

**ONDERNEMINGSRECHT IN RECENT RECHTSHISTORISCH EN
RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF**

PROFESSOR HERMAN SCHOORDIJKLEZING

**Universiteit van Tilburg,
17 april 2012**

Huub Willems*

Waarde Herman, Dames en Heren!

Inleiding

1. Het is haast niet voorstelbaar maar de harde cijfers wijzen uit dat het intussen alweer 50 jaar geleden is dat ik mij, overigens onder begeleiding van mijn moeder die weinig vertrouwen in mijn zelfstandigheid had, voor de eerste keer in mijn leven naar Tilburg begaf. De reden van dat bezoek was mijn inschrijving als eerstejaarsstudent aan wat toen heette de Katholieke Economische Hogeschool Tilburg. Mocht u willen opmerken dat ik mij vergis omdat de faculteit der rechtsgeleerdheid eerst 49 jaar geleden is opgericht, en dat dus maar weer eens blijkt dat juristen niet kunnen rekenen, dan zit u er toch naast. Beladen met een van onbenul blijk gevende zelfoverschatting, betrof die inschrijving namelijk de faculteit der economische wetenschappen. Het was het jaar 1962 waarin het eerste en toen nog enige, midden in de bossen en ver van de bewoonde wereld gelegen gebouw van de architect Jos Bedeaux - het heet tegenwoordig gebouw A geloof ik - officieel werd geopend in aanwezigheid van Koningin Juliana. Dat betekende een verhuizing van de Tilburgse binnenstad naar de Tilburgse Warande, het oude jachtgebied van Koning Willem II. De komst in 1963 van de faculteit der rechtsgeleerdheid, bij gelegenheid waarvan deze instelling van hoger onderwijs werd vernoemd tot Katholieke Hogeschool Tilburg, bleek kort nadien voor mij een *blessing in disguise*. Want na anderhalf jaar vruchteloos pogen, werd mij door de toenmalige beroemde hoogleraar algemene economie en econometrie, professor Schouten, in niet mis te verstane bewoordingen duidelijk gemaakt dat de studie economie voor mij bepaaldelijk te hoog was gegrepen. Later heb ik van mijn leermeester en de naamgever van de lezing die ik het voorrecht heb hier vanavond aan mijn Alma Mater te mogen verzorgen, Herman Schoordijk dus, geleerd dat woorden nooit duidelijk zijn. Die opvatting houd ik tot de dag van vandaag als onweerspreekbaar juist. Maar hij vergist zich met betrekking tot die ene uitzondering, maar die luidt dan ook in het Latijn. Het is de zinsnede "*consilium abeundi*", het advies de academie te verlaten vanwege gebrek aan talent, een zinsnede die niet eens werd uitgesproken maar lag besloten in de mededeling dat ik was gezakt voor het propedeutisch examen economie en

* Prof. mr. J.H.M. Willems is hoogleraar Corporate Litigation in de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen, en voormalig voorzitter van en raadsheer-plaatsvervanger in de Ondernemingskamer.

dat examen niet eerder dan na 12 maanden mocht herkansen. Tegenwoordig heet dat veel minder romantisch het bindend studieadvies.

2. Ik heb mijn boeltje toen opgepakt, maar gelukkig kon ik volstaan met het oversteken van de gang in gebouw A om mij te melden in de collegezaal waar Romeins recht werd gedoceerd in de faculteit die er intussen een half jaar op had zitten en die door de economen met enige verachting werd bejegend. Het zijn die gebeurtenissen die als *causa proxima* hebben te gelden voor mijn aanwezigheid hier en nu, een hele halve eeuw na mijn eerste voetstappen op deze plaats. Hoezeer rechtens misschien niet geheel juist, moet overigens worden vastgesteld dat die *causa proxima* intussen dus wel heel erg *causa remota* is geworden.

3. Sprookjes, dames en heren, plegen te beginnen met de woorden "*er was eens*". De zin die nu volgt is echter geen inleiding tot een sprookje. Die zin luidt: "*Er was eens een tijd dat het ondernemingsrecht een mandarijnenwetenschap was die zich ver buiten het kerngebied van het juridische denken bewoog*". Geheel in de geest van Herman Schoordijk zou ik handelen als ik nu eerst aan u de vraag zou voorleggen of u weet waar deze zin vandaan komt. En als u de vraag niet zou weten te beantwoorden - hetgeen natuurlijk is uit te sluiten -, dan zou ik, eveneens geheel in de geest van Herman Schoordijk, moeten opmerken dat voor u geen redding mogelijk is. Het zou immers betekenen dat u uw vakliteratuur niet bijhoudt, want deze zin is de openingszin van de Kroniek van het ondernemingsrecht van de hand van Harm-Jan de Kluiver in de laatste aflevering van het Nederlands Juristenblad van afgelopen zaterdag, in welke aflevering de staat van het recht wordt beschreven. Ik kan het ook anders zeggen: veel van wat u zo meteen zult horen hebt u al gelezen in die Kroniek, die het thema trouwens veel betere adresseert dan ik in staat zal blijken te doen. En afgezien daarvan kunt u desgewenst ook veel van wat u zo meteen zult horen, teruglezen in de april-aflevering van *Ars Aequi*, die een dezer dagen bij u in de bus zal vallen. Dit jaar is het 20 jaar geleden dat het Nieuwe Burgerlijk Wetboek werd ingevoerd, reden voor de redactie van *Ars Aequi* een serie artikelen onder de titel Rode draad, '20 jaar Nieuw BW' het licht te doen zien. Mij is de eer te beurt gevallen in die serie de ontwikkelingen binnen het ondernemingsrecht te bespreken.

4. De tijd die De Kluiver schetst, ligt intussen ver achter ons. Het ondernemingsrecht als zelfstandig juridische deelgebied van wat vroeger handelsrecht heette, heeft zich de afgelopen periode en met name de afgelopen 40 jaar, sinds 1972 toen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in Nederland werd ingevoerd, waaraan de toenmalige Tilburgse hoogleraar Lowensteyn zijn preadvies voor de, mede door de toenmalige Tilburgse hoogleraar Deelen nog maar net opgerichte, Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking wijdde, ontwikkeld tot een zelfstandig vakgebied. Het handelsrecht is een stille dood gestorven, het ondernemingsrecht daarentegen, waarin allerlei juridische disciplines samenkomen, bruist van dynamiek.

