

## Woord vooraf

Op 14 en 15 november 2014 organiseerde het Instituut voor Ondernemingsrecht zijn tweejaarlijkse congres, in Pathé Groningen. Het congres was gewijd aan het thema eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht. De laatste jaren is in het ondernemingsrecht een tendens waarneembaar van een toenemende behoefte aan verscheidenheid, diversiteit en veelvormigheid. Voor veel kernthema's van het ondernemingsrecht (zoals de besluitvormingsregeling bij tegenstrijdig belang) is eenheid uitgangspunt. De algemene bepalingen van Boek 2 BW spelen daarbij een belangrijke rol. Voor andere onderwerpen en voor specifieke ondernemingsvormen zien we ook verscheidenheid, bijvoorbeeld op het terrein van het jaarrekeningenrecht. Dat roept boeiende vragen op. Welke verscheidenheid is toegelaten en welke differentiatie is nodig?

Wij hebben negen sprekers uit wetenschap en praktijk bereid gevonden het congressthema vanuit uiteenlopend perspectief te benaderen. Deze bundel bevat de op het congres uitgesproken voordrachten en het verslag van de tijdens het congres gevoerde plenaire discussie. Die discussie werd ingeleid door een zevental referenten (Bulten, Hijink, De Kluiver, Marseille, Van Schilfgaarde, Wuisman en Zaman). Wij zijn de sprekers en de referenten zeer erkentelijk voor hun bijdragen.

Het congres is inmiddels besproken door F.G.K. Overkleeft in *Ondernemingsrecht*, 2015/90.

*M.J. Kroeze*

*J.B. Wezeman*

# Inhoud

<i>Prof. mr. M.J. Kroeze &amp; Prof. mr. J.B. Wezeman</i>	
Woord vooraf	V
<i>Prof. mr. L. Timmerman</i>	
Meer ruimte voor verscheidenheid is de goede trend voor het ondernemingsrecht	1
Inleidende opmerkingen	1
Juridisch minimalisme	1
Onderliggende trend tot verscheidenheid in het ondernemingsrecht	2
Vennootschappelijk belang	5
Ernstig verwijt	7
De maatschappelijke onderneming	10
Slot	12
<i>Mr. dr. J.N. Schutte-Veenstra</i>	
De gedereguleerde BV. Meer ruimte voor verscheidenheid?	13
1. Eenheid in verscheidenheid	13
2. Aandeelhoudersovereenkomst met vennootschapsrechtelijke werking	14
2.1. Statuten versus aandeelhoudersovereenkomst	14
2.2. Wetsgeschiedenis	15
2.3. Rechtspraak	16
3. Voorwaarden voor vennootschapsrechtelijke werking	17
3.1. Elk onderwerp?	17
3.1.1 Inhoud statuten - verplicht en optioneel	18
3.1.2 Onderwerpen die wel en niet bij aandeelhoudersovereenkomst kunnen worden geregeld	18
3.2. Strijdigheid met wet en/of statuten?	22
3.3. Partijen bij de aandeelhoudersovereenkomst	25
3.4. Type vennootschap	25
3.5. Afsluitende opmerkingen	26
4. Societas Unius Personae (SUP)	27
4.1. De BV-SUP is een nationale rechtsvorm	27
4.2. Vreemde eend in de bijt of toch niet?	28

## INHOUD

4.3. De SUP-richtlijn nader bekeken	29
4.4. Afsluitende opmerkingen	32
<i>Mr. dr. J.M. de Jongh</i>	
Variabel stemrecht bij de NV?	33
Inleiding	33
Stemrecht in historisch perspectief	34
Argumenten voor en tegen proportioneel stemrecht	37
De wetgever aan zet	44
<i>Mr. dr. C.H.C. Overes</i>	
Bestuurlijke inrichting van semipublieke instellingen.	
Meer of minder sectorspecifieke regels?	47
1. Inleiding	47
2. Welke eisen omtrent bestuur en toezicht lenen zich voor regeling in Boek 2 BW?	49
2.1. Bestuur en toezicht	49
2.2. Norm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich dienen te gedragen	51
2.3. Aansprakelijkheid van toezichthouders	53
2.4. Tegenstrijdig belangregeling	54
3. In hoeverre zijn aanvullende regels noodzakelijk om de kwaliteit van bestuur en toezicht te waarborgen?	55
3.1. Noodzaak aanvullende sectorspecifieke regels?	55
3.1.1 Verhouding overheid - semipublieke instellingen	55
3.1.2 Sectorspecifieke regels ter aanvulling op het algemeen wettelijk kader	57
3.2. Codes	61
4. Tot slot	63
<i>Mr. dr. A.J.S.M. Tervoort</i>	
Personenvennootschapsrechtelijke variaties	65
1. Inleiding	65
2. Dwingend versus regelend recht	66
3. Toch meer verscheidenheid? Beperking van externe aansprakelijkheid	67
4. Nog meer verscheidenheid: afschaffing van obsoleete verboden	72
4.1. Societas leonina	72
4.2. Verbod op winstvaststelling door één vennoot of door een derde	73
4.3. Beheersverbod en naamvoeringsverbod bij de c.v.	75
5. Afsluiting	77

