

Grondslagen van het Recht

Komt het de rechter toe rechten te ontnemen of de uitoefening ervan in te korten?

Walter VAN GERVEN
buitengewoon hoogleraar KU Leuven

Op een colloquium georganiseerd ter ere van vrederechter Frederik Evers rond het thema, rechter en rechtvaardigheid, verwees de gevierde naar een lezing die ik destijds heb gehouden in het Nederlandse Zutphen op 18 oktober 1976.¹ Bij deze hulde aan een ander jurist met een groot hart, Luc Ballon, moge ik mijn bijdrage aan de eerstgenoemde gevierde ook aan hem opdragen zij het in ietwat gewijzigde vorm.

1. Eerst twee citaten. Het eerste is ontleend aan de bijdrage die Frederik Evers zelf aanleverde onder de titel *Het hoofd en het hart van de rechter*: “Magistraten” zo schrijft hij, “moeten in staat zijn, bekwaam zijn, om zonder de wet te verkrachten empathisch en overtuigend de rol van geschillenoplosser te vervullen: ze moeten zich ontdoen van de juridische arrogantie en begrip opbrengen voor de zwakke positie, de machteloosheid van een (geding-) partij. De toepassing van de wet moet desnoods gemilderd worden ten bate van de billijkheid. Ook in zijn vonnis streeft de rechter eigenlijk (best) naar consensus: met een aanvaardbare argumentering die uitmondt in een verteerbare oplossing voor de partijen. Daarbij beseffend dat die argumentatie vooral de partij die geen gelijk haalt, geheel of deels, moet overtuigen van de redelijkheid van de beslissing.”² Dat ik het daar volmondig mee eens ben moge blijken uit het tweede citaat, ditmaal gehaald uit *Het beleid van de rechter*³: “Onlangs bij het deelnemen aan een colloquium ... waarbij een voorzitter van een rechtbank met jarenlange ervaring als ‘moderator’ fungeerde, viel het mij op welk parallelisme er bestaat tussen het leiden van een vergadering ... en het leiden van een rechtszitting... Een goed rechtsgeding verloopt als een werkszitting: standpunten worden uiteengezet en gehoord, verwachtingen worden geformuleerd. Hij die het debat leidt moet er zorg voor dragen dat elk standpunt tot zijn recht komt: is de stemming te positief voor één standpunt, dan moet hij plaats inruimen voor de argumenten ten voordele van het andere standpunt. Hij moet er tevens voor zorgen dat geen enkel standpunt te hoekig, met teveel scherpe kanten, te voorschijn komt. Al tijdens het geschil moet er immers voor gezorgd worden dat het belang of de waarde die uiteindelijk zal prevaleren, door de verliezende partij niet teveel als een nederlaag, als een gezichtsverlies zal worden gevoeld. Tot op het laatste ogenblik moet de gespreksleider de grootst mogelijke graad van eensgezindheid nastreven.” Tussen beide citaten ligt een aanzienlijke tijdsperiode. Het eerste, dat uit Frederik Evers’ bijdrage, berust op een jarenlange rechterlijke ervaring, het tweede steunt op luttele, door een aca-

¹ De lezing werd gehouden ter gelegenheid van de ingebruikstelling van het “Huize van de Kastele” als opleidingsoord van de Nederlandse rechterlijke macht. De titel “De taak van de rechter in de Westerse democratiën”, mij opgegeven door mijn gastheren van toen, klonk wat bombastisch en stond in de teken van de tijd. De tekst werd destijds, o.m., gepubliceerd in W.van Gerven en J.C.M.Leyten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Tjeenk Willink, Zwolle, 2^e druk, 1981, 1-33. Hij is opnieuw afgedrukt in ongewijzigde vorm aan het eind van het u vandaag aangeboden boek maar kreeg nu, gelukkig maar, de titel mee van het colloquium van vandaag.

² F. EVERS, “Het hoofd en het hart van de rechter”, in deze bundel, op p. x.

³ W.VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, SWU en Tjeenk Willink, derde druk, 1973, op 158-159. Zie ook, als een late aanvulling daarop, mijn bijdrage over “Creatieve rechtspraak” in *R.W.* 1997-98, 209-223, geschreven naar aanleiding van het Connerotte-arrest van het Hof van Cassatie van 14 oktober 1996.

demicus bijeen gesprokkelde literatuur uit binnen- en buitenland. Voor die academicus is het geruststellend te weten dat zijn mening achteraf vanuit de rechterlijke praktijk wordt bijgevalen; des te meer wanneer die ondersteuning komt van een rechter die zijn leven lang heeft gereflecteerd “auf eigenes Tun”, en die anderen tot dialoog, interactie en tegenspraak heeft aangezet. Bij het bereiken van de pensioenleeftijd wordt Frederik daarvoor terecht geëerd en gevierd – evenwel met de impliciete ‘voorwaarde’ (die aan zekerheid grenst) dat er aan zijn aanhoudende inzet als “judex viator” - een rechter die steeds op weg is (en aan de weg timmert) op zoek naar rechtvaardigheid - geen einde zal komen; een rechter die de behoefte van een mondig rechtssysteem dat nood heeft aan tegenspraak en dialoog voortdurend in werkelijkheid heeft proberen om te zetten.