5. Hoewel zoals gezegd, het ondernemingsrecht mee mocht doen aan de familiefeesten rondom 20 jaar Nieuw BW, is dat deel van het recht toch een wat eigenaardig lid van het burgerrechtelijk gezin, en wel om ten minste drie redenen. Boek 2 BW is in de eerste plaats van oudere datum dan 1992. Het is vastgesteld bij Wet van 12 mei 1960 en ingevoerd bij Wet van 8 april 1976 en zou dus een voorhuwelijks kind kunnen heten.

6. In de tweede plaats is Boek 2 BW zeker geen vrucht van alleen maar Nederlandse codificatiewerk, integendeel. Veel regels en nog meer wijzigingen daarvan zijn tot stand gekomen op basis van internationale verplichtingen. Het zijn vooral Europese richtlijnen die het Nederlandse vennootschapsrecht vorm hebben gegeven. Die vormgeving is begonnen met de Eerste Richtlijn in 1968 die onder meer heeft geleid tot de invoering (in 1972) van de tot dan in Nederland niet bestaande rechtsvorm van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, overigens een weinig eigenheid bezittende kloon van de naamloze vennootschap. Met de inwerkingtreding op 28 oktober 2007 van de daaraan uitvoering gevende Wet van 24 mei 2007, heeft - als meest recente - de Dertiende Richtlijn betreffende het verplichte openbare overnamebod haar sporen in Boek 2 BW achtergelaten in een nieuwe Afdeling 3 in Titel 8. Daartussenin zijn door 'Brussel' de Nederlandse regels betreffende onder meer het jaarrekeningrecht, kapitaalbescherming en (grensoverschrijdende) fusie en splitsing opgelegd dan wel beïnvloed. Dat mag dan een eerste rafel heten: het Nederlandse ondernemingsrecht ontwikkelt zich steeds meer tot algemeen Europees privaatrecht, ook al blijft het zich na implementatie van de richtlijnen naar de vorm - en zolang het Europese Hof van Justitie zich nog niet heeft uitgesproken vanwege uiteenlopende interpretatie door nationale rechters deels ook naar de inhoud - grotendeels presenteren als nationaal recht.

7. Indien en voor zover op het terrein van het ondernemingsrecht in Brussel verordeningen tot stand zijn gebracht, is er echter al helemaal geen sprake meer van Nederlandse codificatiewerk en van *ius patrium*. Zo zijn als gevolg van de zogenaamde IAS-verordening de voor beursgenoteerde vennootschappen geldende verslaggevingsregels als het om de geconsolideerde jaarrekening gaat niet meer te vinden in Titel 9 van Boek 2 BW, maar in de zogenaamde *International Financial Reporting Standards*, dat wil zeggen door de *International Accounting Standards Board* vastgestelde en door de Europese Commissie goedgekeurde verslaggevingsstandaarden.

Ondernemingsrecht als conglomeraat

8. In de derde plaats behoort het ondernemingsrecht in wezen helemaal niet tot de feestvierende groep. Boek 2 BW regelt niet het ondernemingsrecht, maar het rechtspersonenrecht, dat wil zeggen het recht dat de wettelijke regels bevat met betrekking tot de erkenning in rechte, het ontstaan, het functioneren en zich presenteren en het einde van de verschillende door het recht bedachte - privaatrechtelijke - rechtssubjecten, die op dezelfde voet als mensen van vlees en bloed in rechte als volwaardig worden aangemerkt, ook al bestrijkt die volwaardigheid ingevolge artikel 2:5 BW alleen het terrein van het vermogensrecht. Ondernemingsrecht bestaat niet eens, althans niet in de dogmatische zin waarin rechtspersonenrecht, overeenkomstenrecht, erfrecht en strafrecht bestaan. Ondernemingsrecht is een verzamelbegrip voor de verschillende rechtsgebieden die op enige wijze betrekking hebben op het object van de regelgeving, het ondernemen. En daarmee is een tweede rafel in zicht: de ontwikkeling van wat wel een functioneel vakgebied wordt genoemd. Onderwerpen als rechtspersonenrecht, contractueel gedefinieerde samenwerkingsverbanden zoals de maatschap, medezeggenschapsrecht van ondernemingsraden,

bestuurdersaansprakelijkheidsrecht en onrechtmatigedaadsrecht, publiekrechtelijk toezichtrecht, marktordeningsrecht, effectenrecht en coderegulering zoals op het terrein van *corporate governance* zijn alle te scharen onder ondernemingsrecht. Misschien wordt het inderdaad wel eens tijd om, zoals Raaijmakers al lang en ook bij zijn afscheid als hoogleraar in Tilburg heeft bepleit, het ondernemingsrecht in de juridische dogmatiek een eigen plaats te geven en als juridische eigen categorie te codificeren.

Relativering van rechtspersoonlijkheid

9. Hetgeen ik hiervoor heb gezegd neemt niet weg dat Boek 2 BW een in het oog springend onderdeel van het ondernemingsrecht vormt. Rechtspersoonlijkheid is daarmee een essentieel kernbegrip in het ondernemingsrecht. De erkenning van de rechtspersoon als een zelfstandige drager van rechten en plichten indien hij aan het (vermogensrechtelijke) rechtsverkeer deelneemt, houdt de daarmee verbonden notie in dat de natuurlijke personen die de rechtspersoon aan het rechtsverkeer doen deelnemen buiten schot blijven. Zij zijn immers 'slechts' vertegenwoordiger van de rechtspersoon. Het niet persoonlijk aansprakelijk zijn van de handelende natuurlijke personen wordt zo belangrijk geacht dat het, ook al is dat dogmatisch niet geheel juist, wel eens wordt gezien als hét kenmerk van rechtspersoonlijkheid. Wat de besloten vennootschap betreft wordt dat zelfs in haar naam tot uitdrukking gebracht door de toevoeging '*met beperkte aansprakelijkheid*'. Wel beschouwd is die toevoeging overigens juridische nonsens: voor de besloten vennootschap geldt geen beperkte aansprakelijkheid, net zo min als er besloten vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid bestaan of natuurlijke personen met beperkte of met onbeperkte aansprakelijkheid.