## INHOUD

*Prof. mr. J.B. Wezeman*

Vorm en sanctionering van tegenstrijdigbelangregels	79
1. Inleiding	79
2. Naamloze en besloten vennootschappen	81
3. Statutaire variaties	84
4. Sanctionering	85
5. Verenigingen en stichtingen	87
6. Tot slot: uniformiteit en verscheidenheid	88

*Prof. mr. Bastiaan F. Assink*

De factor ‘wetenschap van benadeling’ in te onderscheiden vormen van bestuurdersaansprakelijkheid	91
I. Inleiding	91
II. Eerste luik	94
III. Een conceptuele zijstap	113
IV. Terug naar de hoofdlijn	120
V. Tussenbalans	133
VI. Tweede luik	134
VII. Eindbalans	147

*Prof. mr. J.B.S. Hijink*

Verbrokkeling van het jaarrekeningenrecht en de vraag of verdere verbrokkeling te vermijden is	149
I. Inleiding	149
II. Korte duiding van het (Nederlandse) jaarrekeningenrecht	150
III. Het jaarrekeningenrecht is verbrokkeld	152
IV. De verdergaande verbrokkeling van het jaarrekeningenrecht	159
V. Is (verdergaande) verbrokkeling van het jaarrekeningenrecht wenselijk?	163
VI. Conclusie	167

*Prof. mr. J.H.M. Willems*

Mag de ondernemingskamer een ondernemingsrecht met een eigen karakter ontwikkelen?	169
1. Inleiding	169
2. De eigen aard van het enquêterecht	170
3. De Ondernemingskamer en materieel ondernemingsrecht	172
4. Materieel ondernemingsrecht: gewone rechter en Ondernemingskamer	173
5. Materieel ondernemingsrecht: gewone rechter versus Ondernemingskamer	176
6. Uitleiding	179

<i>Verslag van de discussie</i>	181
---------------------------------	-----

*Prof. mr. L. Timmerman*

## Meer ruimte voor verscheidenheid is de goede trend voor het ondernemingsrecht

### Inleidende opmerkingen

1. *'Ik heb nooit sterke contouren in mijn werk gebruikt; er is geen zekerheid in het leven. Wel heb ik vaak de mensen op de fijne dingen van het leven willen wijzen.'* Dat zei in een interview een aantal jaren geleden een schilder. Die schilder was niet Mondriaan. Die schilderde, zoals we weten, vooral in zijn latere werk juist wel strakke contouren. Degene die de geciteerde woorden sprak is Eugene Brands, lid van de bekende Cobra-groep uit de jaren vijftig van de vorige eeuw. Hij schilderde nooit rechte lijnen. Hij maakte poëtisch en bewegelijk werk. Het is werk om stil naar te kijken. De schilderijen van Brands spreken mij aan. Ik heb mij afgevraagd waarom dat werk mij zo boeit. Een echt sluitende verklaring is voor zoiets niet te geven. Daarvoor zitten we allemaal te ingewikkeld in elkaar. Ik vermoed dat ik niet van strakke contouren houd en meer geboeid ben door vervloeiende, overlopende vormen. Daar ligt waarschijnlijk de verklaring dat ik ook in het (ondernemings)recht geen liefhebber ben van rechte lijnen en strenge dogmatiek. Mij interesseren bijzondere omstandigheden en belangen die in een bepaalde zaak op het spel staan, met andere woorden verscheidenheid, diversiteit, glijdende schalen waarlangs uiteenlopende fenomenen volgens een bepaalde maatstaf zijn gerangschikt en buigzaamheid van het recht. Deze belangstellingen maken ondernemingsrecht voor mij niet tot een strak bouwwerk, maar een open geheel waarin variatie, improvisatie en innovatie mogelijk zijn.

