over klachten die het Hof van Justitie lijkt te wensen.

50. Zo overweegt het Hof van Justitie in § 40: “*Het door de bevoegde nationale rechter uitgeoefende toezicht, dat alleen betrekking mag hebben op de dwangmaatregelen waarom is verzocht, mag niet verder gaan dan het door het gemeenschapsrecht vereiste onderzoek, dat ten doel heeft vast te stellen dat genoemde dwangmaatregelen niet willekeurig zijn en evenredig in verhouding tot het voorwerp van de verificatie. De bevoegdheid van genoemde rechter wat betreft het toezicht op de gegrondheid van de dwangmaatregelen die als gevolg van een verzoek om bijstand van de Commissie krachtens artikel 14, lid 6, van verordening nr. 17 worden verlangd, gaat niet verder dan een dergelijk onderzoek.*”

51. Zie voor een meer uitgebreid commentaar over de wijze waarop de nationale rechter dient te toetsen de noten bij dit arrest van Janssen (onder EHRC 2002, 103) en Mok (NJ 2003, 453).

6.6 Art. 8 EVRM en bedrijfsgegevens

Ten slotte maak ik nog een enkele opmerking over bedrijfsgegevens.⁵² De hiervoor geschetste jurisprudentie van het EHRM – die ook door het Hof van Justitie in acht wordt genomen – brengt mee dat ten aanzien van bedrijfsruimten aanspraak kan worden gemaakt op de rechtswaarborgen die art. 8 EVRM geeft. Daarnaast bepaalt art. 8 EVRM dat een ieder recht heeft op ‘respect voor zijn (...) correspondentie’. Deze bepaling geldt ook buiten het privédoel van natuurlijke personen. Rechtspersonen kunnen derhalve net als natuurlijke personen een beroep doen op art. 8 EVRM ter bescherming van hun gegevens, zo heeft het EHRM bevestigd.⁵³

Terzijde merk ik op dat art. 8 EVRM ook positieve verplichtingen voor de verdragsstaten kan scheppen.⁵⁴ Bijvoorbeeld om ervoor te zorgen dat private partijen die data over anderen verzamelen, zulks niet ongelimiteerd mogen doen en deze data op een vertrouwelijke wijze dienen te beheren. Het is aan de verdragsstaten om in wetgeving te voorzien die op een adequate wijze waarborgt dat privégegevens van derden worden beschermd.⁵⁵

Daarnaast zullen verplichtingen die (rechts)personen dwingen zakelijke gegevens te openbaren steeds moeten kunnen worden gerechtvaardigd aan de hand van de meergenoemde test, die eist dat (i) de inbreuk is gebaseerd op een

52. Zie over dit onderwerp uitvoerig de dissertatie van Van der Korst (2007).

53. In EHRM 24 april 1990, appl. nr. 11105/84 (*Huvig t. Frankrijk*) oordeelde het EHRM dat sprake was van een inbreuk op het privéleven in een geval waarin telefoonverkeer werd afgeluisterd met zowel een zakelijk als een privé karakter. In deze context behoefde het EHRM de vraag of louter zakelijk telefoonverkeer ook onder de reikwijdte van art. 8 EVRM zou vallen, nog niet te beantwoorden. In latere jurisprudentie heeft het EHRM wel expliciet bevestigd dat (rechts)personen ook ten aanzien van zakelijke correspondentie een beroep kunnen doen op art. 8 EHRM. Vgl. bijv. EHRM 16 oktober 2007, appl. nr. 74336/01 (*Wieser & Bicos Beteiligungen GmbH t. Oostenrijk*), § 45: “*The Court considers that the search and seizure of electronic data constituted an interference with the applicants’ right to respect for their “correspondence” within the meaning of Article 8 (see Niemietz, cited above, pp. 34-35, § 32 as regards a lawyer’s business correspondence, and Petri Sallinen and Others, cited above, § 71, relating to the seizure of a lawyer’s computer disks). Having regard to its above-cited case-law extending the notion of “home” to a company’s business premises, the Court sees no reason to distinguish between the first applicant, who is a natural person, and the second applicant, which is a legal person, as regards the notion of “correspondence”. It does not consider it necessary to examine whether there was also an interference with the applicants’ “private life”.*”

54. EHRM 15 juni 1979, app. nr. 6833/74 (*Marckx t. België*), § 31.

55. Zo stelt de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) eisen aan de openbaarmaking van persoonsgegevens. De Wbp regelt hoe organisaties moeten omgaan met persoonsgegevens. Persoonsgegevens mogen alleen worden verzameld en verwerkt als daarvoor een goede reden is, of als de burger zelf toestemming geeft. Het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) ziet toe op de naleving van de Wbp.

HOOFDSTUK 6

wetsbepaling, (ii) een legitiem doel dient; (iii) en ten slotte, ook als noodzakelijk kan worden beschouwd in een democratische samenleving.⁵⁶

Een voor de hand liggend voorbeeld van een verplichting tot openbaarmaking van gegevens betreft de informatie die een bedrijf dient te verstrekken aan de belastingdienst. Ook in de jaarrekening dienen bepaalde gegevens te worden opgenomen. Dat deze verplichtingen de toets van art. 8 EVRM kunnen doorstaan lijdt geen twijfel.

Ten slotte wijs ik nog erop dat teneinde de vertrouwelijkheid van bedrijfsgegevens te kunnen bewaken art. 2:450 lid 1 Rv. (in het kader van de jaarrekeningenprocedure) voorziet in een rechtsgang met een gedeeltelijk besloten karakter.⁵⁷ Juist omdat in een jaarrekeningprocedure – waarin ter discussie staat de vraag of de jaarrekening conform de voorschriften is ingericht – vertrouwelijke bedrijfsgegevens ter tafel kunnen komen, wordt een jaarrekeningprocedure met gesloten deuren behandeld.

6.7 Conclusie

De conclusie na het voorgaande is dat zowel het EHRM als het Hof van Justitie na aanvankelijke aarzelingen inmiddels aanvaarden dat ook rechtspersonen ten aanzien van bedrijfspanden en bedrijfsgegevens een beroep kunnen doen op art. 8 EVRM. Voor de bepalingen in Boek 2 heeft deze opvatting verder geen gevolgen. In zoverre kan dit hoofdstuk als een toegift worden beschouwd, dat is opgenomen om het voorgaande te complementeren.

56. Van der Korst 2007, p. 25, betoogt in zijn dissertatie dat de vraag of een rechtspersoon zich ten aanzien van bedrijfsgegevens op art. 8 EVRM kan beroepen afhangt van de omstandigheden van het geval, waarbij hij verwijst naar een drietal gezichtspunten. Volgens Van der Korst staat niet bij voorbaat vast dat alle gegevens tot hun persoonlijke levenssfeer behoren. Ik versta zijn betoog aldus dat rechtspersonen niet altijd met succes een beroep zullen kunnen doen op art. 8 EVRM wanneer zij gegevens niet wensen te openbaren, omdat art. 8 EVRM geen absoluut recht betreft, maar wettelijk kan worden beperkt om zwaarwegender belangen te laten prevaleren.

57. Art. 2:450 lid 1 bepaalt: “*De ondernemingskamer behandelt het in artikel 447 bedoelde verzoek met de meeste spoed. De zaak zal met gesloten deuren worden behandeld; de uitspraak geschiedt in het openbaar*”.

Hoofdstuk 7. Artikel 11 EVRM

7.1 Inleiding

Aan het begin van het academische jaar 2004-2005 verzocht de Christian Legal Society aan Hastings College om erkenning als een 'Registered Student Organisation' (RSO). De RSO-status geeft onder meer recht op het gebruik van universitaire fondsen en faciliteiten.

Om voor de RSO-status in aanmerking te kunnen komen dient de organisatie te verklaren akkoord te gaan met een *nondiscrimination policy*. Op basis daarvan moet een vereniging met een RSO-status een ieder als lid toelaten, zonder onderscheid naar ras, religieuze overtuiging en seksuele geaardheid.

De Christian Legal Society (CLS) vraagt haar leden om een *Statement of Faith* te ondertekenen. Daarin verklaren de leden onder meer dat zij leven volgens het beginsel dat seksuele relaties tussen man en vrouw niet buiten het huwelijk dienen plaats te vinden. Van lidmaatschap worden uitgesloten personen die zich bezig houden met *unrepentant homosexual conduct* of religieuze overtuigingen aanhangen die verschillen van de *Statement of Faith*.

Op grond van deze eis weigert de universiteit de CLS te erkennen en de RSO-status te verlenen. De CLS voldoet niet aan de *open access*-eisen, nu zij in haar toelatingsbeleid onderscheid maakt op basis van religie en seksuele geaardheid.

De CLS meent dat Hastings College, door haar niet te erkennen, inbreuk maakt op haar recht op vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging en vrijheid van godsdienst. De *district court* verwierpt deze claim met als reden dat het Hastings College in beginsel vrij stond om bepaalde voorwaarden te verbinden aan het mogen gebruiken van haar fondsen en faciliteiten. De voorwaarden waren redelijk en neutraal, aldus de *district court*. In hoger beroep werd de uitspraak bevestigd.

De Supreme Court verwierp uiteindelijk – met vijf stemmen tegen vier – het beroep van de CLS.¹ De eis die Hastings College stelde voor erkenning als RSO achtte de meerderheid een redelijke eis, die ook niet als discriminatoir kon worden aangemerkt.

1. *Christian Legal Society v. Martinez*, 561 U.S., 130 S.Ct. 2971, 177 L.Ed.2d 838 (2010).

HOOFDSTUK 7

Indien een geval als hiervoor geschetst zich in Nederland zou voordoen, zou art. 11 EVRM van belang zijn. Art. 11 EVRM luidt als volgt:

- “1. Een ieder heeft recht op vrijheid van vreedzame vergadering en op vrijheid van vereniging, met inbegrip van het recht met anderen vakverenigingen op te richten en zich bij vakverenigingen aan te sluiten voor de bescherming van zijn belangen.
2. De uitoefening van deze rechten mag aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan die, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Dit artikel verbiedt niet dat rechtmatige beperkingen worden gesteld aan de uitoefening van deze rechten door leden van de krijgsmacht, van de politie of van het ambtelijk apparaat van de Staat.”

Art. 11 EVRM beschermt twee rechten, de ‘vrijheid van vergadering’ en de ‘vrijheid van vereniging’.² Deze vrijheden liggen in het verlengde van de vrijheid van godsdienst (art. 9 EVRM) en de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM). Art. 11 EVRM wordt ook wel aangemerkt als een *lex specialis* ten opzichte van de *lex generalis* zoals neergelegd in de artikelen 9 en 10 EVRM. Art. 11 EVRM dient dan ook te worden begrepen in het licht daarvan.³ Het EHRM ziet de vrijheid van vereniging als een essentieel onderdeel voor het functioneren van de democratie.⁴

-
2. Het recht ‘tot vereniging’ wordt ook in art. 8 Grondwet erkend. Vgl. ook art. 12 Handvest Grondrechten EU en art. 21 en 22 IVBPR. Het begrip ‘vereniging’ dient ruim te worden verstaan. Rechtspersoonlijkheid is niet vereist.
 3. Zie o.a. EHRM 13 augustus 1981, appl. nrs. 7601/76 en 7806/77 (*Young, James and Webster t. Verenigd Koninkrijk*), § 57.
 4. Zie bijv. EHRM 8 oktober 2009, appl. nr. 37083/03 (*Cemiyeti en Israfilov t. Azerbeidzjan*): “52. *The right to form an association is an inherent part of the right set forth in Article 11. That citizens should be able to form a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest is one of the most important aspects of the right to freedom of association, without which that right would be deprived of any meaning. The way in which national legislation enshrines this freedom and its practical application by the authorities reveal the state of democracy in the country concerned. Certainly States have a right to satisfy themselves that an association’s aim and activities are in conformity with the rules laid down in legislation, but they must do so in a manner compatible with their obligations under the Convention and subject to review by the Convention institutions (see Sidiropoulos and Others v. Greece, 10 July 1998, § 40, Reports of Judgments and Decisions 1998-IV).* 53. *While in the context of Article 11 the Court has often referred to the essential role played by political parties in ensuring pluralism and democracy, associations formed for other purposes are also important to the proper functioning of democracy. For pluralism is also built on the genuine recognition of, and respect for, diversity and the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities, religious beliefs, artistic, literary and socio-economic ideas and concepts. The harmonious interaction of persons and groups with →*

De ‘vrijheid van vereniging’ kan ook worden aangewend om gezamenlijk met anderen commercieel succes na te streven. Het is mogelijk om in art. 11 EVRM ook een waarborg op de vrijheid van associatie en ondernemerschap te lezen.⁵ In zekere zin vormen ook de aandeelhouders in een vennootschap een ‘vereniging’. Vooral nog lijkt het EHRM echter weinig genegen art. 11 in deze zin te verstaan.⁶ In *Cesnieks t. Letland* heeft het EHRM overwogen dat een belemmering om een aandeel te kunnen overdragen in een *société commerciale*, op zich (nog) geen belemmering van de vrijheid van vereniging oplevert als bedoeld in art. 11 EVRM, aangezien dat begrip eerder ziet op een verband van personen dan van goederen. Belemmeringen om aandelen over te dragen en dergelijke, betreffen eigenlijk klachten over een belemmering van het recht op eigendom, aldus het EHRM. Hetgeen het EHRM heeft overwogen in *Cesnieks t. Letland* sluit niet uit dat het EHRM in een voorkomend geval ook bereid zal zijn een (commerciële) rechtspersoon als een ‘vereniging’ in de zin van art. 11 aan te merken. Duidelijk is evenwel de vingerwijzing dat bij geschillen met een meer zakelijke of commerciële achtergrond in beginsel art. 1 EP het relevante artikel is.⁷ Wanneer de Ondernemingskamer bijvoorbeeld een onmiddellijke voorziening treft waarbij zij een extra bestuurder benoemt en daarmee de rechten van de algemene vergadering van aandeelhouders doorkruist zal het EHRM naar mij voorkomt daarin geen belemmering van de vrijheid van vereniging zien, maar een belemmering van aan aandelen verbonden zeggenschapsrechten.

Ik keer terug naar het in de inleiding gegeven voorbeeld. Het illustreert dat de vrijheid van vereniging soms een problematisch recht is vanuit het oogpunt

varied identities is essential for achieving social cohesion. It is only natural that, where a civil society functions in a healthy manner, the participation of citizens in the democratic process is to a large extent achieved through belonging to associations in which they may integrate with each other and pursue common objectives collectively (see Gorzelik and Others v. Poland [GC], no. 44158/98, § 92, 17 February 2004; The Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia, no. 72881/01, § 61, ECHR 2006-...; and Zhechev v. Bulgaria, no. 57045/00, § 35, 21 June 2007)."

5. Zie Pitlo/Raaijmakers 2006, p. 8. Het Handvest bepaalt expliciet in art. 16: “De vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het Gemeenschapsrecht en de nationale wetgevingen en praktijken.”
6. EHRM 12 december 2002, appl. nr. 56400/00, JOR 2003, 224 m.nt. Vossestein (*Cesnieks t. Letland*); “*La Cour estime en premier lieu que le fait de détenir une part de capital ou des actions au sein d’une société commerciale ne constitue pas, à lui seul, un acte d’« association » telle que l’entend l’article 11 de la Convention, cette notion désignant un rassemblement de personnes plutôt qu’un rassemblement de biens (voir Chassagnou et autres précité, § 111). Par conséquent, la question de savoir si, et dans quelle mesure, le requérant peut disposer de sa part sociale, relève du droit au respect des biens garanti à l’article 1 du Protocole no 1 (cf. infra), et non du droit à la liberté d’association.*”
7. Voor de vraag in hoeverre de statuten beperkingen mogen bevatten voor aandeelhouders verwijs ik naar § 4.3.4.

HOOFDSTUK 7

dat dit recht het ook mogelijk maakt om andere personen of groepen buiten te sluiten. Dat doet de vraag rijzen in hoeverre statuten mogen ‘discrimineren’.

In *CLS t. Martinez* lag de vraag voor in hoeverre een publieke instelling (een universiteit) middelen mag weigeren aan een vereniging die onderscheid maakt naar geloof en seksuele geaardheid. Naar Nederlands recht lijdt het weinig twijfel dat enerzijds een studentenvereniging dezelfde eisen mag stellen als de CLS. De vrijheid van vereniging omvat niet alleen het recht om zich te verenigen, maar ook de vrijheid zelf te kiezen met wie zich men wil verenigen. Een vereniging is in beginsel ook vrij bepaalde personen uit te sluiten. Anderzijds is een universiteit vrij dezelfde eisen te stellen als Hastings College heeft gedaan, om voor financiering en andere faciliteiten in aanmerking te komen.⁸ Kortom, ook een universiteit is tot een bepaalde hoogte weer vrij om bepaalde clubs ‘uit te sluiten’.

Geen vrijheid zonder grenzen. De grens voor de vrijheid van vereniging – de vrijheid van vergadering kan hier onbehandeld blijven – ligt bij een doelstelling of feitelijke gedragingen waarmee de openbare orde wordt overschreden.⁹ Deze gedachte is neergelegd in art. 2:20 BW. Art. 2:20 BW is het artikel waarin art. 11 EVRM en het ondernemingsrecht elkaar raken.

Het eerste lid van art. 2:20 BW bepaalt dat een rechtspersoon waarvan de *werkzaamheden* in strijd zijn met de openbare orde door de rechtbank op verzoek van het Openbaar Ministerie wordt verboden en ontbonden.¹⁰ Het tweede lid van art. 2:20 BW bepaalt dat een rechtspersoon waarvan *het doel* in strijd is met de openbare orde, door rechtbank op verzoek van het Openbaar

8. Een daaraan verwant probleem is in hoeverre van overheidswege financiële steun mag worden verleend aan een politieke partij die vrouwen het recht op een plek op de kieslijst onthoudt, zoals aan de orde was in HR 9 april 2010, NJ 2010, 388 (*Staat & SGP/Clara Wickmann c.s.*). Het probleem in die zaak was niet van vennootschapsrechtelijke aard. De vraag was of art. 7 van het Vrouwenverdrag zich verzette tegen een subsidieverlening door de Staat aan de SGP.

9. Oorspronkelijk werd van overheidswege bij een oprichting alleen gecontroleerd of de statuten van een NV en BV niet in strijd waren met de openbare orde. Later richtte de controle zich met name op de antecedenten van de beleidsbepalers. Inmiddels is per 1 juli 2011 de preventieve toets afgeschaft en vervangen door een model met doorlopend toezicht.

10. Art. 2:20 lid 1 luidt als volgt: “1 Een rechtspersoon waarvan de werkzaamheid in strijd is met de openbare orde, wordt door rechtbank op verzoek van het openbaar ministerie verboden verklaard en ontbonden.” Indien gebleken is van werkzaamheid in strijd met de openbare orde, is de rechter derhalve verplicht tot ontbinding van de rechtspersoon over te gaan.

De leden 2 en 3 bepalen: “2 Een rechtspersoon waarvan het doel in strijd is met de openbare orde, wordt door rechtbank op verzoek van het openbaar ministerie ontbonden. Alvorens de ontbinding uit te spreken kan de rechtbank de rechtspersoon in de gelegenheid stellen binnen een door haar te bepalen termijn zijn doel zodanig te wijzigen dat het niet meer in strijd is met de openbare orde.

3 Een rechtspersoon vermeld in de lijst, bedoeld in artikel 2, derde lid, van Verordening (EG) nr. 2580/2001 van de Raad van 27 december 2001 (PbEG L 344), in Bijlage I van →

Ministerie wordt ontbonden. Het derde lid bepaalt dat rechtspersonen die op een zogenoemde Europese lijst van terroristische organisaties worden geplaatst van rechtswege zijn verboden en niet bevoegd zijn tot het verrichten van rechtshandelingen.

In dit hoofdstuk onderzoek ik de verhouding van deze bepalingen tot art. 11 EVRM, aan de hand van de in art. 2:20 BW genoemde drie gronden voor ontbinding.

7.2 Het eerste lid: werkzaamheden in strijd met de openbare orde

Over de vraag wanneer een rechtspersoon kan worden ontbonden omdat sprake is van werkzaamheden die in strijd zijn met de openbare orde heeft de Hoge Raad zich uitgelaten in het *Hells Angels*-arrest.¹¹ Aanleiding tot dit arrest was een poging van het Openbaar Ministerie om de stichting en de vereniging van de Hells Angels in Harlingen en omstreken te ontbinden. Daarbij werd door het Openbaar Ministerie onder meer aangevoerd dat de bestuurders van de stichting allen over een strafblad beschikten en zich stelselmatig schuldig maakten aan criminele activiteiten.

Nadat de rechtbank en het hof de vordering van het Openbaar Ministerie hadden afgewezen volgde, tevergeefs, een cassatieberoep. Bij de beoordeling van het cassatieberoep overwoog de Hoge Raad dat het hof terecht had overwogen dat bij de beantwoording van de vraag of de werkzaamheid van een rechtspersoon in strijd is met de openbare orde als uitgangspunt dient te gelden dat de vrijheid van vereniging en vergadering een grondbeginsel van de democratische rechtsstaat is, en dat het verbieden van een rechtspersoon een ernstige inbreuk op dit grondrecht betekent waaraan slechts in het uiterste geval mag worden toegekomen. Voor een verbodenverklaring moet het dan ook gaan om méér dan uit maatschappelijk oogpunt ongewenst gedrag. De Hoge Raad stelde in het *Hells Angels*-arrest voorop:

“(…) dat de in art. 8 van de Grondwet en art. 11 van het EVRM gewaarborgde vrijheid van vereniging en vergadering een grondbeginsel van de democratische rechtsstaat is, en dat het verbieden van een rechtspersoon een ernstige inbreuk op dit grondrecht betekent waaraan slechts in het uiterste geval mag worden toegekomen. De verbodenverklaring dient te worden

Verordening (EG) nr. 881/2002 van de Raad van 27 mei 2002 (PbEG L 139) of is vermeld en met een ster aangemerkt in de Bijlage bij het Gemeenschappelijk Standpunt nr. 2001/931 van de Raad van 27 december 2001 (PbEG L 344) is van rechtswege verboden en niet bevoegd tot het verrichten van rechtshandelingen.”

11. HR 26 juni 2009, NJ 2009, 396 m.nt. Van Schilfhaarde (*Hells Angels*).

HOOFDSTUK 7

gezien als een noodzakelijke maatregel om gedragingen te voorkomen die een daadwerkelijke en ernstige aantasting vormen van als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel en die onze samenleving ontwrichten of kunnen ontwrichten.”¹²

Bij de beoordeling van het litigieuze handelen van de rechtspersoon aan deze maatstaf, dient te worden onderzocht, zo vervolgt de Hoge Raad, of het gaat om handelen of nalaten waarin de rechtspersoon daadwerkelijk zeggenschap heeft gehad of waaraan (het bestuur van) de rechtspersoon leiding heeft gegeven of waartoe het gelegenheid heeft gegeven. Alleen als daarvan sprake is kan het handelen aan de rechtspersoon worden toegerekend.¹³

De hoge eisen die de Hoge Raad stelt aan het verbieden van een vereniging sluiten aan bij hetgeen de wetgever voor ogen stond met art. 2:20 BW:¹⁴

‘Vrijheid van meningsuiting en vrijheid van vereniging zijn pijlers der democratie. Gebruik daarvan zal dan ook niet licht als werkzaamheid in strijd met de openbare orde kunnen worden bestempeld’

Het begrip ‘openbare orde’ is in de memorie van toelichting voorts als volgt toegelicht:¹⁵

“Slechts handelingen die inbreuk maken op de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsstelsel, kunnen het verbod van een vereniging of andere rechtspersoon rechtvaardigen; ongerechtvaardigde aantasting van de vrijheid van anderen of van de menselijke waardigheid. Gebruik van geweld of bedreiging daarmee tegen het openbare gezag of tegen degenen met wier opvattingen men het, al dan niet op goede gronden, oneens is, valt eronder, evenals rassendiscriminatie en andere verboden discriminatie. Evenzo het heulen met een mogendheid waarvan valt te verwachten dat zij een geboden kans om ons volk te onderdrukken zou grijpen, het weerstreven van onherroepelijke rechterlijke uitspraken of onrechtmatige benadeling van anderen als middel om het bestaan van de rechtspersoon te rekken. Ten slotte behoren als strijdig met de openbare orde (...) te worden aangemerkt uitlatingen zoals het aanzetten tot haat en uitingen die verboden discriminatie inhouden of een mensonterend streven zoals het in de literatuur gegeven voorbeeld om het doden van bepaalde bevolkingsgroepen straffeloos te maken. Al deze voorbeelden hebben gemeen dat zij een aantasting inhouden van de als wenselijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel die, indien op grote schaal toegepast, ontwrichtend zou blijken voor de samenleving.”

12. HR 26 juni 2009, NJ 2009, 396 m.nt. Van Schilfgaarde (*Hells Angels*), rov. 3.3.

13. Instemmend is Van Schilfgaarde in zijn noot (onder 5) onder het *Hells Angels*-arrest: “Afgezien van de zojuist aangegeven onzekerheid komt het standpunt van de Hoge Raad mij juist en overtuigend voor: Verbodenverklaring van rechtspersonen heeft weinig met privaatrecht, daarentegen alles met politiek van doen. De rechter in deze (heikele) politiek een taak geven kan alleen wanneer de grenzen van zijn bevoegdheid nauw worden getrokken.”

14. *Kamerstukken II*, 1984/85, 17 476, nr. 5, p. 9. Zie voor een bespreking van de wetsgeschiedenis de conclusie van A-G Timmerman voor het *Hells Angels*-arrest.

15. *Kamerstukken II*, 1984/85, 17 476, nr. 5. p. 3.

