



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 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 zorg 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 welzijn 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 eindspraak 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 ontlenuen.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 (*Öneriyildiz 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. Sniijders.

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 verrassingsbeslissing. 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.