



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

8. Conclusie

In dit boek is de vraag onderzocht hoe de grondrechten, zoals die worden beschermd door het EVRM, het ondernemingsrecht beïnvloeden.

Deel I – Enkele algemene achtergronden

In het eerste deel is bezien op welke wijze het EVRM en het ondernemingsrecht elkaar raken. Daarbij is onder meer bezien in hoeverre rechtspersonen aanspraak kunnen maken op grondrechten en hoe grondrechten doorwerken in een relatie tussen private partijen.

In hoofdstuk 2 is betoogd dat de vraag of rechtspersonen aanspraak kunnen maken op ‘mensenrechten’ beantwoord moet worden in de context van de functie die rechtspersonen hebben in onze samenleving. Rechtspersonen zijn juridische ficties om (uiteindelijk) de belangen van natuurlijke personen te dienen. Rechtspersonen dienen aanspraak te kunnen maken op ‘mensenrechten’ omwille van het belang dat natuurlijke personen hebben bij rechtspersonen. Voorts is belicht dat het EHRM, via de band van de positieve verplichtingen die voor de verdragsstaten voortvloeien uit het EVRM, aanvaardt dat ook in de verhouding tussen private partijen een beroep kan worden gedaan op grondrechten (de horizontale werking van grondrechten).

In hoofdstuk 3 is de vraag geadresseerd hoe de reikwijdte van een grondrecht in het concrete geval kan worden bepaald. Daarbij doet zich het probleem voor dat enerzijds het veelal moeilijk is om in abstracto de reikwijdte van grondrechten aan te geven en anderzijds in concrete gevallen vaak een veelheid van belangen en omstandigheden een rol spelen waardoor individuele gevallen zich soms lastig met elkaar laten vergelijken. Dat maakt de jurisprudentie van het EHRM voor de jurist die op zoek is naar een duidelijk antwoord soms lastig hanteerbaar.

Betoogd is dat het bij het bepalen van de reikwijdte van een grondrecht in een concreet geval nuttig is de functie van grondrechten in het oog te houden. Aan de hand van een schets van de ontwikkeling in het denken over grondrechten is geïllustreerd dat grondrechten ten diepste ertoe strekken de menselijke waardigheid te beschermen. Daarbij valt in de jurisprudentie van het EHRM de volgende ‘drieslag’ te herkennen. Teneinde op een adequate wijze de menselijke waardigheid te beschermen wil het EHRM in de eerste plaats inzicht hebben in de positie van de klager. Daarbij geldt dat naarmate de menselijke waardigheid van de verzoeker meer in het gedrang dreigt te komen, het EHRM kritischer zal toetsen en de *margin of appreciation* kleiner zal zijn.

8. CONCLUSIE

Voorts heeft het EHRM inzicht nodig in de mogelijke alternatieven die voorhanden waren voor de verdragsstaat, hetgeen ‘inzicht in de breedte’ is genoemd. De vraag of een inbreukmakende handeling kan worden gerechtvaardigd, is veelal mede afhankelijk van de vraag of in het licht van het nagestreefde algemene belang, de handeling als redelijk valt te beschouwen, mede gezien de eventuele alternatieven die voorhanden waren.

Ten slotte wil het EHRM objectiviteit nastreven in zijn oordeelsvorming. Dat houdt in dat ruimte wordt gelaten aan verschillende opvattingen wanneer deze opvattingen alle redelijkerwijze te verdedigen zijn. Zo zal het EHRM, wanneer een verdragsstaat overgaat tot het nationaliseren van een bank, de betrokken verdragsstaat een zeer ruime marge laten waar het betreft de noodzaak om de aandeelhouders te onteigenen. In beginsel is het aan de verdragsstaat om te bepalen wat in het nationaal belang is.

Deel II – Het EVRM en het Nederlandse ondernemingsrecht

In deel II is onderzocht op welke wijze het EVRM het materiële Nederlandse ondernemingsrecht beïnvloedt. Voor grote delen van het ondernemingsrecht geldt dat er geen redenen zijn te twijfelen aan de compatibiliteit met het EVRM, omdat er geen bepalingen zijn op grond waarvan inbreuk kan worden gemaakt op door het EVRM beschermde grondrechten. *De facto* doet de vraag naar de verhouding tot het EVRM zich in het ondernemingsrecht alleen voor wanneer een wettelijke bepaling de mogelijkheid schept dat door de Staat of door derden inbreuk wordt gemaakt op eigendomsrechten, het recht op een *fair trial*, het recht op *privacy* of op het recht van de vrijheid van vergadering en vereniging. Meer nauwkeurig betreft het met name de volgende onderwerpen:

(i) De voorzieningen die de Ondernemingskamer kan treffen in een enquête-procedure op grond van art. 2:349a lid 2 BW en art. 2:356 BW.

