



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 4. Artikel 1 Eerste Protocol

4.1 Inleiding

In 2005 bracht Tele2 een bod uit op de (beursgenoteerde) aandelen Versatel. In het biedingsbericht kondigde Tele2 aan na gestanddoening van het bod de overgebleven aandeelhouders uit te willen stoten. Om de uitkoopprocedure te kunnen toepassen was Tele2 voornemens de grootte van het belang van de overgebleven aandeelhouders eerst te verminderen tot minder dan 5% door middel van een fusie.¹ Vervolgens zouden de overgebleven aandeelhouders worden uitgekocht met behulp van de uitkoopregeling, zo werd aangekondigd in het biedingsbericht.

Enkele aandeelhouders (waaronder het *hedgefund* Centaurus) vonden het bedrag dat voor een aandeel werd geboden in het openbare bod van Tele2 te laag. Daarnaast maakten zij bezwaar tegen het plan van Tele2 om eventuele overblijvende aandeelhouders uit de vennootschap 'te zetten' met behulp van een juridische fusie. Volgens de wet mag een aandeelhouder pas indien hij een belang heeft van 95% de overige aandeelhouders uitkopen.² De aankondiging van Tele2 dat wanneer minder dan 95% van het aandelenkapitaal zou worden verworven, het belang van de overgebleven aandeelhouders eerst door middel van een fusie zou worden verminderd en vervolgens zou worden uitgekocht, achtte Centaurus onrechtmatig.

Centaurus legde de zaak voor aan de Hoge Raad. Eén van de vragen die daarbij aan de orde kwam, betrof de vraag of art. 1 EP noopt tot een zodanige uitleg van de fusie- en de uitkoopregeling dat de (voorgenomen) handelwijze van Tele2 op voorhand als onrechtmatig moet worden aangemerkt.

De strijd tussen Centaurus en Tele2 illustreert de wijze waarop art. 1 EP van belang kan zijn voor het ondernemingsrecht. Het toegenomen aandeelhoudersactivisme in het ondernemingsrecht zorgt voor meer conflicten tussen bij de vennootschap betrokken partijen. Bij het beslechten van dergelijke geschillen vormen de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) een belangrijke maatstaf.³

-
1. Tele2 overwoog een driehoeksfusie tot stand te brengen, waarbij Versatel zou opgaan in een groepsmaatschappij van Tele2 tegen uitgifte van aandelen in een andere groepsmaatschappij waarin ook andere deelnemingen waren ondergebracht.
 2. Art. 2:92a BW (voor de NV) en art. 2:201a BW (voor de BV).
 3. Vgl. bijv. HR 13 juli 2007, NJ 2007, 434 m.nt. Ma (*ABN AMRO*), rov. 4.8.

HOOFDSTUK 4

In hun preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht over de invloed van art. 1 EP op het Nederlandse burgerlijk recht komen Barkhuysen en Van Emmerik enerzijds en Ploeger anderzijds tot enigszins tegengestelde conclusies over de betekenis van art. 1 EP voor het privaatrecht.⁴ Barkhuysen en Van Emmerik zijn aanmerkelijk positiever over de betekenis van art. 1 EP voor het civiele recht, dan Ploeger.

Ploeger lijkt de mening toegedaan dat art. 1 EP als norm geen zelfstandige betekenis heeft naast de redelijkheid en de billijkheid en het leerstuk van misbruik van recht.⁵ Ploeger wijst er voorts op dat het recht op bescherming van eigendom een norm betreft die geschreven is voor de verticale verhouding tussen de staat en de burger. Een ongelijke verhouding waarin het niet zonder belang is dat er duidelijke grenzen bestaan. Ploeger meent ook dat de begrippen “fair balance” en “general interest” geen betekenis meer hebben in private verhoudingen.⁶ Dat zijn prikkelende stellingen.

In dit hoofdstuk komt aan de orde de vraag in hoeverre art. 1 EP de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW als maatstaf kan inkleuren. Voorts wordt bezien in hoeverre art. 1 EP eventueel anderszins grenzen stelt aan de uitoefening van rechten en bevoegdheden door organen of personen in het ondernemingsrecht.

4.2 Art. 1 Eerste Protocol, een introductie

4.2.1 *Een schets van de geschiedenis*

Op het moment dat op 4 november 1950 namens Nederland in Rome het EVRM werd ondertekend vormde de bescherming van het recht op eigendom nog geen onderdeel van het Verdrag. Een bescherming van het recht op (privaat) eigendom betrof een heikel punt in de onderhandelingen bij de totstandkoming van het EVRM.⁷ Enerzijds werd de bescherming van privaat bezit essentieel geacht, aangezien het gebrek aan respect voor eigendomsrechten steeds een kenmerk was gebleken van totalitaire regimes, zoals die van nazi-Duitsland en de Sovjet Unie. Anderzijds bestond de vrees bij enkele staten dat eigendomsbescherming in de weg zou kunnen staan aan de mogelijkheid een onderneming te nationaliseren om sociaal-politieke redenen. Uiteindelijk is

4. Ploeger 2005, p. 120. Zie over dit verschil ook Grosheide en Van Maanen 2005, p. 143, die het verschil in uitkomst koppelen aan het verschil in de door de auteurs gekozen invalshoek ten aanzien van de vraag naar de horizontale werking van grondrechten.

5. Ploeger 2005, p. 120.

6. Ploeger 2005, p. 115.

7. Haack 2006, p. 166, met verdere verwijzingen met betrekking tot de wordingsgeschiedenis van art. 1 EP.

ARTIKEL 1 EERSTE PROTOCOL

het recht op eigendom niet opgenomen in het EVRM zelf, nadat een voorstel daartoe op veel verzet stuitte van onder andere het Verenigd Koninkrijk.⁸

Het recht op een ongestoord genot van eigendom materialiseerde zich ongeveer twee jaar later, met het van kracht worden van art. 1 EP bij het EVRM.⁹ Inmiddels is art. 1 EP één van de artikelen waar het EHRM de meeste klachten over ontvangt.¹⁰ De eerste alinea van art. 1 EP luidt als volgt:

“Tedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.”¹¹

De ratio van art. 1 EP is dat het belang van allen vereist dat het recht op eigendom door de staat wordt beschermd.¹² “Homo homini lupus”, citeerde Hobbes ooit.¹³ De staat, als hoeder van het algemene belang, dient de eigendomsrechten van zijn onderdanen te beschermen en eigendomsrechten zelf ook te respecteren.

Het algemeen belang kan er ook toe nopen dat de staat inbreuk moet maken op eigendomsrechten.¹⁴ Het heffen van belastingen is onvermijdelijk. In de tweede paragraaf van art. 1 EP wordt tot uitdrukking gebracht dat de staat ook inbreuk mag maken op eigendomsrechten wanneer dit noodzakelijk is:

“De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren, te houden onder voorwaarden die de vrije meningsuiting van het volk bij het kiezen van de wetgevende macht waarborgen.”

De opmerkelijke lezer is het wellicht al opgevallen dat de tekst van art. 1 EP zuiver tekstueel gezien noch een recht op eigendom, noch een recht op schadevergoeding bij ontneming van eigendom omvat. Zowel het voorstel om in de tekst op te nemen dat *all individuals and corporate bodies are entitled*

8. Vande Lanotte & Haeck 2004, deel 2, p. 303.

9. Het Eerste Protocol dateert van 20 maart 1952, ratificatie van het Eerste Protocol geschiedde door Nederland op 31 augustus 1954.

10. Vgl. de *table of violations*, <<http://www.echr.coe.int>>

11. Officiële vertaling, de authentieke tekst luidt in het Frans of Engels. Bijzonder aan de formulering van art. 1 EP is dat het de enige bepaling in het EVRM is waarin ook expliciet rechtspersonen worden genoemd als entiteiten die onder het beschermingsbereik van het artikel vallen.

12. Het Handvest van de grondrechten van de EU heeft in art. 17 een met art. 1 EP corresponderend artikel.

13. De mens is voor zijn medemens een wolf. Een citaat van Plautus, aangehaald door Hobbes in: *Leviathan*, hfdst. 13.

14. Art. 1 EP behoort tot de categorie niet-absolute rechten van het EVRM, ook wel aangeduid als ‘relatieve rechten’, zie Vande Lanotte & Haeck, deel 1, 2005, p. 92-93.

HOOFDSTUK 4

to respect for their property, alsmede het voorstel de ontneming van eigendom *subject to a fair compensation* te doen zijn, zijn in de onderhandelingen gestrand op verzet van de Britse regering.¹⁵ Als compromisvoorstel is uiteindelijk gekozen voor de frasering *subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law*.

Het voorgaande heeft het EHRM er niet van weerhouden art. 1 EP inmiddels op een zodanige wijze uit te leggen dat *de facto* de verworpen tekstvoorstellen wel onderdeel uitmaken van de in art. 1 EP neergelegde norm. Daar dient aan toegevoegd te worden dat – zoals Tjepkema in zijn dissertatie terecht opmerkt – het EHRM de politieke dimensie van dit recht steeds in het oog is blijven houden.¹⁶

4.2.2 De toetsing aan art. 1 EP

Bij een klacht dat art. 1 EP is geschonden pleegt het EHRM eerst de volgende drie vragen te bezien. In de eerste plaats wordt onderzocht of de beweerdelijke inbreuk wel betrekking heeft op een *possession*. Vervolgens wordt beoordeeld of sprake is van een inmenging (een *interference*) in een eigendomsrecht. De laatste vraag is of deze inmenging gerechtvaardigd kan worden.

Bij de toetsing aan art. 1 EP pleegt het EHRM voorop te stellen – sinds *Sporrong & Lönnroth t. Zweden* – dat uit art. 1 EP drie regels kunnen worden afgeleid:¹⁷

15. Zie meer uitvoerig: Tjepkema 2010, p. 612-613.

16. Tjepkema 2010, p. 614.

17. De standaardoverweging van het EHRM waarin de strekking van art. 1 EP wordt weergegeven is:

“Article 1 of Protocol No. 1, which guarantees the right to the protection of property, contains three distinct rules: “the first rule, set out in the first sentence of the first paragraph, is of a general nature and enunciates the principle of the peaceful enjoyment of property; the second rule, contained in the second sentence of the first paragraph, covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; the third rule, stated in the second paragraph, recognises that the Contracting States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest...”

The three rules are not, however, ‘distinct’ in the sense of being unconnected. The second and third rules are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property and should therefore be construed in the light of the general principle enunciated in the first rule”, EHRM 11 januari 2007, appl. nr. 73049/01, NJ 2008, 534 m.nt. Gielen (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*), § 62. De eerste alinea is vaste jurisprudentie sinds EHRM 23 september 1982, appl. nr. 7151/75 & 7152/75 (*Sporrong and Lönnroth t. Zweden*), § 61. De tweede alinea is vaste jurisprudentie sinds EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

- (i) het uitgangspunt dat eigendomsrechten ongestoord dienen te kunnen worden genoten;
- (ii) de regel dat de ontneming van eigendomsrechten is onderworpen aan zekere voorwaarden; en
- (iii) het recht van de staat tot regulering van eigendomsrechten in het algemeen belang.

Daarbij pleegt het EHRM voorop te stellen dat deze drie regels niet geïsoleerd mogen worden beschouwd. De tweede en derde regel dienen te worden begrepen in het licht van principe zoals dat door de eerste regel wordt verwoord.¹⁸

In *Sporrong & Lönnroth t. Zweden* introduceerde het EHRM voorts de eis dat bij de vraag of een inmenging kon worden gerechtvaardigd in het kader van een algemeen belang, sprake diende te zijn van een *fair balance*.¹⁹ De mate waarin iemand in zijn eigendomsgenot wordt gestoord moet in een proportionele verhouding staan tot hetgeen met de inbreuk makende handeling is beoogd ter bevordering van het algemene belang.

4.2.3 Het begrip possessions

Bij een klacht dat art. 1 EP is geschonden beziet het EHRM in de eerste plaats de vraag of het beweerdelijk geschonden recht kwalificeert als ‘eigendom’ in de zin van art. 1 EP. Het begrip eigendom – in de officiële teksten *possessions* of *biens* – wordt door het EHRM ruim uitgelegd.²⁰ De Nederlandse vertaling met het woord ‘eigendom’ is enigszins misleidend omdat in de authentieke talen van het verdrag de begrippen *possessions* en *biens* beide een ruimere betekenis

18. Zie bijv. EHRM 9 december 1994, appl. nr. 13092/87 & 13984/88, NJ 1996, 374 m.nt. EAA (*Holy Monasteries t. Griekenland*), § 56.

19. Het *fair balance*-vereiste geldt ten aanzien van alle grondrechten waarop een inmenging onder voorwaarden wordt aanvaard. Zij is “*inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1 (P1-1)*.”, aldus het EHRM in *Sporrong & Lönnroth t. Zweden*, § 69.

20. Door de Hoge Raad is de ruime uitleg van het eigendomsbegrip erkend in HR 16 november 2001, NJ 2002, 469 m.nt. TK (*Varkensrechten*), met name rov. 6.1.2 en rov. 6.1.3., waarin de Hoge Raad bevestigde dat rechten op het mogen produceren van mest zijn aan te merken als *possessions* in de zin van art. 1 EP, althans in samenhang met het onder de vergunning uitgeoefende bedrijf. De Hoge Raad verwijst daarbij naar de conclusie van plv. A-G Mok voor het arrest dat een overzicht bevat van de jurisprudentie van het EHRM over de uitleg van het begrip eigendom. Zie voor een helder overzicht bijv.: Jacobs/White & Ovey 2006, p. 349-358. Zie ook HR 2 september 2011, AB 2011, 369 m.nt. Van Ommeren (*Varkensrechten II*).

HOOFDSTUK 4

hebben dan in het Nederlandse recht onder ‘eigendom’ wordt verstaan.²¹ De term eigendom omvat in het Nederlandse recht in beginsel immers alleen zaken.²²

Het is vaste jurisprudentie van het EHRM om begrippen uit het EVRM ‘autonoom’ uit te leggen.²³ Dat betekent dat niet van belang is wat naar nationaal recht onder het begrip eigendom wordt verstaan.²⁴ Een moeilijkheid bij de bepaling van wat onder *possessions* in de zin van art. 1 EP dient te worden verstaan vormt de omstandigheid dat het EHRM geen algemene regel hanteert om dit begrip te omlijnen. Van geval tot geval beziet het EHRM of een bepaald recht kwalificeert als een *possession*.²⁵

Als maatstaf hanteert het EHRM in ieder geval steeds de eis dat het moet gaan om een *substantive interest*.²⁶ Uitgangspunt is verder dat alleen bestaande rechten als *possessions* kunnen gelden.²⁷ Toekomstige rechten vallen niet onder art. 1 EP. Het verlies aan goodwill doordat regelgeving verandert op grond waarvan een inkomensderving zal plaatsvinden betreft bijvoorbeeld geen

-
21. Hetgeen Alkema tot de verzuchting heeft geleid: “*Art. 1 is civielrechtelijk gezien een warboel. Dat wordt in de hand gewerkt door discrepanties tussen de beide authentieke teksten, Frans en Engels, waarbij de klassieke eigendomsrechten en allerlei daarmee verwante en daarvan afgeleide aanspraken door elkaar lopen.*” Zie zijn noot na *Depalle t. Frankrijk*, NJ 2011, 214.
 22. Vgl. art. 5:1 BW.
 23. Een standaard overweging van het EHRM betreft de volgende: “*The concept of “possessions” in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to the ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as “property rights”, and thus as “possessions” for the purposes of this provision. The issue that needs to be examined in each case is whether the circumstances of the case, considered as a whole, conferred on the applicant title to a substantive interest protected by Article 1 of Protocol No. 1.*” Vgl. EHRM 25 maart 1999, appl. nr. 31107/96, JB 1999, 163 m.nt. AWH (*Iatridis t. Griekenland*), § 54 en EHRM 11 januari 2007, appl. nr. 73049/01, NJ 2008, 534 m.nt. Gielen (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*), § 63. Zie verder: Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 20; en Vande Lanotte & Haeck 2004, deel 2, p. 318.
 24. Niet van belang is dan ook de definitie van artikel 5:1 BW, volgens welk artikel eigendom het meest omvattende recht is dat een persoon op een zaak kan hebben.
 25. Zie Schutte 2004, p. 35 e.v.
 26. EHRM 23 november 2000, appl. nr. 25701/94 (*The Former King of Greece and others t. Griekenland*) en recent bijv. in EHRM 11 januari 2007, appl. nr. 73049/01, NJ 2008, 534 m.nt. Gielen (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*), § 63.
 27. De enkele verwachting dat men een bepaald salaris zal blijven verdienen is bijvoorbeeld onvoldoende: EHRM 19 april 2007, appl. nr. 63235/00, AB 2007, 317 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Vilho Eskelinen e.a./Finland*), § 94. Salaris dat reeds is verdiend, betreft wel een *possession*, zie EHRM 20 mei 2010, appl. nr. 55555/08, AB 2010, 305, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Lelas t. Kroatië*), § 58.

possession.²⁸ Ook toekomstige inkomsten die nog niet zijn verdiend, betreffen geen *possession*.²⁹

Rechten waarop een ‘gerechtvaardigde verwachting’ (*legitimate expectation*) bestaat kunnen wel als een *possession* worden aangemerkt.³⁰ Daaronder valt bijvoorbeeld verwachting die men kan ontlenen aan een bonus-afpraak. Indien het behalen van bepaalde doelen recht geeft op een bonus, betreft de aanspraak op de bonus, wanneer wordt voldaan aan de gestelde voorwaarden, een *legitimate expectation*.³¹ Ook de gerechtvaardigde verwachting dat men aanspraak kan maken op schadevergoeding valt onder het eigendomsbegrip.³² Het aanvaarden dat ook rechten die men nog niet heeft, maar waarop wel een *legitimate expectation* bestaat, onder het bereik van art. 1 EP vallen, past in de materiële opvatting van het eigendomsbegrip zoals het EHRM dat hanteert.

Het gevolg van de materiële benadering van het eigendomsbegrip is dat vrij snel sprake is van een *possession* in de zin van art. 1 EP. Vrijwel alle

-
28. EHRM 25 januari 2000, appl. nr. 37683/97 (*Ian Edgar (Liverpool) Ltd. t. het Verenigd Koninkrijk*): “The Court notes that the Commission has in the past held that goodwill may be an element in the valuation of a professional practice, but that future income itself is only a “possession” once it has been earned, or an enforceable claim to it exists (No. 10438/83, *Batelaan and Huiges v. the Netherlands*, Dec. 3.10.84, D.R. 41, p. 170). The Court considers that the same must apply in the case of a business engaged in commerce. In the present case, the applicant refers to the value of its business based upon the profits generated by the business as “goodwill”. The Court considers that the applicant is complaining in substance of loss of future income in addition to loss of goodwill and a diminution in value of the company’s assets. It concludes that the element of the complaint which is based upon the diminution in value of the business assessed by reference to future income, and which amounts in effect to a claim for loss of future income, falls outside the scope of Article 1 of Protocol No. 1.”
29. Zie bijv. EHRM 6 februari 2003, appl. nr. 71360/01 (*Wendenburg t. Duitsland*): “Referring to its previous case law, the Court notes that insofar as it concerns a loss of future income, the applicants’ complaint falls outside the scope of Article 1 of Protocol No. 1, which is not applicable to future earnings, but only to existing possessions, that is to say income once it has been earned or where an enforceable claim to it exists (...)”.
30. EHRM 28 september 2004, appl. nr. 44912/98 (*Kopecky t. Slowakije*), § 35: “(...) “Possessions” can be either “existing possessions” or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a “legitimate expectation” of obtaining effective enjoyment of a property right. By way of contrast, the hope of recognition of a property right which it has been impossible to exercise effectively cannot be considered a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, nor can a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfilment of the condition (...)” Een adellijke titel is geen *possession* en ook de eigen verwachting de adellijke titel ten gelde te kunnen maken betreft geen *legitimate expectation*: EHRM 28 oktober 1999, appl. nr. 41127/98 (*Cierva Osorio de Moscovo t. Spanje*).
31. Een ander voorbeeld betreft de aanspraak op subsidiegelden die ontstaat door een beschikking tot subsidieverlening EHRM 18 mei 2010, appl. nr. 16021/02, AB 2010, 189 m.nt. Barkhuysen & Den Ouden (*Plalam t. Italië*).
32. EHRM 6 oktober 2005, appl. nr. 11810/03, NJ 2006, 464, m.nt. Boon (*Maurice t. Frankrijk*).

HOOFDSTUK 4

aanspraken die een zekere waarde vertegenwoordigen vallen onder het eigendomsbegrip. Zo kan bijvoorbeeld ook de waarde van een vergunning, als een nevenrecht dat een waarde vertegenwoordigt, worden aangemerkt als een *possession*,³³ evenals goodwill.³⁴ Een rechterlijk vonnis kan een *possession* zijn en de onmogelijkheid het te executeren kan een inbreuk op art. 1 EP meebrengen.³⁵ Indien een orgaan van een lidstaat betaling van schadevergoeding weigert met een beroep op betalingsonmacht, kan ook dat een schending van art. 1 EP opleveren.³⁶ Ook een recht dat vanwege verjaring niet meer te gelde kan worden gemaakt, blijft een *possession*.³⁷

In *Pye* heeft het EVRM bevestigd dat ook het verlies of de verwerving van eigendom door middel van verkrijgende dan wel extinctieve verjaring, onder het begrip *possessions* valt.³⁸ Het EHRM heeft daarbij ook aangegeven dat het wettelijke regelingen met betrekking tot verjaringsvragen zeer terughoudend zal toetsen.³⁹

-
33. Vaste rechtspraak sinds EHRM 7 juli 1989, appl. nr. 10873/84 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*). In EHRM 24 november 2005, appl. nr. 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*) klaagde Capital Bank AD over het feit dat de intrekking van haar bankvergunning – na een procedure die de waarborgen miste van art. 6 EVRM – een schending opleverde van art. 1 EP. Het EHRM achtte de klacht gegrond: “130. (“) *The Court notes that, in contrast to their position in respect of Article 6 § 1 (see paragraph 85 above), the Government did not dispute the applicability of Article 1 of Protocol No. 1. The Court further (...) notes that having a licence was one of the principal conditions on which the applicant bank depended for carrying on its business, and that its withdrawal had the effect of automatically putting it into compulsory liquidation (see paragraphs 54 and 61 above). Therefore, the revocation of the licence constituted an interference with the applicant bank’s possessions and Article 1 of Protocol No. 1 is applicable (...)*” Zie ook EHRM 8 april 2008, appl. nr. 21151/04, AB 2008, 224 m.nt. Barkhuysen (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).
 34. EHRM 26 juni 1986, appl. nr. 8543/79, 8674/79, 8675/79 & 8685/79 (*Van Marle e.a. t. Nederland*).
 35. EHRM 9 december 1994, appl. nr. 13427/87 (*Stran Greek Refineries & Stratis Andreadis t. Griekenland*), § 59; EHRM 15 januari 2009, appl. nr. 59498/00 (*Burdov t. Rusland*), § 65-70 en EHRM 2 december 2010, appl. nr. 6722/05, EHRC 2011, 24, m.nt. Tjepkema (*Sud Est Réalisations t. Frankrijk*).
 36. EHRM 26 september 2006, appl. nr. 57516/00, AB 2007, 83 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Société de Gestion du Port de Campoloro et la société fermière de Campoloro t. Frankrijk*).
 37. Zie EHRM 20 mei 2010, appl. nr. 55555/08, AB 2010, 305, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Lelas t. Kroatië*), § 58.
 38. EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02, NJ 2008, 269 m.nt. Alkema (*J.A. Pye (Oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).
 39. EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02, NJ 2008, 269 m.nt. Alkema (*J.A. Pye (Oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 83: “Such arrangements fall within the State’s margin of appreciation, unless they give rise to results which are so anomalous as to render the legislation unacceptable”.

Ook een (potentieel) recht op schadevergoeding betreft een *possession*.⁴⁰ In *Anheuser-Busch Inc. t. Portugal* oordeelde het EHRM dat ook een aanvraag op registratie van een merkenrecht (voor het merk Budweiser) kon worden aangemerkt als een *possession*.⁴¹ Het EHRM liet daarbij meewegen dat indien het merkenrecht zou worden toegekend, het wellicht mogelijk zou zijn voor de aanvrager om schadevergoeding te vorderen voor een merkinbreuk voor de periode dat de aanvraag in behandeling was. Daaraan verbond het EHRM de conclusie dat de aanvraag binnen het bereik van art. 1 EP viel, “as it gave rise to interests of proprietary nature”.

Uit de jurisprudentie van het EHRM valt op te maken dat alle op geld waardeerbare belangen in beginsel als eigendom in de zin van art. 1 EP kunnen worden aangemerkt. Zo vallen niet alleen zakelijke rechten⁴² maar ook aandelen onder het bereik van art. 1 EP.⁴³ Ook een verlies aan zeggenschap vanwege een verwatering van een aandelenbelang betreft een inmenging in het ongestoorde genot van het eigendom.⁴⁴ Tevens is een wettelijke huurprijsregeling die huiseigenaren belette bij de verhuur van hun woning een redelijk rendement te ontvangen door het EHRM aangemerkt als inbreuk makend op het recht van eigendom.⁴⁵

De aan een aandeel verbonden rechten vallen (hetzij zelfstandig hetzij als een aan het aandeel verbonden recht) eveneens onder het bereik van art. 1 EP. Als

40. Mits er naar nationaal recht een voldoende duidelijke basis bestaat voor de claim EHRM 28 september 2004, appl. nr. 44912/98 (*Kopecký t. Slowakije*), § 52, EHRM 11 januari 2007, appl. nr. 73049/01, NJ 2008, 534 m.nt. Gielen (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*), § 65. Een handige samenvatting van de koers die het EHRM bevat staat geschreven in EHRM 6 oktober 2005, appl. nr. 1513/03 (*Draon/Frankrijk*): “68. In a line of cases the Court has found that the applicants did not have a “legitimate expectation” where it could not be said that they had a currently enforceable claim that was reasonably established. ... The Court’s case-law does not contemplate the existence of a “genuine dispute” or an “arguable claim” as a criterion for determining whether there is a “legitimate expectation” protected by Article 1 of Protocol No. 1. ... The Court takes the view that where the proprietary interest is in the nature of a claim it may be regarded as an “asset” only where it has a sufficient basis in national law, for example where there is settled case-law of the domestic courts confirming it (...).”

41. Voor een overzicht van eerdere jurisprudentie, zie EHRM 11 januari 2007, appl. nr. 73049/01, NJ 2008, 534 m.nt. Gielen (*Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*), § 62 tot 65.

42. EHRM 23 februari 1995, appl. nr. 15375/89 (*Gasus Dossier – und Fördertechnik GMBH t. Nederland*).

43. In deze zin eerst de commissie in de uitspraak van 12 oktober 1982, D.R., vol. 38, p. 18. (6) (*Bramelid en Malmström t. Zweden*), p. 76. Zie verder EHRM 7 november 2002, appl. nr. 30417/96, JOR 2003, 112 m.nt. Vossestein (*Olczak t. Polen*), § 60; en EHRM 25 juli 2002, appl. nr. 48553/99, JOR 2003, 111 m.nt. Vossestein (onder JOR 2003, 112) (*Sovtransavto Holding t. Oekraïne*), § 91.

44. EHRM 7 november 2002, appl. nr. 30417/96, JOR 2003, 112 m.nt. Vossestein (*Olczak t. Polen*).

45. EHRM 22 februari 2005, appl. nr. EHRC 2005, 44 en 19 juni 2006 (*Grand Chamber*) EHRC 2006, 105 respectievelijk, m.nt. Adriaansens (*Hutten-Czapska t. Polen*).

HOOFDSTUK 4

voorbeeld kan worden gewezen op het recht op dividend. Op zichzelf beschouwd valt het recht om de algemene vergadering te mogen bijwonen wellicht niet (afzonderlijk) op geld te waarderen, maar een belemmering om de algemene vergadering van aandeelhouders bij te wonen betreft wel een inmenging in het recht op het ongestoorde genot van het aandeel. Het lijdt ten slotte geen twijfel dat ook optierechten, certificaten van aandelen, stemrechten, rechten die bepaalde aandeelhouders op grond van de statuten toekomen (bijv. rechten verbonden met prioriteitsaandelen) kwalificeren als eigendomsrechten onder art. 1 EP, nu in alle gevallen sprake is van rechten met een *proprietary nature*.

Geconcludeerd kan worden dat doordat het EHRM een ruim eigendomsbegrip hanteert, art. 1 EP snel in beeld komt als een relevante norm. Daarmee is niet gezegd dat een inmenging ook snel op gespannen voet staat met art. 1 EP. In de volgende paragrafen wordt gezien hoe het EHRM beoordeelt of een inmenging in het recht op het ongestoorde genot van het eigendom kan worden gerechtvaardigd.

4.2.4 De rechtvaardiging van een inbreuk op eigendomsrechten

Art. 1 EP bepaalt dat aan niemand het recht op eigendom mag worden ontnomen “behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.” Daarnaast bepaalt art. 1 EP dat de verdragsstaten het recht hebben om eigendomsrechten te reguleren indien het algemeen belang dat vergt. Inbreuken op eigendomsrechten zijn derhalve geoorloofd indien deze kunnen worden gerechtvaardigd door een algemeen belang.⁴⁶

Het EHRM toetst of een inbreuk op het recht van eigendom in de zin van art. 1 EP gerechtvaardigd kan worden aan de hand van de volgende drie stappen, die ook wel worden aangeduid als het ‘stappenschema’:⁴⁷

- (i) Wordt de inbreuk gemaakt op grond van een voldoende deugdelijke wettelijke basis?
- (ii) Heeft de inbreuk een legitieme doelstelling in het algemeen belang?
- (iii) Is er sprake van een behoorlijk evenwicht tussen de eisen van het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu? Is voldaan aan de eisen van proportionaliteit?

46. Vgl. de standaard overweging van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State: “Deze bepaling laat onverlet de toepassing van wetten die noodzakelijk kunnen worden geacht om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang.” Zie bijv. ABRvS 23 februari 2011, AB 2011, 117, m.nt. Barkhuysen & Bos, rov. 2.8.2.

47. Vgl. EHRM 23 september 1982, appl. nr. 7151/75 & 7152/75 (*Sporrong & Lönnroth t. Zweden*) § 69, zie voorts Vande Lanotte & Haecck 2004, deel 2, p. 308-309. Zie voorts Tjepkema 2010, p. 615.

Deze drie ‘stappen’ worden (enigszins onnauwkeurig) ook wel aangeduid als respectievelijk de *legal certainty*-test, de *public interest*-test, en de *fair balance*-test. Het betreffen cumulatieve eisen. Het EHRM komt pas toe aan de derde stap – de *fair balance*-test – indien de eerste twee vragen in positieve zin zijn beantwoord.

4.2.4.1 Voorzien bij wet

Herhaaldelijk heeft het EHRM overwogen de *rule of law* als één van de kernbeginselen van de democratische samenleving te zien.⁴⁸ Art. 1 EP brengt zulks tot uiting door te eisen dat iedere inbreuk op het recht op eigendom slechts toelaatbaar is onder de “voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht bij wet en de beginselen van internationaal recht”.⁴⁹ De eis dat inbreuken slechts zijn toegestaan wanneer is voorzien in een voldoende wettelijke basis (het vereiste van *legal certainty*, ook wel het *lawfulness*-vereiste genoemd) geldt overigens niet alleen ten aanzien van art. 1 EP, maar geldt voor alle door het EVRM beschermde rechten waarop inbreuken onder omstandigheden zijn toegestaan.⁵⁰

De eis dat een inbreuk op een eigendomsrecht *lawful* dient te zijn, is volgens vaste rechtspraak van het EHRM de belangrijkste eis die art. 1 EP stelt.⁵¹ Het *lawfulness*-vereiste is in de jurisprudentie van het EHRM uitgewerkt naar in beginsel drie specifieke eisen.⁵²

- (a) *precision*
- (b) *foreseeability*
- (c) *accessibility*

48. Zie bijv. EHRM 6 september 1978, appl. nr. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*), § 55.

49. De wellicht wat mysterieus ogende verwijzing naar ‘de algemene beginselen van het internationale recht’ in art 1 EP dient ertoe te verzekeren dat buitenlandse ingezetenen van een verdragsstaat niet onteigend kunnen worden zonder recht op schadevergoeding, hetgeen blijkt uit EHRM 8 juli 1986, appl. nr. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 117.

50. Zie Gerards 2011, p. 111-118.

51. Vaste rechtspraak sinds EHRM 25 maart 1999, appl. nr. 31107/96, JB 1999, 163 m.nt. AWH (*Iatridis t. Griekenland*). Zie ook bijv. EHRM 20 mei 2010, appl. nr. 55555/08, AB 2010, 305, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Lelas t. Kroatië*), § 71: “The Court reiterates that the first and most important requirement of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention is that any interference by a public authority with the peaceful enjoyment of possessions should be lawful (...).”

52. Vgl. EHRM 8 november 2005, appl. nr. 4251/02 (*Saliba t. Malta*), § 37: “The Court reiterates that the first and most important requirement of Article 1 of Protocol No. 1 is that any interference by a public authority with the peaceful enjoyment of possessions should be lawful. The rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, is inherent in all the Articles of the Convention (see *Iatridis* cited above, § 58) and entails a duty on the part of the State or other public authority to comply with judicial orders or decisions against it (see *Belvedere Alberghiera v. Italy*, no. 31524/96, § 56, ECHR 2000-VI). Moreover, the requirement of lawfulness means that rules of domestic law must be sufficiently accessible, precise and foreseeable (...).”

HOOFDSTUK 4

De vereisten van *foreseeability* and *precision* impliceren dat de bevoegdheid van nationale overheden om beperkingen te stellen aan het eigendomsrecht met voldoende precisie moet zijn vastgelegd, rekening houdend met het voorwerp van de regelgeving ter zake, zodat de justitiabelen hun gedrag daarop kunnen afstemmen.⁵³ In deze paragraaf illustreer ik het voorgaande aan de hand van enige uitspraken van het EHRM. De vraag in hoeverre de eisen van *precision* en *foreseeability* de bevoegdheid van de Ondernemingskamer tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen begrenzen, behandel ik in paragraaf 4.3.2.1.

In de zaak *Sarica & Dilaver t. Turkije* oordeelde het EHRM bijvoorbeeld dat sprake was van een schending van art. 1 EP omdat de praktijk waarbij de Turkse autoriteiten grond in bezit konden nemen voor een onbepaalde tijd en voor eigen gebruik, zonder juridische eigendomsoverdracht en zonder een goede juridische grondslag die voorzag in een verplichting tot compensatie, strijdig is met hetgeen het legaliteitsbeginsel van de Turkse overheid vergt.⁵⁴

Ook in de zaak *Sildedzis t. Polen* was sprake van een willekeurige uitoefening van een bevoegdheid, waardoor een schending van art. 1 EP ontstond. Sildedzis had van de Poolse belastingdienst een auto gekocht, maar kon deze auto vervolgens niet gebruiken omdat de Poolse variant van de APK-vergunning hem steeds werd geweigerd. De reden was dat de auto geen chassisnummer bleek te hebben. De auto was hoogstwaarschijnlijk gestolen. Volgens het EHRM voldeden de voorschriften waarop Sildedzis de gevraagde APK-vergunning was geweigerd niet aan de eisen van *clarity and precision*.⁵⁵

Een ander voorbeeld betreft de zaak *Baklanov t. Rusland*.⁵⁶ Baklanov, een Let, die woonde in Riga, had een overeenkomst gesloten met een makelaar in onroerend goed in Moskou. Om aan zijn betalingsverplichtingen te voldoen had hij in Riga 250.000 dollar opgenomen en was hij naar Moskou gevlogen. Daar werd hij door de douane aangehouden omdat hij verzuimd had aangifte te doen van zijn contanten. Het bedrag dat hij bij zich had werd als ‘smokkelwaar’ verbeurd verklaard. Baklanov beriep zich erop dat de Russische wet niet voldoende duidelijk was en daardoor geen deugdelijke grondslag bood voor deze verbeurdverklaring. Baklanov kreeg in Straatsburg gelijk.⁵⁷

53. Ook het arbitrair uitoefenen van een op zich duidelijke bevoegdheid kan een gebrek in de voorzienbaarheid meebrengen, zie EHRM 22 september 1994, appl. nr. 13616/88 (*Hentrich t. France*), § 42.

54. EHRM 27 mei 2010, appl. nr. 11765/05 (*Sarica & Dilaver t. Turkije*), waarin het EHRM overwoog in § 42: “*En effet, la prééminence du droit, l’un des principes fondamentaux d’une société démocratique, étant inhérente à l’ensemble de la Convention (Iatridis, précité, § 58), l’article 1 du Protocole no 1 exige, avant tout et surtout, qu’une ingérence de l’autorité publique dans la jouissance du droit au respect des biens soit légale.*”

55. EHRM 24 mei 2005, appl. nr. 45214/99 (*Sildedzis t. Polen*).

56. EHRM 9 juni 2005, appl. nr. 68443/01 (*Baklanov t. Rusland*).

57. “46. *The Court accepts that its power to review compliance with domestic law is limited as it is in the first place for the national authorities to interpret and apply that law. However; →*

De hiervoor aangehaalde uitspraken illustreren dat het vereiste van *foreseeability* verband houdt met het belang dat het EHRM hecht aan de naleving van de *rule of law*. Wettelijke bevoegdheden die op een geheel onverwachte manier kunnen worden aangewend en uitgeoefend ontberen een reële wettelijke basis.⁵⁸

Het EHRM erkent overigens dat de nationale wetgever niet ieder concreet geval kan voorzien. Niet geëist mag dan ook worden dat de wettelijke norm zo precies wordt geformuleerd dat deze geheel is toegesneden op het desbetreffende geval. Het nationale recht mag de rechter een zekere discretionaire bevoegdheid laten.⁵⁹ De eis van *foreseeability* verzet zich ook in beginsel niet

having regard to the national courts' lack of reference to any legal provision as a basis for the forfeiture of an important sum of money and to the apparent inconsistencies of case-law compared to the national legislation, the Court considers that the law in question was not formulated with such precision as to enable the applicant to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences of his actions. It follows that the interference with the applicant's property cannot be considered lawful within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention."

58. Zie ook EHRM 24 mei 2005, appl. nr. 45214/99 (*Sildedzis t. Polen*), § 48: "(...) the Court is of the opinion that the legal provisions concerned lacked the required clarity and precision necessary to provide adequate protection against arbitrary interference by the public authorities with the right to the peaceful enjoyment of the applicant's possessions."

59. Als voorbeeld kan worden gewezen op twee zaken met betrekking tot art. 8 EVRM. EHRM 23 september 1998, appl. nr. 24755/94 (*McLeod t. Verenigd Koninkrijk*) § 41: "The Court recalls that the expression "in accordance with the law", within the meaning of Article 8 § 2, requires firstly that the impugned measures should have a basis in domestic law. It also refers to the quality of the law in question, requiring that it be accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (see, amongst many others, the *Margareta and Roger Andersson v. Sweden* judgment of 25 February 1992, Series A no. 226-A, p. 25, § 75). However, those consequences need not be foreseeable with absolute certainty, since such certainty might give rise to excessive rigidity, and the law must be able to keep pace with changing circumstances (see, *mutatis mutandis*, the *Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1) judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 31, § 49)."

Zie ook EHRM 25 maart 1983, appl. nr. 947/72 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 88: "A third principle is that "a norm cannot be regarded as a 'law' unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able – if need be with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail" (*ibid.*).

A law which confers a discretion must indicate the scope of that discretion. However, the Court has already recognised the impossibility of attaining absolute certainty in the framing of laws and the risk that the search for certainty may entail excessive rigidity (ibid.). These observations are of particular weight in the "circumstances" of the present case, involving as it does, in the special context of imprisonment, the screening of approximately ten million items of correspondence in a year (see paragraph 57 above). It would scarcely be possible to formulate a law to cover every eventuality. Indeed, the applicants themselves did not deny that some discretion should be left to the authorities."

HOOFDSTUK 4

tegen ruim geformuleerde open normen die de rechter veel vrijheid laten. Beslissend is niet zozeer of een wettelijke bepaling eenduidig is geformuleerd, maar of een bepaald rechtsgevolg redelijkerwijze door de betrokkene had kunnen worden voorzien. Naar de kern genomen beoogt het *foreseeability*-vereiste niet meer dan te voorkomen dat bevoegdheden willekeurig kunnen worden uitgeoefend.⁶⁰

Met *accessibility* is bedoeld dat een ieder in de gelegenheid moet zijn de inhoud van de norm te kennen.⁶¹ In de zaak *Špaček t. Tsjechië* klaagde een bedrijf, dat van ‘enkel’ naar ‘dubbel’ boekhouden was over gestapt en dientengevolge tegen een belastingaanslag was aangelopen, dat de grondslag voor de belastingheffing onduidelijk en gebrekkig was geweest omdat deze niet op een duidelijke en rechtsgeldige wijze bekend was gemaakt. Het was slechts aangekondigd in een niet officieel blaadje, aldus verzoekster. Het EHRM stelde bij de beoordeling van deze klacht het volgende voorop:⁶²

“The Court considers that when speaking of “law”, Article 1 of Protocol No. 1 alludes to the same concept to be found elsewhere in the Convention, a concept which comprises statutory law as well as case-law [curs. AS]. It implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability (see the *Cantoni v. France* judgment of 15 November 1996, Reports 1996-V, p. 1627, § 29, with reference to the *S.W. and C.R. v. the United Kingdom* judgments of 22 November 1995, Series A no. 335-B and 335-C, pp. 41-42, § 35, and pp. 68-69, § 33, respectively).”

Zoals in het hiervoor opgenomen citaat tot uitdrukking komt, beoordeelt het EHRM de vraag of sprake is van een voldoende kenbare wettelijke basis, mede aan de hand van de voor de betrokkene kenbare jurisprudentie.⁶³ Niet alleen de abstracte wettelijke norm is van belang, maar ook de praktische invulling ervan.⁶⁴

60. Zie Gerards 2011, p. 123, die na analyse van de jurisprudentie voorts (p. 126) concludeert: “Al met al blijkt uit de rechtspraak dat het Hof niet snel aanneemt dat het vereiste van voorzienbaarheid is geschonden. Ook vrij algemene rechtsbasis accepteert het regelmatig als toereikend, zolang maar voldoende duidelijk is hoe zij in het concrete geval zullen worden toegepast voor degene die het aangaat.”

61. De eerste uitspraak waarin het EHRM deze eis formuleerde was EHRM 26 april 1979, appl. nr. 6538/74, NJ 1980, 146 m.nt. Alkema (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*), waarin het EHRM (in § 49) overwoog: “the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the the legal rules applicable to a given case”.

62. EHRM 9 november 1999, appl. nr. 26449/95 (*Špaček t. Tjechië*), § 54.

63. Deze opstelling van het EHRM is bijvoorbeeld van belang bij de beoordeling van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te mogen treffen op grond van art. 2:349a lid 2 BW. De verhouding tussen artikel 2:349a lid 2 BW en art. 1 EP wordt verderop nader uitgewerkt.

64. Ook de wijze waarop het EHRM ten slotte de klacht van *Špaček* verwerpt getuigt van een praktische benadering, EHRM 9 november 1999, appl. nr. 26449/95 (*Špaček t. Tjechië*), →

Uit de *Špaček*-uitspraak valt af te leiden dat het *accessibility*-vereiste niet een bepaalde vorm van bekendmaking voorschrijft. Vereist is alleen dat de aangewende publiciteitstechniek in de praktijk tot effectieve publiciteit leidt.⁶⁵ Voorts is relevant of een norm door het raadplegen van specialisten achterhaald kon worden. Die overweging is in het licht van de omstandigheid dat het *in casu* om een boekhoudkundige norm ging niet onbegrijpelijk, nu dat een domein voor specialisten bij uitstek is. De *Špaček*-uitspraak illustreert de eis dat de wettelijke grondslag voor een inmenging in het eigendomsrecht, voldoende precies, toegankelijk en voorzienbaar dient te zijn.

Het *lawfulness*-vereiste dient te worden begrepen tegen de achtergrond van het legaliteitsbeginsel, zoals dat een dominant beginsel is in de rechtspraak van het EHRM bij de uitleg van alle door het EVRM beschermde grondrechten. Het belang van het legaliteitsbeginsel heeft ertoe geleid dat het EHRM onder het *lawfulness*-vereiste ook begrijpt dat overheidsoptreden consistent⁶⁶ is en vooral ook dat voldoende procedurele waarborgen bestaan.⁶⁷ De afbakening met art. 6

§59: “The Court further notes that in 1991 *Špaček SW*, the predecessor of the applicant company, applied the accounting principles included in the Rules which were published in *Financial Bulletin no. 5*. It considers therefore that, even assuming that the Rules and Regulations published in the *Financial Bulletin* did not constitute legislative or regulatory instruments binding on citizens and legal entities in general, within the meaning of the national law then in force, *Špaček SW* had accepted the *Financial Bulletin* as an official public source of binding regulations, and had followed it for the purposes of keeping its accounts “in compliance with accounting principles”, pursuant to section 25 of the *Private Business Activities Act*. The Court considers that *Špaček SW*, when changing from single to double-entry book-keeping, had been aware of the way in which the Ministry of Finance published its accounting principles and could easily have sought information about any possible transitional provisions, if necessary with the advice of specialists [curs. AS] (see, *mutatis mutandis*, the above-mentioned *Cantoni v. France* judgment of 15 November 1996, Reports 1996-V, p. 1629, § 35). Indeed it has never been alleged that either *Špaček SW* or the applicant company had been unaware of the provisions of the relevant *Financial Bulletins*. In addition, taking into consideration that the applicant company as a legal entity, contrary to an individual taxpayer, could and should have consulted the competent specialists, the publication of the Regulations in the *Financial Bulletin* was sufficient.”