Beslissen met het hoofd en het hart, met recht en rede, lijkt mij inderdaad de taak te zijn van een rechter en, ruimer, van elk jurist die aan rechtspraak meewerkt. Natuurlijk, er valt zoveel meer, en inhoudelijk wellicht meer zinvols, te vertellen over het rechterlijk besluitvormingsproces, zoals blijkt uit de hieraan voorafgaande bijdragen.⁴ Niettemin lijkt mij de uiteindelijke essentie van de rechterlijke handelwijze in die basisattitude besloten te liggen - een overtuiging die ik met de gevierde deel.

2. Inhoudelijk komt het de rechter toe de rechtzoekende recht te laten wedervaren. Maar kan de rechter ook de zoekende die gevonden heeft, zijn recht ontnemen of, voorzichtiger geformuleerd, diens recht inperken? Ik zou hopen van wel. Daarvoor beroep ik mij op de Fortis-zaak, meer in het bijzonder de buitengewone algemene vergaderingen van Fortis holding die ik (samen met UCL collega Guy Horsmans) mocht/moest voorzitten in het najaar 2008 en het voorjaar 2009. Die opdracht was ons gegeven in een arrest dat op 12 december 2008 in kort geding werd gewezen door de 18^e kamer van het Brusselse hof van beroep – een kamer die om een andere reden veel bekendheid heeft gekregen. Vooral de tweede vergadering zal in mijn geheugen blijven hangen. Op de dagorde van die algemene vergadering, gehouden op De Heizel op 11 februari 2009, stond als agendapunt ingeschreven, zoals aan het bestuur van Fortis holding door het voormelde arrest was opgelegd: “de goedkeuring van de beslissingen genomen door de raad van bestuur van de holding op 3, 5 en 6 oktober 2008 en de in uitvoering daarvan gesloten overeenkomsten.”⁵ Die beslissingen hadden betrekking op de verkoop door Fortis holding van haar Nederlandse activa aan de Nederlandse staat, en op de aankoop door de Belgische staat van de nog niet in zijn bezit zijnde Fortis bank aandelen met het oog op de doorverkoop van een deel daarvan aan BNP Paribas. Ter voorbereiding van dit agendapunt had het hof in datzelfde arrest de opdracht gegeven aan een vierhoofdige college van deskundigen om een rapport op te stellen waarin zij/wij, o.m., dienden na te gaan of voornoemde beslissingen waren genomen in het belang

⁴ Voor een samenvatting, sierlijk en behulpzaam als altijd, zie de bijdrage van Pierre LEFRANC, op xx.

⁵ Arrest van de 18^e kamer van het Hof van beroep van 12 december 2008, *J.T.*, 2009, 62, beschikkend gedeelte onder 3.

van de vennootschappen van de Fortis groep.⁶ Volgens het hof van beroep moest de algemene vergadering van aandeelhouders zich over die beslissingen uitspreken op basis van artikel II.3.2. van het “Fortis Governance Statement” (waarnaar artikel 14 a) van de statuten van Fortis holding verwees). Daarin was bepaald dat de vergadering van aandeelhouders haar toestemming moet hechten aan beslissingen van de raad van bestuur “die de identiteit van de vennootschap aantasten.”⁷ Dat dit laatste wel degelijk het geval was, werd tussen gedingpartijen niet betwist.