10. Die juridische eigenheid en zelfstandigheid worden echter in toenemende mate als minder absoluut gezien. Kort gezegd zijn er twee perspectieven die kunnen leiden tot relativering. De rechtspersoon is een in de fysieke wereld niet bestaande schepping van het recht. Rechtspersoonlijkheid is slechts een idee. In sommige gevallen is het idee zo ver verwijderd geraakt van de - vooral economische - werkelijkheid dat het idee daarvoor tot op zekere hoogte moet wijken. Voorbeelden daarvan zijn op verschillende juridische gebieden te vinden in concernverhoudingen.

11. In het kader van het enquêterecht is de concernenquête tot ontwikkeling gekomen. Een aandeelhouder van de moedervennootschap is, hoewel geen aandeelhouder in de dochtervennootschap(en) en hoewel de toekenning van de enquêtebevoegdheid in de artikelen 2:346 en 347 BW limitatief is, in het geval dat er binnen de dochtervennootschap(en) geen sprake is van enig ten opzichte van de moedervennootschap zelfstandig bepaald en gevoerd beleid, toch bevoegd tot het verzoeken van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van die dochtervennootschap(en). De motivering daarvoor is dat '*de strekking van het enquêterecht meebrengt dat het bij de toepassing daarvan uiteindelijk vooral aankomt op de economische werkelijkheid*', en dus niet de juridische.

12. Ook op het terrein van het adviesrecht van ondernemingsraden wordt onder

omstandigheden door de rechtspersoonlijkheid heen gebroken, en wel aldus dat de moeder vennootschap een zodanige mate van zeggenschap binnen de onderneming van de dochter vennootschap kan hebben dat zij met die dochter vennootschap dient te worden vereenzelvigd, hetgeen tot gevolg heeft dat het besluit van de moeder vennootschap tot herverdeling van de bevoegdheden tussen de raad van commissarissen en de algemene vergadering van aandeelhouders onderworpen is aan het adviesrecht van de ondernemingsraad van de dochter vennootschap.

13. Een tweede gezichtspunt dat tot doorbraak van rechtspersoonlijkheid aanleiding geeft, is het misbruik dat van rechtspersoonlijkheid kan worden gemaakt. Beeldend wordt deze doorbraak wel *piercing the corporate veil* genoemd: er wordt door rechtspersoonlijkheid heen gekeken. Deze doorbraakvorm kan samengevat onder twee categorieën worden geschaard. Zij komt vooral voor in concernverhoudingen, bijvoorbeeld in het geval dat de moeder vennootschap in het kader van een *intercompany* financiering en het bedingen van zekerheid in dat verband voor zichzelf op een jegens de schuldeisers van de dochter vennootschap ontoelaatbare wijze de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers van de dochter vennootschap uitholt. In dit verband moet echter vooral de schier eindeloze stroom uitspraken over bestuurdersaansprakelijkheid worden vermeld. En dan gaat het niet alleen over de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon, *ex contractu* zagezegd, vanwege onbehoorlijke vervulling van zijn taak zoals bedoeld in artikel 2:9 BW, maar vooral ook om de aansprakelijkheid *ex delicto*, de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de derde op grond van de algemene bepaling van artikel 6:162 BW, dan wel de bijzondere vorm daarvan jegens de boedel in geval van faillissement op grond van de artikelen 2:138 en 2:248 BW. Het gaat te ver om deze vorm van doorbraak in detail te bespreken, maar de rode draad is dat het misbruiken van rechtspersoonlijkheid niet toelaatbaar wordt geacht en dan ook wordt tegengegaan met deze vorm van aansprakelijkheid. De wet die de invoering van de laatstgenoemde twee wettelijke bepalingen heeft bewerkstelligd, pleegt dan ook met zoveel woorden de derde antimisbruikwet te worden genoemd.

Rechtsregels en gedragsregels: recht en *corporate governance*

14. Het ondernemingsrecht kent uiteraard een groot aantal voorschriften van formele aard, zoals de bepaling van artikel 2:86 BW dat voor de uitgifte en levering van een aandeel op naam in een naamloze vennootschap een notariële akte is vereist. Zonder die akte vindt de verkrijging niet plaats. Het kent ook vele regels aan de hand waarvan wordt beoordeeld welke gevolgen tekortschietend gedrag van actoren in het ondernemingsrecht heeft. Zo wordt de vraag of een bestuurder aansprakelijk is vanwege onbehoorlijke taakuitoefening bepaald door het antwoord op de vraag of hem al of niet een ernstig verwijt treft. Het gaat dan om wat wel ‘toetsingsnormen’ of ‘aansprakelijkheidsnormen’ worden genoemd, van de soort waarvan het burgerlijk recht is vergeven.

15. Het ondernemingsrecht kent echter ook regels voor de spelers, bijvoorbeeld die binnen de organisatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, die voorschrijven hoe

die spelers zich dienen te gedragen, reden waarom gesproken wordt van gedragsnormen. Bekende voorbeelden zijn het voorschrift van artikel 2:9 BW dat de bestuurder zijn taak behoorlijk moet vervullen en de regel van artikel 2:8 BW dat de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet of de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken 'zich als zodanig jegens elkander [moeten] gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd'.