Tot nu toe is slechts tweemaal een rechtspersoon ontbonden op de grond dat de werkzaamheid in strijd was met de openbare orde. Het eerste geval betrof De Nationale Volkspartij/CP '86.¹⁶ Volgens de statuten van deze partij was het doel van de partij 'solidarisme als Derde weg strategie, herstel van Heel-Nederland, volksinspraak in plaats van partij dictatuur' en het 'behoud van nationaal en etnisch karakter'. Hoewel het laatste dubieus klinkt, werd deze doelstelling niet in strijd met de openbare orde geacht. De feitelijke werkzaamheden, die door de officier van justitie als 'opruiend, racistisch en discriminerend' werden omschreven, waren voor de rechtbank wel aanleiding om tot ontbinding van de vereniging over te gaan. Het tweede geval betreft de Vereniging Martijn, die blijkens uitlatingen op de website van de vereniging naar het oordeel van de rechtbank het seksueel contact tussen volwassenen en kinderen verheerlijkte.¹⁷

Hoe verhoudt het voorgaande zich tot art. 11 EVRM? Op grond van de tekst van art. 11 lid 2 EVRM gelden twee voorwaarden voor een beperking van de vrijheid van vereniging en vergadering. In de eerste plaats dient een beperking bij wet te zijn voorzien. In de tweede plaats is een beperking alleen geoorloofd voor zover deze noodzakelijk geacht kan worden in een democratische samenleving in het kader van de nationale veiligheid, openbare orde, het voorkomen van wanordelijke en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Deze voorwaarden zijn met name aan de orde gekomen in diverse uitspraken van het EHRM over uitspraken van het constitutionele hof van Turkije waarin politieke partijen werden verboden. In de uitspraak van de *Grand Chamber* inzake *United Communist Party of Turkey t. Turkije* overwoog het EHRM dat:¹⁸

16. Rechtbank Amsterdam 18 november 1998, AB 1999, 329 m.nt. Kanne.

17. Rechtbank Assen 27 juni 2012, LJN BW9477, met als kernoverweging rov. 2.14: "*De rechtbank oordeelt dat de werkzaamheid van de Vereniging Martijn, gezien vanuit de onderlinge samenhang en het onderlinge verband van het op de webpagina's van haar website aangeboden materiaal en haar opvattingen zoals haar bestuursleden die openbaar maken, er blijk van geeft dat de Vereniging Martijn voor haar leden nastreeft om seksueel contact te kunnen hebben met kinderen en de Vereniging Martijn daartoe dat seksuele contact verheerlijkt en voorstelt als iets wat normaal en acceptabel is of zou moeten zijn. Het is dat streven dat een ernstige inbreuk vormt op de geldende fundamentele waarden binnen onze samenleving en daarom indruist tegen onze rechtsorde. De Vereniging Martijn creëert of draagt daarmee bij aan het bestaan van een subcultuur waarbinnen seksuele handelingen tussen volwassenen en kinderen als normaal en acceptabel gelden. Daarmee tast de Vereniging Martijn de rechten van kinderen aan. De bescherming van de seksuele integriteit van kinderen vormt onmiskenbaar één van de meest wezenlijke beginselen van onze rechtsorde. De Nederlandse rechtsstaat behoort bovendien vanuit internationaal rechtelijk perspectief voor die inbreuk geen ruimte te bieden.*"

18. EHRM 30 januari 1998, appl. nr. 133/1996/752/951 (*United Communist Party of Turkey t. Turkije*). In de desbetreffende zaak oordeelde het EHRM dat de verbodenverklaring van →

HOOFDSTUK 7

“the exceptions set out in Article 11 are, where political parties are concerned, to be construed strictly; only convincing and compelling reasons can justify restrictions on such parties’ freedom of association. In determining whether a necessity within the meaning of Article 11 § 2 exists, the Contracting States have only a limited margin of appreciation, which goes hand in hand with rigorous European supervision embracing both the law and the decisions applying it, including those given by independent courts.”

Uit deze uitspraak valt verder af te leiden dat van politieke partijen kan worden geëist dat (i) deze dienen te streven naar veranderingen met wettige en democratische middelen, en (ii) de veranderingen die worden nagestreefd ook zelf weer verenigbaar zijn met de beginselen van de democratische rechtsstaat.¹⁹ Voldoet een partij aan deze voorwaarden, dan mag zij in beginsel niet worden verboden of ontbonden. Ook indien niet wordt voldaan aan één van de voorwaarden – de SGP zou het wel eens moeilijk kunnen hebben op dit vlak²⁰ – is een ontbinding alleen dan gerechtvaardigd wanneer zij als ‘noodzakelijk in de democratische samenleving’ beschouwd kan worden.²¹ Dit betreft de zogenoemde ‘noodzakelijkheidstoets’.

Een voorbeeld van een verbod van een politieke partij die de toets der kritiek in Straatsburg heeft kunnen doorstaan, betreft de zaak *Refah Partisi (Welvaartspartij) t. Turkije*.²² Het EHRM oordeelde dat de omstandigheid dat deze partij voorstander was van de invoering van de Islamitische wet meebracht dat het programma niet in overeenstemming was met de pluralistische waarden van de democratische rechtsstaat. De *Refah Partisi* was ook zeer groot, zodat deze partij ook als een reële dreiging voor de democratie kon worden beschouwd.

de Verenigde Communistische Partij door het Turkse constitutionele hof onvoldoende was gemotiveerd. Onder meer oordeelde het EHRM de omstandigheid dat de partij in haar naam het woordje ‘communistisch’ had opgenomen, waaruit het Turkse hof had afgeleid dat de partij een gevaar voor de democratie opleverde, onvoldoende draagkrachtig was.

19. Vgl. EHRM 13 februari 2003, appl. nrs. 41340/98; 41342/98; 41343/98; 41344/98 (*Refah Partisi (Welvaartspartij) t. Turkije*).
20. De SGP streeft volgens haar beginselprogramma naar een regering die ingericht is naar het voorbeeld uit de bijbel. Vgl. Kanne, noot onder EHRM 13 februari 2003, appl. nrs. 41340/98; 41342/98; 41343/98; 41344/98 (*Refah Partisi (Welvaartspartij) t. Turkije*) in AB 2002, 179.
21. Vgl. EHRM 16 juni 2009, appl. nr. 26787/07, RvdW 2009, 1293 (*Association Solidarité des Français t. Frankrijk*) «Une telle ingérence est permise dès lors qu’elle est ‘prévüe par la loi’, poursuit un but légitime et est ‘nécessaire dans une société démocratique’ (Leyla Sahin c. Turquie [GC], n o 44774/98, §§ 75, 104–110, CEDH 2005-XI, et Günéri et autres c. Turquie, n os 42853/98, 43609/98 et 44291/98, §§ 63, 75–76, 12 juillet 2005)».
22. EHRM 13 februari 2003, appl. nrs. 41340/98; 41342/98; 41343/98; 41344/98 (*Refah Partisi (Welvaartspartij) t. Turkije*).

Het noodzakelijkheidsvereiste laat zich lastig inkleuren.²³ Het omvat in ieder geval een toetsing op proportionaliteit: is een verbod nodig in het licht van hetgeen de verdragsstaat beoogt te bereiken? De verdragsstaten wordt daarbij wel enige beoordelingsvrijheid gegund. Uit de *Refah Partisi*-uitspraak valt af te leiden dat naar mate een partij met een programma dat op onderdelen niet-democratisch is een meer marginale rol vervult in het politieke bestel, minder snel voldaan zal zijn aan het ‘noodzaakvereiste’ om deze partij te ontbinden.

Een voorbeeld van een inbreuk op de vrijheid van *vergadering* die gerechtvaardigd kon worden betreft de zaak *Association Solidarité des Français t. Frankrijk*. Solidarité des Français (SdF) betrof een vereniging die hulp bood aan dak- en thuislozen. In de winter verstrekt zij maaltijden, hoofdzakelijk soep, waarin met opzet varkensvlees wordt verwerkt. Ook de website van de organisatie vermeldt dat de soep varkensvlees bevat. Daardoor is deze niet geschikt voor consumptie door onder meer moslims. Na berichten in de media over het discriminatoire karakter van deze soepverstrekkingen, ontstaan op straat relletjes bij het uitdelen van de soep. Dit leidt er uiteindelijk toe dat deze soepuitdelingen worden verboden. Op verzet daartegen oordeelt de Conseil d’Etat – kort gezegd – dat de soepuitdelingen een discriminatoir karakter hebben, die ordeverstoringen kunnen doen ontstaan en daarom mogen worden verboden. Het EHRM verklaart de daartegen gerichte klacht niet ontvankelijk aangezien deze kennelijk ongegrond is. Het komt mij voor dat een dergelijke vereniging ook in Nederland – met het verstrekken van ‘varkensvlees-maaltijden’ aan daklozen als statutair doel of als feitelijke werkzaamheid – zou kunnen worden ontbonden op grond van art. 2:20 lid 1 BW, nu zij in haar opzet gericht is om een bepaalde categorie hulpbehoevenden uit te sluiten op een wijze die maatschappelijk als een ernstige vorm van discriminatie zal worden ervaren.

23. Over de noodzakelijkheidstoets heeft het EHRM bijv. in EHRM 16 juni 2009, appl. nr. 26787/07, RvdW 2009, 1293 (*Association Solidarité des Français t. Frankrijk*) overwogen: “*Les Etats contractants jouissent d’une certaine marge d’appréciation pour juger de l’existence d’un tel besoin, mais elle se double d’un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l’appliquent, même quand elles émanent d’une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une ‘restriction’ se concilie avec les droits protégés par la Convention. Lorsqu’elle exerce son contrôle, la Cour n’a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l’angle de l’article 11 les décisions qu’elles ont rendues. Il ne s’ensuit pas qu’elle doive se borner à rechercher si l’Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable: il lui faut considérer l’ingérence litigieuse à la lumière de l’ensemble de l’affaire pour déterminer si elle était ‘proportionnée au but légitime poursuivi’ et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent ‘pertinents et suffisants’. Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés par l’article 11 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (voir, par exemple, Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie, n os 29221/95 et 29225/95, § 87, CEDH 2001-IX).*”

HOOFDSTUK 7

Overigens komt het mij voor dat ook indien de Hoge Raad een verbod van de Hells Angels zou hebben gesanctioneerd, bij dezelfde feiten, een dergelijk oordeel waarschijnlijk niet tot een veroordeling van Nederland in Straatsburg zou hebben geleid. Met name het arrest *Association Nouvelle des Boulogne Boys t. Frankrijk* wijst in die richting.²⁴ Daarin was aan de orde het besluit tot ontbinding van de supportersvereniging van de voetbalclub Paris Saint Germain, die betrokken was geweest bij ernstige ongeregelheden. De supportersvereniging vocht de ontbinding aan in Straatsburg met een beroep op art. 11 EVRM. Het EHRM verklaarde de klacht niet-ontvankelijk. Het EHRM overwoog dat de ontbinding bij wet was voorzien en een legitiem doel diende: de bescherming van de openbare orde en de voorkoming van misdrijven. Opvallend is hetgeen het EHRM vervolgens overweegt over de proportionaliteit van de maatregel:

“Reste à déterminer si cette ingérence était proportionnée. A cet égard la Cour observe que les faits reprochés à la requérante, et plus particulièrement à plusieurs de ses membres, sont particulièrement graves et constitutifs de troubles à l’ordre public. Elle rappelle qu’en marge de plusieurs matches de football, des incidents ont opposé des membres de l’association aux forces de l’ordre, qu’au terme du match entre le PSG et l’équipe de Tel-Aviv le 23 novembre 2006, cent cinquante supporters parisiens ont entrepris de se livrer à des actes de violence à l’encontre des supporters israéliens, que des affrontements ont eu lieu à cette occasion et que plusieurs supporters parisiens ont frappé à coups de ceinture un policier tombé au sol. Ce dernier a dû faire usage de son arme pour se sortir d’une situation difficile et a tué un supporter parisien qui le menaçait. Enfin, la Cour ne peut que constater que les termes contenus dans la banderole déployée au stade de France le 29 mars 2008 sont particulièrement injurieux à l’égard d’une certaine catégorie de la population.”

Het EHRM benadrukt dat de nationale rechter beter dan het EHRM is geëquipeerd om te oordelen over de vraag of een ontbinding is gerechtvaardigd in de omstandigheden van het geval. De eis die de Hoge Raad stelt voor ontbinding – kort gezegd dat bij de vraag of een ontbinding is gerechtvaardigd alleen acht mag worden geslagen op het handelen of nalaten waarin de rechtspersoon daadwerkelijk zeggenschap heeft gehad of waaraan (het bestuur van) de rechtspersoon leiding of gelegenheid heeft gegeven – lijkt geen vereiste te zijn dat het EHRM distilleert uit art. 11 EVRM. Voorts ligt het voor de hand dat het EHRM de ontbinding van rechtspersonen die politiek actief zijn, veel strenger zal beoordelen dan de ontbinding van rechtspersonen die zich op enigerlei wijze bezighouden of in verband kunnen worden gebracht met criminele activiteiten. Het staat de Hoge Raad uiteraard vrij om een verdergaande grondrechtenbescherming te bieden dan het EVRM – zoals verstaan door het EHRM – eist. In het licht van *Association Nouvelle des Boulogne Boys t.*

24. EHRM 22 februari 2011, appl. nr. 6468/09 EHRC 2011, 93, m.nt. Kanne (*Association Nouvelle des Boulogne Boys t. Frankrijk*).

Frankrijk lijkt de Hoge Raad in het *Hells Angels*-arrest in ieder geval ruim binnen de bakens te zeilen.²⁵

7.3 Statutair doel in strijd met openbare orde

Op grond van art. 2:20 lid 2 BW worden rechtspersonen met een statutair doel dat in strijd is met de openbare orde ontbonden. Op grond van het bepaalde in lid 2 kan de rechter de rechtspersoon in de gelegenheid stellen binnen een bepaalde termijn haar doelstelling aan te passen, alvorens tot ontbinding over te gaan.

Een ontbinding vanwege een statutair doel dat in strijd is met de openbare orde zal zich niet snel voordoen.²⁶ Het behoort tot de taak van de notaris om erop toe te zien dat een statutaire doelstelling niet in strijd is met de openbare orde.²⁷ Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen of sprake is van een statutair doel in strijd met de openbare orde. Art. 11 EVRM brengt mee dat daarvoor strikte eisen dienen te worden aangelegd. Zo kan bijvoorbeeld niet iedere vorm van discriminatie verboden worden geacht. Een vereniging die uitsluitend openstaat voor mensen met blauwe ogen, discrimineert (zo zou men kunnen betogen), maar niet op een wijze die in strijd is met de openbare orde. Hetzelfde geldt voor een vereniging die niet openstaat voor hetero's. Een dergelijke bepaling in de statuten is evident discriminatoir van karakter, maar niet eo ipso ook in strijd met de openbare orde. Wanneer de doelstelling ook direct of indirect aanzet tot haat of geweld jegens andere bevolkingsgroepen, dan wel een achterstelling van andere bevolkingsgroepen beoogt te bewerkstelligen, komt een doelstelling wel snel in de gevarenzone. Als voorbeeld kan worden gewezen op een vereniging met als doel het verstrekken van maaltijden met varkensvlees aan daklozen, zoals aan de orde kwam in de vorige paragraaf. In de praktijk zullen rechtspersonen met een doelstelling die openlijk in strijd is

25. In gelijke zin Kanne in zijn noot onder *Association Nouvelle des Boulogne Boys t. Frankrijk* (EHRM 22 februari 2011, appl. nr. 6468/09, EHRC 2011, 93), die opmerkt: “*Het geheel leidt ertoe dat het EHRM ruimte laat aan de nationale instanties bij de beoordeling van (gewelddadige) rechtspersonen. Mits het dossier voldoende onderbouwd is met meerdere gewelddadige incidenten, die onweersproken blijven, kunnen de nationale instanties overgaan tot (verbod en) ontbinding, zonder daarmee in strijd te handelen met het EVRM.*”

26. Voor zover ik heb kunnen nagaan zijn in de jurisprudentie geen voorbeelden te traceren van rechtspersonen die op grond van hun statutair doel zijn ontbonden.

27. Met betrekking tot BV's en NV's bepaalden de artikelen 2:68 en 2:179 BW tot 31 augustus 2001 dat een verklaring van geen bezwaar diende te worden geweigerd in gevallen waarin de akte van oprichting in strijd is met de openbare orde of de wet. Dit is gewijzigd bij de Wet van 22 juni 2001 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de herziening van het preventief toezicht bij oprichting en wijzigingen van statuten van naamloze en besloten vennootschappen (Stb. 2000, 283), waarbij de wettelijke toetsing is beperkt tot een antecedentenonderzoek naar aandeelhouders, bestuurders en feitelijke beleidsbepalers. Vgl. *Kamerstukken II*, 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 1.

HOOFDSTUK 7

met de openbare orde echter niet snel voorkomen, nu notarissen niet snel bereid zullen zijn de oprichting van een dergelijke rechtspersonen te faciliteren. Het gevolg is dat in de praktijk het eerste lid van art. 2:20 BW van meer belang is dan het tweede lid.

7.4 Art. 2:20 lid 3 BW: de verbodenverklaring na plaatsing op een ‘terrorisme-lijst’

7.4.1 Inleiding

De Stichting Al Haramain werd in september 2004 door de Verenigde Staten ervan beschuldigd directe banden met Osama bin Laden te hebben. Nadat deze stichting op de VN-sanctielijst was geplaatst, is vanaf 2005 getracht de stichting in Nederland te verbieden. Tevergeefs, aangezien zowel de rechtbank als het hof de vordering van het Openbaar Ministerie daartoe afwezen, nu onvoldoende was gebleken van verboden gedragingen.²⁸ Daarop heeft de wetgever de wet aangepast. De plaatsing van een organisatie op een terrorismelijst heeft nu rechtstreeks een ‘verbodenverklaring’²⁹ in Nederland tot gevolg.³⁰ Art. 2:20 lid 3 BW luidt daartoe als volgt:³¹

“Een rechtspersoon vermeld in de lijst, bedoeld in artikel 2, derde lid, van Verordening (EG) nr. 2580/2001 van de Raad van 27 december 2001 (PbEG L 344), in Bijlage I van Verordening (EG) nr. 881/2002 van de Raad van 27 mei 2002 (PbEG L 139) of is vermeld en met een ster aangemerkt in de Bijlage bij het Gemeenschappelijk Standpunt nr. 2001/931 van de Raad van 27 december 2001 (PbEG L 344) is van rechtswege verboden en niet bevoegd tot het verrichten van rechtshandelingen.”

Art. 2:20 lid 3 BW refereert aan drie lijsten: twee Europese Unie-lijsten en één VN-lijst (die met een verordening op Unie-niveau is geïmplementeerd). De

28. Rechtbank Amsterdam 31 maart 2005, NJF 2005, 181 en Hof Amsterdam 5 januari 2006, NJF 2006, 281.

29. Een ‘verbodenverklaring’ werd meer geschikt geacht als sanctie dan een ontbinding van rechtswege, nu deze maatregel beter past bij een bevrozing van vermogen. Na een *delisting* kan het vermogen weer worden vrijgegeven en kan de organisatie weer verder functioneren, terwijl na een ontbinding de organisatie ophoudt te bestaan en het vermogen dient te worden vereffend.

30. Op grond van art. 140 lid 2 Sr is iedere deelneming aan de voortzetting van de werkzaamheid van een dergelijke organisatie strafbaar gesteld.

31. Het artikellid is ingevoerd per 1 februari 2007 (Stb. 2006, 600). Het artikellid is bij nota van wijziging toegevoegd aan het wetsvoorstel tot goedkeuring van het op 24 april 1986 te Straatsburg tot stand gekomen Europees Verdrag inzake de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van internationale niet-gouvernementele organisaties. *Kamerstukken II*, 2004/05, 28764, nr. 6.

VN-lijst³² heeft betrekking op leden van Al Qaida en de Taliban.³³ Deze lijst is (oorspronkelijk) gebaseerd op resolutie 1267(1999)³⁴ van de Veiligheidsraad en wordt beheerd door het Sanctiecomité van de Verenigde Naties.³⁵ Van de personen – waaronder ook rechtspersonen dienen te worden verstaan³⁶ – die op

-
32. Zie <http://www.un.org/sc/committees/1267/aq_sanctions_list.shtml>. Op 15 oktober 1999 nam de Veiligheidsraad resolutie 1267 (1999) aan, waarin de Veiligheidsraad onder meer de bevrozing van tegoeden beval ten aanzien van de Taliban. Daarbij werd een comité ingesteld – bestaande uit alle leden van de Veiligheidsraad – dat werd belast met het toezicht op de uitvoering van deze resolutie. Ter uitvoering van deze resolutie stelde de Raad van Ministers van de EG op 14 februari 2000 op grond van de artikelen 60 EG-Verdrag en 301 EG verordening (EG) nr. 337/2000 vast, betreffende een verbod op vluchten en een bevrozing van tegoeden en andere financiële middelen ten aanzien van de Taliban van Afghanistan (PB L 43, blz. 1). Op 19 december 2000 nam de Veiligheidsraad resolutie 1333 (2000) aan, waarin de Veiligheidsraad besloot in het bijzonder het verbod van vluchten en de bevrozing van tegoeden overeenkomstig resolutie 1267 (1999) te versterken, waarbij ook werd bevolen de tegoeden van personen gelieerd aan Al Qaida te bevriezen. In deze resolutie werd ook een ‘terroristenlijst’ in het leven geroepen. De Veiligheidsraad droeg het sanctiecomité op, op basis van de door de staten en de regionale organisaties verstrekte inlichtingen een lijst bij te houden van de personen en entiteiten waarvan dat comité had vastgesteld dat zij banden onderhielden met Usama bin Laden en Al Qaida. Aangezien de Raad van mening was dat voor de uitvoering van deze resolutie een optreden van de Europese Gemeenschap noodzakelijk was, stelde hij op 26 februari 2001 een gemeenschappelijk standpunt vast (2001/154/GBVB) betreffende aanvullende beperkende maatregelen tegen de Taliban en tot wijziging van gemeenschappelijk standpunt 96/746/GBVB (PB L 57, blz. 1). Voor het nemen van maatregelen – waaronder het bevriezen van tegoeden – stelde de Raad op 6 maart 2001 op grond van de artikelen 60 EG-Verdrag en 301 EG-Verdrag verordening (EG) nr. 467/2001 vast, welke verordening later enige malen is geactualiseerd en daarbij is vervangen door nieuwe verordeningen.
33. Op 17 juni 2011 heeft de Veiligheidsraad besloten het 1267(1999)-sanctieregime te splitsen in een “Afghanistan/Taliban” deel, dat is vastgelegd in resolutie 1988(2011) en een “Al Qaida”-deel, resolutie 1989(2011), met een verbeterde procedure voor *listing* en *delisting*.
34. Aangevuld bij onder meer VN-resoluties 1390(2002), 1456(2003) en meer recent 1988 (2011) en 1989(2011).
35. Dit comité is bevoegd op grond van resolutie 1267/1999 van de Veiligheidsraad. De Europese Commissie is op grond van artikel 7 van Verordening 881/2002 gemachtigd om op basis van besluiten van de Veiligheidsraad of het Sanctiecomité van de VN de bijlage bij Verordening 881/2002 aan te vullen of te wijzigen.
36. Het begrip ‘personen’ dient zo te worden uitgelegd dat daaronder ook rechtspersonen en andersoortige organisaties vallen, aldus is bevestigd door het Gerecht in de zaak T-348/07 van 9 september 2010 (*Stichting Al Aqsa t. Raad*): “57. Volgens de gebruikelijke juridische betekenis ervan, waaraan moet worden gerefereerd bij gebreke van een uitdrukkelijke andersluidende aanwijzing van de wetgever, duidt het woord “persoon” een wezen aan dat rechtspersoonlijkheid bezit, en dus zowel een natuurlijke persoon als een rechtspersoon. 58. De in artikel 1, lid 2, eerste streepje, van gemeenschappelijk standpunt 2001/931 bedoelde “personen” kunnen dus duiden op zowel natuurlijke personen als rechtspersonen, terwijl de “groepen en entiteiten” bedoeld in artikel 1, lid 2, tweede streepje, van gemeenschappelijk standpunt 2001/931 kunnen duiden op alle andere soorten van maatschappelijke organisaties die, hoewel zij geen rechtspersoonlijkheid bezitten, toch een zekere vorm van min of meer gestructureerd bestaan hebben.”

HOOFDSTUK 7

de VN-lijst zijn geplaatst moeten de tegoeden worden bevroren en moet de toegang tot het land worden ontzegd. Daarnaast dient wapenhandel met deze personen en entiteiten te worden voorkomen.

De VN heeft de lidstaten ook opgedragen – bij VN-resolutie 1373(2001) – zelf op nationaal niveau initiatieven te ontplooiën om terrorisme te bestrijden door tegoeden te bevriezen.³⁷ Het is aan de VN-lidstaten om zelf na te gaan welke (rechts)personen zich bezig houden met terroristische activiteiten en maatregelen te treffen.³⁸

Om uitvoering te geven aan deze VN-resolutie zijn ook op Unie-niveau terreurlijsten opgesteld. Vanwege onduidelijkheid over de vraag of het EG-Verdrag een voldoende grondslag bood om ook de tegoeden van in de Unie woonachtige (rechts)personen te bevriezen, is gekozen op grond van de tweede pijler³⁹ (het gemeenschappelijke beleid op het terrein van het buitenland en de veiligheid) en de derde pijler (politiële en justitiële samenwerking) een gemeenschappelijk standpunt in te nemen.⁴⁰ In het gemeenschappelijke standpunt 2001/931 wordt een terreurlijst voor de Unie gecreëerd en wordt onder meer de *listing*- en *delisting*-procedure uiteengezet.⁴¹ Een gemeenschappelijk

37. Paragraaf 1c van resolutie 1373(2001) vermeldt dat “*all States must freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts, of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons, and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of, such persons and entities, it does not specify individually the persons, groups and entities who or which are to be subject to those measures.*”

38. In Nederland kan op nationaal niveau uitvoering worden gegeven aan VN-resolutie 1373 (2001) op basis van de Sanctiewet 1977 (zoals gewijzigd in 2002). Deze wet beoogt de uitvoering van internationale besluiten, aanbevelingen of afspraken met betrekking tot het treffen van sancties in het belang van de handhaving of het herstel van de internationale vrede en veiligheid of de bevordering van de internationale rechtsorde dan wel de bestrijding van terrorisme te faciliteren.

39. In de periode vanaf het Verdrag van Maastricht tot inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon kende de Europese Unie een zogenoemde pijler-structuur.

40. Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931, van de Raad van 27 december 2001 betreffende de toepassing van specifieke maatregelen ter bestrijding van het terrorisme (PB L 344, blz. 93), gebaseerd op art. 15 EU-verdrag dat deel uitmaakt van titel V van het EU-Verdrag, ‘Bepalingen betreffende een gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid’ (voorheen de tweede pijler) en art. 34 EU-Verdrag dat deel uitmaakt van titel VI van het EU-Verdrag, ‘Bepalingen inzake politie en justitie samenwerking in strafzaken’ (voorheen de ‘derde pijler’). Een gemeenschappelijk standpunt bevat geen direct bindende afspraken, maar werkt als *soft law*.