### Juridisch minimalisme

2. Ik heb een hobby en dat is het schrijven van conclusies voor de Hoge Raad. Daarin probeer ik, waar dat gepast is, verscheidenheid en diversiteit te benadrukken. Niet zo lang geleden schreef ik een conclusie in de zaak Vereniging Martijn.<sup>1</sup> Het ging om de vraag of een vereniging die seksueel

---

1. HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:948.

contact tussen kinderen en volwassenen propageerde en verheerlijkte verboden diende te worden.<sup>2</sup> Ik vond dat dat moest en de Hoge Raad vond dat ook, zo bleek mij enige tijd nadat ik mijn conclusie had ingeleverd. In de conclusie heb ik mij bewust niet bezondigd aan subtiele beschouwingen over de vrijheid van vereniging en de vrijheid van meningsuiting (ik denk dat de zaak bij deze aanpak in een vruchteloos geredeneer over de reikwijdte van die rechten zou zijn vastgelopen), maar ik heb desbewust sterk de nadruk gelegd op het belang van de bescherming van jonge kinderen die, zoals uit wetenschappelijk onderzoek is gebleken, door seksueel contact met volwassenen een levenslang trauma kunnen oplopen. Dat risico werd op de website van de vereniging overigens gerelativeerd. Ik benadrukte dus een bijzondere omstandigheid in deze zaak die in de kern om de vrijheid van vereniging draaide. Een uitspraak die op bescherming van bepaalde, in de desbetreffende zaak op het spel staande belangen is gericht heeft geen grote uitstralende werking, maar geldt alleen voor het desbetreffende geval. Ik zie zo'n kwestie als die rond de Vereniging Martijn als een bijzonder geval dat een eigen specifieke benadering vergt. Voor deze aanpak is in de Verenigde Staten ook een leuke term bedacht: juridisch minimalisme.<sup>3</sup> De Hoge Raad kijkt in de regel over een aan hem voorgelegde zaak heen, maar dat hoeft niet altijd. Hij hoeft mijns inziens niet telkens zaakoverstijgend te werk te gaan. Minimalisme kan in bepaalde zaken een juiste aanpak zijn. Zeker in dat type zaken heeft de Hoge Raad geen programma, om een term van de oud-president van de Hoge Raad, Corstens, te gebruiken.<sup>4</sup> Het gaat er alleen maar om in het concrete geval tot een juiste uitkomst te geraken en verder niks.

### Onderliggende trend tot verscheidenheid in het ondernemingsrecht

3. Ik vind het altijd weer aardig na te gaan wat onderliggende trends in het ondernemingsrecht zijn. Ik heb de indruk dat momenteel in het ondernemingsrecht zo'n onderliggende beweging – er zijn er uiteraard meer, maar over die andere tendensen heb ik het vandaag niet – een toenemende behoefte aan verscheidenheid, diversiteit en veelvormigheid is. Die onderstroom doet zich,

- 
2. Voor alle duidelijkheid: het ging niet om een groep pedofielen die zich wilde verenigen om hun geaardheid met elkaar te bespreken (daar is m.i. niets op tegen), maar om een vereniging die seksueel contact tussen volwassenen en kinderen verheerlijkte. Daarbij moet men bedenken dat seksueel contact tussen een volwassene en een jong kind strafbaar is (zie art. 244 en 245 WvS).
  3. Zie hierover het fascinerende boek van Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (1999). Het is zo'n soort boek dat, als je het gelezen hebt, tot gevolg heeft dat je anders over de in het boek behandelde problematiek denkt.
  4. Geert Corstens, *De rechtsstaat moet je leren. De president van de Hoge Raad over de rol van de rechter*, p. 119-121 (2014).

zo heb ik de indruk, wereldwijd voor.<sup>5</sup> Dat heeft te maken met de brede maatschappelijke tendens tot individualisering<sup>6</sup> en ook – bijvoorbeeld bij allerlei maatschappelijke groeperingen – met een toenemende behoefte om aan de eigen identiteit vorm te geven: wij zijn uniek en doen het anders. We hebben ook steeds meer uiteenlopende soorten ondernemingen, zoals beursondernemingen, de door private equity fondsen bestuurde ondernemingen, joint-ventures, maatschappelijke ondernemingen, pensioen-bv's, enz. enz. met ieder eigen karaktertrekken.<sup>7</sup> De werkelijkheid waarin het ondernemingsrecht dient te functioneren is grondig aan het veranderen. De Nederlandse samenleving en economie zijn als gevolg van de aangeduide trends – of we dat nu leuk vinden of niet – een lossere verband en een minder hechte gemeenschap aan het worden met minder samenhang en minder orde. Ook globalisering en digitalisering spelen hierbij als aanjagers een belangrijke rol.