16. Eén van de thema's die de afgelopen jaren uitvoerige belangstelling hebben gehad, betreft de invulling van deze veelal open en abstract geformuleerde normen. Die belangstelling is ingegeven door ten minste twee omstandigheden. De vraag of bijvoorbeeld een bestuurder zich al of niet aan een gedragsnorm heeft gehouden, is veelal een aangelegenheid van toetsing achteraf door de rechter. Vanwege de genoemde openheid van de normen wordt dat wel bedenkelijk gevonden. Groot is dan ook de behoefte om vooraf zicht te hebben op de precieze inhoud van de norm en daarmee de roep om rechtszekerheid. Bestuurders die daarom vroegen, kregen steun in de rechtsgeleerde literatuur. In dit verband zijn vooral van belang de - Rotterdamse - dissertaties van B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag* en D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid - een maatpak voor de boardroom*. In de tweede plaats speelde ook de maatschappelijke kritiek op de manier waarop aanvankelijk vooral bestuurders en commissarissen en later ook aandeelhouders binnen het betrekkelijk ongedefinieerde speelveld opereerden, een belangrijke rol in de invulling van die open normen. Mede omdat gedragsnormen zich niet eenvoudig laten vangen in scherpe wetsbepalingen, is 'de markt' zelf aan de slag gegaan. En dat heeft geleid tot het ontstaan van gedragscodes, veelal *corporate governance codes* genoemd en als zodanig private in plaats van overheidsregelgeving.

17. In 1997 verschenen de Veertig aanbevelingen van de Commissie *Corporate Governance* onder voorzitterschap van Jaap Peters. Of die werden nageleefd was de vraag. Er lijkt sprake te zijn geweest van wat misschien een vorm van Italiaans katholicisme kan worden genoemd: de normen dienen te worden nageleefd, maar voor overtreding ervan is er altijd vergeving. Die matige naleving heeft geleid tot een op 9 december 2003 tot stand gekomen nieuwe - om in jargon te blijven - catechismus, de *Corporate Governance Code*, die aan voortdurende monitoring onderhevig is, zowel wat betreft zijn inhoud als wat betreft de mate van nakoming.

18. Met deze vorm van regelgeving rees een nieuw juridisch vraagstuk dat de gemoederen bezig hield en houdt: dat naar de afdwingbaarheid in rechte van de in de code neergelegde *principles* en *best practice*-bepalingen. Intussen is daarop in die zin een helder antwoord gekomen dat 'de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging (...) onder meer tot uitdrukking komt in de Nederlandse corporate governance code (...), welke rechtsovertuiging mede inhoud geeft aan (i) de eisen van redelijkheid volgens art. 2:8 BW (...), en aan (ii) de eisen die voortvloeien uit (...) art. 2:9 BW (...)', aldus de Hoge Raad in de geruchtmakende aangelegenheid inzake ABN AMRO Bank en haar aandeelhouders, die zeggenschap wensten over de verkoop van de Amerikaanse dochtervennootschap vanwege het voorgenomen openbare bod van het bankentrio Fortis, Santander en Royal Bank of Scotland. Maar waartoe dat in enig concreet geval nu wel precies leidt, blijft lastig te voorspellen. Een inbreuk op de wettelijke verdeling van bevoegdheden over de

verschillende organen van een vennootschap lijkt de Code niet te kunnen bewerkstelligen, zo besliste de Hoge Raad in de ABN AMRO Bank-zaak, een doorbreking van dwingend recht door de Ondernemingskamer door benoeming bij wijze van onmiddellijke voorziening in een enquêteprocedure van commissarissen bij Versatel die binnen de raad van commissarissen bijzondere bevoegdheden hebben daarentegen kon, mede gelet op de codebepalingen, op de zegen van de Hoge Raad rekenen. Dat leidt overigens tot de niet steeds begrepen vaststelling dat de rechter iets kan, wat de minister van Financiën wel zou willen maar niet kan: super commissarissen benoemen met een vetorecht in de raad van commissarissen.

Veranderende maatschappelijke opvattingen

19. Met het voorgaande komt tevens een andere rode rafel in zicht. In de afgelopen periode is het ondernemingsrecht in belangrijke mate onderhevig geraakt aan (wijzigingen in) de maatschappelijke opvattingen, en daarmee ook aan politieke belangstelling en schuivende panelen in dat perspectief. Het Nederlandse ondernemingsrecht maakte een ingeslapen indruk. Vooral de aandeelhouders waren in de vennootschappelijke *checks and balances* buiten beeld geraakt. Voor zover aan hen al ingevolge de wet bevoegdheden waren toegekend, zorgden vooral de dijken van beschermingsconstructies ervoor dat bestuurders en commissarissen, meer elkaars bondgenoten dan gecontroleerde en controleur, zich verzekerd wisten van aandeelhoudersmacht slechts op afstand. In het buitenland, maar in Nederland op zijn minst zoveel, werd zelfs gesproken van de *Dutch discount*: beursgenoteerde vennootschappen zouden vanwege hun bescherming minder waard zijn. Mede onder invloed van buitenlandse aandeelhouders veranderden de opvattingen en die veranderingen leidden tot versterking, of liever nog herstel, van aandeelhoudersrechten. Dat herstel was niet alleen te vinden in de al genoemde Code Tabaksblat, het had ook zijn neerslag in Boek 2 BW bij de aanpassing per 1 oktober 2004 van de structuurregeling, de wettelijke regeling die betrekking heeft op grote vennootschappen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen en die heel kort samengevat inhoudt dat zij een raad van commissarissen dienen te hebben, welke raad onder meer goedkeuringsbevoegdheden heeft met betrekking tot belangrijke bestuursbesluiten. Certificaathouders van beursgenoteerde vennootschappen kregen aanspraak op een stemvolmacht. Aan (de algemene vergadering van) aandeelhouders werden onder meer toegekend de bevoegdheid tot het goedkeuren van ingrijpende bestuursbesluiten, tot het agenderen van onderwerpen voor de algemene vergadering van aandeelhouders, tot het vaststellen van de jaarrekening en tot benoeming van commissarissen, tot het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen, met het daaraan verbonden onmiddellijke ontslag van rechtswege van die raad. Zoals u weet werd van die laatste mogelijkheid bijna gebruik gemaakt jegens de raad van commissarissen van AFC AJAX N.V.; het op eigen initiatief terugtreden door de raad van commissarissen de dag voor de vergadering waarvoor het opzeggen van het vertrouwen was geagendeerd verhinderde stemming over het voorstel. Overigens is de AJAX-aangelegenheid een goed voorbeeld van het belang van een goede *corporate governance* voor de kwaliteit van het product dat door de onderneming van een rechtspersoon wordt vervaardigd. Toen het rommelde

binnen de vennootschappelijke verhoudingen van de beursgenoteerde vennootschap die AFC AJAX N.V. heet, werd er slecht geproduceerd: de onderneming van de vennootschap verloor alle wedstrijden. Nu de storm is geluwd, althans voor de *time being*, worden alleen maar positieve bedrijfsresultaten gehaald. Voetballen is net zoiets als stroopwafels verkopen.