Wanneer de Ondernemingskamer voorzieningen treft binnen de door de wet en de Hoge Raad geëxpliciteerde grenzen, is er op voorhand geen reden te vrezan dat art. 1 EP wordt geschonden. Het is met name de vraag of een voorziening voldoet aan het *fair balance* vereiste dat in individuele gevallen voor discussie kan zorgen. Daarnaast zal de Ondernemingskamer, wanneer zij een OK-bestuurder decharge wenst te verlenen, de vennootschap in de gelegenheid moeten stellen opmerkingen te maken over dat voornemen.

(ii) De vraag of aandeelhouders onder omstandigheden het recht toekomt om ‘afgeleide schade’ te vorderen.

Eenzijds is het, vanuit het oogpunt van art. 1 EP bezwaarlijk om de aandeelhouder die afgeleide schade lijdt, een aanspraak op schadevergoeding te onthouden, indien de vennootschap geen verhaal kan of wil zoeken voor de geleden schade. Anderzijds dient terughoudendheid te worden betracht op het terrein van *piercing the corporate veil*.

Het EHRM is tot nu toe niet bereid gebleken om voor een aandeelhouder een recht op vergoeding voor afgeleide schade uit art. 1 EP af te leiden. Ook in de situatie dat de vennootschap de schade niet wil verhalen, dwingt art. 1 EP niet tot het aanpassen van de regel dat een aandeelhouder alleen zelf een vorderingsrecht heeft indien jegens hem een specifieke zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Er bestaan voldoende praktische mogelijkheden voor een aandeelhouder om de vennootschap te bewegen tot verhaal van de schade over te gaan.

De vraag naar de ontvankelijkheid van een aandeelhouder in Straatsburg dient te worden onderscheiden van de vraag naar de mogelijkheid om afgeleide schade te kunnen vorderen. Een aandeelhouder wordt door het EHRM in zijn klacht vanwege een schending van een grondrecht jegens de vennootschap ontvangen indien de vennootschap als zijn ‘vehicle’ kan worden beschouwd. Bijvoorbeeld in het geval van een directeur-groootaandeelhouder. In een dergelijk geval is het EHRM wel bereid door de *corporate veil* heen te kijken.

(iii) De blokkerings-, geschillen-, uitkoop- en fusieregeling.

De inbreuken op eigendomsrechten die kunnen worden gemaakt door de blokkerings-, geschillen-, uitkoop- en fusieregeling kunnen in beginsel alle worden gerechtvaardigd door het economische belang dat is gemoeid met het goed kunnen functioneren van vennootschappen. Alleen wanneer de fusieregeling wordt benut om zich te kunnen ontdoen van minderheidsaandeelhouders onder ontwijking van de uitkoopregeling dreigt een schending van art. 1 EP.

(iv) De rechtswaarborgen tegen maatregelen die kunnen worden getroffen op grond van de interventiewet.

De bevoegdheden van de Minister van Financiën en De Nederlandsche Bank (DNB) strekken ertoe te bevorderen dat het financiële systeem blijft functioneren in tijden van crisis. Het EHRM heeft overwogen dat bij het reguleren van het financiële systeem de verdragsstaten een ruime *margin of appreciation* wordt gegund. De bevoegdheden die bij invoering van de Interventiewet aan de Minister van Financiën en DNB zijn toegekend, overschrijden deze marge niet.

In één opzicht schiet de regeling tekort. De probleeminstelling kan zich niet tot de Ondernemingskamer wenden om de waarde van door DNB overgedragen activa van de probleeminstelling aan een derde te laten toetsen.

Mede gezien de snelheid waarmee de rechtbank zal moeten beslissen over de toepassing van de overdrachtsregeling en de beperkte mogelijkheid om daarbinnen een discussie te voeren over de prijs die de derde betaalt onder de overdrachtsregeling, geldt dat voor de probleeminstelling onvoldoende is voorzien in rechtswaarborgen en niet wordt voldaan aan de eisen die voortvloeien uit art. 1 EP en art. 6 EVRM. Om een verdragsschending te voorkomen, dient de Ondernemingskamer de regeling die is getroffen voor aandeelhouders zo te verstaan dat deze ook geldt voor de probleeminstelling zelf, zodat ook de

8. CONCLUSIE

probleeminstelling de hoogte van de vergoeding die door DNB is overeengekomen met een derde voor bepaalde activa op redelijkheid kan laten toetsen.

(v) De vraag of de enquêteprocedure voldoende het recht op hoor en wederhoor waarborgt, alsmede in voldoende mate in rechtsbeschermingsinstrumenten voorziet voor belanghebbenden (veelal bestuurders) die reputatieschade vrezen na openbaarmaking van het enquêteverslag.