41. Deze lijsten wordt door de Raad van de Europese Unie bij unanimitieit vastgesteld en ten minste om de zes maanden geactualiseerd. Art. 1 lid 4, eerste alinea, van gemeenschappelijk standpunt 2001/931 bepaalt: “*De lijst in de bijlage [van personen, groepen en entiteiten die bij terroristische daden zijn betrokken,] wordt opgesteld aan de hand van welbepaalde inlichtingen of dossier-elementen die aantonen dat door een bevoegde instantie een beslissing is genomen ten aanzien van [deze] personen, groepen of entiteiten, ongeacht of het →*

standpunt – een soort beginselverklaring – biedt echter geen afdoende juridische grondslag voor het bevriezen van tegoeden.

Voor buiten de Unie residerende personen en entiteiten is (op basis van het gemeenschappelijke buitenlands- en veiligheidsbeleid⁴²) het gemeenschappelijke standpunt nader uitgewerkt in een verordening die de lidstaten rechtstreeks verplicht tegoeden te bevriezen van buiten de Unie afkomstige (rechts)personen die op de terreurlijst worden geplaatst. Deze lijst wordt ook wel de ‘exogene lijst’ genoemd.⁴³ De Sanctieregeling terrorisme 2002 – een besluit van de minister van Buitenlandse Zaken onder de Sanctiewet 1977 – verbiedt alle financiële transacties met (rechts)personen die op de exogene lijst staan.

Voor vermoedelijke terroristen afkomstig uit de Unie zelf kon alleen een grondslag worden gevonden in de derde pijler (de justitiële samenwerking in strafzaken). Zoals gezegd bood deze pijler voor het bevriezen van tegoeden een onvoldoende basis. Daarom kunnen ten aanzien van (rechts)personen die uit de Unie afkomstig zijn – en die op de terreurlijst worden aangeduid met een asterisk achter hun naam – alleen maatregelen worden getroffen die betrekking hebben op de *opsporing* van deze personen.⁴⁴ De lijst (of het gedeelte van de lijst) voor (rechts)personen die zich bezighouden met (het financieren van) terroristische activiteiten en hun belangrijkste activiteiten en doeleinden binnen het grondgebied van de Europese Unie hebben, wordt ook wel de ‘endogene lijst’ genoemd.⁴⁵

Het voorgaande samenvattend: er bestaan drie categorieën: een VN-lijst (inmiddels opgesplitst naar twee lijsten) voor leden van de Taliban en Al Qaida,⁴⁶ een Unie-lijst voor endogene (rechts)personen en een Unie-lijst voor exogene (rechts)personen.

Terzijde merk ik op dat noch de resoluties van de Veiligheidsraad noch de mede op basis daarvan genomen besluiten op Unieniveau Nederland ertoe verplichten om rechtspersonen die op een terreurlijst worden geplaatst te

gaat om de inleiding van een onderzoek of een vervolging wegens een terroristische daad, poging tot het plegen van een dergelijke daad, of de deelname aan of het vergemakkelijken van een dergelijke daad, op grond van bewijzen of serieuze en geloofwaardige aanwijzingen, dan wel om een veroordeling wegens dergelijke feiten. [...].”

42. Art. 301 EG-Verdrag (oud).

43. Verordening (EG) nr. 2580/2001 van de Raad van 27 december 2001 inzake specifieke beperkende maatregelen tegen bepaalde personen en entiteiten met het oog op de strijd tegen het terrorisme (PB L 344, blz. 70).

44. De maatregelen zoals genoemd in art. 4 Standpunt 2001/931/GBVB, uitgewerkt in het besluit 2003/48/JBZ van de Raad van 19 december 2002, betreffende de toepassing van specifieke maatregelen op het gebied van politieke en justitiële samenwerking ter bestrijding van het terrorisme, overeenkomstig art. 4 van Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931/GBVB.

45. *Kamerstukken II*, 2004/05, 28 764, nr. 8, p. 7.

46. Welke lijst inmiddels is opgesplitst bij resoluties 1988(2011) en 1989(2011).

HOOFDSTUK 7

verbieden. De Nederlandse wetgever heeft evenwel besloten dat een plaatsing op een VN- of Unielijst dat gevolg wel heeft en wel *ex lege*.⁴⁷

De vraag is hoe dit verbod van rechtswege zich verhoudt tot het recht op vrijheid van vereniging zoals dat wordt beschermd door art. 11 EVRM. Bijzonder is dat enerzijds door het EHRM hoge eisen worden gesteld voordat een verdragsstaat mag overgaan tot het verbieden van een rechtspersoon. Anderzijds volgt nu van rechtswege een verbod – zonder rechterlijke toetsing vooraf – na plaatsing op een terreurlijst.

Ter rechtvaardiging van het bepaalde in art. 2:20 lid 3 BW zal Nederland erop kunnen wijzen dat de verdragsstaten onder het EVRM de (positieve) verplichting hebben om de veiligheid van hun onderdanen zoveel mogelijk te garanderen.⁴⁸ Art. 11 lid 2 EVRM staat ook beperkingen toe op de vrijheid van vereniging om redenen van de openbare veiligheid. Daarbij geldt de eis dat een dergelijke beperking bij wet is voorzien en noodzakelijk geacht kan worden in een democratische samenleving.⁴⁹ De wetgever meent dat de activiteiten van organisaties die betrokken zijn bij terrorisme een zodanige ernstige bedreiging vormen voor de samenleving dat hun activiteiten in strijd zijn met de openbare orde, hetgeen een verbod van rechtswege rechtvaardigt.⁵⁰

Onderzocht dient te worden of de wijze waarop art. 2:20 lid 3 BW de vrijheid van vereniging beperkt, voor de veiligheid noodzakelijk geacht kan worden ‘in een democratische samenleving’. Daarbij komt het aan op de vraag of de wijze waarop en mate waarin inbreuk wordt gemaakt op het recht van vereniging kan worden gerechtvaardigd door het belang van de nationale veiligheid en niet verder gaat dan noodzakelijk is om het beoogde doel – het bevorderen van de veiligheid – te bereiken.⁵¹

47. De minister heeft als toelichting gegeven: “*De ervaring leert dat het in het algemeen niet goed begrepen wordt indien een organisatie waarvan de financiële tegoeden bevroren zijn omdat zij op een terrorismelijst voorkomt, overigens wel handelend kan optreden en eventueel nog manifestaties kan organiseren.*” Kamerstukken II, 2004/05, 28 764, nr. 6, p. 3.

48. Art. 5 lid 1 EVRM bepaalt: “*Een ieder heeft recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon.*” In EHRM 28 oktober 1998, appl. nr. 87/1997 (*Osman t. Verenigd Koninkrijk*) is overwogen § 116: “*(...) In the opinion of the Court where there is an allegation that the authorities have violated their positive obligation to protect the right to life in the context of their above-mentioned duty to prevent and suppress offences against the person (see paragraph 115 above), it must be established to its satisfaction that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.*” Zie ook de oratie van Van Kempen over dit onderwerp: Van Kempen 2008.

49. Zie hierover EHRM 13 februari 2003, appl. nrs. 41340/98; 41342/98; 41343/98; 41344/98 (*Refah Partisi (Welvaartspartij) t. Turkije*), met verdere verwijzingen.

50. Kamerstukken II, 28 764, nr. 6, p. 7 en 8.

51. Zie over de mate waarin anti-terroriswetgeving inbreuk mag maken op grondrechten ook bijv. Böhrler 2009, p. 391.

7.4.2 *Het toetsingskader*

Het fundament van de democratische samenleving wordt gevormd door de *rule of law*. Het EHRM acht het uitgangspunt dat al het handelen van de overheid waarmee inbreuk wordt gemaakt op rechten van (rechts)personen, in beginsel op rechtmatigheid moet kunnen worden getoetst door een onafhankelijke rechter.⁵² Het recht op toegang tot de rechter is niet absoluut. Het mag evenwel niet zodanig worden beperkt dat de kern van het recht wordt aangetast.⁵³ Ook ten aanzien van art. 2:20 lid 3 BW geldt dat de rechtspersoon in kwestie zich in rechte op enigerlei wijze moet kunnen verzetten tegen de verbodsverklaring.

Niet alleen moet een belanghebbende zich tot de rechter kunnen wenden, ook dient hij in beginsel toegang te krijgen tot al het bewijsmateriaal, opdat hij zich ook op een effectieve wijze kan verweren.⁵⁴ Het recht op kennisneming

52. EHRM 6 september 1978, appl. nr. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*) § 55: “One of the fundamental principles of a democratic society is the rule of law, which is expressly referred to in the Preamble to the Convention (see the *Golder* judgment of 21 February 1975, Series A nr. 18, pp. 16-17, para. 34). The rule of law implies, inter alia, that an interference by the executive authorities with an individual’s rights should be subject to an effective control which should normally be assured by the judiciary, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure.”

53. EHRM 10 juli 1998, 62/1997/846/1052–1053 (*Tinnelly & Sons e.a. t. Verenigd Koninkrijk*): § 72: “The Court recalls that Article 6 § 1 embodies the “right to a court”, of which the right of access, that is, the right to institute proceedings before a court in civil matters, constitutes one aspect.

However, this right 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. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the 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. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 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 (see, among other authorities, the *Stubbings and Others v. the United Kingdom* judgment of 22 October 1996, Reports 1996-IV, p. 1502, § 50).”

54. Op grond van art. 13 EVRM kan aanspraak worden gemaakt op een effectief rechtsmiddel en art. 6 EVRM omvat het recht van hoor en wederhoor. Barkhuysen en Van Emmerik vatten de jurisprudentie van het EHRM in hun noot onder EHRM 20 juli 2010, appl. nr. 4900/06, AB 2011, 132 (*A. t. Nederland*) samen als volgt: “Kern van deze rechtspraak is dat de klager in de gelegenheid moet worden gesteld om op effectieve wijze bepaalde beschuldigingen te kunnen weerleggen, ook als die zijn gebaseerd op informatie die vanuit veiligheidsoverwegingen geheim moeten blijven.” Het EHRM beoordeelt de overheidsregelingen niet in abstracto maar beziet of in een concreet geval sprake is geweest van een voldoende toegang tot de rechter. Zie bijv. EHRM 29 juli 2010, nr. 4900/06 (*A. t. Nederland*), AB 2011, 132 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, § 156: “The Court further reiterates that the remedy required by Article 13 must be effective both in law and in practice, in particular in the sense that its exercise must not be unjustifiably hindered by →

HOOFDSTUK 7

van bewijs als onderdeel van het recht op hoor en wederhoor is evenwel niet absoluut.⁵⁵ In de uitspraak (van de *Grand Chamber*) *Jasper t. Verenigd Koninkrijk* heeft het EHRM overwogen dat:

- (i) het soms ook onvermijdelijk is dat niet al het bewijsmateriaal ter beschikking wordt gesteld aan de verdediging in verband met de veiligheid van personen of vanwege een belangrijk publiek belang;
- (ii) het niet openbaar maken van bewijs alleen is toegestaan voor zover strikt noodzakelijk;
- (iii) het in de eerste plaats aan de (nationale rechter van de) verdragsstaten is om te beoordelen wanneer het niet openbaar maken van bewijs gerechtvaardigd kan worden; en
- (iv) het de taak van het EHRM is om te beoordelen of de procedure erop was gericht zoveel als mogelijk “to provide adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused”.⁵⁶

the acts or omissions of the authorities of the respondent State (see Shamayev and Others, cited above, § 447). The Court is not called upon to review in abstracto the compatibility of the relevant law and practice with the Convention, but to determine whether there was a remedy compatible with Article 13 of the Convention available to grant the applicant appropriate relief as regards his substantive complaint (...). The “effectiveness” of a “remedy” within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant (...).”

55. EHRM 26 maart 1996, appl. nr. 20524/92 (*Doorson t. Nederland*), § 70: “It is true that Article 6 does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 of the Convention. Such interests of witnesses and victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organise their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled. Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify.”

56. EHRM 16 februari 2000, appl. nr. 27052/95 (*Jasper t. Verenigd Koninkrijk*), § 52-53: “(...) In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6 § 1 (see the *Van Mechelen and Others v. the Netherlands* judgment of 23 April 1997, Reports 1997-III, § 58). Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities (see the above-mentioned *Doorson* judgment, § 72 and the above-mentioned *Van Mechelen and Others* judgment, § 54).

53. In cases where evidence has been withheld from the defence on public interest grounds, it is not the role of this Court to decide whether or not such non-disclosure was strictly necessary since, as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence →

Meer specifiek met betrekking tot terrorismedreiging en de nationale veiligheid heeft het EHRM in de zaken *Tinnelly*⁵⁷ en *Chahal* overwogen dat deze belangen niet de algehele afwezigheid van rechtswaarborgen kunnen rechtvaardigen.⁵⁸ Kort gezegd, is de benadering van het EHRM in zaken waarin met een beroep op de nationale veiligheid de rechtsmiddelen worden beperkt, de volgende. Enerzijds accepteert het EHRM dat het belang van de nationale veiligheid soms bijvoorbeeld kan meebrengen dat niet alle informatie wordt gedeeld met de betrokkene. Anderzijds onderzoekt het EHRM de mogelijkheden die de verdragsstaat redelijkerwijze zou hebben kunnen aanwenden om zoveel als mogelijk ook de belangen van de betrokkene te waarborgen.⁵⁹ De

before them (see the above-mentioned Edwards judgment, § 34). In any event, in many cases, such as the present, where the evidence in question has never been revealed, it would not be possible for the Court to attempt to weigh the public interest in non-disclosure against that of the accused in having sight of the material. It must therefore scrutinise the decision-making procedure to ensure that, as far as possible, it complied with the requirements to provide adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused.”

57. EHRM 10 juli 1998, 62/1997/846/1052–1053 (*Tinnelly & Sons e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).
58. EHRM 15 november 1996, appl. nr. 22414/93 (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*) § 131: “The Court recognises that the use of confidential material may be unavoidable where national security is at stake. This does not mean, however, that the national authorities can be free from effective control by the domestic courts whenever they choose to assert that national security and terrorism are involved (see, *mutatis mutandis*, the *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom* judgment of 30 August 1990, Series A no. 182, p. 17, para. 34, and the *Murray v. the United Kingdom* judgment of 28 October 1994, Series A no. 300-A, p. 27, para. 58). The Court attaches significance to the fact that, as the intervenors pointed out in connection with Article 13 (art. 13) (see paragraph 144 below), in Canada a more effective form of judicial control has been developed in cases of this type. This example illustrates that there are techniques which can be employed which both accommodate legitimate security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial measure of procedural justice.” Ter toelichting meld ik dat § 144 het volgende vermeldt over de procedure in Canada: “Under the Canadian Immigration Act 1976 (as amended by the Immigration Act 1988), a Federal Court judge holds an in camera hearing of all the evidence, at which the applicant is provided with a statement summarising, as far as possible, the case against him or her and has the right to be represented and to call evidence. The confidentiality of security material is maintained by requiring such evidence to be examined in the absence of both the applicant and his or her representative. However, in these circumstances, their place is taken by a security-cleared counsel instructed by the court, who cross-examines the witnesses and generally assists the court to test the strength of the State’s case. A summary of the evidence obtained by this procedure, with necessary deletions, is given to the applicant.”
59. EHRM 10 juli 1998, 62/1997/846/1052–1053 (*Tinnelly & Sons e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) §78: “The Court notes that in other contexts it has been found possible to modify judicial procedures in such a way as to safeguard national security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial degree of procedural justice (see paragraphs 49, 51 and 52 above). It is not persuaded by the Government’s claim that the adjustment of procedures under the fair employment legislation or the introduction of other special judicial procedures to accommodate both of these →

HOOFDSTUK 7

verdragsstaat dient zich in te spannen om ook zoveel als mogelijk de grondrechten van de betrokkene te waarborgen en mag daarop slechts inbreuk maken voor zover het veiligheidsbelang dat vergt.⁶⁰

Zo valt uit de zaken *Tinnelly and Chahal* af te leiden dat indien de overheid een beroep doet op informatie die vertrouwelijk dient te blijven vanuit het oogpunt van de nationale veiligheid, die informatie ten minste wél aan de rechter moet worden overgelegd, zodat de rechter de informatie *in camera* kan inzien. In de uitspraak (van de *Grand Chamber*) in *A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*⁶¹ heeft het EHRM deze lijn bevestigd door te overwegen dat waar het volledig overleggen van het bewijsmateriaal niet mogelijk is, naar een zodanige oplossing dient te worden gezocht waardoor een effectieve betwisting van de beschuldigingen mogelijk is.⁶²

Waar het de vrijheidsberoving⁶³ van verdachte personen betreft lijkt zelfs uit de jurisprudentie af te leiden dat indien daarvoor vertrouwelijk materiaal wordt gebruikt door het Openbaar Ministerie, de verdachte recht heeft op een ‘security cleared lawyer’ die inzage dient te krijgen in de vertrouwelijke stukken en dit

interests need in any way undermine the independence of the judiciary in Northern Ireland or impair public confidence in the administration of justice in the province (see paragraph 68 above). The introduction of a procedure, regardless of the framework used, which would allow an adjudicator or tribunal fully satisfying the Article 6 § 1 requirements of independence and impartiality to examine in complete cognisance of all relevant evidence, documentary or other, the merits of the submissions of both sides, may indeed serve to enhance public confidence.”

60. Vgl. Hof van Justitie 21 december 2011, zaak C-27/09, LJV BU9812 (*Frankrijk t. PMOI*), punt 67.
61. EHRM 19 februari 2009, appl. nr. 3455/05, NJ 2010/468, m.nt. Alkema (*A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).
62. EHRM 19 februari 2009, appl. nr. 3455/05, NJ 2010/468, m.nt. Alkema (*A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 218: “Against this background, it was essential that as much information about the allegations and evidence against each applicant was disclosed as was possible without compromising national security or the safety of others. Where full disclosure was not possible, Article 5 § 4 required that the difficulties this caused were counterbalanced in such a way that each applicant still had the possibility effectively to challenge the allegations against him.”
63. Wanneer het niet om een vrijheidsberoving gaat, lijken minder strenge eisen te gelden. In EHRM 29 juli 2010, nr. 4900/06 (*A. t. Nederland*), AB 2011, 132 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik wilde de Nederlandse autoriteiten een uit Libië gevluchte persoon terugsturen, nadat die zich volgens een (vertrouwelijk) AIVD rapport had schuldig gemaakt aan het oproepen tot geweld in Nederland. Het vertrouwelijke AIVD rapport was door de rechter met toepassing van art. 8:29 Awb (en met instemming van de belanghebbende) ingezien. De klacht dat in zoverre geen sprake was geweest van een voldoende effectief rechtsmiddel (art. 13 EVRM) wees het EHRM af (§160).

namens de verdachte kan betwisten.⁶⁴ Deze in Canada bestaande procedure lijkt het EHRM tot voorbeeld te nemen in de *Chahal*-uitspraak.

Wanneer een rechtspersoon in Nederland verboden wordt vanwege een plaatsing op één van de terreurlijsten zal de rechtspersoon in Straatsburg kunnen aanvoeren dat zijn grondrechten worden geschonden. Met name ligt een beroep op art. 11 en art. 6 EVRM voor de hand.⁶⁵ Blijkens de jurisprudentie van het EHRM dient te worden onderzocht of het belang van de nationale veiligheid – dat op zichzelf een legitiem belang kan vormen voor het beperken van grondrechten – op een zodanige wijze wordt gediend dat ook zoveel mogelijk is getracht de grondrechten waarop inbreuk wordt gemaakt, voor de betrokkenen te waarborgen.

Om die vraag te kunnen beantwoorden dient te worden gezien welke rechtsmiddelen bestaan waarmee een rechtspersoon kan opkomen tegen een plaatsing op een terreurlijst. Om tegen een verbodenverklaring op te komen is het noodzakelijk tegen de *listing* op te komen. De verbodenverklaring is daarvan eigenlijk het nevengevolg.

Met welke rechtswaarborgen zijn de procedures omkleed die tot plaatsing leiden op één van de in art. 2:20 lid 3 BW genoemde lijsten? De beschikbare rechtsmiddelen variëren al naar gelang waar de *listing* wordt geïnitieerd en op welke lijst men terecht komt. Alvorens stil te staan bij de beschikbare rechtsmiddelen zal eerst globaal worden geschetst hoe de verschillende soorten *listing*-procedures werken.

7.4.3 Een listing door Nederland.

Nederland kan op basis van de Sanctiewet 1977 maatregelen nemen tegen personen en entiteiten.⁶⁶ Tot 18 december 2007, de dag waarop de Sanctieregeling terrorisme 2007-II tot stand kwam, konden de te goeden van in Nederland woonachtige of gevestigde ‘terroristen’ of ‘terroristische’ organisaties, worden bevroren door vaststelling van een ministeriële regeling, onder vermelding van de namen van de getroffen personen of organisaties in een

64. Zie EHRM 15 november 1996, appl. nr. 22414/93 (*Chahal t. Verenigd Koninkrijk*), § 131 jo. § 144. Zie voorts EHRM 20 juli 2010, appl. nr. 4900/06, AB 2011, 132 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (*A. t. Nederland*).

65. Art. 6 EVRM is in het geding omdat de verbodenverklaring de burgerlijke rechten van de rechtspersoon aantast en volgens vaste rechtspraak sinds EHRM 21 februari 1975, appl. nr. 4451/70, NJ 1975, 462 m.nt. EAA (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*) art. 6 EVRM tevens beoogt de toegang tot de rechter te verzekeren, teneinde een effectieve rechtsbescherming te waarborgen bij schending van burgerlijke rechten.

66. Indien reeds een *listing* op Unie- of VN-niveau heeft plaats gevonden, is het nemen van een aanwijzingsbesluit op Nederlands niveau verder zinledig geworden, nu het beoogde rechtsgevolg reeds is ingetreden.

HOOFDSTUK 7

bijlage bij de regeling.⁶⁷ De wijze van handhaving bij een ministeriële regeling, een algemeen verbindend voorschrift, had tot gevolg dat betrokkenen die hun *listing* in rechte wilden aanvechten een civielrechtelijke actie uit onrechtmatige daad dienden in te stellen.

Sinds de invoering van de Sanctieregeling terrorisme 2007-II geldt dat afzonderlijke ‘aanwijzingsbesluiten’ worden uitgevaardigd tegen de personen of organisaties en deze niet meer in de ministeriële regeling zelf staan genoemd.⁶⁸ Tegen een aanwijzingsbesluit kan een belanghebbende de reguliere bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsinstrumenten aanwenden.⁶⁹ De wetgever heeft gekozen voor het openstellen van de bestuursrechtelijke rechtsgang, aangezien deze voor betrokkenen eenvoudiger en voordeliger is en meer is toegesneden op het bestuursrechtelijke karakter van een aanwijzingsbesluit. Een nationale *listing* op grond van de Sanctieregeling terrorisme 2007-II (door het nemen van een aanwijzingsbesluit), zal doorgaans, op grond van het door Nederland gevoerde beleid, tevens leiden tot een *listing* op Unie-niveau.⁷⁰

67. Zie de toelichting bij de Regeling van de Minister van Buitenlandse Zaken van 1 april 2010, nr. DJZ/BR/0248-10, tot wijziging van de Sanctieregeling terrorisme 2007-II, in verband met de werkingsduur van aanwijzingsbesluiten.

68. Het gevolg van een aanwijzing is dat (i) alle middelen die toebehoren aan de personen en organisaties, bedoeld in het eerste lid, worden bevroren, (ii) het verboden is financiële diensten te verrichten voor of ten behoeve van de personen en organisaties, bedoeld in het eerste lid, en (iii) het verboden is aan de personen en organisaties, bedoeld in het eerste lid, rechtstreeks dan wel middellijk middelen ter beschikking te stellen.

69. Bezwaar, beroep op de bestuursrechter en hoger beroep op de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Daarnaast kan men in een verzoek om een voorlopige voorziening vragen, bijvoorbeeld om het aanwijzingsbesluit hangende de procedure te schorsen.

70. De toelichting bij de Regeling van de Minister van Buitenlandse Zaken van 1 april 2010, nr. DJZ/BR/0248-10, tot wijziging van de Sanctieregeling terrorisme 2007-II, in verband met de werkingsduur van aanwijzingsbesluiten vermeldt over de verhouding tussen een aanwijzing op grond van de Sanctieregeling terrorisme 2007 II en een EU-listing: “*In het algemeen volgt op een Nederlandse bevroeringsmaatregel een voordracht voor EU-listing van de betrokken persoon of organisatie. De nationale bevroeringsmaatregel vormt dan (mede) de grondslag voor EU-listing. Tot dusverre was het gebruikelijk om de nationale bevroeringsmaatregel in te trekken zodra de Europese besluitvorming was afgerond. Deze intrekking, vond plaats op juridisch-technische gronden en niet wegens een gewijzigde opvatting over de betrokken personen of organisaties. Een dergelijke intrekking was erop gericht om samenloop van regels te voorkomen. De normstelling die in een nationale bevroeringsmaatregel is neergelegd – zoals het verbod om financiële diensten te verrichten – is immers dezelfde als die geldt op grond van Verordening (EG) nr. 2580/2001 van de Raad van de Europese Unie van 27 december 2001 (PbEG L 344) of op grond van Verordening (EG) nr. 881/2002 van de Raad van de Europese Unie van 27 mei 2002 (PbEG L 193). Ongewijzigde handhaving van de nationale maatregel na plaatsing op een Europese lijst zou dan tot een doublure leiden.*

Om te benadrukken dat het nationale aanwijzingsbesluit – mede – de grondslag vormt voor de EU-listing zal er – anders dan overeenkomstig de tot dusverre gevolgde praktijk – voortaan van worden afgezien om een nationaal aanwijzingsbesluit in te trekken na totstandkoming van de corresponderende EU-listing. Daardoor staat buiten twijfel dat het nationale →

7.4.4 Een listing op Unie-niveau

Hoe verhoudt de *listing* op Europees niveau zich tot de *listing* op nationaal niveau? Het is aan de Raad om bij unanimitéit te besluiten over het plaatsen, handhaven of schrappen van (rechts)personen op de EU-terreurlijst.⁷¹ Een *listing*, alsmede de handhaving ervan, dient plaats te vinden op grond van specifieke informatie die afkomstig is van de nationale autoriteit waaruit blijkt van (het faciliteren van) terroristische activiteiten.⁷² Daarbij verplicht art. 1(6) van het Gemeenschappelijke Standpunt 2001/931 om minimaal elke zes maanden het besluit om een (rechts)persoon op de lijst te houden te herzien. Bij het nemen van deze besluiten leunt de Raad op de informatie die afkomstig is van de lidstaat die de *listing* heeft geïnitieerd.⁷³ De Raad mag ervan uitgaan dat de informatie die afkomstig is van de nationale lidstaat correct is en hoeft daarnaast niet zelfstandig onderzoek te verrichten.⁷⁴

aanwijzingsbesluit zijn betekenis behoudt als aanwijzing van betrokkenen als behorend tot de kring van personen en organisaties als bedoeld in Resolutie 1373 van de Veiligheidsraad en biedt het een aangrijpingspunt voor de behandeling van verzoeken om heroverweging door de nationale autoriteiten en voor de aanwending van nationale rechtsbeschermingsmiddelen.”