20. De inkt van de zojuist besproken wetswijzigingen was echter nog niet droog of de wind ging uit een andere hoek waaien. Nederland schrok van de gevolgen van de toegenomen aandeelhoudersaanspraken toen 'nationaal erfgoed' onder vuur kwam te liggen van vooral buitenlandse aandeelhouders die, ook zo niet met name in het politiek debat, werden gekenschetst als activistische aandeelhouders en - minder vriendelijk - als sprinkhanen en barbaren. Activiteiten van de wetgever volgden snel, niet alleen door de alweer wat langer geleden voorgestelde verhoging van de drempel van de nog maar kort ingevoerde agenderingsbevoegdheid van 1% naar 3%, maar ook door de onlangs voorgestelde en op 10 april jongstleden door de Twee Kamer aanvaarde verhoging van de enquêtedrempel in artikel 2:346 BW voor aandeelhouders en certificaathouders en door de voorgestelde toekenning in datzelfde artikel van de enquêtebevoegdheid aan de vennootschap zelf, welke voorstellen onmiskenbaar zijn gericht tegen aandeelhouders en aandeelhoudersmacht.

Dwingend en dispositief recht

21. De bepalingen van het rechtspersonenrecht zijn dwingend, behoudens voor zover uit de wet anders blijkt, zo volgt uit artikel 2:25 BW. De vrijheid van inrichting van de rechtspersoon is daarmee beperkt. Zoals al eerder gezegd, is de besloten vennootschap te beschouwen als een kloon van de naamloze vennootschap. Voor vennootschappen, groot of klein, besloten of naamloos, beursgenoteerd of niet, geldt dus in beginsel hetzelfde regime. Niet alleen, maar vooral in besloten verhoudingen is echter de hang naar maatwerk en inrichting naar eigen goeddunken groot. Aan die behoefte kan, voor zover de wet dat toestaat, voor een deel tegemoet worden gekomen door statutaire bepalingen waardoor met name rechten en bevoegdheden van aandeelhouders inzake bijvoorbeeld bestuursbesluiten worden uitgebreid. Maar de vrijheid is beperkt. Als bezwaar tegen statutaire regelingen wordt verder wel de openbaarheid ervan aangevoerd. Daarom worden in besloten verhoudingen op grote schaal aandeelhoudersovereenkomsten gesloten. Daarin worden afspraken gemaakt over bijvoorbeeld bestuursbenoemingen, goedkeuringsrechten van aandeelhouders ter zake van bestuursbesluiten, winstverdeling, uittreedregelingen en beëindiging van de vennootschap. Een bezwaar tegen contractuele afspraken is evenwel dat zij geen directe werking hebben op het niveau van de (het) vennootschap(schapsrecht) en dat niet-naleving ervan moet worden afgedwongen in een gewone civiele procedure op grond van toerekenbare tekortkoming.

22. De roep om meer vrijheid van inrichting en een minder strak wettelijk keurslijf voor besloten verhoudingen heeft, op basis van het op 6 mei 2004 uitgebracht rapport *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht* van een expertgroep onder leiding van prof. mr. H.J. de Kluiver, inmiddels geleid tot wat kortgezegd de Flex-wet heet. Een belangrijk element

daarvan is de mogelijkheid in de statuten met betrekking tot aandelen te bepalen dat aan het aandeelhouderschap verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard, jegens de vennootschap of derden of tussen aandeelhouders zijn verbonden, dat aan het aandeelhouderschap eisen zijn verbonden en dat in te omschrijven gevallen aandeelhouders zijn gehouden hun aandelen aan te bieden en over te dragen. Tevens worden regels gegeven inzake de gebondenheid van een aandeelhouder aan die verruimde mogelijkheid tot het opleggen van extra verplichtingen en wordt aandacht besteed aan overdrachtsperikelen in verband daarmee. Andere relevante wijzigingen zijn dat de blokkeringsregeling niet meer dwingend is voorgeschreven en afgezien daarvan naar eigen inzicht kan worden ingericht, de introductie van stemrechtloze aandelen en van de mogelijkheid tot benoeming van bestuurders en een deel van de commissarissen door de vergadering van aandeelhouders van een bepaalde soort of aanduiding. Menigeen ziet daarnaast de herziening en goeddeels afschaffing van het kapitaalbeschermingsrecht en de regeling in verband daarmee van artikel 2:216 BW, dat de taak - en verantwoordelijkheid, eventueel gevolgd door aansprakelijkheid - legt bij het bestuur om te verhinderen dat uitkeringen aan de aandeelhouders krachtens aandeelhoudersbesluit tot gevolg hebben dat de vennootschap niet meer in staat zal blijken haar opeisbare schulden te voldoen, als de meest in het oog springende verandering. Mij dunkt echter dat het voorgestelde artikel 2:239 lid 4 BW heeft te gelden als de meest karakteristieke bepaling van het nieuwe recht. Het introduceert zogezegd de Antilliaanse 'aandeelhoudersbestuurde vennootschap', door de regel dat de statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap, en breekt aldus met een van de meest sacrosancte regels van ons systeem van vennootschapsrechtelijke *checks and balances*, in graniet gegoten in 1955 in het Forum Bank arrest en nog prominent geroemd in één van de meest spraakmakende rechtszaken van de laatste tijd, de overnamestrijd rondom ABN AMRO Bank betreffend. Het is de regel dat het bestuur op het aan hem toebedeelde domein autonoom is en zich geen aandeelhoudersbemoeienis behoeft te laten welgevalen. Wie uit die tijd dateert weet nog dat professor Löwensteyn destijds over het Forum Bank arrest niet uitgesproken raakte. Hij was daarop immers gepromoveerd. En overigens is het opmerkelijk dat het ook toen al ging over een conflict tussen het bestuur van een bank en haar aandeelhouders. Er is dus niets nieuw onder de zon.