3. In de context van dit colloquium loont het de moeite het arrest van de 18^e kamer, wat nader te bekijken vanuit een oogpunt van rechterlijk beleid. Het arrest wou, m.i., een duidelijk signaal geven dat de regelen van “corporate governance”, en de daarin besloten aandeelhoudersbevoegdheden, door de raad van bestuur “au sérieux” hadden moeten zijn genomen, en dat dit op dit late tijdstip nog diende te gebeuren. In de pijnlijke tijdsomstandigheden waarin het arrest werd gewezen, was dit een terechtwijzing van formaat; immers, zoals uit het voornoemde deskundigenrapport achteraf is gebleken, bevonden zowel de holding als de “systemische” bank die ervan deel uitmaakte zich, ten tijde van de litigieuze beslissingen, op de drempel van een nakend faillissement. Mede daarom waren talrijke “stakeholders” belangen bij het geschil betrokken, niet het minst ook het algemeen belang van het land en zijn regio’s bij het voortbestaan van een holding en een bank die toen nog een cruciaal onderdeel uitmaakten van het economisch-financiële weefsel van dit land. Het arrest had daarenboven een aanzienlijke politieke draagwijdte omdat de aan de aandeelhouders onderworpen beslissingen het voorwerp hadden uitgemaakt van regeringsmaatregelen die bedoeld waren (en ook die uitwerking hebben gehad) om de holding en de bank van een faillissement te vrijwaren.⁸ Het signaal door het arrest gegeven kon dan ook als een teken worden gezien aan de talrijke grote en kleine aandeelhouders van de holding die een aanzienlijk deel van hun vermogen door de financiële crisis in rook hadden zien opgaan, dat hun aandeelhoudersbevoegdheden in de toekomst zouden worden gerespecteerd. In die zin was het arrest niet alleen “met het hoofd” maar ook “met het hart” geweest.

4. Dat het arrest een duidelijke component “rechterlijk beleid” bevat moge blijken uit het feit dat de rechter in beroep tot een volledig ander resultaat had kunnen komen. Getuige daarvan de in beroep hervormde kort geding beslissing van de voorzitter van de koophandelsrechtbank te Brussel. Zij was van

⁶ Paragraaf 113 van het arrest. Het voorlopig rapport van het college werd uitgebracht op 26 januari 2009. De definitieve (vrijwel ongewijzigde) versie dateert van 15 mei 2009. Beide versies werden op de griffie van het Hof van beroep neergelegd.

⁷ Paragraaf 64 van het arrest in vn. 6.

⁸ Naar later is gebleken werd het arrest gewezen door twee van de drie raadsheren van de 18^e kamer. Over de constitutionele vragen waaraan dit arrest (en het naar aanleiding daarvan uitgebrachte “andere” - dan het hiervoor in vn. 7 geciteerde - “Fortis deskundigenrapport”) aanleiding hebben gegeven, zie S. BOULLART, “De parlementaire onderzoekscommissie over de scheiding der machten”, *R.W.* 2009, 1109-1110; M.-Fr. RIGAUX, “Les illusions perdues. Réflexions à propos du rapport de la commission Fortis”, *J.T.* 2009, 221-223.

oordeel dat het “Fortis Governance Statement” slechts niet verbindende “soft law” bevatte.⁹ De 18^e kamer was het daarmee niet eens en beriep zich daartoe voornamelijk op de uitdrukkelijke verwijzing naar het “Statement” in de statuten van de holding vennootschap. Op het eerste gezicht heeft dit verschil in opvatting zuiver met de toepassing van een rechtsregel of -beginsel te maken, maar toch steunt het vooral op een beoordeling van de context waarin de juridische beslissing diende te worden genomen. Het spreekt immers voor zich dat het voorleggen van de beslissingen van de raad van bestuur van 3-6 oktober 2008 aan de aandeelhoudersvergadering van Fortis holding een ernstig risico inhield dat die beslissingen, en de daaraan ten grondslag liggende regeringsbeslissingen, op losse schroeven zouden worden gezet met alle mogelijke gevolgen daarvan, niet het minst het ongedaan maken van de voor die transacties benodigde en verleende overheidssteun. In beide uitspraken ging het duidelijk over een beoordeling van samenlopende en/of tegenstrijdige belangen. Volgens de voorzitter van de rechtbank van koophandel in eerste aanleg pleitte een afweging van die belangen voor het behoud van de bestaande toestand; immers, zo stelde zij, “l'accueil de la moindre des demandes telles que formulées par les demandeurs serait inévitablement de nature à constituer un péril pour le sauvetage de Fortis Banque dans les conditions de marché actuellement toujours difficiles, et par incident, pour la protection de ses épargnants et employés.” De “rechter in beroep” was het daarmee niet eens: voor de twee raadsheeren van de 18^e kamer gaf het “Fortis Governance Statement” (en de verwijzing daarnaar in de statuten) - naast enkele andere argumenten - de doorslag (“regel is regel”). Toch deden ook zij aan een zekere belangenafweging; zij waren van oordeel: “[qu] il n'est pas déraisonnable de se demander si les décisions rencontrent effectivement le meilleur intérêt de la société et de ses actionnaires, voire même de l'ensemble des stakeholders.”