4. Dwingende wettelijke eenheidsformules werken daarom steeds minder goed en worden in de samenleving minder geaccepteerd. Ik wijs op de befaamde structuurregeling voor de samenstelling van de raad van commissarissen. Het oorspronkelijke dwingende model van 1970 met gelijke aanbevelings- en bezwaarrechten voor aandeelhouders en werknemers is verlaten en het huidige, meer gecompliceerde model met een overwicht voor aandeelhouders biedt veel meer ruimte voor verscheidenheid (zie vooral art. 2:158/268 lid 12 BW dat de mogelijkheid biedt het nieuwe door de wetgever uitgedachte model vrijwel in zijn geheel terzijde te schuiven). De toelating van de zogeheten *one tier*

- 
5. In twee recente buitenlandse boeken over ondernemingsrecht wordt ook de tendens tot diversiteit in het ondernemingsrecht geconstateerd; zie Colin Mayer, *Firm commitment: Why the corporation is failing us and how to restore trust in it* (2013) en Eric W. Orts, *Business persons. A Legal Theory of the Firm* (2013). Zie ook het inspirerende *Einheit und Vielheit im Unternehmensrecht*, Festschrift für Uwe Blaurock (2013). In het boek van Mayer is een hoofdstuk te vinden met als titel 'The value of diversity', p. 187-190. Aan verscheidenheid in het ondernemingsrecht wijdt Orts hoofdstuk 5 van zijn boek. Ik wijs ook nog Masahiko Aoki, *Corporations in Evolving Diversity: Cognition, Governance and Institutions* (2010). In dit boek bestrijdt Aoki op grond van uiteenlopende argumenten het idee van de Amerikanen Hansmann en Kraakman, dat we wereldwijd convergeren naar het aandeelhoudersmodel van de vennootschap (Hansmann en Kraakman, 'The End of History for Corporate Law', in: *Convergence and persistence in corporate governance*, edited by Jeffrey N. Gordon en Mark J. Roe, 2004).
  6. Een interessant boek over individualisering is Bram Mellink, *Worden zoals wij. Onderwijs en opkomst van de geïndividualiseerde samenleving sinds 1945* (2014). Hij beweert dat de individualisering in Nederland een door bepaalde elites opgedrongen keuze is. Is dat zo? Ik geloof daar niets van.
  7. Zie hierover ook mijn column in *Ondernemingsrecht* 2014, p. 569-570 ('Oude koeien met actualiteitswaarde'). Raaijmakers reageerde op deze column, maar miste de kern van mijn betoeg. Ik extrapoleer en fixeer – anders dan Raaijmakers demagogisch schrijft – in die column niets en laat juist ruimte voor verscheidenheid (*Ondernemingsrecht* 2015, p. 155-164).

*board* in plaats van een model met bestuur en raad van commissarissen is een symptoom van het door de wetgever tegemoet willen komen aan de behoefte aan verscheidenheid in het bedrijfsleven (art. 2:129a/239a BW). Ik wijs ook op het moderne *comply or explain*-mechanisme dat in veel gedragscodes voor ondernemingen is opgenomen en na uitleg ruimte biedt voor verscheidenheid (zie art. 2:391 lid 5 BW en het KB van 23 december 2004, *Stb.* 747). De vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht, dat een paar jaar geleden werd ingevoerd, moeten mijns inziens vooral begrepen worden als het door de wetgever willen bieden van meer ruimte voor diversiteit in de toepassing van de rechtsvorm van de bv. Die wetwijzigingen zijn een groot succes. Het nieuwe bv-recht behoort tot de beste stukken wetgeving die de laatste jaren op het gebied van het privaatrecht tot stand zijn gebracht. Er wordt van die grotere mogelijkheid tot diversiteit op het bv-terrein in de rechtspraak naar mijn indruk gretig gebruikgemaakt. Er is nog meer verscheidenheid mogelijk door het afsluiten van een op de behoeften van partijen gerichte aandeelhoudersovereenkomst.<sup>8</sup> De Hoge Raad blijkt in beginsel (maar deze kwestie is door procederende partijen voor de Hoge Raad tot nu toe niet op scherp gezet) weinig moeite te hebben met de doorwerking van zo'n aandeelhoudersovereenkomst in de vennootschappelijke samenwerking, zoals die in de wet en de statuten heeft vorm gekregen. Daarmee legitimeert hij de behoefte aan diversiteit. In de recente Cancun-beschikking<sup>9</sup> overweegt de Hoge Raad immers:

‘In geval van een *joint venture*-vennootschap wordt het belang van de vennootschap voorts bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking.’