23. Als sluitstuk van de nieuwe soepele B.V. is een aangepaste geschillenregeling ontworpen, die het mogelijk moet maken dat in geval van conflict de aandeelhouders eenvoudig, snel en zonder onnodige schade van elkaar bevrijd kunnen worden. Dat ontwerp ontbeert echter overtuigingskracht, want de huidige weinig effectieve regeling wordt vervangen door een weliswaar nieuwe, maar evenmin effectieve regeling.

Privaatrecht en publiekrecht

24. Enigszins haaks op de hiervoor beschreven ontwikkeling naar verruiming van eigen privaatrechtelijke vormgevingsbevoegdheid staat de toenemende, publiekrechtelijk vormgegeven greep van de overheid in enige gedaante op het ondernemingsrecht. Al of niet terecht als zodanig

gekenschetste misstanden op de vrije, private markt zijn aangegrepen om het verschijnsel 'publiekrechtelijk toezicht' en een daarbij behorend publiekrechtelijk handhavingmechanisme in diverse varianten het licht te doen zien. Met name de 'boekhoudschandalen' zijn aanleiding geweest voor de invoering van Afdeling 16 van Titel 9 BW betreffende de rechtspleging inzake en van bemoeienis van Stichting Autoriteit Financiële Markten met de jaarrekeningen van (beursgenoteerde) vennootschappen. De AFM kan, zeer kort samengevat, over de inrichting van de jaarrekening van beursgenoteerde vennootschappen een nadere toelichting vragen, met het daarbij behorende publiekrechtelijke sanctiemiddel boete, aanbevelingen doen voor een andere inrichting en bij weigering de aanbevelingen op te volgen een jaarrekeningprocedure bij de Ondernemingskamer entameren. Dat laatste is een keer gebeurd en had betrekking op het inmiddels aan hoogmoed ten ondergegane *Spyker Cars*.

25. Maar de verschuiving naar publiekrecht komt het meest in het oog springend tot uitdrukking in de Wet op het financiële toezicht (Wft), een wet die in gedetailleerdheid, omvang en toegankelijkheid naar mijn overtuiging haar gelijke niet kent en mede oorzaak is van de ontwikkeling van het effectenrecht tot een zelfstandig en zeer specialistisch onderdeel van het ondernemingsrecht.

26. Het in kort bestek beschrijven van de zojuist genoemde wet is ondoenlijk, maar een thema verdient bijzondere aandacht. De 'handhaving' van toezichtregels is aan - publiekrechtelijke - toezichthouders. Daar is op zichzelf niets mis mee, ware het niet dat die toezichthouders in verschillende variaties zelf mogen bepalen wat die regels inhouden. De legitimerende grondslag daarvoor is dun, zo niet afwezig. Bij wijze van voorbeeld kan het verschijnsel *short selling* worden genoemd, het verkopen van effecten die de verkoper niet heeft. Privaatrechtelijk is daar niets mis mee. Verkoop van andermans goed is mogelijk, want voor het tot stand komen van een koopovereenkomst is, anders dan voor levering, beschikkingsbevoegdheid geen vereiste, zo heb ik reeds in een van de eerste colleges van professor Schoordijk geleerd. Hoe vaak is wel niet het pand Kennedylaan 8 in Goirle verkocht, zoals iedere Tilburgse student van toen weet. Het is aan de verkoper om te zorgen dat hij te gelegener tijd aan zijn leveringsverplichting kan voldoen. Toch heeft de AFM op 5 oktober 2008 een verbod op *short selling* uitgevaardigd en daarmee een fundamentele regel van burgerlijk recht *de facto* buiten werking gesteld. Waarop de bevoegdheid rust om dat te mogen doen, is echter geenszins helder. Bij deze osmose in het privaatrecht zijn dus vraagtekens te plaatsen. De Kluiver heeft in zijn genoemde Kroniek daarover ook de staf gebroken en opgemerkt dat het langzamerhand moeilijk is iets te bedenken waarvoor de AFM geen boete kan opleggen. Dat is temeer bedenkelijk omdat, zoals hij het uitdrukt, over het juridische gehalte van de waarborgen die binnen de AFM gelden niet steeds een juichend verhaal kan worden gehouden en de bestuursrechter niet de indruk wekt voorop te willen lopen als het om rechtsbescherming gaat. Het gaat hier om een draad die eveneens als rood kan worden gezien, maar dan eerder zoals die kleur is aan te treffen bij verkeerslichten dan zoals die van een veiligheid bevorderend baken op zee.

Recht en concurrentie

27. In de afgelopen periode is een ander nieuw verschijnsel in zicht gekomen: de ondernemingsrechtelijke *catwalk*. Rechtspersonen worden steeds meer behandeld als echte mensen. Zo kunnen ook rechtspersonen een beroep doen op de mensenrechten van het EVRM. Bovendien kunnen rechtspersonen, althans binnen de Europese Unie, tot op zekere hoogte vrij reizen in gevolge de in artikel 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) neergelegde vrijheid van vestiging. De uitspraken van het Hof van Justitie in zaken als *Inspire Art* en *Cartesio* beperken de mogelijkheid van lidstaten eigen rechtspersonenrecht op te leggen aan een rechtspersoon uit een andere lidstaat en zetelverplaatsing tegen te gaan. Dat leidt er, in de woorden van Van Schilfgaarde en Winter toe dat '(d)e lidstaat met het meest aantrekkelijke vennootschapsrecht (...) ondernemingen uit andere lidstaten [zal] aantrekken die zich aan dat vennootschapsrecht onderwerpen, ook al doen zij elders zaken'.