65. Van de Lanotte & Haeck 2004, deel 2, p. 356.

66. Zie EHRM 21 mei 2002, EHCR 2002, 56 (*Jokela t. Finland*), waarin Finland werd veroordeeld omdat hetzelfde stuk grond voor een veel hogere waarde in de successiebelasting werd betrokken, dan waar het vervolgens voor werd onteigend.

67. Zie bijv. EHRM 15 juni 2006, appl. nr. 57785/00 (*Zlinsat, spol s.r.o. t. Bulgarije*), § 98: “The requirement of *lawfulness*, within the meaning of the Convention, means not only compliance with the relevant provisions of domestic law, but also compatibility with the rule of law. It thus presupposes that the rules of domestic law must be sufficiently precise and foreseeable (...). It also implies that the law must provide a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by the Convention (see *Capital Bank AD*, cited above, § 134, with further references). It would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the authorities in areas affecting fundamental rights to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion and the manner of its exercise with →

HOOFDSTUK 4

EVRM is daarbij soms niet geheel helder. Het EHRM lijkt als uitgangspunt te hanteren dat het bestaan van onvoldoende rechtswaarborgen in beginsel een schending oplevert van art. 6 EVRM en op zichzelf niet leidt tot een schending van art. 1 EP.⁶⁸ Het EHRM hanteert het onderscheid tussen art. 6 EVRM en art. 1 EP echter niet strikt. Het EHRM toetst de vraag of sprake is van voldoende rechtsmiddelen (of waarborgen) soms aan art. 1 EP en art. 6 EVRM gezamenlijk. Soms wordt in art. 1 EP ook zelfstandig de eis gelezen dat voorzien moet zijn in voldoende rechtswaarborgen. Strikt genomen is de redenering dan dat het bestaan van onvoldoende effectieve rechtsbescherming erin resulteert dat een verdragsstaat tekort is geschoten in de (positieve) verplichting om voor een adequate bescherming van eigendomsrechten te zorgen, met als gevolg dat een inmenging in een recht van eigendom niet langer als *lawful* kan worden aange-merkt. De Hoge Raad heeft art. 1 EP in deze zin verstaan in de uitspraak waarin zij de Fierens-marge in strijd achtte met het *lawfulness*-vereiste art. 1 EP.⁶⁹

sufficient clarity, so as to give the affected individuals and entities adequate protection against arbitrary interference (see, mutatis mutandis, Hasan and Chaush v. Bulgaria [GC], no. 30985/96, § 84, ECHR 2000-XI, with further references). Finally, the concepts of lawfulness and the rule of law in a democratic society command that measures affecting fundamental human rights be accompanied by appropriate procedural safeguards. In ascertaining whether this condition has been satisfied, a comprehensive view must be taken of the applicable procedures (...)."

68. EHRM 24 november 2005, appl. nr. 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*), § 134: "The requirement of lawfulness, within the meaning of the Convention, presupposes, among other things, that domestic law must provide a measure of legal protection against arbitrary interferences by the public authorities with the rights safeguarded by the Convention (see *Malone*, p. 32, § 67, and *Fredin* (no. 1), p. 16, § 50, both cited above; and, more recently, *Hasan and Chaush v. Bulgaria [GC]*, no. 30985/96, § 84, ECHR 2000-XI). Furthermore, the concepts of lawfulness and the rule of law in a democratic society require that measures affecting fundamental human rights be, in certain cases, subject to some form of adversarial proceedings before an independent body competent to review the reasons for the measures and the relevant evidence (see, mutatis mutandis, *Al-Nashif v. Bulgaria*, no. 50963/99, § 123, 20 June 2002). It is true that Article 1 of Protocol No. 1 contains no explicit procedural requirements and the absence of judicial review does not amount, in itself, to a violation of that provision (see *Fredin* (no. 1), cited above, pp. 16-17, § 50). Nevertheless, it implies that any interference with the peaceful enjoyment of possessions must be accompanied by procedural guarantees affording to the individual or entity concerned a reasonable opportunity of presenting their case to the responsible authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision. In ascertaining whether this condition has been satisfied, a comprehensive view must be taken of the applicable judicial and administrative procedures (see *AGOSI*, cited above, p. 19, § 55; *Hentrich v. France*, judgment of 22 September 1994, Series A no. 296-A, p. 21, § 49; and *Jokela v. Finland*, no. 28856/95, § 45, ECHR 2002-IV)."
69. Vgl. HR (belastingkamer) 22 oktober 2010, LJN BL1943 (Fierens-marge): "3.4.2 Artikel 1 van het Protocol brengt mee dat elke maatregel die het ongestoorde genot van eigendom aantast, waaronder de heffing van belasting, vergezeld moet gaan van procedurele garanties die de betrokkene een redelijke mogelijkheid bieden tot effectieve betwisting van de →

Helemaal eenduidig is de lijn van het EHRM op het punt van het begrijpen van procedurele vereisen onder het *lawfulness*-vereiste overigens niet. Zo lijkt het EHRM soms de afwezigheid van voldoende rechtswaarborgen niet in het kader van het *lawfulness*-vereiste te beoordelen, maar in het kader van de vraag of sprake is geweest van een *fair balance*. De afwezigheid van voldoende procedurele waarborgen wordt dan genoemd als een factor die bijdraagt aan het oordeel dat geen sprake is van een *fair balance*.⁷⁰

Ik sluit mijn beschouwing over het *lawfulness*-vereiste af met een opmerking over het legaliteitsbeginsel waarin het is ingebed. Over de centrale rol die dit begrip vervult in het recht heeft Lord Bingham geschreven in zijn zwanenzang: *The Rule of Law*. Het legaliteitsbeginsel brengt mee dat voor ieder overheidshandelen een toereikende basis dient te bestaan in het recht.⁷¹ In zijn boek ontleedt Bingham *the rule of law* tot acht *principles*. Het legaliteitsbeginsel vergt volgens Bingham dat:

- (i) het recht toegankelijk is en voor zover mogelijk duidelijk en voorspelbaar,
- (ii) rechtsvragen en vragen over aansprakelijkheid zoveel mogelijk te worden beslist door wetstoepassing in plaats van met behulp van beleidsvrijheid door de rechter,
- (iii) het recht gelijkelijk op een ieder van toepassing is,
- (iv) ambtsdragers al hun bevoegdheden te goeder trouw uit te oefenen, met inachtneming van het doel en de omvang van de hen toevertrouwde bevoegdheden,
- (v) het recht een adequate bescherming biedt tegen inbreuken op grondrechten,
- (vi) de staat dient te voorzien in adequate mogelijkheden om geschillen tijdig en tegen niet al te hoge kosten te beslechten,

rechtmatigheid van die maatregel (vgl. EHRM 24 november 2005, no. 49429/99, Capital Bank AD tegen Bulgarije, paragraaf 134, en HR 10 juli 2009, nr. 08/01578, LJN BG4156, BNB 2009/246). Een maatregel die niet aan deze primaire eis voldoet, kan niet worden aangemerkt als "lawful" in de zin van de rechtspraak van het EHRM, en komt reeds daardoor in strijd met het Protocol. Voor de toetsing van een dergelijke maatregel aan artikel 1 van het Protocol is het derhalve niet van belang of er een redelijke mate van evenredigheid bestaat tussen de gebruikte middelen en het – legitieme – doel dat daarmee in het algemene belang wordt nagestreefd, in die zin dat er een redelijke verhouding ('fair balance') bestaat tussen voormeld algemeen belang en de bescherming van individuele rechten (vgl. EHRM 25 maart 1999, Iatridis tegen Griekenland, no. 31107/96, onder meer gepubliceerd in JB 1999/163, paragraaf 58)."

70. Zie bijv. EHRM 26 september 2006, appl. nr. 35349/05 EHRC 2006, 138 (*Fleri Soler & Camilleri t. Malta*), § 79.

71. Vgl. Bingham 2010, p. 8: "The core of the existing principle is, I suggest, that all persons and authorities within the state, whether public or private, should be bound by and entitled to the benefit of laws publicly made, taking effect (generally) in the future and publicly administered in the courts."

HOOFDSTUK 4

- (vii) dat rechtsgedingen eerlijk dienen te verlopen, en
- (viii) de staat zijn verplichtingen nakomt zowel op nationaal als internationaal vlak.

De erkenning van het primaat van het legaliteitsbeginsel in onze samenleving houdt in de erkenning van de staat om deze acht beginselen na te streven, aldus Bingham.

De door Bingham geformuleerde beginselen zijn voor het grootste gedeelte verankerd in het EVRM zelf. Anderen zijn expliciet aanvaard in de jurisprudentie van het EHRM. Zo is in *Klass e.a. t. Duitsland* overwogen dat al het handelen van de overheid dient te kunnen worden getoetst door een onafhankelijke rechter⁷² en is in *Stran Greek Refineries & Stratis Andreadis t. Griekenland* erkend dat uitspraken die in kracht van gewijsde zijn gegaan ook daadwerkelijk ten uitvoer moeten kunnen worden gelegd.⁷³

Het EHRM hecht een groot belang aan de naleving van de *rule of law*, in het licht waarvan het *lawfulness*-vereiste moet worden beschouwd. Op dit punt toetst het EHRM dan ook in beginsel streng. Veel terughoudender is het EHRM bij de beoordeling van de vraag of een inbreuk op het recht van eigendom kan worden gerechtvaardigd vanwege het algemeen belang.

4.2.4.2 Algemeen belang (the public interest-test)

Een inmenging in het recht op een ongestoord genot van eigendom dient niet alleen te zijn voorzien bij wet, de inmenging dient ook noodzakelijk te zijn voor het algemene belang. In de eerste zaken waarin werd geklaagd over art. 1 EP huldigde het EHRM nog het standpunt dat de vraag of een bepaald doel als ‘van algemeen belang’ had te gelden, zich aan de beoordeling van het EHRM onttrok. De verdragsstaten werden door het EHRM beschouwd als de *sole judges* bij beoordeling van de vraag of een inbreuk noodzakelijk was in het algemeen belang.⁷⁴

Inmiddels veroorlooft het EHRM zich iets meer ruimte. Bij de beoordeling van de vraag wat nodig is in het algemeen belang, refereert het EHRM zich in

72. EHRM 6 september 1978, appl. nr. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*) § 55: “One of the fundamental principles of a democratic society is the rule of law, which is expressly referred to in the Preamble to the Convention (see the Golder judgment of 21 February 1975, Series A nr. 18, pp. 16-17, para. 34). The rule of law implies, inter alia, that an interference by the executive authorities with an individual’s rights should be subject to an effective control which should normally be assured by the judiciary, at least in the last resort, judicial control offering the best guarantees of independence, impartiality and a proper procedure.”

73. EHRM 9 december 1994, appl. nr. 13427/87 (*Stran Greek Refineries & Stratis Andreadis t. Griekenland*), § 42-50 en EHRM 19 maart 1997, appl. nr. 18357/91 (*Hornsby t. Griekenland*), § 40-41.

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

beginsel aan het oordeel van de nationale wetgever, tenzij dit oordeel zonder redelijke grond is.⁷⁵ Alleen indien evident is dat het doel waarvoor inbreuk wordt gemaakt het algemeen belang niet kan dienen, wordt een klacht op dit onderdeel gegrond geacht.⁷⁶ In de gevallen waarin het EHRM op deze grond de klacht toewijst is veelal sprake van (de schijn van) *détournement de pouvoir*.⁷⁷ Voor het overige acht het EHRM de nationale autoriteiten beter in staat om te beoordelen wat nodig in het algemeen belang is.⁷⁸ Het begrip *public interest* is aangemerkt als een begrip dat *necessarily extensive* is.⁷⁹

Over de vraag in hoeverre het treffen van een bepaalde op een grondrecht inbreuk makende maatregel *necessary* is, in het licht van het algemene belang dat wordt nagestreefd heeft het EHRM in de *Chassagnou e.a. t. Frankrijk*-uitspraak als volgt overwogen:⁸⁰

-
75. Vaste jurisprudentie sinds EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Zie bijv. EHRM 15 november 2005, *J. A. Pye (Oxford) Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*, appl. nr. 44302/02, § 44. In EHRM 15 maart 2007, appl. nrs. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, en 194/02 (*Velikovi e.a. t. Bulgarije*) is overwogen (in § 169) dat in beginsel het oordeel van de wetgever wordt gevolgd over wat het in het algemeen belang is, “*unless that judgment is manifestly without reasonable foundation. (...)*”. Vergeleken met de Pye-uitspraak is het woordje ‘reasonable’ toegevoegd.
76. Zie bijvoorbeeld EHRM 19 juni 2001, appl. nr. 34049/96 (*Zwierzynski t. Polen*). Aan de orde was een geval waarin land was onteigend door de Poolse staat, onder toekenning van een vergoeding van de waarde. Nadat de hoogste administratieve rechter het besluit tot onteigening ongeldig had bevonden, werd verzoeker vervolgens door de civiele rechter het recht op zijn perceel onthouden. In deze context overwoog het EHRM (§ 72): “*It cannot discern in the present case any genuine “public interest” that would justify a deprivation of possessions.*”
77. Zie EHRM 14 februari 2012, appl. nr. 35430/05, EHRC 2012, 86 m.nt. Tjepkema (*Tkachevy t. Rusland*), met in de noot van Tjepkema een overzicht van de verdere jurisprudentie.
78. Zie bijv. EHRM 15 november 2005, appl. nr. 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*), §43: “*The notion of “public interest” in the second sentence of the first paragraph is necessarily extensive. In particular the decision to enact property laws will commonly involve consideration of political, economic and social issues. The taking of property in pursuance of legitimate social, economic or other policies may be in the public interest even if the community at large has no direct use or enjoyment of the property.*”
79. EHRM 22 september 1994, appl. nr. 13616/88 (*Hentrich t. France*) § 39, waarin werd betoogd dat het recht van de Franse fiscus om het huis te mogen kopen voor de verkoopprijs (met als doel overdrachtsbelastingontduiking te bestrijden) zo ruim was dat het niet geacht kon worden ‘in the public interest’ te zijn. Het EHRM verwierp dat beroep met de overweging dat: “*The Court reiterates that the notion of “public interest” is necessarily extensive and that the States have a certain margin of appreciation to frame and organise their fiscal policies and make arrangements – such as the right of pre-emption – to ensure that taxes are paid. It recognises that the prevention of tax evasion is a legitimate objective which is in the public interest. It does not have to decide in the instant case whether the right of pre-emption could legitimately be designed also to regulate the property market.*”
80. EHRM 29 april 1999, appl. nr. 25088/94, 28331/95 & 28443/95 (*Chassagnou e.a. t. Frankrijk*), § 89.

HOOFDSTUK 4

“The Court reiterates that in assessing the necessity of a given measure a number of principles must be observed. The term “necessary” does not have the flexibility of such expressions as “useful” or “desirable”. In addition, pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a “democratic society”. Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position. Lastly, any restriction imposed on a Convention right must be proportionate to the legitimate aim pursued (see the *Young, James and Webster v. the United Kingdom* judgment of 13 August 1981, Series A no. 44, p. 25, § 63).”

Bij het voorgaande kan nog worden aangetekend dat het de *raison d'être* van de staat is, om het algemeen belang te dienen in al zijn handelen. Indien een daartoe gelegitimeerd orgaan een besluit neemt om een bepaald doel na te streven, betreft de controle op hetgeen wordt nagestreefd in een democratische rechtsorde in beginsel geen juridische maar een politieke vraag. Het EHRM zal zijn handen daaraan niet snel willen branden. Wel zal het EHRM bij beoordeling van de vraag of voldaan is aan het vereiste van een *fair balance* tussen het nagestreefde doel en de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op een eigendomsrecht, de urgentie van het algemeen belang dat wordt nagestreefd met de inbreuk makende handeling mee kunnen wegen.

4.2.4.3 De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (the fair balance-test)

In het verlengde van het vereiste van een ‘algemeen belang’ legt het EHRM een proportionaliteitstoets aan.⁸¹ Er moet een *fair balance* zijn tussen het algemene belang dat de staat tracht te verwezenlijken en de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten.

De *fair balance*-test is een maatstaf die het EHRM bij verschillende verdragsrechten aanlegt om te beoordelen of een inmenging in het verdragsrecht kan worden gerechtvaardigd. Voor art. 1 EP geldt op grond van het *fair balance*-vereiste (i) dat de inbreuk niet mag resulteren in een “individual and excessive burden”,⁸² (ii) er een redelijke mate van evenredigheid moet bestaan tussen de gebruikte middelen en het doel dat wordt nagestreefd,⁸³ en (iii) dat moet worden meegewogen in hoeverre aanspraak bestaat op vergoeding voor

81. Zie over deze maatstaf in het algemeen en tevens specifiek met betrekking tot art. 1 EP: Arai-Takahashi 2002, p. 149-164. Zie ook mijn eerdere bijdrage aan het themanummer over het evenredigheidsbeginsel in *Ondernemingsrecht*: Schild 2011.

82. EHRM 23 september 1982, appl. nr. 7151/75 & 7152/75 (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*) § 69, en EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 50.

83. EHRM 5 januari 2000, appl. nr. 33202/96, NJ 2000, 571 (*Beyeler t. Italië*), § 114. In EHRM 23 november 2000, appl. nr. 25701/94 (*The Former King of Greece and Others. t. Griekenland*) wordt (in § 89), gesproken over een “disproportionate burden on the applicant”.

de inbreuk op het eigendomsrecht.⁸⁴ Het laatste element – de mate waarin een vergoeding dient te worden betaald – komt hierna afzonderlijk aan bod.

Ook bij deze toetsing laat het EHRM een ruime *margin of appreciation*. In het algemeen geldt voor de mate waarin het EHRM de verdragsstaten een *margin of appreciation* laat dat, hoe meer de menselijke waardigheid in het geding is (bijv. bij een erkenning van een seksuele geaardheid), hoe strenger het EHRM zal beoordelen of er voldoende gewichtige redenen zijn om een inmening in een verdragsrecht te kunnen rechtvaardigen.⁸⁵ Zo pleegt het EHRM streng te toetsen aan de ‘lijf & leven’-rechten. Bij deze categorie rechten – ook wel absolute rechten – geldt niet of nauwelijks een *margin of appreciation*. Het EHRM beziet steeds kritisch of de absolute rechten zijn gewaarborgd.

Art. 1 EP behoort niet tot de absolute rechten. De toetsing van het EHRM aan art. 1 EP is dan ook meer terughoudend. Mahoney heeft het eigendomsrecht als volgt gekarakteriseerd:

“The subject-matter of the right of property (...) is typically one where there is a diversity of view in democratic society as to how the tension between individual liberty and community interests should be regulated. The right of property as guaranteed under the Convention accommodates both socialist (redistributive) and conservative (acquisitive) approaches. At the other end of the spectrum there is presumably little or no scope for any margin of appreciation in relation to the right to life, the prohibition of torture and inhuman treatment, and the prohibition of slavery.”⁸⁶

Het gevolg is dat slechts incidenteel door het EHRM wordt geoordeeld dat sprake is van een *disproportionate burden*.⁸⁷ Doorgaans wordt de verdragsstaten een ruime marge gelaten bij de beoordeling van de vraag of een inbreuk

84. EHRM 15 november 2005, appl. nr. 44302/02 (*J. A. Pye (Oxford) Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook HR 16 november 2002, NJ 2002, 469 (*Varkensrechten*) dat een fraaie samenvatting bevat van de wijze waarop het EHRM toetst op proportionaliteit in de rechtsoverwegingen 6.2.2 en 6.2.3. Zie ook EHRM, 8 juli 1986, appl. nr. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 120: “Clearly, compensation terms are material to the assessment whether a fair balance has been struck between the various interests at stake and, notably, whether or not a disproportionate burden has been imposed on the person who has been deprived of his possessions.”

85. Van Gerven & Lierman 2010, p. 547.

86. Citaat ontleend aan Tjepkema 2010, p. 626.

87. *Chassagnou e.a. t. Frankrijk* was in 1999 de eerste uitspraak waarin het EHRM zuiver op dit punt een veroordeling uitsprak. Voor een ander voorbeeld, zie EHRM 22 februari 2005, appl. nr. 35014/97 (*Hutten-Czapska t. Polen*), waarin het EHRM oordeelde dat een wettelijke regeling die de hoogte van de huurprijs van particuliere woningen regelde en waarbij het eigenlijk niet mogelijk was de onderhoudskosten van het eigendom te bestrijden uit de inkomsten ervan, een disproportionele last vormde die niet meer kon worden gerechtvaardigd door het algemene belang (regulering van de huurprijzen). Zie over deze uitspraak en de betekenis ervan voor het Nederlandse huurrecht: Barkhuysen, Van Emmerik & Hielkema 2008.

HOOFDSTUK 4

kan worden gerechtvaardigd op gronden van proportionaliteit en subsidiariteit door het algemene belang dat de lidstaat beoogt na te streven. Het is in beginsel aan de verdragsstaten om hier een belangenafweging te maken.⁸⁸ Alleen bij de afwezigheid van een belangenafweging die niet redelijkerwijze verdedigbaar is, zal het EHRM oordelen dat sprake is van een schending van art. 1 EP.⁸⁹ Illustratief in dit verband is de overweging uit *Pye t. Verenigd Koninkrijk*.⁹⁰

“In respect of interferences which fall under the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1, with its specific reference to “the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest ...”, there must also exist a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. In this respect, States enjoy a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question (*AGOSI v. the United Kingdom*, judgment of 24 October 1986, Series A no. 108, § 52).”

Kortom: bij de keuze van de middelen om het algemene belang te dienen wordt de wetgever een ruime mate van vrijheid gelaten.⁹¹ Veroordelingen vanwege het overschrijden van de *margin of appreciation* zijn dan ook zeldzaam.⁹²

Wel geldt ook hier het algemene uitgangspunt dat naar mate sprake is van een meer ingrijpende inbreuk op een grondrecht, het EHRM niet alleen hogere eisen zal stellen aan de rechtvaardigingsgronden, maar ook aan de rechtswaarborgen die een belanghebbende ter beschikking staan om zich te verzetten tegen deze inbreuk.⁹³ Het EHRM heeft uitdrukkelijk overwogen dat art. 1 EP voor de verdragsstaten de positieve verplichting omvat om procedurele waarborgen te

88. Zie over de betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor het ondernemingsrecht het thema-nummer van *Ondernemingsrecht* 2011(17).

89. Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 68.

90. EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 55.

91. Zie ook bijv. EHRM 29 april 1999, appl. nrs. 25088/94, 28331/95 en 28443/95, NJ 1999, 649 (*Chassagnou e.a. t. Frankrijk*), § 75. Zie over de *margin of appreciation* uitgebreid: Vande Lanotte & Haeck 2004, deel 2, p. 306.

92. Zie ook Tjepkema 2010, p. 625. Een recent voorbeeld vormt een geval waarin de autoriteiten een onteigening aankondigden van grond in verband met de aanleg van een ringweg, vervolgens door werkzaamheden in de nabije omgeving de waarde van de grond deden dalen waarna de onteigening werd afgeblazen zonder deze schade te vergoeden: EHRM 7 december 2010, appl. nr. 27480/02, RvdW 2011, 1575 (*Tarnawczyk t. Polen*).

93. Vgl. EHRM 11 maart 2011, appl. nr. 5193/09, EHRC 2012, 16 m.nt. De Jong (*X en Y t. Kroatië*), § 79: “(...) In particular, the Court considers that stricter scrutiny is called for where measures which have such a strong impact on one’s private life as divesting one of legal capacity are at stake.”

creëren.⁹⁴ Het ontbreken van degelijke procedurele waarborgen kan aanleiding zijn om te oordelen dat geen sprake is van een *fair balance*.⁹⁵ De afwezigheid van voldoende procedurele waarborgen kan het EHRM soms ook tot het oordeel brengen dat niet voldaan is aan het ‘voorzien bij wet’-vereiste.⁹⁶

4.2.4.4 De *disproportionate* burden, een voorbeeld

Een verdragsstaat moet het vrij bont maken voordat sprake is een *disproportionate burden*. Gezien het belang van deze maatstaf voor de praktijk, zal ik trachten deze te omlijnen. Het EHRM eist van de verdragsstaten dat zij – als hoeder van het algemene belang – ook zoveel mogelijk hun best doen het algemene belang te dienen en daarbij een morele voorbeeldfunctie vervullen.⁹⁷ Uit de jurisprudentie van het EHRM komt het beeld naar voren dat sprake is van een *disproportionate burden*, in situaties die men kan omschrijven met het adagium: “het kan toch niet zo zijn dat”.⁹⁸ De zaak-Beyeler vormt daarvan een voorbeeld.⁹⁹

94. EHRM 29 maart 2011, appl. nr. 33949/05, EHRC 2011, 99 m.nt. Tjepkema & De Jong (*Potomska & Potomski t. Polen*), § 74: “*The Court reiterates that the genuine, effective exercise of the right protected by Article 1 of Protocol No. 1 does not depend merely on the State’s duty not to interfere, but may give rise to positive obligations (see Öneriyıldız v. Turkey [GC], no. 48939/99, § 134, ECHR 2004-XII; Broniowski, cited above, § 143; and Plechanow v. Poland, cited above, § 99). Such positive obligations may entail the taking of measures necessary to protect the right to property, particularly where there is a direct link between the measures an applicant may legitimately expect from the authorities and his effective enjoyment of his possessions, even in cases involving litigation between private entities. This means, in particular, that States are under an obligation to provide a judicial mechanism for settling effectively property disputes and to ensure compliance of those mechanisms with the procedural and material safeguards enshrined in the Convention. This principle applies with all the more force when it is the State itself which is in dispute with an individual (see Anheuser-Busch Inc., cited above, § 83, and Plechanow v. Poland, cited above, § 99).*”

95. EHRM 26 september 2006, appl. nr. 35349/05 EHRC 2006, 138 (*Fleri Soler & Camilleri t. Malta*), § 79. Zie ook paragraaf 4.2.4.1 en Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak 2006, p. 864 e.v.

96. Zie § 4.2.4.1.

97. Vgl. EHRM 19 juni 2011, appl. nr. 34049/96 (*Zwierzynski t. Polen*), § 75: “*The Court points out that where an issue is at stake it is incumbent on the public authorities to act in an appropriate manner and with the utmost consistency (...). Moreover, as the guardian of public order, the State has a moral obligation to lead by example and a duty to ensure that the bodies it has charged with the protection of public order follow that example.*”

98. Een voorbeeld van een ‘het kan toch niet zo zijn dat’-resultaat dat de toets van art. 1 EP niet kon doorstaan is ook EHRM 16 november 2010, appl. nr. 24768/06 (*Perdigão t. Portugal*), waarin na een gedwongen onteigening, klagers – die waren opgekomen tegen de hoogte van de schadevergoeding – een proceskostenveroordeling kregen die hoger was dan de schadevergoeding die hen was toegekend. Zie over deze uitspraak ook Van Maanen 2011, p. 31 e.v.

99. EHRM 5 januari 2000, appl. nr. 33202/96, NJ 2000, 571 (*Beyeler t. Italië*).

HOOFDSTUK 4

In 1977 koopt Beyeler – een Zwitser – een Van Gogh (het schilderij ‘Portret van een jonge boer’) van een in Rome woonachtige kunsthandelaar. De kunsthandelaar vraagt een exportvergunning aan. Op grond van de wet heeft het Italiaanse Ministerie van Cultureel Erfgoed bij export van het schilderij een wettelijk voorkeursrecht tot koop. Van de verkoop wordt mededeling gedaan aan het ministerie. Abusievelijk wordt in de melding Beyeler niet als de koper genoemd. In december 1977 laat het Ministerie weten geen intentie te hebben het schilderij te kopen. Een maand later, weigeren de autoriteiten de exportvergunning van het schilderij, dat daardoor noodgedwongen bij de kunsthandelaar in Italië blijft en door Beyeler niet mag worden vervoerd naar Zwitserland.

In 1983 wil Beyeler het schilderij doorverkopen (voor een aanzienlijk hogere prijs) aan de Peggy Guggenheim Collectie in Venetië. Wederom wordt het ministerie gevraagd of het gebruik zal maken van het voorkeursrecht tot koop. Het ministerie raakt in dat verband op de hoogte dat het schilderij in 1977 aan Beyeler is verkocht. In 1988 verkoopt Beyeler het schilderij aan de Peggy Guggenheim Collectie.

Het ministerie wil vervolgens alsnog haar voorkeursrecht met betrekking tot de verkoop in 1977 uitoefenen, voor de in 1977 overeengekomen prijs, stellende dat het schilderij in 1977 nooit rechtsgeldig is aangeboden aan het ministerie, omdat niet gemeld was dat Beyeler de koper was. Na diverse procedures stelt de Italiaanse rechter het ministerie in het gelijk.

Op een klacht van Beyeler over schending van zijn recht op eigendom overweegt het EHRM dat de Italiaanse regering er niet in is geslaagd uit te leggen waarom het ministerie enerzijds reeds in 1983 bekend was met het foutje in de aanmelding in 1977 en anderzijds pas in 1988 over ging tot het uitoefenen van het voorkeursrecht.¹⁰⁰ Het uitoefenen daarvan in 1988 tegen de verkoopprijs van 1977, die inmiddels ver onder de marktprijs lag, betreft een punitieve sanctie die niet kan worden gerechtvaardigd, aldus het EHRM. De uitoefening van het voorkeursrecht in 1988 tegen een prijs uit 1977, betekende, mede gezien het overige gedrag van de Italiaanse autoriteiten tussen 1983 en 1988, een *disproportionate and excessive burden* voor Beyeler.

Een ander voorbeeld van een zaak waarin het EHRM een *disproportionate and excessive burden* aanwezig achtte betreft de zaak *Chassagnou e.a. t. Frankrijk*.¹⁰¹ In deze zaak klagen een aantal Franse boeren over een Franse wettelijke regeling op grond waarvan zij gedwongen zijn (als kleine boeren) de jachtrechten die zijn

100. *Beyeler t. Italie*, § 120.

101. EHRM 29 april 1999, appl. nr. 25088/94, 28331/95 en 28443/95 (*Chassagnou e.a. t. Frankrijk*). In een enigszins vergelijkbare casus heeft het EHRM recent geoordeeld dat geen sprake was van een schending van art. 1 EP. De situatie werd substantieel verschillend geoordeeld van de situatie die zich voordeed in de Chassagnou-zaak. EHRM 20 januari 2011, appl. nr. 9300/07 (*Hermann t. Duitsland*).

verbonden aan de door hen gehouden gronden over te dragen aan een jachtvereniging. De klagende boeren zijn om ethische redenen tegen de jacht, maar moeten de activiteiten van de jachtvereniging op hun eigen grond dulden, volgens deze wettelijke regeling (de *Loi Verdeille*). Het EHRM oordeelt dat sprake is van een *disproportionate burden*, omdat de traditie op dit punt een onvoldoende rechtvaardiging vormt om verzoekers te kunnen verplichten om derden op hun land toe te laten voor activiteiten die zozeer tegen hun morele opvattingen indruisen.¹⁰² Hetgeen is geoordeeld in *Chassagnou e.a. t. Frankrijk* illustreert niet alleen dat het EHRM oog heeft voor een pluraliteit van waarden – zoals reeds opgemerkt in het eerste deel – maar ook dat het van de verdragsstaten eist daarmee rekening te houden. De meerderheid mag in een democratische samenleving zijn voorkeuren niet zonder meer opleggen aan de minderheid.

Een laatste voorbeeld van een zaak waarin het EHRM oordeelde dat geen sprake was van een *fair balance* betreft de zaak *Megadat.com SRL t. Moldavië*.¹⁰³ De vergunning van een internetprovider was ingetrokken nadat deze had verzuimd een adreswijziging door te geven. Het EHRM achtte deze sanctie disproportioneel. Daardoor was sprake van een ongerechtvaardigde inbreuk op de eigendomsrechten (het bedrijfsvermogen waartoe de vergunning behoorde) van de rechtspersoon. De juridische gang van zaken in deze zaak in Moldavië was overigens zodanig geweest dat gerede twijfel kon bestaan over de naleving van *the rule of law*.

4.2.4.5 Ontnemen versus reguleren van eigendom

Bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een *fair balance* tussen het algemene belang dat de staat tracht te verwezenlijken en de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten, houdt het EHRM mede rekening met de mate waarin een vergoeding is toegekend.¹⁰⁴ Wanneer is een vergoeding redelijk? Teneinde deze vraag te beantwoorden pleegt het EHRM de verzoeken wel te rubriceren in gevallen waarin sprake is van een ‘ontneming’ van

102. *Chassagnou e.a. t. Frankrijk*, § 85: “In conclusion, notwithstanding the legitimate aims of the *Loi Verdeille* when it was adopted, the Court considers that the result of the compulsory-transfer system which it lays down has been to place the applicants in a situation which upsets the fair balance to be struck between protection of the right of property and the requirements of the general interest. Compelling small landowners to transfer hunting rights over their land so that others can make use of them in a way which is totally incompatible with their beliefs imposes a disproportionate burden which is not justified under the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1. There has therefore been a violation of that provision.” Zie over de regulering van jachtrechten ook EHRM 22 september 2011, appl. nr. 29953/08, EHRC 2011, 163 (*Lasgrezas t. Frankrijk*).

103. EHRM 8 april 2008, appl. nr. 21151/04, AB 2008, 224 m.nt. Barkhuysen (*Megadat.com SRL t. Moldavië*).

104. In EHRM 28 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) overwoog het EHRM dienaangaande: “54. The first question that arises is whether the availability →

HOOFDSTUK 4

eigendom en gevallen waarin sprake is van een ‘regulering’ van eigendom, in welk verband het EHRM spreekt over ‘a measure to control the use of property’.¹⁰⁵

Bij ontneming is in beginsel sprake van verlies van het juridische eigendom.¹⁰⁶ De juridische kwalificaties zijn daarbij niet beslissend. Het EHRM beziet of *de facto* sprake is van een ontneming van eigendom.¹⁰⁷ Zolang de band tussen eigendom en eigenaar niet wordt verbroken, geldt een maatregel in beginsel als regulering van eigendom.¹⁰⁸ Soms kan een zodanige wijze van regulering van eigendom zodanig ingrijpend zijn dat het EHRM de klacht beoordeelt als ware er sprake van een situatie van ontneming van eigendom.¹⁰⁹ Wetgevende maatregelen die in algemene zin (de waarde van) eigendommen aantasten worden in beginsel aangemerkt als regulering.¹¹⁰

In beide gevallen past het EHRM het gehele (hiervoor besproken) stappenplan toe, om te bezien of een inbreuk kan worden gerechtvaardigd. Binnen de met betrekking tot art. 1 EP als terughoudend aan te merken toetsingswijze

and amount of compensation are material considerations under the second sentence of the first paragraph of Article 1 (P1-1), the text of the provision being silent on the point. The Commission, with whom both the Government and the applicants agreed, read Article 1 (P1-1) as in general impliedly requiring the payment of compensation as a necessary condition for the taking of property of anyone within the jurisdiction of a Contracting State. Like the Commission, the Court observes that under the legal systems of the Contracting States, the taking of property in the public interest without payment of compensation is treated as justifiable only in exceptional circumstances not relevant for present purposes. As far as Article 1 (P1-1) is concerned, the protection of the right of property it affords would be largely illusory and ineffective in the absence of any equivalent principle. Clearly, compensation terms are material to the assessment whether the contested legislation respects a fair balance between the various interests at stake and, notably, whether it does not impose a disproportionate burden on the applicants (see the above-mentioned Sporrong and Lönnroth judgment, Series A no. 52, pp. 26 and 28, paras. 69 and 73).”

105. In de tweede volzin van art. 1 EP wordt gesproken over ontneming van eigendom, in de derde van regulering.

106. Ook indien er sprake is van een onomkeerbaar verlies van rechten kan sprake zijn van een ‘ontneming’. Zie hierover Tjepkema 2010, p. 619-620.

107. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM geldt daarbij dat (EHRM 29 maart 2010, appl. nr. 34044/02, NJ 2011, 214 m.nt. Alkema (*Depalle t. Frankrijk*), § 78) “*in determining whether there has been a deprivation of possessions within the second “rule”, it is necessary not only to consider whether there has been a formal taking or expropriation of property but to look behind the appearances and investigate the realities of the situation complained of. Since the Convention is intended to guarantee rights that are “practical and effective”, it has to be ascertained whether the situation amounted to a de facto expropriation (...)*”

108. Zie bijv. EHRM 1 december 2005, appl. nr. 61093/00, EHRC 2006, 50, m.nt. Tjepkema (*SCEA Ferme de Fresnoy t. Frankrijk*).

109. Zie EHRM 29 maart 2011, nr. 33949/05, ECHR 2011, 99 m.nt. Tjepkema en De Jong (*Potomska & Potomski t. Polen*), § 63.

110. EHRM 9 maart 1989, appl. nr. 11763/85 (*Banér t. Zweden*): “*Legislation of a general character affecting and redefining the rights of property owners cannot normally be →*

pleegt het EHRM een regulering van eigendom weer minder streng te toetsen dan gevallen waarin sprake is van ontneming van eigendom.¹¹¹

Bij *ontneming* van eigendom geldt als uitgangspunt dat indien niet is voorzien in schadevergoeding, de inmenging in beginsel als disproportioneel moet worden beschouwd.¹¹² Uit de jurisprudentie van het EHRM lijkt verder af te leiden dat bij ontneming van eigendom in beginsel vergoeding van de marktwaarde geïndiceerd is.¹¹³

De regel dat bij onteigening in beginsel aanspraak bestaat op volledige compensatie moet met behoedzaamheid worden gehanteerd. De standaardoverweging van het EHRM luidt enerzijds dat een vergoeding “an amount reasonably related to its value” moet zijn. Anderzijds is het ook vaste jurisprudentie dat op grond van art. 1 EP geen recht bestaat op een volledige vergoeding onder alle omstandigheden.¹¹⁴ Het is wel zo dat bij een lagere vergoeding dan de marktwaarde het in beginsel aan de verdragsstaat is om aannemelijk te maken dat het toekennen van een lagere vergoeding onder de omstandigheden was gerechtvaardigd.¹¹⁵

assimilated to expropriation even if some aspect of the property right is thereby interfered with or even taken away.

There are many examples in the Contracting States that the right to property is redefined as a result of legislative acts. Indeed, the wording of Article 1 para. 2 (Art. 1-2) shows that general rules regulating the use of property are not to be considered as expropriation. The Commission finds support for this view in the national laws of many countries which make a clear distinction between, on the one hand, general legislation redefining the content of the property right and expropriation, on the other.”

111. Tjepkema 2010, p. 625.

112. Zie EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) § 54 en EHRM 16 januari 2001, JOR 2001, 81 (*Offerhaus t. Nederland*), onder 2: “*The Court recalls that an interference with the peaceful enjoyment of possessions must strike a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights. The concern to achieve this balance is reflected in the structure of Article 1 as a whole, including therefore the second sentence, which is to be read in the light of the general principle enunciated in the first sentence. In particular, there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised by any measure depriving a person of his possessions. Compensation terms under the relevant legislation are material to the assessment whether the contested measure respects the requisite fair balance and, notably, whether it imposes a disproportionate burden on the applicants. In this connection, the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will normally constitute a disproportionate interference (cf. Former King of Greece and Others v. Greece [GC], no. 25701/94, 23.11.2000, § 89).*”

113. In EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 54, en EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 54.

114. Zie de vorige voetnoot, en bijv. EHRM 11 februari 2010, appl. nr. 33704/04, EHRC 2010, 57 (*Sud Parisienne de Construction t. Frankrijk*).

115. Zo ook Tjepkema 2010, p. 643.

HOOFDSTUK 4

Het is niet steeds eenvoudig om vast te stellen of sprake is van een ontneming of van regulering.¹¹⁶ In het geval niet geheel duidelijk is of sprake is van ontneming of regulering van eigendom wordt dit ook wel in het midden gelaten door het EHRM.¹¹⁷ De proportionaliteitstoets wordt dan gehanteerd zonder het maken van deze tussenstap.

In een geschil tussen Franse schapenhouders en de Franse staat over de hoogte van de vergoeding bij het ruimen van vee na een uitbraak van mond en klauwzeer, oordeelde het EHRM dat het ruimen van vee geen ontneming, maar een regulering van het recht op eigendom betrof.¹¹⁸ Dat oordeel werd verder niet gemotiveerd. Wellicht dat daarbij heeft meegespeeld dat het EHRM in het desbetreffende geval aan het uitgangspunt wilde ontsnappen dat bij ontneming van eigendom in beginsel een recht bestaat op volledige schadeloosstelling. Het ware mijns inziens beter indien het EHRM in een dergelijk geval in het midden laat of sprake is van ontneming dan wel regulering.¹¹⁹ De verplichting tot ruiming bevatte elementen van beide. Wil het onderscheid tussen ontneming c.q. regulering hanteerbaar blijven, dan is het wenselijk dat een enigszins heldere afbakening tussen beide categorieën blijft bestaan, waarnaast dan een restcategorie van ondefinieerbare gevallen kan bestaan waarin de *fair balance*-test kan worden toegepast, zonder de uitgangspunten zoals die gelden bij de categorieën ‘ontneming’ en ‘regulering’ van eigendom.

4.2.4.6 Toetsing aan art. 1 EP bij ontneming van eigendom

De wijze waarop het EHRM toetst of de vraag of een bepaalde vergoeding strookt met de eisen van art. 1 EP laat zich illustreren aan de hand van de zaak

116. De vraag of sprake is van ontneming of van regulering doet zich bijvoorbeeld voor indien een vergunning wordt ingetrokken. Bij de intrekking van een zaaksgebonden vergunning lijkt het EHRM het standpunt in te nemen dat de vergunning als een onlosmakelijk onderdeel moet worden beschouwd van de zaak waaraan het verbonden is. In EHRM 7 juli 1989, appl. nr. 10873/84 (*Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*) oordeelde het EHRM dat in het desbetreffende geval de drankvergunning een onderdeel was van het vermogen van een restaurant. De intrekking van de vergunning betreft dan geen ontneming maar regulering van eigendom. De regel dat een verdragsstaat in beginsel gehouden is tot een vergoeding van de marktwaarde geldt dan niet.

117. Zie bijvoorbeeld recent: EHRM 20 september 2011, appl. nr. 17854/04 (*Shesti Mai Engineering OOD e.a. t. Bulgaria*), zie verder Vande Lanotte en Haeck 2004, deel 2, p. 309.

118. EHRM 15 juli 2010, appl. nr. 44174/06, NJ 2011, 215 m.nt. Alkema (*Chagnon & Fournier t. Frankrijk*).

119. Hetzelfde heeft meen ik te gelden voor EHRM 29 maart 2010, appl. nr. 34044/02, NJ 2011, 214 m.nt. Alkema (*Depalle t. Frankrijk*) § 80, waarin de toestemming om een woning in een duingebied (publieke grond) te mogen hebben niet wordt verlengd, hetgeen niet werd aangemerkt als een ontneming van eigendom. De overweging daarbij dat het niet vernieuwen van de vergunning nog niet tot gevolg heeft gehad dat het huis is afgebroken, overtuigend niet. Voorzienbaar is immers dat door de weigering om de toestemming om ter plekke een huis te mogen bewonen te verlengen, het huis zal worden afgebroken.

Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk.¹²⁰ Daarin werd geklaagd over de wijze waarop de Labour-regering in de jaren zeventig in het Verenigd Koninkrijk een aantal bedrijven had genationaliseerd onder de *Aircraft and Shipbuilding Industries Act 1977*. Verzoekers in Straatsburg meenden dat de hoogte van de vergoeding die zij hadden ontvangen in ruil voor de (gedwongen) overdracht van hun aandelen volstrekt onredelijk was, gelet op het moment waarop zij onteigend werden. De *Aircraft and Shipbuilding Industries Act 1977* was in maart 1977 in werking getreden.

De waarde van de aandelen was echter bepaald op het bedrag van hun gemiddelde koers in de zes maanden voorafgaande aan 28 februari 1974, de dag waarop Labour de verkiezingen had gewonnen. In het verkiezingsprogramma was vermeld dat Labour van plan was bepaalde bedrijven te nationaliseren. Gekozen was voor de gemiddelde koers over een periode van zes maanden voorafgaande aan de verkiezingen om de mogelijkheid van een nationalisatie in de beurskoers te neutraliseren.