5. Uit een bepaalde hoek is voorgehouden dat de beslissing in eerste aanleg ingegeven was door politieke overwegingen, d.i., om de beslissingen van de Belgische regering te ondersteunen, en dus de regering ter wille te zijn. Dit is een teer punt. Zou dat zo zijn – en geldt dit dan ook voor de rechter in beroep? – dan is de rechter op dat punt haar bevoegdheid duidelijk te buiten gegaan: onafhankelijke rechters doen niet aan partijpolitiek en mengen zich niet in een politiek debat. Dit betekent echter niet dat de rechter die ook burger is van een democratisch land, en dat ook blijft wanneer hij zijn rechtsprekende functie uitoefent, politiekongevoelig dient te zijn (als hij dat al zou kunnen); wel betekent het dat die gevoeligheid hem er niet mag toe brengen aan zijn beslissing een “partijpolitieke” dimensie te geven.¹⁰ Dit wil zeggen dat hij er wel op moet letten dat hij, in het tegen elkaar afwegen van belangen, in casu zowel die van aandeelhouders als deze van andere “stakeholders”, het juiste evenwicht moet zoeken, en proberen te vinden. Dit houdt in dat hij belangen afweegt in

⁹ Kh. Brussel, kort geding, 18 november 2008, *J.T.* 2008, 703, op 705, 1^e kolom..

¹⁰ Zie F. EVERS, gecit. vn. 1, op (4). Er is een verschil tussen beleid en (partij-) politiek. Jammer genoeg worden beide begrippen in het Frans, maar niet in het Nederlands of het Engels (beleid v. politiek; policy v politics). met hetzelfde woord: “politique” aangeduid. In de Franse vertaling luidt de titel van “Het beleid van de rechter” (supra, vn.3) aldus: “La politique du juge” (vertaald door M.-F. RIGAUX en B. DEJEMEPPE, uitgegeven bij Swinnen, Brussel, 1983).

het licht van regelen, algemene beginselen en onderliggende waarden, meestal met behulp van het proportionaliteitsbeginsel: dit behoort wel degelijk tot zijn wezenlijke opdracht. In die context kan de rechter ook het beleid van de overheid in zijn afweging betrekken, echter zonder aanzien des persoons, d.i., in de besproken context, zonder zich door een partijpolitieke voorkeur te laten leiden. In die context kan hij zijn medeleven, empathie, met zwakkeren een rol laten spelen - dus toch maar in beperkte maar goed afgewogen mate zijn hart laten meespreken.

6. Vooraleer daar nog even op in te gaan, eerst iets over het begrip vennootschappelijk belang. De beoordeling daarvan, bij gelegenheid van een voorgenomen transactie, komt principieel toe aan de raad van bestuur. Die moet zich, binnen de hem bij de wet en de statuten toegekende bevoegdheid, laten leiden door vennootschapsrechtelijke regelen en geschreven of ongeschreven algemene rechtsbeginselen. Onder die laatste vallen de beginselen van behoorlijk bestuur (“corporate governance”), en de verplichting van gelijke behandeling van aandeelhouders. De invulling van het begrip vennootschapsbelang gebeurt niet door een ieder op dezelfde wijze. Voor de enen valt het begrip samen met het belang van de collectiviteit van de aandeelhouders van de vennootschap, of van de groep waartoe de vennootschap behoort. Voor de anderen – waartoe ik behoor - is het begrip de resultante van alle bij de werking en de ontwikkeling van de vennootschap betrokken belangengroepen (“stakeholders”) waaronder de werknemers, de crediteuren, de afnemers en cliënten, de regio, het land, ...¹¹ Ook dit verschil in interpretatie komt neer op een keuze die, in hoofde van wie de keuze maakt een zeker beleid impliceert. Bij grote financiële instellingen gelden die twee laatstgenoemde belangen des te meer omdat het kredietwezen en de economie van het land en zijn regio’s daarbij nauw betrokken zijn. Dit houdt in dat in een concrete zaak als de Fortis zaak het algemeen belang in belangrijke mate mag meewegen in de beoordeling van de rechter.

Beslissingen genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders binnen de haar bij wet of statuten toegewezen bevoegdheden, zijn een geval apart. Het ligt voor de hand dat aandeelhouders op algemene vergaderingen het hoge woord voeren en de eigen belangen op het oog mogen hebben. Dat ligt enigszins anders wanneer aandeelhouders via de algemene vergadering in beleidsbeslissingen participeren en zij, gelet op de spreiding van het aantal stemgerechtigde aandelen, een significante invloed hebben op de besluitvorming (zogenaamde ‘referentie- of beleidsbepalende’ aandeelhouders).¹²In een dergelijk

¹¹ Voor een uitvoeriger bespreking, zie W. VAN GERVEN, H. COUSY en J. STUYCK, *Handels- en economisch recht*, deel I, *Ondernemingsrecht*, in *Beginselen Belgisch Privaatrecht* (R. DILLEMANS en W. VAN GERVEN, eds.), XIII, 3^e volledig herziene uitgave, 1989, p. 33-37 evenals p. 90-93. Het begrip werd ook uitgebreid besproken door K. GEENS in zijn noot onder het arrest dat door het Hof van beroep te Brussel op 1 maart 1988 werd gewezen in de Generale Maatschappij- (of De Benedetti-) zaak: K. GEENS, “Het toegestaan kapitaal als afweermechanisme tegen overvallen: het wettig belang van de “bieder” (Cerus) en het vennootschapsbelang van de “doelwitvennootschap” (GMB),” in TRV (Tijdschrift voor rechtspersoon en vennootschap), april-mei 1988, p. 133-142, op 138-140.