71. Art. 2(3) van Verordening 2580(2001). Voor de actuele terreurlijst: zie het laatste besluit van de Raad, op grond van Verordening 2580(2001): www.consilium.europa.eu/policies/fight-against-terrorism/documents/eu-terrorist-listregime?lang=en.
72. Art. 1(4-6) van het Gemeenschappelijke Standpunt 2001/931. In geval van een EU-*listing* wordt geëist dat de informatie die tot de *listing* heeft geleid afkomstig is van een “bevoegde instantie”. Volgens art. 1 lid 4 van Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931 moet het daarbij gaan om een rechterlijke of daaraan gelijkwaardige instantie.
73. In HvJ EU 9 september 2010, T-348/07, EHRC 2010, 133 (*Al Aqsa t. Raad*), wordt de procedure als volgt samengevat: “78. (...) *the procedure which may culminate in a measure to freeze funds under the relevant legislation takes place at two levels, one national, the other Community. In the first stage, a competent national authority, as a rule judicial, must take in respect of the party concerned a decision satisfying the definition in Article 1(4) of Common Position 2001/931. If it is a decision to instigate investigations or to prosecute, it must be based on serious and credible evidence. In the second stage, the Council, acting by unanimity, must decide whether to include the party concerned in the list at issue, on the basis of precise information or material in the relevant file which indicates that such a decision has been taken. Next, the Council must, at regular intervals, and at least once every six months, be satisfied that there are grounds for continuing to include the party concerned in the list at issue. Verification that there is a decision of a national authority meeting that definition is an essential precondition for the adoption, by the Council, of an initial decision to freeze funds, whereas verification of the consequences of that decision at the national level is essential in the context of the adoption of a subsequent decision to freeze funds.*”
74. Zie bijv. HvJ EU 9 september 2010, T-348/07, EHRC 2010, 133 (*Al Aqsa t. Raad*), nrs. 80-81.

HOOFDSTUK 7

7.4.5 Een listing op VN-niveau

De UN Sanctions Committee (het Sanctiecomité), een orgaan van de VN-Veiligheidsraad waarin alle leden van de Veiligheidsraad zitting hebben, beslist over een verzoek tot *(de)listing*.⁷⁵ Het Sanctiecomité beslist met consensus, of verwijst het verzoek voor verdere beslissing naar de Veiligheidsraad.

Op VN-niveau bestaan geen rechtsmiddelen om op te komen tegen een besluit tot *listing*. Het bewandelen van de diplomatieke weg is *de facto* de enige optie om tot een *delisting* te komen. Wel is in 2009 de functie van een ombudsman gecreëerd.⁷⁶ De ombudsman moet het Sanctiecomité bijstaan bij het behandelen van verzoeken tot schrapping van de lijst en heeft mede tot taak de zorgvuldigheid van dit proces te bevorderen.⁷⁷

7.4.6 Rechtsmiddelen op nationaal niveau

Bij de vraag naar de rechtsmiddelen die een in Nederland gevestigde (rechts) persoon kan aanwenden wanneer deze wordt ‘gelist’ is allereerst relevant of sprake is van een *listing* die op initiatief van Nederland geschiedt.

In een geval van een *listing* door Nederland kon de desbetreffende (rechts) persoon, zoals hiervoor reeds aangegeven, tot inwerkingtreding van de Sanctieregeling terrorisme 2007-II eind 2007 de rechtmatigheid van de aanwijzing (een algemeen verbindend voorschrift) bij de civiele rechter aan de orde stellen.⁷⁸ Sinds inwerkingtreding van de Sanctieregeling terrorisme 2007-II eind 2007 staat een bestuursrechtelijke rechtsgang open. Het is overigens niet zo dat dat de Staat zich op de formele rechtskracht zal kunnen beroepen wanneer de (rechts) persoon niet binnen zes weken na bekendmaking van het besluit daartegen bezwaar heeft gemaakt.⁷⁹

Wanneer aan het besluit of de aanwijzing een vertrouwelijk ambtsbericht van de AIVD ten grondslag ligt – hetgeen doorgaans het geval zal zijn – kan de rechter van de Staat verlangen dat hij (evt. samen met de griffier) inzage krijgt

75. De bij de voordracht aangedragen informatie wordt eerst bestudeerd door de experts van de “Analytical Support and Sanctions Monitoring Team”. Vervolgens doet het Monitoring Team een aanbeveling aan het Sanctiecomité.

76. Resolutie 1909 (2009), aangevuld bij Resolutie 1989(2011).

77. Wanneer de ombudsman positief adviseert op een verzoek tot *delisting*, vervalt de *listing* in beginsel automatisch na een periode van 60 dagen, tenzij het Sanctiecomité met consensus binnen deze termijn besluit de *listing* te handhaven. Bij gebrek aan consensus is het aan de Veiligheidsraad om een besluit te nemen. Zie de brief van de Minister van Buitenlandse Zaken aan de Eerste Kamer van 20 oktober 2011: *Kamerstukken I*, 2011/12, 22 112, EJ.

78. Zie bijv. de uitspraken van de Rb ’s-Gravenhage van 13 mei 2003, LJN AF8506 en 3 juni 2003, LJN AF9389 (*Stichting Al Aqsa*).

79. Het Hof van Justitie eist namelijk dat de betrokkene steeds een verzoek tot *delisting* kan doen. Zie HvJ EU 9 september 2010, T-348/07, EHRC 2010, 133 (*Al Aqsa t. Raad*), § 165.

in het ambtsbericht. Het ambtsbericht wordt dan niet geopenbaard aan de belanghebbende. De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag heeft zijn oordeel dat hem vertrouwelijk inzage moet worden geboden in de AIVD informatie als volgt toegelicht:⁸⁰

“3.11. Vertrouwelijke inzage door de rechter van relevante stukken lijkt op gespannen voet te staan met een der hoofdbeginselen van het procesrecht, namelijk het recht op hoor en wederhoor. Daardoor zal uit de motivering van het (eind)vonnissen na de vertrouwelijke kennisneming niet blijken van datgene waarin vertrouwelijke inzage is gegeven, zodat in zoverre de te geven motivering niet rechtstreeks controleerbaar is. Niettemin is denkbaar dat uit hoofde van overwegingen van openbare orde op genoemd hoofdbeginsel een uitzondering wordt gemaakt. Een dergelijke situatie doet zich thans voor. Daarbij is ook van belang dat partijen met het maken van een uitzondering ingestemd hebben en onderhavige toetsing bovendien bestuursrechtelijke aspecten heeft, in welk recht vertrouwelijke kennisneming door de rechter niet ongebruikelijk is (zie artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht).”

Zoals in de hiervoor weergegeven passage reeds wordt opgemerkt biedt art. 8:29 Awb in de bestuursrechtelijke procedure, zoals die sinds eind 2007 openstaat tegen een aanwijzingsbesluit, de rechter de mogelijkheid inzage te krijgen in vertrouwelijke documenten.⁸¹ Art. 87 Wiv geeft (sinds 2002) een vergelijkbare regeling voor informatie afkomstig van de AIVD.⁸²

Het ligt voor de hand dat wanneer wordt opgekomen tegen een aanwijzingsbesluit steeds van de Staat verlangd kan worden dat hij de rechter inzage geeft in de vertrouwelijke documenten teneinde een controle door de rechter mogelijk te maken. Wil van een effectieve rechtsbescherming kunnen worden gesproken dan dient een onafhankelijke rechter te kunnen oordelen over de vraag of er daadwerkelijk voldoende substantiële redenen zijn die het nemen van een aanwijzingsbesluit kunnen rechtvaardigen.⁸³

80. Rechtbank 's-Gravenhage 3 mei 2003, LJN AF8506.

81. Art. 8:29 lid 1 Awb luidt: “Partijen die verplicht zijn inlichtingen te geven dan wel stukken over te leggen, kunnen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, het geven van inlichtingen dan wel het overleggen van stukken weigeren of de rechtbank mededelen dat uitsluitend zij kennis zal mogen nemen van de inlichtingen onderscheidenlijk de stukken.” De toepassing van art. 8:29 Awb is door het EHRM gesanctioneerd in EHRM 20 juli 2010, appl. nr. 4900/06, AB 2011, 132 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*A. t. Nederland*). Eerder in gelijke zin: ABRvS 8 april 2009, JB 2009,133 waarin de Afdeling oordeelde dat het recht op een eerlijke procesvoering door art. 8:29 Awb niet in zijn essentie wordt beperkt.

82. Ingevolge art. 87, eerste lid, eerste volzin, van de Wiv is het uitsluitend aan de minister (in plaats van aan de rechter) te beoordelen en te beslissen over de gerechtvaardigdheid van de beperkte kennisneming. Deze volzin is echter door de Afdeling in strijd met art. 6 EVRM geacht en dient als onverbindend te worden beschouwd: ABRvS 30 november 2011, AB 2012, 142 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Ook onder de Wiv beslist de rechter over de gerechtvaardigdheid van een beperkte kennisneming.

83. Zie de bij het toetsingskader besproken jurisprudentie van het EHRM. Dat een rechter inzage wordt geboden in de vertrouwelijke documenten is ook in het belang voor het behoud van het vertrouwen in het beleid van de Staat in deze. Wanneer geen enkele controle door →

HOOFDSTUK 7

Zowel de Staat als de belanghebbende zullen redelijkerwijze gehouden zijn om hun toestemming te verlenen aan de vertrouwelijke inzage van de onderliggende documentatie door de rechter. Bij weigering door de Staat zal de openbare opgave van redenen het besluit moeten kunnen dragen. Bij weigering door de belanghebbende zal de rechter niet kunnen uitsluiten dat de onderliggende (geheime) documentatie voldoende draagkrachtige redenen bevat om het aanwijzingsbesluit te kunnen dragen.

7.4.7 *Rechtsbescherming op Unie-niveau sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon*

Wat zijn de rechtsbeschermingsmogelijkheden op Europees niveau? Deze vraag wordt relevant wanneer tevergeefs op nationaal niveau is opgekomen tegen een aanwijzingsbesluit op grond van de Sanctieregeling terrorisme 2007-II en wanneer een *listing* op Unie-niveau volgt. Ook kan sprake zijn van een *listing* op Unie-niveau doordat een andere lidstaat de (rechts)persoon heeft voorgedragen voor plaatsing op de lijst. Anders dan bij een VN-*listing* geldt bij een Unie-*listing* dat de betrokkene reeds gebruik heeft kunnen maken van rechtsbescherming op nationaal niveau, zodat de rechtsbescherming op Europees niveau meer aanvullend van karakter is.

Uitgangspunt bij een Unie-*listing* is dat daarbij geen grondrechten van de betrokkenen mogen worden geschonden.⁸⁴ Zowel bij plaatsing op de endogene-lijst als plaatsing op de exogene-lijst kan een belanghebbende het Hof van Justitie vragen de rechtmatigheid van de *listing* te toetsen, binnen de daarvoor

de rechter mogelijk zou zijn op de gronden die tot *listing* hebben geleid, zou het beeld kunnen ontstaan dat de Staat soms op lichtvaardige gronden een aanwijzingsbesluit neemt. Die verdenking kan met behulp van de mogelijkheid die art. 8:29 Awb aan de rechter biedt worden bestreden.

84. Uit de considerans van het besluit 2003/48/JBZ van de Raad van 19 december 2002, betreffende de toepassing van specifieke maatregelen op het gebied van politieke en justitiële samenwerking ter bestrijding van het terrorisme, overeenkomstig artikel 4 van Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931/GBVB: “*Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931/GBVB bevat bepaalde waarborgen om ervoor te zorgen dat personen, groepen of entiteiten pas op de lijst worden geplaatst als daar voldoende reden toe is. De Raad zal evenwel de nodige conclusies trekken uit een eventuele definitieve andersluidende uitspraak of uitvoerbare beschikking in kortgeding van een gerecht van de lidstaten.*

(8) Dit besluit eerbiedigt de fundamentele rechten en de beginselen die worden erkend bij artikel 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie. Geen enkele bepaling van dit besluit mag zo worden uitgelegd dat inbreuk zou kunnen worden gemaakt op de wettelijke bescherming die personen, groepen of entiteiten die zijn vermeld in de bijlage bij Gemeenschappelijk Standpunt 2001/931/GBVB uit hoofde van de nationale wetgeving genieten, (...)”

geldende termijnen.⁸⁵ Het Hof van Justitie zal vervolgens controleren of de procedure correct is gevolgd en de *listing* voldoet aan de in art. 296 VWEU voorgeschreven motiveringsplicht.⁸⁶ Dat geldt ook wanneer de *listing* een grondslag heeft in maatregelen die zijn getroffen op nationaal niveau.⁸⁷ Daarnaast is het Hof van Justitie bevoegd kennis te nemen van een vordering voor schadevergoeding jegens de Unie vanwege een onrechtmatige *listing*.⁸⁸

-
85. Art. 263 VWEU bepaalt dat iedere natuurlijke of rechtspersoon (onder de in de eerste en tweede alinea vastgestelde voorwaarden) beroep kan instellen tegen handelingen die tot hem gericht zijn of die hem rechtstreeks en individueel raken, alsmede tegen regelgevingshandelingen die hem rechtstreeks raken en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen. Art. 275 VWEU bepaalt dat het Hof van Justitie in beginsel niet bevoegd is ten aanzien van de bepalingen van het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid noch ten aanzien van de op grond daarvan vastgestelde besluiten. Een uitzondering wordt in dit artikel gemaakt om uitspraak te doen inzake beroepen die onder de in artikel 263, vierde alinea, van dit Verdrag bepaalde voorwaarden worden ingesteld betreffende het toezicht op de wettigheid van besluiten houdende beperkende maatregelen jegens natuurlijke personen of rechtspersonen, die door de Raad op grond van titel V, hoofdstuk 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie zijn vastgesteld.
86. Het Gerecht heeft in haar uitspraak van 12 december 2006, appl. nr. T-228/02, EHRC 2007, 30 m.nt. Lavranos (*OMPI I*) overwogen (in nrs. 142-145) dat de gemeenschapsrechter de juistheid en betrouwbaarheid van het bewijs dient vast te stellen en dient te beoordelen of het bewijs de plaatsing wel kan dragen. Daartoe dient de gemeenschapsrechter volledige inzage in het bewijs te krijgen. Een *listing* mag niet worden gebaseerd op bewijs dat niet aan de rechter is overgelegd. Daarnaast dient aan de betrokkene voldoende informatie te worden gegeven teneinde deze in staat te stellen om zich effectief te kunnen verweren.
87. HvJ EU 29 juni 2010, zaak C-550/09 (*DHKP t. Commissie*):“44. In dit verband moet worden beklemtoond dat de Unie een Unie is die wordt beheerst door het recht, in die zin dat de instellingen niet ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met, inzonderheid, het VWEU en de algemene rechtsbeginselen. Dat verdrag heeft een volledig stelsel van rechtsmiddelen en procedures in het leven geroepen, waarbij het toezicht op de rechtmatigheid van de handelingen van de instellingen van de Unie aan het Hof is opgedragen (zie in die zin arrest van 25 juli 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Raad*, C-50/00 P, *Jurispr. blz. I-6677*, punten 38 en 40, en arrest *Kadi en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie*, reeds aangehaald, punt 281). 45. Hieruit volgt dat elke partij, in de context van een nationale procedure, het recht heeft om voor de aangezochte rechter de ongeldigheid aan te voeren van bepalingen die zijn neergelegd in handelingen van de Unie die de grondslag vormen voor een nationaal besluit of een nationale handeling jegens die partij, en die rechter, die niet bevoegd is om deze ongeldigheid zelf vast te stellen, ertoe te brengen daarover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof (zie in die zin arrest van 15 februari 2001, *Nachi Europe*, C-239/99, *Jurispr. blz. I-1197*, punt 35, en arrest *Unión de Pequeños Agricultores/Raad*, reeds aangehaald, punt 40).” In deze zaak oordeelde het Hof van Justitie dat de plaatsing van de DHKP-C op de lijst bedoeld in artikel 2, lid 3, van verordening nr. 2580/2001 was geschied op een wijze die de rechtswaARBorgen van de DHKP-C had geschonden, bijgevolg de plaatsing ongeldig was en niet kon bijdragen aan de grondslag voor een strafrechtelijke veroordeling van enige leden van de DHKP-C die vanwege hun lidmaatschap van deze organisatie strafrechtelijk in Duitsland werden vervolgd.
88. Op grond van art. 340 VWEU moet de Unie overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar →

HOOFDSTUK 7

Een probleem is dat op Unie-niveau nog geen regeling bestaat op grond waarvan het Gerecht en het Hof van Justitie vertrouwelijk bewijsmateriaal *in camera* kunnen inzien. Het is onder het huidige Reglement voor de procesvoering niet mogelijk dat bewijsmateriaal door één partij kan worden overlegd, zonder dat het ook wordt overgelegd aan de andere partij. A-G Sharpston pleit in haar conclusie voor de zaak *Frankrijk t. OMPI* voor een wijziging van het reglement op dit punt.⁸⁹ De hiervoor geciteerde jurisprudentie van het EHRM – die ook tot uitgangspunt dient bij de uitleg van grondrechten uit het EU-Handvest – lijkt ook tot aanpassing van het Reglement te dwingen, wil op Unie-niveau adequate rechtsbescherming kunnen worden geboden.

7.4.8 *Rechtsbescherming op Unie-niveau voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon*

Voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 – met als gevolg het wegvallen van de pijler-structuur binnen de Unie – was de gemeenschapsrechter beperkt in zijn mogelijkheden de rechtmatigheid van een plaatsing op de *endogene*-lijst te onderzoeken.⁹⁰ Een belanghebbende kon zich alleen rechtstreeks tot de gemeenschapsrechter wenden om een plaatsing op de *exogene*-lijst te laten toetsen op rechtmatigheid. Het Hof van Justitie had onvoldoende rechtsmacht om rechtstreeks verzoeken van (rechts)personen te ontvangen die op de endogene-lijst, behorende bij het meergenoemde gemeenschappelijke standpunt, waren geplaatst. De bevoegdheid van de gemeenschapsrechter omvatte niet de bevoegdheid een gemeenschappelijk standpunt op rechtmatigheid te toetsen. Langs de achterdeur heeft het Hof van Justitie wel getracht enige ruimte voor zichzelf te creëren in de *Gestoras & Segi*-zaak.⁹¹

Gestoras en *Segi* – twee organisaties uit Spaans Baskenland, de één met een humanitair, de ander met een sociaal-cultureel doel – waren naar hun opvatting ten onrechte op de endogene-lijst geplaatst. *Gestoras* en *Segi* verzochten eerst het Gerecht en vervolgens in hoger beroep het Hof om vast te stellen dat de plaatsing op de lijst een onrechtmatige daad betrof van de Unie jegens hen. Het

instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt. Op grond van art. 268 VWEU behoren geschillen over de niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie tot de exclusieve competentie van het Hof van Justitie. Zie HvJ EU 29 juli 2010, zaak C-377/09, NJ 2010, 607 m.nt. Mok (*Hanssens-Ensch*).

89. Zie over deze lacune uitvoerig A-G Sharpston in haar conclusie van 14 juli 2011, in de zaak C-27/09 P (*Frankrijk t. PMOI*), nrs. 177-182.

90. Omdat voor personen binnen de EU niet het gemeenschappelijke buitenlandbeleid als grondslag kon dienen, maar een *listing* diende te geschieden op grond van art. 34 EU-Verdrag dat deel uitmaakt van titel VI van het EU-Verdrag, ‘Bepalingen inzake politieke en justitiële samenwerking in strafzaken’ (voorheen de ‘derde pijler’).

91. Hof van Justitie EU 27 februari 2007, zaak C-355/04P, NJ 2007, 390 m.nt. Mok (*Segi e.a. t. Raad*).

Hof achtte zich noch bevoegd te oordelen over de vraag of de plaatsing op de lijst rechtmatig was, noch te oordelen over een verzoek om schadevergoeding.⁹²

Om de mogelijkheid van adequate rechtsbescherming te bevorderen bood het Hof van Justitie een andere mogelijkheid. Hoewel het Hof zich niet bevoegd achtte te oordelen over eventuele verzoeken om schadevergoeding acht het Hof zich wel bevoegd om de rechtmatigheid van een plaatsing op de lijst te beoordelen in het kader van een prejudiciële procedure.⁹³ De gedachte is dat een nationale rechter die zich geconfronteerd ziet met een verzoek om schadevergoeding vanwege een onterechte plaatsing op de endogene-lijst die heeft plaatsgevonden voor 1 december 2009, aan het Hof van Justitie kan vragen zich uit te laten over de rechtmatigheid van deze Unierechtelijke ‘uitvoeringshandeling’ die wordt genomen naar aanleiding van een *listing*.

7.4.9 Rechtsbescherming op VN-niveau

De VN-*listing* genereert de meest ‘gevoelige’ juridische vragen. De spanningsboog wordt gevormd door de omstandigheid dat enerzijds VN-resoluties landen rechtstreeks binden⁹⁴ en anderzijds op NV-niveau niet is voorzien in rechtsbescherming tegen een *listing*.

92. *Segi e.a. t. Raad*, § 40. Segi e.a. hadden aangevoerd dat een basis voor het toekennen van schadevergoeding kon worden gevonden in art. 4 van gemeenschappelijk standpunt 2001/931 in combinatie met de achtste overweging van de considerans van besluit 2003/48/JBZ van de Raad van 19 december 2002 betreffende de toepassing van specifieke maatregelen op het gebied van politieke en justitiële samenwerking ter bestrijding van het terrorisme (PB 2003, L 16, blz. 68).

93. Overwogen wordt (in § 52 e.v.) dat een gemeenschappelijk standpunt op zich geen rechtsgevolgen heeft voor derden en in het systeem van titel VI van het EU-Verdrag in beginsel enkel kaderbesluiten en besluiten vatbaar voor een beroep tot nietigverklaring voor het Hof van Justitie, zodat er in beginsel evenmin een bevoegdheid bestaat voor het Hof om bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over gemeenschappelijke standpunten. Het Hof voegt daaraan toe dat voor zover een gemeenschappelijk standpunt directe rechtsgevolgen voor derden in het leven roept, wel sprake is van ‘handelingen’ waarover een prejudiciële vraag kan worden gesteld. Door de plaatsing op de lijst behorende bij het gemeenschappelijke standpunt als een handeling met rechtsgevolgen voor derden aan te merken, is het Hof – op grond van een redelijke uitleg van art. 35 lid 1 EU-Verdrag – wel bevoegd om in het kader van een prejudiciële vraag te oordelen over de rechtmatigheid van een plaatsing op de lijst.

94. Krachtens artikel 48 lid 2 van het Handvest van de Verenigde Naties worden de besluiten van de Veiligheidsraad voor de handhaving van de internationale vrede en veiligheid “*door de leden van de Verenigde Naties rechtstreeks uitgevoerd of door middel van hun optreden in de daarvoor in aanmerking komende internationale instellingen waarvan zij lid zijn*”. Volgens artikel 103 van het Handvest van de Verenigde Naties “[*hebben*] in geval van strijdigheid tussen de verplichtingen van de leden van de Verenigde Naties krachtens →

HOOFDSTUK 7

Na een voorzichtige start,⁹⁵ lijkt het Hof van Justitie nu de gedachte te koesteren dat zolang op VN-niveau niet wordt voorzien in adequate rechtswaarborgen op Unie-niveau deze rechtswaarborgen wel dienen te worden geboden. Zulks valt af te leiden uit de *Kadi*-uitspraak.⁹⁶ De *Kadi* uitspraak van het Hof heeft inmiddels alweer een vervolg gekregen, zodat hierna zal worden gerefereerd aan *Kadi-I* en *Kadi-II*. Met laatstgenoemde wordt de tweede uitspraak van het Gerecht bedoeld.

Kadi en *Al Barakaat* waren op 19 oktober 2001 op de VN-terrorismelijst geplaatst. De EG heeft uitvoering gegeven aan het besluit van de VN door een EG-bevriezingsverordening uit te vaardigen. *Kadi* en *Al Barakaat* hebben het Gerecht verzocht de EG-bevriezingsverordening nietig te verklaren, voor zover het de plaatsing van hen daarop betrof. Het Gerecht heeft het beroep van *Kadi* en *Al Barakaat* verworpen. Daarbij overwoog het Gerecht dat het niet bevoegd is de wettigheid van VN-resoluties te toetsen en dus ook niet de rechtmatigheid daarvan vanuit het oogpunt van het gemeenschapsrecht kan onderzoeken.⁹⁷ Wel achtte het Gerecht zich bevoegd VN-resoluties te toetsen aan dwingende bepalingen van internationaal recht (het *ius cogens*), maar dienaangaande overwoog het Gerecht dat de omstandigheid dat de herzieningsprocedure bij de VN niet rechtstreeks aan de belanghebbenden zelf het recht verleent om te worden gehoord door het Sanctiecomité, zodat zij voornamelijk afhankelijk zijn van de diplomatieke bescherming die de staten aan hun onderdanen verlenen, bij bevrozingsmaatregelen niet ontoelaatbaar kan worden geacht uit het oogpunt van de dwingende normen van internationaal publiekrecht.⁹⁸

dit Handvest en hun verplichtingen krachtens andere internationale overeenkomsten, [...] hun verplichtingen krachtens dit Handvest voorrang". Art. 27 Weense Conventie schrijft voor: "[a] party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty".