28. In de concurrentiestrijd doet Nederland zijn best het mooiste meisje van de klas te willen zijn. De nota Modernisering van het ondernemingsrecht van de toenmalige minister van Justitie Donner is nadrukkelijk vanuit dat perspectief geschreven. 'Het streven is een concurrerend ondernemingsrecht', zo heet het daarin. Nederland zou het Delaware aan de Noordzee moeten worden.

29. Een recent voorbeeld van wetgeving die voor een goed deel is ingegeven door concurrentieoverwegingen is de invoering van het monistisch bestuursmodel door de Wet bestuur en toezicht. In dat model is het vooral in *common law*-jurisdicties gehanteerde systeem van de *one tier board* aan te treffen. In plaats van de onderscheiden vennootschapsorganen 'bestuur' en 'raad van commissarissen' bestaat er in het monistische stelsel op het niveau van de *board* slechts één orgaan, het bestuur, waarvan uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders deel uitmaken. In de Memorie van Toelichting laat de minister van Justitie weten dat bestuursmodel bij wet te willen introduceren, omdat hij 'wil bijdragen aan het vergroten van de bruikbaarheid van de rechtsvorm van de naamloze en besloten vennootschap in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen'. Nederland moet, zo wordt gezegd, 'rekening houden met een vergrote concurrentie van rechtsvormen met het buitenland'.

30. Overigens slaagt Nederland er al geruime tijd in van zijn aantrekkelijkheid te profiteren. Ten bewijze daarvan wil ik u een sprookje vertellen. Op een zonnige donderdagochtend in het vroege voorjaar van 1999 was er op de Prinsengracht te Amsterdam tussen de Leidsegracht en de Leidsestraat geen doorkomen aan. Een grote stoet verlengde zwartglimmende automobielen, alle van Duitse makelij, versperden de doorgang. Zij deden denken aan het gedichtje van Poot: "Een groepje maden ging in Scheveningen pootje baden. De oudste van het stel sprak: maden, ziet jij wel, er zijn veel maden bij die made zijn in Germanij". De inzittenden van die automobielen en hun chauffeurs, behoudens hun kraakwitte overhemden eveneens uitgedost in diepzwart, waren daarentegen allen onmiskenbaar van Italiaanse origine. Geen parkeerwachter die het aandurfde hen aan te spreken op overtreding van het ter plaatse geldende parkeerverbod en voor het geval een overijverige diender daar anders over mocht denken zou een klein bordje onder de voorruit met de

tekst "Gucci" zeker moeten volstaan om hem in zijn ijverige optreden te dwarsbomen. Genoemd deel van de Prinsengracht is niet gelegen ter hoogte van een *catwalk* waar de laatste en vooral buitenissig kostbare modetrends worden getoond, maar ter hoogte van het weliswaar statige maar ook weinig frivole Paleis van Justitie, waar op de donderdagen de combattanten van het ondernemingsrecht zich plegen te verzamelen. Deze keer hadden zij zich opgemaakt voor het, aan de ene kant, bieden van de helpende hand aan de van oorsprong Italiaanse maar in het land van oorsprong in bepaalde kringen niet langer meer welkome en daarom naar het gastvrije Nederland getogen, in het vennootschappelijke kleed gehulde, dame die niet gesteld was op de *avances* van een in haar geïnteresseerde Fransman en, aan de andere kant, als secondanten van deze oprechte minnaar, voor het de dame trachten er van te overtuigen dat voor beiden een vooral welvarende toekomst zou zijn weggelegd indien het tussen hen tot een *affaire* zou komen. Kortom, de strijd tussen Louis Vuitton Moët Henessy S.A. - de eerste twee woorden van dat kwartet zullen zonder twijfel meer bekendheid genieten bij de dames, de laatste twee daarentegen des te meer bij de heren - aan de ene en Gucci Group N.V. - welke benaming allicht dames meer familiair in de oren klinkt - aan de andere kant, was in alle hevigheid losgebarsten. De zittingszaal in het genoemde Paleis pilde uit. De genoemde heren in zwart bevolkten - afhankelijk van het perspectief van zien - de rechterkant van het toernooiveld. Ter linkerzijde bevond zich onder aanvoering van een rijzige Franse bestuurder een groot aantal elegante jonge Françaises, vrijwel allen gekleed in modieuze jurkjes en getooid met kleurige sjaaltjes om de hals. Wie verder iets voorstelde in de mode - of op de effectenbeurs - was in de zaal aanwezig of vertegenwoordigd. En zij allen op hun beurt keken in de ruggen van de vele, eveneens in stemmig zwart geklede advocaten en van - achter dezen gezeten - nog meer fiscale, financiële, notariële en rekenkundige adviseurs in gewoon kostuum in de eerste rijen voor hen. Het discours bleek zich later te gaan voltrekken in vier talen maar werd ingeleid met het overhandigen van een exemplaar van een in glas gevatte *award* met een beeldschone dame in een nog mooiere jurk aan de ene en een tekst aan de andere zijde, blijkens dewelke *Gucci* door de gezamenlijke Europese financiële pers was uitgeroepen tot de het afgelopen jaar Europeeswijd best presterende vennootschap, maar van welk exemplaar de heren achter de tafel niet konden nalaten - betrekkelijk onhoorbaar - op te merken dat het bij oppervlakkige beschouwing iets weg had van een schaalmodel van een gedenksteen op een graf. Belager zowel als belaagde putten zich uit in het over het voetlicht brengen van hun goede bedoelingen, niet alleen bij monde van hun pleitbezorgers maar ook in hun eigen moerstaal. De Franse bestuurder die beloofde het kort te houden liet weten dat hij slechts *trois points* had. Nadat hem na een kwartier spreken onder de aandacht was gebracht dat hij nog steeds met zijn *premier point* bezig was, zodat de vraag kon worden gesteld hoe zijn belofte moest worden begrepen, toonde hij aanstonds zijn spreekvaardigheid door een ingewikkelde gedachtegang in minder dan vijf minuten onder woorden te brengen. De Italiaanse bestuursvoorzitter, Domenico de Sole, in een eerder leven advocaat in Milaan, sprak aan de andere kant van de arena de voor een bestuursvoorzitter van een Nederlandse beursgenoteerde vennootschap onsterfelijke woorden: *Signore presidente, tutto che abbiamo fatto abbiamo fatto nell'interesse della società*. Dat klinkt toch zoveel mooier dan wanneer hij zou hebben gesproken