Verzoekers betoogden dat gezien de lange tijd die lag tussen het moment van waardebepaling en de daadwerkelijke onteigening, ten minste ook een inflatiecorrectie zou moeten worden gegeven over de vergoeding. Door de oliecrises was de inflatie sterk opgelopen. In 1976 bijvoorbeeld bedroeg de inflatie in Groot-Brittannië 22%. De regering verweerde zich met de stelling dat de vergoeding *fair* was, onder meer omdat zij het risico had gelopen dat de aandelen na februari 1974 in waarde zouden dalen.

Het EHRM stelde voorop dat het wegnemen van eigendom zonder een vergoeding die in een redelijke verhouding staat tot de waarde normaal gesproken een disproportionele inbreuk betekent op het recht van eigendom. Anderzijds kan aan art. 1 EP niet in alle omstandigheden het recht op een volledige compensatie worden ontleend. Algemene belangen kunnen onder omstandigheden een vergoeding die lager ligt dan de marktwaarde rechtvaardigen.¹²¹ Daarbij dient sprake te zijn van een *fair balance* tussen de inbreuk enerzijds en het algemene belang dat wordt nagestreefd anderzijds.¹²²

De mate waarin compensatie wordt geboden is derhalve van belang bij de vraag of sprake is van een *fair balance* (§ 120). Het EHRM stelde voorts voorop dat een nationalisatie niet gelijk gesteld kan worden aan een overname, in de zin dat bij een nationalisatie een vergoeding zou moeten worden betaald als ware het een overnamebod. Bij de vraag of de vergoeding voldoende geacht kon worden om te kunnen spreken van een *fair balance* moet de lidstaat verder een *wide margin of appreciation* worden gegund (§ 121).

120. EHRM 8 juli 1986, appl. nr. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

121. Vgl. *James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, § 54.

122. Zie *Sporrong & Lönnroth*, § 69. Er is geen sprake van een *fair balance*, bijvoorbeeld indien de last voor de desbetreffende persoon "an individual and excessive burden" betreft (§ 73).

HOOFDSTUK 4

Bij de wijze waarop de waarde van aandelen was bepaald achtte het EHRM van belang dat verklaarbaar was waarom de waarde van aandelen als basis werd genomen in plaats van bijvoorbeeld een waardering op basis van de *underlying assets* (§ 125). Ook was verklaarbaar waarom een gemiddelde koers werd gekozen over een periode die ruim drie jaar lag voor het moment van overname van de aandelen (namelijk een periode van zes maanden gelegen vlak voor de verkiezingen) (§ 132). Ook de klacht dat de schadevergoeding onvoldoende rekening hield met de op dat moment hoge inflatie werd door het EHRM verworpen. Daarbij was van belang dat de aandelenkoersen in dezelfde periode niet zo hard waren gestegen en een lage rentevergoeding werd betaald door de staat (§ 144). Ten slotte werd ook de klacht verworpen dat geen rekening werd gehouden met de omvang van het aandelenpakket (§ 149).¹²³ Daarbij erkende het EHRM dat een meerderheidspakket weliswaar een meerwaarde kon vertegenwoordigen, maar dat in het onderhavige geval niet heel aannemelijk was dat die meerwaarde ook gerealiseerd zou kunnen worden.¹²⁴ Het EHRM concludeerde dat geen sprake was van een schending van art. 1 EP.

De uitspraak toont aan dat het EHRM weliswaar in beginsel eist dat bij een ontneming van eigendom in beginsel de marktwaarde dient te worden vergoed, maar dat onder omstandigheden een vergoeding onder de marktwaarde ook *fair* kan zijn.¹²⁵ Het EHRM toetst of een vergoeding redelijk is, in het licht van alle omstandigheden van het geval. In het hiervoor geschetste geval lijkt het EHRM bijvoorbeeld mee te wegen dat aandeelhouders in de aanloop naar verkiezingen waarin een nationalisatie van bepaalde bedrijfstakken wordt voorgesteld, de desbetreffende aandelen ook hadden kunnen verkopen. Het EHRM weegt mee in hoeverre klagers zich welbewust in een risicovolle positie hebben laten brengen. In dat verband wordt ook wel gesproken over actieve en passieve risico-aanvaarding.¹²⁶ Voor zover de kans dat de politieke wind zou kunnen veranderen een waardedrukkend effect heeft gehad lijkt het EHRM dat risico voor de aandeelhouder te willen laten.

123. “Finally, the Court does not consider that the United Kingdom was obliged under Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) to treat the former owners differently according to the class or size of their shareholdings in the nationalised undertakings: it did not act unreasonably in taking the view that compensation would be more fairly allocated if all the owners were treated alike.”

124. “It is true that in a sale by private treaty between a willing seller and a willing buyer the price paid for the applicants’ securities might have included an element representing the special value attributable to the size of their shareholdings. However, to have assessed compensation on this basis would have involved assuming that a buyer could be found for the large blocks of shares in question, an assumption which, in the case of these particular industries, would have been at least questionable.”

125. Vgl. EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 54.

126. Zie over dit onderwerp uitgebreid Tjepkema 2010, p. 670 e.v.

4.2.5 *Ondernemingsrechtelijke geschillen over art. 1 EP in Straatsburg*

Teneinde een wat meer op het ondernemingsrecht toegesneden referentiekader te creëren over de wijze waarop het EHRM art. 1 EP verstaat, sta ik kort stil bij enige specifiek op het ondernemingsrecht betrekking hebbende uitspraken van het EHRM. De belangrijkste uitspraken zijn de volgende.

In *Sovtransavto Holding t. Oekraïne*¹²⁷ klaagt een Russische houdstermaatschappij dat haar positie als aandeelhouder van een Oekraïense vennootschap op onrechtmatige wijze is gemarginaliseerd door uitgifte van nieuwe aandelen. De uitgifte van nieuwe aandelen had een sterke verwatering van het aandelenbelang van Sovtransavto Holding tot gevolg. Oorspronkelijk bezat Sovtransavto Holding 49% van de aandelen in de Oekraïense onderneming. Door uitgifte van nieuwe aandelen verwaterde dat belang tot 20,7%.

Toen Sovtransavto Holding daartegen in rechte opkwam raakte zij verwickeld in tal van procedures. De Oekraïense autoriteiten mengden zich in deze geschillen. Definitieve rechterlijke uitspraken bleken na een “protest”, toch weer herroepelijk.

In deze zaak oordeelt het EHRM in de eerste plaats dat art. 6 EVRM is geschonden, nu gerede twijfel kan bestaan over de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechtspleging. Over art. 1 EP overweegt het EHRM dat aandelen als eigendom zijn te beschouwen, om vervolgens inhoudelijk de klacht te beoordelen.¹²⁸ Het EHRM heeft daarbij moeite om de verwatering van de aandelen te rubriceren. Betreft de verwatering een regulering van het recht van eigendom of een ontneming?

Onder de overweging dat aandelen complexe rechten zijn, wordt het antwoord op deze vraag in het midden gelaten.¹²⁹ Het EHRM stelt vast dat

127. EHRM 25 juli 2002, appl. nr. 48553/99, JOR 2003, 111 m.nt. Vossestein (onder JOR 2003, 112) (*Sovtransavto Holding t. Oekraïne*). Zie voor een sterk op deze zaak gelijkend geval: EHRM 20 september 2011, appl. nr. 17854/04 (*Shesti Mai Engineering OOD e.a. t. Bulgarië*).

128. “91. The Court observes that it has already found in its admissibility decision in the instant case that the shares held by the applicant company undoubtedly had an economic value and constituted “possessions” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. As the Government do not dispute that the applicant company was the owner of the shares concerned, the Court therefore finds that Article 1 is applicable.”

129. “92 The Court also has to determine which provision of Article 1 is applicable in the instant case.

The Court observes in that connection that “a company share is a complex thing. It certifies that the holder possesses a share in the company together with the corresponding rights. This is not only an indirect claim on company assets but other rights, especially voting rights and the right to influence the company, may follow the share” (Company S. and T. v. Sweden, no. 11189/84, Commission decision of 11 December 1986, DR 50, p. 138).

The Court notes that in the present case the applicant company initially held a 49% stake in Sovtransavto-Lugansk. Following repeated increases in that company’s share capital the percentage held by the applicant company was reduced from 49% to 20.7%. Consequently, there were changes in the powers the applicant company exercised as a shareholder; that is to say in its ability to run the company and control its assets.”

HOOFDSTUK 4

de verwatering de mogelijkheden om zeggenschap uit te oefenen voor Sovtransavto Holding in ieder geval negatief heeft beïnvloed. Daardoor is sprake geweest van een inbreuk op het recht van eigendom.

Vervolgens overweegt het EHRM dat de positieve verplichtingen die uit art. 1 EP voortvloeien meebrengen dat een staat gehouden is te voorzien in een effectieve en eerlijke wijze van geschilbeslechting.¹³⁰ Dat betekent dat ook in een geschil tussen particulieren de staat gehouden is ervoor te zorgen dat de (rechts)persoon die zich wenst te verzetten tegen een inmenging in zijn eigendomsrecht, over een adequaat rechtsmiddel kan beschikken.

In het onderhavige geval is naar het oordeel van het EHRM geen sprake geweest van een effectieve en eerlijke wijze van geschilbeslechting. Daarbij wijst het EHRM op de langdurige onzekerheid waarin Sovtransavto werd gelaten doordat de procedures steeds werden heropend, de bemoeienis van de autoriteiten, alsmede de gerede twijfel die men kon hebben over de vraag of sprake was van een eerlijke rechtspleging.¹³¹ De voortdurende onzekerheid waarin Sovtransavto werd gelaten doordat uitspraken weer bleken te kunnen

130. *“As regards the right guaranteed by Article 1 of Protocol No. 1, those positive obligations may entail certain measures necessary to protect the right of property (see, among other authorities and mutatis mutandis, López Ostra v. Spain, judgment of 9 December 1994, Series A no. 303-C, p. 55, § 55), even in cases involving litigation between individuals or companies. This means, in particular, that the States are under an obligation to afford judicial procedures that offer the necessary procedural guarantees and therefore enable the domestic courts and tribunals to adjudicate effectively and fairly any disputes between private persons.”*

131. *“97(...) The Court considers that the unfair manner in which the proceedings in issue were conducted had a direct impact on the applicant company’s right to the peaceful enjoyment of its possessions, as it is indisputable that the refusal by the tribunals of fact to comply with the directions of the Supreme Arbitration Tribunal, coupled with the considerable differences of approach to the application and interpretation of the domestic law between the various levels of jurisdiction, made the repeated reopening of the proceedings in issue possible, thus creating permanent uncertainty about the lawfulness of the decisions of Sovtransavto-Lugansk and the Lugansk Executive Council. The interventions of the State executive branch in the judicial process considerably added to that uncertainty. Lastly, the manner in which the litigation ended (see paragraph 81 above) does not appear to have been consistent with the State’s obligation to deal with the applicant company’s situation in as coherent a manner as possible (see Beyeler, cited above, § 120). Consequently, the applicant company had to cope with that uncertainty during the period in which its initial shareholding was reduced, with the consequent changes to its ability to manage Sovtransavto-Lugansk and to control its assets that that entailed (ibid., § 110).*

98. Having regard to the foregoing, the Court finds that the manner in which the proceedings were conducted and ended, and the uncertainty in which the applicant company was left, upset the “fair balance” that has to be struck between the demands of the public interest and the need to protect the applicant company’s right to the peaceful enjoyment of its possessions. Consequently, the State failed to comply with its obligation to secure to the applicant company the effective enjoyment of its right of property, as guaranteed by Article 1 of Protocol No. 1.”

worden teruggedraaid nadat zij eerst definitief leken te zijn geworden betekent volgens het EHRM dat geen sprake is van een *fair balance* tussen het publieke belang en de mate waarin het eigendomsrecht van Sovtransavto is aangetast.

In de zaak *Olczak t. Polen* raakt een aandeelhouder zijn aandelenbelang in een bank kwijt ten gevolge van een reddingsoperatie.¹³² Olczak houdt aanvankelijk 45% in het kapitaal van Lublin First Commercial Bank. Nadat de bank in financiële problemen is geraakt, grijpt de Nationale Bank in als toezichthouder. De door de Nationale Bank aangestelde bewindvoerders geven nieuwe aandelen uit met een sterke verwatering van het belang van Olczak tot gevolg. Olczak ziet zijn deelneming slinken van 45% naar 0.4%. Vervolgens worden zijn aandelen ingetrokken. Feitelijk is sprake van een ontneming van eigendom zonder enige vergoeding, hetgeen een schending meebrengt van art. 1 EP, aldus Olczak.

Het EHRM verwerpt de klacht. Het stelt voorop dat de getroffen maatregelen door de bewindvoerders rechtsgeldig moeten worden geacht. Aldus is voldaan aan het vereiste van *lawfulness*. Voorts meent het EHRM dat de getroffen maatregelen de (ruime) grenzen van de proportionaliteitstoets niet te buiten gaan. De getroffen maatregelen zijn verdedigbaar in het licht van de financieel zorgwekkende situatie waarin de bank verkeerde en het oogmerk de belangen van de rekeninghouders te beschermen.¹³³

De zaak *Offerhaus t. Nederland*¹³⁴ betreft een klacht van uitgekochte aandeelhouders van Nationale-Nederlanden NV.¹³⁵ Deze betoogden dat bij de prijsbepaling van hun aandelen ten onrechte niet was uitgegaan van de intrinsieke waarde van de aandelen, maar van de beurskoers van de aandelen. De Hoge Raad had over de cassatieklacht met dezelfde strekking overwogen dat bij de berekening van de waarde van beursgenoteerde aandelen bij een *going concern* de beurskoers in het algemeen gezien mag worden als een objectieve waarderingsmethode van ter beurze genoteerde aandelen. Uit art. 1 EP valt niet af te leiden dat de prijs die voor aandelen die worden uitgekocht moet worden betaald een andere dan een reële prijs zou moeten zijn, en met name niet dat steeds de prijs in aanmerking zou moeten worden genomen, die volgens (theoretische) berekeningen het hoogste resultaat oplevert, aldus de Hoge Raad.¹³⁶

132. EHRM 7 november 2002, appl. nt. 30417/96, JOR 2003, m.nt. Vossestein (*Olczak t. Polen*).

133. EHRM 7 november 2002, appl. nt. 30417/96, JOR 2003, m.nt. Vossestein (*Olczak t. Polen*), § 84-85.

134. EHRM 16 januari 2001, appl. nr. 35730/97, JOR 2001, 81 (*Offerhaus en Offerhaus t. Nederland*).

135. In 1990 fuseerde Nationale-Nederlanden N.V. met NMB-Postbank N.V. De fusie kwam tot stand door uitgifte van nieuwe aandelen ING in ruil voor aandelen in bestaande entiteiten.

136. HR 11 september 1996, NJ 1997, 176 m.nt. Ma (*Offerhaus/ING*), rov. 4.6-4.6.1.

HOOFDSTUK 4

Het EHRM overweegt dat de hoogte van de vergoeding van belang is bij de beantwoording van de vraag of een inmenging in het eigendomsrecht proportioneel is ten opzichte van het nagestreefde publieke belang. Daarbij geldt dat bij een ontneming van eigendom zonder vergoeding die in een redelijke verhouding staat tot de waarde in beginsel sprake is van een disproportionele inbreuk op het eigendomsrecht. In de onderhavige zaak is echter een redelijke vergoeding gegeven, hetgeen het EHRM afleidt uit de omstandigheden van het geval, waarin was aangeknoopt bij de beurswaarde van de aandelen ING. Daarop verklaart het EHRM de klacht (als kennelijk ongegrond) niet-ontvankelijk.

In *Špaček t. Tjechië* (reeds hiervoor besproken in § 4.2.4.1) klaagde een bedrijf over de onvoorzienbaarheid van het van toepassing zijn van een fiscale regel.¹³⁷ Het bedrijf was van ‘enkel’ naar ‘dubbel’ boekhouden overgestapt en dientengevolge tegen een belastingheffing opgelopen. De desbetreffende belastingmaatregel was volgens de verzoeker niet op voldoende kenbare manier gepubliceerd. Bij de beoordeling van deze klacht stelt het EHRM voorop dat het begrip ‘wet’ in art. 1 EP verwant is aan het begrip ‘wet’, zoals dat elders in het EVRM voorkomt. Een begrip dat zowel materiële wetgeving omvat als rechtersrecht (jurisprudentie). Om als wet te kunnen gelden dient voldaan te zijn aan de eisen van *accessibility* en *foreseeability*. In het concrete geval oordeelt het EHRM dienaangaande dat de aangevochten regelingen voldoende toegankelijk en voorzienbaar waren alsmede dat de bestreden inmenging een voldoende wettelijke grondslag in het nationale recht had om te kunnen voldoen aan de eisen als neergelegd in het tweede lid van art. 1 EP.

4.2.6 Conclusies over art. 1 EP

De (belastingkamer van de) Hoge Raad heeft over de strekking van art. 1 EP overwogen dat het artikel:¹³⁸

“op de staten die verdragspartij zijn de verplichting [legt] om het juridisch en feitelijk kader te scheppen waaronder het ongestoord genot van eigendom, zo veel als in een hoog ontwikkelde samenleving doenlijk is, kan worden verwezenlijkt. Van een absolute eigendomsbescherming kan daarbij echter geen sprake zijn. Niet zelden zal immers, zoals in het vervolg van art. 1 voornoemd met zoveel woorden wordt erkend, het belang van de ene eigenaar op ongestoord genot van eigendom met inachtneming van de nodige waarborgen tegen willekeur moeten worden afgewogen tegen andere belangen, al dan niet van eigenaren. Eerst wanneer hij hiermee ernst maakt, kan worden gezegd dat de staat de betrokken verdragsverplichting te goeder trouw naleeft.

137. EHRM 9 november 1999, appl. nr. 26449/95 (*Špaček t. Tjechië*).

138. HR 8 december 1993, NJ 1994, 273, m.nt. Ma. rov. 4.2.

Met deze overweging is de strekking van art. 1 EP adequaat getypeerd. Door het ruime eigendomsbegrip dat het EHRM hanteert, komt art. 1 EP in veel situaties al snel in beeld als een toepasselijke norm. Anderzijds pleegt het EHRM de verdragsstaten een ruime *margin of appreciation* te laten waardoor niet snel sprake is van een schending van art. 1 EP.

De jurisprudentie van het EHRM laat zien dat een klacht met betrekking tot art. 1 EP niet snel gegrond wordt geoordeeld. Veroordelingen hebben vrijwel steeds betrekking op een schending van het legaliteitsbeginsel. Het betreft daarbij veelal gevallen waarin de wettelijke basis voor een eigendomsontneming als min of meer arbitrair wordt aangemerkt of gevallen waarin de verdragsstaat lange tijd onzekerheid heeft laten bestaan over de mate waarin het gebruik van het eigendomsrecht zal worden beperkt. In de eerste plaats geeft art. 1 EP vooral procedurele waarborgen. Alkema heeft art. 1 getypeerd met de woorden: “Property is legal action”.¹³⁹

Een andere categorie van veroordelingen betreft de ‘ontnemingsgevallen’ waarin het uitgangspunt is dat geen sprake is van een *fair balance* indien geen vergoeding is verkregen die in een redelijke verhouding staat tot de werkelijke waarde van het ontnomen goed.¹⁴⁰ Een lage vergoeding leidt niet zonder meer tot een veroordeling. De overige omstandigheden blijven relevant en kunnen een vergoeding die lager ligt dan de werkelijke waarde onder omstandigheden rechtvaardigen. Zo lijkt bijvoorbeeld in de zaak *Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk* in de (politiek gekleurde) omstandigheden van dat geval een zeker verlies in waarde bij een onteigening voor het maatschappelijk risico van de onteigenden te zijn gelaten. Voor wat betreft inmengingen in het eigendomsrecht die niet zijn te beschouwen als een ontneming, getuigt de jurisprudentie van het EHRM in zijn algemeenheid van de opvatting dat inmengingen in het eigendomsrecht – mits zij berusten op een voldoende wettelijke basis – tot een bepaalde mate tot het maatschappelijk risico behoren en voor rekening van de benadeelde behoren te blijven.

In het hiernavolgende zullen enige bepalingen uit Boek 2 BW worden belicht. Kleuren de eisen die het EHRM uit art. 1 EP afleidt, de wijze waarop bepaalde bepalingen van Boek 2 BW moeten worden verstaan?

139. Alkema 2000, p. 27.

140. Zie verder Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 69-70.

HOOFDSTUK 4

A. Lawfull?

- Is er een voldoende wettelijke grondslag?
- Is de wettelijke grondslag voldoende kenbaar?
- Is de wijze waarop de bevoegdheid op grond waarvan inbreuk wordt gemaakt voldoende voorzienbaar?

B. Legitmate aim?

- Dient de inbreuk een legitiem belang?

C. Fair balance?

- Is de inbreuk op het eigendomsrecht noodzakelijk voor het beoogde doel?
- Gaat de inbreuk niet verder dan noodzakelijk?
- Is sprake van een redelijke afweging van de op het spel staande belangen?

In beginsel schending van art. 1 EP:

- Bij ontneming van eigendom zonder enige vorm compensatie.
- Wanneer niet is voorzien in voldoende procedurele waarborgen ter bescherming tegen een inbreuk op een eigendomsrecht.

4.3 Art. 1 EP en het Nederlandse ondernemingsrecht

4.3.1 Inleidende opmerking

In Boek 2 zijn tal van wettelijke bepalingen te vinden die het mogelijk maken dat inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten. Bij de beantwoording van de vraag of deze inbreuken gerechtvaardigd kunnen worden in het licht van de jurisprudentie van het EHRM, is van belang in het oog te houden dat het EHRM niet beoordeelt hoe een wetsbepaling of regeling zich verhoudt tot art. 1 EP, maar in feite alleen de door de (hoogste nationale) rechter bereikte uitkomst langs de lat van art. 1 EP legt.¹⁴¹ Alleen indien de wet eenduidig is en een rechter geen vrijheid laat anders te oordelen, kan een specifieke wettelijke bepaling *de facto* in beeld komen als object van toetsing.¹⁴² Doorgaans zal de rechterlijke belangenafweging het voorwerp van onderzoek zijn in Straatsburg.¹⁴³

In het ondernemingsrecht zal met name de wijze waarop bevoegdheden door organen van de rechtspersoon worden uitgeoefend tot conflicten over inbreuken op het eigendomsrecht aanleiding kunnen geven. De verschillende bij de rechtspersoon betrokken personen kunnen verschillende belangen hebben. Een belangrijk instrument om dergelijke geschillen mee te beslechten is de redelijkheid en billijkheid.

Art. 2:8 lid 2 BW bepaalt dat een krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel buiten toepassing dient te blijven voor

141. Niet geheel zuiver is bijvoorbeeld de overweging uit HR 14 september 2007, LJN BA4117; NJ 2007, 610 m.nt. Ma onder NJ 2007, 612, JOR 2007, 237 m.nt. B.F. Assink (*Versatel*), rov. 4.4: “*De regeling van art. 2:92a en 2:201a BW, die voorziet in een eenvoudige procedure om minderheidsaandeelhouders uit te kopen is, naar ook in het middel wordt erkend, niet in strijd met het bepaalde in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en in art. 14 EVRM.*” De regeling als zodanig zal slechts in strijd zijn met EVRM indien deze fundamentele gebreken bevat. Overigens zal het steeds de vraag zijn of de wijze waarop de regeling in een concreet geval heeft gefunctioneerd de toets der kritiek vanuit Straatsburg kan doorstaan.

142. Voorbeelden hiervan uit het goederenrecht vormen EHRM 15 november 2005, appl. nt, 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 21 december 2004, appl. nr. 688801/01 (*Schirmer t. Polen*), waarover bijv. Milo 2007.

143. Soms kan art. 1 EP ook zelfstandig redengevend zijn voor een bepaalde rechterlijke beslissing. Een voorbeeld daarvan is het HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 m.nt. Kortmann (*Sobi/Hurks*), waarin (onder meer) de vraag aan de orde was of een schuldeiser zelfstandig een actie uit onrechtmatige daad jegens de bestuurder van moedermaatschappij van de gefailleerde vennootschap mocht instellen, of dat alleen de curator daartoe bevoegd was. De Hoge Raad oordeelde (in rov. 5.1.3) dat het feit dat de curator een vorderingsrecht toekwam niet eraan in de weg stond dat ook de schuldeiser zelf een vordering kon instellen: “*Voor een andersluidend oordeel zou mede in verband met het bepaalde in art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM, een wettelijke grondslag vereist zijn. Deze kan echter, (...) noch in de Faillissementswet noch in enige andere wettelijke bepaling worden gevonden.*”

HOOFDSTUK 4

zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Art. 2:8 BW biedt de rechter de mogelijkheid om een bepaling uit Boek 2 BW (of uit de statuten, etc.) die in een concreet geval leidt tot een inbreuk op een eigendomsrecht, die niet gerechtvaardigd kan worden in het licht van de jurisprudentie van het EHRM, voor dat geval aan te merken als een regel die naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht.¹⁴⁴ Art. 2:8 BW en art. 1 EP gezamenlijk kunnen de rechter dus tot een bepaalde beslissing nopen.¹⁴⁵

Van belang is om in het hiernavolgende in het oog te houden dat bij een klacht in Straatsburg over een schending van art. 1 EP in een geschil tussen bij de vennootschap betrokken (private) personen, vrijwel steeds het door de rechter bereikte resultaat in het desbetreffende geschil, het onderwerp van beoordeling in Straatsburg zal zijn. Een zoektocht naar de wijze waarop art. 1 EP de bepalingen in Boek 2 BW begrenst is dus eigenlijk een speurtocht naar *omstandigheden* waarin wettelijke bepalingen, gezien de wijze waarop het EHRM art. 1 EP uitlegt, op een bepaalde wijze dienen te worden verstaan.

In het hiernavolgende worden de bepalingen uit Boek 2 tegen het licht gehouden, die het recht op eigendom beperken of op grond waarvan inbreuk kan worden gemaakt op eigendomsrechten. Aan het einde van dit hoofdstuk zal voorts worden stilgestaan bij het wetsvoorstel 'claw back' van bestuurdersbeloningen.

4.3.2 Voorzieningen te treffen door de Ondernemingskamer

4.3.2.1 De bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen door de Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer heeft op grond van art. 2:349a lid 2 BW de bevoegdheid om in verband met de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek een 'onmiddellijke voorziening' te treffen. Deze bevoegdheid is door de Hoge Raad zo verstaan dat de Ondernemingskamer op grond van art. 2:349a BW de vrijheid heeft zodanige onmiddellijke voorzieningen te treffen als zij in verband met de toestand van de rechtspersoon noodzakelijk acht, ook indien daarbij tijdelijk inbreuk wordt gemaakt op de geldende

144. Zie Hof Amsterdam 24 februari 2009, LJN BH6413, rov. 4.5.

145. Zo zal bijvoorbeeld een op zichzelf geldig en bevoegdlijk genomen fusiebesluit, ten gevolge waarvan disproportioneel inbreuk wordt gemaakt op het eigendomsrecht van bepaalde aandeelhouders, onder omstandigheden (mede gezien de belangen van de vennootschap en overige betrokkenen) als in strijd met art. 2:8 BW dienen te worden aangemerkt. Niet de fusieregeling, maar de gevolgen van een fusie in het concrete geval vormen in een dergelijk geval het object van beoordeling. Dat geldt ook in Straatsburg.

rechtsverhoudingen binnen de rechtspersoon.¹⁴⁶ Aan het treffen van onmiddellijke voorzieningen hoeft voorts niet in de weg te staan dat deze kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen, mits de voorziening naar haar aard een voorlopige is en bij het treffen van een zodanige voorziening voldoende rekening is gehouden met, en een billijke afweging heeft plaatsgevonden van, de belangen van de betrokken partijen.¹⁴⁷ Een onmiddellijke voorzieningen zal niet zelden inbreuk maken op de rechten van (tenminste) één van de bij het geding betrokken partijen.¹⁴⁸ De vraag of sprake is van een inmenging in eigendomsrechten zal per geval tot geval moeten worden beoordeeld en zal soms ook niet eenduidig te beantwoorden zijn. Daarbij dient onderscheid te worden gemaakt tussen de vennootschapsorde¹⁴⁹ en het vermogen van de rechtspersoon. Een inbreuk op de vennootschapsorde kan ook een inbreuk op eigendomsrechten meebrengen, maar dat hoeft niet steeds het geval te zijn.¹⁵⁰

146. HR 14 september 2007, NJ 2007, 611 m.nt. Ma onder NJ 2007, 612 (*Versatel II*), rov. 4.2.

147. HR 14 september 2007, NJ 2007, 611 m.nt. Ma onder NJ 2007, 612 (*Versatel II*), rov. 4.2.

Waarvan de Hoge Raad nog toevoegde “*Dit brengt mee dat de ondernemingskamer iedere voorziening van voorlopige aard mag treffen mits met het oog op de gevolgen ervan een billijke afweging van de belangen van partijen heeft plaatsgevonden en de noodzaak van deze voorziening voldoende is gebleken. Het laatste is met name ook het geval als naar het oordeel van de ondernemingskamer een minder ingrijpende maatregel niet effectief zou zijn.*”

148. Eikelboom (2011b) betoogt dat een onmiddellijke voorzieningen slechts inbreuk mag maken op regels die hun oorsprong vinden in het Unierecht, voor zover het Unierecht dat toelaat. Dit deed bij mij de vraag rijzen of de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening mag gelasten dat een rechtspersoon zijn zetel gedurende de duur van de voorziening niet naar een andere lidstaat van de Unie mag verplaatsen. Gezien het tijdelijk karakter van de onmiddellijke voorziening denk ik dat een dergelijke voorziening tot de mogelijkheden behoort.

149. De statuten scheppen volgens de objectiefrechtelijke leer voor een zekere kring rechtsregels. Zie De Jongh 2011, p. 609.

150. Wanneer de ondernemingskamer een tijdelijke bestuurder benoemt geldt indien de algemene vergadering van aandeelhouders volgens de statuten regulier bevoegd is tot benoeming van een bestuurder dat de benoeming inbreuk maakt op de uitoefening van de nevenrechten verbonden aan aandelen (zie § 4.2.3). Aldus is sprake van een inmenging in het ongestoorde genot van eigendomsrechten van de aandeelhouders. Vanuit het perspectief van de vennootschap zal eerst sprake zijn van een inmenging op het recht op eigendom, indien de bestuurder de vennootschap schade berokkent. Krijgt de bestuurder de vennootschap juist weer op de rails, dan zal de vennootschap niet kunnen klagen over een schending van art. 1 EP bij afwezigheid van (vermogens)schade. Wanneer geen substantiële vermogensschade wordt geleden is geen beroep op art. 1 EP mogelijk door de vennootschap. Vgl. EHRM 13 maart 2012, appl. nr. 23780/08, EHCR 2012, 127 m.nt. Schild (*Malik t. Verenigd Koninkrijk*), welke uitspraak het economische perspectief van het EHRM bij de uitleg van art. 1 EP illustreert. Mijns inziens is onjuist de gedachte dat bij een doorkruising van de vennootschappelijk orde ook steeds sprake is van een inmenging op het recht van eigendom van de vennootschap.

HOOFDSTUK 4

De grenzen die de Hoge Raad stelt aan de uitoefening van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen zijn de volgende. Het treffen van een onmiddellijke voorziening dient:¹⁵¹

- (i) noodzakelijk te zijn gelet op de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek;¹⁵²
- (ii) een voldoende zwaarwegend belang te dienen (met name indien nog geen onderzoek is gelast);¹⁵³
- (iii) gerechtvaardigd te zijn met het oog op de met de regeling van het enquêterecht beoogde sanering en herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de rechtspersoon;¹⁵⁴
- (iv) blijkt te geven van een billijke afweging van de belangen van de betrokken partijen;¹⁵⁵ en
- (v) niet te zijn een voorziening “*waarop de betrokken partijen, gelet op het verloop van het geding en het processuele debat, niet bedacht behoeften te zijn en over de consequenties waarvan zij zich niet hebben kunnen uitlaten*”.¹⁵⁶

In beginsel zal uit de vastgestelde feiten moeten volgen dat de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen noopt. De (voorlopig) vastgestelde feiten dienen te ‘tonen’ dat een getroffen onmiddellijke voorziening gerechtvaardigd is. Valt zulks niet zonder meer uit vastgestelde feiten af te leiden, dan gelden verhoogde motiveringseisen.¹⁵⁷

De Hoge Raad kan zowel (i) de vraag of de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek aanleiding geeft tot het treffen van voorzieningen, als (ii) de vraag welke onmiddellijke voorzieningen geïndiceerd zijn, alleen marginaal toetsten. Beoordeeld wordt of de Ondernemingskamer in redelijkheid tot het treffen van een onmiddellijke voorziening heeft kunnen besluiten. Aldus heeft de Ondernemingskamer een ruime discretionaire bevoegdheid bij het treffen van voorzieningen.¹⁵⁸

Het is begrijpelijk dat de Hoge Raad zich op dit punt terughoudend wenst op te stellen. Een beoordeling van de vraag welke onmiddellijke voorzieningen in

151. Zie over deze eisen meer uitgebreid mijn bijdrage in *WelBeraden*; Schild 2009, p. 284.

152. Hetgeen volgt uit art. 2:349a lid 2 BW.

153. Vgl. HR 27 september 2000, NJ 2000, 653 (*Gucci*), rov. 4.2.

154. Vgl. HR 14 december 2007, NJ 2008, 105 m.nt. Ma (*DSM*), rov. 3.6.

155. Vgl. HR 19 oktober 2001, NJ 2002, 92 m.nt. Ma (*Skygate*), rov. 3.6.

156. HR 30 maart 2007, NJ 2007, 293 m.nt. Maeijer (*ATR Leasing*), rov. 4.4.

157. Zie A-G Timmerman in zijn conclusie vóór de *DSM*-beschikking, rov. 3.99.

158. Vgl. HR 19 oktober 2001, NJ 2002, 92 m.nt. Ma (*Skygate*).

het concrete geval geïndiceerd zijn betreft een beoordeling van de omstandigheden van het geval, welke beoordeling is voorbehouden aan de feitenrechter. De toetsing in cassatie is in wezen een toetsing of de Ondernemingskamer door het treffen van een bepaalde voorziening niet zodanig heeft gehandeld dat geen sprake meer is van een *fair balance* in het licht van de op het spel staande belangen. Een toetsing op proportionaliteit derhalve.

De door de Ondernemingskamer getroffen onmiddellijke voorzieningen zullen niet zelden de (eigendoms)rechten van derden aantasten of die anderszins tijdelijk belemmeren.¹⁵⁹ Soms zal zelfs sprake zijn van een feitelijk onomkeerbare inbreuk op het eigendomsrecht.

Hoe verhoudt de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te mogen treffen zich tot art. 1 EP? Lennarts heeft bijvoorbeeld de vraag opgeworpen of deze bevoegdheid niet wellicht te ruim is opgezet, gelet op de eisen van *precision and foreseeability*?¹⁶⁰

Deze vraag kan worden geanalyseerd aan de hand van de *Inter Access*-uitspraak van de Ondernemingskamer.¹⁶¹ De casus is de volgende. Inter Access Groep N.V. (hierna: Inter Access) – een holdingvennootschap in een concern van vennootschappen actief op het terrein van de ICT dienstverlening – verkeert in financieel zorgwekkende omstandigheden. Op korte termijn bestaat behoefte aan extra financiering in de vorm van additioneel aandelenkapitaal. Een participatiemaatschappij gelieerd aan de Rabobank (Rapar) met een minderheidsbelang in Inter Access doet daarop het voorstel om aanvullende financiering te verstrekken, onder de voorwaarde dat een achtergestelde lening van Inter Access aan Rapar in aandelenkapitaal geconverteerd zal worden. De persoon die (middellijk) ruim 60% van de aandelen Inter Access houdt – Willemse – is niet bereid in te stemmen met de uitgifte van nieuwe aandelen daar het zijn belang aanzienlijk zou doen verwateren.

De Ondernemingskamer wordt – in het kader van een enquêteprocedure – om onmiddellijke voorzieningen gevraagd om uit deze impasse te geraken. De Ondernemingskamer concludeert dat sprake is van verstoorde verhoudingen die tot een deconfiture van de Inter Access-groep kunnen leiden. Een faillissement zal met name ook schadelijk zijn voor de ruim 700 werknemers. Om uit de impasse te geraken geeft de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening het bestuur van Inter Access de bevoegdheid om – onder goedkeuring van de raad van commissarissen – over te gaan tot uitgifte van nieuwe aandelen, met uitsluiting van het voorkeursrecht van de overige aandeelhouders van Inter Access (waaronder Willemse). Zo geschiedt.

159. Vgl. Eikelboom 2009 en Eikelboom 2011b.

160. Vgl. ook Lennarts 2010, p. 214.

161. Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, LJN BL3680. Zie over deze uitspraak ook uitvoerig Assink 2010, Assink 2011, Lennarts 2010 en Overkleef 2011.

HOOFDSTUK 4

In cassatie betoogt Willemse (onder meer) dat door de uitgifte van de nieuwe aandelen en de daarmee gepaard gaande verwatering zijn eigendomsrechten zijn geschonden. De Hoge Raad oordeelt dat Willemse zijn beroep op art. 1 EP bij de Ondernemingskamer onvoldoende heeft onderbouwd en passeert de klacht om die reden.¹⁶²

Hoe zou zijn beslist indien Willemse zijn beroep op art. 1 EP bij de Ondernemingskamer wel voldoende zou hebben geadstrueerd? Duidelijk is dat sprake is van een inbreuk op het ongestoorde genot van een eigendomsrecht van Willemse.

De vraag of een onmiddellijke voorziening die inbreuk maakt op een eigendomsrecht kan worden gerechtvaardigd moet worden beoordeeld aan de hand van het ‘stappenschema’ (zoals hiervoor toegelicht). Het stappenschema werpt drie vragen op. De *legal certainty*-test stelt de vraag aan de orde of de machtiging van de Ondernemingskamer aan het bestuur van de vennootschap om nieuwe aandelen uit te geven berust op een voldoende deugdelijke wettelijke grondslag. Daarbij legt het EHRM, zoals reeds opgemerkt, de eisen van *precision, foreseeability, accessibility* aan.

Bij het beantwoorden van de vraag of de door de Ondernemingskamer getroffen voorziening de *legal certainty*-test kan doorstaan, is van belang om te observeren dat art. 2:349a lid 2 BW zich richt tot de rechter. Art. 2:349a lid 2 BW bevat geen norm die zich tot partijen richt, maar geeft een bepaalde bevoegdheid aan de Ondernemingskamer. De bevoegdheid van de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen te treffen kan worden getypeerd als een bevoegdheid tot het treffen van ordemaatregelen.¹⁶³

In de jurisprudentie van het EHRM waarin de eisen van *precision & foreseeability* zijn geformuleerd, handelt het steeds om de vraag of een voorschrift waarmee een private partij wordt geconfronteerd voldoende duidelijk is. Het legaliteitsbeginsel brengt mee dat (rechts)personen rekening moeten kunnen houden met de op hen toepasselijke rechtsregels, hetgeen niet mogelijk is als deze normen te abstract zijn geformuleerd.

In de *Inter Access*-beschikking wordt Willemse met een beroep op de redelijkheid en billijkheid de mogelijkheid ontzegd om de uitgifte van de aandelen te blokkeren. De redelijkheid en billijkheid zijn door Willemse overtreden.¹⁶⁴ Eerst wanneer deze norm is geschonden, komt de bevoegdheid

162. HR 25 februari 2011, NJ 2011, 338 m.nt. Van Schilfgaarde (*Inter Access*), rov. 3.18. Ook geannoteerd door Doorman, JOR 2011, 115. Zie ook Assink 2011.

163. HR 14 september 2007, NJ 2007, 611 m.nt. Ma onder NJ 2007,612 (*Versatel II*), rov. 4.3.

164. Eikelboom (2011b) betoogt dat de redelijkheid en billijkheid de (aanvullende) grondslag vormen voor de bevoegdheid voor Ondernemingskamer om in het concrete geval onmiddellijke voorzieningen te mogen treffen, welke grondslag ook nodig is omdat met het bepaalde in art. 2:349a BW niet is voldaan aan het ‘voorzien bij wet’ vereiste. Anders dan Eikelboom denk ik dat met het bepaalde in art. 2:349a BW in voldoende mate is voldaan aan het ‘het voorzien bij wet’-vereiste om onmiddellijke voorzieningen te kunnen treffen. Deze →

van de Ondernemingskamer ex art. 2:349a lid 2 BW aan de orde. Art. 1 EP verzet zich er niet tegen dat de wetgever aan de rechter ruime bevoegdheden toevertrouwt om ordemaatregelen te treffen. Voor de compatibiliteit met art. 1 EP is relevant of de norm die tot het treffen van de ordemaatregelen aanleiding kan geven, voldoende duidelijk is. In casu dienen de redelijkheid en billijkheid te voldoen aan de eisen van *precision & foreseeability*.

Het is onwaarschijnlijk dat art. 2:8 BW (of een andere bepaling die de redelijkheid en billijkheid als norm voorschrijft) door het EHRM als te weinig ‘precies’ zal worden beoordeeld. Deze norm veronderstelt een redelijkheidsbesef dat aanwezig is bij alle deelnemers aan het rechtsverkeer. Het is juist dat redelijkheidsbesef dat als een van de bronnen van het recht kan worden aangemerkt, zoals toegelicht in hoofdstuk 2. In de jurisprudentie waarin de eisen van *precision & foreseeability* zijn geformuleerd, ging het steeds om arbitraire inzet door de autoriteiten van een wettelijke norm, hetgeen in strijd is geoordeeld met hetgeen de *rule of law* eist. De *rule of law* wordt voor art. 2:8 BW gewaarborgd, zolang uit de uitspraak blijkt welke omstandigheden een beroep op art. 2:8 BW kunnen rechtvaardigen.¹⁶⁵

Bij de vraag of de wetgever wellicht in strijd met het legaliteitsbeginsel handelt door de Ondernemingskamer uit te rusten met een ruime discretionaire bevoegdheid onmiddellijke voorzieningen te treffen, dient het volgende in ogenschouw te worden genomen. De achtergrond van deze bevoegdheid is dat het wenselijk wordt geacht dat de Ondernemingskamer snel en effectief kan ingrijpen wanneer de toestand van de rechtspersoon en de aan haar verbonden onderneming dat eist. Het publieke belang vergt dat de bevoegdheid van de Ondernemingskamer (om effectief en snel te kunnen ingrijpen) ruim is. De Ondernemingskamer mag bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen dan over een aanzienlijke vrijheid beschikken, deze vrijheid is niet onbegrensd. De Ondernemingskamer mag geen onmiddellijke voorziening treffen waar partijen zich niet over hebben

bevoegdheid van de Ondernemingskamer is weliswaar ruim, maar de – mede op grond van de jurisprudentie – geldende eisen maken dat geen sprake is van een bevoegdheid die ‘willekeurig’ of op een wijze waarop partijen geen rekening mee hoeven te houden kan worden uitgeoefend. Ik beschouw art. 2:8 lid 2 BW als een norm die zich louter richt tot bij de rechtspersoon betrokken partijen en lees in deze bepaling geen nadere grondslag (of begrenzing) van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te treffen.

165. Zoals in het eerste deel van dit boek reeds toegelicht, veronderstelt iedere open norm dat partijen in een concrete situatie kunnen inzien hetgeen van hun wordt gevergd. Art. 2:8 BW veronderstelt inzicht in hetgeen redelijk en billijk is in een bepaald geval bij de bij de rechtspersoon betrokken partijen. De grens van redelijkheid en billijkheid kan worden overschreden wanneer bijvoorbeeld een partij, indien deze gebruik zou maken van een bepaald recht of een bepaalde bevoegdheid, daarmee voorbij zou gaan aan legitieme belangen van derden. In casu betreft het de bevoegdheid van Willemse onder de aandeelhoudersovereenkomst om een uitgifte van aandelen te mogen blokkeren waarbij zijn belang zou worden verwaterd.

HOOFDSTUK 4

kunnen uitlaten en dient haar beslissing voldoende te motiveren.¹⁶⁶ De door de Ondernemingskamer vastgestelde feiten en omstandigheden zullen de getroffen voorzieningen moeten kunnen dragen. Bestaat daarover twijfel, dan kan een partij het oordeel van de Ondernemingskamer (op wetstoepassing en redelijkheid) laten toetsen in cassatie door de Hoge Raad.

