



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht

Schild, A.J.P.

Citation

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

Version: Corrected Publisher's Version

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

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

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

Cover Page



Universiteit Leiden



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

Author: Schild, Alexander Johan Paul

Title: De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht

Date: 2012-11-06

Hoofdstuk 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 enquête-procedure 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 *Kücükdevici*-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 (*Kücükdevici 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 (*Kücükdevici 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.