De enquêteprocedure houdt een beperking in van het door art. 6 lid 1 EVRM beschermde recht van bestuurders en commissarissen de bevindingen uit het verslag in rechte te kunnen betwisten (in de eerste fase). Aldus missen zij een rechtsmiddel om hun eigen goede naam mee te beschermen. Deze beperking is evenwel te rechtvaardigen vanuit het belang dat wordt gediend met een op snelheid en efficiëntie gerichte procedure.

Aangezien in een enquêteonderzoek geen burgerlijke rechten en verplichtingen worden vastgesteld, althans niet op een wijze waarvan gezegd kan worden dat deze *directly decisive* zijn, is art. 6 EVRM niet van toepassing op het enquête-onderzoek. Op de procedure tot het gelasten van een enquête is art. 6 EVRM steeds van toepassing. Op de procedure tot het vaststellen van wanbeleid, is art. 6 EVRM in ieder geval steeds van toepassing indien daarbij ook om voorzieningen als bedoeld in art. 2:356 BW wordt gevraagd.

(vi) De vraag in hoeverre rechtspersonen met een beroep op hun recht op privacy zich zouden kunnen verzetten tegen openbaarmaking van bedrijfsgegevens in het jaarverslag.

Rechtspersonen kunnen net als natuurlijke personen een beroep doen op art. 8 EVRM ter bescherming van hun gegevens. Verplichtingen die (rechts)personen dwingen zakelijke gegevens te openbaren, zullen steeds moeten kunnen worden gerechtvaardigd aan de hand van de in art. 8 EVRM opgenomen maatstaf, die eist dat (i) de inbreuk is gebaseerd op een wetsbepaling, (ii) een legitiem doel dient; (iii) en ook als noodzakelijk kan worden beschouwd in een democratische samenleving.

Een voor de hand liggend voorbeeld van een verplichting tot openbaarmaking van gegevens betreft de informatie die een bedrijf dient te verstrekken aan de belastingdienst. Ook in de jaarrekening dienen bepaalde gegevens te worden opgenomen. Dat deze verplichtingen de toets van art. 8 EVRM kunnen doorstaan, lijdt geen twijfel.

(vii) De vraag hoe de vrijheid van vereniging zich verhoudt tot de mogelijkheid van ontbinding van een rechtspersoon door de rechter (art. 2:20 BW) vanwege een doel of feitelijke werkzaamheden die in strijd zijn met de openbare orde, dan wel het verbod van rechtswege na plaatsing op een 'terreur'-lijst.

Art. 11 EVRM staat toe dat de verdragsstaten de vrijheid van vereniging beperken voor zover dat noodzakelijk geacht kan worden in een democratische samenleving

in het kader van de nationale veiligheid, openbare orde, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Uit met name het *Hells Angels*-arrest valt af te leiden dat de Hoge Raad deze uitzondering niet ruim wenst te verstaan. De Hoge Raad lijkt strenger te toetsen dan door het EHRM wordt verlangd. Het EHRM lijkt met name kritisch te toetsen aan de vraag of een inbreuk kan worden gerechtvaardigd waar politieke partijen in hun mogelijkheden worden beperkt. Het EHRM lijkt er minder moeite mee te hebben dat een vereniging die mede verantwoordelijk wordt gehouden voor herhaaldelijke ernstige verstoringen van de openbare orde wordt verboden door de nationale rechter.

Ten aanzien van het bepaalde in art. 2:20 lid 3 BW – de verbodenverklaring van rechtswege van rechtspersonen die op een terreurlijst zijn geplaatst – dient Nederland ervoor te waken dat een effectief rechtsmiddel bestaat tegen een *listing*. Bij gebrek aan rechtswaarborgen gaat het rechtsgevolg dat art. 2:20 lid 3 BW in het leven roept verder dan kan worden gerechtvaardigd in een democratische samenleving. De jurisprudentie – vooral op Unieniveau – is op dit moment nog sterk in ontwikkeling. In deze jurisprudentie is het belang van een adequate rechtsbescherming steeds prominenter geworden.

Geconcludeerd kan worden dat het EVRM het Nederlandse ondernemingsrecht op drie niveaus beïnvloedt.

In de eerste plaats dwingt het EVRM de wetgever de door het EVRM gewaarborgde rechten te respecteren bij het ontwerpen van regelgeving. Gebleken is dat de wetgever bij het ontwerpen van regelgeving op het terrein van het ondernemingsrecht zich in sommige gevallen daarvan meer bewust zou moeten zijn.