Daarbij kan worden opgemerkt dat de bevoegdheid tot het treffen van ‘ordemaatregelen’ naar zijn aard een lastig te specificeren bevoegdheid betreft. Een betoog dat de *rule of law* vereist dat deze bevoegdheid desalniettemin wettelijk zou moeten worden omlijnd, zou ook de bevoegdheid van de voorzieningenrechter om in reguliere kort gedingen maatregelen te treffen regarderen.¹⁶⁷

Wat betreft de eis van *foreseeability* laat het EHRM nog meewegen de mate waarin de jurisprudentie ten aanzien van een toepasselijke norm al dan niet duidelijk is.¹⁶⁸ De jurisprudentie over art. 2:8 BW is zodanig toegesneden op de omstandigheden van het geval dat daar niet veel meer over valt te zeggen. Voorts heeft de Hoge Raad benadrukt dat de Ondernemingskamer gehouden is bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen zich te richten naar hetgeen is verzocht en daarbij het partijdebat in het oog heeft te houden.¹⁶⁹

Uit het voorgaande volgt dat de bevoegdheid van de Ondernemingskamer tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen niet op gespannen voet staat met de eisen van *precision & foreseeability*. Deze eisen beogen te bewerkstelligen dat de normen waaraan (rechts)personen zich hebben te houden voldoende duidelijk en kenbaar zijn. De *rule of law* komt anders in het geding. Gezien het fundamentele belang van de *rule of law* kijkt het EHRM in het algemeen kritisch naar aspecten die hiermee op gespannen voet zouden kunnen staan. Gezien de aard van de bevoegdheid en de waarborgen waarmee deze is omgeven kan ten aanzien van art. 2:349a lid 2 BW niet gezegd worden dat de *rule of law*, in het geding is. De eisen van *precision & foreseeability* lijken ook niet bedoeld om de bevoegdheid die aan de rechter is toevertrouwd te beteugelen. Overigens ligt het niet voor de hand dat de in art. 2:349a lid 2 BW aan de Ondernemingskamer toevertrouwde bevoegdheid door het EHRM als met te weinig rechtswaarborgen omgeven zal worden beoordeeld. Het is aan de Hoge Raad om over een arbitraire inzet van deze bevoegdheid te waken.

De tweede test, de *public interest*-test zal ook geen belemmering opwerpen. De uitgifte van de aandelen vond plaats tegen de achtergrond van het dreigende faillissement van Inter Access. Dat zou onder meer het verlies van vele arbeidsplaatsen tot gevolg hebben gehad. De uitgifte van de nieuwe aandelen

166. HR 30 maart 2007, NJ 2007, 293 m.nt. Ma (*ATR Leasing*).

167. Lennarts 2010, p. 2010.

168. Vgl. de zinsnede in EHRM 9 juni 2005, appl. nr. 68443/01 (*Baklanov t. Rusland*) § 46: “(...) and to the apparent inconsistencies of case-law compared to the national legislation.”

169. HR 30 maart 2007, NJ 2007, 293 m.nt. Ma (*ATR Leasing*), rov. 4.4.

heeft dit voorkomen. Daarmee is het algemeen belang gediend.¹⁷⁰ De aan de ondernemingskamer gegeven bevoegdheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen strekt ter bevordering van het belang van de rechtspersoon (en de aan haar verbonden onderneming). Zolang zij voorzieningen treft die redelijkerwijze geacht kunnen worden dat belang te dienen, is voldaan aan de *public interest*-test.

De derde test betreft vraag of sprake is van een *fair balance*. Daarbij beoordeelt het EHRM of de inbreuk op het eigendomsrecht proportioneel is ten opzichte van het belang dat daarmee wordt gediend. Het EHRM pleegt daarbij eerst te beoordelen of sprake is van een *ontneming* dan wel van een *regulering* van eigendom. In geval van een ontneming geldt dat in beginsel een volledige vergoeding moet zijn geboden, voordat sprake kan zijn van een *fair balance*.

Is in casu sprake van een ontneming van eigendom of van regulering van eigendom? Het EHRM lijkt voor situaties waarin sprake is van een verwatering van aandelen het onderscheid tussen ontneming en regulering niet te willen gebruiken, gezien het bijzondere karakter van een aandeel.¹⁷¹ De reden daarvoor is waarschijnlijk dat enerzijds een verwatering van een aandelenbelang – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – soms bezwaarlijk anders kan worden beschouwd dan *de facto* een vorm van onteigening, maar dat anderzijds het EHRM – gezien de bijzondere vennootschapsrechtelijke context – voor dit soort gevallen niet als uitgangspunt wenst te aanvaarden bij de *fair balance*-test, dat in beginsel volledige compensatie moet worden geboden.¹⁷² De aandeelhouder die zijn pakket ziet verwateren, raak zijn aandelen niet kwijt. Er is geen sprake van verlies van het juridische eigendom, zoals het uitgangspunt is voor toepasselijkheid van de ‘ontnemingsregel’. Behoudens het uitgangspunt ten aanzien van de mate waarin compensatie moet zijn geboden, is de toepasselijke maatstaf ter beoordeling van de vraag of de inmenging kan worden gerechtvaardigd in zowel ontnemings- als reguleringsgevallen hetzelfde.

Nu het EHRM een ‘verwatering’ van aandelen niet aanmerkt als een ontneming/ontteigeningssituatie geldt bij de beoordeling van de vraag of sprake is geweest van een *fair balance* in de Inter Access-situatie, de ontnemingsregel – op grond waarvan in beginsel een volledige vergoeding moet worden geboden – niet.¹⁷³ Gezien de geringe waarde van het pakket aandelen van Willemse – in het

170. In gelijke zin Lennarts, p. 214. Anders Philips 2012.

171. EHRM 25 juli 2002, appl. nr. 48553/99, JOR 2003, 111 m.nt. Vossestein (onder JOR 2003, 112) (*Sovtransavto Holding t. Oekraïne*), § 92.

172. Zie ook Assink 2010, p. 330.

173. In dit geval had men zich overigens kunnen afvragen of Willemse daar veel steun aan zou hebben kunnen ontleen. Zonder de uitgifte van de nieuwe aandelen dreigde voor Inter Acces het faillissement. In het licht van dit alternatieve scenario moet de waarde van de aandelen gering worden geacht. Aldus ook A-G Timmerman in zijn conclusie voor HR 25 februari 2011, NJ 2011, 338 m.nt. Van Schilfgaarde (*Inter Access*), onder 3.23.

HOOFDSTUK 4

licht van het dreigende faillissement – enerzijds en het publieke belang dat met de uitgifte van de aandelen is gemoeid anderzijds, lijdt het weinig twijfel dat in casu sprake is van een *fair balance*. Zoals eerder opgemerkt toetst het EHRM op dit punt ook terughoudend.

Het voorgaande voorbeeld leert dat de verhouding tussen art. 2:349a lid 2 BW en art. 1 EP in beginsel als ontspannen kan worden gekenschetst. Het is met name het *fair balance* vereiste dat in individuele gevallen voor discussie kan zorgen. In cassatie hoeft overigens niet een beroep op art. 1 EP te worden gedaan om deze discussie te doen ontbranden. Ook los van art. 1 EP eist de Hoge Raad dat de onmiddellijke voorzieningen die de Ondernemingskamer treft gerechtvaardigd zijn vanuit het oogpunt van proportionaliteit en subsidiariteit. De Hoge Raad pleegt in dit verband te spreken over de billijke afweging die de Ondernemingskamer heeft te maken van de belangen van de betrokken partijen bij de uitoefening van haar bevoegdheid.¹⁷⁴ Verwacht mag worden dat het EHRM de Nederlandse rechter in deze ook een ruime *margin of appreciation* zal gunnen, mede aangezien art. 1 EP tot de niet-absolute rechten behoort. In het voorgaande is reeds opgemerkt dat het EHRM alleen in situaties waarin men met recht het argument ‘het kan toch niet zo zijn dat’ kan uitspelen, tot een veroordeling pleegt te komen ten aanzien van art. 1 EP.

4.3.2.2 De voorzieningen ex art. 2:356 BW

Naast de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen hangende de enquêteprocedure – die eindigen bij het einde van de procedure¹⁷⁵ – kan de Ondernemingskamer, indien uit het onderzoeksverslag van wanbeleid is gebleken, één of meer voorzieningen treffen, zoals limitatief opgesomd in 2:356 BW:¹⁷⁶

- a. schorsing of vernietiging van een besluit van de bestuurders, van commissarissen, van de algemene vergadering of van enig ander orgaan van de rechtspersoon;
- b. schorsing of ontslag van een of meer bestuurders of commissarissen;
- c. tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen;
- d. tijdelijke afwijking van de door de Ondernemingskamer aangegeven bepalingen van de statuten;
- e. tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer; en
- f. ontbinding van de rechtspersoon.

174. HR 14 december 2007, NJ 2008, 105 m.nt. Ma (*Loyaliteitsdividend DSM*), rov. 3.6.

175. Zie over de vraag wanneer een enquêteprocedure eindigt: HR 23 maart 2012, RvdW 2012, 446, rov. 4.1.5.

176. Zie Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nrs. 800-812.

Het treffen van een voorziening zal inbreuk kunnen maken op eigendomsrechten van bijvoorbeeld aandeelhouders.¹⁷⁷ Ook voor de voorzieningen genoemd in art. 2:356 BW geldt dat de Ondernemingskamer iedere voorziening mag treffen mits met het oog op de gevolgen ervan een billijke afweging van de belangen van partijen heeft plaatsgevonden en de noodzaak van deze voorziening voldoende is gebleken. Aan deze laatste eis wordt met name voldaan indien naar het oordeel van de Ondernemingskamer een minder ingrijpende maatregel niet effectief zou zijn.¹⁷⁸ Zoals bij de behandeling van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen is toegelicht, geldt op grond van het Nederlandse recht reeds een evenredigheidstoets, zoals die ook besloten ligt in art. 1 EP.

Hierna zal ik meer uitgebreid stilstaan bij de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om een tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer te bevelen. Tot slot sta ik stil bij de vraag of het mogelijk is dat de Ondernemingskamer bij wijze van voorziening decharche verleent aan een door haar benoemde bestuurder.

4.3.2.3 De voorziening van overdracht van aandelen ten titel van beheer

Eén van de voorzieningen die de Ondernemingskamer kan treffen, wanneer is gebleken van wanbeleid, betreft de “tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer”.¹⁷⁹ De Ondernemingskamer heeft in de zaak *e-Traction* van deze bevoegdheid gebruik gemaakt.¹⁸⁰

In deze zaak was sprake van een patstelling tussen twee bestuurders, waardoor de vennootschap *e-Traction Europe B.V.* (*e-Traction*) naar de ondergang dreigde af te glijden. De beide bestuurders waren ook middellijk de grootaandeelhouders van *e-Traction*.

Teneinde de bestaande impasse te doorbreken gelastte de Ondernemingskamer de tijdelijke overdracht van de aandelen aan een onafhankelijke door de Ondernemingskamer te benoemen persoon voor een periode van twee jaar. Deze persoon werd daarbij de bevoegdheid gegeven om de aandelen *e-Traction*

177. Zie in het algemeen over de mogelijkheid van aandeelhouders om een klacht in te dienen bij het EHRM § 2.4. Over de vraag in hoeverre het EHRM bereid is aandeelhouders te vereenzelvigen met de rechtspersoon, zie § 4.3.3.2.

178. Vgl. HR 14 september 2007, NJ 2007, 610 m.nt. Ma onder NJ 2007, 612 en JOR 2007, 237 m.nt. B.F. Assink (*Versatel I*), welke uitspraak betrekking had op een door de Ondernemingskamer getroffen onmiddellijke voorziening, maar hetgeen is overwogen geldt naar kan worden aangenomen ook voor de voorzieningen ex art. 2:356 BW.

179. Art. 2:356 BW sub e.

180. De voorziening tot een tijdelijke overdracht van de aandelen ten titel van beheer met de bevoegdheid tot certificering van aandelen is aan de orde in de volgende beschikkingen: Hof Amsterdam (OK) 8 september 2008, JOR 2009, 127, JOR 2009, 127 m.nt. Josephus Jitta; Hof Amsterdam (OK) 18 december 2009, JOR 2010, 42 m.nt. Josephus Jitta en Barkhuysen; en Hof Amsterdam (OK) 10 november 2010, JOR 2011, 9 m.nt. Josephus Jitta.

HOOFDSTUK 4

te certificeren.¹⁸¹ De door de Ondernemingskamer aangewezen persoon heeft van deze bevoegdheid gebruik gemaakt. De aandelen e-Traction zijn overgedragen aan een stichting administratiekantoor (stichting a.k.), die in ruil daarvoor certificaten uitgaf.¹⁸² De administratievoorwaarden bepalen dat met instemming van de beide bestuurders de certificering weer kan worden opgeheven. De door de Ondernemingskamer aangewezen persoon werd de enig bestuurder van de stichting a.k.¹⁸³

Deze constructie wijkt af van hetgeen gebruikelijk is bij een overdracht ten titel van beheer. Wanneer de Ondernemingskamer de tijdelijke overdracht van aandelen beveelt, eindigt deze tijdelijke overdracht bij afloop van de termijn die daarvoor is bepaald¹⁸⁴ of zoveel eerder op het moment waarop de Ondernemingskamer de geldingsduur van een bevolen overdracht ten titel van beheer beëindigt. Indien de Ondernemingskamer bij beschikking de overdracht ten titel van beheer beëindigt, keren de aandelen per die datum weer terug in het vermogen van de oorspronkelijke aandeelhouder.¹⁸⁵

In e-Traction is de voorziening geëindigd, zonder dat de aandelen zijn teruggekeerd naar het vermogen van de aandeelhouder. Na afloop van de voorziening hield de aandeelhouder certificaten in plaats van aandelen. Als certificaathouder is men wel economisch rechthebbende op het aandeel, maar men mist de mogelijkheid om de aan de aandelen verbonden stemrechten uit te oefenen. De facto waren in e-Traction voor onbepaalde tijd de zeggenschapsrechten ontnomen van de bestuurder tegen wie het oordeel wanbeleid was uitgesproken.

Bij de Ondernemingskamer is – in een late fase¹⁸⁶ – betoogd dat deze handelwijze zich niet verdraagt met het bepaalde in art. 1 EP. De Ondernemingskamer heeft op dat verweer als volgt gerespondeerd:¹⁸⁷

181. Hof Amsterdam (OK) 18 december 2009, JOR 2010, 42 m.nt. Josephus Jitta en Barkhuysen.

182. De akte van certificering vermeldt als oogmerk: “*De certificering van de aandelen biedt een meer duurzame oplossing voor de door de OK in de Beschikking [van 8 september 2008] aangehaalde problematiek van de ‘patstelling in de algemene vergadering van aandeelhouders’ van [e-Traction Europe B.V.], zulks mede gelet op de ten tijde van de oprichting van de stichting lopende juridische procedures waarbij [e-Traction Europe B.V.] en bij de organisatie van [e-Traction Europe B.V.] betrokken personen partij zijn. Uitgangspunt van de certificering is dat deze kan worden beëindigd zodra de door de OK in de Beschikking vastgestelde ‘patstelling in de algemene vergadering van aandeelhouders’ van [e-Traction Europe B.V.] zal zijn geëindigd.*” Zie Hof Amsterdam (OK) 10 november 2010, JOR 2011, 9 m.nt. Josephus Jitta, rov. 2.5.

183. Hof Amsterdam (OK) 10 november 2010, JOR 2011, 9 m.nt. Josephus Jitta, rov. 1.5.

184. Op grond van art. 2:357 lid 1 BW bepaalt de Ondernemingskamer de geldingsduur van de door haar getroffen tijdelijke voorzieningen.

185. Zie bijv. OK 8 juli 2010, ARO 2010, 117.

186. Nadat Josephus Jitta en Barkhuysen zich kritisch hadden uitgelaten over de verenigbaarheid van de bevoegdheid tot certificering met art. 1 EP in hun noot onder JOR 2010, 42.

187. Hof Amsterdam (OK) 10 november 2010, JOR 2011, 9 m.nt. Josephus Jitta, rov. 3.17.

ARTIKEL 1 EERSTE PROTOCOL

“3.17. Het beroep van e-Traction Worldwide S.C.A. op artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden faalt eveneens. Niet alleen is met de bestreden besluiten geen sprake van (*de facto*) ontneming van eigendom als in dat artikel bedoeld, terwijl de enkele waardedaling ervan geen ontneming oplevert, doch zelfs indien dat anders zou zijn is dat gelegitimeerd te achten op basis van de in dat artikel vermelde uitzonderingsgronden. Ook valt niet in te zien dat het economisch belang van e-Traction Worldwide S.C.A. door de bestreden besluiten wezenlijk wordt aangetast. In dit verband is overigens nog van belang dat een eventuele conversie van de door De Hoge Dennen Capital B.V. verstrekte geldlening geen ruimere omvang heeft dan – zoals van de zijde van e-Traction Europe c.s. onweersproken naar voren is gebracht – overeenkomt met 20% van het geplaatste kapitaal van e-Traction Europe B.V. na uitgifte van aandelen in verband met die conversie.”

Men kan zich afvragen of dit oordeel juist is. Teneinde dat toe te lichten is het nuttig kort stil te staan bij de aard van de bevoegdheid tot overdracht ten titel van beheer.

De bevoegdheid aandelen over te dragen ten titel van beheer is de Ondernemingskamer bij invoering van de geschillenregeling (art. 2:335 – 343 BW) per 1 januari 1989 toevertrouwd.¹⁸⁸ Wanneer tegenstellingen tussen aandeelhouders leiden tot verlamming van de besluitvorming binnen de vennootschap biedt – anders dan het enquêterecht – de geschillenregeling de mogelijkheid om een impasse definitief te doorbreken door een aandeelhouder uit de vennootschap te stoten. Blijkens de wetsgeschiedenis heeft de wetgever met de geschillenregeling het enquêterecht in zekere zin willen aanvullen, aangezien het enquêterecht aan de Ondernemingskamer niet de mogelijkheid bood om als een voorziening een overgang van aandelen te bevelen.¹⁸⁹

Bij invoering van de geschillenregeling is art. 2:356 sub e (de voorziening inhoudende een tijdelijke overdracht ten titel van beheer) ingevoerd als een

188. De overige in art. 2:356 BW genoemde voorzieningen (art. 2:356 sub a – d en f BW) waren de Ondernemingskamer reeds bij de wijziging van het enquêterecht in 1971 toegekend.

189. *Kamerstukken II*, 1984/85, 18 904, nr. 3, p. 8: “*Er zijn dan ook gevallen denkbaar dat aandeelhouders zowel op grond van het enquêterecht als op grond van de geschillenregeling kunnen optreden. Deze samenloop levert geen bezwaar op. Het is in dit verband interessant te zien, dat in een aantal gevallen reeds toevlucht is gezocht en gevonden in de toepassing van het enquêterecht waar het probleem lag in onoverbrugbare tegenstellingen tussen aandeelhouders (...). Uit van de ondernemingskamer verkregen gegevens blijkt, dat de meeste enquêtezaken die bij deze kamer zijn aangebracht betrekking hebben op besloten vennootschappen, waarin de aandeelhouders/directeuren onenigheid hebben en waarin de enige goede oplossing om aan de moeilijkheden een einde te maken is gelegen in een overdracht van aandelen. In vele gevallen kon als resultaat van de bemoeiingen van de ondernemingskamer een dergelijke overdracht tot stand worden gebracht, doch de ondernemingskamer kan deze thans niet dwingend voorschrijven. In bepaalde zaken heeft de weigering van partijen aan een overdracht mee te werken ertoe geleid dat de ondernemingskamer de rechtspersoon heeft moeten ontbinden. De voorgestelde regeling valt in drie onderdelen uiteen, namelijk een regeling van de gedwongen overdracht van aandelen door een aandeelhouder die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig →*

HOOFDSTUK 4

enquêterechtelijke aanvulling op de geschillenregeling. In de wetsgeschiedenis wordt de invoering van deze bepaling slechts kort toegelicht.¹⁹⁰ Overwogen wordt dat het enquêterecht als definitief instrument om een impasse tussen aandeelhouders te doorbreken alleen de mogelijkheid kent van ontbinding van de vennootschap. Een tijdelijke overdracht van aandelen biedt een minder vergaand alternatief. De wetgever heeft daarbij opgemerkt dat de Ondernemingskamer zo nodig onderdelen van de geschillenregeling van overeenkomstige toepassing kan verklaren. Het effectueren van een definitieve oplossing met de geschillenregeling – met de verplichte tussenkomst van deskundigen die berichten over de waarde van aandelen – vergt de nodige tijd. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat middels een tijdelijke overdracht van aandelen de Ondernemingskamer in het kader van een enquêteprocedure tijdelijk een impasse tussen aandeelhouders zou kunnen worden doorbroken, waarbij voor een meer definitieve oplossing zou moeten worden uitgeweken naar de geschillenregeling.¹⁹¹

De heersende opvatting in de literatuur is dat een tijdelijke overdracht van de aandelen ten titel van beheer een goederenrechtelijke overdracht van de aandelen tot gevolg heeft. De beschikking van de Ondernemingskamer constitueert

schaadt, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld, een regeling van gedwongen overname van aandelen van een aandeelhouder die door gedragingen van een of meer mede-aandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden geveerd en voorts is een regeling van gedwongen overgang van stemrecht op aandelen opgenomen ingeval er stemgerechtigde vruchtgebruikers en pandhouders van aandelen zijn.”

190. *Kamerstukken II, 1984/85, 18 905, nr. 3, p. 28: “Voorgesteld wordt in het enquêterecht als additionele voorziening de mogelijkheid van tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer op te nemen. Vaak kan in een enquêteprocedure een oplossing alleen worden gevonden als partijen vrijwillig meewerken aan een (tijdelijke) overdracht van aandelen. Lukt dat niet, dan resteert doorgaans slechts het uiterste middel van de ontbinding van de vennootschap. Het enquêterecht kan aanzienlijk worden verbeterd door het opnemen als voorziening van de mogelijkheid van tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer. Deze voorziening is, evenmin als de andere voorzieningen van art. 356 boek 2 BW nader uitgewerkt. De ondernemingskamer kan zo nodig onderdelen van de geschillenregeling van overeenkomstige toepassing verklaren. Deze voorziening zal vooral een oplossing kunnen bieden in gevallen waarin uit de enquête blijkt dat het wanbeheer voortvloeit uit een patstelling van gelijke groepen van aandeelhouders. De geschillenregeling zal dan niet altijd toepassing kunnen vinden. Beide (groepen) aandeelhouders zullen dan immers tegen elkaar een vordering tot overdracht van aandelen kunnen instellen. Door de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer zal een onafhankelijke derde in de algemene vergadering van aandeelhouders een doorslaggevende stem krijgen, waardoor een dergelijke patstelling wordt doorbroken en de vennootschap weer normaal kan functioneren.”*

191. Vgl. Geerts 2004, p. 310 en Van Wijk 1996, p. 342.

daarbij de overdracht van de aandelen.¹⁹² De Ondernemingskamer gaat in haar beschikkingen ook uit van de juistheid van deze opvatting.¹⁹³ Aangezien het Nederlandse recht geen trustfiguur kent, waarbij een vermogen dat wordt ontvangen ten titel van beheer, als een afgescheiden vermogen kan gelden, heeft de overdracht ten titel van beheer tot gevolg dat de aandelen deel gaan uitmaken van het vermogen van de beheerder.¹⁹⁴ De aandelen worden daardoor ook vatbaar voor beslag door crediteuren van de beheerder en vallen in de boedel bij diens faillissement. Ook gaan de aandelen krachtens erfrecht over op de erfgenamen van de beheerder bij diens overlijden.

Kan de beheerder de door hem ten titel van beheer gehouden aandelen certificeren? Nu de aandelen in het vermogen van de beheerder vallen is hij in vermogensrechtelijke zin beschikkingsbevoegd de aandelen te certificeren. Dat

192. Uniken Venema & Eisma 1990, p. 214-215; Van der Heijden/Van der Grinten 1992, nr. 367; Geerts, Losbladige rechtspersonen, art. 2:356, aant. 10.2.; Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 808.

193. OK 22 december 2000, JOR 2001, 29 m.nt. Bartman en sindsdien vaste rechtspraak. Anders nog OK 7 december 2000, JOR 2001, 27. Daarvoor huldigde de Ondernemingskamer de opvatting dat de beschikking (slechts) de titel tot levering scheidt, nu de wettekst spreekt van 'overdracht' en niet van 'overgang', waarbij de blokkeringsregeling tijdelijk terzijde wordt gesteld, zulks in navolging van Asser-Maeijer 2000, nr. 536 en Van Wijk 1996, p. 344-346. De beschikking van de Ondernemingskamer zou dan nog moeten worden gevolgd door een (eventueel notariële) leveringshandeling. Die opvatting gaat eraan voorbij dat ook voor de overige voorzieningen die de Ondernemingskamer kan treffen (zoals het ontslaan van bestuurders) de beschikking het rechtsgevolg bewerkstelligt, zonder dan er nog een andere handeling nodig is om het rechtsgevolg te constitueren. Zie ook Geerts 2004, p. 310.

194. Een afwijkend geluid laat Josephus Jitta horen in zijn noot onder de E-Traction beschikking van Hof Amsterdam (OK) 18 december 2009, JOR 2010, 42. Josephus Jitta meent dat de voorziening waarbij aandelen ten titel van beheer over worden gedragen, geen overdracht van de eigendom van de aandelen zou inhouden, nu dat niet zou stroken met de bedoeling van de wetgever, maar slechts vestiging van een beperkt recht op deze aandelen, met als argument dat de wet de overdracht onder een ontbindende tijdsbepaling verbiedt en de tijdelijke overdracht ten titel van beheer eigenlijk geacht moet worden een vestiging van een vruchtgebruik te zijn op grond van een analoge toepassing van art. 3:85 lid 1 BW. Deze creatieve oplossing om te voorkomen dat de aandelen in het vermogen van de door de Ondernemingskamer aangewezen persoon vallen ziet mijns inziens in de eerste plaats eraan voorbij dat noch uit de tekst van de wet noch uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat de wetgever dit heeft beoogd, waarbij ik aanteken dat art. 2:356 sub e BW is ingevoerd vóór art. 3:85 BW. In de tweede plaats vereist art. 3:85 BW een 'verbintenis strekkende tot overdracht', terwijl mijns inziens de beschikking zelf de overdracht reeds constitueert. Ten slotte zou gelden dat indien de beheerder vruchtgebruiker was, de bloot-aandeelhouder op grond van art. 2:197 BW in beginsel het stemrecht zou behouden en de beheerder de dividendrechten zou genieten hetgeen nu juist niet strookt met hetgeen de wetgever heeft beoogd te bewerkstelligen met de overdracht ten titel van beheer, aldus ook Eikelboom 2011 (p. 293). Bij de overdracht ten titel van beheer oefent de beheerder het stemrecht uit en dient de hij het ontvangen dividend aan de (tijdelijk) niet-aandeelhouder door te betalen. Vgl. Van Wijk, 1996, p. 350.

HOOFDSTUK 4

de beheerder het kan wil echter nog niet zeggen dat hij het ook mag.¹⁹⁵ De vraag is of de beheerder daarmee niet buiten zijn beheerstaak geraakt.¹⁹⁶

Een categorisch antwoord op die vraag lijkt mij niet mogelijk. Onder omstandigheden zal een certificering wellicht het belang van de voormalig aandeelhouder kunnen dienen. Bijvoorbeeld als een tijdelijke maatregel om een beslag- of faillissementsrisico te beperken.¹⁹⁷

Een certificering zou mijns inziens steeds dienen te eindigen met het aflopen van de door de Ondernemingskamer getroffen voorziening omdat anders niet sprake is van een tijdelijke overdracht van aandelen maar deze een permanent karakter krijgt. Wanneer slechts certificaten in plaats van aandelen worden teruggegeven na afloop van de voorziening, wordt mijns inziens de reikwijdte van art. 2:356 sub e BW overschreden. Blijkens de tekst en de strekking van de wet is de voorziening tot overdracht ten titel van beheer immers als tijdelijk bedoeld en niet om te bewerkstelligen dat aandelen voor onbepaalde tijd aan het vermogen van de aandeelhouder worden onttrokken. Indien een tijdelijke oplossing niet kan volstaan, dient – conform de wens van de wetgever – de geschillenprocedure te worden gevolgd.¹⁹⁸

In e-Traction was de beëindiging van de certificering gekoppeld aan de instemming van de andere bestuurder/aandeelhouder. Daarmee zijn de aandelen voor onbepaalde tijd aan het vermogen onttrokken, hetgeen in strijd is met het bepaalde in art. 2:356 aanhef en sub e BW, dat spreekt over een *tijdelijke* overdracht van aandelen ten titel van beheer.¹⁹⁹

Het voorgaande heeft ook gevolgen voor een beoordeling van het beroep op art. 1 EP. Zoals in paragraaf 4.2.3 reeds opgemerkt, wordt onder het begrip eigendom niet alleen de vermogensrechten van een aandeelhouder begrepen, maar ook de zeggenschapsrechten die aan deze aandelen verbonden zijn.²⁰⁰ Men zou kunnen stellen dat in het geval van e-Traction *de facto* sprake is van de ontneming van zeggenschapsrechten.

195. Eikelboom (2011, p. 293) merkt de beheersrelatie mijns inziens terecht aan als een relatie 'sui generis'.

196. Geerts 2004, p. 310, merkt op dat het vervreemden en bezwaren van aandelen niet tot de beheerstaak van de beheerder behoren.

197. Waarbij het alsdan wenselijk is dat de administratievoorwaarden vooraf worden goedgekeurd door de Ondernemingskamer. In e-Traction was de beheerder de vrije hand gegeven.

198. Daaraan doet niet af dat de geschillenprocedure in de praktijk niet altijd naar wens functioneert gezien de lange duur van de procedure en de beperkte gronden waarop aandeelhouders op voet van art. 2:336 lid 1 BW kunnen worden uitgestoten (*Kamerstukken II*, 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 17). Zie over deze problematiek uitvoerig De Vries 2010.

199. In gelijke zin Josephus Jitta, die in zijn noot onder JOR 2009, 127 (onder 3) opmerkt dat door het toekennen van deze bevoegdheid aan de beheerder de Ondernemingskamer buiten het afgebakende domein van de voorzieningen treedt die op grond van art. 2:356 BW worden toegestaan. Eikelboom (Eikelboom 2011, p. 295) komt tot een andere conclusie.

200. EHRM 7 november 2002, appl. nr. 30417/96, *JOR* 2003, 112 m.nt. Vossestein, tevens behorend bij *JOR* 2003,111 (*Olczak t. Polen*).

Hoe zou het EHRM deze gang van zaken kwalificeren? Allereerst zou het EHRM vaststellen dat sprake is van een *interference* op het recht van het ongestoorde genot van aandelen en daarmee eigendomsrechten. Nu de litigieuze *interference* de ontneming van de stemrechten betreft, terwijl anderzijds de aandeelhouder recht blijft houden op de economische waarde van de aandelen (door de certificaten), is de vraag of sprake is van een ‘ontneming’ van eigendom niet eenduidig te beantwoorden. Het hangt ervan af of men de stemrechten als een zelfstandig goed wenst aan te merken. Zulks ligt niet direct voor de hand, nu stemrechten aan het aandeel verbonden nevenrechten zijn. Voorts is de economische waarde van het aandeel in tact gelaten, hetgeen ook een aanwijzing is dat er geen sprake is van een ontneming, maar van regulering van eigendom.²⁰¹ Het EHRM zou het antwoord ook in het midden kunnen laten. De vraag of sprake is van ontneming dan wel regulering, komt alleen aan de orde bij het verrichten van de *fair balance* test. Voor het EHRM daar aan toekomt zal het onderzoeken of de inbreuk noodzakelijk is in het algemeen belang en geschiedt onder de voorwaarden voorzien in de wet.

Zoals in het voorgaande reeds is toegelicht, ontbeert de certificering – na afloop van de voorziening van de Ondernemingskamer – mijns inziens een voldoende duidelijke grondslag in de wet. Het EHRM zal constateren dat er enerzijds slechts een wettelijke basis lijkt te bestaan voor een tijdelijke overdracht ten titel van beheer van de aandelen, terwijl anderzijds na afloop van de voorziening de aandeelhouder zich geconfronteerd ziet met een belemmering in het ongestoorde genot van de aandelen voor onbepaalde tijd. Daarmee lijkt niet voldaan te worden aan het vereiste dat een inmenging op het recht van eigendom dient te berusten op voorwaarden voorzien in de wet. Het is juist ten aanzien van de naleving van het legaliteitsbeginsel dat het EHRM kritisch pleegt te toetsen. Ik acht het dan ook waarschijnlijk dat indien het onderhavige geval zou zijn voorgelegd in Straatsburg, het EHRM tot het oordeel zou zijn gekomen dat sprake is van een schending van art. 1 EP aangezien de onderhavige inmenging op het eigendomsrecht op een onvoldoende deugdelijke wettelijke grondslag berust.²⁰²

201. In die richting wijst ook EHRM 12 december 2002, JOR 2003, 224 m.nt. Vossestein (*Cesnieks t. Polen*). Zoals toegelicht in paragraaf 4.2.4.5 laat het EHRM in lastig te kwalificeren gevallen soms in het midden of sprake is van een ‘regulering’ van eigendom dan wel van een ‘ontneming’ van eigendom. Zie bijv. EHRM 25 juli 2002, appl. nr. 48553/99, JOR 2003, 111 m.nt. Vossestein (onder JOR 2003, 112) (*Sovtransavto Holding t. Oekraïne*), § 92, waarin het EHRM zich voor de vraag gesteld zag of een verwatering van aandelen een ontneming dan wel een regulering van eigendomsrechten betrof en zulks in het midden liet met de overweging: “*a company share is a complex thing*”.

202. Aldus ook A-G Timmerman in zijn conclusie voor HR 23 maart 2012, RvdW 2012, 446 (*e-Traction*), onder 3.33 e.v. In gelijke zin ook Josephus Jitta & Barkhuysen in hun noot onder de e-Traction beschikking van 18 december 2009, JOR 2010, 42.

HOOFDSTUK 4

4.3.2.4 Decharge van een door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder of commissaris

De Ondernemingskamer maakt met regelmaat gebruik van de mogelijkheid om bij wege van een onmiddellijke²⁰³ of (eind)voorziening²⁰⁴ (tijdelijk) een bestuurder of commissaris aan te stellen.²⁰⁵ De OK-bestuurder – waarvoor in deze paragraaf ook *mutatis mutandis* ‘de OK-commissaris’ kan worden gelezen – heeft in beginsel de bevoegdheden van een reguliere bestuurder.²⁰⁶ Hij functioneert derhalve – tenzij de Ondernemingskamer hem speciale bevoegdheden heeft toevertrouwd – als een gewone bestuurder. Hij heeft in zoverre een speciale positie omdat hij alleen door de Ondernemingskamer kan worden ontslagen.²⁰⁷

Kan de Ondernemingskamer de door haar benoemde bestuurder ook decharge verlenen?²⁰⁸ Een OK-bestuurder is net zoals andere bestuurders tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke taakvervulling.²⁰⁹ Schiet een bestuurder daarin tekort, dan kan deze aansprakelijk worden gesteld door de rechtspersoon.

Voor zover hem decharge is verleend, kan hij niet langer door de vennootschap worden aangesproken voor het onbehoorlijk vervullen van zijn taak.²¹⁰ Een decharge vrijwaart een bestuurder niet van aansprakelijkheid (jegens de rechtspersoon) voor zover hij onvoldoende inlichtingen heeft verschaft.²¹¹ Een decharge dient expliciet te worden verleend.²¹²

203. Art. 2:349a lid 2 BW.

204. Art. 2:356 sub c BW

205. Croiset van Uchelen (2008, p. 189) telde in de in ARO gepubliceerde rechtspraak over de jaren 2002 tot en met 2007, 68 benoemingen. Over deze voorziening zie voorts Geerts 2004, p. 293-302.

206. Zie Croiset van Uchelen 2008, p. 213.

207. Zie art. 2:357 lid 3 BW voor de definitieve voorziening. De benoeming van de OK-bestuurder eindigt in ieder geval wanneer het geding eindigt.

208. Zie art. 2:349a lid 2 en 2:356 sub c BW. Over de positie van deze bestuurder of commissaris, met name voor wat betreft mogelijke aansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur, zie Joosten 1998, Josephus Jitta 2003, Geerts 2004, p. 297-302.

209. HR 4 oktober 2002, NJ 2002, 556 (*Zwagerman Beheer*).

210. De wet vermeldt niet wat decharge precies inhoudt. De Hoge Raad gaat ervan uit dat decharge een vorm van kwijting inhoudt voor het gevoerde beleid voor zover kenbaar gemaakt: “*Met de aard van het ontslag van aansprakelijkheid dat voortvloeit uit de bedoelde (impliciete en expliciete) decharge is immers in overeenstemming dat zodanige decharge zich niet uitstrekt tot frauduleuze onttrekkingen als door het hof vastgesteld die door manipulatie van de boeken niet uit de jaarrekening en de verslaglegging kenbaar zijn.*” HR 25 juni 2010, NJ 2010, 373, rov. 4.2. Zie over het begrip decharge verder Quist 2011a en Quist 2011b.

211. HR 25 juni 2010, NJ 2010, 373, rov. 4.2. De curator kan een bestuurder ondanks een verleende decharge aanspreken voor het door hem gevoerde beleid over de drie jaar voorafgaande aan het faillissement. Zie art. 2:138/248 lid 6 BW.

212. Op grond van de artikelen 2:101-210 BW geldt (sinds 1 december 2001) dat een goedkeuring van de jaarrekening niet automatisch een kwijting omvat voor bestuurders en commissarissen.

Een OK-bestuurder geniet geen immuniteit. De gewone aansprakelijkheidsregels zijn van toepassing. Anderzijds opereren OK-bestuurders niet zelden in conflictsituaties, hetgeen extra risico's meebrengt. Het aansprakelijk stellen van een OK-bestuurder kan ook als drukmiddel worden ingezet door de rechtspersoon.²¹³ Voor een OK-bestuurder zal het een enigszins geruststellende gedachte zijn, indien hij kan werken in de wetenschap dat bij zijn ontslag de Ondernemingskamer hem decharge kan verlenen.

De Ondernemingskamer lijkt ook van opvatting dat zij bevoegd is tot het verlenen van decharge.²¹⁴ De minister heeft zich daarentegen naar aanleiding van een kamervraag bij de behandeling van het wetsvoorstel aanpassing enquêterecht op het standpunt gesteld dat (alleen) de vennootschap bevoegd is tot het verlenen van een decharge.²¹⁵ Ook in de literatuur is de juistheid van de handelwijze van de Ondernemingskamer bestreden. Zo heeft Tuijtel betoogd dat door het verlenen van decharge door de Ondernemingskamer, de vennootschap een vorderingsrecht wordt ontnomen, hetgeen in strijd is met art. 1 EP.²¹⁶ Voor deze 'ontneming' van eigendom ontbreekt een voldoende wettelijke basis, aldus Tuijtel.²¹⁷ Tevens is sprake van strijd met art. 6 EVRM wanneer de rechtspersoon niet wordt gehoord over de dechargeverlening. Ik deel de opvatting van Tuijtel ten dele, hetgeen ik hieronder zal toelichten.²¹⁸

Valt er een wettelijke basis aan te wijzen voor een dechargebevoegdheid door de Ondernemingskamer? Een zodanige grondslag zou kunnen worden gevonden in art. 2:357 lid 2 BW, dat bepaalt: "De ondernemingskamer regelt zo nodig de gevolgen van de door haar getroffen voorzieningen." Op grond van deze bepaling kan de Ondernemingskamer de voorzieningen die zij op grond van art. 2:356 BW kan treffen, nader invullen. Het treffen van andere voorzieningen dan de (limitatief) in art. 2:356 BW opgesomde voorzieningen, is niet toegestaan.²¹⁹

Betoogd kan worden dat art. 2:357 lid 2 BW de mogelijkheid biedt aan de Ondernemingskamer om een decharge als een gevolg te verbinden aan de voorziening tot ontslag van de door haar benoemde bestuurder. Onredelijk lijkt mij deze uitleg niet. Of men bereid is art 2:357 lid 2 BW in deze zin te verstaan

213. Voor een voorbeeld zie ook Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, JOR 2008, 34 m.nt. Josephus Jitta.

214. Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2006, JOR 2006, 181 m.nt. Josephus Jitta.

215. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011/12, 32 887, nr. 6, p. 31.

216. Tuijtel 2007, p. 555.

217. Tuijtel 2007, p. 554: "*Het verlenen van decharge op basis van art. 2:357 lid 2 BW lijkt mij echter een brug te ver. Decharge wordt zoals in de onderhavige zaak verleend aan het eind van de procedure en kan moeilijk gezien worden als een aanvullende voorziening of de regeling van de gevolgen van een eerdere voorziening gedurende het geding. De reikwijdte van art. 2:357 lid 2 BW zou mijns inziens te veel worden opgerekt.*"

218. Zie Tuijtel 2007 & Croiset van Uchelen 2008.

219. Geerts 2004, p. 284, met verdere verwijzingen.

HOOFDSTUK 4

is meer een kwestie van ‘willen’ dan van ‘zijn’.²²⁰ Ik ben daartoe bereid, mede nu de mogelijkheid dat de Ondernemingskamer decharge kan verlenen mij ook als praktisch wenselijk voorkomt.²²¹ Ik deel de opvatting van de Ondernemingskamer dat het niet wenselijk is dat de algemene vergadering druk zou kunnen uitoefenen op een bestuurder, door te dreigen hem geen decharge te verlenen.²²² Ook past een dechargeverlening door de Ondernemingskamer bij haar bevoegdheid van OK-bestuurders/commissarissen informatie te verlangen en hen ter verantwoording te roepen.²²³

Ik teken daarbij aan dat de Ondernemingskamer van opvatting lijkt dat de OK-bestuurder ook *uitsluitend* aan haar verantwoording verschuldigd is.²²⁴ Dat lijkt mij niet juist.²²⁵ De wetgever heeft gewild dat de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen zoveel mogelijk als reguliere bestuurders en commissarissen functioneren.²²⁶ Zij hebben geen geïsoleerde positie in de vennootschap, maar dienen juist het bestuur of de raad van commissarissen ‘van binnenuit’ te inspireren om de zaak weer op de rails te krijgen. Uitgangspunt dient mijns inziens daarbij te zijn dat de OK-bestuurder niet alleen alle rechten, maar ook plichten heeft van een reguliere bestuurder. Onder deze ‘plichten’ valt ook de plicht om verantwoording af te leggen aan de algemene vergadering of raad van commissarissen. Weliswaar kan de algemene vergadering een OK-bestuurder niet ontslaan indien deze weigert de gevraagde

220. Zo ook Croiset van Uchelen 2008, p. 225.

221. In andere zin oordelen Tuijtel 2007, Croiset van Uchelen 2008 en Josephus Jitta in zijn noot onder Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, JOR 2008, 34, punt 6. Ook Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009 vermeldt dat een wettelijke basis niet lijkt te bestaan voor het verlenen van decharge door de Ondernemingskamer (nr. 479).

222. Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2006, JOR 2006, 181 m.nt. Josephus Jitta.

223. Zie art. 2:357 lid 5 BW dat bepaalt dat de Ondernemingskamer een door haar benoemde bestuurder of commissaris kan opdragen “*haar regelmatig verslag uit te brengen*”. De omstandigheid dat OK-bestuurders en commissarissen, eenmaal benoemd, hun werkzaamheden doorgaans met een hoge mate zelfstandigheid plegen te verrichten, kan aan deze mogelijkheid niet afdoen. Croiset van Uchelen (2008, p. 216) merkt terecht op dat het door art. 6 EVRM beschermde beginsel van hoor en wederhoor meebrengt dat indien een OK-bestuurder/commissaris verslag uitbrengt, de rechtspersoon in de gelegenheid moet worden gesteld zich daarover uit te laten. De informatie die door de bestuurder wordt overgebracht kan immers de verdere besluitvorming door de Ondernemingskamer beïnvloeden.

224. Zie Hof Amsterdam 19 april 2007, JOR 2007, 142 m.nt. Blanco Fernández (*Begemann*), rov. 3.2: “*Bij de beoordeling van het onderhavige verzoek stelt de Ondernemingskamer voorts voorop dat de door haar benoemde functionarissen omtrent hun handelen en nalaten in het kader van de door de Ondernemingskamer aangewezen taak geen verantwoording zijn verschuldigd aan Begemann, aan haar aandeelhouders of aan andere bij de vennootschap betrokken partijen.*”

225. Zo ook Josephus Jitta in zijn noot onder Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, JOR 2008, 34, punt 7.

226. Vgl. Croiset van Uchelen 2008, p. 192 met verdere verwijzingen naar literatuur en de wetsgeschiedenis.

informatie te verstrekken, maar dat laat onverlet dat hij uit hoofde van zijn behoorlijke taakvervulling in beginsel daartoe wel is gehouden.²²⁷

Nu enerzijds de rechten van alle bij de vennootschap betrokken organen slechts hebben te wijken voor zover daarmee afbreuk wordt gedaan aan de voorziening die de Ondernemingskamer²²⁸ heeft getroffen en anderzijds de OK-bestuurder/commissaris zoveel mogelijk als een reguliere bestuurder/commissaris dient te worden beschouwd, ligt het ligt mijns inziens ook voor de hand dat de algemene vergadering – naast de Ondernemingskamer – bevoegd blijft tot verlenen van decharge.²²⁹ Door zelf een decharge te verlenen wijkt de Ondernemingskamer af van dit uitgangspunt. De rechtvaardiging om in deze te mogen afwijken van hetgeen wettelijk geldt, is erin gelegen dat de OK-bestuurder niet langs de achterdeur door de algemene vergadering onder druk moet kunnen worden gezet. Dit lijkt mij een legitiem doel. Het aannemen van een *exclusieve* bevoegdheid tot het verlenen van decharge schiet zijn doel voorbij.