5. Zo'n overweging wijst er *naar mijn mening* – laat ik voorzichtig zijn – op dat de Hoge Raad ook niet houdt van rechte lijnen in het ondernemingsrecht (dus ook niet van strakke dogmatiek in het ondernemingsrecht en misschien ook wel daarbuiten). De Hoge Raad maakt geen scherp onderscheid tussen de wet, statuten en de aandeelhoudersovereenkomst. Zij vloeien, als ik de betrokken beschikking goed uitleg, in de benadering van de Hoge Raad in elkaar over: afspraken in een aandeelhoudersovereenkomst kunnen daarmee een relevante factor zijn bij het bepalen van de inhoud van de vennootschapsrechtelijke relatie in zijn geheel en kunnen daarmee heel wel vennootschappelijke doorwerking hebben, tenzij dat tot maatschappelijk onbetamelijke resultaten leidt. Ik vind dat een goede manier om ondernemingsrecht te beoefenen. Het is een

---

8. Zie over die overeenkomsten het themanummer Aandeelhoudersovereenkomsten van *WPNR* 2014/7014.

9. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, r.o. 4.2.1.



pragmatische,<sup>10</sup> improviserende wijze van beoefening van het recht die ruimte laat voor vernieuwing.<sup>11</sup>

6. Ik wijs er ook op dat de centrale begrippen van het ondernemingsrecht, zoals rechtspersoon, ook een steeds meer beperkte inhoud krijgen.<sup>12</sup> Het zijn van rechtspersoon is volgens mij niet meer dan het zijn van rechtssubject, daaraan zijn – anders dan in het verleden wel werd geleerd – verder geen rechtsgevolgen verbonden. Als je zo tegen rechtspersoonlijkheid aankijkt, wordt het gemakkelijker door een rechtspersoon heen te kijken bijvoorbeeld in geval de grillige economische werkelijkheid dat wenselijk maakt om tot een billijk rechtsoordeel te komen.<sup>13</sup> Het door rechtspersonen heen kijken is een lichtere en meer pragmatische term dan vereenzelviging. Vereenzelviging vereist dat je twee dingen die niet één zijn als één beschouwt. Dat is een hele stap. Dat is dogmatisch ook lastig. Zo'n verreikende stap hoef je niet te zetten wanneer je door iets heen kijkt. Dan doe je alsof je iets (een zelfstandige rechtspersoon) niet ziet. Dat hanteren van lichte begrippen kan bijdragen aan de flexibiliteit van het ondernemingsrecht. Daardoor ontstaat er meer ruimte voor verscheidenheid. Daarom is aandacht voor goede begripsvorming zo belangrijk.

7. Ik wil nu het thema 'verscheidenheid in het ondernemingsrecht' verduidelijken aan de hand van drie begrippen die mij fascineren (ik loop er met grote regelmaat tegen aan bij het schrijven van conclusies): vennootschappelijk belang, ernstig verwijt en de maatschappelijke onderneming.

### Vennootschappelijk belang

8. In zijn eerdergenoemde Cancun-beschikking heeft de Hoge Raad overwogen:

- 
10. Zie over pragmatisme in het recht: P.S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law* (1987). Atiyah bespreekt de verdiensten van pragmatisme en de nadelen ervan. Zie over improvisatie het fraaie boek van Hans Boutellier, *De improvisatiemaatschappij, over de sociale ordening van een onbegrensde wereld* (2011).
  11. Zie ook het recente arrest waarin onder bepaalde voorwaarden een herroeping van een ontbinding van een bv mogelijk wordt gemaakt: HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3677.
  12. Zie hierover mijn column in *Ondernemingsrecht* 2014, p. 569-570. Zie voor een indringend betoog waarin uiteengezet wordt hoe sterk begripsvorming analyses van bepaalde verschijnselen kleuren: Willem Schinkel, *Over nut en nadeel van de sociologie voor het leven* (2014).
  13. Die fraaie term 'door rechtspersonen heen kijken' is indertijd door Roelvink bedacht. Zie zijn preadvies uit 1977 voor de NJV.