Zo was het voorontwerp van de Interventiewet zodanig eenzijdig naar de belangen van DNB toegeschreven, dat op voorhand duidelijk was dat de eisen die voortvloeien uit art. 1 EP niet steeds zouden worden gehaald. De wet zoals die is ingevoerd, is aanmerkelijk evenwichtiger van opzet, maar schiet nog steeds tekort waar het betreft de rechtswaarborgen voor de probleeminstelling bij een activa en passiva overdracht. Voor het overige lijkt er wat betreft de bepalingen in Boek 2 BW op voorhand geen reden tot zorg.

In *de tweede plaats* richt de norm van art. 1 EP zich tot de rechter. Verzuimt de rechter in een adequate rechtsbescherming te voorzien in het concrete geval, dan kan dit leiden tot een veroordeling van de verdragsstaat wegens het schenden van de verplichting in voldoende mate een ongestoord genot van het eigendomsrecht te verzekeren (de zogenoemde, positieve verplichting).

Soms zal een rechter een norm zodanig dienen te verstaan, dat zij niet in strijd komt met het EVRM. Zo verhindert art. 1 EP dat de Ondernemingskamer de haar in art. 2:356 BW toevertrouwde bevoegdheid om aandelen tijdelijk ten titel van beheer over te dragen, zo verstaat dat zij daarin ook de bevoegdheid

8. CONCLUSIE

mag lezen om aandelen voor een onbepaalde tijd te certificeren. Daarnaast biedt art. 2:8 BW de Nederlandse rechter de mogelijkheid om bijvoorbeeld organen te beteugelen in hun vrijheid om bevoegdheden uit te oefenen op een wijze die de eigendomsrechten van derden op een onaanvaardbare wijze doorkruist.

In *de derde plaats* normeert art. 1 EP het handelen van (rechts)personen. Nu een rechter in de horizontale verhouding acht zal dienen te slaan op de jurisprudentie ten aanzien van art. 1 EP – wil hij het risico op een veroordeling van de Staat in Straatsburg voorkomen – vormt art. 1 EP ook voor private partijen een relevante grondnorm. Een vennootschap die een fusie zodanig inkleedt dat de minderheidsaandeelhouders geen nieuwe aandelen verwerven door een nominale waarde te kiezen voor de aandelen van de verkrijgende vennootschap die zo hoog is dat er voor aandeelhouders die slechts een klein belang houden geen recht meer bestaat op een nieuw aandeel, dient er rekening mee te houden dat daarmee naar alle waarschijnlijkheid op ongerechtvaardigde wijze inbreuk wordt gemaakt op de eigendomsrechten van de minderheidsaandeelhouders.

Het EVRM strekt ertoe de menselijke waardigheid te beschermen, zo heeft het EHRM bij herhaling overwogen. Daarvoor is het in de eerste plaats noodzakelijk dat de Staat zich op een beschaafde wijze jegens haar onderdanen gedraagt. In de laatste halve eeuw is op dat gebied veel progressie geboekt in West-Europa. Het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM hebben daaraan bijgedragen. Mijn conclusie is dat (een aantal grondrechten zoals die worden beschermd door) het EVRM de actoren in het ondernemingsrecht dwingt bepaalde fundamentele grenzen te respecteren. Gelukkig komen die grenzen niet vaak in beeld. De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht is dan ook *de facto* beperkt. Daarbij komt dat het EHRM doorgaans slechts tot een veroordeling van een verdragsstaat komt, indien er werkelijk iets aan de hand is. In de ondernemingsrechtelijke literatuur lijkt soms sprake van een zekere overschatting van de bereidwilligheid van het EHRM om de nationale wetgever of rechter op de vingers te tikken en lijkt soms weinig oog te bestaan voor de ruime *margin of appreciation*, met name ook in ondernemingsrechtelijke geschillen, die het EHRM de verdragsstaten pleegt te laten.

Kijkend naar de toekomst is mijn verwachting dat het belang van het EVRM in private verhoudingen zal gaan toenemen (de zogenoemde horizontale werking van grondrechten). Niet alleen verdragsstaten dienen zich op een beschaafde wijze jegens hun onderdanen te gedragen, het is ook van belang dat de onderdanen van de verdragsstaten zich op een beschaafde wijze jegens elkaar gedragen. De verdragsstaten hebben een zorgplicht dat te bevorderen (het leerstuk van de positieve verplichtingen). Naarmate rechtspersonen in omvang groeien en meer maatschappelijke invloed krijgen, zal het belang dat rechtspersonen de grondrechten van anderen respecteren urgenter worden. Het is de uitdaging voor de verdragsstaten om ervoor te zorgen dat rechtspersonen hun machtspositie op een verantwoorde wijze zullen aanwenden.