Ik vat het voorgaande samen. In art. 2:357 lid 2 BW kan men een wettelijke grondslag lezen voor een dechargeverlening door de Ondernemingskamer. Ik acht het ook wenselijk dat de Ondernemingskamer deze mogelijkheid heeft.

De volgende vraag is of genoemde bepaling ook een voldoende wettelijke grondslag biedt, zoals die door art. 1 EP wordt geëist.²³⁰ Met name de eisen van *precision & foreseeability* zijn daarbij van belang.²³¹

Allereerst merk ik op dat niet iedere dechargeverlening door de Ondernemingskamer als een inbreuk op het recht van eigendom kan worden aangemerkt. Alleen voor zover er sprake is van een enigszins gesubstantieerde vordering uit hoofde van onbehoorlijk bestuur, die vanwege een decharge door de Ondernemingskamer niet kan worden ingesteld, wordt de rechtspersoon een vorderingsrecht ontnomen.²³² Het begrip eigendom uit art. 1 EP kan ook vorderingsrechten omvatten.²³³ Daarbij geldt echter als eis dat ten minste sprake dient te zijn van een *arguable claim*.²³⁴

227. De vennootschap kan daarover wel klagen bij de Ondernemingskamer en vragen de OK-bestuurder te ontslaan.

228. Vgl. art. 2:357 lid 3 BW.

229. De heersende opvatting in de literatuur is dat de algemene vergadering bevoegd is decharge te verlenen, zie Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 479.

230. Zie over deze vraag ook Eikelboom 2012, p. 116.

231. Zie paragraaf 4.2.4.1.

232. Vgl. EHRM 25 maart 1983, appl. nr. 947/72 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 113.

233. Voor een recent voorbeeld zie EHRM “*The Court reiterates that a “claim” can constitute a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 if it is sufficiently established to be enforceable (see Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece, judgment of 9 December 1994, Series A no. 301-B, p. 84, § 59).*”

234. Zie EHRM 6 oktober 2005, appl. nr. 1513/03 (*Draon/Frankrijk*), § 68. Vgl. ook HR 28 oktober 2011, RvdW 2011, 1315, rov. 3.5.6. waarin aan de orde was de vraag of krakers zich kunnen beroepen op het ‘huisrecht’ zoals dat wordt beschermd door art. 8 EVRM.

HOOFDSTUK 4

Ik wend mij tot de vraag of de bevoegdheid tot dechargeverlening door de Ondernemingskamer een voldoende wettelijke basis heeft. Zoals gezegd kan men twisten over de vraag of art. 2:357 lid 2 BW de Ondernemingskamer deze bevoegdheid toevertrouwt. Ik vermoed evenwel dat indien zou worden opgekomen tegen een door de Ondernemingskamer verleende decharge in Straatsburg met de klacht dat niet is voldaan aan de eisen van *precision & foreseeability* – nadat de Hoge Raad het cassatieberoep heeft verworpen – deze klacht zou worden verworpen. Uit de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van het ‘voorzienbaar bij wet-criterium’ valt af te leiden dat het EHRM met name een wal wil opwerpen tegen het uitoefenen van overheidsgezag die geschiedt op een willekeurige of een redelijkerwijze niet te voorziene wijze. In zo’n geval wordt het legitimizeitsbeginsel geschonden. Het EHRM verzet zich niet tegen het gebruik van open normen, die soms ruimte laten voor meer dan één interpretatie.

Het verlenen van een decharge door de Ondernemingskamer kan mijns inziens worden aangemerkt als een rechtshandeling die redelijkerwijze geacht kan worden te liggen in het verlengde van de door haar getroffen voorziening tot benoeming van een tijdelijk bestuurder of commissaris. Benoeming, ontslag en decharge liggen zozeer in elkaars verlengde dat het mij verdedigbaar lijkt dat er sprake is van ‘het nader regelen van de gevolgen van’ een voorziening. Reeds die omstandigheid verzwakt de klacht dat genoemd artikel een onvoldoende wettelijke basis biedt. Nu art. 1 EP ook geen zogenoemde ‘ter bescherming van lijf en leden’ bepaling is, noch de grenzen van onze beschaving in het spel lijken, is mijn verwachting dat het EHRM er geen bezwaar tegen heeft indien de Hoge Raad in art. 2:357 lid 2 BW de mogelijkheid leest voor de Ondernemingskamer decharge te verlenen van OK-bestuurders/commissarissen.

Ook de overige vereisten van art. 1 EP – de *public interest-test* & de *fair balance-test* – werpen geen belemmeringen op. Het belang dat dient te worden voorkomen dat de algemene vergadering druk kan uitoefenen op een bestuurder betreft niet een belang ‘zonder redelijke grond’. De *fair balance-test* zal ook geen moeilijkheden veroorzaken, zolang de Ondernemingskamer op enigszins redelijke gronden is overgaan tot het verlenen van decharge. Een klacht daarover zal eerst aan de Hoge Raad moeten worden voorgelegd, hetgeen een extra waarborg vormt. Komt de Hoge Raad in een specifiek geval tot het oordeel dat een dechargeverlening niet onredelijk is geweest, dan zal het EHRM – gelet op de ruime *margin of appreciation* die de verdragsstaten wordt gelaten bij de *fair balance*-toets – niet snel tot een ander oordeel komen, zo vermoed ik.

Het voorgaande wordt evenwel anders, indien de Ondernemingskamer een decharge verleent, zonder de betrokken rechtspersoon daarover te horen. Met Tuijtel ben ik het eens dat indien de rechtspersoon een *arguable claim* zou hebben op de OK-bestuurder, de rechtspersoon in dat geval een rechtsvordering wordt ontnomen, zonder dat de rechtspersoon zich daarover heeft kunnen

uitlaten. Het beginsel van hoor en wederhoor brengt mee dat de Ondernemingskamer geen voorzieningen mag treffen met betrekking tot de rechten van een partij, waar een partij zich niet over heeft kunnen uitlaten. Daarmee zou de Ondernemingskamer buiten de rechtsstrijd treden.²³⁵ In cassatie laat zich dit verzuim niet herstellen. Een feitelijk debat is niet mogelijk bij de Hoge Raad. De Hoge Raad is ook niet bevoegd om zelf aan de feiten en omstandigheden het oordeel te verbinden dat een decharge wel of niet verleend kan worden. Een zodanig verzuim dient dan ook steeds tot vernietiging van de voorziening in cassatie te leiden.

Dit probleem valt in de praktijk te ondervangen doordat de Ondernemingskamer alvorens een OK-bestuurder decharge te verlenen, de rechtspersoon vraagt haar opmerkingen daarover kenbaar te maken. Indien de rechtspersoon daartegen bezwaar maakt, kan de Ondernemingskamer ook de OK-bestuurder om een reactie vragen. Tegen een verleende decharge kan door de rechtspersoon vervolgens worden opgekomen in cassatie met de klacht dat deze onbegrijpelijk is, in het licht van hetgeen door de rechtspersoon naar voren is gebracht en het daartegen gevoerde verweer door de OK-bestuurder. In dat geval zal de Hoge Raad de verleende decharge op begrijpelijkheid (in het licht van de omstandigheden van het geval) kunnen toetsen.

Worden met deze rechtsmiddelen die de rechtspersoon ten dienste staan om zich te verzetten in rechte tegen een decharge door de Ondernemingskamer ook de eisen gehaald die gelden op grond van art. 6 & art. 13 EVRM? Het EHRM hanteert ten aanzien van art. 6 EVRM als uitgangspunt dat alleen wordt voldaan aan het recht op toegang tot de rechter indien men zijn vordering aan een rechter met *full jurisdiction* (zowel ten aanzien van de juridische als de feitelijke aspecten) kan voorleggen.²³⁶ In *Bryan t. Verenigd Koninkrijk* heeft het EHRM de aard van het onderwerp en de manier waarop de beslissing wordt bereikt als relevante factoren genoemd bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een voldoende mate van *full jurisdiction*.²³⁷

Ten aanzien van art 13 EVRM, dat veelal in samenhang met art. 6 EVRM wordt behandeld nu art. 6 EVRM geacht wordt een hogere graad van waarborgen te bieden dan art. 13 EVRM,²³⁸ geldt het volgende. Het is aan de verdragsstaten om ervoor te zorgen dat een effectief rechtsmiddel bestaat voor

235. Vgl. HR 30 maart 2007, NJ 2007, 293 m.nt. Maeijer (*ATR Leasing*), rov. 4.4.

236. Zie Smits 2008, p. 44.

237. EHRM 22 november 1995, appl. nr. 19178/91 (*Bryan t. Verenigd Koninkrijk*): “45. Furthermore, in assessing the sufficiency of the review available to Mr Bryan on appeal to the High Court, it is necessary to have regard to matters such as the subject-matter of the decision appealed against, the manner in which that decision was arrived at, and the content of the dispute, including the desired and actual grounds of appeal.” Welke overweging ook als uitgangspunt wordt genomen in EHRM 28 mei 2002, appl. nr. 35605/97 (*Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*), § 32.

238. Zie Smits 2008, p. 32 & 33.

HOOFDSTUK 4

(rechts)personen om een *arguable complaint* omtrent de inbreuk op een grondrecht aan de orde te kunnen stellen in rechte. De mate waarin de verdragsstaten in rechtsmiddelen dienen te voorzien is afhankelijk van de aard van de *complaint*.²³⁹

Het verlenen van een *decharge* aan een OK-bestuurder lijkt mij naar zijn aard niet een onderwerp waarvoor bijzondere rechtswaarborgen dienen te gelden.²⁴⁰ Het komt mij voor dat met de mogelijkheid te worden gehoord over het voornemen tot een *decharge*verlening en de mogelijkheid daartegen op te komen in cassatie – waarbij de Hoge Raad zal toetsen of de Ondernemingskamer in redelijkheid tot *decharge*verlening heeft kunnen besluiten – sprake is van voldoende rechtswaarborgen. Niet gezegd kan worden dat hiermee wordt achtergebleven bij hetgeen redelijkerwijze van een verdragsstaat geëist kan worden.

Mijn conclusie is dat indien de vennootschap een *arguable claim* heeft op de OK-bestuurder een *decharge*verlening door de Ondernemingskamer een inbreuk op het recht op eigendom maakt, die evenwel kan worden gerechtsvaardigd. Zolang de Ondernemingskamer de vennootschap hoort, alvorens *decharge* te verlenen wordt ook binnen de grenzen gebleven van hetgeen wordt geëist door art. 6 & 13 EVRM.

Ik teken daarbij aan dat naar het mij voorkomt de Ondernemingskamer desalniettemin slechts tot *decharge* mag overgaan voor zover er geen gerede twijfel kan bestaan over de wijze waarop de OK-bestuurder heeft gefunctioneerd.²⁴¹ Indien de vennootschap aannemelijk maakt dat daarover wel gerede twijfel kan bestaan, meen ik dat de Ondernemingskamer geen *decharge* mag verlenen. Over een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid is niet de Ondernemingskamer maar de civiele rechter bevoegd te oordelen. Wanneer een gerede twijfel bestaat over de vraag of geen sprake is geweest

239. Zie recent over de strekking van art. 13 (in samenhang met art. 6) EHRM 8 maart 2011, appl. nr. 16530/06 (*Eltari t. Albanië*): “80. The Court reiterates that Article 13 of the Convention gives direct expression to the States’ obligation, enshrined in Article 1 of the Convention, to protect human rights first and foremost within their own legal system. It therefore requires that the States provide a domestic remedy to deal with the substance of an “arguable complaint” under the Convention and to grant appropriate relief (...) 81. The scope of the Contracting States’ obligations under Article 13 of the Convention varies depending on the nature of the applicant’s complaint; the “effectiveness” of a “remedy” within the meaning of this provision does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant. At the same time, the remedy required by Article 13 must be “effective” in practice as well as in law in the sense either of preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that has already occurred (see *Burdov* (no. 2), cited above, § 97; and, *Yuriy Nikolayevich Ivanov*, cited above, § 64).”

240. Dat in deze juist minder vergaande eisen gelden zou kunnen worden opgemaakt uit EHRM 21 september 1994, appl. nr. 17101/90, NJ 1995, 463 (*Fayed t. Verenigd Koninkrijk*).

241. De maatstaf ‘arguable claim’ ziet op de situatie vóór een toetsing in rechte, de maatstaf ‘gerede twijfel’ heeft betrekking op de toetsing in rechte en is stringenter.

van onbehoorlijk bestuur en de Ondernemingskamer zou besluiten desalniettemin decharge te verlenen, beoordeelt de Ondernemingskamer *de facto* de vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid op voorhand als ongegrond. Daartoe is zij niet bevoegd.

Bij het voorgaande merk ik op dat de bevoegdheid van de algemene vergadering om een decharge te verlenen een discretionaire bevoegdheid betreft.²⁴² Een bestuurder heeft geen recht op decharge.²⁴³ De algemene vergadering doet met een decharge afstand van het recht van de rechtspersoon de bestuurder aan te spreken. De algemene vergadering is daarin geheel vrij. De Ondernemingskamer is dat niet. De bevoegdheid van de Ondernemingskamer tot het treffen van voorzieningen betreft in beginsel ook een discretionaire bevoegdheid, maar het uitoefenen van deze bevoegdheid dient wel te kunnen worden gerechtvaardigd aan de hand van de omstandigheden van het geval. De voorzieningen – en zo ook de dechargeverlening – staan uiteindelijk in de sleutel van de met de regeling van het enquêterecht beoogde sanering en herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de rechtspersoon²⁴⁴ en dienen voorts onder meer blijk te geven van een billijke afweging van de belangen van de betrokken partijen.²⁴⁵

Op grond van het bovenstaande kent de bevoegdheid tot het verlenen van decharge door de Ondernemingskamer twee belangrijke beperkingen. In de eerste plaats eist art. 6 EVRM dat de Ondernemingskamer het voornemen tot het verlenen van decharge kenbaar maakt aan de vennootschap en deze in de gelegenheid stelt daarop haar zienswijze kenbaar te maken. De tweede beperking is daarin gelegen dat indien de vennootschap aannemelijk kan maken dat er gerede twijfel kan bestaan of de OK-bestuurder zijn taken op een behoorlijke wijze heeft vervuld, de Ondernemingskamer afziet van het verlenen van decharge, teneinde de civiele rechter niet voor de voeten te lopen.

4.3.3 Afgeleide schade

4.3.3.1 De jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van afgeleide schade

Rechtspersonen kunnen zelf de bescherming inroepen van art. 1 EP.²⁴⁶ Is de rechtspersoon failliet, dan komt het klachtrecht toe aan de curator.²⁴⁷ Hoe is de

242. Het recht de bestuurder aan te kunnen spreken behoort tot de vermogensrechten van de vennootschap. Het staat de algemene vergadering vrij daar al dan niet bij voorbaat afstand van te doen.

243. Aldus de heersende leer in de literatuur. Zie Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 479, met verdere literatuurverwijzingen.

244. Vgl. HR 14 december 2007, NJ 2008, 105 m.nt. Ma (*DSM*), rov. 3.6.

245. Vgl. HR 19 oktober 2001, NJ 2002, 92 m.nt. Ma (*Skygate*), rov. 3.6.

246. Dat volgt rechtstreeks uit het bepaalde in art. 1 Eerste Protocol jo. art. 34 EVRM.

247. EHRM 24 oktober 1995, appl. nr. 14807/89 (*Agrotexim e.a. t. Griekenland*).

HOOFDSTUK 4

positie van bij de rechtspersoon betrokken derden? Rechtspersonen dienen bij uitstek als instrument – voor bijvoorbeeld aandeelhouders of leden van een vereniging – om eigendom te behouden en/of te verwerven.

Wanneer een derde onrechtmatig handelt jegens een vennootschap kan dit tot gevolg hebben dat een aandeelhouder zijn aandelen in waarde ziet dalen.²⁴⁸ Deze waardedaling van de aandelen heeft tot gevolg dat ook de aandeelhouders ‘schade’ lijden.²⁴⁹ De schade van de aandeelhouder is afgeleid van de schade die de vennootschap heeft geleden.²⁵⁰ Een aandeelhouder kan niet zelfstandig vergoeding vorderen van dergelijke ‘afgeleide schade’.²⁵¹ Deze regel is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad sinds het *Poot/ABP*-arrest.²⁵² De vennootschap zal de derde zelf kunnen aanspreken. Ontvangst van de schadevergoeding zal het vermogen van de vennootschap – en daarmee doorgaans de waarde van de aandelen – weer doen stijgen en aldus ook de aandeelhouder compenseren.²⁵³

De aandeelhouder heeft wel een zelfstandig vorderingsrecht indien de derde óók jegens de aandeelhouder een ‘specifieke zorgvuldigheidsnorm’ heeft geschonden.²⁵⁴ Ook dat is vaste jurisprudentie sinds het *Poot/ABP*-arrest.

Het kan voorkomen dat aandeelhouders schade lijden door een onrechtmatige daad van een derde jegens de vennootschap, zonder dat de vennootschap verhaal wil of kan zoeken. Kunnen de aandeelhouders in een dergelijk geval eisen dat hen op grond van het bepaalde van art. 1 EP het recht toekomt zelf een schadevergoedingsactie jegens de derde in te stellen?

248. De schade van crediteuren die na faillissement met een onverhaalbare vordering achter blijven wordt door de Hoge Raad *niet* als afgeleide schade aangemerkt. Zie HR 16 februari 2007, NJ 2007, 256 m.nt. Ma (*Tuin Beheer*), rov. 3.9. In deze overweging benadrukt de Hoge Raad dat afgeleide schade betrekking heeft op schade die men lijdt ten gevolge van een waardedaling op aandelen, welke overweging niet helemaal valt te rijmen met hetgeen is overwogen in HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 699 m.nt. Ma (*Heino Krause*), waarin de schade die de leden van een coöperatie leden, wel als ‘afgeleide schade’ werd aangemerkt. Voor de verhaalbaarheid van de schade die crediteuren lijden vanwege onverhaalbaarheid van hun vordering geldt de norm zoals geformuleerd in HR 24 september 2004, NJ 2008, 587 m.nt. C.E. du Perron.

249. Zie over de diverse deelvragen ten aanzien van het leerstuk van afgeleide schade uitvoerig de dissertatie van Kroeze (Kroeze 2004).

250. Kroeze definieert in zijn dissertatie het begrip afgeleide schade als volgt: “*de schade [is] die een aandeelhouder lijdt door een waardevermindering van zijn aandelen, wanneer en voor zover deze waardevermindering het gevolg is van schade die aan de vennootschap is toegebracht.*”, Kroeze 2004, p. 17.

251. Welke term de Hoge Raad voor het eerst gebruikte in HR 29 november 1996, NJ 1997, 178 (*Cri Cri*), rov. 3.3. Een aanspraak op schadevergoeding voor ‘afgeleide schade’ vereist een ‘piercing of the corporate veil’.

252. HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 m.nt. Ma (*Poot/ABP*). Bevestigd in o.a. HR 16 februari 2007, NJ 2007, 256 m.nt. Ma (*Tuin Beheer*).

253. Vgl. Timmerman 2006, p. 129.

254. Een voorbeeld betreft HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21 m.nt. Maeijer & Snijders (*Willemsen Beheer/NOM*).

Bij het beantwoorden van deze vraag dient in de eerste plaats onderscheid te worden gemaakt tussen de vraag wanneer men als aandeelhouder in Straatsburg ontvankelijk is met een klacht over een schending van grondrechten jegens de rechtspersoon en de vraag in hoeverre een aandeelhouder aan de jurisprudentie van het EHRM het recht kan ontleen om schadevergoeding te mogen vragen voor schade die de vennootschap heeft geleden. Dit onderscheid is van belang omdat het EHRM, naar nog zal blijken, ruimhartig is in het toelaten van klachten van aandeelhouders, wanneer zij stellen een *victim* te zijn van een schending van een verdragsrecht, maar anderzijds als uitgangspunt hanteert dat aandeelhouders geen afgeleide schade kunnen vorderen.

4.3.3.2 Ontvankelijkheid van aandeelhouders bij het EHRM

Bij de vraag of een aandeelhouder *locus standi* heeft in Straatsburg past het EHRM de zogenoemde *vehicle*-maatstaf toe. Een aandeelhouder is ontvankelijk in een klacht met betrekking tot een gedraging die is verricht jegens een vennootschap, wanneer die vennootschap kan worden beschouwd als zijn *vehicle*, en de aandeelhouder zelf ook kan stellen een *victim* te zijn van de beweerdelijke verdragsschending. Een voorbeeld betreft de zaak *Pine Valley Developments*. Daarin klaagden twee vennootschappen en een zekere Healy, de enig aandeelhouder, over het niet kunnen gebruiken van een bouwvergunning (die op naam stond van één van de vennootschappen). Het EHRM verwierp daarbij het verweer van Ierland dat de enig aandeelhouder in persoon niet ontvankelijk was.²⁵⁵

“As to the merits of the pleas, the Court would make at the outset the general observation that Pine Valley and Healy Holdings were no more than vehicles through which Mr Healy proposed to implement the development for which outline planning permission had been granted. On this ground alone it would be artificial to draw distinctions between the three applicants as regards their entitlement to claim to be “victims” of a violation.”

Voor de vraag wie kan opkomen in Straatsburg beziet het EHRM als het ware of de aandeelhouder en de vennootschap ‘vereenzelvigd’ kunnen worden.²⁵⁶ Deze benadering komt ook duidelijk naar voren in de zaak *G.J. t. Luxemburg*, waarin een man die (samen met zijn vrouw) alle aandelen bezat in een gefailleerde vennootschap in Straatsburg klaagde over de lengte van de liquidatieprocedure. De daarvoor verantwoordelijke curator diende uiteraard daarover geen klacht in namens de vennootschap. Tegen deze achtergrond werd de aandeelhouder in Straatsburg ontvangen in zijn klacht, nu het voor de vennootschap onmogelijk

255. EHRM 29 november 1991, appl. nr. 12742/87 (*Pine Valley Developments e.a. t. Ierland*), § 42. Zie ook EHRM 27 juni 2000, appl. nr. 35178/97 (*Ankarcrona/Zweden*).

256. Zie Apeldoorn 2009b, p. 253 (voetnoot 108) voor meer voorbeelden in de jurisprudentie van het EHRM.

HOOFDSTUK 4

was om een klacht in te dienen, de vennootschap eigenlijk zijn onderneming betrof en hij aldus een direct persoonlijk belang had bij zijn klacht.²⁵⁷ Deze ruimhartigheid van het EHRM is begrijpelijk, omdat anders de beweerdelijke verdragsschending door niemand aan de orde zou kunnen worden gesteld in Straatsburg.

Een ander voorbeeld daarvan betreft de zaak *Camberrow MM5 AD t. Bulgarije*, waarin de vennootschap die (vrijwel alle) aandelen hield in een bank – van wie de bankvergunning was ingetrokken – ontvankelijk werd geacht, aangezien de bank vanwege belangenconflicten niet zelf in staat was te klagen.²⁵⁸ De koers die het EHRM in deze vaart, dient aldus te worden verstaan tegen de achtergrond dat effectieve controle vanuit Straatsburg op naleving van de verdragsrechten dient te worden gewaarborgd.

Kortom: voor ontvankelijkheid van een klacht is de maatstaf de vraag of de aandeelhouder aannemelijk kan maken zelf (ook) een *victim* te zijn van de schending van een verdragsrecht, als bedoeld in art. 34 EVRM.²⁵⁹ In deze benadering maakt het EHRM geen strikt onderscheid tussen de schade van de rechtspersoon en de schade van de aandeelhouder en is het EHRM bereid door de *corporate veil* heen te kijken voor zover het de vraag betreft wie als *victim* van de schending van een verdragsrecht kan worden aangemerkt.²⁶⁰

257. EHRM 26 oktober 2000, appl. nr. 2156/93 (*G.J. t. Luxemburg*), § 23: “*The Court agrees that the liquidation proceedings concerned, as such, the limited liability company which was declared bankrupt by the Commercial Court on 14 May 1987. Furthermore, the Court recalls that disregarding a company’s legal personality as regards the question of being the “person” directly affected by the act or omission which is in issue will be justified only in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Court through the organs set up under its articles of incorporation or – in the event of liquidation – through its liquidators (cf. the Agrotexim and Others v. Greece judgment of 24 October 1995, Series A no. 330, p. 25, § 66).*”

24. *However, in the present case the company was under liquidation and the complaint brought before the Court relates to the activities of the liquidators, i.e. the official receiver and the Commercial Court. In these circumstances the Court considers that it was not possible for the company, as a legal personality, at the time, to bring the case before the former Commission. Moreover, the Court recalls that the applicant held a substantial shareholding of 90% in the company. He was in effect carrying out his business through the company and has, therefore, a direct personal interest in the subject-matter of the complaint. Therefore, the Court finds that the applicant may claim to be a victim of the alleged violation of the Convention affecting the rights of the limited liability company.*”

258. EHRM 1 april 2004, appl. nr. 50357/99 (*Camberrow MM5 AD t. Bulgarije*).

259. Ook in het bestuursrecht wordt sinds kort de lijn gehanteerd dat de enig aandeelhouder/bestuurder van een rechtspersoon die een besluit heeft aangevraagd, onder omstandigheden mag worden vereenzelvigd met het (parallele) belang van de desbetreffende rechtspersoon en dat om die reden sprake kan zijn van een belanghebbende als bedoeld in art. 1:2 Awb. Zie ABRvS 8 juni 2011, AB 2001, 217 en ABRvS 28 september 2011, AB 2011, 346 m.nt. Nijmeijer.

260. Van Apeldoorn (2009b, p. 254) merkt terecht op dat het de vraag is of de schade van de aandeelhouder hier als afgeleide schade kan worden aangemerkt.

Dat wordt evenwel anders indien de aandeelhouder zich op art. 1 EP beroept met het argument dat hij aan art. 1 EP een recht kan ontleen op het vorderen van schade die de vennootschap heeft geleden. De vraag is dan niet langer wie als een *victim* kan gelden in de zin van art. 34 EVRM – welke vraag zoals gezegd het EHRM ruimhartig beantwoordt – maar of het bepaalde in art. 1 EP meebrengt dat de aandeelhouder zelf de schade die de vennootschap heeft geleden mag vorderen. Over die vraag heeft het EHRM zich uitgelaten in *Agrotexim t. Griekenland*.

4.3.3.3 Agrotexim t. Griekenland

In *Agrotexim t. Griekenland* heeft het EHRM geoordeeld dat het bepaalde in art. 1 EP er niet aan in de weg staat dat een aandeelhouder geen afgeleide schade kan vorderen.²⁶¹ Zes aandeelhouders (waaronder de vennootschap Agrotexim) van een Griekse vennootschap (Fix Brewery) klaagden over het feit dat door tegenwerking van de Griekse autoriteiten, de vennootschap was verhinderd grond te exploiteren. Na het faillissement van de vennootschap zetten de curatoren de procedures jegens de Griekse staat die namens de vennootschap waren aangespannen om schadevergoeding te vorderen niet door. De aandeelhouders dienden een klacht in wegens schending van hun recht op eigendom, nu ook zij geen vordering konden instellen onder Grieks recht.

Anders dan de commissie achtte het EHRM de aandeelhouders niet ontvankelijk. Het EHRM gaf daarvoor twee redenen. In de eerste plaats overwoog het EHRM dat de commissie in andere zaken voor de ontvankelijkheid pleegde te beoordelen of de klagende aandeelhouder de facto vereenzelvigd kon worden met de vennootschap waarin hij aandeelhouder was en aldus ook zelf als een *victim* kon worden aangemerkt. Nu leek de commissie het standpunt te hebben ingenomen dat wanneer sprake is van een waardedaling van aandelen door een onrechtmatige gedraging jegens de vennootschap, automatisch ook sprake is van een inmenging in het recht van eigendom van

261. EHRM 24 oktober 1995, appl. nr. 14807/89 (*Agrotexim e.a. t. Griekenland*). Het EHRM verwijst in deze zaak naar de uitspraak van het ICJ van 5 februari 1970 (*Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd.*). Reports of judgments, advisory opinions and orders 1970, p. 36. Te raadplegen op <www.icj-cij.org> Het ICJ had overwogen: “44. *Notwithstanding the separate corporate personality, a wrong done to the company frequently causes prejudice to its shareholders. But the mere fact that damage is sustained by both company and shareholder does not imply that both are entitled to claim compensation. Thus no legal conclusion can be drawn from the fact that the same event caused damage simultaneously affecting several natural or juristic persons. Creditors do not have any right to claim compensation from a person who, by wronging their debtor, causes them loss. In such cases, no doubt, the interests of the aggrieved are affected, but not their rights. Thus whenever a shareholder’s interests are harmed by an act done to the company, it is to the latter that he must look to institute appropriate action; for although two separate entities may have suffered from the same wrong, it is only one entity whose rights have been infringed.*”

HOOFDSTUK 4

de aandeelhouder.²⁶² Deze maatstaf voor ontvankelijkheid van een klacht ten aanzien van art. 1 EP achtte het EHRM onaanvaardbaar.

Ten tweede achtte het EHRM het standpunt van de commissie op gespannen voet staan met het beginsel dat de nationale rechtsmiddelen door de klager moeten zijn uitgeput, wil men in Straatsburg terecht kunnen. De meeste verdragsstaten kennen namelijk geen recht voor aandeelhouders om op te komen voor rechten van de vennootschap waarin zij aandelen houden. Het is niet wenselijk tegen die achtergrond een aandeelhouder in Straatsburg wel een rechtsmiddel te gunnen.²⁶³ De relevante overweging van het EHRM is de volgende:²⁶⁴

“Concerned to reduce such risks and difficulties the Court considers that the piercing of the “corporate veil” or the disregarding of a company’s legal personality will be justified only in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs set up under its articles of incorporation or – in the event of liquidation – through its liquidators.”

Net als in het Nederlandse recht is ook in Straatsburg het uitgangspunt: geen *piercing of the corporate veil*. Daar voegt het EHRM aan toe dat uitzonderingen denkbaar zijn onder “exceptional circumstances”. Zo kan het EHRM een uitzondering maken op de geen *piercing of the corporate veil*-regel om aandeelhouders het recht te geven om een klacht in Straatsburg aanhangig te maken in gevallen de weg via de vennootschap zelf is geblokkeerd.²⁶⁵

262. EHRM 24 oktober 1995, appl. nr. 14807/89 (*Agrotexim e.a. t. Griekenland*), § 60-65.

263. Het EHRM overwoog als volgt:“(…) *To adopt the Commission’s position would be to run the risk of creating – in view of these competing interests – difficulties in determining who is entitled to apply to the Strasbourg institutions. The Commission’s view would also engender considerable problems concerning the requirement of exhaustion of domestic remedies. It may be assumed that in the majority of national legal systems shareholders do not normally have the right to bring an action for damages in respect of an act or an omission that is prejudicial to “their” company. It would accordingly be unreasonable to require them to do so before complaining of such an act or omission before the Convention institutions. Nor could, conversely, a company be required to exhaust domestic remedies itself, because the shareholders are of course not empowered to take such proceedings on behalf of “their” company.* 66. *Concerned to reduce such risks and difficulties the Court considers that the piercing of the “corporate veil” or the disregarding of a company’s legal personality will be justified only in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs set up under its articles of incorporation or – in the event of liquidation – through its liquidators. The Supreme Courts of certain member States of the Council of Europe have taken the same line.(…)*”

264. EHRM 24 oktober 1995, appl. nr. 14807/89 (*Agrotexim e.a. t. Griekenland*), § 66.

265. De in *Agrotexim* geformuleerde lijn is door het EHRM nogmaals bevestigd in EHRM 7 november 2002, appl. nr. 30417/96, JOR 2003, 112 m.nt. Vossestein, tevens behorend bij JOR 2003,111 (*Olczak t. Polen*): “§ 57. *The Court recalls that it held in the Agrotexim case (see below) that to accept the assumption that a shareholder has locus standi would engender “considerable problems” concerning the requirement of exhaustion of domestic remedies. It may be assumed that in the majority of national legal systems shareholders →*

In deze uitzonderingsregel dient echter niet meer te worden gelezen dan er staat, namelijk dat (a) slechts in uitzonderlijke gevallen door de vennootschap heen mag worden gekeken, en (b) als voorbeeld daarvan kan worden genoemd de mogelijkheid dat een aandeelhouder in Straatsburg *locus standi* kan hebben indien “it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs”. Kortom, wanneer de aandeelhouder wenst te klagen over een schending van grondrechten die heeft plaatsgevonden jegens de vennootschap en de vennootschap zelf daarover niet kan klagen. De situatie waarin het *impossible* is om te klagen via de vennootschap, refereert dus aan de vraag naar de *locus standi*, niet aan de vraag naar het eventueel bestaan van een zelfstandig recht op schadevergoeding. Het EHRM scheidt aldus de benodigde ruimte voor de hiervoor besproken *vehicle*-maatstaf.

Met name valt uit de in *Agrotexim* geformuleerde uitzonderingsregel niet af te leiden dat naar nationaal recht daadwerkelijk een recht op vergoeding van afgeleide schade zou dienen te bestaan voor een aandeelhouder, indien een verhaalsmogelijkheid door de vennootschap onmogelijk is geworden. Het EHRM heeft alleen veilig willen stellen dat een aandeelhouder wanneer de vennootschap als zijn *vehicle* kan worden beschouwd kan klagen over een schending van zijn grondrechten – in beginsel over alle grondrechten, niet noodzakelijkerwijs over art. 1 EP – bijvoorbeeld indien de curator van de vennootschap waarin hij alle aandelen houdt excessief lang doet over een liquidatie. Een dergelijk geval was aan de orde in *G.J. t. Luxemburg*.²⁶⁶ De aandeelhouder wordt dan in staat gesteld te klagen over een schending van de redelijke termijn door de curator jegens de vennootschap.

Uit de *Agrotexim*-zaak blijkt dat het EHRM in beginsel niet genegen is klachten te honoreren van aandeelhouders die menen dat hun recht op eigendom is geschonden omdat zij naar nationaal recht geen mogelijkheid hebben schade die zij ‘via de vennootschap’ hebben geleden, te verhalen.

In de volgende paragraaf zal ik onderzoeken of er situaties denkbaar zijn die het EHRM in de toekomst wellicht tot het maken van een uitzondering op deze regel zou kunnen verleiden.

do not normally have the right to bring an action for damages in respect of an act or an omission that is prejudicial to “their” company. It would accordingly be unreasonable to require them to do so before complaining of such an act or omission before the Convention institutions. Nor could, conversely, a company be required to exhaust domestic remedies itself, because the shareholders are not empowered to conduct such proceedings on behalf of “their” company (the Agrotexim and Others v. Greece judgment of 24 October 1995, Series A no. 330, pp. 25-26, §§ 68-71). In that judgment the Court concluded that “the piercing of the “corporate veil” or the disregarding of a company’s legal personality will be justified only in exceptional circumstances, in particular where it is clearly established that it is impossible for the company to apply to the Convention institutions through the organs set up under its articles of incorporation or, in the event of liquidation, through its liquidators.”

266. EHRM 26 oktober 2000, appl. nr. 2156/93 (*G.J. t. Luxemburg*).

HOOFDSTUK 4

4.3.3.4 Complicaties in ‘afgeleide schade’-situaties

Bij het leerstuk van afgeleide schade kunnen zich globaal twee soorten complicaties voordoen. In de eerste plaats kunnen zich gevallen voordoen waarin de facto geen vorderingsrecht kan worden ingesteld jegens de schadeveroorzakende derde zodat de aandeelhouder ook niet middels de vennootschap wordt gecompenseerd. De tweede situatie betreft het spiegelbeeld: gevallen waarin zowel de aandeelhouder als de vennootschap een vorderingsrecht heeft en zowel de aandeelhouder als de vennootschap deze te gelde tracht te maken.

Het volgende voorbeeld kan de eerste situatie illustreren. Een aandeelhouder dupeert zijn medeaandeelhouders door te verhinderen dat de vennootschap een vordering instelt jegens een bestuurder die zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.²⁶⁷ Een reden daarvoor kan bijvoorbeeld zijn dat de desbetreffende aandeelhouder aan de bestuurder is gelieerd. Het resultaat is een impasse. Zowel de vennootschap als de overige aandeelhouders kunnen geen vordering instellen. Indien de vennootschap niet tot het instellen van een vordering kan of wil overgaan, dwingt art. 1 EP dan tot het aanvaarden van een uitzondering op de regel dat aandeelhouders geen afgeleide schade kunnen vorderen?²⁶⁸

Bij het beantwoorden van deze vraag dient voorop gesteld te worden dat door het EHRM in de *Agrotexim*-uitspraak is benadrukt dat het bepaalde in art. 1 EP meebrengt dat de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap zoveel mogelijk moet worden gerespecteerd.²⁶⁹ Indien een bestuurder jegens de vennootschap onrechtmatig handelt valt een vordering tot schadevergoeding in het vermogen van de vennootschap. Zou een aandeelhouder een dergelijke vordering te gelde kunnen maken, dan zou de waarde van de vordering aan het vermogen van de vennootschap worden onttrokken, hetgeen in beginsel onwenselijk is. Bij de vraag of een uitzondering op dit uitgangspunt moet worden aanvaard, zal het EHRM naar verwachting meewegen in hoeverre een aandeelhouder andere rechtsmiddelen ten dienste staan om de onwillige vennootschap tot actie te bewegen om de vordering te gelde te maken.

In het Nederlandse recht zijn verschillende rechtsmiddelen voorhanden. In de eerste plaats is het mogelijk dat de voorzieningenrechter in kort geding wordt gevraagd (het bestuur van) de vennootschap te bevelen een procedure aanhangig te maken.²⁷⁰ Ook kan een aandeelhouder – wanneer hij aan de daartoe gestelde eisen voldoet – de Ondernemingskamer verzoeken een

267. Zie hierover Van der Sangen 2002.

268. Zonder art. 1 EP te noemen, komt de rechtbank 's-Gravenhage tot deze conclusie in een uitspraak van 12 juli 2000 en 14 februari 2001, JOR 2001, 90 m.nt. Kroeze. Zie over deze uitspraak ook Van der Sangen 2002.

269. EHRM 24 oktober 1995, appl. nr. 14807/89 (*Agrotexim e.a. t. Griekenland*), § 66.

270. Ook zal een aandeelhouder bijvoorbeeld in kort geding kunnen vorderen dat de vennootschap de litigieuze vordering op de bestuurder aan hem zal cederen op straffe van een dwangsom.

enquête-onderzoek te gelasten.²⁷¹ In dat geval kan tevens om een onmiddellijke voorziening worden verzocht.²⁷² Een aandeelhouder kan bijvoorbeeld vragen een bestuurder te schorsen of een extra bestuurder te benoemen.

Een bijzondere situatie doet zich voor indien de vordering in het vermogen valt van een vennootschap die in staat van faillissement verkeert. Die situatie deed zich voor in *Agrotexim*. Uit deze uitspraak blijkt dat de omstandigheid dat een vennootschap failliet is en de curator weigert een vordering in te stellen geen *piercing of the corporate veil* rechtvaardigt. Kan daardoor voor de aandeelhouder een lacune ontstaan in zijn verhaalsmogelijkheden voor de door hem geleden (afgeleide) schade?

Het komt mij voor dat zulks niet het geval is. In de eerste plaats kan een aandeelhouder de voorzieningenrechter in een kort geding vragen de curator op te dragen een vordering in te stellen.²⁷³ Een aandeelhouder zou ook (eventueel subsidiair) de rechter kunnen vragen de curator te bevelen medewerking te verlenen aan een cessie van de vordering aan de aandeelhouder(s).²⁷⁴ Indien de curator zijn weigering een vordering in te stellen motiveert met een stelling die erop neerkomt dat de vordering zijns inziens onvoldoende kans van slagen (of waarde) heeft om een actie in te stellen, dan zal een curator doorgaans ook weinig bezwaren kunnen opwerpen tegen het verzoek de vordering voor een gering bedrag te cederen.²⁷⁵

Op grond van het bovenstaande kom ik tot de conclusie dat er over het algemeen voldoende mogelijkheden aanwezig moeten worden geacht voor een aandeelhouder om door middel van rechterlijke tussenkomst het instellen van een vordering door de vennootschap of de curator af te dwingen.²⁷⁶ Het EHRM zal dat meewegen bij de beoordeling van de vraag of – naar nationaal recht – een uitzondering op de regel had moeten worden gemaakt, dat aandeelhouders (jegens wie geen specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden) geen afgeleide schade kunnen vorderen. In het licht van de hiervoor geschetste mogelijkheden die aandeelhouders ten dienste staan in het Nederlandse recht, lijkt zich niet snel een situatie te kunnen voordoen die ertoe kan leiden dat het EHRM zal oordelen dat de afwezigheid van de mogelijkheid voor een aandeelhouder om zelfstandig afgeleide schade te kunnen vorderen een schending oplevert van art. 1 EP.

271. Art. 2:345 BW. Art. 2:346 BW eist dat een aandeelhouder een belang heeft van ten minste 10% of recht heeft op ten minste EUR 225.000 van het nominale aandelenkapitaal.

272. Art. 2:349a BW.

273. Art. 69 Fw geeft iedere schuldeiser de mogelijkheid op te komen tegen beslissingen van de curator, bij de rechter-commissaris. Een aandeelhouder heeft die mogelijkheid niet op grond van art. 69 Fw.

274. De curator zal – indien hij weigert een vordering in te stellen – zich daarmee op het standpunt stellen dat de vordering onvoldoende kans van slagen (of waarde) heeft om een actie in te stellen. De curator zal in dat geval weinig bezwaren kunnen opwerpen tegen het verzoek de vordering tegen een gering bedrag te cederen, zo komt mij voor.

275. Hetgeen uiteindelijk ook is gebeurd in de casus die ten grondslag lag aan het *Poot/ABP*-arrest, aldus Kroeze (Kroeze 2004, p. 71).

276. Anders Assink 2012, p. 340.

HOOFDSTUK 4

4.3.3.5 Samenlooppromblemen bij een actie van zowel de aandeelhouder als de vennootschap

Indien de schadeveroorzakende derde bij zijn handelen zowel onrechtmatig jegens de vennootschap heeft gehandeld, als een specifieke zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden jegens een aandeelhouder, is het denkbaar dat zowel de desbetreffende aandeelhouder als de vennootschap bij deze derde zullen aankloppen voor schadevergoeding. Bezien dient te worden in hoeverre de beide vorderingen met elkaar in conflict kunnen komen.

Indien een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden jegens de aandeelhouder is sprake van een als zelfstandig te beschouwen onrechtmatige daad van de laedens jegens de aandeelhouder. De schade die de aandeelhouder in een dergelijk geval kan vorderen is de schade die hem op grond van Boek 6, Titel 1, Afdeling 10 toekomt.²⁷⁷

Het is in dit verband goed om in het oog te houden dat niet iedere ‘waardedaling van aandelen’ gekwalificeerd kan worden als afgeleide schade. Daarvan is alleen sprake indien de schade (de waardedaling van de aandelen) het gevolg is van een onrechtmatige daad (of wanprestatie) jegens de vennootschap en niet ook jegens de aandeelhouder. Indien een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden jegens de aandeelhouder, met bijvoorbeeld als gevolg dat de aandeelhouder zijn aandelen voor een lagere prijs heeft moeten verkopen, is in zoverre geen sprake van afgeleide schade.²⁷⁸ Zulks is ook erkend door het EHRM.²⁷⁹

277. De artikelen 6:95 tot en met 6:110 BW.

278. Wanneer sprake is van een onrechtmatige daad jegens de vennootschap en ook een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden jegens de aandeelhouder, komt de vraag aan de orde of de waardedaling van de aandelen die een aandeelhouder vordert nog als ‘afgeleide schade’ kan worden aangemerkt. Ik geef er de voorkeur aan om in dergelijke gevallen de schade van de aandeelhouder niet als afgeleide schade aan te merken, nu grondslag van de vordering een geheel andere is dan bij een zuivere afgeleide schade actie (zie de conclusie van A-G Hartkamp onder HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 699 m.nt. Ma (*Heino Krause*), onder 5. Nu jegens de aandeelhouder zelfstandig sprake is van een onrechtmatige gedraging, heeft deze de bevoegdheid alle door hem geleden schade die daarmee in een voldoende causale relatie staat uit eigen hoofde te vorderen (conform art. 6:98 BW). De term afgeleide schade suggereert in een dergelijk geval ten onrechte dat de aandeelhouder schadevergoeding vordert van door de vennootschap geleden schade. Overigens lijkt een meerderheid van auteurs het begrip afgeleide schade breder te willen verstaan (zie Assink 2012, p. 319 e.v. die een fraai overzicht geeft van de standpunten). Zij duiden ook de schade die de aandeelhouder als ‘eigen’ schade (door de Hoge Raad wordt deze schade doorgaans aangeduid als rechtstreekse schade, zie HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 699 m.nt. Ma (*Heino Krause*), rov. 3.5) kan claimen aan als ‘afgeleide schade’. Vgl. de voordracht van Kroeze op het Van der Heijden congres 2011, kenbaar uit het verslag van Barneveld (2012, p. 328).