95. Met name de houding van het Gerecht was aanvankelijk terughoudend. In de uitspraken van het Gerecht in de zaken *Yusuf & Al Barakaat t. de Raad* (GEA 21 september 2005, Jur. 2005, II-3533, zaak T-306/01) en *Kadi t. de Raad* (GEA 21 september 2005, Jur. 2005, II-3649) oordeelde het Gerecht dat geen rechtsbescherming tegen VN-sancties open stond tenzij het *ius cogens* is geschonden. In de zaak *Ayadi t. de Raad* (GEA 12 juli 2006, zaak T-253/02, Jur. 2006, II-00000) stelde het Gerecht alleen eisen aan de behandeling van een verzoek tot schrappen van de VN-sanctielijst. Een staat diende zich daar daadwerkelijk voor in te spannen.

96. HvJ EG 3 september 2008, zaak C-402/05 P, NJ 2009, 38 m.nt. Mok (*Kadi & Al Barakaat*).

97. Het Gerecht oordeelde dat de verordening was uitgevaardigd op grond van een gebonden bevoegdheid. De EG beschikte niet over een autonome beoordelingsmarge bij de uitoefening hiervan, zodat zij met name niet rechtstreeks de inhoud van de betrokken resoluties kon wijzigen en ook geen mechanisme kon invoeren dat tot een dergelijke wijziging kon leiden. Wel achtte het Gerecht zich bevoegd bij hoge uitzondering te toetsen aan het *ius cogens*, waarvan de mensenrechten onderdeel uitmaken. Het Gerecht achtte het *ius cogens* echter niet geschonden.

98. Aangehaald in de *Kadi*-uitspraak van het HvJ EU onder § 99.

Uit de *Kadi*-uitspraak zoals gewezen in hoger beroep valt af te leiden dat het Hof van Justitie geen uitzondering wenst te tolereren op de onafhankelijke rechterlijke controle op de naleving van grondrechten. Om tot die uitkomst te kunnen komen koos het Hof van Justitie voor een andere benadering dan het Gerecht.⁹⁹ Het Hof van Justitie overwoog:¹⁰⁰

“Verder mag een internationale overeenkomst geen inbreuk maken op de in de Verdragen vastgestelde bevoegdheidsregeling en dus op de autonomie van het communautaire rechtstelsel waarvan het Hof krachtens de hem bij artikel 220 EG-Verdrag verleende exclusieve bevoegdheid de eerbiediging verzekert, welke bevoegdheid het Hof overigens reeds als een van de grondslagen van de Gemeenschap heeft beschouwd”

Deze overweging zal wellicht enige wenkbrauwen bij de VN hebben doen rijzen. Op grond van art. 103 van het VN-Handvest hebben de verplichtingen van de leden van de Verenigde Naties krachtens dit Handvest voorrang boven verplichtingen krachtens andere internationale overeenkomsten.¹⁰¹ Volgens art. 48 lid 2 van het VN-Handvest dienen de besluiten van de Veiligheidsraad voor de handhaving van de internationale vrede en veiligheid door de VN-leden rechtstreeks te worden uitgevoerd.¹⁰² Ook naar het recht van de Unie – art. 351 VWEU (art. 307 EG oud) – zou voorrang verleend moeten worden aan de oudere verplichtingen onder het Handvest.

Het Hof van Justitie vervolgt haar redenering in de *Kadi*-uitspraak door te overwegen dat het Hof niet bevoegd is om de wettigheid van VN-resoluties aan het *ius cogens* te toetsen, nu het Hof – kort gezegd – deze bevoegdheid niet heeft toevertrouwd gekregen van de lidstaten.¹⁰³ Vervolgens oordeelt het Hof – het scharnierpunt van de uitspraak – dat hoewel het niet bevoegd is de VN-resoluties zelf te toetsen, het wél bevoegd is de communautaire *uitvoeringsmaatregelen* die op grond daarvan worden getroffen door de organen van de Unie, zoals de verordening die de VN-lijst implementeert, te toetsen aan

99. Op zich is het begrijpelijk dat het Hof het Gerecht niet onverkort is gevolgd in de gedachtegang dat het bevoegd is de resoluties van Veiligheidsraad te toetsen aan het *ius cogens*. De resolutie betreft de resultante van een supranationaal politiek besluitvormingsproces die niet door een rechterlijke uitspraak afkomstig uit een bepaald land – of een groep van landen, in het geval van het Hof – kan worden aangetast. Vernietiging van een VN-resolutie moet dus niet mogelijk worden geacht, ook niet ten dele.

100. *Kadi*-uitspraak, § 282.

101. Cuyvers (2009, p. 160) heeft de positie van het Hof vergeleken met die van een majoor in het leger die de gewetensbezwaren van een kapitein afwijst met een beroep op zijn rang, maar tegelijkertijd zelf het bevel van een generaal negeert op basis van eigen fundamentele overtuigingen.

102. Daarnaast is nog een markant detail dat de VN-orde dateert van voor de creatie van de Europese Gemeenschappen, terwijl de overweging uit het *Kadi*-arrest anders suggereert.

103. *Kadi*-uitspraak, nr. 287.

HOOFDSTUK 7

verenigbaarheid met de beginselen van het gemeenschaps(thans Unie)-recht.¹⁰⁴ Daarbij lijkt het Hof, voor zover er grondrechten in het geding zijn, niet te accepteren dat regels van internationaal recht in de communautaire rechtsorde voorrang hebben.¹⁰⁵

Na deze vooropstellingen beoordeelt het Hof of de EG-bevriezingsverordening die de VN-lijst implementeert in overeenstemming is met de grondrechten zoals die binnen het Unierecht worden gewaarborgd. Het Hof beantwoordt die vraag ontkennend, omdat zowel de rechten op een adequate verdediging (in het bijzonder het recht om te worden gehoord en het recht op een effectieve rechterlijke controle) als het recht op eigendom worden geschonden. Omdat een vernietiging van de bestreden verordening, voor zover deze de tegoeden van Kadi en Al Barakaat betreft, onherstelbare gevolgen zou kunnen hebben en niet kon worden uitgesloten dat Kadi en Al Barakaat met recht op de VN-terrorismelijst waren geplaatst, gaf het Hof de Raad de gelegenheid binnen drie maanden de door het Hof geconstateerde gebreken te herstellen. De redenen die ten grondslag hadden gelegen aan de *listing* dienden alsnog aan Kadi en Al Bakaraat te worden medegedeeld, zodat zij daarop zouden kunnen reageren. Aldus is ook geschied. Tot een *delisting* heeft dit niet geleid, hetgeen onderwerp is van de rechtsstrijd in *Kadi II*.¹⁰⁶

7.4.10 De VN-terreurlijst en het recht op een effectief rechtsmiddel

Het komt mij voor dat de uitkomst die het Hof van Justitie in de *Kadi*-uitspraak bereikt de meest wenselijke is. Personen en organisaties die op een terreurlijst worden geplaatst dienen over een effectief rechtsmiddel te beschikken om daartegen op te komen.¹⁰⁷ Zolang op VN-niveau niet wordt voorzien in adequate rechtsbescherming, dient het Unierecht of de nationale rechter daarin te voorzien. Anders is een weg geopend om met een beroep op de nationale veiligheid de rechter *de facto* buitenspel te zetten. Nu alle landen die partij zijn bij het EVRM gehouden zijn om de grondrechten van alle onder hun rechtsmacht ressorterende onderdanen te waarborgen, zou het toekennen van immuniteit aan VN-resoluties ook wat betreft hun compatibiliteit met elementaire grondrechten een ernstige inbreuk betekenen op het uitgangspunt dat in een

104. *Kadi*-uitspraak, nrs. 288-290.

105. *Kadi*-uitspraak, nrs. 303-304.

106. GEA 30 september 2010, T-85/09, EHRC 2010, 134 m.nt. Cuyvers (*Kadi II*), waarvan beroep is ingesteld bij het Hof van Justitie.

107. Het Gerecht heeft in de *Kadi II*-uitspraak (onder nr. 135) overwogen dat uit de *Kadi*-uitspraak van het Hof van Justitie blijkt dat het aan de Gemeenschapsrechter is om door middel van een volledige toets afdoende rechtsbescherming te garanderen, welke toets dan ook mede moet zien op de afwegingen en de beoordeling van het bewijs door het Sanctiecomité. Zie ook HvJ EU 29 juni 2010, zaak C-550/09 (*DHKP t. Commissie*).

rechtsstaat een belanghebbende de uitoefening van overheidsgezag uiteindelijk door een onafhankelijke rechter moet kunnen laten toetsen op rechtmatigheid.

Het voorgaande laat onverlet dat de wijze waarop het Hof tot dit resultaat komt inmiddels door velen problematisch is geacht.¹⁰⁸ Zoals in de vorige paragraaf toegelicht, komt het oordeel van het Hof erop neer dat de grondrechten zoals die worden gewaarborgd in de communautaire rechtsorde voorgaan boven VN-resoluties, hetgeen op gespannen voet staat met de verplichtingen die het VN-Handvest legt op de VN-lidstaten.¹⁰⁹ De openhartige ontboezemingen van het Gerecht in de *Kadi-II* zaak, laten er geen twijfel over bestaan dat ook het Gerecht niet overtuigd is van de juridische houdbaarheid van de door het Hof in *Kadi-I* gevolgde redenering.¹¹⁰ De vraag is of het Hof ook niet tot een vergelijkbaar resultaat had kunnen komen met een andere redenering. Grondrechten vormen namelijk niet alleen een onderdeel van het Unierecht, maar vormen zelf ook onderdeel van de internationale rechtsorde.

De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens bevat een catalogus van grondrechten die op onderdelen verschilt van de grondrechten zoals geformuleerd in het EU-Handvest (dat zeer uitgebreid is), maar dat laat onverlet dat er naar de kern genomen ook veel overeenkomsten zijn. De idee achter het belang van grondrechten betreft op VN- en Unieniveau dezelfde gedachte: onder alle omstandigheden dienen mensen aanspraak te kunnen maken op bepaalde fundamentele rechten wil een samenleving doorgaan voor een ‘beschaaft samenleving’.

De bevestiging van tegoeden betekent een ernstige aantasting van het recht op eigendom, welk recht door art. 17 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (UVRM) wordt beschermd.¹¹¹ Art. 8 UVRM bepaalt dat ieder mens recht heeft op een effectief rechtsmiddel wanneer zijn grondrechten worden geschonden.¹¹² Dat het UVRM strikt genomen geen bindende bepalingen bevat voor de VN-lidstaten kan mijns inziens daar niet veel aan afdoen, omdat het als ‘soft law’ wel degelijk de verplichtingen van de VN-lidstaten kan inkleuren. Daarnaast bevat het (wel bindende) IVBPR een bepaling die het

108. Zie bijv. Rijken (2009, p. 143), die de houding die het Hof aanneemt in de internationale arena ‘exceptionalistisch’ noemt welke houding zich niet verdraagt met de verplichtingen die de VN-lidstaten hebben onder het Handvest.

109. De Unie is geen lid van de VN, de lidstaten wel. Het conflict betreft dus de individuele lidstaten, die zowel gehouden zijn gevolg te geven aan hun communautaire verplichtingen en de resoluties van de Veiligheidsraad uit te voeren.

110. GEA 30 september 2010, T-85/09, EHRC 2010, 134 m.nt. Cuyvers (*Kadi II*), nr. 121.

111. Art. 17 Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens luidt:

“- Een ieder heeft recht op eigendom, hetzij alleen, hetzij tezamen met anderen.

- Niemand mag willekeurig van zijn eigendom worden beroofd.”

112. Daarnaast bepaalt art. 10 dat een ieder recht heeft op “*a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal*” wanneer hij wordt beschuldigd van strafbare feiten. Omstrede is echter of een plaatsing op de lijst een punitief karakter heeft.

HOOFDSTUK 7

recht op effectieve rechtsbescherming garandeert.¹¹³ De VN-lidstaten zijn derhalve reeds op grond van hun internationaalrechtelijke verplichtingen gehouden hun onderdanen het recht op een effectief rechtsmiddel te bieden bij bevrozing van tegoeden.

Ook de terrorisme-resoluties van de VN geven geen aanleiding om te veronderstellen dat de lidstaten bij de uitvoering van deze resoluties de grondrechten even kunnen ‘parkeren’. Eerder is het tegendeel het geval. Zo bevat VN-resolutie 1456 (2003) een oproep aan de VN-lidstaten om bij de bestrijding van terrorisme, de mensenrechten te respecteren.¹¹⁴

Het was mijns inziens dan ook mogelijk – en wellicht minder problematisch – geweest indien het Hof vanuit een eenheidsgedachte van de fundamentele rechten op communautair en VN-niveau de in *Kadi* voorgelegde vragen had benaderd.¹¹⁵ Daarbij dient dan wel het probleem zich aan dat het Hof van Justitie zich moet gaan uitlaten over de materiële reikwijdte grondrechten uit de UVRM. Het nadeel dat op VN-niveau geen rechtsbescherming wordt geboden, kan daarbij in deze ook worden beschouwd als een voordeel voor het Hof van Justitie. Deze omstandigheid biedt het Hof de ruimte zelf toe te zien op de verplichting, zoals die mede voortvloeit uit de UVRM, om adequate rechtsbescherming te bieden bij plaatsing op een VN-terreurlijst. Het Hof van Justitie zou als lijn kunnen kiezen dat de lidstaten van de Unie gehouden zijn om de VN-resoluties uit te voeren, onder het waarborgen van de grondrechten, nu ook die verplichting door de VN op de lidstaten is gelegd. Juist doordat het Hof van Justitie zich bevoegd acht om rechtsbescherming te bieden bij een *listing* op VN-niveau van een EU onderdaan, zorgt het Hof ervoor dat de individuele lidstaten aan hun verplichtingen – die niet alleen strekken tot het bevriezen van tegoeden, maar ook tot het bieden van rechtsbescherming daartegen – onder het Handvest voldoen.¹¹⁶ Daarbij is mijns inziens niet vereist dat het Hof zich de bevoegdheid aanmeet de besluiten van het Sanctiecomité te vernietigen. Voldoende is dat het Hof *de verordening* die uitvoering geeft op Unieniveau aan de VN-*listing* partieel kan vernietigen.¹¹⁷ Daarmee wordt de uitvoering van de VN-resolutie jegens die (rechts)persoon als het ware geschorst voor het domein van de Unie tot het moment dat een

113. Artikel 2 lid 3 IVBPR. Het IVBPR bevat geen bescherming van het recht op eigendom.

114. "6. States must ensure that any measure taken to combat terrorism comply with all their obligations under international law, and should adopt such measures in accordance with international law, in particular, international human rights, refugee, and humanitarian law."

115. Rijken 2009, p. 144.

116. Het Hof had daartoe kunnen voortborduren op het oordeel van het Gerecht dat de resoluties van de Veiligheidsraad wel kunnen worden getoetst aan het *ius cogens*, waaronder het Gerecht verstaat de internationaal publiekrechtelijke rechtsorde die geldt voor alle internationale rechtssubjecten, waaronder de organen van de Verenigde Naties, en waarvan niet kan worden afgeweken.

117. Vgl. het dictum in GEA 30 september 2010, T-85/09, EHRC 2010, 134 m.nt. Cuyvers (*Kadi II*).

Uniebesluit is genomen waartegen adequate rechtsbescherming heeft open gestaan.¹¹⁸

Een dergelijke koers lijkt nu ook het EHRM te varen. In de *Al-Jedda* uitspraak¹¹⁹ – die de onwettige detentie betrof van een Irakees met de Britse nationaliteit in Irak door Britse soldaten op verdenking van terroristische activiteiten – heeft het EHRM erop gewezen dat de VN niet alleen werd ingesteld ten behoeve van vrede en veiligheid, maar ook ter bevordering van het respect voor mensenrechten en ook de Veiligheidsraad verplicht is volgens deze beginselen te handelen.¹²⁰ In het licht hiervan – zo overweegt het EHRM – kan het niet de bedoeling van een resolutie van de Veiligheidsraad zijn lidstaten te verplichten tot schending van mensenrechten. Voorts moet worden aangenomen dat de Veiligheidsraad zich van expliciete bewoordingen bedient, wanneer hij de bedoeling heeft staten tot maatregelen te verplichten die in strijd komen met hun mensenrechtelijke verplichtingen, aldus het EHRM.¹²¹

7.4.11 De materiële toetsing van een VN-listing

In de *Kadi*-uitspraak heeft het Hof van Justitie een belangrijke stap gezet, door te aanvaarden dat hij bevoegd is om de handelingen te controleren van de organen van de Unie ter uitvoering van een *listing* door de Veiligheidsraad. Maar daarmee is een belangrijke vraag nog niet beantwoord. Een *listing* door de Veiligheidsraad geschiedt in de regel mede op basis van vertrouwelijke informatie, afkomstig van inlichtingendiensten. Wat gebeurt er indien de Veiligheidsraad de informatie op grond waarvan de *listing* heeft plaatsgevonden, niet of slechts ten dele wenst te openbaren? In de *Kadi*-uitspraak heeft het Hof alleen overwogen dat de gronden die tot *listing* hebben geleid aan hen dienen te worden medegedeeld. De belangrijke – nog door het Hof van Justitie te beantwoorden vraag – betreft de vraag: wat vergt het beginsel van hoor en wederhoor in deze en wanneer is sprake van een voldoende effectief rechtsmiddel om op te komen tegen een *listing*.

118. Het vereiste dat een effectief rechtsmiddel dient te bestaan, vergt dat op last van de rechter deze mogelijkheid als een geoorloofde uitzondering moet worden beschouwd op de plicht van de VN-lidstaten de VN-resoluties uit te voeren.

119. EHRM 7 juli 2011, appl. nr. 27021/08, NJB 2011, 1662, NJ 2012, 431 m.nt. Keijzer, EHRC 2011, 157 m.nt. Den Heijer (*Al-Jedda t. Verenigd Koninkrijk*).

120. Art. 24 van het VN-Handvest.

121. Zie de *Al-Jedda*-uitspraak onder 101 en 102.

HOOFDSTUK 7

Volgens het rapport van Dick Marty¹²² – geschreven in 2007 in opdracht van de Raad van Europa – dient de *listing*-procedure de volgende rechten te waarborgen, wil zij kunnen voldoen aan de eisen die het EHRM stelt:

- (i) het recht om geïnformeerd te worden over de beschuldigingen;
- (ii) het recht om te worden gehoord en op een behoorlijke verdediging;
- (iii) het recht op een tijdige beslissing door een onafhankelijke rechter;
- (iv) het recht om te worden gecompenseerd bij schending van rechten;
- (v) duidelijke minimumeisen die gelden voor een *listing*;
- (vi) een *listing* dient beperkt te worden in de tijd. Ontoelaatbaar is dat personen jaren op een lijst staan, zonder dat de autoriteiten met voldoende bewijs komen om tot vervolging over te gaan.

Na de eerste *Kadi*-uitspraak is een nieuwe verordening ingevoerd om de uitvoering van het beginsel van hoor en wederhoor te verzekeren.¹²³ Op grond daarvan dient de Commissie een besluit tot *listing* mee te delen aan de betrokken personen, entiteiten, lichamen of groepen, zodat deze hun mening kunnen geven over het besluit. Ook aan Kadi zijn de redenen voor de *listing* – naar verluidt een samenvatting op een A4-tje – verstrekt. Hij heeft daarop zijn commentaar mogen geven, waarna de Commissie zijn verzoek tot *delisting* heeft verworpen. Kadi is vervolgens een nieuwe procedure gestart omdat hij vond dat met deze gang van zaken onvoldoende invulling was gegeven aan het recht op hoor en wederhoor.

Het Gerecht heeft Kadi inmiddels gelijk gegeven en is opvallend kritisch over de handelwijze van de Commissie.¹²⁴ Over het vereiste niveau van *review* overwoog het Gerecht dat uit de *Kadi*-uitspraak valt af te leiden dat in beginsel een *full review* is vereist, die niet alleen betrekking heeft op de redenen voor een *listing*, maar ook op het daaraan ten grondslag liggende bewijsmateriaal, waarbij het aan de Commissie is om technieken te bedenken waarbij specifieke

122. Marty 2007, onder 5.1 tot en met 5.3.

123. Verordening (EU) nr. 1286/2009 van de Raad van 22 december 2009 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 881/2002 tot vaststelling van bepaalde specifieke beperkende maatregelen tegen sommige personen en entiteiten die banden hebben met Usama bin Laden, het Al-Qa'idanetwerk en de Taliban.

124. GEA 30 september 2010, T-85/09, EHRC 2010, 134 m.nt. Cuyvers (*Kadi II*), nr. 123 : “*If the intensity and extent of judicial review were limited in the way advocated by the Commission and the intervening governments (see paragraphs 86 to 101 above) and by the Council (see paragraphs 102 to 111 above), there would be no effective judicial review of the kind required by the Court of Justice in Kadi but rather a simulacrum thereof.*”

informatie om legitieme veiligheidsredenen kan worden afgeschermd.¹²⁵ Tegen deze uitspraak is beroep ingesteld.

De stand van het recht op dit punt is bij het ter perse gaan van dit boek dus nog niet uitgekristalliseerd. Het wachten is in de eerste plaats op wat het Hof gaat beslissen in het hoger beroep dat is ingesteld naar aanleiding van de *Kadi II*-uitspraak.

7.4.12 De bevoegdheidsverdeling tussen het Hof van Justitie en het EHRM

Een interessant punt dat op de achtergrond nog een rol speelt is de verhouding tussen het Hof van Justitie en het EHRM wat betreft grondrechtenbescherming. Zolang de Unie geen partij is bij het EHRM zijn er *de facto* twee hoogste rechters die kunnen toetsen aan grondrechten: het EHRM wat betreft het EVRM en het Hof van Justitie wat betreft de grondrechten die zijn opgenomen in het Handvest wanneer deze in conflict komen met het Unierecht. In de *Bosphorus Airways t. Ierland* uitspraak heeft het EHRM overwogen dat zolang de Unie een niveau van mensenrechtenbescherming hanteert dat minstens vergelijkbaar is met de bescherming zoals die wordt geboden door het EVRM, het EHRM niet bevoegd is.¹²⁶ De vraag is echter wat het EHRM gaat doen, indien het Hof van Justitie zou nalaten de hiervoor besproken jurisprudentie van het EHRM te volgen bij de beoordeling van de materiële eisen die dienen te worden gesteld aan een procedure waarin een (rechts)persoon een *listing* aanvecht in de Unie.¹²⁷

De kans dat het Hof dit zal nalaten acht ik niet groot. De door het Hof van Justitie en het Gerecht ingezette koers getuigt van een grote wil om tot een effectieve grondrechtenbescherming – door het afdwingen van adequate rechtsbeschermings-instrumenten – bij (*de*)*listing*-procedures te komen. Daarnaast staat in de preambule van het Handvest dat het Handvest de rechten bevestigt zoals die onder meer voortvloeien uit de jurisprudentie van het EHRM. Ten slotte lijkt het ook onvermijdelijk dat Hof van Justitie zich uiteindelijk aan deze

125. GEA 30 september 2010, T-85/09, EHRC 2010, 134 m.nt. Cuyvers (*Kadi II*), nrs. 134 en 135.

126. EHRM 7 juli 2005, appl. nr. 45036/98, AB 2006, 273 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Bosphorus Airways t. Ierland*).

127. Het Marty-report (Marty 2007) overweegt hierover: “73. *In summary, ECtHR case-law requires some type of quasi-judicial remedy, with sufficient procedural guarantees including those detailed in Chahal, for blacklisted parties even under Article 13 ECHR. (...) 82. Bosphorus and a recent ECtHR decision, Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway, show that the ECtHR is willing to examine whether states are responsible for fundamental human rights violations under the ECHR in cases where only “manifestly deficient” protection was afforded.*”

HOOFDSTUK 7

koers van het EHRM zal moeten conformeren in het licht van de beoogde toetreding van de Unie tot het EVRM.¹²⁸

Kortom, vooralsnog wijst alles erop dat het Hof van Justitie aansluiting zal zoeken bij de jurisprudentie van het EHRM waar het gaat om de beantwoording van verdere vragen omtrent de eisen die kunnen worden gesteld aan procedures waarin wordt opgekomen tegen een *listing*.

7.4.13 Uitleiding

De conclusie na het voorgaande is dat een rechtspersoon die van rechtswege wordt verboden na plaatsing op een terreurlijst zich in beginsel geschaad ziet in zijn grondrecht op vrijheid van vereniging. De vraag is vervolgens of deze beperking van het recht op vrijheid van vereniging zich laat rechtvaardigen. Niet omstreden is dat de verdragsstaten onder het EVRM de vrijheid van vereniging mogen beperken omwille van het belang van de nationale veiligheid. Bij de vraag of een beperking kan worden gerechtvaardigd, is van belang of er een evenredige verhouding bestaat tussen het doel – het bevorderen van de veiligheid – en de mate en wijze waarop inbreuk wordt gemaakt op het recht op vrijheid van vereniging.

Om die vraag te beantwoorden is onderzocht in hoeverre een betrokken rechtspersoon rechtsmiddelen zou kunnen aanwenden tegen een *listing*. Gebleken is dat inmiddels tegen een *listing* in Nederland (die conform vast beleid ook leidt tot een *listing* op Unie-niveau) op een adequate manier kan worden opgekomen, waarbij de rechter eventuele vertrouwelijke informatie kan inzien zonder dat de betrokken rechtspersoon daarvan kennis kan nemen. Bij een toetsing op Unieniveau is nog niet duidelijk welk niveau van toetsing wordt verlangd door het Hof van Justitie. Het Gerecht heeft uit de *Kadi-I*-uitspraak afgeleid dat in beginsel volledige inzage dient te worden geboden in de redenen en bewijsmiddelen die ten grondslag liggen aan een *listing*, en de Commissie opgedragen verder over een adequate procedure na te denken waarbij ook recht kan worden gedaan aan het belang dat om veiligheidsredenen bepaalde informatie vertrouwelijk dient te blijven. Het probleem daarbij is dat het procesrechtreglement van het Hof op dit moment niet voorziet in de mogelijkheid dat stukken door de rechter *in camera* kunnen worden ingezien. Een ander probleem is dat met een *listing* die zijn oorsprong heeft op VN-niveau, het verkrijgen van relevante stukken niet steeds eenvoudig zal zijn. De opvatting van het Gerecht weerspiegelt hetgeen ook door het EHRM wordt vereist, wil men kunnen spreken over een effectief rechtsmiddel.