¹² Daarover W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 2^{de} herwerkte uitgave, 2006, 103-105 met verwijzing naar de nuancerende bijdrage van

geval mogen zij - zeker bij systeemvennootschappen - niet alleen oog hebben voor het eigen belang maar moeten zij ook andere belangen, in het bijzonder het algemeen belang, in aanmerking nemen. In wezen gaat het in diverse situaties, aldus de Nederlandse hoogleraar J.M.M. Maeijer, om een toepassing van de grondnorm van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid die inhoudt dat “men handelend vanuit de eigen belangensfeer, dus bij het behartigen van één bepaald belang, rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van andere bij de rechtsverhouding betrokkenen, en deze na afweging, wanneer zij onevenredig zouden worden geschaad, ontziet.”¹³

7. Zo hadden de aandeelhouders van Fortis holding SA/NV het echter niet begrepen op de algemene vergadering van 11 februari 2009. Zoals bekend werden de beslissingen van de raad van bestuur en de onderliggende maatregelen van de regering daar weggestemd, ook al had de regering intussen van BNP Paribas een aantal toegevingen afgedwongen ten voordele van de holding en zijn aandeelhouders.¹⁴ Totaal onverwacht kon men deze negatieve stemming niet noemen. Wel onverwacht, althans onverhoopt, was het dat deze vergadering zoals ook de latere vergadering van 28 april 2009 ontaardde in een beschamende vertoning van aandeelhouderegoïsme waar de rechtmatige belangen van andere ‘stakeholders’ door de aandeelhouders en hun vertegenwoordigers volstrekt werden genegeerd, nog erger: werden weggehoond. Volstrekt onaanvaardbaar was het dat aandeelhoudersgroepen in hun extreme reacties werden aangevuurd door sommige advocaten die zich meer als volksopruiers dan als waardige vertegenwoordigers van hun beroep gedroegen.¹⁵ Zeker, op die vergaderingen kwam het er voor de aandeelhouders op aan om (op zich) begrijpelijke gevoelens van droefheid en ergernis te verwerken. Die gevoelens waren losgeweekt als gevolg van ernstige, voor sommige kleine aandeelhouders zelfs fatale financiële verliezen, en bovendien als gevolg van slecht bestuur van de holding in de voorbije jaren – een bestuur dat volgens velen, aandeelhouders en anderen, gekenmerkt was door lichtzinnigheid, grootheidswaanzin en hebzucht. Algemene vergaderingen zijn echter niet bestemd om uiting te geven aan deze vaak tragische gevoelens,¹⁶ zeker niet als er op de agenda belangrijke punten staan die het voortbestaan van de holding en, in tij-

J.M.M. MAEIJER, “Het eigendomsrecht op en het belang van de onderneming: Walter van Gerven als alternatieve rechter” in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Kluwer, 2000, 415-426. Voor een uitgebreide bespreking van de problematiek, zie Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Intersentia, 1997, p. 599 e.v.

¹³ Zie vorige noot, artikel in *Liber Amicorum*, op p. 422.

¹⁴ Eerst nadat nog meer aanpassingen in de verkoopvoorwaarden met BNP Paribas waren overeengekomen, werd de overdracht van Fortis bank aandelen uiteindelijk op 28 april 2009 door de Algemene Vergadering van de holding goedgekeurd. Voor een relaas daarover, zie D.S. van 29 april 2009, E1-E5. Intussen is de overname ook goedgekeurd door de Europese Commissie: D.S. van 13 mei 2009, E5.

¹⁵ Daarover het interview van de auteur in *De Tijd* van 13 februari 2009, op 4, en in *Knack*, 18 februari 2009, op 16-20.

¹⁶ Algemene vergaderingen van aandeelhouders zijn besluitvormingsorganen die in een vennootschap beschikken over “de meest uitgebreide bevoegdheden om de handelingen die de vennootschap aangaan, te verrichten of te bekrachtigen” (art. 531 Wetboek van Vennootschappen).

den van diepe financiële crisis, ook de welvaart van het land en de belangen van talrijke “stakeholders” groepen, niet in het minst het personeel, betreffen.