279. In de zaak *Olczak t. Polen* klaagt Olczak over het kwijtraken van zijn aandelenbelang in een Poolse bank die in financiële problemen was gekomen. De bewindvoerders hadden het aandelenbelang van Olczak eerst sterk doen verwateren door nieuwe aandelen uit te geven. Vervolgens werden zijn aandelen ingetrokken. Onder herhaling van het uitgangspunt dat geen recht op vergoeding van afgeleide schade wordt erkend, overweegt het EHRM →

De zaak *Kessock/S.F.T. Bank* kan het voorgaande illustreren.²⁸⁰ In die zaak was sprake van een bank die plotseling de kredietlijn van een vennootschap had bevroren in strijd met eerder jegens de (directeur/)grootaandeelhouder Kessock gewekte verwachtingen.²⁸¹ Na de opzegging van het krediet heeft Kessock zijn aandelen verkocht, maar daarvoor aanmerkelijk minder ontvangen dan voor de opzegging van het krediet was geboden.²⁸² De Hoge Raad oordeelde dat het hof had verzuimd te onderzoeken of de bank – door het plotseling beëindigen van de kredietfaciliteit in strijd met eerder gewekte verwachtingen – een (specifieke) zorgvuldigheidsnorm jegens de directeur/grootaandeelhouder had geschonden.²⁸³ Hoewel de Hoge Raad dat niet met zoveel woorden tot uitdrukking brengt komt het mij voor dat de door Kessock gevorderde waardedaling van zijn aandelen geen ‘afgeleide’ schade betreft, nu Kessock door het (beweerdelijke) onrechtmatig handelen van de bank rechtstreeks in zijn vermogen wordt getroffen.²⁸⁴

Bedacht dient voorts te worden dat het, in een geval als dit, ook heel wel mogelijk is dat de bank jegens de vennootschap niet onrechtmatig heeft gehandeld door de kredietlijn te bevroren. Voor de omvang van de vordering van de aandeelhouder doet in beginsel ook niet ter zake of ook onrechtmatig jegens de vennootschap is gehandeld. Alleen indien de aandeelhouder een deel

vervolgens dat anders dan in *Agrotexim* de schade van Olczak geen ‘afgeleide schade’ betreft omdat de door de bewindvoerders getroffen maatregelen – de intrekking van de aandelen – rechtstreeks zijn rechten als aandeelhouder raakten (§ 58): “*However, the Court observes, firstly, that the present case can be distinguished from Agrotexim in one important way: the nature of the measures taken in the latter case, i.e. the prohibition to build and the institution of expropriation proceedings were such that it was the company itself which was the direct victim. In the present case, the measures complained of consisted of the cancellation of certain shares, including those belonging to the applicant; they were thus directly aimed at the applicant’s rights as a shareholder. Accordingly, it was the applicant’s rights protected by Article 1 of Protocol No. 1 which were directly affected. Moreover, in the Agrotexim case the measures complained of were to the detriment of the company, whereas in the present case their purpose was, on the contrary, to prevent the bank from becoming insolvent. Consequently, the bank was to benefit from them, whereas the applicant’s interests suffered.*”

280. HR 2 november 2007, NJ 2008, 5, m.nt. Ma (*Kessock/S.F.T. Bank NV*).

281. In deze zaak was Kessock (de directeur/grootaandeelhouder) eerst door de bank overgehaald om extra geld in de vennootschap te storten (in ruil voor een kwijtschelding van een deel van de schuld) en bevroor de bank de kredietlijn direct na ontvangst van het geld. Aldus handelde de bank in strijd handelend met de gerechtvaardigde verwachting van Kessock dat na een extra kapitaalstorting de bestaande kredietlijn niet zou worden bevroren, zo had Kessock in feitelijke instanties betoogd.

282. HR 2 november 2007, NJ 2008, 5, m.nt. Ma (*Kessock/S.F.T. Bank NV*).

283. Het Gemeenschappelijke Hof van de Nederlandse Antillen en Aruba had de door Kessock gevorderde schade – de waardedaling van zijn aandelen – mijns inziens abusievelijk als afgeleide schade aangemerkt. Zie mijn bespreking van het *Kessock/S.F.T. Bank NV* (Schild 2007a).

284. Dezelfde situatie deed zich voor in HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 m.nt. Ma (*Kip/Rabobank*).

HOOFDSTUK 4

van zijn schade door een waardestijging van de aandelen na het te gelde maken van de vordering door de vennootschap weer in zijn vermogen kan zien vloeien ontstaat een samenloopprobleem. In dat geval ontvangt de aandeelhouder niet alleen rechtstreeks een vergoeding van zijn schade, maar profiteert hij daarnaast ook van de waardevermeerdering van zijn aandelen na ontvangst van de schadevergoeding door de vennootschap.

Het bovenstaande samenloopprobleem doet zich alleen voor in het geval de aandeelhouder die verhaal zoekt voor zijn eigen schade, nog steeds aandeelhouder in de vennootschap is. Vermoedelijk laat in een dergelijk geval dit samenloopprobleem zich veelal oplossen door de omvang van de vergoeding van de aandeelhouder pas vast te stellen nadat duidelijkheid zal bestaan over de vraag of en in welke omvang de vennootschap schadevergoeding zal ontvangen. Voor de begroting van de schade van de aandeelhouder is immers inzicht vereist in de mate waarin de vennootschap erin zal slagen compensatie te ontvangen. Het ligt voor de hand in een dergelijk geval zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de (voor crediteuren in een faillissementssituatie) geformuleerde regel uit het *Lunderstädt/De Kok*-arrest dat het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan meebrengen dat indien ook de curator, op grond van hetzelfde feitencomplex, een vordering uit onrechtmatige daad geldend maakt jegens de laedens, eerst op deze vordering en vervolgens pas op die van de individuele schuldeiser wordt beslist.²⁸⁵ Zulks brengt mee dat eerst de vordering die uit naam van de vennootschap is ingesteld zal moeten worden behandeld en de vordering van de aandeelhouder – althans de schadebegroting – zal moeten worden aangehouden tot de vordering van de vennootschap is afgewikkeld en de omvang van de schade van de aandeelhouder meer inzichtelijk is geworden.

De mogelijkheid dat zich samenloopproblemen kunnen voordoen, heeft in de literatuur de vraag opgeroepen of een schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm voldoende is voor het vestigen van aansprakelijkheid jegens de aandeelhouder of dat er dienaangaande nog aanvullende eisen (zouden moeten) gelden.²⁸⁶ Zo heeft bijvoorbeeld Kroeze in zijn proefschrift betoogd dat in afgeleide schade situaties aan de aandeelhouder het recht om schadevergoeding te vorderen dient te worden onthouden, indien daardoor sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van het vennootschapsrecht.²⁸⁷

285. Rov. 3.4.5.

286. Kroeze 2004, p. heeft in dit verband ervoor gepleit om als maatstaf te hanteren dat indien een vordering van de aandeelhouder het vennootschapsrecht op 'onaanvaardbare wijze doorkruist' deze de aandeelhouder dient te worden onthouden. Zie over de vraag of in het voorkomende geval wellicht nog een extra criterium nodig is – naast de eis dat een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden – teneinde samenloopproblemen te voorkomen ook vgl. Van Wijk 2008 en Veenstra 2008.

287. Kroeze 2004, p. 64-66.

Vooralsnog zie ik nog niet, in welke situaties een dergelijk aanvullend criterium uitkomst zou kunnen bieden. Maar aangenomen dat een zodanige situatie zich zou voordoen, dan kan in een dergelijk geval de vraag ontstaan in hoeverre art. 1 EP zich ertegen verzet dat aan de aandeelhouder – jegens wie alsdan een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden – het recht op schadevergoeding geheel of gedeeltelijk wordt onthouden. In een dergelijk geval is de aandeelhouder immers rechtstreeks in zijn vermogen aangetast door de laedens. Het aan de aandeelhouder onthouden van een recht om door hem zelfstandig geleden schade (die ook kan bestaan uit bijvoorbeeld het niet kunnen realiseren van een goede verkoopprijs voor zijn aandelen) te vorderen, betreft een inmenging op het ongestoorde genot van zijn eigendom.

Eenzijds is het vanuit het oogpunt van art. 1 EP bezien bezwaarlijk de aandeelhouder (gedeeltelijk) zijn aanspraak op schadevergoeding te ontzeggen, indien daar niet een voldoende draagkrachtige rechtvaardiging voor te vinden is.²⁸⁸ Anderzijds zal naar verwachting het EHRM begrip hebben voor de toepassing van een correctie-maatstaf – zoals de ‘onaanvaardbare doorkruising van het vennootschapsrecht’ zoals door Kroeze is voorgesteld – wanneer in de omstandigheden van het geval ook daadwerkelijk kan worden aangetoond dat de aandeelhouder geen vorderingsrecht dient toe te komen, aangezien dat tot onaanvaardbare consequenties aanleiding zou geven. In een dergelijk geval zal dan kunnen worden betoogd dat er een algemeen belang is dat de inmenging in het eigendomsrecht kan rechtvaardigen.²⁸⁹

In het licht van de mogelijkheden die er bestaan om samenloopproblemen op te lossen op een praktische wijze, komt het mij vooralsnog voor dat er in de praktijk geen behoefte bestaat aan een aanvullend criterium, naast het vereiste van de schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm. Wellicht echter dat ooit het tegendeel zal blijken, op welk moment ook de eisen die voortvloeien uit art. 1 EP actueel zullen worden.

4.3.4 De blokkeringsregeling

Een voorbeeld van regulering van eigendomsrechten geeft art. 2:195 lid 2 BW dat de vrije overdraagbaarheid van aandelen in een BV beperkt. Op grond van

288. Zo ook Veenstra 2008, die daarbij verwijst naar de overweging van de Hoge Raad in het *Lunderstädt/De Kok*-arrest (in rov. 3.4.4) dat de bevoegdheid van de curator om ten behoeve van door de gefailleerde benadeelde schuldeisers een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen tegen de laedens, er niet aan in de weg staat dat die schuldeisers de aan hen toekomende vordering zelf in rechte geldend maken. Een andersluidend oordeel zou volgens de Hoge Raad een wettelijke grondslag vereisen, mede in verband met het bepaalde in art. 1 EP.

289. De wettelijke grondslag voor het aan de aandeelhouder onthouden van de mogelijkheid zelfstandig geleden schade te vorderen dient dan te worden gevonden in de redelijkheid en billijkheid als corrigerend mechanisme (6:2 BW).

HOOFDSTUK 4

deze bepaling dienen de statuten van een besloten vennootschap een blokkeringsregeling te bevatten. De blokkeringsregeling dient ofwel te bepalen dat voor een voorgenomen overdracht de goedkeuring van een orgaan van de vennootschap is vereist, ofwel dat de aandelen eerst dienen te worden aangeboden aan de overige aandeelhouders.²⁹⁰ De ‘flex-BV’ zal overigens geen verplichte blokkeringsregeling meer kennen.²⁹¹

Een blokkeringsregeling betreft een belemmering van het eigendomsrecht.²⁹² Kan deze inmenging worden gerechtvaardigd? In *Cesnieks t. Letland* heeft het EHRM overwogen dat een belemmering om een aandeel te kunnen overdragen²⁹³ in een *société commerciale*, weliswaar een inmenging betreft op het recht van eigendom van de aandeelhouder, maar in beginsel steeds zullen kunnen worden gerechtvaardigd vanwege het economische doel dat ermee wordt gediend (instandhouding van de vennootschap), tenzij sprake is van een willekeurige of onrechtvaardige benadeling van één groep van betrokkenen ten gunste van een andere groep.²⁹⁴

Over de Nederlandse regeling kan worden opgemerkt dat de wetgever heeft getracht de inmenging niet groter te laten zijn dan noodzakelijk voor het

290. Art. 2:195 leden 4 en 5 BW.

291. *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 49 & 50.

292. Men zou het aandeel in een besloten vennootschap ook als een recht kunnen beschouwen van eigen aard, waarbij uit de eigen aard reeds voortvloeit dat het aandeel niet vrij verhandelbaar is, zodat voor wat betreft de blokkeringsregeling niet van een ‘inmenging’ op het recht kan worden gesproken, maar blijkt hetgeen het EHRM heeft overwogen in EHRM 12 december 2002, appl. nr. 56400/00, JOR 2003, 224 m.nt. Vossetein (*Cesnieks t. Letland*), lijkt het EHRM deze opvatting niet te delen.

293. Dat was althans de context van de overweging. De overweging zelf refereert niet aan een blokkeringsregeling als zodanig: “*En revanche, la Cour estime que les dispositions de droit commercial imposant une gestion concertée du capital et restreignant la liberté d’action des détenteurs des parts sociales individuelles constituent une « réglementation de l’usage des biens. »*”

294. EHRM 12 december 2002, appl. nr. 56400/00, JOR 2003, 224 m.nt. Vossetein (*Cesnieks t. Letland*): “*La Cour relève que l’article 26 § 1 de la loi sur les sociétés coopératives laisse à chaque entreprise la possibilité de définir, dans ses statuts, les conditions et les modalités d’aliénation des parts de son capital, alors que l’article 34 de la loi sur les sociétés anonymes instaure un droit de préemption des actions au profit des coassociés et définit une procédure particulière à suivre à cet effet. La Cour rappelle que des dispositions similaires, ayant pour but de préserver la viabilité de l’entreprise et donc de protéger les droits des autres actionnaires, existent dans la plupart des Etats parties à la Convention. Indispensables à la vie en société sous un régime d’économie libérale, elles ne sauraient en principe être considérées comme contraires à l’article 1 du Protocole no 1 (voir Kind c. Allemagne (déc.), no 44324/98, 30 mars 2000, non publiée). Cependant, la Cour ne peut pas se dispenser de s’assurer qu’en réglementant les effets des rapports entre particuliers au sein d’une société commerciale, le législateur n’introduit pas entre eux un déséquilibre tel qu’il aboutirait à dépouiller arbitrairement et injustement une personne au profit d’une autre (voir, mutatis mutandis, Sporrang et Lönnroth c. Suède, arrêt du 23 septembre 1982, série A no 52, p. 26, § 69).”*

nagestreefde doel. Zo geldt op grond van art. 2:195 lid 8 BW dat een beperking van de overdraagbaarheid niet zodanig mag zijn dat een overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt. Voorts vereist art. 2:195 lid 4 BW dat een blokkeringsregeling erin voorziet dat indien het tot goedkeuring bevoegde orgaan de gevraagde goedkeuring weigert, deze verplicht is om opgave te doen van één of meer gegadigden die bereid zijn de aandelen waarop het verzoek om goedkeuring betrekking heeft tegen contante betaling te kopen, waarbij de aandeelhouder er recht op heeft de waarde te laten vaststellen door een onafhankelijke deskundige.²⁹⁵

Gelet op het voorgaande lijkt het vereiste dat de statuten een blokkeringsregeling dienen te bevatten niet disproportioneel te achten.²⁹⁶ Voeg daaraan toe de grote mate van vrijheid die de verdragsstaten toekomt het eigendom te reguleren, indien het algemeen belang dat vereist, en men kan slechts concluderen dat deze bepaling niet op gespannen voet staat met art. 1 EP.

4.3.5 De geschillenregeling

Op 1 januari 1989 is de geschillenregeling ingevoerd (artt. 2:335 – 343 BW). Deze heeft ten doel het *definitief* opheffen van een situatie waarin door tegenstellingen tussen aandeelhouders de samenwerking in de vennootschap onmogelijk is of dreigt te worden.²⁹⁷ De geschillenregeling is volgens de minister vooral van belang wanneer de tegenstellingen tussen aandeelhouders leiden tot verlamming van de besluitvorming binnen de vennootschap. Anders dan bij het enquêterecht gaat het bij de geschillenregeling om het doorbreken van een impasse door de gedwongen en definitieve verwijdering van aandeelhouders.²⁹⁸

295. Art. 2:195 lid 6 BW. Lid 5 geeft een vergelijkbare regeling voor het geval de statuten voorzien in een ‘aanbiedingsplicht’ in plaats van een goedkeuringsregeling.

296. Art. 2:195 lid 8 BW bepaalt dat een blokkeringsregeling niet zodanig mag zijn dat overdracht onmogelijk dan wel uiterst bezwaarlijk wordt.

297. *Kamerstukken II*, 1984/85, 18 904, nr. 3, p. 8.

298. De doelstellingen van de geschillenregeling en het enquêterecht kunnen overigens wel parallel lopen, zo blijkt uit de toelichting (*Kamerstukken II*, 1984/85, 18 904, nr. 3, p. 8): “*Er zijn dan ook gevallen denkbaar dat aandeelhouders zowel op grond van het enquêterecht als op grond van de geschillenregeling kunnen optreden. Deze samenloop levert geen bezwaar op. Het is in dit verband interessant te zien, dat in een aantal gevallen reeds toevlucht is gezocht en gevonden in de toepassing van het enquêterecht waar het probleem lag in onoverbrugbare tegenstellingen tussen aandeelhouders (...). Uit van de ondernemingskamer verkregen gegevens blijkt, dat de meeste enquêtezaken die bij deze kamer zijn aangebracht betrekking hebben op besloten vennootschappen, waarin de aandeelhouders/directeuren onenigheid hebben en waarin de enige goede oplossing om aan de moeilijkheden een einde te maken is gelegen in een overdracht van aandelen. In vele gevallen kon als resultaat van de bemoeiingen van de ondernemingskamer een dergelijke overdracht tot stand worden gebracht, doch de ondernemingskamer kan deze thans niet dwingend voorschrijven. In →*

HOOFDSTUK 4

Op grond van art. 2:336 lid 1 BW kan een aandeelhouder die alleen of met anderen ten minste één derde van het geplaatste kapitaal aan aandelen houdt, een vordering tot uitstoting jegens een andere aandeelhouder instellen indien die aandeelhouder door zijn gedraging het belang van de vennootschap zodanig schaadt dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld.²⁹⁹ Een aandeelhouder kan op grond van de geschillenregeling ook verlangen dat zijn aandelen worden overgenomen door de overige aandeelhouder(s), indien het voorzitten van zijn aandeelhouderschap niet redelijkerwijze kan worden gevegd.³⁰⁰

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een uitstoting niet in strijd is met art. 1 EP.³⁰¹ Daarbij heeft Hoge Raad overwogen dat het voortduren van permanente conflictsituaties in kapitaalvennootschappen zozeer in strijd kan komen met het algemeen belang dat verbonden is aan een goed functionerend bedrijfsleven, dat de wetgever op goede gronden van oordeel kon zijn dat de geschillenregeling noodzakelijk was *in the general interest*. Het belang bij ongestoord aandelenbezit van de aandeelhouder ‘die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld’ moet wijken voor het overeenkomstige belang van de andere aandeelhouder(s), aldus de Hoge Raad.³⁰² Voorts wijst de Hoge Raad erop dat de geschillenregeling met een tweetal essentiële waarborgen is omkleed. In de eerste plaats moet een (onafhankelijke) rechter vaststellen dat van de hiervoor genoemde, aan de aandeelhouder toe te rekenen gedragingen sprake is. In de tweede plaats dient aan de aandeelhouder de na deskundigenbericht door de rechter vastgestelde waarde van de aandelen te worden vergoed.

bepaalde zaken heeft de weigering van partijen aan een overdracht mee te werken ertoe geleid dat de ondernemingskamer de rechtspersoon heeft moeten ontbinden. De voorgestelde regeling valt in drie onderdelen uiteen, namelijk een regeling van de gedwongen overdracht van aandelen door een aandeelhouder die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld, een regeling van gedwongen overname van aandelen van een aandeelhouder die door gedragingen van een of meer mede-aandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevegd en voorts is een regeling van gedwongen overgang van stemrecht op aandelen opgenomen ingeval er stemgerechtigde vruchtgebruikers en pandhouders van aandelen zijn.”

299. Op grond van art. art. 2:342 BW kan voorts van pandhouders en vruchtgebruikers die stemrechten kunnen uitoefenen worden verlangd dat zij deze overdragen.

300. Art. 2:343 BW.

301. HR 8 december 1993, NJ 1994, 273 (*Van den Berg*). A-G Van Soest gaat in zijn conclusie voor dit arrest uitvoerig in op de verhouding van de uitkoopregeling tot art. 1 EP. Zie voorts Bulten 2011, p. 40-41.

302. Rov. 4.2.

In het licht van de grote mate van vrijheid die het EHRM de wetgever gunt bij het bepalen van hetgeen in het algemeen belang moet worden geacht, de ruime marge die de verdragsstaten wordt gegund bij de vraag of sprake is van een *fair balance* en ten slotte de rechtswaarborgen die de geschillenregeling kent, valt weinig af te dingen op het oordeel van de Hoge Raad.³⁰³

Een nog niet definitief beantwoord punt betreft de vraag of de geschillenregeling in een kort geding-procedure analoog valt toe te passen. De meningen in de literatuur zijn hierover verdeeld.³⁰⁴ Een vraag die zich in dat verband voordoet is of een analoge toepassing van de geschillenregeling niet zodanig afbreuk doet aan de rechtsbeschermingsmogelijkheden dat zich de situatie kan voordoen dat Nederland tegen een veroordeling in Straatsburg zou kunnen aanlopen vanwege het schenden van de positieve verplichting om onder art. 1 EP te voorzien in een adequate rechtsbescherming. Het kwetsbare punt in deze is de omstandigheid dat de geschillenregeling dwingendrechtelijke voorschriften kent, die in een kort geding-procedure worden omzeild. Zo geldt in de reguliere geschillenregeling bijvoorbeeld het verbod om het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

Het komt mij echter voor dat het belang om in spoedeisende gevallen snel te kunnen handelen, een werkwijze kan rechtvaardigen waarbij de wettelijke bepalingen met betrekking tot de geschillenregeling zoveel als mogelijk van toepassing worden geacht en slechts buiten toepassing worden gelaten indien de vereiste spoed daar in de weg aan staat. Het patroon in de jurisprudentie van het EHRM lijkt er met name op te zijn gericht burgers te beschermen tegen een willekeurige uitoefening van bevoegdheden door organen, of een wijze van uitoefening die redelijkerwijs niet voorzienbaar was. Tegen deze achtergrond ligt het niet voor de hand dat het EHRM een analoge toepassing van de

303. Op de huidige geschillenregeling bestaat veel kritiek, hetgeen ook door de wetgever is onderkend, zie *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 17. Het wetsvoorstel Flexibilisering van het BV-recht voorziet in een ingrijpende wijziging van de bestaande procedure, waarbij met name een versnelling van de bestaande procedure is beoogd. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in de introductie van een vereenvoudigde procedure voor gevallen waarin partijen het alleen nog oneens zijn over de hoogte van de prijs die voor de aandelen moet worden betaald, welke regeling zal worden opgenomen in art. 2:343c BW. Zie Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 700. Het wetsvoorstel Flexibilisering van het BV-recht omvat geen voorstellen met betrekking tot de geschillenregeling die op gespannen voet staan met de positieve verplichtingen die voortvloeien uit art. 1 EP.

304. Zie voor een overzicht Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 724. Voor een uitvoerige bespreking van dit onderwerp, zie de dissertatie van Bulten (2011) p. 341 e.v. Bulten pleit voor de introductie in het enquêterecht van de voorziening tot een gedwongen (definitieve) overdracht van aandelen, waarbij zij ook ingaat op de eisen die voortvloeien uit art. 6 EVRM en art. 1 EP. Zie Bulten 2011, p. 321. Het wetsvoorstel tot herziening van het enquêterecht voorziet niet in de introductie van deze mogelijkheid. Schouten (2009, p. 531) heeft terecht erop gewezen dat het enquêterecht in de huidige opzet vanuit het oogpunt van art. 1 EP niet voorziet in voldoende rechtswaarborgen waar het gaat om het uitstoten van aandeelhouders. Zo ontbreekt een prijsbepaling van de aandelen door deskundigen.

HOOFDSTUK 4

geschillenregeling in kort geding in uitzonderlijke situaties zal aanmerken als een uitoefening van staatsmacht zonder dat daarvoor een voldoende specifieke wettelijke grondslag bestaat. De gedachte dat de kort geding-rechter daartoe niet bevoegd zou zijn, berust naar de kern genomen op de opvatting dat daarmee sprake is van een onaanvaardbare doorkruising van de reguliere geschillenregeling. Zolang een analoge toepassing van de geschillenregeling in kort geding zich zal beperken tot duidelijke spoedgevallen, is daarvan geen sprake. Er is dan geen conflicterend, maar een complementair systeem van rechtsbescherming. Aandeelhouders kunnen daarmee rekening houden. De eisen van *precision*, *foreseeability* en *accessibility* zijn verder niet in het geding. Cruciaal is mijns inziens met name dat de betrokken aandeelhouder(s) de prijs voor hun aandelen op een *faire* wijze zien worden bepaald.

4.3.6 De uitkoopregeling

Een – of wellicht beter *het* – voorbeeld van ontneming van eigendom vormt de uitkoopprocedure.³⁰⁵ De artikelen 2:92a en 2:201a BW bepalen dat een houder van ten minste 95% van het geplaatste aandelenkapitaal, het recht heeft de minderheidsaandeelhouders uit te kopen.³⁰⁶ Blijkens de wetsgeschiedenis heeft de wetgever dit recht aan de meerderheidsaandeelhouder gegeven, omdat in dergelijke gevallen het belang van de minderheidsaandeelhouders niet opweegt tegen het belang van de meerderheidsaandeelhouder bij voortdurende belast te blijven met de aanwezigheid van de minderheidsaandeelhouders.³⁰⁷ De aanwezigheid van de minderheidsaandeelhouders kan bijvoorbeeld een gewenste vennootschappelijke integratie belemmeren en de vorming van een fiscale eenheid belemmeren.³⁰⁸ Omgekeerd geldt dat aandeelhouders met een pakket

305. Zie over de uitkoopprocedure uitgebreid Asser-Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nrs. 678 tot en met 698.

306. Ter implementatie van de dertiende EG-richtlijn (Richtlijn 2004/25/EG) zijn in 2007 de artikelen 2:359c en 2:359d ingevoerd. Deze bepalingen strekken ertoe minderheidsaandeelhouders te kunnen uitkopen na een openbaar bod. De procedure die in deze bepalingen is op hoofdlijnen dezelfde als voorgeschreven in 'reguliere' uitkoopprocedure. Bijzonder is wel dat ook certificaten kunnen worden uitgekocht na een openbaar bod.

307. *Kamerstukken I*, 1987/88, 18 904, nr. 41a, p. 1.

308. De aanwezigheid van minderheidsaandeelhouders vereist ook dat het bestuur bij voortdurende het belang van de minderheidsaandeelhouder in het beleid betreft. Ten opzichte van minderheidsaandeelhouders geldt volgens de Hoge Raad onder omstandigheden een speciale zorgvuldigheidsplicht, zie HR 1 maart 2002, NJ 2002, 296 (*Zwagerman beheer*), rov. 3.4. Ook bemoeilijkt de aanwezigheid van de minderheidsaandeelhouders bijv. het aangaan van een fiscale eenheid of het uitvoeren van een fusie.

van minder dan 5% niet op grond van de uitkoopregeling van de meerderheidsaandeelhouder mogen verlangen dat hij hen uitkoopt.³⁰⁹

De Hoge Raad heeft over de uitkoopregeling in algemene zin overwogen dat deze niet in strijd is met het bepaalde in art. 1 EP.³¹⁰ In gelijke zin heeft de Ondernemingskamer een betoog dat art. 2:92a BW onverbindend is omdat het artikel onverenigbaar zou zijn met art. 1 EP verworpen.³¹¹ Ook de wetgever kende geen twijfels over de verenigbaarheid van de uitkoopprocedure met art. 1 EP.³¹²

Op zichzelf beschouwd is de uitkoopregeling ook zonder meer verenigbaar te achten met art. 1 EP. In de eerste plaats is er een duidelijk algemeen belang aanwijsbaar. Het voortgezet aandeelhouderschap van een zeer kleine minderheid van aandeelhouders in kapitaalvennootschappen kan zozeer in strijd komen met het algemeen belang dat verbonden is aan een goed functionerende vennootschap en in meer algemene zin een goed functionerend bedrijfsleven, dat de wetgever op redelijke gronden de uitkoopregeling als noodzakelijk *in the*

309. Vgl. HvJ EG 15 oktober 2009, zaak C-101/08, NJ 2010, 81 m.nt. Mok (*Audiolux SA*), punt 37 e.v. waarin is overwogen dat – samengevat weergegeven – het gemeenschapsrecht geen algemeen rechtsbeginsel kent volgens hetwelk minderheidsaandeelhouders worden beschermd door de verplichting van de meerderheidsaandeelhouder die de zeggenschap over een vennootschap verkrijgt of uitoefent, om een bod op hun aandelen uit te brengen tegen dezelfde voorwaarden als overeengekomen bij de verwerving van de deelneming die de meerderheidsaandeelhouder de zeggenschap verschafft of deze zeggenschap versterkt.

310. HR 14 september 2007, NJ 2007, 610 m.nt. Ma onder NJ 2007, 612 en JOR 2007, 237 m.nt. B.F. Assink (*Versatel I*), rov. 4.4: “*De regeling van art. 2:92a en 2:201a BW, die voorziet in een eenvoudige procedure om minderheidsaandeelhouders uit te kopen is, naar ook in het middel wordt erkend, niet in strijd met het bepaalde in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en in art. 14 EVRM.*” In HR 11 september 1996, NJ 1996, 176 kwam de Hoge Raad niet toe aan de beantwoording van deze vraag, aangezien de klacht daarover pas bij pleidooi (bij de Hoge Raad) was opgeworpen. Zie daarover de conclusie van A-G Mok voor dit arrest. Een klacht over deze uitspraak in Straatsburg werd niet ontvankelijk verklaard, nu niet door verzoekers was betwist dat de prijsbepaling zoals bevolen door de Ondernemingskamer niet redelijk was, uitspraak van de commissie van 16 januari 2001, appl. nr. 35730/97 (*Offerhaus & Offerhaus t. Nederland*).

311. Hof Amsterdam (OK), 13 april 2010, JOR 2010, 184 m.nt. Leijten (*Getronics*).

312. De wetgever heeft de uitkoopregeling niet in strijd geacht met het recht op eigendom. *Kamerstukken II*, 18 904, nr 15, p. 1: “*In het bijzonder in het rechtspersonen- en vennootschapsrecht is gedwongen afstand van eigendom niet ongewoon. Naar gelang het lidmaatschaps- of maatschapskarakter van de rechtsbetrekking overweegt boven het vermogensrechtelijke karakter daarvan, gaan de mogelijkheden tot gedwongen afstand verder en speelt vergoeding van het nadeel een minder grote rol; men denke aan de regels voor het opzeggen van het lidmaatschap van een coöperatie. Naar mate het vermogensrechtelijke karakter sterker is, speelt de persoon van de deelnemer een minder grote rol: in naamloze en besloten vennootschappen zijn de aandelen in beginsel overdraagbaar en moeten de deelnemers in beginsel gelijk worden behandeld. Hiermee strookt dat in dit wetsvoorstel geen uitkoop wordt toegestaan, wanneer niet alle minderheidsaandeelhouders worden uitgekocht en dat volledige vergoeding bij de gedwongen afstand zorgvuldig wordt gewaarborgd.*”

general interest heeft kunnen achten.³¹³ De commissie heeft in de *Bramelid t. Zweden*-uitspraak ook buiten twijfel gesteld dat van een aandeelhouder in beginsel onder omstandigheden verlangd mag worden dat hij zijn aandeelhouderschap opgeeft.

Ook de *lawfulness*-test geeft in deze geen belemmeringen in het licht van de wettelijke basis die de uitkoopregeling in Boek 2 heeft. Ten slotte resteert de vraag of de uitkoopregeling voorziet in een *fair balance*.

Bij de vraag of sprake is van de onder art. 1 EP geëiste *fair balance*, zal doorgaans de hoogte van de verstrekte vergoeding doorslaggevend zijn. Een klacht daarover in Straatsburg zal niet het gevolg kunnen hebben dat opnieuw de waarde van de aandelen zal worden onderzocht door het EHRM. Het EHRM zal slechts bezien of de wijze waarop de waarde van de aandelen is bepaald in de nationale procedure zodanige gebreken vertoont dat de staat niet heeft voldaan aan zijn positieve verplichtingen die voortvloeien uit art. 1 EP. Gelet op de *margin of appreciation* die het EHRM de verdragsstaten gunt, dient er iets serieus mis te zijn gegaan in de wijze waarop de waarde van de aandelen zijn bepaald wil een klacht gegrond worden bevonden.³¹⁴ Wanneer dat niet aannemelijk kan worden gemaakt, zal al spoedig een niet ontvankelijk verklaring dreigen.³¹⁵

Nu sprake is van een ontneming van eigendom, hanteert het EHRM als uitgangspunt – zoals reeds toegelicht in paragraaf 4.2.4.4 – dat wil sprake zijn van een *fair balance* in beginsel recht moet bestaan op een markconforme vergoeding. De wettekst laat zich niet expliciet uit over de hoogte van de vergoeding die moet worden verstrekt. De Ondernemingskamer pleegt uit te gaan van de waarde in het economisch verkeer, hetgeen inhoudt de waarde die de hoogste bieder ervoor zou betalen bij verkoop van de aandelen op de daarvoor meest geschikte wijze met de beste voorbereiding.³¹⁶ De rechter kan ook drie deskundigen vragen te berichten over de prijs van de aandelen.

Wanneer een aandeel op de beurs wordt verhandeld, wordt aangesloten bij een actuele of recente beurskoers.³¹⁷ Bij een uitkoopprocedure na een openbaar bod zal doorgaans aangesloten kunnen worden bij de vergoeding die onder het bod is geboden. De Ondernemingskamer beziet in een dergelijk geval of er geen reden is de prijs aan te passen.³¹⁸ In de praktijk wil daarbij nog wel eens gewerkt worden met *fairness opinions*. Vanuit het oogpunt van art. 1 EP is het wenselijk dat een dergelijke *fairness opinion* niet op een zodanige wijze tot

313. Vgl. HR 8 december 1993, NJ 1994, 273 (*Van den Berg*), rov. 4.2.

314. EHRM 8 juli 1986, appl. nr. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

315. Vgl. de uitspraak van de commissie van 16 januari 2001, appl. nr. 35730/97 (*Offerhaus & Offerhaus t. Nederland*).

316. Zie Salemink 2011, p. 185.

317. Salemink 2011, p. 185.

318. Zie over deze eisen Salemink 2011, p. 186.

stand is gekomen dat de indruk kan ontstaan dat deze met name het oordeel van de meerderheidsaandeelhouder reflecteert over de *fairness* van de prijs.³¹⁹

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat zolang een uitkoopprocedure conform de wettelijke waarborgen – waaronder begrepen een adequate rechterlijke controle op *fairness* voor wat betreft de prijs – wordt uitgevoerd, een aandeelhouder zich niet met succes op art. 1 EP zal kunnen beroepen.³²⁰

4.3.7 De fusieregeling

Rechtspersonen kunnen fuseren met andere rechtspersonen van dezelfde rechtsvorm.³²¹ Ten gevolge van een fusie houdt de verdwijnende vennootschap op te bestaan. Uitgangspunt in de wettelijke regeling is dat de aandeelhouders van een verdwijnende BV of NV aandelen in de verkrijgende vennootschap verwerven.³²² Het voorstel tot fusie moet de ruilverhouding van de aandelen vermelden en de gehanteerde waarderingsmethode toelichten.³²³ Een accountant dient te verklaren dat de voorgestelde ruilverhouding en waarderingsmethode redelijk zijn.³²⁴

Bij de beoordeling van de vraag of een aandeelhouder die zijn aandelen ziet verdwijnen ten gevolge van een fusie, met succes een beroep zal kunnen doen op art. 1 EP dient tevens te worden meegewogen in hoeverre de desbetreffende aandeelhouder zich in rechte zal (hebben) kunnen verzetten.³²⁵ Een aandeelhouder van ten minste 10% van het geplaatste kapitaal (2:346 BW) kan de

319. Vgl. Hof Amsterdam 27 september 2007, JOR 2008, 12 m.nt. Brink (*Seagull Holding*): “3.7. Lettend op de inhoud van deze stukken, deze mede in onderling verband en samenhang bezien, en op de omstandigheden dat het openbare bod op grote schaal is aanvaard – op de dag van de gestanddoening van het bod waren 9.138.570 aandelen aangemeld –, dat tussen de dag van het uitbrengen van het bod en heden slechts korte tijd is verstreken, terwijl er geen redenen zijn om te veronderstellen dat de waarde van de aandelen in de vennootschap sinds het openbare bod in opwaartse zin wijziging heeft ondergaan en dat door de enige bekende, in persoon gedagvaarde aandeelhouder tegen de vordering geen verweer is gevoerd, acht de Ondernemingskamer zich voldoende voorgelicht om te kunnen vaststellen dat het gerechtvaardigd is om de prijs van de over te dragen aandelen vast te stellen op € 4,33 en wel per heden. Daaraan doet in dit geval – gelet op de overige gegevens aangaande de waarde van de aandelen – niet af dat America’s Growth Capital LLC dat de in 3.6 vermelde *fairness opinion* heeft gegeven reeds voordien als financieel adviseur ten behoeve van de vennootschap werkzaamheden verrichtte, hetgeen in het algemeen als minder wenselijk is te beschouwen.”

320. Hetgeen blijktens EHRM 24 oktober 1986, appl. nr. 9118/80 (*Agosi t. het Verenigd Koninkrijk*) in de beoordeling mag worden betrokken bij de vraag of een inbreuk proportioneel is.

321. Art. 2:310 lid 1 BW. Zie het vierde lid van dit artikel voor een uitzondering op deze regel.

322. Zo bepaalt art. 2:311 lid 2 BW.

323. Art. 2:326 en 2:327 BW.

324. Art. 2:328 leden 1 en 2 BW.

325. EHRM 24 oktober 1986, appl. nr. 9118/80 (*Agosi t. het Verenigd Koninkrijk*).

HOOFDSTUK 4

Ondernemingskamer verzoeken een enquêteprocedure te gelasten. Tevens kan hij de Ondernemingskamer vragen een onmiddellijke voorziening te treffen (2:349a BW) en bijvoorbeeld vragen het bestuur te verbieden uitvoering te geven aan de voorgenomen fusie.³²⁶ Een dergelijk verzoek kan ook aan de voorzieningenrechter in kort geding worden voorgelegd.³²⁷ Na de totstandkoming van de fusie kan nog getracht worden de fusie te vernietigen, maar dat is slechts mogelijk op de limitatief in art. 2:323 lid 1 BW opgesomde gronden.

De mogelijkheid dat vennootschappen kunnen fuseren dient het algemeen belang. Daarbij heeft de wetgever bij het ontwerpen van de fusieregeling rekening gehouden met de belangen van derden en de aandeelhouders. In bijzondere omstandigheden kunnen relevant zijn de grenzen van hetgeen nog toelaatbaar is in het licht het bepaalde in art. 1 EP in beeld komen. Bijvoorbeeld indien de fusieregeling wordt gebruikt om minderheidsaandeelhouders uit de vennootschap te stoten. De fusieregeling kan daartoe op twee wijzen worden ingezet. In de volgende paragrafen wordt daarbij stil gestaan.

4.3.7.1 Uitstoting van een minderheidsbelang door verwatering

In de eerste plaats kan door middel van een fusie een procentueel belang van de minderheidsaandeelhouders worden verminderd.³²⁸ De handelwijze daarbij is als volgt.

De meerderheidsaandeelhouder laat de vennootschap, waarin ook andere aandeelhouders een minderheid van de aandelen houden, fuseren met een andere vennootschap binnen de groep.³²⁹ De fusie wordt zo opgezet dat op grond van de ruilverhouding die geldt voor de aandelen in de verdwijnende en de verkrijgende vennootschap, de minderheidsaandeelhouders gezamenlijk een belang van minder dan 5% krijgen in de verkrijgende vennootschap (of een andere vennootschap, in geval van een driehoeksfusie). Dit kan door de vennootschap te laten fuseren met een vennootschap met een veel groter balanstotaal. Vervolgens kan de uitkoopprocedure worden toegepast.

Deze wijze van uitstoting is met name interessant voor een partij die na het uitbrengen van een openbaar bod 100% van de aandelen wenst te verwerven, ook wanneer hij na gestanddoening van zijn bod minder dan 95% van de aandelen zal hebben verworven. Ook in het geval meer dan 5% van de aandelen

326. Zie bijvoorbeeld OK 24 maart 2006, JOR 2006, 98.

327. De aangewezen weg voor aandeelhouders met een belang van minder dan 10%. Een bodemprocedure is hier minder zinvol. Na voltooiing kan een fusie nog slechts op een beperkt aantal gronden – genoemd in art. 2:323 lid 1 BW – ongedaan worden gemaakt.

328. Dit was hetgeen Tele2 aankondigde te overwegen in het biedingsbericht, bij het uitbrengen van haar bod op de aandelen Versatel.

329. Voor een besluit tot fusie eist de wet niet een gekwalificeerde meerderheid, maar dezelfde meerderheid die is vereist voor wijziging van de statuten (art. 2:317 lid 3 BW).

niet wordt aangeboden, zal hij langs deze weg alsnog alle aandelen kunnen verwerven van de over te nemen vennootschap.

In hoeverre verdraagt een dergelijke handelwijze zich met art. 1 EP? Bij het beantwoorden van die vraag is van belang voorop te stellen dat de wetgever niet categorisch heeft willen uitsluiten dat belangen van meer dan 5% zouden kunnen worden uitgestoten.³³⁰ Blijkens de wetsgeschiedenis van de uitkoopregeling heeft de wetgever bij belangen van 95% of meer het belang van de meerderheidsaandeelhouder altijd voorrang willen geven boven het belang van de minderheidsaandeelhouder.³³¹ Bij een minderheidsbelang dat groter is dan 5% heeft de wetgever het aan de rechter willen overlaten de belangen te wegen in het licht van de concrete omstandigheden van het geval.³³² De enkele wens van de meerderheidsaandeelhouder om de minderheidsaandeelhouders uit te stoten is in een dergelijk geval op zichzelf legitiem, maar – anders dan wanneer de meerderheidsaandeelhouder meer dan 95% van de aandelen houdt – niet doorslaggevend.

Anderzijds geldt voor een minderheidsaandeelhouder dat hij rekening dient te houden “[m]et de mogelijkheid dat de vennootschap een gedaanteverwisseling kan ondergaan door fusie, splitsing of omzetting (...) wanneer hij tot de aankoop van een minderheidspakket overgaat of een minderheidsbelang aanhoudt”, zo heeft de wetgever overwogen in het wetsvoorstel inzake implementatie van de 13^{de} richtlijn (openbaar bod).³³³ Een minderheidsaandeelhouder kan er derhalve ook niet op vertrouwen dat indien hij een pakket heeft – al dan niet met andere aandeelhouders – dat een grootte vertegenwoordigt van meer dan 5%, zijn aandelenbezit ‘veilig’ is.

Het zal aan de rechter zijn om te beoordelen of in de concrete omstandigheden van het geval een aandeelhouder die eerst een minderheidspakket tot onder de 5% grens brengt door middel van een fusie, alvorens het pakket uit te kopen, in strijd handelt met de redelijkheid en billijkheid die hij als aandeelhouder in acht heeft te nemen jegens de minderheidsaandeelhouder(s).³³⁴

In het geschil rondom Versatel heeft de Hoge Raad het verwateren van het minderheidsbelang (door middel van een driehoeksfusie), gevolgd door een uitkoopprocedure toelaatbaar geacht. Daarbij speelde mee dat Tele2 in het biedingsbericht had aangekondigd de aandeelhouders die niet op het openbare bod van Tele2 zouden reflecteren na gestanddoening van het bod uit de vennootschap te willen stoten door middel van een fusie, gevolgd door

330. *Kamerstukken II*, 1988/89, 18 904, nr 15, p. 1. *Kamerstukken I*, 1988/89, 18 904, Handelingen, 1 maart 1988, 16-494.

331. De artt. 2:92a en 2:201a BW bevatten enige uitzonderingen (limitatief).

332. *Kamerstukken I*, 18 904, nr. 41a, p. 1.

333. *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 419, nr. 8, p. 17.