Zonder het bestaan van een effectief rechtsmiddel, zal Nederland het risico lopen op een veroordeling in Straatsburg omdat dan een inbreuk – zoals

128. Zoals voorzien in art. 6 lid 2 WVEU.

art. 2:20 lid 3 BW die maakt op de vrijheid van vereniging – wellicht niet steeds gerechtvaardigd kan worden. Bij gebrek aan rechtswaarborgen gaat het rechtsgevolg dat art. 2:20 lid 3 BW in het leven roept verder dan kan worden gerechtvaardigd in een democratische samenleving. De maatregelen die worden genomen ter bevordering van de veiligheid dienen in een evenredige verhouding te staan tot de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op het recht zich vrij te mogen verenigen. Dat het risico op een eventueel tekort in de rechtsbescherming zich met name kan voordoen bij een *listing* die zijn oorsprong heeft buiten Nederland, kan aan het voorgaande niet afdoen. Wanneer een *listing* op VN- of Unieniveau leidt tot een verbod van een rechtspersoon in Nederland (op grond van een Nederlands wetsartikel), zonder dat daartegen voldoende rechtsbescherming openstaat, voldoet Nederland niet aan zijn verplichtingen onder het EVRM.

Wanneer voldoende rechtsbescherming wordt geboden tegen een *listing* – ook wanneer de *listing* zijn oorsprong vindt op Unie- of VN-niveau – betreft de automatische sanctie waarin het derde lid van art. 2:20 BW voorziet nog steeds een vergaande maatregel. Het komt mij voor dat in een dergelijk geval Nederland toch niet zo snel een veroordeling door het EHRM riskeert. Nederland zal kunnen betogen dat het belang van de nationale veiligheid en de openbare orde in het geding is. Uit de jurisprudentie van het EHRM leid ik af dat wanneer een rechtspersoon wordt verboden vanwege criminele of openbare orde versturende activiteiten, de verdragsstaten een vrij ruime marge wordt gelaten wat betreft verbodsbeslissingen.¹²⁹

7.5 Conclusie

In dit hoofdstuk is de verenigbaarheid van het bepaalde in art. 2:20 BW met art. 11 EVRM onderzocht. Art. 11 staat toe dat de verdragsstaten de vrijheid van vereniging beperken voor zover dat noodzakelijk geacht kan worden in een democratische samenleving in het kader van de nationale veiligheid, openbare orde, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Uit met name het *Hells Angels*-arrest valt af te leiden dat de Hoge Raad deze uitzondering niet ruim wenst te verstaan, ook niet waar het betreft verenigingen met sterke criminele antecedenten. Daarmee lijkt de Hoge Raad strenger te toetsen dan door het EHRM wordt verlangd. Het EHRM lijkt met name kritisch te toetsen aan de vraag of een inbreuk kan worden gerechtvaardigd, waar politieke partijen in hun mogelijkheden worden beperkt. Het EHRM lijkt er

129. Vgl. EHRM 22 februari 2011, appl. nr. 6468/09, EHRC 2011, 93 m.nt. Kanne (*Association Nouvelle des Boulogne Boys t. Frankrijk*).

HOOFDSTUK 7

minder moeite mee te hebben dat een vereniging die mede verantwoordelijk wordt gehouden voor herhaaldelijke ernstige verstoringen van de openbare orde wordt verboden door de nationale rechter.

Ten aanzien van het bepaalde in art. 2:20 lid 3 BW – de verbodenverklaring van rechtswege voor rechtspersonen die op een terreurlijst zijn geplaatst – dient Nederland ervoor te waken dat een effectief rechtsmiddel bestaat tegen een *listing*. Bij gebrek aan rechtswaarborgen gaat het rechtsgevolg dat art. 2:20 lid 3 BW in het leven roept verder dan kan worden gerechtvaardigd in een democratische samenleving. De jurisprudentie – vooral op Unieniveau – is op dit moment nog sterk in ontwikkeling. In deze jurisprudentie is het belang van een adequate rechtsbescherming steeds prominenter geworden. Het belang dat veiligheidsdiensten hebben bij geheimhouding van hun bronnen en het belang van een eerlijk proces staan in deze procedures op gespannen voet met elkaar. In Nederland is het mogelijk dat bewijsmateriaal dat ten grondslag ligt aan een *listing* alleen door de (bestuurs)rechter zal kunnen worden ingezien teneinde de vertrouwelijkheid te bewaken. De procedure op Unieniveau – bij het Gerecht en het Hof van Justitie – voorziet vooralsnog niet in deze mogelijkheid. Het lijkt mij onvermijdelijk – mede in het licht van de jurisprudentie van het EHRM – dat ook op Unieniveau voorzien zal moeten worden in een dergelijke mogelijkheid.

8. Conclusie

In dit boek is de vraag onderzocht hoe de grondrechten, zoals die worden beschermd door het EVRM, het ondernemingsrecht beïnvloeden.

Deel I – Enkele algemene achtergronden

In het eerste deel is bezien op welke wijze het EVRM en het ondernemingsrecht elkaar raken. Daarbij is onder meer bezien in hoeverre rechtspersonen aanspraak kunnen maken op grondrechten en hoe grondrechten doorwerken in een relatie tussen private partijen.

In hoofdstuk 2 is betoogd dat de vraag of rechtspersonen aanspraak kunnen maken op ‘mensenrechten’ beantwoord moet worden in de context van de functie die rechtspersonen hebben in onze samenleving. Rechtspersonen zijn juridische ficties om (uiteindelijk) de belangen van natuurlijke personen te dienen. Rechtspersonen dienen aanspraak te kunnen maken op ‘mensenrechten’ omwille van het belang dat natuurlijke personen hebben bij rechtspersonen. Voorts is belicht dat het EHRM, via de band van de positieve verplichtingen die voor de verdragsstaten voortvloeien uit het EVRM, aanvaardt dat ook in de verhouding tussen private partijen een beroep kan worden gedaan op grondrechten (de horizontale werking van grondrechten).

In hoofdstuk 3 is de vraag geadresseerd hoe de reikwijdte van een grondrecht in het concrete geval kan worden bepaald. Daarbij doet zich het probleem voor dat enerzijds het veelal moeilijk is om in abstracto de reikwijdte van grondrechten aan te geven en anderzijds in concrete gevallen vaak een veelheid van belangen en omstandigheden een rol spelen waardoor individuele gevallen zich soms lastig met elkaar laten vergelijken. Dat maakt de jurisprudentie van het EHRM voor de jurist die op zoek is naar een duidelijk antwoord soms lastig hanteerbaar.

Betoogd is dat het bij het bepalen van de reikwijdte van een grondrecht in een concreet geval nuttig is de functie van grondrechten in het oog te houden. Aan de hand van een schets van de ontwikkeling in het denken over grondrechten is geïllustreerd dat grondrechten ten diepste ertoe strekken de menselijke waardigheid te beschermen. Daarbij valt in de jurisprudentie van het EHRM de volgende ‘drieslag’ te herkennen. Teneinde op een adequate wijze de menselijke waardigheid te beschermen wil het EHRM in de eerste plaats inzicht hebben in de positie van de klager. Daarbij geldt dat naarmate de menselijke waardigheid van de verzoeker meer in het gedrang dreigt te komen, het EHRM kritischer zal toetsen en de *margin of appreciation* kleiner zal zijn.

8. CONCLUSIE

Voorts heeft het EHRM inzicht nodig in de mogelijke alternatieven die voorhanden waren voor de verdragsstaat, hetgeen ‘inzicht in de breedte’ is genoemd. De vraag of een inbreukmakende handeling kan worden gerechtvaardigd, is veelal mede afhankelijk van de vraag of in het licht van het nagestreefde algemene belang, de handeling als redelijk valt te beschouwen, mede gezien de eventuele alternatieven die voorhanden waren.

Ten slotte wil het EHRM objectiviteit nastreven in zijn oordeelsvorming. Dat houdt in dat ruimte wordt gelaten aan verschillende opvattingen wanneer deze opvattingen alle redelijkerwijze te verdedigen zijn. Zo zal het EHRM, wanneer een verdragsstaat overgaat tot het nationaliseren van een bank, de betrokken verdragsstaat een zeer ruime marge laten waar het betreft de noodzaak om de aandeelhouders te onteigenen. In beginsel is het aan de verdragsstaat om te bepalen wat in het nationaal belang is.

Deel II – Het EVRM en het Nederlandse ondernemingsrecht

In deel II is onderzocht op welke wijze het EVRM het materiële Nederlandse ondernemingsrecht beïnvloedt. Voor grote delen van het ondernemingsrecht geldt dat er geen redenen zijn te twijfelen aan de compatibiliteit met het EVRM, omdat er geen bepalingen zijn op grond waarvan inbreuk kan worden gemaakt op door het EVRM beschermde grondrechten. *De facto* doet de vraag naar de verhouding tot het EVRM zich in het ondernemingsrecht alleen voor wanneer een wettelijke bepaling de mogelijkheid schept dat door de Staat of door derden inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten, het recht op een *fair trial*, het recht op *privacy* of op het recht van de vrijheid van vergadering en vereniging. Meer nauwkeurig betreft het met name de volgende onderwerpen:

(i) De voorzieningen die de Ondernemingskamer kan treffen in een enquête-procedure op grond van art. 2:349a lid 2 BW en art. 2:356 BW.

Wanneer de Ondernemingskamer voorzieningen treft binnen de door de wet en de Hoge Raad geëxpliciteerde grenzen, is er op voorhand geen reden te vrezen dat art. 1 EP wordt geschonden. Het is met name de vraag of een voorziening voldoet aan het *fair balance* vereiste dat in individuele gevallen voor discussie kan zorgen. Daarnaast zal de Ondernemingskamer, wanneer zij een OK-bestuurder decharge wenst te verlenen, de vennootschap in de gelegenheid moeten stellen opmerkingen te maken over dat voornemen.

(ii) De vraag of aandeelhouders onder omstandigheden het recht toekomt om ‘afgeleide schade’ te vorderen.

Eenzijds is het, vanuit het oogpunt van art. 1 EP bezwaarlijk om de aandeelhouder die afgeleide schade lijdt, een aanspraak op schadevergoeding te onthouden, indien de vennootschap geen verhaal kan of wil zoeken voor de geleden schade. Anderzijds dient terughoudendheid te worden betracht op het terrein van *piercing the corporate veil*.

Het EHRM is tot nu toe niet bereid gebleken om voor een aandeelhouder een recht op vergoeding voor afgeleide schade uit art. 1 EP af te leiden. Ook in de situatie dat de vennootschap de schade niet wil verhalen, dwingt art. 1 EP niet tot het aanpassen van de regel dat een aandeelhouder alleen zelf een vorderingsrecht heeft indien jegens hem een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Er bestaan voldoende praktische mogelijkheden voor een aandeelhouder om de vennootschap te bewegen tot verhaal van de schade over te gaan.

De vraag naar de ontvankelijkheid van een aandeelhouder in Straatsburg dient te worden onderscheiden van de vraag naar de mogelijkheid om afgeleide schade te kunnen vorderen. Een aandeelhouder wordt door het EHRM in zijn klacht vanwege een schending van een grondrecht jegens de vennootschap ontvangen indien de vennootschap als zijn ‘vehicle’ kan worden beschouwd. Bijvoorbeeld in het geval van een directeur-groootaandeelhouder. In een dergelijk geval is het EHRM wel bereid door de *corporate veil* heen te kijken.

(iii) De blokkerings-, geschillen-, uitkoop- en fusieregeling.

De inbreuken op eigendomsrechten die kunnen worden gemaakt door de blokkerings-, geschillen-, uitkoop- en fusieregeling kunnen in beginsel alle worden gerechtvaardigd door het economische belang dat is gemoeid met het goed kunnen functioneren van vennootschappen. Alleen wanneer de fusieregeling wordt benut om zich te kunnen ontdoen van minderheidsaandeelhouders onder ontwijking van de uitkoopregeling dreigt een schending van art. 1 EP.

(iv) De rechtswaarborgen tegen maatregelen die kunnen worden getroffen op grond van de interventiewet.

De bevoegdheden van de Minister van Financiën en De Nederlandsche Bank (DNB) strekken ertoe te bevorderen dat het financiële systeem blijft functioneren in tijden van crisis. Het EHRM heeft overwogen dat bij het reguleren van het financiële systeem de verdragsstaten een ruime *margin of appreciation* wordt gegund. De bevoegdheden die bij invoering van de Interventiewet aan de Minister van Financiën en DNB zijn toegekend, overschrijden deze marge niet.

In één opzicht schiet de regeling tekort. De probleeminstelling kan zich niet tot de Ondernemingskamer wenden om de waarde van door DNB overgedragen activa van de probleeminstelling aan een derde te laten toetsen.

Mede gezien de snelheid waarmee de rechtbank zal moeten beslissen over de toepassing van de overdrachtsregeling en de beperkte mogelijkheid om daarbinnen een discussie te voeren over de prijs die de derde betaalt onder de overdrachtsregeling, geldt dat voor de probleeminstelling onvoldoende is voorzien in rechtswaarborgen en niet wordt voldaan aan de eisen die voortvloeien uit art. 1 EP en art. 6 EVRM. Om een verdragsschending te voorkomen, dient de Ondernemingskamer de regeling die is getroffen voor aandeelhouders zo te verstaan dat deze ook geldt voor de probleeminstelling zelf, zodat ook de

8. CONCLUSIE

probleeminstelling de hoogte van de vergoeding die door DNB is overeengekomen met een derde voor bepaalde activa op redelijkheid kan laten toetsen.

(v) De vraag of de enquêteprocedure voldoende het recht op hoor en wederhoor waarborgt, alsmede in voldoende mate in rechtsbeschermingsinstrumenten voorziet voor belanghebbenden (veelal bestuurders) die reputatieschade vrezen na openbaarmaking van het enquêteverslag.

De enquêteprocedure houdt 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). Aldus missen zij een rechtsmiddel om hun eigen goede naam mee te beschermen. Deze beperking is evenwel te rechtvaardigen vanuit het belang dat wordt gediend met een op snelheid en efficiëntie gerichte procedure.

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 op het enquête-onderzoek. Op de procedure tot het gelasten van een enquête is art. 6 EVRM steeds van toepassing. Op de procedure tot het vaststellen van wanbeleid, is art. 6 EVRM in ieder geval steeds van toepassing indien daarbij ook om voorzieningen als bedoeld in art. 2:356 BW wordt gevraagd.

(vi) De vraag in hoeverre rechtspersonen met een beroep op hun recht op privacy zich zouden kunnen verzetten tegen openbaarmaking van bedrijfsgegevens in het jaarverslag.

Rechtspersonen kunnen net als natuurlijke personen een beroep doen op art. 8 EVRM ter bescherming van hun gegevens. Verplichtingen die (rechts)personen dwingen zakelijke gegevens te openbaren, zullen steeds moeten kunnen worden gerechtvaardigd aan de hand van de in art. 8 EVRM opgenomen maatstaf, die eist dat (i) de inbreuk is gebaseerd op een wetsbepaling, (ii) een legitiem doel dient; (iii) en ook als noodzakelijk kan worden beschouwd in een democratische samenleving.

Een voor de hand liggend voorbeeld van een verplichting tot openbaarmaking van gegevens betreft de informatie die een bedrijf dient te verstrekken aan de belastingdienst. Ook in de jaarrekening dienen bepaalde gegevens te worden opgenomen. Dat deze verplichtingen de toets van art. 8 EVRM kunnen doorstaan, lijdt geen twijfel.

(vii) De vraag hoe de vrijheid van vereniging zich verhoudt tot de mogelijkheid van ontbinding van een rechtspersoon door de rechter (art. 2:20 BW) vanwege een doel of feitelijke werkzaamheden die in strijd zijn met de openbare orde, dan wel het verbod van rechtswege na plaatsing op een 'terreur'-lijst.

Art. 11 EVRM staat toe dat de verdragsstaten de vrijheid van vereniging beperken voor zover dat noodzakelijk geacht kan worden in een democratische samenleving

in het kader van de nationale veiligheid, openbare orde, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Uit met name het *Hells Angels*-arrest valt af te leiden dat de Hoge Raad deze uitzondering niet ruim wenst te verstaan. De Hoge Raad lijkt strenger te toetsen dan door het EHRM wordt verlangd. Het EHRM lijkt met name kritisch te toetsen aan de vraag of een inbreuk kan worden gerechtvaardigd waar politieke partijen in hun mogelijkheden worden beperkt. Het EHRM lijkt er minder moeite mee te hebben dat een vereniging die mede verantwoordelijk wordt gehouden voor herhaaldelijke ernstige verstoringen van de openbare orde wordt verboden door de nationale rechter.

Ten aanzien van het bepaalde in art. 2:20 lid 3 BW – de verbodenverklaring van rechtswege van rechtspersonen die op een terreurlijst zijn geplaatst – dient Nederland ervoor te waken dat een effectief rechtsmiddel bestaat tegen een *listing*. Bij gebrek aan rechtswaarborgen gaat het rechtsgevolg dat art. 2:20 lid 3 BW in het leven roept verder dan kan worden gerechtvaardigd in een democratische samenleving. De jurisprudentie – vooral op Unieniveau – is op dit moment nog sterk in ontwikkeling. In deze jurisprudentie is het belang van een adequate rechtsbescherming steeds prominenter geworden.

Geconcludeerd kan worden dat het EVRM het Nederlandse ondernemingsrecht op drie niveaus beïnvloedt.

In de eerste plaats dwingt het EVRM de wetgever de door het EVRM gewaarborgde rechten te respecteren bij het ontwerpen van regelgeving. Gebleken is dat de wetgever bij het ontwerpen van regelgeving op het terrein van het ondernemingsrecht zich in sommige gevallen daarvan meer bewust zou moeten zijn.

Zo was het voorontwerp van de Interventiewet zodanig eenzijdig naar de belangen van DNB toegeschreven, dat op voorhand duidelijk was dat de eisen die voortvloeien uit art. 1 EP niet steeds zouden worden gehaald. De wet zoals die is ingevoerd, is aanmerkelijk evenwichtiger van opzet, maar schiet nog steeds tekort waar het betreft de rechtswaarborgen voor de probleeminstelling bij een activa en passiva overdracht. Voor het overige lijkt er wat betreft de bepalingen in Boek 2 BW op voorhand geen reden tot zorg.

In *de tweede plaats* richt de norm van art. 1 EP zich tot de rechter. Verzuimt de rechter in een adequate rechtsbescherming te voorzien in het concrete geval, dan kan dit leiden tot een veroordeling van de verdragsstaat wegens het schenden van de verplichting in voldoende mate een ongestoord genot van het eigendomsrecht te verzekeren (de zogenoemde, positieve verplichting).

Soms zal een rechter een norm zodanig dienen te verstaan, dat zij niet in strijd komt met het EVRM. Zo verhindert art. 1 EP dat de Ondernemingskamer de haar in art. 2:356 BW toevertrouwde bevoegdheid om aandelen tijdelijk ten titel van beheer over te dragen, zo verstaat dat zij daarin ook de bevoegdheid

8. CONCLUSIE

mag lezen om aandelen voor een onbepaalde tijd te certificeren. Daarnaast biedt art. 2:8 BW de Nederlandse rechter de mogelijkheid om bijvoorbeeld organen te beteugelen in hun vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen op een wijze die de eigendomsrechten van derden op een onaanvaardbare wijze doorkruist.

In *de derde plaats* normeert art. 1 EP het handelen van (rechts)personen. Nu een rechter in de horizontale verhouding acht zal dienen te slaan op de jurisprudentie ten aanzien van art. 1 EP – wil hij het risico op een veroordeling van de Staat in Straatsburg voorkomen – vormt art. 1 EP ook voor private partijen een relevante grondnorm. Een vennootschap die een fusie zodanig inkleedt dat de minderheidsaandeelhouders geen nieuwe aandelen verwerven door een nominale waarde te kiezen voor de aandelen van de verkrijgende vennootschap die zo hoog is dat er voor aandeelhouders die slechts een klein belang houden geen recht meer bestaat op een nieuw aandeel, dient er rekening mee te houden dat daarmee naar alle waarschijnlijkheid op ongerechtvaardigde wijze inbreuk wordt gemaakt op de eigendomsrechten van de minderheidsaandeelhouders.

Het EVRM strekt ertoe de menselijke waardigheid te beschermen, zo heeft het EHRM bij herhaling overwogen. Daarvoor is het in de eerste plaats noodzakelijk dat de Staat zich op een beschaafde wijze jegens haar onderdanen gedraagt. In de laatste halve eeuw is op dat gebied veel progressie geboekt in West-Europa. Het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM hebben daaraan bijgedragen. Mijn conclusie is dat (een aantal grondrechten zoals die worden beschermd door) het EVRM de actoren in het ondernemingsrecht dwingt bepaalde fundamentele grenzen te respecteren. Gelukkig komen die grenzen niet vaak in beeld. De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht is dan ook *de facto* beperkt. Daarbij komt dat het EHRM doorgaans slechts tot een veroordeling van een verdragsstaat komt, indien er werkelijk iets aan de hand is. In de ondernemingsrechtelijke literatuur lijkt soms sprake van een zekere overschatting van de bereidwilligheid van het EHRM om de nationale wetgever of rechter op de vingers te tikken en lijkt soms weinig oog te bestaan voor de ruime *margin of appreciation*, met name ook in ondernemingsrechtelijke geschillen, die het EHRM de verdragsstaten pleegt te laten.

Kijkend naar de toekomst is mijn verwachting dat het belang van het EVRM in private verhoudingen zal gaan toenemen (de zogenoemde horizontale werking van grondrechten). Niet alleen verdragsstaten dienen zich op een beschaafde wijze jegens hun onderdanen te gedragen, het is ook van belang dat de onderdanen van de verdragsstaten zich op een beschaafde wijze jegens elkaar gedragen. De verdragsstaten hebben een zorgplicht dat te bevorderen (het leerstuk van de positieve verplichtingen). Naarmate rechtspersonen in omvang groeien en meer maatschappelijke invloed krijgen, zal het belang dat rechtspersonen de grondrechten van anderen respecteren urgenter worden. Het is de uitdaging voor de verdragsstaten om ervoor te zorgen dat rechtspersonen hun machtspositie op een verantwoorde wijze zullen aanwenden.

Summary

The influence of the European Convention on Human Rights on Dutch corporate law

This book will examine how fundamental rights, recognised and protected by the European Convention on Human Rights (ECHR) influence Dutch corporate law.

Part I

Chapter 1 considers the general relationship between the ECHR and Dutch corporate law. To what extent are legal entities entitled to ‘human rights’? And how can such rights be relevant in disputes between private parties?

Chapter 2 argues that legal entities should in principle be entitled to ‘human rights’ in the same way as natural persons, since legal entities ultimately serve the interests of natural persons. Legal persons are legal fictions intended to further the interests of natural persons. The fact that not all human rights are relevant to legal entities, does not diminish the importance of legal entities being able to enjoy, for example, the right of property without illegitimate interference. Or, indeed, the right to a fair trial.

Chapter 3 discusses how the scope of a fundamental right may be determined in a particular case. It is frequently difficult to derive the scope of fundamental rights from the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) as a multiplicity of interests and circumstances often determine outcomes. The argument explored in Chapter 3 is that to determine the scope of a particular human right, it is vital to keep in mind its purpose for society. The fundamental objective of all human rights is, surely, to protect human dignity. In cases where human dignity is at stake, the ECtHR may be expected to review critically the reasons for any interference which has occurred.

In this process of critical review, the following three steps can be recognised. First, the ECtHR will look at the position of the victim. The more it finds its human dignity to be compromised, the narrower will be any margin of appreciation.

Second the ECtHR will look at the alternatives, if any, which were available to the State. Whether an infringement of a fundamental right can be justified, often depends on whether in the light of the general interest pursued, it may be considered necessary, given the possible alternatives at hand. Third, the ECtHR takes into account the existence of different moral or political views, where

SUMMARY

these different views can reasonably be defended. The existence of ‘value pluralism’ is taken as a fact by the ECtHR.

In matters of corporate law, human dignity is not usually directly at stake. The ECtHR will usually allow for a wide margin of appreciation when it is asked to decide on questions in this field.

Part II

Part II examines how the ECHR influences Dutch company law. For large parts of Dutch corporate law there is no reason to doubt compatibility with the ECHR. Such questions only arise when a statutory provision creates the possibility that fundamental rights will be infringed. Examples might include the right of a peaceful enjoyment of property, the right to a fair trial, the right to privacy or the right to freedom of assembly and association.

Amongst the topics discussed are:

- The measures that the Enterprise Chamber can take pursuant to article 2:349 paragraph 2 and article 2:356 BW Dutch Civil Code (DCC).

Shareholders who own a certain percentage of the shares have the right to submit a request to the Enterprise Chamber of the Amsterdam Court of Appeal to initiate an inquiry into the conduct of business by the company. If the Enterprise Chamber determines that there are well-founded reasons to doubt the soundness of the way the company has been operated, an inquiry can be ordered. The inquiry proceedings may end with a declaration of the Enterprise Chamber that the company has been mismanaged, opening the door to claims for damages being brought against the responsible directors.

During the inquiry proceedings the Enterprise Chamber can order a range of measures. Such measures may set aside the Articles of Association of a company and may infringe the rights of shareholders. In this respect the question is to what extent the measures the Enterprise Chamber can order, may violate Article 1 of the First Protocol to the ECHR.

Chapter 4 concludes that as long as the Enterprise Chamber respects the boundaries as set forth in the relevant provisions and in the case law of the Dutch Supreme Court, it is difficult to envisage a situation in which Article 1 of the First Protocol to the ECHR will be violated.

- Are shareholders under certain circumstances entitled to a derivative action, pursuant to Article 1 of the First Protocol to the ECHR?

A shareholder may see a decline in value of his or her shares where a company suffers a loss due to the wrongful act of a third party. In theory, the company

can claim damages against that third party. If such an action is successful, this should lead to the value of the shares being restored. However, a company may not be willing to or capable of claiming damages. Shareholders have unsuccessfully invoked Article 1 of the First Protocol to the ECHR to establish a right to claim for damages themselves in such a case. Success in such a claim would have entailed a piercing of the corporate veil, as the shareholders were claiming damages for losses suffered by the company. The ECtHR has so far not been willing to grant shareholders a right to a derivative action on the basis of Article 1 of the First Protocol to the ECHR. In particular in *Agrotexim v. Greece*, 21 Eur. Ct. H.R. 250 (1995) the ECtHR made it clear that it prefers to respect the legal personhood of companies in such cases.

Under Dutch law, a shareholder will only be able to claim the loss of value of his shares where a specific standard of care was breached. Given that sufficient practical solutions exist for a shareholder to remedy his loss, it seems unlikely that a shareholder will be able to persuade the ECtHR that there is a breach of Article 1 of the First Protocol to the ECHR simply because Dutch law does not provide for a derivative action.