L. TIMMERMAN

‘Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming’

en verderop in die beschikking:

‘Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken (...). Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad.’

Deze gedachten van de Hoge Raad spreken mij aan.<sup>14</sup> In het ondernemingsrecht, zoals ik dat graag beoefen, draait het om het denken vanuit de onderneming en het bevorderen van het succes daarvan en het werken met het evenredigheidsbeginsel waarbij uiteenlopende op de onderneming en vennootschap betrokken belangen gewicht in de schaal leggen.<sup>15</sup>

9. De zojuist geciteerde overwegingen worden vooraf gegaan door een overweging van de Hoge Raad die ruimte biedt om bij de invulling van het vennootschappelijk belang bij uitstek met verscheidenheid rekening te houden. De Hoge Raad overweegt immers:

‘Bij de vervulling van hun taak dienen de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten (vgl. thans art. 2:239 lid 5 BW). Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval.’

Deze overweging maakt het mogelijk om het vennootschappelijk belang een afwijkende invulling te geven wanneer de vennootschap en/of haar onderneming zich in een bijzondere situatie bevindt, bij voorbeeld ingeval de vennootschap geen ‘gewone’ vennootschap is, maar een dochteronderneming is of de vennootschap niet gezond groeit, zoals doorgaans hopelijk het geval is, maar

---

14. Zie ook J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas. De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief*, diss. Rotterdam 2014, p. 474-478 en p. 526-536. Hij ontwikkelt op die bladzijden gedachten die verwantschap hebben met hetgeen de Hoge Raad in zijn Cancun-beschikking overweegt.

15. Zie mijn ‘Twee sleutels voor vernieuwing van het ondernemingsrecht’ in: *Piet Sanders: een honderdjarige vernieuwer*, p. 165-170 (2012) en ‘The happy lawyer en de toekomst van het ondernemingsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2014, p. 27-31.

insolvent is. Bastiaan Assink heeft over het – naar gelang van de omstandigheden – van kleur verschieten van het vennootschappelijk belang al uitvoerig geschreven en vooral in zijn *Compendium* – als ik het zo mag noemen – een fraai denkraam bedacht.<sup>16</sup>

10. In geval van een dochtervennootschap wordt voor die dochter het concernbelang een zwaarwegende grootheid dat het vennootschappelijk belang sterk kleurt met de daarbij horende lastige problematiek van het instructierecht voor de moeder/aandeelhouder. Over dat instructierecht is nog iets interessants in de *Cancun*-beschikking van de Hoge Raad te lezen. In r.o. 4.1 vat de Hoge Raad onderdeel 1.1 van het cassatiemiddel samen. Daarin werd volgens de samenvatting van de Hoge Raad gesteld dat het belang van de betrokken vennootschap als joint venture geheel samenviel met de belangen van de aandeelhouders. Dat zou kunnen – zo voeg ik toe – betekenen dat aan de aandeelhouders een onbeperkt en onvoorwaardelijk instructierecht toekomt. In r.o. 4.3 merkt de Hoge Raad op dat die opvatting onjuist is.<sup>17</sup> Dit impliceert naar mijn mening dat het bestuur van een vennootschap niet altijd en onder alle omstandigheden gehouden is instructies van de aandeelhoudersvergadering op te volgen. Daarmee houdt een bestuurder uiteindelijk een eigen verantwoordelijkheid die bij een joint-venture overigens wel beperkt is.

11. Bij een insolvente vennootschap waarbij het faillissement te verwachten is, heeft het geen zin meer om het bestendige succes van de onderneming na te streven. Het vennootschappelijk belang verschiet dan van kleur en dient zich vooral te richten op behartiging van de belangen van de schuldeisers die in het faillissement dreigen onbetaald te blijven. Met deze benadering wordt het vennootschappelijk belang een flexibel begrip dat tegemoet komt aan de verscheidenheid die kenmerkend voor het ondernemingsrecht is geworden.