8. Gebeurtenissen als hiervoor beschreven dienen juristen aan te zetten tot een bezinning over de rol van aandeelhoudersvergaderingen in ‘systemische’ vennootschappen. Het kan toch niet, dunkt me, dat een weliswaar belangrijke maar niet enige groep van ‘stakeholders’ het laatste woord heeft over het voortbestaan van een vennootschap die de welvaart van velen en van een gehele gemeenschap aanbelangt. In dit verband is het woord aandeelhoudersdemocratie niet op zijn plaats. Op de Fortis-vergaderingen waren slechts een goede 20 % van de stemgerechtigde aandeelhouders tegenwoordig of vertegenwoordigd. Een gewone meerderheid daarvan volstond om een beslissing door te drukken. Het kan, m.i., evenmin dat op de vergadering het woord wordt gegeven aan professionele en daarvoor goed betaalde vertegenwoordigers die zich gedragen als volksopruiers, en die niet het belang van de vennootschap op het oog hebben maar alleen dat van hun cliënten (en van zichzelf). Evenmin past het dat op dergelijke vergaderingen niet of nauwelijks, op een serene manier, de aandacht kan worden gevestigd (bv. bij monde van externe bestuurders) op de belangen van andere “stakeholders” groepen dan uitsluitend degene aandeelhoudersgroepen. Voorzeker, aandeelhouders zijn belangrijk omdat zij verstrekkers zijn van risicokapitaal maar dienen zich er ook rekenschap van te geven dat zij precies dát zijn: verstrekkers van *risico*-kapitaal en dus uiteindelijk dragers van verliezen als het de vennootschap slecht gaat, en niet alleen verkrijgers van deelname in de winst als het de vennootschap goed gaat.

Dit veronderstelt uiteraard dat wie risicokapitaal ophaalt voor eigen of anderen rekening, correcte en leesbare informatie moet verstrekken – en daartoe ook in staat zijn - over de juiste omvang van het beleggingsrisico dat verbonden is aan het aangeprezen product.¹⁷ Het alleen maar ter beschikking stellen van een prospectus volstaat daartoe niet. Als de financiële crisis iets heeft aangetoond, is het wel dat verkopers van beleggingsobjecten in banken en andere

¹⁷ Correcte informatie verstrekken begint bij de top. Zo creëerde de structuur van de Belgisch-Nederlandse Fortis bank-verzekeraargroep, zoals die bestond vóór de financiële crisis, een probleem op zich dat ingegeven was om aan het (Belgisch) bestuur de leiding over de groep in handen te geven. De groep bestond uit twee nauw met elkaar verbonden poten: de Belgische en de Nederlandse topholdings waarvan de beursgenoteerde aandelen dusdanig waren samengevoegd dat, wanneer een aandeelhouder een aandeel bezat, hij ‘de facto’ een samengevoegd aandeel van beide holdings in bezit kreeg dat genoteerd was op zowel Euronext Brussel als Euronext Amsterdam. Beide holdings hadden een Belgische resp. een Nederlandse subholding waarin elk van beiden een 50% participatie had. Elke subholding had dochtermaatschappijen, de Belgische portefeuille gevuld met voornamelijk bancaire vennootschappen waaronder de niet genoteerde Fortis-bank en via haar een participatie in ABN Amro, en Fortis Bank Luxemburg; de Nederlandse portefeuille was voornamelijk gevuld met aandelen in verzekeringsmaatschappijen, waaronder Fortis Insurance Belgium. Deze ingewikkelde structuur met duplicaat raden van bestuur en algemene vergaderingen (in Brussel en Utrecht) zorgde ervoor dat aandeelhouders vaak niet beseften dat zij niet een aandeel hadden in Fortis-bank maar in Fortis-holding. Nu de Nederlandse activa en de bankpoot zijn verkocht, moet de structuur van lieverlede worden herzien.

financiële tussenpersonen onvoldoende opleiding hadden gekregen om klanten wegwijs te maken in de producten die hen worden aangeboden, en zij zelfs werden aangemoedigd, via een verhoogd salaris of bijzondere premies, om zoveel mogelijk vaak riskant producten aan het cliënteel te verkopen.¹⁸ Opleiding van bankpersoneel dat met de beleggende cliënt in contact komt is, dient dan ook een prioriteit te zijn.