The question whether the shareholder is entitled to a derivative action is, of course, separate from the question of whether a shareholder may take a case to the ECtHR. A shareholder may refer a case to the ECtHR for a violation of a fundamental right suffered by the company where the company can be perceived as his 'vehicle'. Most obviously this may be the case where there is a single shareholder who is also the managing director. In such circumstances, the ECtHR may be prepared to look through the corporate veil when considering the question of admissibility.

– The Insolvency of Financial Institutions Act (Interventiewet)

The insolvency of a financial institution may pose a threat to the stability of the financial system. If the stability of the financial system is threatened by the imminent collapse of a financial institution, the Minister of Finance and the Dutch Central Bank are authorised to take certain measures to safeguard the financial system as a whole from contagion, pursuant to the Insolvency of Financial Institutions Act. Among the measures which may be taken are (i) the nationalisation of a financial institution and (ii) the transfer of assets from the troubled institution to third parties. Inevitably, such measures will usually interfere with the property rights of the institution and its shareholders.

The ECtHR takes the view that it is for the national authorities to determine when a problem of public concern warrants remedial action to be taken. Moreover, a wide margin of appreciation is usually allowed to the State under the ECHR when it comes to general measures of economic or social strategy. Reasonable measures which are taken in such circumstances are unlikely to be seen as a violation of the rights of the financial institution or its shareholders

SUMMARY

under Article 1. However, where the Dutch Central Bank sells assets of a financial institution to a third party as a remedial action, the financial institution is denied the right to dispute the amount for which those assets are transferred. In absence of sufficient justification, it seems likely that the ECtHR will judge that the State has failed to meet its positive obligation under Article 6 of and Article 1 of the First Protocol to the ECHR by failing to provide for adequate procedural safeguards in this respect.

- Is the right to a fair trial sufficiently guaranteed for directors in inquiry proceedings?

The reputation of a director may be adversely affected by a report arising out of the inquiry procedure. A director will not always be able to challenge the allegations made in the inquiry report, which is usually made public. The consequence is that the inquiry procedure effectively limits the right of a director to have access to a court to defend his or her reputation. From the case law of the ECtHR it can be argued that this limitation is justified by other overriding interests, such as the need for speed and efficiency in the inquiry procedure.

- A legal person may be dissolved where it has been declared illegal—either because of its objectives or activities, or after it has been listed as an organisation engaged in terrorist activities. How can this be reconciled with the right to freedom of association?

Article 11 of the ECHR allows the State to limit the freedom of association to the extent deemed necessary in a democratic society for reasons of national security, public order, prevention of criminal offences, the protection of health or good morals or the protection of the rights and freedoms of others.

When applying this test, the Dutch Supreme Court seems to take a harder line than the ECtHR. The ECtHR seems to be particularly critical where political parties are limited in their capabilities. However the ECtHR seems to have less concerns with the dissolution by the court of an association which is held responsible for repeated serious disturbances of the public order.

Legal persons placed on a ‘terrorist list’ are dissolved by force of law. Pursuant to the ECHR, they are entitled to an effective remedy to dispute their listing. It follows from the case law of the ECtHR that the absence of sufficient legal remedies cannot be justified in a democratic society. If challenged, the legal remedies which currently exist under Dutch law will probably be deemed sufficient by the ECtHR. However, the situation at EU level is less clear. The case law of the European Court in Luxembourg is still developing.

The following general conclusion may be drawn. Dutch corporate law is influenced by the ECHR on three levels. First, the legislature is obliged to take into account the ECHR when designing new laws. The first draft of the Insolvency of Financial Institutions Act, for instance, did not provide sufficient remedies to shareholders whose shares were nationalised or transferred to a third party. Arguably the amended Act which came into force is far more balanced, although still probably not ECHR proof in all circumstances.

Second, the ECHR influences court decisions. For example when the Enterprise Chamber orders a temporary transfer of shares to a third party, it is unable as a consequence of the ECHR to authorise that third party to issue certificates for shares unconditionally.

Third, fundamental rights influence the rules that private legal persons have to respect. If it were not for the ECHR, a company could, for example, set up a merger structure whereby a minority shareholder only received cash rather than new shares—thus bypassing the specific buy-out safeguards provided for by law. The effect would be a cash-out merger in which the value of the shares cashed out was not independently valued. Article 1 of the First Protocol to the ECHR *de facto* forces the company to respect the property rights of the minority shareholder and prohibits the execution of a cash-out merger under Dutch corporate law.

The ECHR forces the State, the courts and private parties to respect fundamental rights. In the field of corporate law, these limits are only occasionally applicable. The influence of the ECHR on Dutch corporate law is therefore *de facto* limited. Moreover, the ECHR usually allows for a wide margin of appreciation when it reviews interferences with fundamental rights that result from measures of economic or social strategy.

Looking to the future, the importance of the ECHR in relationships between private legal persons may be expected to increase—the so-called horizontal effect of fundamental rights. The ECHR seeks to ensure that States behave in a proper manner towards their citizens, but it also aims to ensure that private persons behave in a civilized manner towards each other. In the last fifty years, the economy has become ever more global in nature, stimulating the formation and growth of large companies. Legal persons may have comparable economic power to States and are consequently able to influence the lives of many. The challenge for future seems to be for States to ensure that these global corporations use their power in responsible manner and with respect for human rights.

Literatuurlijst

Akkermans, Bax & Verhey 2005

P.W.C Akkermans, C.J. Bax, L.F.M. Verhey, *Grondrechten: grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: Kluwer 2005.

Alexander 2007

P.M. Alexander, 'Public-to-Private transacties', *Ondernemingsrecht* 2007(5), p. 194.

Alexy 2010

Robert Alexy, 'The Dual Nature of Law', *Ratio Juris*, Vol. 23, Issue 2, June 2010, p. 167-182.

Allegaert 2005

V. Allegaert, *Le Droit des Sociétés et les Libertés et Droits Fondamentaux*, 2005, Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2005.

Alkema 2000

E.A. Alkema, 'The concept of property – In particular in the European Convention on Human Rights', in: J.P. Loof, H. Ploeger & A. v.d. Steur (red.), *The right to property. The influence of Article 1 Protocol No. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker Publishing 2000.

Van Apeldoorn 2009a

J.C. van Apeldoorn, 'Artikel 1 Eerste Protocol EVRM en de positie van de aandeelhouder', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2009 (4), p. 119-129.

Van Apeldoorn 2009b

J.C. Van Apeldoorn, *Insolventieprocedures en grondrechten* (diss. Tilburg), Den Haag, Boom juridische uitgevers 2009.

Arai-Takahashi 2002

Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Oxford, New York: Intersentia 2002.

LITERATUURLIJST

Arden 2009

M.H. Arden, 'Human Rights and civil wrongs: tort law under the spotlight, Hailsham lecture 2009', 12 may 2009, <www.judiciary.gov.uk/docs/speeches/arden-speech-hailsham-lecture.pdf>

Asser-Hartkamp 2011

Asser-Hartkamp 3-I*, *Vermogensrecht algemeen, Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009

Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*, *De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser-Maeijer 2000

Asser-Maeijer 2-III, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2000.

Asser/Mijnsen & De Haan 2006

Asser/Mijnsen & De Haan 3-I, *Goederenrecht, Algemeen Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Assink 2010

B.F. Assink, 'Aan de rand van de afgrond groeien de mooiste bloemen', *Ondernemingsrecht* 2010 (7), p. 327-331.

Assink 2011

B.F. Assink, 'Nogmaals over het plukken van mooie bloemen aan de rand van de afgrond', *Ondernemingsrecht* 2010 (40), p. 203-207.

Assink 2012

B.F. Assink: 'Vraagtekens rond afgeleide schade', in: Van der Korst, Abma & Raaijmakers (red.), *Handboek onderneming en aandeelhouder*, Deventer: Kluwer 2012, p. 305-347.

Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2009

Asser Procesrecht deel 4, *Hoger Beroep*, Deventer: Kluwer 2009.

Bakewell 2010

S. Bakewell, *How to live, A Life of Montaigne in One Question and Twenty Attempts at an Answer*, New York: Other Press 2010.

Barkhuysen 1998

T. Barkhuysen, *Art. 13 EVRM: effectieve rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998.

Barkhuysen 2002

T. Barkhuysen, 'Het betreden van bedrijfsruimten aan banden gelegd op grond van art. 8 EVRM?', *NTB* 2002(8), p. 236-241.

Barkhuysen en Van Emmerik 2004

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Het EVRM en het Nederlandse milieurecht', *JBplus*, 2004.

Barkhuysen & Van Emmerik 2005

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief' in: *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht* (preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2005.

Barkhuysen & Van Emmerik 2006

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Rechtsbescherming tegen de overheid en het EVRM', *TMA* 2006(4), p. 130-142.

Barkhuysen, Van Emmerik & Hielkema 2008

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.M. Hielkema, 'Onrendabele huurwoningen en het Europese eigendomsrecht', *WR* 2008 (8), p. 1860-1867.

Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.

Barkhuysen, Bos & Ten Have 2011

T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht', *NTBR* 2011 (10), p. 547-557.

Barkhuysen & Bos 2011

T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *JB Plus*, 2011 (1), p. 3-34.

LITERATUURLIJST

Barkhuysen & Van Emmerik 2011

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Barneveld 2012

J. Barneveld, 'Relativering van rechtspersoonlijkheid – Van der Heijdencongres 2011', *Ondernemingsrecht* 2012 (8), p. 326-333.

Bates 2010

Ed Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Berlin (1969) 2002

Isaiah Berlin 'Two Concepts of Liberty', 1969, herdrukt in: *Liberty* (ed. H. Hardy) Oxford: Oxford University Press 2002.

Bentham 1792

Jeremy Bentham, 'Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declaration of Rights Issued during the French Revolution' (1792); republished in J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. II (Edinburgh: W. Tait, 1843).

Berendsen & Van Thiel 2008

S.J.H.M. Berendsen & S.C.M. Van Thiel, 'Pseudo-uitkoop van minderheidsaandeelhouders bij juridische fusie', *TOP* 2008 (3), p. 92-98.

Bingham 2010

T. Bingham, *The Rule of Law*, London: Allen Lane 2010.

Böhler 2009

B. Böhler, 'Terrorismebestrijding', in *Handboek Verdediging*, hoofdstuk 7, Deventer: Kluwer 2009.

Bootsma 2011

A.A. Bootsma, *Financiële prikkels voor aandeelhouders. Tot waar mag het gelijkheidsbeginsel worden gebogen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011.

Borgers 2010

M. Borgers, 'De ijdele hoop van Pishchalnikov en Brusco', *NJB* 2010 (2286), afl. 44/45, p. 2818-2819.

Bovens 1990

M.A.P. Bovens, *Verantwoordelijkheid en organisatie, beschouwingen over aansprakelijkheid, institutioneel burgerschap en ambtelijke ongehoorzaamheid* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Bovens 1998

M. Bovens, 'Hebben rechtspersonen morele plichten en fundamentele rechten?', *Ars Aequi* 1998 (7/8), p. 651-659.

Bulten 2011

C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011.

Cassese 1994

A. Cassese, 'Are Human Rights Truly Universal?', in: A. Cassese e.a. (red.), *Human Rights in a Changing World*, Cambridge: UK Polity 1994, p. 49-67.

Castermans 2010

A.G. Castermans, 'Corporations for Human Rights', *European Company Law*, 2010 (5), p. 217-222.

Claes 2010

E. Claes, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht. Een grondslagen-theoretische benadering*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003.

Croiset van Uchelen 2008

A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Verlengstuk van de vennootschap of van de rechter?', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Deventer: Kluwer 2008, p. 189-231.

Crommelin 2007

R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden, De betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv* (diss. Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007.

Cuyvers 2009

A. Cuyvers, 'Tussen Scyllii en Charybdi: terrorisme, rechtsbescherming en de verhouding tussen rechtsordes in Kadi', *Ars Aequi* 2009, p. 155-164.

De Jong 2008

S. de Jong, *Een wereld van verschil, Wat is er mis met cultuurrelativisme?*, Amsterdam: De Bezige Bij 2008.

LITERATUURLIJST

De Jongh & Schild 2010

J.M. de Jongh & A.J.P. Schild, 'De aansprakelijkheid van de onderzoeker in het conceptwetsvoorstel tot herziening van het enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2010 (1), p. 67-70.

De Jongh 2011

J.M. de Jongh, 'Redelijkheid en billijkheid en het evenredigheidsbeginsel, in het bijzonder in de verhouding van aandeelhouders tot het bestuur', *Ondernemingsrecht* 2011 (17), p. 608-615.

Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak 2006

P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak, *Theory and practice of the European Convention of Human Rights*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006.

Dilthey (1883) 1994

W. Dilthey, *Kritiek van de historische rede*, Amsterdam: Boom 1994, vertaling door Wilfred Oranje uit het Duits: Einleitung in die Geisteswissenschaften (1883).

Dworkin (1977) 1994

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth, 1994.

Dworkin 1996

R. Dworkin, 'Objectivity and Truth: You'd Better Believe It', *Philosophy & Public Affairs*, vol. 25, Spring 1996, p. 87-97.

Dworkin 2010

R. Dworkin, 'The Temptation of Elana Kagan', *The New York Review of Books*, 2010 (13), p. 35-38.

Eikelboom 2009

F. Eikelboom, 'Een toetsingskader voor het treffen van voorzieningen in het enquêterecht: artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM', *Ondernemingsrecht* 2009(15), p. 606-611.

Eikelboom 2011

F. Eikelboom, 'Enkele vermogensrechtelijke beschouwingen ten aanzien van overdracht van aandelen ten titel van beheer bij wijze van voorziening in het enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2011 (8), p. 291-303.

Eikelboom 2011b

F. Eikelboom, 'Afwijken van dwingend recht bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen op de voet van art. 2:349a BW jo. art. 2:8 lid 2 BW, *Ondernemingsrecht* 2011(14), p. 489-496.

Eikelboom 2012

F. Eikelboom, 'Hoe kneedbaar is (de positie van) een tijdelijk bestuurder', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012*, Deventer: Kluwer 2012, p. 89-121.

Eisma & Uniken Venema 1990

S.E. Eisma & C.Æ. Uniken Venema, *Eigendom ten titel van beheer naar komend recht* (preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht'), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Van Eluswege, Devisscher & Van Bossuyt 2010

P. Van Eluswege, P. Devisscher en A. van Bossuyt, 'Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde', *Tijdschrift voor privaatrecht* 2010 (2), p. 529-580.

Emberland 2006

M. Emberland, *The Human Rights of Companies, Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Van Emmerik 1997

M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraktijk onder het EVRM, vergeleken met die in Nederland* (diss. Leiden), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1997.

Van Emmerik 2010

M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid en EVRM: op het grensvlak van privaats- en publiekrecht', *O&A* 2010(2), p. 69-74.

Fagan 2011

A. Fagan, *Human Rights, Confronting Myths and Misunderstandings*, Cheltenham: Edward Elgar 2011.

Fishkin 1986

J.S. Fishkin, *Beyond Subjective Morality: Ethical Reasoning and Political Philosophy*, Yale, Yale University Press 1986.

LITERATUURLIJST

Foqué 1992

R. Foqué, *De ruimte van het recht* (inaugurele rede), Arnhem: Gouda Quint, 1992.

Fura-Sandström 2007

E. Fura-Sandström, 'Business and Human Rights, Who Cares?', in: *Liber Amicurum Luzius Wildhaber*, Human Rights Strasbourg Views/Droits de l'homme, regards de Strasbourg (Calflich e.a. red.), Kehl: Engel 2007, p. 159-165.

Geerts 2004

P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht* (diss. Groningen), Kluwer Deventer 2004, p. 310.

Gerards 2006

J.H. Gerards, 'Rechtsvinding door het Europees Hof voor de rechten van de mens', *NJCM-Bulletin*, 2006 (31), p. 93-122.

Gerards 2006a

J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006.

Gerards 2011a

J.H. Gerards, 'Waar gaat het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nu eigenlijk over?', *NJB* 2011(10), p. 608-612.

Gerards 2011b

J.H. Gerards, *EVRM: algemene leerstukken*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

Gerards 2011c

J.H. Gerards, *Het prisma van de grondrechten* (rede Nijmegen), Nijmegen 2011.

Van Gerven & Lierman 2010

W. van Gerven & S. Lierman, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen: Kluwer 2010.

Van Ginneken & Timmerman 2011

M.J. van Ginneken & L. Timmerman, De betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor het ondernemingsrecht, *Ondernemingsrecht* 2011(17), p. 601-607.

Goldhaber 2007

Michael D. Goldhaber, *A People's History of the European Court of Human Rights*, New Brunswick, New Jersey, and London: Rutgers University Press 2007.

Grapperhaus 2012

F.B.J. Grapperhaus, Over het ingrijpen in beloningen, *TRA* 2012 (2), p. 5-12.

Grosheide & Van Maanen 2005

F.W. Grosheide en G.E. van Maanen, 'Een groeifonds of een grabbelton? Art. 1 Eerste Protocol en de Nederlandse rechtsorde', *NTBR* 2005(4), p. 142-150.

Haeck 2006

Y. Haeck, 'The genesis of the property clause under article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights', in: *Propriété et droits de l'homme. Property and human rights*, H. Vandenberghe (red.), Leuven, 2006, p. 165-194.

Harris 2002

I. Harris, 'Berlin and his critics', in 1969, herdrukt in: *Liberty* (ed. H. Hardy) Oxford: Oxford University Press 2002, p. 349-366.

Hartkamp 2010

A.S. Hartkamp, *De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter*, *Trema* 2010(4), p. 136-143.

Hartkamp 2011

A.S. Hartkamp, 'De horizontale werking van het (primaire) recht van de Europese Unie en het Nederlandse vermogensrecht' in: *Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 305-361.

Heemskerk 2009

Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdpijnen van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, Amsterdam: Elsevier Juridisch 2009.

Van der Heijden/Van der Grinten 1992

E.J.J. van der Heijden & W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

LITERATUURLIJST

Hermans 2003

R.M. Hermans, 'Het onderzoek in de enquêteprocedure', in: G. Van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 113-173.

Hijink 2010

J.B.S. Hijink, *Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen* (diss UvA), Deventer: Kluwer 2010.

Hins & Nieuwenhuis 2010

A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010.

Hoffman 2009

Lord Hoffman, 'The Universality of Human Rights', Judicial Studies Board Annual Lecture 19 March 2009, <[ww.judiciary.gov.uk/supporting-our-judiciary/training/Annual+Lectures](http://www.judiciary.gov.uk/supporting-our-judiciary/training/Annual+Lectures)>.

Holmes 1897

Oliver Wendell Holmes, Jr. 'The Path of the Law', 10 *Harvard Law Review* 457 (1897).

Holtzer 2003

M. Holtzer, 'De aansprakelijkheid van de onderzoeker in de enquêteprocedure', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 267.

Hume (1740) 2003

D. Hume, *A Treatise Of Human Nature*, New York: Dover Publications Inc. 2003.

Hunt 2007

L. Hunt, *Inventing human rights: a history*, New York: W.W. Norton & Company 2007.

Jacobs/White & Ovey 2006

Jacobs/White & Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Janssen 2006

J.F.M. Janssen, 'De invloed van artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM op het Nederlandse recht', in: *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Hoogervorst e.a. (red.), Deventer: Kluwer 2006.

De Jongh, Schild & Timmerman 2010

J.M. de Jongh, A.J.P. Schild en L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?' in: *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, preadvies NJV 2010 (met tevens preadviezen van A.J.A.J. Eijsbouts en F.G.H. Kristen).

Joosten 1998

H.F.J. Joosten, 'Enquête: Verantwoordelijkheid en aansprakelijk van 'functionarissen'', in: *De Ondernemingskamer* (Ingelse, red.), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 25-26.

Josephus Jitta 2003

M.W. Josephus Jitta, 'De aansprakelijkheid van door de ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen', in: *Aansprakelijkheid in beroep bedrijf of ambt* (Klaassen, red.), Deventer: Kluwer 2003.

Kekes 1989

J. Kekes, *The Primacy of Judgment, Moral Tradition and Individuality*, Princeton: Princeton University Press 1989.

Van Kempen 2008

P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Keulartz 1994

J. Keulartz, 'Inleiding: Wilhem Dilthey, pionier van het postmetafysische denken', in: J. Keulartz (red.), *W. Dilthey, Kritiek van de historische rede*, Amsterdam: Boom 1994, vertaling door Wilfred Oranje uit het Duits: Einleitung in die Geisteswissenschaften (1883).

King 2010

Michael S. King, 'Natural Law and the Bhagavad-Gita: The Vedic Concept of Natural Law', *Ratio Juris*, Volume 16 (3), September 2003, p. 399-415.

Klerk & Van Poelgeest 1991

Y.S. Klerk en L. van Poelgeest, 'Ratificatie à contre-coeur: de reserves van de Nederlandse regering jegens het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en het individueel klachtrecht', *RM Themis*, 1991, p. 220-246.

De Kluiver 2012

H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het ondernemingsrecht', *NJB* 2012 (15), p. 1050-1058.

LITERATUURLIJST

Koster 2011

H. Koster, 'Over stemrechtloze aandelen en cash out (de)mergers in Nederland', *Ondernemingsrecht* 2011(94), p. 474-475.

Kroeze 2004

M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie* (diss.), Deventer: Kluwer 2004.

Kroeze & Verbrugh 2010

M.J. Kroeze & M.A. Verbrugh, 'Kroniek van het Vennootschapsrecht', *NJB* 2010/781, afl. 15, p. 996-999.

Lambooy 2010

T.E. Lambooy, *Corporate Social Responsibility. Legal and semi-legal frameworks supporting CSR* (diss.), Deventer: Kluwer 2010.

Lawson 1990

R.A. Lawson, 'Adieu les travaux!', Het afgenomen belang van de travaux préparatoires voor de uitleg van het EVRM', in: A.W. Heringa e.a. (red.), 40 jaar EVRM, Leiden: *Stichting NJCM-Boekerij* 1990, p. 61-74.

Lawson 1999

R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 1999.

Lawson & Loof 2010

R. Lawson & J.-P. Loof, 'Ik ben er niet gerust op... Interview met Egbert Myjer', *NJCM-Bulletin*, 2010 (7), p. 683-697.

Lennarts 2010

M.L. Lennarts, 'Majority shareholder sidelined by the Dutch business court: the Inter Access case in the light of Article 1 Protocol 1 ECHR', *European Company Law*, 2010, p. 210-216.

Lennarts 2011

M.L. Lennarts & I. Meijer-Wagenaar, 'Het wetsvoorstel aanpassing en claw-back bestuurdersbeloning: dempen van de put nadat het kalf verdronken is', *WPNR* 6911(2011), p. 1031-1041.

Lindenbergh 2004

S.D. Lindenbergh, 'Constitutionalisering van contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen', *WPNR* 2004(6602), p. 977-986.

Lindenbergh 2011

S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten' in: *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2011.

Lokin & Schild 2012

E.C.H.J. Lokin & A.J.P. Schild, 'De bonus belast: enige kritische kanttekeningen bij Tang/Irrgang en lid 7 van het wetsvoorstel aanpassen en terugvorderen van bonussen', *Ondernemingsrecht* 2012 (9), p. 349-357.

Loth 2009

M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*, Deventer, Kluwer 2009.

Loth & Gaakeer 2002

M.A. Loth & A.M.P. Gaakeer, *Meesterlijk recht. Over recht, rechtswetenschap en juristerij*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

Van Maanen 2011

G.E. van Maanen, 'De invloed van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bedshow?' in: *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2011.

Margalit 1996

A. Margalit, *The Decent Society*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1996.

MacIntyre 1967

A. MacIntyre, *A short history of Ethics*, London: Routledge & Kegan Paul Ltd. 1967.

Marty 2007

D. Marty, 'UN Security Council and European Union blacklists', 2007, kenbaar via <<<http://assembly.coe.int/ASP/APFeaturesManager/defaultArtSiteView.asp?ID=717>>>, geraadpleegd op 5 maart 2012.

Meij 2006

A.W.H. Meij, 'Toenemende complexiteit van het Europese recht', *Rechtstreeks* 2006, nr. I, p. 34-35.

LITERATUURLIJST

Milo 2007

J.M. Milo, 'Constitutionele en rechtsvergelijkende proportionaliteit in het goederenrecht. De invloed van artikel 1 Eerste Protocol EVRM', *NTBR* 2007 (6), p. 46-55.

Morano-Foadi & Adreadakis 2011

S. Morano-Foadi & S. Adreadakis, 'Reflections on the Architecture of the EU after the Treaty of Lisbon: The European Judicial Approach to Fundamental Rights', *European Law Journal*, Vol. 17, No. 5, September 2011, p. 595-610.

Morsink 2009

J. Morsink, *Inherent Human Rights, Philosophical Roots of the Universal Declaration*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2009.

Moyn 2010

S. Moyn, *The Last Utopia, Human Rights in History*, Cambridge Massachusetts & Londen: The Belknap Press of Harvard University Press 2010.

Nagel 1986

T. Nagel, *The View From Nowhere*, New York: Oxford University Press 1986.

Nieuwenhuis 1976

J.H. Nieuwenhuis, 'Legitimatie en heuristiek van het rechterlijke oordeel', *RM Themis* 1976 (1), p. 494-515.

Nussbaum 2001

M.C. Nussbaum, *Upheavals of Thought, The Intelligence of Emotions*, Cambridge: Cambridge University Press 2001.

Van Ooik & Wessel

R.H. van Ooik & R.A. Wessel, 'De Yusuf en Kadi-uitspraken in perspectief. Nieuwe verhoudingen in de interne en externe bevoegdheden van de Europese Unie', *SEW* 2006, p. 55-57.

Overkleeft 2011

F.G.K. Overkleeft, 'HR Inter Access: food for thought over procederen in enquêtezaken', *V&O* 2011(4), p. 78-82.

Pahladsingh & Van Roosmalen 2011

A. Pahladsingh & H.J.Th.M. van Roosmalen, 'Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie één jaar juridisch bindend: rechtspraak in kaart', *NtER* 2011 (2), p. 54-61.

Paulson 2006

S. L. Paulson, 'On the background and significance of Gustav Radbruch's post-war papers', *O.J.L.S.* 2006, 26(1), p. 17-40.

Philips 2012

R.J. Philips, 'Inter Access: voorlopige voorzieningen in het algemeen belang', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012*, Deventer: Kluwer 2012, p. 281-301.