## Ernstig verwijt

12. Als één leerstuk binnen het ondernemingsrecht flexibel dient te zijn, dan is het wel de bestuurdersaansprakelijkheid. Bestuurders moeten in uiteenlopende

---

16. Assink [Slagter, 2013, § 51.

17. Over deze overweging is in de literatuur enige, m.i. onterechte, commotie ontstaan. Zie M.J.G.C. Raaijmakers, ‘Cancun: een joint-venture klem tussen contract en instituut’, *AA* 2014, p. 459-465. Wat de Hoge Raad heeft overwogen, lijkt mij een evidentie. Ik schreef in mijn argeloosheid hetzelfde in mijn conclusie die voorafging aan de *Cancun*-beschikking (zie onderdeel 4.3.24 van de conclusie). Ik zie niets in de figuur van een bestuurder zonder enige eigen verantwoordelijkheid die slechts naar de pijpen van de aandeelhouder(s) mag dansen. Raaijmakers kennelijk wel. Een bestuurder moet mijns inziens altijd een beperkte eigen verantwoordelijkheid houden en dat is precies wat de Hoge Raad naar mijn mening zegt.

en steeds veranderende omstandigheden hun werk doen. Zij hebben vaak te maken met complexe situaties. Meestal is het ook niet evident wat de goede richting is om een in de onderneming gerezen probleem uit de wereld te helpen. Er is vaak ambiguïteit. Misschien zijn er soms verschillende wegen die naar Rome leiden. Daarbij komt nog dat bestuurders in vergelijking met gewone burgers een taak met een bijzonder karakter hebben. Zij moeten ondernemerschap bedrijven, hetgeen betekent dat zij een zekere ruimte moeten hebben om bij het uitdenken en uitvoeren van hun beleid risico's te nemen. Anders gezegd: zij moeten besluiten nemen met een enigszins bijzonder karakter. Hiermee moet rekening worden gehouden bij het vormgeven van de bestuurdersaansprakelijkheid over de gehele linie. In het ernstig verwijt-vereiste dat volgens de rechtspraak van de Hoge Raad een nadere voorwaarde naast de gewone vereisten van art. 2:9 BW of die van de onrechtmatige daad is om tot aansprakelijkheid van een bestuurder te geraken (hier dus ook geen rechte lijn van de aansprakelijkheid van een gewone burger naar de aansprakelijkheid van de bestuurder) is *zowel* het idee te vinden van het moeten rekening houden met uiteenlopende omstandigheden waarin bestuurders verkeren *als* het idee dat bestuurders een functie vervullen met een bijzonder, meer riskant, karakter. Dat laatste komt naar voren in twee recente arresten van de Hoge Raad. In die arresten merkt de Hoge Raad in twee gelijklopende overwegingen<sup>18</sup> op over het ernstig verwijt-vereiste als extra-vereiste voor bestuurdersaansprakelijkheid dat de aansprakelijkheid van de bestuurder enigszins verlicht:

‘Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan het in het algemeen het geval is. Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van een wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen (...).’

Ik verwacht dat met deze overweging die eerdere uitspraken van de Hoge Raad bevestigt het ernstig verwijt-vereiste voor vele jaren vaste rechtspraak is. Ik vind het juist dat de bijzondere aard van de ondernemingsrechtelijke taken van de bestuurder de toepassing op bestuurders van het reguliere aansprakelijkheidsrecht kleurt.

13. Ik wil nog even stilstaan bij het idee dat het ernstige verwijt-vereiste al naar gelang van de uiteenlopende omstandigheden van het geval verschillend dient

---

18. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628, r.o. 3.5.2 en HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, r.o. 4.2.

te worden ingevuld. In een van de twee zojuist genoemde arresten merkt de Hoge Raad op:

‘Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt als zojuist bedoeld kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval.’

Zoals u merkt, is deze overweging in overeenstemming met de strekking van het betoog dat ik tot dusverre heb uitgesproken: ruimte bieden voor de verscheidenheid. Wat ik tot nu toe heb verteld, lijkt dus waar te zijn. Ik geef voor alle duidelijkheid een kort overzicht van de uiteenlopende invullingen van het ernstig verwijt-vereiste bij diverse normschendingen en omstandigheden, zoals ik die tot dusverre in de rechtspraak aantrof:

- a. De bestuurder handelt onbehoorlijk jegens de vennootschap (art. 2:9 BW). Ernstig verwijt kan aanwezig zijn wanneer de bestuurder bijvoorbeeld heeft gehandeld in strijd met voor hem geldende richtlijnen, zoals statuten en instructies van de aandeelhoudersvergadering.<sup>19</sup>
- b. De bestuurder benadeelt een schuldeiser van de vennootschap. Het ernstig verwijt-vereiste houdt dan in dat de bestuurder wist of redelijkerwijs moest weten dat zijn handelwijze tot gevolg heeft dat de vennootschap haar verplichtingen niet nakomt en ook geen verhaal biedt voor de als gevolg daarvan optredende schade.<sup>20</sup>
- c. De bestuurder loopt door medewerking te verlenen aan een vermogensonttrekking vooruit op de afloop van een schadevergoedingsprocedure voor de rechter tegen de vennootschap. Ernstig verwijt is aanwezig wanneer de bestuurder ernstig moest rekening houden met de mogelijkheid dat de procedure voor de vennootschap verkeerd zou aflopen met het gevolg dat de tegen de vennootschap procederende partij geen verhaal zou vinden.<sup>21</sup>
- d. Een bestuurder legt jegens een wederpartij van de vennootschap een misleidende verklaring af, zoals het afgeven van een garantie die de vennootschap bij geringe tegenwind niet kan nakomen. Van ernstig verwijt zal in zo'n geval sprake zijn wanneer hij wist of behoorde te weten dat zijn handelen de wederpartij op het verkeerde been zette en er daardoor voor haar schade ontstaat.<sup>22</sup>

---

19. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360.

20. HR 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758, *NJ* 2006/659. Hierop liep de procedure van HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627 vast.

21. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:829, *NJ* 2014/195.

22. Vergelijk HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI0468, *NJ* 2009/418.

Al met al: ernstig verwijt is een pluriform begrip. Dat vind ik goed.

### De maatschappelijke onderneming

14. Ik heb sympathie voor ondernemingen die niet alles wegdrücken dat niet tot winst voor aandeelhouders leidt.<sup>23</sup> Ik hecht naast economische waarden die voor onze welvaart uiteraard van groot belang zijn ook aan waarden als duurzaamheid, een gezonde leefomgeving, goed onderwijs, goede evenwichtige maatschappelijke verhoudingen waarin met elkaars belangen wordt rekening gehouden (empathie).<sup>24</sup> Men zou ondernemingen die aan dat soort waarden groot belang toekennen *maatschappelijke ondernemingen* kunnen noemen. De Nederlandse wetgever is tot nu toe niet bereid bijzondere rechtsvormen voor die maatschappelijke ondernemingen in het leven te roepen. Ik vind dat jammer. Dit soort ondernemingen heeft er belang bij zich aan de buitenwereld als maatschappelijke onderneming te kunnen presenteren. In de benaming van de rechtsvorm van de onderneming dient het bijzondere karakter ervan tot uitdrukking te kunnen komen. Dat kan de onderneming voor klanten, die het maatschappelijke doel van de onderneming ondersteunen als leverancier, aantrekkelijk maken. Zo'n presentatie naar buiten als maatschappelijke onderneming is bijvoorbeeld in Engeland en diverse staten van de Verenigde Staten (zelfs in Delaware) wel mogelijk. Denk aan de CIC en de Public Benefit Corporation. Wat is hier nu op tegen? Hier speelt voor mij een typisch Nederlands gebrek aan verbeeldingskracht een rol.<sup>25</sup>

15. Daarmee hoeven we niet het hoofd moedeloos in de schoot te werpen. Het Nederlandse ondernemingsrecht laat, zoals we hebben gezien, grote verscheidenheid toe. Die kan worden benut om een idee van de Engelsman Colin Mayer in het Nederlandse ondernemingsrecht op een aan de Nederlandse verhoudingen aangepaste wijze te realiseren. Hij stelt voor dat een vennootschap zich in het bijzonder kan committeren, kan binden aan een bepaald maatschappelijk

---

23. Zie het preadvies dat ik samen met Matthijs de Jongh en Alexander Schild schreef: *Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen van Boek 2 BW*, NJV 2010, p. 191-252.

24. Zie voor een interessant recent pleidooi voor zo'n visie op de onderneming en de samenleving het recente boek van David Marquand, *Mammon's Kingdom: An Essay on Britain, Now* (2014). Hij schrijft over het ideaal van een 'decent capitalism'. Zie ook zijn eerdere boek over dit thema: *Decline of the Public: The Hollowing Out of Citizenship* (2004).

25. Misschien kunnen we niet zoveel doen aan ons gebrek aan verbeeldingskracht. We zijn een klein land. Piet de Rooy schrijft in een onlangs verschenen boek: 'Kleine naties zijn bovenal gericht op de vergroting van het eigen materieel welzijn. Zij haken niet naar roem, maar zijn noodgedwongen beperkt in hun ambities' in: *Ons stipje op de wereldkaart. De politieke cultuur van modern Nederland*, p. 300 (2014).