334. Op grond van art. 2:8 BW.

HOOFDSTUK 4

toepassing van de uitkoopregeling.³³⁵ De aandeelhouders hebben deze informatie kunnen meewegen bij hun besluit om hun aandelen al dan niet aan te bieden. Voorts was van belang dat er voor Tele2 een fiscale noodzaak bestond om tot uitstoting van de minderheidsaandeelhouders te komen.³³⁶

De eisen van redelijkheid en billijkheid beslissen in deze dus of een combinatie van een fusie gevolgd door een uitkoopprocedure mag worden toegepast. Voor inspiratie voor het invullen van deze norm zou verder bijvoorbeeld naar het Amerikaanse recht kunnen worden gekeken.³³⁷ Daar geldt bij vergelijkbare geschillen over fusies volgens vaste jurisprudentie de maatstaf van *intrinsic fairness*.³³⁸ In de maatstaf van *intrinsic fairness* worden wel twee aspecten onderscheiden: *fair dealing* en *fair price*.³³⁹ Bij de beoordeling van de vraag of een *cash out merger* geoorloofd is, wordt verder gelet op onder meer de wijze waarop de transactie tot stand is gekomen, de wijze waarop die aangekondigd en/of uitonderhandeld is en de gerechtvaardigde verwachtingen van belanghebbenden.³⁴⁰

De Nederlandse wetgever vertrouwt in deze op de rechter om in concrete situaties de belangen van de minderheidsaandeelhouders te waarborgen. Blijkens deze keuze heeft de wetgever het in het algemeen belang geacht dat die belangen voorrang krijgen die in het voorkomende geval het zwaarst wegen.

Het als het ware delegeren van een dergelijke waarborg aan de rechter is op zich niet in strijd met het *lawfulness*-vereiste. De waarborgen die een verdragsstaat gehouden is te implementeren teneinde zijn onderdanen op een adequate wijze te beschermen tegen ongerechtvaardigde inmengingen op hun eigendomsrechten behoeven niet steeds wettelijke waarborgen te zijn. De wetgever mag dit ook deels aan de rechter overlaten.³⁴¹ Het gaat het EHRM slechts om het uiteindelijk in het concrete geval bereikte resultaat. Als de rechter – conform de wens van de wetgever – bij pogingen belangen uit te stoten van meer dan 5%

335. Zo was ook het geval in rechtbank Amsterdam 11 juni 1999, JOR 1999, 174 m.nt. Van Solinge, waarin een aandeelhouder (Leyinvest) zich in kort geding verzette tegen de fusie van Vendex en KBB.

336. HR 14 september 2007, NJ 2007, 610 m.nt. Ma onder NJ 2007, 612, JOR 2007, 237, m.nt. Assink (*Versatel*), rov. 4.3.

337. Alexander 2007, p. 194.

338. De fusieregeling in de Verenigde Staten wijkt in zoverre af van de Nederlandse fusieregeling dat in de Verenigde Staten aandeelhouders in de verdwijnende vennootschap ook alleen een vergoeding in geld mag worden aangeboden (een zogenoemde “cash out merger”). Na bijvoorbeeld een openbaar bod kunnen aldus de aandeelhouders die niet hebben geïmagineerd worden uitgekocht. Aandeelhouders komt in dergelijke gevallen ook het recht toe de waarde van de aandelen te laten vaststellen door deskundigen (een zogenoemd appraisal right). Over oneigenlijke *cash out merger* constructies naar Nederlands recht, zie Kosters 2011.

339. *Weinberger v. UOP, Inc* (Del, 1983), 457 A.2d 701, waarover uitvoerig Assink 2007, p. 246 e.v.

340. In het Amerikaanse recht is reeds veel geprocedeerd over de “intrinsic fairness” maatstaf.

341. EHRM 24 oktober 1986, appl. nr. 9118/80 (*Agosi t. het Verenigd Koninkrijk*).

op een adequate rechtsbescherming weet te bieden door de op het spel staande belangen af te wegen, is dat voldoende.

Nu niet valt in te zien hoe het *lawfulness*-vereiste dan wel de *general interest*-test in deze een belemmering zou kunnen opwerpen, zal een minderheidsaandeelhouder – na eerst zijn rechtsmiddelen in Nederland te hebben uitgeput – in Straatsburg zijn pijlen moeten richten op het ontbreken van een *fair balance*. Zoals in het voorgaande aangegeven, zijn daarbij de omstandigheden van het geval bepalend en wordt de verdragsstaten doorgaans een ruime *margin of appreciation* gelaten.

Het voorgaande samenvattend: art. 1 EP noopt niet tot een zodanige uitleg van de uitkoopregeling, dat deze regeling niet op voorhand in combinatie met de fusieregeling zou mogen worden gebruikt om aandeelhouders uit de vennootschap te stoten.³⁴² Art. 1 EP staat er niet aan in de weg dat de wetgever de bescherming van de belangen van de minderheidsaandeelhouders voor een deel aan de rechter overlaat. Het is aan de rechter deze belangen adequaat te waarborgen. Het bereikte resultaat zal een toetsing op *fairness* moeten kunnen doorstaan.

4.3.7.2 De uitstoting van een minderheidsbelang door een fusie

Naast de mogelijkheid om een aandelenbelang door middel van een fusie te doen verwateren, om het vervolgens te kunnen uitkopen, is het technisch soms mogelijk een fusie zodanig in te kleden dat de minderheidsaandeelhouders geen nieuwe aandelen verwerven. Dit doet men door een nominale waarde te kiezen voor de aandelen van de verkrijgende vennootschap die zo hoog is dat er voor aandeelhouders die slechts een klein belang houden, geen recht meer bestaat op een nieuw aandeel. Op een dergelijke wijze heeft bijvoorbeeld Shell getracht zich van minderheidsaandeelhouders te ontdoen.³⁴³ Het maatschappelijk kapitaal van Shell Petroleum N.V. werd daartoe voor een fusie gewijzigd naar 36 aandelen in nominale waarde variërend van EUR 100.000,- tot EUR 100.000.000, met het voornemen tot een verdere verhoging van het maatschappelijk kapitaal en de nominale waarde aandelen.³⁴⁴

Het op deze wijze inzetten van de fusieregeling om zich te ontdoen van minderheidsaandeelhouders is door de Ondernemingskamer niet geoorloofd

342. Tot deze conclusie kwam ook de Ondernemingskamer haar beschikking van 27 september 2005, JOR 2005, 272 (*Centaurus/Tele2*) inzake het openbare bod op Versatel.

343. Zie hof Amsterdam (OK) 20 december 2007, JOR 2008, 36 van der Korst. Zie over deze uitspraak uitgebreid Berendsen & Van Thiel 2008.

344. Na verzet van de minderheidsaandeelhouders is afgesproken onder bemiddeling van de Ondernemingskamer dat de procedure wordt voortgezet als ware het een uitkoopprocedure. Hof Amsterdam (OK) 13 december 2005, JOR 2006, 64. Zie ook de uitspraak van Hof Amsterdam (OK) 20 december 2007, NJ 1998, 466, waarin de handelwijze van Shell in strijd met de redelijkheid en billijkheid werd geacht.

HOOFDSTUK 4

geacht.³⁴⁵ Na aldus te hebben geoordeeld hebben partijen overeenstemming bereikt de procedure voort te zetten als een uitkoopprocedure in de zin van art. 2:92c BW.³⁴⁶

Een dergelijke handelwijze overschrijdt ook de grenzen die art. 1 EP stelt. De wetgever heeft uitdrukkelijk niet gewild dat bij een fusie aandeelhouders alleen geld in ruil voor hun aandelen zouden kunnen ontvangen.³⁴⁷ Uitgangspunt in de wettelijke regeling is dat de aandeelhouders van een verdwijnende BV of NV aandelen in de verkrijgende vennootschap krijgen. Art. 2:325 lid 2 BW bepaalt dat het gezamenlijke bedrag dat bij een fusie mag worden uitbetaald niet meer dan een tiende van het bedrag van de nominale waarde van de nieuw toegekende aandelen mag bedragen.³⁴⁸ De in de Verenigde Staten gangbare *cash-out merger* heeft de wetgever dus juist niet mogelijk willen maken.³⁴⁹ Indien men met het oog op een fusie de nominale waarde van de nieuw uit te geven aandelen zo kiest dat aandeelhouders met kleine belangen geen recht hebben op nieuwe aandelen, handelt men in strijd met de geest van de wet.

Er is nog een ander punt. De uitkoopregeling voorziet in waarborgen voor de minderheidsaandeelhouders voor de vaststelling van de prijs voor de over te nemen aandelen. De rechter kan een deskundige benoemen om de prijs vast te stellen. Deze waarborg is ook in het licht van de jurisprudentie van het EHRM niet zonder betekenis.³⁵⁰ Zoals hiervoor aangegeven, stelt het EHRM bij de ontneming van eigendom hoge eisen aan de mate waarin en de wijze waarop een rechthebbende wordt gecompenseerd. Daarmee verdraagt zich slecht dat een aandeelhouder – die vanwege een met opzet geconstrueerde hoge nominale waarde van aandelen geen recht heeft op een nieuw aandeel – genoeg moet nemen met een vanwege de vennootschap vastgestelde uitkering in geld. De omstandigheid dat een accountant moet verklaren dat de gekozen ruilverhouding een redelijke is, legt weliswaar enig gewicht in de schaal, maar kan dit

345. “*Het is niet de bedoeling dat een fusie wordt gebruikt om kleine aandeelhouders uit te stoten.*”, hof Amsterdam (OK) 20 december 2007, JOR 2008, 36 m.nt. Van der Korst (*Shell*), rov. 3.18.

346. Hof Amsterdam (OK) 20 december 2007, JOR 2008, 36 m.nt. Van der Korst (*Shell*), rov. 1.6 onder sub 2. Zie over deze bijzondere gang van zaken Berendsen & Van Thiel 2008, p. 98.

347. “*Het is niet de bedoeling dat een fusie wordt gebruikt om kleine aandeelhouders uit te stoten.(...) Het voorstel van de fracties van het C.D.A. en de V.V.D. om uitstoting van de kleinste aandeelhouders toe te staan, is naar veler opvatting in strijd met artikel 3 van de richtlijn (...)*” *Kamerstukken II*, 16 434, nr. 6, p. 6.

348. De grensoverschrijdende fusieregeling maakt een fusie mogelijk zonder deze beperking. Zo kan men een Nederlandse vennootschap laten opgaan in bijvoorbeeld een Zweedse vennootschap. Volgens het Zweedse recht is een bijbetaling van meer dan 10% geoorloofd. Zie Schutte-Veenstra 2009, p. 419.

349. Zie Koster 2011.

350. Hetgeen ook blijkt uit de 12 oktober 1982, *Bramelid en Malmström t. Zweden*, D.R. 29, p. 76.

bezwaar niet wegnemen.³⁵¹ Wat vanuit het oogpunt van rechtsbescherming klemmt, is de afwezigheid van een onafhankelijke deskundige die met tussenkomst van de rechter en op kosten van de vennootschap adviseert over de waarde van de aandelen.³⁵²

Om te beoordelen of is voldaan aan het door het EHRM geëiste beginsel van proportionaliteit, moeten voorts de op het spel staande belangen worden afgewogen. De belangen van de aandeelhouder die op deze wijze zijn aandeel verliest zijn in het geding. Zoveel is duidelijk. Hoe zit het met het belang van de minderheidsaandeelhouders af te komen alleen voor de toepassing van de uitkoopregeling een voldoende reden. De fusieregeling is daar niet voor bedoeld.

Mocht de Nederlandse rechter een handelwijze waarbij een ruilverhouding zo wordt gekozen dat voor een minderheidsaandeelhouder geen recht bestaat op nieuwe aandelen niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid achten, wat ik mij niet kan voorstellen, dan vermoed ik dat een klacht dienaangaande in Straatsburg gegrond zal worden bevonden. Het is van tweeën een. Ofwel men reserveert de fusieregeling voor fusies, ofwel men kiest voor de Amerikaanse *cash out*-variant, maar dan dient ook te worden voorzien in een waardebeoordeling door onafhankelijke deskundigen. Bij afwezigheid van een waardebeoordeling door een onafhankelijke deskundige, ontbreekt een belangrijke waarborg dat de minderheidsaandeelhouder een *fair price* ontvangt. Dit gebrek valt mijns inziens niet te rechtvaardigen.

Wellicht dat op termijn een nieuwe weg zal openstaan om een minderheidsbelang door een fusie uit de vennootschap te werken. De richtlijn over grensoverschrijdende fusies voorziet in een concernfusie waarbij de moeder 90% heeft van de aandelen in de dochtermaatschappij.³⁵³ Deze richtlijn diende op uiterlijk 30 juni 2011 te zijn omgezet in nationaal recht. Nederland lijkt zijn verplichtingen onder deze richtlijn nog niet geheel nagekomen, omdat de 90%-concernfusie niet is mogelijk gemaakt.³⁵⁴

4.3.8 *Uitgifte van aandelen met uitsluiting van het voorkeursrecht*

Een uitgifte van aandelen kan een inmenging in het eigendomsrecht in de zin van art. 1 EP opleveren. Het wettelijke uitgangspunt is dat bij uitgifte van

351. Vgl. artt. 2:326, 2:327, en 2:328 leden 1 en 2 BW.

352. Zie ook hof Amsterdam (OK) 20 december 2007, JOR 2008, 36 m.nt. Van der Korst, rov. 3.25.

353. Richtlijn 2009/109/EG, aangenomen door het Europees Parlement en de Raad op 16 september 2009. De Richtlijn wijzigt de Tweede, Derde, Zesde en Tiende richtlijn wat betreft verslaggevings- en documentatieverplichtingen bij binnenlandse en grensoverschrijdende juridische fusies (en binnenlandse juridische splitsingen).

354. Over de vraag over Nederland verplicht was tot introductie van de 90%-concernfusie bestaat verdeeldheid in de literatuur, zie Verbrugh 2011, voor een overzicht.

HOOFDSTUK 4

aandelen de reeds bestaande aandeelhouders een voorkeursrecht hebben op het nemen van aandelen, overeenkomstig het percentage van hun aandelenbezit.³⁵⁵ Het voorkeursrecht kan evenwel worden uitgesloten. Worden aandelen door de vennootschap uitgegeven onder uitsluiting van voorkeursrecht dan vermindert het procentuele belang van de aandeelhouders die geen nieuwe aandelen verkrijgen. Daarmee vermindert ook de invloed die zij kunnen uitoefenen.³⁵⁶

Dat de wet deze mogelijkheid biedt, geeft aan het vennootschapsrecht een gewenste flexibiliteit. Een aandeelhouder met een meerderheidsbelang zou evenwel misbruik kunnen maken van de flexibiliteit die de wet hem biedt door bijvoorbeeld een minderheidsbelang tot onder de uitkoopgrens terug te brengen, door middel van de uitgifte van extra aandelen met uitsluiting van het voorkeursrecht.³⁵⁷

In HR 31 december 1993, NJ 1994, 436 heeft de Hoge Raad een belangrijke grens aangegeven. Aandeelhouders dienen in gelijke gevallen gelijk te worden behandeld (ex art. 2:201 lid 2 BW) welke regel in beginsel voorgaat boven de bevoegdheid van de algemene vergadering tot het uitsluiten van het voorkeursrecht.³⁵⁸ Wel kan onder omstandigheden een uitzondering op deze regel worden aanvaard.³⁵⁹ Daarmee is de mogelijkheid om door middel van uitgifte van aandelen met uitsluiting van voorkeursrechten een aandeelhoudersbelang

355. Art. 2:96a lid 1 en 2:206a lid 1 BW.

356. Art. 2:206a BW bepaalt dat – voor zover de statuten niet anders bepalen – het voorkeursrecht kan worden uitgesloten bij besluit van de algemene vergadering. Nu de wet geen gekwalificeerde meerderheid eist kan het voorkeursrecht met meerderheid van stemmen worden uitgesloten, tenzij de statuten anders bepalen.

357. Vgl. EHRM 25 juli 2002, appl. nr. 48553/99, JOR 2003, 111 m.nt. Vossestein (*Sovtransavto Holding t. Oekraïne*), waarin sprake was van de verwatering van een belang door onbevoegdlijk genomen besluiten van een overheidsinstantie. Sovtransavto raakte daardoor zeggenschap kwijt. Het EHRM oordeelde dat in dit geval sprake was van een schending van art. 1 EP, aangezien onvoldoende rechtsbescherming was geboden tegen deze handelwijze.

358. Het gelijkheidsbeginsel van art. 2:201 lid 2 BW, is overgenomen uit art. 2:92 BW (voor naamloze vennootschappen) welke bepaling is ontleend aan art. 42 van de Tweede Richtlijn tot coördinatie van het vennootschapsrecht in de lidstaten van de EG Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 dec. 1976, Pb. EG L 26/1 e.v. van 31 jan. 1977, dat luidt: “Voor de toepassing van deze richtlijn waarborgen de wetgevingen van de Lid-Staten een gelijke toepassing van aandeelhouders die zich in identieke omstandigheden bevinden.” Zie aanpassing wetgeving N.V., *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, geïmplementeerd bij wet van 15 mei 1981, Stb. 332. Waar de richtlijn refereert aan ‘identieke situaties’, spreekt de wettekst over ‘gelijke situaties’. De ratio achter dit verschil valt uit de wetgeschiedenis niet af te leiden. Vgl. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 6, p. 17-18.

359. In HR 31 december 1993, NJ 1994, 436 (*Verenigde Bootlieden*) sanctioneerde de Hoge Raad het oordeel van het hof dat de uitsluiting van een voorkeursrecht een gerechtvaardigde inbreuk betrof omdat het ging om het opheffen van voor aandeelhouders nadelige fiscale ongelijkheid en de maatregelen voor de andere aandeelhouders slechts een relatief geringe daling van hun belang meebrachten.

tot onder de uitkoopgrens te brengen op voorhand beperkt.³⁶⁰ Voor het overige geldt dat het wederom aan de rechter is in het voorkomende geval alle betrokken belangen af te wegen.

4.3.9 De Interventiewet

4.3.9.1 Inleiding

Per 13 juni 2012 is de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen (hierna: de Interventiewet) in werking getreden.³⁶¹ Met deze wet zijn nieuwe bevoegdheden gecreëerd voor de Minister van Financiën en De Nederlandsche Bank (DNB) om in te grijpen bij Nederlandse financiële ondernemingen die in moeilijkheden verkeren.³⁶² Zowel Boek 2 BW als de Wft zijn daartoe gewijzigd. De Interventiewet introduceert onder meer de bevoegdheid tot onteigening van de aandelen van de financiële instelling die in moeilijkheden verkeert (hierna ook: de probleeminstelling). Vooral waar het de onteigeningsbevoegdheden van DNB betreft zijn de probleeminstelling en haar aandeelhouders beperkt in hun rechtsmiddelen. Dat roept de vraag op of het ontwerp van de Interventiewet nog wel voldoet aan de eisen die het EHRM stelt.

4.3.9.2 De nationalisatie van Northern Rock

‘Minister Bos wil een bank kunnen dwingen te nationaliseren’, zo berichtte de Volkskrant van 4 maart 2009. Bos wilde graag in crisistijd, aldus het bericht, ‘met één druk op de knop’ eigenaar kunnen worden van alle uitstaande aandelen van een bank die in zwaar weer is beland. Bos verwees daarbij naar de Engelse overheid die reeds over deze bevoegdheid beschikt.

De regeling waar Bos naar verwees betreft de *Banking (Special Provisions) Act 2008* van 21 februari 2008.³⁶³ Op grond van deze wet kon, indien de stabiliteit van het financiële systeem dat vereiste, de *Treasury* een *order* uitvaardigen op grond waarvan alle effecten van de noodlijdende financiële instelling werden overgedragen aan een door de *Treasury* aangewezen (rechts)persoon.

Op de dag van inwerkingtreding werd op basis van deze wet de in problemen geraakte bank Northern Rock genationaliseerd. Op grond van de

360. Over de vraag wanneer sprake is gelijke omstandigheden heeft de minister opgemerkt “*Of de omstandigheden gelijk zijn, zal de rechter van geval tot geval moeten beoordelen.*” *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 18, zie verder *Kamerstukken II*, 1980/81, 16 551, nr. 3, p. 6.

361. De wet werkt terug tot 20 januari 2012. In de paragrafen over de Interventiewet is verwerkt mijn artikel over dit onderwerp, zie Schild 2012.

362. Zie over het wetsontwerp dat in consultatie is gebracht De Serië 2011.

363. Het betrof een tijdelijke wet die later is vervangen door de *Banking Act 2009*.

HOOFDSTUK 4

Northern Rock plc Compensation Scheme Order 2008 hadden de aandeelhouders die hun effecten kwijtraakten recht op een vergoeding ter hoogte van de waarde van de effecten direct voorafgaande aan de onteigening. De aandelen werden als waardeloos aangemerkt.

Enige voormalige aandeelhouders van Northern Rock meenden dat de aandelen niet waardeloos waren – de beurskoers van de aandelen Northern Rock stond vlak voor de aankondiging van de nationalisatie op £ 0.90 – en beriepen zich in rechte op art. 1 EP. Volgens de onteigende aandeelhouders diende bij de waardebepaling ermee rekening te worden gehouden dat er een *legitimate expectation* bestond dat de Bank of England Northern Rock financieel zou blijven steunen in het oplossen van de tijdelijke financieringsproblemen.³⁶⁴ Dit betoog werd door de High Court verworpen nu er geen *legitimate expectation* kon bestaan ten aanzien van het voortzetten van financiële steun door de Bank of England. De High Court overwoog voorts onder meer: “There is no obligation to compensate former shareholders for losses suffered by reason of their taking a known commercial risk as a result of their judgment turning out to be wrong.”³⁶⁵

De onteigende aandeelhouders hebben hun zaak vervolgens voorgelegd aan het EHRM met de klacht dat hun recht op eigendom, zoals dat wordt beschermd door art. 1 EP is geschonden. Het EHRM heeft de klacht als *manifestly ill founded* niet ontvankelijk verklaard.

Over de noodzaak voor de onteigening heeft het EHRM herhaald dat het in beginsel aan de verdragsstaten is om te bepalen wat nodig is voor het behartigen van het algemene belang. Waar het betreft het sociaal economisch beleid geldt daarbij een ruime *margin of appreciation*.³⁶⁶

Wat betreft de afwezigheid van enige compensatie signaleert het EHRM dat geen *legitimate expectation* kon bestaan ten aanzien van het voortzetten van financiële steun door de *Bank of England*. Zonder deze steun zou Northern

364. *SRM Global Master Fund LP/HM Treasury* [2009] EWHC 227 (Admin), onder nr. 122.

365. *SRM Global Master Fund LP/HM Treasury*, onder nr. 141.

366. EHRM 10 juli 2012, appl. nr. 34940/10 (*Grainger e.a. t. Verenigd Koninkrijk*): “36. Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is “in the public interest”. Under the system of protection established by the Convention, it is thus for the national authorities to make the initial assessment both of the existence of a problem of public concern warranting measures of deprivation of property and of the remedial action to be taken. Here, as in other fields to which the safeguards of the Convention extend, the national authorities accordingly enjoy a certain margin of appreciation (see *James and Others*, cited above, § 46). Moreover, a wide margin is usually allowed to the State under the Convention when it comes to general measures of economic or social strategy (...). Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the legislature’s policy choice unless it is “manifestly without reasonable foundation”.”

Rock zijn activiteiten hebben moeten staken en de aandeelhouders ook niets hebben ontvangen, zodat de omstandigheid dat geen vergoeding is betaald geen schending van art. 1 EP oplevert.

4.3.9.3 Het oogmerk van de Interventiewet

Niet alleen minister Bos wilde graag meer instrumenten om mee te kunnen opereren in tijden van financiële crisis, veel van zijn voormalige en huidige EU-collega's delen zijn wens.³⁶⁷ Begin 2011 heeft het EU Directoraat Generaal voor de Interne Markt en Diensten een *EU Framework for bank recovery and resolution* ter consultatie gebracht. Het doel is te komen tot een nieuwe richtlijn die zal bevorderen dat banken kunnen failleren met een minimum aan belemmeringen voor het financiële system.³⁶⁸

Vooruitlopend op de plannen om te komen tot een Unie-richtlijn hebben de Ministers van Financiën en Veiligheid en Justitie in het voorjaar van 2011 een ontwerp van de 'Interventiewet' in consultatie gebracht. Eind oktober 2011 is een wetsvoorstel naar de Tweede Kamer gezonden, hetgeen met spoed door zowel de Tweede als de Eerste Kamer is geloodst, waarna de wet per 13 juni 2012 in werking is getreden met terugwerkende kracht tot 20 januari 2012.

De Interventiewet³⁶⁹ geeft zowel de Minister van Financiën als DNB ruime bevoegdheden te interveniëren bij 'financiële ondernemingen'³⁷⁰ die in ernstige problemen verkeren. De turbulente ontwikkelingen van de laatste jaren hebben laten zien dat de bestaande interventiemogelijkheden tekortschieten, aldus de toelichting. Niet alleen in Engeland, maar ook in bijvoorbeeld Duitsland en België zijn reeds vergelijkbare initiatieven door de wetgever ontplooid.³⁷¹

Bij het ontwerpen van de Interventiewet heeft de wetgever als uitgangspunt gehanteerd dat een gezonde marktwerking in de financiële sector vergt dat ook financiële ondernemingen moeten kunnen falen.³⁷² Vanwege de belangrijke nutsfunctie van banken en verzekeraars kan echter niet zonder meer worden vastgehouden aan dat principe.³⁷³ De Interventiewet beoogt te bevorderen dat risicodragende kapitaalverschaffers in een geval van een faillissement zo veel

367. Naast het Verenigd Koninkrijk hebben verschillende andere lidstaten in de Unie wetgeving ontwikkeld, waaronder Duitsland en België. Zie daarover De Serië 2011, p. 331 en de *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 6.

368. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 5 vermeldt dat een richtlijn in voorbereiding is.

369. Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en de Faillissementswet, alsmede enige andere wetten in verband met de introductie van aanvullende bevoegdheden tot interventie bij financiële ondernemingen in problemen (Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen).

370. De Interventiewet verstaat onder financiële ondernemingen: kredietinstellingen, entiteiten voor risico-acceptatie en verzekeraars met zetel in Nederland.

371. Zie hierover nader De Serië 2011, p. 331-332.

372. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 6.

373. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 3 en 6.

HOOFDSTUK 4

mogelijk worden geconfronteerd met de verliezen, terwijl daarnaast continuïteit kan worden bewerkstelligd voor rekening- of polishouders door de overgang van de aandelen, dan wel vermogensbestanddelen van de probleeminstelling.³⁷⁴ Teneinde dat te bereiken, zijn nieuwe bevoegdheden voor zowel DNB als de Minister van Financiën geïntroduceerd. Ik onderzoek achtereenvolgens hoe deze bevoegdheden die de Minister van Financiën en DNB zijn toevertrouwd zich verhouden tot de verdragsverplichtingen van Nederland die voortvloeien uit het EVRM.

4.3.9.4 De bevoegdheden voor de Minister van Financiën

De Minister van Financiën heeft de bevoegdheid gekregen in te grijpen indien ‘de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar komt door de situatie waarin een financiële onderneming met zetel in Nederland zich bevindt’.³⁷⁵ Voor dat geval zijn twee bijzondere bevoegdheden geïntroduceerd. De minister kan – na raadpleging van DNB³⁷⁶ – a. onmiddellijke voorzieningen treffen ten aanzien van de betrokken onderneming, zo nodig in afwijking van wettelijke voorschriften en de statuten, en b. als *ultimum remedium*, besluiten tot onteigening van vermogensbestanddelen of van door de financiële onderneming uitgegeven effecten.³⁷⁷

Belanghebbenden hebben de mogelijkheid om tegen een besluit van de Minister van Financiën tot onteigening of tot het treffen van een onmiddellijke voorziening, beroep aan te tekenen bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna ook: de Afdeling).³⁷⁸ De beroepstermijn is weliswaar kort (tien dagen), maar een keuze voor deze korte termijn is niet onbegrijpelijk, gelet op de op het spel staande belangen en het belang dat snel duidelijkheid kan worden verkregen over de rechtmatigheid van een genomen besluit. In de memorie van toelichting is gewezen op de mogelijkheid dat de Afdeling, indien zij tot het oordeel komt dat het besluit moet worden vernietigd, kan bepalen dat de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit geheel of gedeeltelijk in stand blijven.³⁷⁹

374. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 7.

375. Vgl. de voorgestelde artt.. 6:1 lid 1 en 6:2 lid 1 Wft.

376. Art. 6:1 lid 2 en art. 6:2 lid 2 Wft.

377. Onder effecten wordt blijkens de (ontwerp) memorie van toelichting (p. 54) niet alleen aandelen en met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten verstaan, maar ook converteerbare obligaties en *perpetuals*.

378. Art. 6:6 Wft.

379. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 34. De bevoegdheid is neergelegd in art. 8:72 lid 3 Awb. Wel kunnen de onteigende aandeelhouders alsdan aanspraak maken op schadevergoeding. Indien het besluit wordt vernietigd, is – ook indien de rechtsgevolgen in stand worden gelaten – de onrechtmatigheid van het besluit in beginsel gegeven zo is vaste rechtspraak sinds HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112 CJHB (*Van Gog/Nederweert*), rov. 3.3.

Bij de Afdeling zullen onteigende aandeelhouders niet kunnen klagen over de hoogte van de schadeloosstelling.³⁸⁰ De prijs die zal worden betaald, zal ook niet in het onteigeningsbesluit staan. De Minister van Financiën dient binnen zeven dagen nadat het onteigeningsbesluit onherroepelijk is geworden zich tot de Ondernemingskamer te wenden met het verzoek om een schadeloosstelling te laten vaststellen.³⁸¹ De minister doet daartoe een voorstel. De Ondernemingskamer is bevoegd om een hogere vergoeding toe te kennen, indien het aanbod van de minister geen volledige ‘schadevergoeding’ vormt.³⁸² Bij de waardebepaling van de aandelen dient te worden uitgegaan van het te verwachten perspectief, in de situatie dat geen onteigening zou hebben plaatsgevonden.³⁸³

Deze structuur van rechtsbescherming bevat overeenkomsten met de wijze van rechtsbescherming die gangbaar is in de onteigeningspraktijk.³⁸⁴ Daarbij wordt eerst in een (relatief) snelle procedure de noodzaak voor de onteigening bij de rechter bediscussieerd. Daarbij kunnen partijen zich tevens uitlaten over de aangeboden schadevergoeding. Veelal wordt die verworpen, waarna in een afzonderlijk traject de hoogte van de te verstrekken schadevergoeding (met behulp van deskundigen) wordt bepaald.

Het moge duidelijk zijn dat met deze bevoegdheden voor de Minister van Financiën inbreuk kan worden gemaakt op eigendomsrechten. Deze bevoegdheden lijken evenwel ‘EHRM-proof’. Ik licht dat toe.

De bevoegdheden van de Minister van Financiën strekken ertoe te bevorderen dat het financiële systeem blijft functioneren in tijden van crisis. Daarmee wordt een publiek belang gediend. De bevoegdheden die worden geïntroduceerd berusten ook op een voldoende duidelijke wettelijke basis. Voorts heeft het EHRM overwogen dat bij het reguleren van het financiële systeem de verdragsstaten een ruime *margin of appreciation* wordt gegund.³⁸⁵ Aan de *legal certainty*-test en de *public interest*-test wordt derhalve voldaan. Resteert de *fair balance*-test. Uit de jurisprudentie van het EHRM valt af te leiden dat bij ontneming van

380. Die hangende het beroep bij de Afdeling wellicht ook nog niet zijn bepaald. Op grond van art. 6:10 Wft stelt de minister zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk zeven dagen nadat het besluit tot onteigening onherroepelijk is geworden, de schadeloosstelling vast.

381. Art. 6:10 lid 2 Wft.

382. Zie art. 6:11 Wft jo. art. 6:9 Wft.

383. Art. 6:9 lid 1 Wft. Het tweede lid bepaalt dat indien de betrokken onderneming voorafgaand aan het besluit tot onteigening van overheidswege financiële steun heeft ontvangen, de waarde die deze steun vertegenwoordigt in de prijs wordt verdisconteerd. Het komt mij voor dat dit niet geldt voor steun waarvan het effect geacht kan worden te zijn ‘uitgewerkt’. Het lijkt mij niet doenlijk om nog op een zinvolle wijze rekening te houden met steun die bijvoorbeeld vele jaren geleden is verleend.

384. Zie voor een schets: Sluysmans 2011, p. 32-40.

385. Zie in gelijke zin EHRM 24 november 2005, appl. nr. 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*), § 136: “It is true that in such a sensitive economic area as the stability of the banking system the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation (see *Olczak v. Poland* (dec.), no. 30417/96, § 85, ECHR 2002-X (extracts)) and that in certain situations →

HOOFDSTUK 4

eigendom in beginsel vergoeding van de marktwaarde geïndiceerd is.³⁸⁶ Zoals opgemerkt is de Ondernemingskamer bevoegd om eventueel een hogere vergoeding toe te kennen dan door de Minister van Financiën is bepaald.

Voor wat betreft de bevoegdheden van de Minister van Financiën lijkt de Interventiewet derhalve *EVRM-proof*.³⁸⁷ De vraag is of het voorgaande ook geldt voor de bevoegdheden van DNB.

4.3.9.5 De bevoegdheden voor DNB

De Interventiewet heeft DNB de bevoegdheid gegeven om achter de schermen een ‘overdrachtsplan’³⁸⁸ op te stellen, ten aanzien van een financiële instelling die ‘tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling’ vertoont en wanneer ‘redelijkerwijs is te voorzien dat die ontwikkeling niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren’.³⁸⁹ Op grond van het overdrachtsplan kunnen deposito-overeenkomsten, activa en passiva of de aandelen van de probleeminstelling overgaan op een derde instelling of een overbruggingsinstelling.³⁹⁰

De deposito-overeenkomsten, activa en passiva of aandelen gaan over op de overnemer door goedkeuring van het overdrachtsplan door de rechtbank, tenzij anders is bepaald in het overdrachtsplan.³⁹¹ Voorzien is in een rechtsopvolging onder algemene titel.³⁹² De rechten en verplichtingen die deel uitmaken van het vermogen dat over gaat, gaan van rechtswege op de verkrijger over.³⁹³

– especially in the context of a banking crisis such as the one facing Bulgaria in 1996-97 (see paragraph 45 above) – there may be a paramount need to act expeditiously and without advance notice in order to avoid irreparable harm to the bank, its depositors and other creditors, or the banking and financial system as a whole.”

386. In EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02 (*J.A. Pye (Oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 54, en EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 54.

387. Althans, zo lang de Ondernemingskamer in concrete gevallen een zodanige vergoeding zal vaststellen, die het EHRM zal beoordelen als *fair*, in het kader van de *fair balance*-toets.

388. Juridisch gezien, zou de term ‘overgangsregeling’ te prefereren zijn geweest, nu er geen sprake is van overdracht maar een overgang van vermogen onder Interventiewet.

389. Art. 3:159c lid 1 Wft.

390. Art. 3:159c lid 2 Wft. Mij is niet duidelijk waarom hier wordt gesproken over aandelen terwijl art. 6:2 Wft wordt gesproken over effecten. Het voorgestelde art. 3:159a Wft geeft overigens een definitie van het begrip ‘aandeel’ (onder a) dat ook effecten omvat.

391. Zie voor respectievelijk deposito’s, activa en passiva en aandelen, art. 3:159l lid 1, 3:159p lid 1 en 3:159s lid 1 Wft.

392. Met de Interventiewet is beoogd de verkrijging van een geheel vermogen – dan wel een gedeelte daarvan – met zowel activa als passiva mogelijk te maken, zonder dat toepassing aan art. 3:84 BW e.v. (inzake overdracht van goederen) hoeft te worden gegeven. Dit betreft een overgang van (een deel van een) vermogen onder algemene titel en niet een overdracht (van afzonderlijke vermogensbestanddelen) onder bijzondere titel, zie Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 194.

393. Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 193.

Daarmee vertoont deze figuur trekken van de goederenrechtelijke gang van zaken bij een splitsing van een rechtspersoon.³⁹⁴

Met de introductie van deze bevoegdheden is een voorschot genomen op de totstandkoming van een Europese richtlijn op dit terrein, aldus de wetgever. Voor de duidelijkheid: de Minister van Financiën is bevoegd tot onteigening van activa ten behoeve van de Staat, DNB is bevoegd tot onteigening ten behoeve van een derde-instelling (niet zijnde de Staat).³⁹⁵

Uiteraard wordt ook met de uitoefening van deze bevoegdheden inbreuk gemaakt op eigendomsrechten als bedoeld in art. 1 EP; bij een activa-en-passiva-overdracht op de eigendomsrechten van de probleeminstelling, en bij een aandelenoverdracht op de eigendomsrechten van de aandeelhouders. Ik concentreer mij eerst op de positie van laatstgenoemden.

Voorzien is in een regeling voor rechtsbescherming waarbij, alvorens de rechtbank beslist op een verzoek om toepassing van de noodregeling, aandeelhouders met een belang van groter dan 5% in de gelegenheid worden gesteld door de rechtbank om te worden gehoord, indien de belangen van geheimhouding of spoed zich daartegen niet verzetten.³⁹⁶ Deze drempel dient ervoor om te voorkomen dat voortijdig uitlekt dat wordt overwogen in te grijpen.³⁹⁷

Vervolgens spreekt de rechtbank de overdrachtsregeling uit ‘indien zij het overdrachtsplan goedkeurt, en indien summierlijk blijkt’ van tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling.³⁹⁸ Spreekt de rechtbank de overdrachtsregeling uit, dan staat tegen die beschikking alleen cassatieberoep open.³⁹⁹ Wel kunnen de aandeelhouders die niet vooraf zijn gehoord in verzet komen.⁴⁰⁰ Indien verzet wordt ingesteld, kunnen de aandeelhouders die reeds zijn gehoord, zich voegen in de procedure.⁴⁰¹ Indien de rechtbank het verzet gegrond verklaart, leidt dit

394. Art. 3:80 BW bevat een niet-limitatieve opsomming van gevallen waarin men een goed onder algemene titel kan verkrijgen (vgl. Asser/Mijnssen & De Haan 2006, nr. 194). Het zou mijns inziens voor de hand hebben gelegen bij invoering van de Interventiewet, dat art. 3:80 BW hierop was aangepast.

395. Art. 3:159t lid 1 Wft. Het tweede lid staat wel toe dat de overnemende partij een door de Staat opgerichte ‘overbruggingsinstelling’ is.

396. Art. 3:159w lid 1 Wft. Het ontwerp van de Interventiewet zoals in consultatie gebracht, ging nog uit van een grens van 10%. De memorie van toelichting (*Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 55) vermeldt overigens: “Doordat de drie voorwaarden (meer dan 5% van het geplaatste kapitaal, belangen van geheimhouding, belang van spoed) cumulatief gelden, zal de rechtbank slechts in uitzonderlijke situaties een aandeelhouder vooraf horen.”

397. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 17.

398. Art. 3:159j lid 1 Wft. Het beperken van de omvang van de rechterlijke toetsing is overigens onder omstandigheden geoorloofd. Zie Barkhuysen 1998, p. 130.

399. Zo leid ik af uit art. 3:159z lid 2 Wft en art. 3:159u lid 2 Wft.

400. Art. 3:159aa lid 3 Wft. Het ontwerp van de Interventieregeling voorzag nog in de mogelijkheid dat voor de aandeelhouders die onder de drempel vielen om te worden gehoord, een ‘amicus curiae’ zou kunnen worden ingesteld, die hun belangen bij de rechter kon behartigen. Die figuur is in het wetsvoorstel geschrapt.

401. Art. 3:159aa lid 4 Wft.

HOOFDSTUK 4

niet tot ‘vernietiging van de overdrachtsregeling’ – bedoeld zal zijn het (alsnog) afwijzen van het verzoek om de overdrachtsregeling uit te spreken – indien de ongedaanmaking van de overdrachtsregeling onevenredig ernstige gevolgen zou hebben.⁴⁰² Het verzet kan zich niet richten tegen de prijs die de overnemer bereid is te betalen of de wijze waarop de prijs die de overnemer bereid is te betalen, wordt vastgesteld.⁴⁰³ Het ontwerp van de Interventiewet gaf de onteigende aandeelhouders verder geen enkel rechtsmiddel om te klagen over de hoogte van de vastgestelde prijs. De wet die is ingevoerd bevat op dit punt een cruciale verbetering, conform het advies van de Raad van State.⁴⁰⁴ Aangesloten is nu bij de regeling die ook geldt bij een onteigening door de Minister van Financiën; de onteigende aandeelhouders kunnen zich tot de Ondernemingskamer wenden indien zij menen dat de geboden vergoeding te laag is.⁴⁰⁵

Het ontwerp zoals in consultatie was gebracht, was op dit punt niet EVRM-*proof*. Naar de letterlijke tekst bevat art. 1 EP weliswaar geen recht op het bestaan van rechtsmiddelen om op te komen tegen een inbreuk,⁴⁰⁶ maar bij het aanleggen van de *legal certainty*-test neemt het EHRM echter mede in aanmerking de mate waarin rechtsbescherming openstaat tegen een inbreuk. Uitgangspunt daarbij is dat “any interference with the peaceful enjoyment of possessions must be accompanied by procedural guarantees affording to the individual or entity concerned a reasonable opportunity of presenting their case to the responsible authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision.”⁴⁰⁷

Naar mate meer inbreuk wordt gemaakt, zal het EHRM ook hogere eisen stellen aan de mate waarin is voorzien in rechtsbescherming. De mogelijkheid voor aandeelhouders met een belang van meer dan 10% (in het voorontwerp) om te kunnen worden uitgenodigd om zich te verweren betrof geen voldragen rechtsmiddel. Gezien de korte tijdsperiode waarbinnen de rechter heeft te besluiten, zal geen volwaardige discussie kunnen worden gevoerd over de redelijkheid van de vergoeding die wordt voorgesteld in het overdrachtsplan.⁴⁰⁸

Ook de enkele mogelijkheid om in verzet te komen – voor aandeelhouders die niet zijn gehoord – kon niet worden beschouwd als een effectief rechtsmiddel. Het

402. Art. 3:159aa lid 6 Wft.

403. Art. 3:159aa lid 5 Wft.

404. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 60.

405. Art. 3:159ab Wft.

406. Een dergelijk recht volgt overigens wel uit art. 6 en 13 EVRM.

407. EHRM 24 november 2005, appl. nr. 49429/99 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*), § 134.

408. Het nadien nog aan de orde stellen van de hoogte van de vergoeding in een separaat geschil zou – bij gebrek aan een wettelijke voorziening daarover – ook niet mogelijk zijn geweest, nu een dergelijke vordering naar de kern genomen neerkomt op een vordering uit onrechtmatige rechtspraak, waarvoor zeer stringente eisen gelden. Vgl. HR 3 december 1971, NJ 1972/137 m.nt. Scholten; 1972/27 m.nt. St; AA 1973, p. 156 m.nt. Stein, waarin is overwogen: “dat slechts, indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zó fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige →

verzoek om een overdrachtsregeling uit te spreken, wordt in stilte voorbereid en wordt in een zitting met gesloten deuren behandeld.⁴⁰⁹ Op het moment dat beslist zal worden op het verzet, zullen de deposito-overeenkomsten, de activa en/of passiva, of aandelen reeds zijn overgegaan op de overnemende instelling. Deze overgang vindt immers van rechtswege plaats ‘op het tijdstip van goedkeuring van het overdrachtsplan door de rechtbank’, tenzij in het overdrachtsplan anders is bepaald.⁴¹⁰ Een eenmaal gerealiseerde overdrachtsregeling laat zich bezwaarlijk meer ongedaan maken, zodat daarin geen mogelijkheid tot redres ligt. Al met al voorzagt het ontwerp niet in een effectief rechtsmiddel voor aandeelhouders om de hoogte van de geboden vergoeding voor hun aandelen aan te vechten in rechte.

Niet alleen was de voorgestelde gang van zaken problematisch vanuit het oogpunt van art. 1 EP, ook art. 6 EVRM dreigde te worden geschonden. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM dient het recht op een *fair hearing* aldus te worden verstaan dat de betrokkenen zelf op enig moment in de procedure feiten en stellingen moeten kunnen inbrengen, onder zodanige omstandigheden dat zij niet wezenlijk wordt benadeeld ten opzicht van haar wederpartij.⁴¹¹ Het ontwerp van de Interventiewet voorzagt niet in een procedure met een prijsvaststelling door onafhankelijke deskundigen en *de facto* ontbrak de mogelijkheid voor een aandeelhouder zelf een deskundige in te schakelen. Aandeelhouders werden aldus wezenlijk benadeeld in hun procespositie ten opzichte van DNB.