Pitlo/Raaijmakers 2006

Pitlo/Raaijmakers, *Het Nederlands burgerlijk recht, deel 2, Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Quist 2011a

P.H.N. Quist, Decharge (I). 'Over vennootschappelijke absolutie en de grenzen daarvan', *WPNR* 2011(6885), p. 401-403.

Quist 2011b

P.H.N. Quist, Decharge (II). 'Over vennootschappelijke absolutie en de grenzen daarvan', *WPNR* 2011(6885), p. 418-420.

Raaijmakers 2011

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Eenheid en verscheidenheid in het Nederlandse ondernemingsrecht. Bespreking van Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009', *Ars Aequi* 2011 (4), p. 318-323.

Radbruch 1946

G. Radbruch, 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht', *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1 (1946) 105-8, vertaald in het Engels verschenen als 'Statutory lawlessness and supra-statutory law', *O.J.L.S.* 2006, 26 (1), p. 1-11.

Rombach 1974

J. Rombach, 'Hedendaagse opvattingen over rechtsvinding en rechterlijke functie', *WPNR*, 1974 (5249 & 5250) p. 97-105.

Rijken 2009

C.R.J.J. Rijken, 'Het Hof als hoeder van de fundamentele rechten in de zaak Kadi en Al Barakaat', *NTER* 2009 (4), p. 140-146.

LITERATUURLIJST

Rorty (1989) 2007

R. Rorty, *Contingentie, Ironie & Solidariteit*, Kampen: Uitgeverij Ten Have 2007, (Contingency, Irony and Solidarity, Cambridge: Cambridge University Press 1989, vertaald door Kees Vuck en Oscar van den Boogaard).

Rorty 1999

R. Rorty, 'Human rights, Rationality and Sentimentality', in: *The Politics of Human Rights* (O. Savic ed.), London & New York: Verso 1999, p. 67-83.

Rothkopf 2012

D. Rothkopf, *Power Inc: The Epic Rivalry Between Big Business and Government – and the Reckoning That Lies Ahead*, New York: Farrar, Straus & Giroux.

Ryngaert 2010

C. Ryngaert, 'Enige gevalstudies inzake de accountability van internationale organisaties: de VN-missie in Kosovo en de VN-'terrorismelijsten'', *O&A* 2010 (33), p. 75-82.

Salemink 2011

T. Salemink, 'Kroniek Uitkoopregeling 2007-2010', *Ondernemingsrecht* 2011(5), p. 183-191.

Sandel 2009

M.J. Sandel, *Justice, what's the right thing to do?*, New York: Farrar, Straus and Giroux 2009.

Sanders/Westbroek 2005

P. Sanders & W. Westbroek/F.K. Buijn/P.M. Storm, *BV & NV*, Deventer: Kluwer 2005.

Van der Sangen 2002

G.J.H. van der Sangen, 'Omgekeerde doorbraak, afgeleide schade en de positie van (minderheids-) aandeelhouders in besloten verhoudingen', *Stichting & Vereniging* 2002 (6), p. 171-178.

Schild 2007a

A.J.P. Schild, 'Aandeelhouders, schuldeisers en afgeleide schade', *Bb* 2007 (17), p. 191-199.

Schild 2007b

A.J.P. Schild 'De betekenis van art. 1 Eerste Protocol voor het Ondernemingsrecht', *NJCM-Bulletin* 2007, p. 603-624.

Schild 2009

A.J.P. Schild, 'De koers van Hoge Raad in het enquêterecht', in: *WelBeraden* (M.J.A. Duker, L.J.A. Pieterse en A.J.P. Schild), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009.

Schild 2011

A.J.P. Schild, Het evenredigheidsbeginsel in het ondernemingsrecht; de jurisprudentie van het EHRM als inspiratiebron, *Ondernemingsrecht* 2011 (17), p. 619-625.

Schild 2012

A.J.P. Schild, 'Ondernemingsrecht, De Interventiewet & het EVRM: een lastig huwelijk', *Ondernemingsrecht* 2012 (1), p. 15-23.

Scholten 1974

P. Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Schoordijk 1972

H.C.F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen* (rede, uitgesproken bij de vijfenveertigste herdenking van de dies natalis van de Katholieke Hogeschool te Tilburg op donderdag 28 september 1972), Deventer: Kluwer 1972.

Schouten 2009

J.C. Schouten, 'Het empirisch onderzoek naar het enquêterecht en de toekomst van de geschillenregeling', *Ondernemingsrecht* 2009 (13), p. 528-532.

Schrijver 2011

N. Schrijver, 'In afwachting van ... één wereldwijd mensenrechtenverdrag!', *NJB* 2011 (15), afl. 1, p. 32-33.

Schutte 2004

C.B. Schutte, *The European Fundamental Right of Property*, Deventer: Kluwer 2004.

Schutte-Veenstra 2010

J.N. Schutte-Veenstra, 'Grensoverschrijdende fusie: rechtsvormen, voorwaarden en toepasselijk recht', *Ondernemingsrecht* 2010 (10/11), p. 413-424.

Searle 2011

John R. Searle, 'The Mystery of Consciousness Continues', *The New York Review of Books*, June 9, 2011.

LITERATUURLIJST

Sen 2006

A. Sen, *Identity and Violence, the illusion of destiny*, New York, London: W.W. Norton & Company 2006.

Sen 2009

A. Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press 2009.

Senden 2011

H.C.K. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multillevel Legal System* (diss. Leiden), Intersentia 2011.

De Serière 2011

V.P.G. de Serière, 'Het voorstel voor een Interventiewet nader beschouwd, ook in vergelijking met wetgeving in ons omringende landen', *Ondernemingsrecht* 2011 (9), p. 331-341.

De Serière 2012

V.P.G. de Serière, 'Als de (stille?) noodklok luidt...Overheidsingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen ten behoeve van stabiliteit in de financiële sector', *Ondernemingsrecht* 2012 (1), p. 5-14.

Simmonds 2008

N.E. Simmonds, *Central Issues in Jurisprudence*, London: Sweet & Maxwell 2008.

Slot 2008

P.J. Slot & J.K. de Pree, *T&C Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2008.

Sluysmans 2011

J.A.M.A. Sluysmans, *De vitaliteit van het schadeloosstellingsrecht in onteigeningszaken. Een studie naar theorie en praktijk* (diss. Leiden), Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2011.

Smith 2004

C.E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi Cahiers 2004.

Smith 2006

C.E. Smith, 'Belangenafweging door gevalsafweging', *RM Themis* 2006, p. 141-147.

Smits 2003

J.M. Smits, 'Constitutionalisering van het vermogensrecht', in: *Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 2003, p. 7-49.

Smits 2008

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (diss.), Deventer: Kluwer 2008, p. 56-57.

Soeharno 2005

J.E. Soeharno, 'Over rechterlijke intuïtie. Paul Scholtens intuïtieleer en een alternatief model van Aristoteles', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 2005-3, p. 235-261.

Speyrath 2010

H.M.H. Speyart, 'A Tale of Three cities: Grondrechtelijke aandachtspunten bij de toepassing van het mededingingsrecht', *NtEr* 2010(10), p. 343-358.

Spronken 2012

T. Spronken, 'Het EHRM in dialoog', *NJB* 2012(7), p. 443.

Störig 2002

H.J. Störig, *Geschiedenis van de filosofie*, Utrecht: Uitgeverij Het Spectrum B.V. 2002.

Stuurman 2009

S. Stuurman, *De uitvinding van de mensheid, Korte wereldgeschiedenis van het denken over gelijkheid en cultuurverschil*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2009.

Taylor (1989) 2007

C. Taylor, *Bronnen van het zelf*, Rotterdam: Lemniscaat 2007 (Sources of the Self: The Making of the Modern Identity, 1989, vertaald door M. Stoltenkamp).

Taylor 1999

C. Taylor, 'Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights', in: *The Politics of Human Rights* (O. Savic ed.), London & New York: Verso 1999, p. 67-83.

Thierry 2003

D.M. Thierry, 'Het enquêteverslag staat centraal, maar niet alleen', *Ondernehmensrecht* 2003 (8), p. 296-298.

LITERATUURLIJST

Timmerman 1997

L. Timmerman, 'Hebben rechtspersonen mensenrechten?' in: *Rechtspleging in het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 43-55.

Timmerman 2000

L. Timmerman, 'Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht', in: *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht* (preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging), W.E.J. Tjeenk Willink: Deventer 2000.

Timmerman & Thierry 2004

L. Timmerman & D.M. Thierry, 'De onderzoeker in het vennootschappelijke enquêterecht', *Trema*, 2004 (4), p. 215-220.

Timmerman 2006

L. Timmerman, 'Hartkamp en afgeleide schade', in: *Hartkampvarianties*, (H.J. van Kooten e.a. red.), Deventer: Kluwer 2006.

Tjepkema 2010

M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Tuijtel 2007

M.M. Tuijtel, 'Decharge door de Ondernemingskamer?', *Ondernemingsrecht*, 2007 (15), p. 550-557.

Vande Lanotte & Haeck 2004

J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM*, deel 2: Artikelsgewijze commentaar; vol. I en II, Antwerpen, Oxford: Intersentia 2004.

Vande Lanotte & Haeck 2005

J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM*, deel 1, algemene beginselen, Antwerpen, Oxford: Intersentia 2005.

Verbrugh 2011

M.A. Verbrugh, 'Wijziging van Boek 2 BW ter uitvoering van Richtlijn 2009/109/EG inzake (grensoverschrijdende) juridische fusies en splitsingen', *Ondernemingsrecht* 2011(6), p. 217 – 222.

Verstijlen 1998

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

De Waele 2011

H.C.F.J.A. de Waele, 'Het EU-Handvest van de Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak', *Trema* 2011 (7), p. 245-251.

Van Wijk 1996

J.W.H. van Wijk, 'Tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer', in: D.J. Hayton e.a. (red.), *Vertrouwd met de Trust: trust and trust-like arrangements*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Van Wijk 2008

J.W.H. van Wijk, 'Afgeleide schade', *TOP* 2008, (1), p. 25-33.

Wissink 2001

M.H. Wissink, *Richtlijn conforme interpretatie in het burgerlijk recht* (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2001.

Veenstra 2008

F. Veenstra, 'De aandeelhouder en zijn afgeleide schade', *Ondernemingsrecht* 2008 (4), p. 140-146.

De Vries 2010

P.P. de Vries, *Exit rights of minority shareholders in a private limited company* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2010.

Trefwoordenregister

Aandeelhouders	
beginsel van gelijke behandeling van –	1.4
ontvankelijkheid bij EHRM van –	4.3.3.2
onteigening door DNB van –	4.3.9.5-4.3.9.9
Aandelen	
als eigendom in de zin van art. 1 EP	4.2.3
verwatering van –	4.2.3/4.3.2.1
voorkeursrecht bij uitgifte van –	4.3.8
Afgeleide schade	4.3.3-4.3.3.5
Algemeen belang	4.2.4.2
Bedrijfsruimten/lokalen (art. 8 EVRM)	6.3-6.5
Bedrijfsgegevens, vertrouwelijkheid van –	6.6
Bonus	4.2.3/4.3.10-4.3.10.4
BUPO <i>zie IVBPR</i>	
Curator	4.3.3.4-4.3.3.5
Certificering van aandelen	4.3.4.3
Decharge van OK bestuurder	4.3.2.4
Democratische samenleving, noodzakelijk in	6.2/6.6
Eerlijk proces, recht op – <i>zie fair trial</i>	
Eigendom	
begrip –	4.2.3
bescherming van het recht van –	1.5
ontneming van –	4.2.4.5
regulering van –	4.2.4.5
Enquêterecht	
verzoek om onderzoek	5.4.2
enquêteverslag	5.4.3
Equality of arms	5.2.1

TREFWOORDENREGISTER

Fair balance	4.2.4.3/4.3.2.1/4.3.2.4/ 4.3.7.2
Fair trial	5.4.1-5.5
Geschillenregeling	4.3.5
Goodwill	4.2.3
Grenzen van de rechtsstrijd	2.13/4.3.2.3
Grondrechten	
absolute –	2.6
ambtshalve toetsing aan –	2.10-2.12
aanvullen van rechtsgronden over –	2.12
doorwerking in nationale rechtsorde van –	2.7
horizontale werking van –	2.8
relatieve –	2.6
universele gelding van –	3.7.3
Handvest Grondrechten	1.4
Hoor en wederhoor, beginsel van –	5.4-5.4.10
IVBPR	1.5
Global economy	2.3
Legal certainty-test	4.2.4.1
Living instrument, EVRM als –	5.2.2/6.3
Loyaliteitsdividend	1.4
Margin of appreciation	4.2.4.1- 4.2.4.4/4.2.6
Mensenrechtencomitie (VN)	1.5
Objectiviteit van rechtsoordelen	3.6.3/3.7.7
Ontbinding van een rechtspersoon	7.2/7.3
Openbare orde, doel in strijd met –	7.3
Overdracht ten titel van beheer	4.3.2.3
Positieve verplichtingen	2.5/2.8-2.9/3.7.2/4.2.5/ 4.3.6/6.6
Privéleven, recht op	8.26
Proportionaliteit	4.2.4.5
Public interest <i>zie algemeen belang</i>	

TREFWOORDENREGISTER

Rechtsbewustzijn	3.2.6
Rechtspersonen	
– recht op bescherming	2.2
– ontvankelijkheid EHRM	2.4
– schending van mensenrechten door	2.3
Rechtspositivisme	3.4.2
Rechtswaarborgen	
bij ‘fair balance’-test	4.2.4.1
bij ‘voorzien bij wet’-test	4.2.4.3
bij plaatsing op ‘terroristen’-lijst	7.4.6-7.4.9
Relativiteit van rechtsoordelen	3.6.2
Rule of law	4.2.4.1/4.3.2.1/7.4.2
Schadevergoeding door EHRM, toekenning van	2.14/6.3
Terugvordering bestuurdersbeloningen	4.3.10
Toegang tot de rechter, recht op –	5.2.4
Toekomstige rechten	4.2.3
Tweede Richtlijn	1.4
Unierecht	
Uitputting rechtsmiddelen	2.14
Uitkoopregeling	4.3.6
Vaststellen burgerlijke rechten	5.2.4
Verdrag van Maastricht	1.4
Vereenzelviging aandeelhouders/vennootschap	4.3.3.2
Victim	2.4
Voorzien bij wet	4.2.4.1
Voorzieningen (OK)	
onmiddellijke –	4.3.2
ex 2:356 BW	4.3.2.2

Curriculum vitae

Alexander Schild (1972) is geboren in Den Haag. Hij bezocht Chr. Gymnasium Sorghvliet (1984-1990) en studeerde vervolgens civiel, notarieel en fiscaal recht aan de Universiteit Leiden en wijsbegeerte (ba) aan de Universiteit Leiden en de Vrije Universiteit van Amsterdam. Hij studeerde daarnaast aan de Université de Dijon en behaalde een LLM aan University College London. Van 1997 tot 2001 werkte hij als kandidaat-notaris in de ondernemingsrecht praktijk. In de periode 2001 - 2004 was hij werkzaam als advocaat op het terrein van het bestuurs- en milieurecht. Sindsdien werkt hij bij het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad. Hij is verbonden als gastmedewerker aan de vakgroep Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden en is medewerker van de *Nederlandse Jurisprudentie*.

UITGAVEN VANWEGE HET INSTITUUT VOOR ONDERNEMINGSRECHT,
RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN EN ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

1. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. W.J. Slagter, mr. R.A.A. Duk, prof. mr. C.W.A. Timmermans, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, *Geschillen in de onderneming*, 1984.
2. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. P.J. Dortmund, mr. P.C. van den Hoek, mr. H.L.J. Roelvink, prof. mr. H.J.M.N. Honée, *De nieuwe misbruikwetgeving*, 1986.
3. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, 1986.
4. Mr. L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers*, 1988.
5. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. M.W. den Boogert, prof. mr. M. R. Mok, prof. mr. E. Aardema, *Aandelen*, 1988.
6. Mr. S.M. Bartman, *Concernbeleid en aansprakelijkheid*, 1989.
7. Mr. J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen*, 1989.
8. Mr. A.F.M. Dorresteijn, *Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen*, 1989.
9. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. C.A. Boukema, mr. H.J.M.N. Honée, mr. H.L.J. Roelvink, mr. A.L. Mohr, prof. mr. P. van Schilfgaarde, *Piercing Van Schilfgaarde*, 1990.
10. Mr. B.H.A. van Leeuwen, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur*, 1990.
11. Prof. mr. W.J. Slagter, mr. Karin C. Th. Schouwenberg, mr. A.G. van Solinge, mr. A.L. Mohr, prof. dr. L.G.M. Stevens, mr. A.J.S.M. Tervoort, mr. M.E. Koppenol-Laforce, *Aspecten van het EESV*, 1990.
12. Mr. J.N. Schutte-Veenstra, *Harmonisatie van het kapitaalbeschermingsrecht in de EEG*, 1991.
13. Mr. B.T.M. Steins Bisschop, *De beperkte houdbaarheid van beschermingsmaatregelen bij beursvennootschappen*, 1991.
14. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. H.J.M.N. Honée, mr. S.E. Eisma, prof. dr. H.P. Westermann, mr. M.W. den Boogert, mr. P.C. van den Hoek, prof. mr. P.F. van der Heijden, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, *Ondernemingsrechtelijke contracten*, 1991.
15. Mr. J.W. Winter, *Concernfinanciering*, 1992.
16. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. S.E. Eisma, prof. G.K. Morse, mr. L.H. Slijkhuis, prof. mr. A.L. Mohr en mr. T. Drion, *De dubbelrol in het vennootschapsrecht*, 1993.
17. Dr. R.H. van het Kaar, *Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting*, 1993.
18. Mr. J.W. Winter, mr. drs. H. Langman, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, mr. H.J.M.N. Honée, *Beschouwingen over concernfinanciering*, 1993.
19. Mr. J.M. Blanco Fernández, *De raad van commissarissen bij nv en bv*, 1993.
20. Mr. G.M. ter Huurne, *Nieuwe regels voor de levering van aandelen op naam*, 1994.
21. Mr. H.M. Vletter-van Dort, *Meldingsplicht voor beursvennootschappen*, 1994.
22. Mr. R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht*, 1995.
23. Mr. M.Y. Nethé, *De ontbinding van lege besloten en naamloze vennootschappen*, 1995.
24. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P.C. van den Hoek, mr. D.C. Buijs, prof. mr. drs. H.P.J. Ophof, prof. mr. drs. H. Beckman en mr. J.W. Winter, *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, 1995.
25. Prof. mr. H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen*, 1995.

26. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. W.D.H. Asser, mr. J.B. Huizink, mr. O.L.O. deWitt Wijnen, mr. M.W. den Boogert, prof. mr. drs. H. Beckman, Rechtspleging in het ondernemingsrecht, 1997.
27. Mr. W.J. Oostwouder, Management Buy-out, 1996.
28. Mr. H.E. Boschma, De eenpersoons-bv, 1997.
29. Mr. J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders, 1998.
30. Prof. mr. P.C. van den Hoek, prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. M.W. den Boogert, prof. dr. E. Wymeersch, mr. J.W. Winter, prof. mr. L. Timmerman, mr. J.B. Huizink, Corporate Governance vòòr juristen, 1998.
31. Mr. S.H.M.A. Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen, 1999.
32. Mr. M.L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid, 1999.
33. Mr. M. Koelemeijer, Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen, 1999.
34. Mr. E.E.G. Gepken-Jager, Vertegenwoordiging bij NV en BV, 2000.
35. Peter van Schilfgaarde Select, 2000.
36. Prof. mr. J.W. Winter, mr. J.-W.G.Vink, mr. A.W.H. Docters van Leeuwen, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. M.W. den Boogert, prof. mr. S.E. Eisma, prof. mr. S. Perrick, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. L. Timmerman, De beursvennootschap, 2001.
37. Mr. H.M. Vletter-van Dort, Gelijke behandeling van beleggers bij informatieverstrekking, 2001.
38. Mr. Th. Groenewald, Doeloverschrijding bij NV en BV, 2001.
39. Mr. G.N.H. Kemperink, Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten, 2002.
40. Mr. L.J. Hijmans van den Bergh, prof. mr. Gerard van Solinge, mr. T. de Waard, prof. mr. J. W. Winter, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. H.J. de Kluiver, prof. mr. P.J. Dortmond, mr. J. N. Schutte-Veenstra, mr. E.D.G. Kiersch, prof. Jonathan Rickford, Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief, 2003.
41. Marius Josephus Jitta, Vino Timmerman, Guus Kemperink, Richard Norbruis, Anthony Driessen, Peter van der Zanden en HuubWillems, The Companies and Business Court from a comparative law perspective, 2003.
42. Mr. B. Bier, Uitkeringen aan aandeelhouders, 2003.
43. Mr. M. Meinema, Dwingend recht voor de besloten vennootschap, 2003.
44. LT, Verzamelde ‘Groninger’ opstellen aangeboden aan Vino Timmerman, 2003.
45. Mr. M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie, 2004.
46. Mr. P.G.F.A. Geerts, Enkele formele aspecten van het enquêterecht, 2004.
47. Mr. M.L. Lennarts en mr. J.N. Schutte-Veenstra, Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht, 2004.
48. Mr. K.I.J. Visser, Zeggenschapsrechten van houders van een recht van pand of vruchtgebruik op aandelen op naam, 2004.
49. Mr. J.G. Groeneveld-Louwerse, Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid, 2004.
50. Mr. Hanny Schutte-Veenstra, mr. Hylda Boschma, prof. mr. Marie-Louise Lennarts, Alternative systems for capital protection 2005.
51. Prof. mr. Peter van Schilfgaarde, mr. Hanny Schutte-Veenstra, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. L. Timmerman, mr. Brian Mezas, prof. mr. Jan Berend Wezeman, mr. Ellen Kiersch, prof. mr. Jaap Winter, prof. mr. Harm-Jan de Kluiver, Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, 2005.
52. Mr. S. Parijs, Fairness opinions and liability, 2005.
53. Mr. J.B.W.M. Kemperink, Vraagstukken rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van coöperatierecht, 2006.
54. Mr. A. Haan-Kamminga, Supervision on takeover bids, 2006.
55. Mr. dr. H.H. Voogsgeerd, Corporate Governance Codes, Markt- of rechtsarrangement?, 2006.
56. Xiaoning Li, A comparative study of shareholders’ derivative actions, 2007.

57. Prof. mr. Hans Beckman, Mr. Herman L. Kaemingk, Mr. drs. Charles Honée, Prof. mr. L. Timmerman, Prof. mr. A.F. Verdam, Prof. mr. Maarten Kroeze, Prof. mr. Jan Berend Wezeman, Mr. Barbara Bier, Prof. mr. Jaap Winter, Prof. mr. M.W. den Boogert, De nieuwe macht van de kapitaalverschaffer, 2007.
58. Mr. M.A. Verbrugh, Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers, 2007.
59. Mr. drs. B.F. Assink, Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag, 2007.
60. Mr. A.G.H. Klaassen, Bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders, 2007.
61. Mr. M.L.H. Reumers, Samengevoegde afwikkeling van faillissementen, 2007.
62. Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert, 2008.
63. Mr. S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van leidinggevenden. Naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven, 2009.
64. Mr. A. van der Krans LLM, De virtuele aandeelhoudersvergadering, 2009.
65. Prof. dr. K. Cools RA, Mr. P.G.F.A. Geerts, Prof. mr. M.J. Kroeze, Mr. drs. A.C.W. Pijls, Het recht van enquête, een empirisch onderzoek, 2009.
66. Prof. dr. Thomas Blanke, dr. Edgar Rose, dr. Herman Voogsgaard, prof. dr. Wijnand Zondag, Recasting Worker Involvement?, 2009.
67. Prof. mr. M.J. Kroeze, Dr. E.M.H. Hirsch Ballin, Dr. A.H.G. Rinnooy Kan, Prof. mr. L. Timmerman, Prof. mr. M. van Olffen, Mr. M. Holtzer, Prof. dr. M. Wyckaert, Prof. dr. K. Geens, Prof. mr. J.B. Wezeman, Prof. mr. M.L. Lennarts, Mr. P.D. Olden, Prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, Bestuur en toezicht, 2009.
68. Mr. H. Koster, De Nederlandse juridische splitsing in Europees en rechtsvergelijkend perspectief, 2009.
69. Mr. F. Veenstra, Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht, 2010.
70. Mr. B. Snijder-Kuipers, Omzetting als rechtsvormwijziging, 2010.
71. Europees ondernemingsrecht: 50 jaar na Sanders' Europese NV, 2010.
72. Mr. P.P. de Vries, Exit rights of minority shareholders in a private limited company, 2010.
73. Mr. D.A.M.H.W. Strik, Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, 2010.
74. Mr. J.B.S. Hijink, Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen, 2010.
75. Mr. J.B.S. Hijink en Mr. M.A. Verbrugh e.a., Grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio, 2010.
76. Prof. mr. B.F. Assink e.a., Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, 2011.
77. Mr. T.E. Lambooy, Corporate Social Responsibility, 2010.
78. Mr. H.M. Punt, Het vennootschapsrecht van Holland, 2010.
79. Mr. M.J. van Ginneken, Vijandige overnames, 2010.
80. Prof. mr. M.J. Kroeze, Prof. mr. J.B. Wezeman, Prof. mr. L. Timmerman, Prof. mr. B.F. Assink, Prof. mr. J.W. Winter, Prof. mr. L.G. Verburg, Prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, Mr. drs. H.H. Kersten, Prof. mr. W.J.M. van Veen, Mr. P. Glazener, Prof. mr. H. Beckman, SamenWerken in het ondernemingsrecht, 2011.
81. Mr. drs. I.S. Wuisman, Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?, 2011.
82. Qiuju Wang, Exit remedies for minority shareholders in close companies, 2011.
83. Mr. M. Mussche, Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling, 2011.
84. Prof. mr. L. Timmerman, Harry Honée-bundel, 2011.
85. Mr. W.J.L. Calkoen, The One-Tier Board in the changing and converging world of corporate governance, 2012.
86. Mr. J.G.C.M. Galle, Consensus on the comply or explain principle within the EU corporate governance framework: legal and empirical research, 2012.
87. Mr. drs. T.M.C. Arons, Cross-border enforcement of listed companies' duties to inform, 2012.

88. Mr. M.C. Schouten, The Decoupling of Voting and Economic Ownership, 2012
89. Mr. A.J.M. Klein Wassink, Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht, 2012
90. Mr. drs. N.J.M. van Zijl, The Importance of Board Independence – A Multidisciplinary Approach, 2012
91. Mr. A.J.P. Schild, De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht, 2012