9. Zo kom ik bij mijn in de titel van dit slotwoord gestelde vraag: moet het een rechter gegeven zijn om in bijzondere omstandigheden aan rechthebbers, *in casu* aandeelhouders, rechten te ontnemen, althans de uitoefening ervan in te perken. In een ontwikkelde rechtsorde als de onze zijn er algemene rechtsfiguren die de rechter daarbij behulpzaam kunnen zijn: begrippen als “misbruik van recht”, en “redelijkheid en billijkheid” zijn de meest gebruikelijke en de meest handige. In de Fortis zaak bleken zij niet voldoende te zijn. Door de raadslieden van Fortis holding en BNP Paribas werd aan de rechter in beroep gesuggereerd om inspiratie te zoeken bij de in het Nederlandse B.W., in artikel 8 lid 2, van Boek 2, voor rechtspersonen ingeschreven bepaling. Gelezen in samenhang met lid 1 luidt die bepaling:

“1. Een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, moeten zich als zodanig jegens el-kander gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.

2. Een tussen hen krachtens de wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.”

Het gaat hier duidelijk over een wettelijke toepassing van de algemene leer van de derogerende werking van de goede trouw.¹⁹ Deze bepaling zou de Belgische rechter hebben toegelaten, in tijden van globale crisis, de normale werking van wettelijke of statutaire regelingen buiten toepassing te stellen.²⁰

De rechter in beroep te Brussel is op deze suggestie niet ingegaan. Het hof stelde wel vast dat de bepaling in artikel II.3.2. van het “Fortis Corporate Governance Statement” waardoor belangrijke beslissingen van de Raad van Be-

¹⁸ Dit veronderstelt in de eerste plaats dat de leiding van de bank of instelling zelf de aard en het risicogehalte van de aangeboden producten begrijpt en daarover op een eenvoudige manier uitleg kan geven.

¹⁹ Daarover in de Asser reeks: *Verbintenissenrecht. Algemene leer der overeenkomsten*, 12^e druk, bewerkt door A.S. HARTKAMP, Kluwer, 2005, op 320 e.v.; voor België, Europa en rechtsvergelijking: W.VAN GERVEN, m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 2^e herwerkte uitgave, Acco, 2006, op 100 e.v. Op 103-105 wordt daar de matigende functie inzake aandeelhoudersrechten besproken.

²⁰ Door de advocaten van Fortis werd in dit opzicht overmacht ingeroepen met verwijzing naar het in de tekst geciteerde lid 2 van artikel 8 van Boek 2 van het Ned. B.W. Intussen werd de invoering van een dergelijke bepaling in België voorgesteld door Senator Hugo VANDENBERGHE c.s.; zie wetsvoorstel: 4-127/1, Belgische Senaat, zitting 2008-09, 12 maart 2009.

stuur aan de Algemene Vergadering van aandeelhouders ter goedkeuring moeten worden voorgelegd (supra, nr. 2), was ingegeven door een bepaling uit het Nederlandse B.W., meer bepaald artikel 107a van Boek 2. Het hof weigerde echter daaruit af te leiden dat de mogelijkheid om op die bepaling een uitzondering te voorzien op basis van artikel 8, lid 2, van Boek 2, eveneens gold voor de Belgische Fortis holding (zoals dat wel het geval was voor de Nederlandse zusterholding), of via het begrip “overmacht” toepasselijk kon worden gemaakt.²¹ Op grond daarvan had het hof een uitzondering kunnen toestaan aan de raad van bestuur om alsnog een bijzondere algemene vergadering bijeen te roepen gelet op de concrete omstandigheden van de zaak. Het hof was van oordeel dat de raad van bestuur, dadelijk na de beslissingen van 3, 5 en 6 oktober, nog een algemene vergadering had kunnen samenroepen.²² Waaruit moge blijken hoe krachtig het signaal wel was dat de rechter in beroep aan de goegemeente wou geven aangaande de noodzakelijke betrokkenheid van de aandeelhouders bij belangrijke beslissingen van de raad van bestuur. Men mag zich afvragen of dat signaal wel op dezelfde manier zou zijn gegeven als het hof had geweten - wat slechts duidelijk was na de neerlegging van het rapport van deskundigen - hoe dicht de Belgische Fortis holding en Fortis bank bij een faillissement stonden, en hoe noodzakelijk de tussenkomst van de (Belgische, Nederlandse en Luxemburgse) regeringen wel was om de binationale Fortis holding en zijn bankfilialen in de drie Benelux landen te redden.²³ Na de feiten kon die noodzaak overigens ook worden afgeleid uit de beschikking van de Europese Commissie, directoraat-generaal Mededinging, van 3 december 2008 inzake herstructureringssteun die werd genomen bij toepassing van artikel 87, lid 3 b) EG Verdrag.²⁴