Ik teken daarbij aan dat indien DNB de overgang van aandelen gelast, dit *eo ipso* vragen zal oproepen. Enerzijds impliceert het ingrijpen van DNB dat de aandelen niet veel waard zijn, terwijl anderzijds juist de overgang van de aandelen – in plaats van bijvoorbeeld alleen de deposito-overeenkomsten – de vraag oproept waarom de overnemende partij een (bijna) failliete boedel wenst te verwerven in plaats van alleen de gezonde onderdelen. Een verklaring daarvoor kan bijvoorbeeld zijn dat de probleeminstelling acute liquiditeitsproblemen heeft en de overnemende derde dat probleem kan ondervangen. Vanwege motieven als merkbekendheid en cliëntenbestand kan de overnemende derde in een dergelijk

behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan, de Staat ter zake van de schending van het in art. 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde recht voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk zou kunnen worden gesteld, doch dat – daargelaten of de Nederlandse wetgeving aanknopingspunten bevat die mogelijk maken dat de nationale rechter daarover oordeelt -, over zodanige schending in het middel niet wordt geklaagd.”

409. Art. 3159v lid 1 Wft.

410. Zie bijv. art. 3:159r lid 1 Wft.

411. EHRM 22 september 1994, nr. 13616/88 (*Hentrich t. Frankrijk*), §56: “Secondly, it points out that one of the requirements of a ‘fair trial’ is ‘equality of arms’, which implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent (...)” Zie verder bijvoorbeeld Smits 2008, p. 98.

HOOFDSTUK 4

geval een voorkeur ervoor hebben om het gehele bedrijf in te lijven. Het ligt voor de hand dat onteigende aandeelhouders in een dergelijke situatie – zonder faillissement van de probleeminstelling – zich steeds zullen afvragen of DNB wel de hoogst mogelijke opbrengst voor hun aandelen heeft bedongen. Met name ook omdat DNB een sigaar uit andermans doos heeft verkocht.

Met de introductie van de mogelijkheid de Ondernemingskamer te verzoeken een hogere schadeloosstelling vast te stellen, is een discussie over de hoogte van de geboden vergoeding mogelijk geworden, na goedkeuring van de overdrachtsregeling. Net zoals het geval is bij een onteigening door de Minister van Financiën.⁴¹² Daarmee wordt de aandeelhouders in ieder geval nu een volwaardig rechtsmiddel geboden om te klagen over de hoogte van de in het overdrachtsplan bepaalde vergoeding. Naast de verzetsmogelijkheden en de cassatieprocedure die open staat om de noodzaak van de toepassing van de overdrachtsregeling aan te vechten, lijkt de Interventiewet op dit punt nu te kunnen slagen voor de *legal certainty*-test.

4.3.9.6 Het probleem van het procesrisico bij toepassing van de overdrachtsregeling

De aarzeling van de wetgever om de aandeelhouders het recht te gunnen op te komen tegen de hoogte van de geboden vergoeding bij een onteigening is begrijpelijk. DNB moet een prijs voor hetgeen wordt overdragen met de overnemende partij kunnen uitonderhandelen alvorens zij een overdrachtsplan kan voorleggen aan de rechtbank. Indien aandeelhouders het recht wordt gegund op te komen tegen deze prijsbepaling, kan een discussie ontstaan over de prijs, nadat de overdrachtsregeling is geëffectueerd. Een overdrachtsplan met betrekking tot aandelen laat zich, zoals gezegd, niet terugdraaien. De vraag is dan voor wiens risico een prijsaanpassing door de rechter zou moeten komen. Met de overnemende partij zal veelal onder grote tijdsdruk moeten worden onderhandeld en onzekerheid over de prijs die hij uiteindelijk zal moeten betalen helpt in een dergelijke situatie niet om tot overeenstemming te komen. Anderzijds is begrijpelijk dat DNB niet het risico wil lopen de aandeelhouders uit eigen zak nog een nabetaling te moeten verstrekken.

De Staat heeft nu eieren voor zijn geld gekozen door de eerder gekozen oplossing – de aandeelhouders eenvoudig geen rechtsmiddel te gunnen – te vervangen door een mogelijkheid dat de Ondernemingskamer een aanvullend bedrag kan toekennen ten laste van de Staat. De overnemende derde wordt

412. “(...) *the powers and procedural guarantees an authority possesses are relevant in determining whether the remedy before it is effective*”, EHRM 6 september 1978, appl. nr. 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*), § 67. Zie verder Barkhuysen 1998, p. 116.

derhalve uit de wind gehouden, aangezien dit anders potentiële overnemers zou kunnen afschrikken.⁴¹³

4.3.9.7 Rechtsmiddelen voor de probleeminstelling bij toepassing van de overdrachtsregeling

Hiervoor is de verbeterde positie van de aandeelhouders geschetst indien DNB een overgang van aandelen bewerkstelligt. De rechtspositie van de probleeminstelling bij de overgang van activa en/of passiva of deposito-overeenkomsten, is in de wet die van kracht is geworden niet aangepast ten opzichte van het voorontwerp.

In geval van een verzoek om goedkeuring van een overdracht van deposito-overeenkomsten of activa en/of passiva kan de probleeminstelling verweer voeren tegen het goedkeuringsverzoek bij de rechtbank. In dat kader kan ook worden geklaagd over de hoogte van de geboden vergoeding zoals voorzien in het overdrachtsplan.⁴¹⁴ Tegen de beschikking van de rechtbank staat geen hoger beroep open, alleen cassatie.⁴¹⁵ De hoogte van de vergoeding kan – anders dan bij een onteigening van aandelen – door de probleeminstelling ook niet aan de orde worden gesteld bij de Ondernemingskamer. De afwezigheid van deze mogelijkheid klemt temeer daar er alle reden is om voor de probleeminstelling een volwaardige rechtsgang open te stellen waarin zij kunnen klagen over vergoeding die wordt ontvangen over de vermogensbestanddelen die worden onteigend op grond van de overdrachtsregeling. Ik licht dat nader toe.

De Interventiewet is geschreven vanuit het perspectief van de belangen die DNB heeft te behartigen. Het belang van DNB is gelegen – zoals wordt vermeld in de memorie van toelichting – te komen tot een ordentelijke afwikkeling (bijvoorbeeld het voorkomen van een *bank run*)⁴¹⁶ van de in problemen geraakte financiële onderneming. Het betalingsverkeer dient zo min mogelijk verstoord te worden. De rekeninghouders moeten over hun geld kunnen blijven beschikken. DNB zal met het oog op deze belangen handelen. Het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst bij een overdrachtsregeling is daaraan secundair. Het belang van de overnemende derde is om voor een zo laag mogelijke prijs de interessante delen van financiële onderneming te verwerven. Dit krachtenveld geeft de probleeminstelling, aandeelhouders en crediteuren op voorhand weinig reden tot vertrouwen in de wijze waarop DNB

413. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 60.

414. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 19.

415. Ook verzet staat niet open, nu die mogelijkheid alleen geldt voor aandeelhouders, vgl. art. 3:159aa lid 3 Wft.

416. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 16.

HOOFDSTUK 4

hun belangen zal vertegenwoordigen. Deze netelige positie van de probleeminstelling vergroot de behoefte aan rechterlijke controle.⁴¹⁷

Mede gezien de snelheid waarmee de rechtbank zal moeten beslissen en de beperkte mogelijkheid om daarbinnen een discussie te voeren over de prijs die de derde betaalt onder de overdrachtsregeling, geldt dat naar mij voorkomt voor de probleeminstelling niet wordt voldaan aan de eisen die voortvloeien uit art. 1 EP (alsmede art. 6 EVRM).⁴¹⁸ Ook voor de probleeminstelling zal de route naar de Ondernemingskamer dienen te worden geopend om de hoogte van de vergoeding die door DNB is overeengekomen met een derde op redelijkheid te kunnen laten toetsen. In afwachting van een aanpassing van de wet op dit punt, dient de Ondernemingskamer, om een verdragsschending te voorkomen⁴¹⁹ de regeling die is getroffen voor aandeelhouders zo te verstaan dat deze ook geldt voor de probleeminstelling zelf, zodat ook de probleeminstelling de hoogte van de vergoeding die door DNB is overeengekomen met een derde voor bepaalde activa op redelijkheid kan laten toetsen.

4.3.9.8 Tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling

Voor de inzet van de onteigeningsbevoegdheid van de Minister van Financiën geldt een strenge toets: het financiële stelsel dient ernstig en onmiddellijk in gevaar te zijn. Voor de inzet van de vergelijkbare onteigeningsbevoegdheden door DNB geldt evenwel het zeer ruime criterium dat sprake dient te zijn van ‘tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling’.⁴²⁰ De wetgever wil graag dat DNB alle ruimte wordt geboden om te trachten de put eerst met privaat kapitaal te dempen, alvorens de Minister van Financiën met belastinggeld over de brug mag komen, zo begrijp ik deze keuze. De gedachte dat DNB ruim baan dient te

417. Wanneer de probleeminstelling geen mogelijkheden heeft om te klagen in Straatsburg zal het EHRM onder omstandigheden bereid zijn ook klachten van aandeelhouders te ontvangen. Hoewel het EHRM geen afgeleide schadeacties toestaat, is het EHRM wel bereid onder omstandigheden voor de vraag wie kan klagen over een schending van grondrechten een aandeelhouder te vereenzelvigen met de vennootschap in gevallen waarin laatstgenoemde niet in staat is om zelf in Straatsburg een klacht aanhangig te maken. De eerlijkheid gebied hier aan toe te voegen dat tot nu toe steeds sprake was van aandeelhouders die vrijwel alle aandelen bezaten. Wellicht dat het EHRM voor beursgenoteerde fondsen ook aandeelhouders met een substantieel belang ontvankelijk zal willen achten. Zie bijvoorbeeld EHRM 1 april 2004, nr. 50357/99 (*Camberrow MM5 AD t. Bulgarije*), met verdere verwijzingen.

418. Het aanspreken van DNB op grond van een onrechtmatige daad zal ook niet tot de mogelijkheden behoren: per 1 juli 2012 is de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen, in werking getreden (Stb. 2012, 289).

419. Onder voorrangverlening aan de verdragsverplichtingen van de Staat onder het EVRM.

420. Art. 3:159c lid 1 Wft. In de memorie van toelichting wordt benadrukt (p. 25 en 26) dat niet daadwerkelijk sprake hoeft te zijn van een gevaarlijke ontwikkeling, alvorens DNB naar de rechter mag stappen met het verzoek een overdrachtsregeling uit te spreken, maar dat het voldoende is dat er ‘tekenen’ zijn van een gevaarlijke ontwikkeling.

worden gegeven ziet men ook terug in het voorschrift dat de rechter de overdrachtsregeling uitspreekt, indien ‘summierlijk blijkt’ dat zich tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling hebben voorgedaan.⁴²¹ Daarmee beoogt de wetgever de rechterlijke toetsing van de noodzaak van een overdrachtsregeling zoveel mogelijk te beperken.

Gekozen is dus voor zowel een ruime maatstaf als een beperking van de rechterlijke toetsing. Dubbel gestikt hecht beter, zo lijkt de gedachte. Wellicht dat de ervaring van DNB met de rechtbank Amsterdam – die een eerste verzoek om het uitspreken van de noodregeling voor de DSB Bank weigerde – in deze keuze een rol heeft gespeeld. Wat daar verder ook van zij, het komt mij voor dat de maatstaf – hoe die ook wordt geformuleerd – erop neer dient te komen dat de rechter moet kunnen toetsen of DNB in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. De wetenschap dat een keuze voor de overdrachtsregeling in rechte in redelijkheid verdedigbaar dient te zijn, dwingt DNB ook tot zorgvuldigheid in de voorbereiding. De beleidsvrijheid die DNB toekomt, dient niet volledig het belang dat in rechte kan worden getoetst of DNB in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen te eroderen. In de maatstaf zoals thans wordt voorgesteld, worden deze belangen niet evenwichtig gewogen. De gekozen maatstaf getuigt mijns inziens van een zeker wantrouwen jegens de rechter.

De maatstaf ‘tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling’ zal waarschijnlijk enige wenkbrauwen doen fronsen in Straatsburg. Het EHRM eist dat de verdragsstaten de bevoegdheden die bestuursorganen worden toevertrouwd waarmee zij inbreuk kunnen maken op eigendomsrechten met enige precisie omlijnen. Het legaliteitsbeginsel omvat eisen inzake *foreseeability and precision*.⁴²² Naar mate de bevoegdheden meer ingrijpend zijn, wordt het belang daarvan groter. De uitvoering van een overdrachtsplan betreft een ingrijpende inmenging op het recht op eigendom.

In het geval een klacht over de inzet van de overdrachtsregeling het EHRM bereikt, zal, naar ik vermoed, het EHRM weliswaar niet oordelen dat de maatstaf onvoldoende voorzienbaar of precies is – dat gebeurt niet snel – maar dat laat onverlet dat een ruime maatstaf voor de inzet van bevoegdheden tot gevolg kan hebben dat het EHRM de inzet daarvan meer kritisch gaat beoordelen. Naar mate de inbreuk die wordt gemaakt op het eigendomsrecht groter wordt, worden in Straatsburg ook hogere eisen gesteld aan de *fair balance* die moet bestaan tussen de mate waarin en de manier waarop een

421. Een wijze van toetsing die door het EHRM in een ander verband – het opkomen tegen een strafrechtelijke verbeurdverklaring – als voldoende is beoordeeld. Zie EHRM 24 oktober 1986, appl. nr. 9118/80 (*Agosi t. Verenigd Koninkrijk*), § 60.

422. EHRM 27 mei 2010, appl. nr. 11765/05 (*Sarica & Dilaver t. Turkije*), waarin het EHRM overwoog in § 42: “*En effet, la prééminence du droit, l’un des principes fondamentaux d’une société démocratique, étant inhérente à l’ensemble de la Convention (Iatridis, précité, § 58), l’article 1 du Protocole no 1 exige, avant tout et surtout, qu’une ingérence de l’autorité publique dans la jouissance du droit au respect des biens soit légale.*”

HOOFDSTUK 4

inbreuk op eigendomsrechten wordt gemaakt en het algemene belang dat daarmee wordt gediend. Naar mate de wet meer ruimte laat voor een vroegtijdige inzet van de overdrachtsregeling zal men de noodzaak daarvan dan ook meer kritisch onderzoeken. Nu enerzijds de bevoegdheden die aan DNB worden gegeven zeer ingrijpend zijn en anderzijds DNB met de woordkeus voor ‘tekenen’ van een gevaarlijke ontwikkeling wel een zeer grote vrijheid wordt geboden, zal dat wellicht op voorhand de vraag oproepen of aan deze bepaling wel een belangenafweging ten grondslag ligt die nog als *fair* kan worden aangemerkt.

Terzijde merk ik op dat in de memorie van toelichting over de bevoegdheden van de Minister van Financiën tot onteigening en het treffen van onmiddellijke voorzieningen wordt opgemerkt: “[d]uidelijk is dat beide bevoegdheden grote consequenties (kunnen) hebben voor de betrokken onderneming. De bevoegdheden dienen daarom met grote terughoudendheid en slechts in uitzonderlijke omstandigheden te worden gebruikt.”⁴²³ Hetzelfde geldt mijns inziens voor de bevoegdheden die DNB worden gegeven. De uitoefening ervan zal veelal het einde van de financiële onderneming in kwestie betekenen. Opvallend is echter dat – anders dan ten aanzien van de onteigeningsbevoegdheid van de Minister van Financiën – nergens in de memorie van toelichting tot uitdrukking is gebracht dat ook DNB met de nodige terughoudendheid te werk zou dienen te gaan. Ook hierin valt de wens van de wetgever te lezen dat zo veel als mogelijk DNB en niet de Staat het ‘vuile werk’ zal gaan verrichten.

Zowel aan deze wens als aan de hiervoor opgeworpen bezwaren kan mijns inziens tegemoet worden gekomen door bijvoorbeeld DNB wel de bevoegdheid te geven om informatie in te winnen en een overdrachtsplan op te gaan stellen bij ‘tekenen’ van een gevaarlijke ontwikkeling, maar aan de goedkeuring van het overdrachtsplan door de rechtbank de eis te verbinden dat op dat moment sprake dient te zijn van een dreigende déconfiture van de financiële onderneming, althans meer dan louter ‘tekenen’ van een gevaarlijke ontwikkeling. Aldus wordt recht gedaan enerzijds aan het belang van DNB om in een vroeg stadium bij een gevaarlijke ontwikkeling betrokken te raken en te werken aan een oplossing. Anderzijds wordt ook recht gedaan aan het belang van de betrokken financiële onderneming (en de daarbij betrokken derden, zoals aandeelhouders) dat niet al te lichtvaardig wordt overgaan tot het treffen van rigoureuze maatregelen. De wettelijke regeling is nu op dit punt mijns inziens niet in evenwicht.⁴²⁴

423. *Kamerstukken II*, 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 32.

424. De *Serië* 2011, p. 341, komt tot een vergelijkbare conclusie.

4.3.9.9 Tot besluit

Met het van kracht worden van de Interventiewet zijn DNB en de Minister van Financiën vergaande bevoegdheden toevertrouwd. Teneinde deze bevoegdheden effectief te kunnen uitoefenen, moeten zij snel kunnen handelen. Het EHRM eist echter dat de direct betrokkenen kunnen beschikken over adequate rechtsmiddelen.

*With great power comes great responsibility.*⁴²⁵ Wie over verregaande bevoegdheden wil beschikken, moet daarover ook ter verantwoording kunnen worden geroepen.

Ten opzichte van het voorontwerp bevat de wet die is aangenomen een belangrijke verbetering voor de aandeelhouders die worden onteigend door DNB. Deze aandeelhouders hebben nu de mogelijkheid de Ondernemingskamer te vragen een hogere vergoeding vast te stellen dan is overeengekomen tussen DNB en de derde partij die de aandelen heeft verworven. Een dergelijke mogelijkheid dient ook de probleeminstelling zelf te worden geboden. De probleeminstelling heeft nu geen adequate mogelijkheden om zich te verzetten tegen de hoogte van de prijs (of de wijze van berekening daarvan) in een overdrachtsplan. Het is ook voor het vertrouwen van crediteuren en aandeelhouders van belang dat de waarde van hetgeen wordt overgedragen op een zorgvuldige wijze in rechte aan de orde kan worden gesteld. Het ontbreken van effectieve rechtsmiddelen voor de probleeminstelling om op te komen tegen een onteigening van vermogensbestanddelen onder de overdrachtsregeling voldoet in de huidige opzet niet aan de Straatsburgse normen.

4.3.10 *Het wetsvoorstel terugvordering bestuurdersbeloningen*

4.3.10.1 Inleiding

Gevoed door maatschappelijke verontwaardiging staat de politiek op dit moment onder grote druk om een einde te maken aan de ‘bonuscultuur’. Volgens de huidige *communis opinio* zijn de beloningen in met name de financiële sector in het verleden buitensporig geweest. De bonuscultuur heeft eraan bijgedragen dat onverantwoorde risico’s zijn genomen. Teneinde de ‘bonuscultuur’ tegen te gaan is het wetsvoorstel ‘aanpassen en terugvorderen van bonussen van bestuurders van naamloze vennootschappen en financiële ondernemingen’⁴²⁶ – ook wel het wetsvoorstel *claw back* genoemd – aan de

425. Deze beroemde frase van Spiderman (Amazing Fantasy #15, August 1962) gaat naar verluidt terug op Voltaire.

426. Het wetsvoorstel geldt voor alle naamloze vennootschappen én voor banken of verzekeraars die worden gedreven in de vorm van een besloten vennootschap, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij. De regeling in de Wft geldt voor alle financiële ondernemingen.

HOOFDSTUK 4

Tweede Kamer gezonden.⁴²⁷ Het wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid bonussen af te romen dan wel terug te halen. Onderzocht zal worden in hoeverre het in dit wetsvoorstel bepaalde strijdig zou kunnen zijn met art. 1 EP.

4.3.10.2 Het wetsvoorstel ‘claw back’

Het wetsvoorstel ‘aanpassing en terugvordering van bonussen’⁴²⁸ geeft aan de met het beloningsbeleid van bestuurders belaste orgaan – bij grote vennootschappen doorgaans de raad van commissarissen – de bevoegdheid de hoogte van een bonus bij te stellen in drie situaties. Het wetsvoorstel spreekt over een *claw back*-bevoegdheid. De voorgestelde regeling strekt zich uit tot alle NV’s, alsmede coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en BV’s die een bank of verzekeringsmaatschappij in stand houden.

In de eerste plaats mag een in het vooruitzicht gestelde bonus worden bijgesteld tot een passende hoogte indien uitkering van de bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.⁴²⁹ Hetzelfde gold in de oorspronkelijke opzet van het wetsvoorstel voor het geval een openbaar bod zou worden gedaan.⁴³⁰ Ten slotte is de raad van commissarissen bevoegd een uitgekeerde bonus namens de vennootschap terug te vorderen voor zover de uitkering heeft plaats gevonden “op basis van onjuiste informatie over het bereiken van de aan de bonus ten grondslag liggende doelen of over de omstandigheden waarvan de bonus afhankelijk was gesteld.”⁴³¹ Geen van deze bevoegdheden zijn vanuit het oogpunt van art. 1 EP problematisch te achten.

427. Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen en winstdelingen van bestuurders en dagelijkse beleidsbepalers en deskundigheidstoetsing van commissarissen (32 512). Het wetsvoorstel is ook besproken door Lennarts & Meijer-Wagenaar 2011.

428. Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen en winstdelingen van bestuurders en dagelijkse beleidsbepalers en deskundigheidstoetsing van commissarissen (32 512). De volgende paragrafen zijn deels ook verwerkt in een artikel, zie: Lokin & Schild 2012.

429. Art. 2:135 lid 6 BW. Het bevoegde orgaan dient de bonus aan te passen tot een passende hoogte. Dit betekent dat de bonus zowel naar boven, als naar beneden kan worden bijgesteld. In de praktijk wordt het naar beneden aanpassen van de bonus ook wel een ‘hold back’ genoemd.

430. In het oorspronkelijke art. 2:135 lid 7 BW was opgenomen dat in geval van een openbaar bod de raad van commissarissen de bonus die ten gevolge van het openbaar bod onvoorwaardelijk wordt, aanpast tot een passende hoogte, indien uitkering van de bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In het volgende zullen wij ingaan op lid 7 en de wijzigingen die het heeft ondergaan.

431. Art. 2:135 lid 8 BW.

Vanuit de kamer is kritiek geuit op het wetsvoorstel omdat het geen regeling bevat voor wat kan worden genoemd ‘Bennink-situaties’.⁴³² De situatie waarbij een bestuurder ten gevolge van een overnamebod de waarde van zijn aandelen of opties in de eigen vennootschap sterk ziet stijgen. Daarmee strookt het wetsvoorstel niet met het reeds aangenomen amendement van de leden Tang & Irrgang.

Op initiatief van de leden Tang & Irrgang, heeft de Tweede Kamer in december 2009 een amendement aanvaard op grond waarvan de winst die bestuurders maken op hun aandelen na een overnamebod moet worden afgeroomd, teneinde te voorkomen dat een bestuurder vanwege privébelangen ook mee zou willen werken aan een overname die niet in het belang van de rechtspersoon en de aan haar verbonden onderneming is. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel is die wens opnieuw geuit.⁴³³ Van regeringszijde is opgemerkt dat deze wens niet valt te realiseren, onder meer aangezien art. 1 EP daaraan in de weg staat.

4.3.10.3 Het amendement Tang & Irrgang

Het amendement van de leden Tang & Irrgang, dat de vennootschapsrechtelijke gemoederen al enige tijd bezig houdt, strekt ertoe de persoonlijke financiële belangen van bestuurders en commissarissen in het geval van een overname te neutraliseren.⁴³⁴ Het amendement – in zijn oorspronkelijke opzet – voorziet in een regeling die de waarde van alle aandelen of opties in het kapitaal van de vennootschap voor bestuurders en commissarissen bevriest op een niveau van vier weken voor de aankondiging van een openbaar bod of fusie. De waardevermindering van de aandelen na deze peildatum dient te worden betaald aan de vennootschap. Het resultaat is dat een bestuurder of commissaris niet kan profiteren van een waardevermindering van zijn pakket ten gevolge van een openbaar bod. Daarmee wordt zijn eigen belang geëlimineerd bij het slagen van het bod. Het amendement is oorspronkelijk ingediend bij behandeling van het Wetsvoorstel Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht. Daar hoorde het niet in thuis, nu het amendement betrekking heeft op beursgenoteerde NV’s. Het amendement lijkt dan ook met name een politieke statement te zijn geweest.

De minister heeft – om het wetsvoorstel flexibilisering van het BV-recht te kunnen vlottrekken – bij nota van wijziging het voorstel van de leden Tang &

432. Toen Danone in 2007 Numico kocht, hield de toenmalige CEO van Numico – Bennink – daar zelf naar verluidt 80 miljoen euro aan over.

433. Zie *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 512, nr. 5, p. 9.

434. *Kamerstukken II*, 2009/10, 31 058 (flexibilisering van het BV-recht), nr. 24 (amendement van de leden Tang en Irrgang). Het is aanvaard met de steun van de fracties van de SP, PvdA, GroenLinks, PvdD, de ChristenUnie en de PVV.

HOOFDSTUK 4

Irrgang opgenomen in het wetsvoorstel *claw back*.⁴³⁵ Op 27 oktober jl. heeft de minister bij nota van wijziging een aangepaste versie voorgesteld van het amendement Tang & Irrgang.⁴³⁶

4.3.10.4 Is het amendement Tang & Irrgang in strijd met art. 1 EP?

Tegen het amendement Tang & Irrgang zijn diverse argumenten aangevoerd. Zo heeft de minister betoogd dat het amendement in strijd is met art. 1 EP.⁴³⁷ Dit argument is naar voren geschoven in een advies van de Commissie vennootschapsrecht.⁴³⁸ De Commissie vennootschapsrecht acht het waarschijnlijk dat het amendement in strijd is met art. 1 EP. Volgens de Commissie vennootschapsrecht wordt niet voldaan aan het ‘algemeen belang’-vereiste, aangezien de waardeinstijging van de aandelen en opties van de bestuurders uitsluitend ten goede komt aan de vennootschap.⁴³⁹ Voorts meent de Commissie vennootschapsrecht – nu de bestuurder een voordeel wordt ontnomen, terwijl daar geen vergoeding tegenover staat – dat niet wordt voldaan aan het *fair balance*-vereiste op grond waarvan een proportionele verhouding dient te bestaan tussen hetgeen de Staat beoogt te bereiken en de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten.

Dit argument, waaraan door verschillende auteurs alsmede door de minister veel gewicht is gehangen, overtuigt niet. Uit de jurisprudentie van het EHRM valt af te leiden dat hetgeen het amendement Tang & Irrgang beoogt te bewerkstelligen waarschijnlijk niet in strijd met art. 1 EP is.

Voor het onderhavige voorstel kunnen drie situaties worden onderscheiden waarin mogelijk sprake zou kunnen zijn van een inbreuk op art. 1 EP:

435. *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 512, nr. 8. In de woorden van Kroeze en Verbrugh ‘gijzelde’ het amendement Tang & Irrgang het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht. Kroeze & Verbrugh 2010, p. 998.

436. *Kamerstukken II*, 2011/12, 32 512, nr. 9. In de regeling die nu wordt voorgesteld, wordt de bezoldiging van de bestuurder die hem is toegekend in de vorm van aandelen of opties aangepast in overnamesituaties. Niet langer hoeft de bestuurder zonder meer de door hem gerealiseerde koerswinst op door hem gehouden aandelen en/of opties af te dragen na een overname. In de voorgestelde regeling wordt de koerswinst die hij realiseert op aandelen of opties – alleen de aandelen en opties die hij als loon heeft ontvangen – in mindering gebracht op zijn beloning.

437. Het betreft in het bijzonder de onderdelen van de regeling, inhoudende dat de betalingsplicht geldt ten aanzien van alle aandelen en opties, ook die de bestuurder op andere wijze dan als beloning heeft verkregen, en dat de bestuurder ook moet betalen wanneer de overname of transactie geen doorgang vindt en wanneer hij zijn aandelen niet verkoopt. Zie de toelichting bij de derde nota van wijziging; *Kamerstukken II*, 2011/12, 32 512, nr. 9.

438. Advies van de Commissie vennootschapsrecht d.d. 15 april 2010, te raadplegen op <<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/wetgeving/documenten-en-publicaties/brieven/2010/04/15/advies-beperking-bonusuitkering.html>>.

439. Zie *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 512, nr. 3, p. 20.

- (i) een bestuurder wordt de mogelijkheid ontnomen een koerswinst te realiseren op zijn aandelen en opties in geval in de toekomst een openbaar bod wordt uitgebracht;
- (ii) in geval daadwerkelijk een openbaar bod is uitgebracht, wordt de waardestijging van de aandelen en opties bij de bestuurder afgeroomd;
- (iii) de rechtspersoon wordt beperkt in de mogelijkheden om bestuurders te belonen door het vooruitzicht op een koerswinst in het geval van een openbaar bod.

Waar het betreft het bij voorbaat ontnemen van de mogelijkheid dat bestuurders in geval van een openbaar bod koerswinsten kunnen realiseren op door hun gehouden aandelen en opties, is de vraag of daarmee inbreuk wordt gemaakt op ‘eigendomsrechten’ van bestuurders in de zin van art. 1 EP. Weliswaar hanteert het EHRM een zeer ruim eigendomsbegrip, maar *future income* valt daar in beginsel buiten.⁴⁴⁰ Zolang geen openbaar bod is gedaan, bestaat voor een bestuurder met aandelen alleen de mogelijkheid dat hij ten gevolge van een openbaar bod een koerswinst op zijn aandelen zal kunnen behalen, hetgeen *future income* betreft. De mogelijkheid van koerswinst bij een overname bod, zal alleen als een aantasting van zijn recht ‘eigendom’ kunnen gelden indien er een *legitimate expectation* bestaat op deze koerswinst.⁴⁴¹ In situaties waarin dat niet het geval is, is geen sprake van een concrete aantasting van het recht op eigendom van een bestuurder in de zin van art. 1 EP. De koerswinst die een bestuurder in de toekomst hoopt te behalen bij een openbaar bod valt onder de categorie *future income*, waar art. 1 EP geen bescherming tegen biedt.

In de gevallen genoemd onder (ii) en (iii) kan waarschijnlijk wel sprake zijn van een inbreuk op het recht van eigendom. De bestuurder wordt belemmerd in de mogelijkheid te kunnen profiteren van een openbaar bod. De rechtspersoon ziet zich belemmerd in zijn vrijheid de beloningsstructuur van zijn bestuurders naar eigen inzicht in te richten.⁴⁴²

440. Nog niet genoten inkomen valt volgens vaste rechtspraak van het EHRM alleen onder het begrip eigendom “*if the income has been earned or where an enforceable claim to it exists*”. Zie o.a. EHRM 11 januari 2007, appl. nr. 73049/01 (*Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*), § 64, met verdere verwijzingen. Voor een overzicht van de jurisprudentie over het begrip *future income*, zie EHRM 13 maart 2012, appl. nr. 23780/08, EHCR 2012, 127 m.nt. Schild (*Malik t. Verenigd Koninkrijk*).

441. De mogelijkheid van koerswinst bij een overname bod, zal alleen als een aantasting van zijn recht ‘eigendom’ kunnen gelden indien er een *legitimate expectation* bestaat op deze koerswinst, zo volgt uit EHRM 28 september 2004, appl. nr. 44912/98 (*Kopecky t. Slowakije*), § 35: “(...) “*Possessions*” can be either “*existing possessions*” or *assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a “legitimate expectation” of obtaining effective enjoyment of a property right (...)*”.

442. Nu de beoogde regeling een belemmering opwerpt voor bedrijven om hun bestuurders financieel te laten profiteren bij een overname en aldus naar eigen inzicht te belonen, zie Grapperhaus 2012, p. 6-7.

HOOFDSTUK 4

Bij de beoordeling van de vraag of de inbreuk op het eigendomsrecht geoorloofd is onder art. 1 EP, komt het aan op de ‘drie stappen’-test. Bij de beoordeling van de eerste vraag – of de wettelijke regeling die inbreuk maakt het algemeen belang dient – pleegt het EHRM zich in beginsel te conformeren aan het oordeel van de verdragsstaat, tenzij dit oordeel zonder redelijke grond is.⁴⁴³ De door Tang & Irrgang beoogde regeling wil het persoonlijke financiële belang van bestuurders in overnamesituaties verminderen. Daarmee hoopt de wetgever te bevorderen dat de besluitvorming zoveel mogelijk wordt ingegeven door het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming.⁴⁴⁴ Het streven naar een evenwichtige besluitvorming in rechtspersonen dient het algemeen belang.⁴⁴⁵ De beoogde regulering van het eigendomsrecht zoals dat in deze aan de orde is, zal ook voldoen aan de tweede eis, nu zij bij wet zal zijn voorzien.

Ten slotte de laatste vraag: is sprake van een *fair balance*? Daarvoor gelden weer de eisen dat (i) dat de inbreuk niet mag resulteren in een *individual and excessive burden*⁴⁴⁶ en (ii) dat er een redelijke mate van evenredigheid moet bestaan tussen de gebruikte middelen en het doel dat wordt nagestreefd.⁴⁴⁷

Bij de vraag of hetgeen is voorgesteld door de leden Tang & Irrgang voldoet aan het vereiste van een *fair balance*, zal het EHRM vooropstellen dat de regeling eigendomsrechten reguleert. Er is geen sprake van een *deprivation of property* zoals dat door het EHRM wordt verstaan, omdat de aandelen en opties de bestuurder niet worden ontnomen maar bij de bestuurder blijven en alleen een mogelijkere wijze te ontvangen voordeel op deze aandelen en opties in de specifieke situatie van een openbaar bod de bestuurder bij voorbaat wordt onthouden.⁴⁴⁸ Voorts zal het EHRM constateren dat wanneer de regeling is

443. Vaste jurisprudentie sinds EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*). Zie bijv. EHRM 15 november 2005, *J. A. Pye (Oxford) Ltd. t. Verenigd Koninkrijk*, appl. nr. 44302/02, § 44. In EHRM 15 maart 2007, appl. nrs. 43278/98, 45437/99, 48014/99, 48380/99, 51362/99, 53367/99, 60036/00, 73465/01, en 194/02 (*Velikovi e.a. t. Bulgarije*), is overwogen (§ 169) dat in beginsel het oordeel van de wetgever wordt gevolgd over wat het in het algemeen belang is, “*unless that judgment is manifestly without reasonable foundation. (...)*”.

444. *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 512, nr. 7, p. 4.

445. Bij complexe vraagstukken in privaatrechtelijk verhoudingen gunt het EHRM de verdragsstaten nog een extra ruime *margin of appreciation*, zie EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02, NJ 2008, 269 m.nt. Alkema (*J.A. Pye (oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 71.

446. EHRM 23 september 1982, appl. nr. 7151/75 & 7152/75 (*Sporrong en Lönnroth t. Zweden*) § 69, en EHRM 21 februari 1986, appl. nr. 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 50.

447. EHRM 5 januari 2000, appl. nr. 33202/96, NJ 2000, 571 (*Beyeler t. Italië*), § 114.

448. Het EHRM reserveert de term ‘ontnemings’ (*deprivation*) voor onteigeningssituaties, waarbij zelfs niet iedere situatie waarin sprake is van een *loss of ownership of possessions* als een ontneming kan worden beschouwd, zie EHRM 30 augustus 2007, appl. nr. 44302/02, NJ 2008, 269 m.nt. Alkema (*J.A. Pye (oxford) Ltd e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 64.

ingevoerd, met een redelijke termijn voor inwerkingtreding, bestuurders en de rechtspersoon bij de vaststelling van het beloningspakket rekening hebben kunnen houden met deze wijze van ‘regulering van eigendom’.

Bij de beoordeling van de vraag of het doel en de regeling in een evenredige verhouding staan, zal het, zoals reeds opgemerkt, weinig twijfel lijden dat het EHRM de wens van de wetgever om de koerswinst die bestuurders realiseren bij een openbaar bod af te willen romen, teneinde een zuivere besluitvorming te bevorderen, als een legitiem doel zal aanmerken. De voorgestelde regeling betreft een geschikt instrument om dat doel te verwezenlijken en lijkt ook niet verder te gaan dan noodzakelijk voor het beoogde doel. Mede gelet op de ruime *margin of appreciation* die het EHRM de verdragsstaten in deze pleegt te laten, de menselijke waardigheid niet in het geding is en de bestuurders de beschikking hebben over adequate rechtswaarborgen, lijkt er dan ook geen reden tot zorg.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat – wat men ook verder moge vinden van het amendement Tang & Irrgang – de voorgestelde regeling waarschijnlijk geen situaties doet ontstaan die door het EHRM strijdig zullen worden geacht met het bepaalde in art. 1 EP. Dat wordt alleen anders wanneer de regeling wordt ingevoerd op een wijze waardoor *legitimate expectations* aan bestuurders worden ontnomen, of de regeling verder zal gaan dan nodig is om het beoogde doel te verwezenlijken.

Mijn conclusie na het voorgaande is dat noch hetgeen de regering heeft voorgesteld – de *claw back*-bevoegdheden, op grond van het verstrekken van onjuiste informatie en de redelijkheid en billijkheid – noch het amendement Tang/Irrgang strijdig geacht kunnen worden met verplichtingen die Nederland heeft te eerbiedigen op grond van art. 1 EP.

4.4 Conclusie

Art. 1 EP komt als norm vrij snel in beeld in het ondernemingsrecht. De oorzaak daarvan is met name (i) het ruime eigendomsbegrip dat het EHRM hanteert, en (ii) de positieve verplichtingen die het EHRM aan art. 1 EP verbindt, met als gevolg dat art. 1 EP ook in horizontale verhoudingen een relevante norm kan zijn. Anderzijds valt niet te ontkennen dat weliswaar art. 1 EP snel in beeld is, maar dat mede gezien de *margin of appreciation* die staten wordt gegund niet snel sprake is van een schending van art. 1 EP.⁴⁴⁹

In geschillen in het ondernemingsrecht wordt met regelmaat een beroep op art. 1 EP gedaan. Het is belangrijk dat een dergelijk beroep voldoende wordt geconcretiseerd, in het bijzonder wanneer het beroep wordt gedaan op het ontbreken van een voldoende rechtvaardiging voor een inbreuk. Anders zal de rechter op eenvoudige wijze eraan voorbij kunnen gaan. De (rechts)persoon die

449. Barkhuysen & Van Emmerik 2005, p. 84.

HOOFDSTUK 4

zich beroept op art. 1 EP dient aannemelijk maken dat gezien *de concrete omstandigheden* van het geval een disproportionele inbreuk dreigt. Het is aan de klager de rechter te overtuigen van het disproportionele karakter van de (beoogde) handelwijze.⁴⁵⁰

Een rechter doet er verstandig aan in zijn uitspraak de aan de orde zijnde belangen te benoemen. Dat bevordert de inzichtelijkheid van de belangenafweging die ten grondslag zal liggen aan zijn oordeel. Daarnaast zal waarschijnlijk het EHRM minder snel genegen zijn een klacht te honoreren indien uit de bestreden uitspraak blijkt dat de nationale rechter zich uitdrukkelijk rekenschap heeft gegeven van alle op het spel staande belangen.⁴⁵¹

Ik meen dat de omstandigheid dat de norm die art. 1 EP geeft ruim is, niet meebrengt dat de norm geen zelfstandige betekenis heeft naast de redelijkheid en billijkheid. Art. 1 EP is niet bedoeld als een *hard and fast rule*, teneinde duidelijkheid te verschaffen in concrete gevallen. Art. 1 EP is bedoeld om tot uitdrukking te brengen dat het ontbreken van respect voor eigendomsrechten, een eigenschap pleegt te zijn van totalitaire regimes.

Art. 1 EP articuleert het basale respect dat dient te bestaan voor eigendomsrechten. Daarmee stelt het ook grenzen aan de wijze waarop bevoegdheden kunnen worden uitgeoefend door organen van vennootschappen. Art. 1 EP geeft een grens aan bij het uitoefenen van rechten en bevoegdheden voor het nastreven van eigen belangen.

Voorts kan de wijze waarop het EHRM art. 1 EP hanteert – bijvoorbeeld het uitgangspunt dat bij een ontneming van eigendom volledige compensatie dient te worden geboden – houvast bieden bij het bepalen van wat redelijk en billijk is. Ten slotte ligt in art. 1 EP besloten de gedachte dat voorzien dient te worden in voldoende rechtsmiddelen die kunnen worden aangewend tegen een vermeende inbreuk op eigendomsrechten.

Tegen deze achtergrond begrijp ik art. 1 EP niet zozeer als een uitwerking van een billijkheidsnorm – wat art. 1 EP uiteraard in zijn concrete toepassing ook is – maar vooral ook als een norm die tot een zekere zorgvuldigheid dwingt wanneer inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten van derden. Waar de redelijkheid en billijkheid met name ook zijn bedoeld om regels te corrigeren dan wel leemten aan te vullen – de wetgever kan niet alle gevalstypen die zich kunnen voordoen voorzien – is het belang van art. 1 EP gelegen in de achterliggende waarde die ermee tot uitdrukking wordt gebracht. Daarmee heeft art. 1 EP het karakter van een grondnorm, die ook het ondernemingsrecht bestrijkt.

450. Conform de hoofdregel van art. 150 Rv.

451. Het EHRM toetst uitspraken van de nationale rechters terughoudend en onderzoekt slechts of “*the decisions of those courts are not flawed by arbitrariness or otherwise manifestly unreasonable.*” EHRM 11 januari 2007, *Anheuser-Busch Inc. t. Portugal*, appl. nr. 73049/01, § 39.

Kijkt men naar de materiële invloed van art. 1 EP op het ondernemingsrecht dan blijkt het volgende. Drie niveaus kunnen worden onderscheiden. In *de eerste plaats* dwingt het de wetgever het recht op eigendom te respecteren bij het ontwerpen van regelgeving. Er mag daarbij niet een grotere inbreuk op eigendomsrechten worden gemaakt, dan door het nagestreefde belang kan worden gerechtvaardigd. Het gaat op dit niveau om de klassieke verticale verhouding tussen de Staat en zijn onderdanen.

De conclusie naar aanleiding van het voorgaande is dat er (nog) geen wetsbepalingen in het ondernemingsrecht aanwezig lijken te zijn die zonder meer het risico lopen in strijd te worden geacht met art. 1 EP. Alleen de Interventiewet biedt reden tot zorg. Het bevat onvoldoende effectieve rechtsmiddelen voor de vennootschap om te kunnen opkomen tegen de onteigeningsbevoegdheden die DNB worden toevertrouwd.

In *de tweede plaats* richt de norm van art. 1 EP zich tot de rechter. Verzuimt de rechter in een adequate rechtsbescherming te voorzien in het concrete geval, dan kan dit leiden tot een veroordeling van de verdragsstaat wegens het schenden van de verplichting (ex art. 1 EVRM) een ongestoord genot van het eigendomsrecht te verzekeren (de zogenoemde, positieve verplichting).

Soms zal een rechter een norm zodanig dienen te verstaan, dat zij niet in strijd komt met het EVRM. Zo verhindert art. 1 EP dat de Ondernemingskamer de haar in art. 2:356 BW toevertrouwde bevoegdheid om aandelen tijdelijk ten titel van beheer over te dragen, zo verstaat dat zij daarin ook de bevoegdheid kan lezen om aandelen voor een onbepaalde tijd te certificeren.

Daarnaast biedt art. 2:8 BW de Nederlandse rechter de mogelijkheid om bijvoorbeeld organen te beteugelen in hun vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen op een wijze die de eigendomsrechten van derden op een onaanvaardbare wijze doorkruist. Een in dit hoofdstuk besproken voorbeeld betreft de situatie waarin een aandeelhouder door middel van een fusie een minderheidsbelang tracht te reduceren tot onder de 5% grens, teneinde dit belang te kunnen uitkopen. Op de vraag of een dergelijke handelwijze is geoorloofd is geen eenduidig antwoord mogelijk. De rechter zal aan de hand van de omstandigheden van het geval dienen te beslissen of de aandeelhouder aldus in strijd met art. 2:8 BW handelt. In zijn afweging zal de rechter onder meer het belang van de minderheidsaandeelhouder bij een ongestoord genot op eigendom moeten betrekken, alsmede het belang van de meerderheidsaandeelhouder bij volledige zeggenschap.

In *de derde plaats* normeert art. 1 EP het handelen van (rechts)personen. Nu een rechter in de horizontale verhouding acht zal dienen te slaan op de jurisprudentie ten aanzien van art. 1 EP – wil deze het risico op een veroordeling van de Staat in Straatsburg voorkomen – vormt art. 1 EP ook voor private partijen een relevante grondnorm. Een vennootschap die een fusie zodanig inkleedt dat de minderheidsaandeelhouders geen nieuwe aandelen verwerven

HOOFDSTUK 4

door een nominale waarde te kiezen voor de aandelen van de verkrijgende vennootschap die zo hoog is dat er voor aandeelhouders die slechts een klein belang houden geen recht meer bestaat op een nieuw aandeel, dient er rekening mee te houden dat hij daarmee naar alle waarschijnlijkheid op ongerechtvaardigde wijze inbreuk maakt op de eigendomsrechten van de minderheidsaandeelhouder.