10. Het arrest van het Hof van beroep in de Fortis zaak heeft aangetoond hoe aanzienlijk de macht van een rechter wel kan zijn, zelfs in kort geding, om op een doorslaggevende wijze tussen te komen in een geschil dat niet alleen de belangen van diverse groepen van burgers raakt, maar dat ook het algemeen belang van een land betreft, *in casu* 's lands economisch en financieel systeem. Hoe belangrijk de boodschap die de rechter wenst te geven, ook moge zijn - in de voorliggende zaak ging dat over de noodzaak om de rechten en belangen van de aandeelhouders te beschermen - de situatie en de bij de zaak betrokken belangen kunnen zo delicaat en complex zijn, dat de beslissing van de rechter wel eens kan overkomen als de ‘actie’, om het oneerbiedig uit te drukken, van een hond in een kegelspel (of is het een porseleinenwinkel?). Voorzeker, dit

21 Paragraaf 64 e.v., meer in het bijzonder paragraaf 70-72, van het arrest geciteerd in vn. 6. Over de relatie tussen de twee holding maatschappijen, zie supra vn. 18.

22 Paragraaf 71 van het arrest, geciteerd in vn. 6.

23 De bijeenroeping van een algemene vergadering in zowel Brussel als Utrecht had heel wat voeten in de aarde gelet op de kritische toestand van de holding, de noodzaak om rekening te houden met de openingstijden van de beurzen, en de omslachtigheid van het organiseren van een algemene vergadering met, te Brussel, een 3000 à 5000-tal aanwezige aandeelhouders waarvoor men moet kunnen beschikken over een voldoende grote zaal die vrij is en het nemen van de voor dergelijke (woelige) vergaderingen noodzakelijke veiligheidsmaatregelen mogelijk maakt.

24 Beschikking ter zake van herstructureringssteun aan Fortis Bank en Fortis bank Luxemburg.

mag de rechter niet afbrengen van zijn diepe overtuiging en zijn verlangen om correct te handelen; wel moet het hem tot nadenken aanzetten, zeker wanneer de zaak in kort geding wordt gewezen en er, zoals in de betrokken zaak, binnen het rechterlijk college geen eensgezindheid bleek te bestaan. Voor een dergelijke situatie zou ons rechtssysteem overigens in de mogelijkheid moeten voorzien voor de minderheidrechter(s) om een “dissenting opinion” openbaar te maken waarin hij de verkozen juridische redenering en de daaraan ten grondslag liggende meta-juridische argumenten tot uiting kan brengen, en in de weegschaal kan werpen. Immers, hoe meer transparantie en openheid van discussie worden geboden, hoe groter de kans is dat een correcte beslissing wordt genomen en hoe meer respect de genomen beslissing in de samenleving kan afdwingen.

Meer specifiek moet het de rechter, naar Nederlands voorbeeld, bij wet worden mogelijk gemaakt om rechten van bijzondere groepen van rechthebbenden in te perken – hier komt mijn antwoord op de gestelde vraag - wanneer de uitoefening daarvan “in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.” (supra, nr. 9). Had het Belgische recht in die mogelijkheid voorzien, dan had de rechter *zelf* de beslissing kunnen nemen of het inrichten van een bijzondere algemene vergadering in de gegeven omstandigheden wel nog nuttig kon zijn, en of die bijeenroeping niet wegens overmacht moest worden opzij gezet. Daarvoor had hij nog even goed het advies kunnen inwinnen van een college van deskundigen maar dan te zijner intentie en niet van die van de aandeelhouders, m.a.w., niet op grond van artikel 168 Venn.W (aanstelling van ‘nazichtdeskundigen’) zoals door het arrest in kort geding werd beslist,²⁵ maar op grond van artikel 962 Ger.W. (aanstelling van ‘onderzoekdeskundigen’). Dit zou de rechter overigens niet hebben hoeven te beletten om de raad van bestuur alsnog te verplichten een bijzondere vergadering bijeen te roepen waarop niet alleen aandeelhouders maar ook andere “stakeholders”, meer bepaald personeelsleden, informatie hadden kunnen krijgen over wat precies door de regeringen was afgesproken en door de raad van bestuur was beslist aangaande de financiële situatie van de holding en haar bankfiliaal. Op die vergadering hadden de aandeelhouders dan nog lucht hebben kunnen geven aan hun gevoelens van ergernis, zij het dat heel waarschijnlijk ook die vergadering niet sereen zou zijn verlopen. Overigens doet het juristen en politiekers geen kwaad nu en dan te ondervinden dat wat zij bekokstoven de gemoederen van de burgers in lichterlaaie kan zetten. Zo hoort het wel eens: tegenspraak, ook heftige, kan het recht allen maar ten goede komen. Ik vermoed dat de gevierde het daarmee zal eens zijn.

²⁵ Arrest supra vn. 6, beschikkend gedeelte, onder 5).