over het Nederlandse *stakeholders*model. De dans rond de Italiaanse dame heeft vele dagen in beslag genomen. Het toernooi is op enig moment tijdelijk verplaatst naar 's-Gravenhage, van waaruit de Amsterdamse toernooileider onder de aandacht werd gebracht dat hij, of liever: zij, er een verkeerde opvatting over de regels van het toernooi op na hield: voordat een winnaar en een verliezer zou worden uitgeroepen moest grondige inquisitie worden gedaan naar beider bedoelingen. Zoals het zo vaak gaat met amoureuze escapades, was de afloop enigszins onverwacht. Zoals in sprookjes betaamt verscheen de witte ridder, deze keer in de persoon van het eveneens van Franse origine Pinault-Printemps-Redoute S.A., op zijn paard, die de Italiaanse dame, die zich vol overgave in zijn armen stortte, redde uit de tentakels van de afgewezen minnaar. En onder het uiten van het "eind goed, al goed", werd tussen die ridder en de jonkvrouw het huwelijk na enige tijd gesloten, nog wel in algehele gemeenschap van goederen, en leven zij nog lang en gelukkig. En degenen die de Italiaanse dame hadden vergezeld werden aan het einde van de feestelijkheden voor hun aanwezigheid beloond met een klein presentje, zoals het bij een bruiloft betaamt: zij konden bij het verlaten van de festiviteiten rekenen op een cadeau op termijn, gedefinieerd in toen nog harde Amerikaanse valuta. Blijkens het op 20 maart van dit jaar door de Ondernemingskamer gewezen arrest schommelen die Amerikaanse valuta thans ergens tussen € 105 en € 130. In de gepubliceerde rechtspraak is dit amusante sprookje in feuilletonvorm als miljarden euro's betreffende rechtszaak tussen drie beursgenoteerde vennootschappen na te lezen, neergeslagen in droge juristentaal en daardoor misschien wel net zo slaapverwekkend als is te lezen in het door Ars Aequi uitgegeven literaire kleinood "De Gelaarsde Kat" van Van Vierssen Trip, waarin de president van de - naar algemeen wordt geloofd - Groningse Rechtbank zijn dochter civiele vonnissen voorleest om haar in slaap te doen dommelen.

31. Er zijn meer in Nederland gevoerde rechtsgedingen waarin de band met Nederland wel heel onzichtbaar is. Betrof Gucci een dispuut dat weliswaar een Nederlandse holdingvennootschap betrof maar in wezen een conflict was tussen eerst een en later twee Franse vennootschappen om een Italiaanse vennootschap die het zwaartepunt van haar activiteiten in New York heeft, Gucci en LVMH zijn in ieder geval bedrijfsmatig in Nederland actief. Soms is een relatie met Nederland niet of nauwelijks te vinden. In de zaak betreffende Cameuse North America B.V. is een onderzoek gelast naar het beleid en de gang van zaken van een vennootschap die een *joint venture* is van een Franse en Belgische groep, wier aandeelhouders zijn gevestigd in Frankrijk, België, Engeland en Gibraltar en wier ondernemingsactiviteiten zich afspelen in Canada en de Verenigde Staten van Noord Amerika. Een van de oudste, van Zwitsere origine maar thans Franse, in het chique deel van Parijs, in de buurt van de Place de la Concorde gevestigde, via onder meer een trust naar het recht van de Bahama's wereldwijd opererende privé banken, genaamd Banque Hottinguer, heeft ooit een op de plank liggende lege beursvennootschap, genaamd EMBA N.V. aan het hoofd van haar groep geplaatst. Met als gevolg dat de broers Baron Henri en Monsieur Paul, ieder met hun beide kinderen, in de zittingzaal van de Ondernemingskamer aan de Prinsengracht in Amsterdam stehelden over het dividendbeleid jegens haar aandeelhouders.

32. Over de aantrekkelijkheid van vestiging van de topholding van internationale concerns in

Nederland kan ook wel op een andere manier worden gesproken. Een land dat geen kolen (meer) uit de grond haalt en geen pootaardappelen (meer) in de grond stopt, geen schepen meer bouwt en geen lampjes meer blaast, moet het hebben van *know how* en *services* om te overleven. En dus wordt het uit het Oosten stromende gas via de gasrotonde in het noordelijke Groningen westwaarts geleid en worden de vanuit het Westen binnengebrachte goederen via *mainport* Rotterdam oostwaarts en zuidwaarts gebracht. Het nieuwste verkeersknooppunt is Amsterdam, *financial mainport* van Nederland met zijn *Holland Financial Centre* en zijn *Duisenberg School of Finance*. Maar ook de Nederlandse juridische *know how* heeft exportpretentie. In De Telegraaf van 10 december 2010, waarin minister-president Rutte staat afgebeeld met de Russische vice-president Zoebkov, is te lezen: "*Ons land helpt Rusland ook met de ontwikkeling van het burgerlijk wetboek*". *Law and finance* leveren een onverwachte rotonde op die de verkeersstromen van Russisch kapitaal door de Lage Landen in goede banen leidt. En dat levert weer uit juridische activiteiten voortspruitend bruto nationaal Nederlands product op. De Yukos affaire - vooral bekend vanwege het ijzige onderkomen van de oligarch Chodorkovski - heeft ook in Nederland voor interessante rechtspraak gezorgd. Zo besliste de Rechtbank en het Hof te Amsterdam dat de Russische faillissementscurator van de Russische moedervennootschap geen zeggenschap over Yukos Finance B.V. heeft, met als gevolg dat de in Nederland gestalde miljarden Roebels niet via een enquêteprocedure voor hem bereikbaar zijn. Maar er is meer. In Nederland worden geldstromen van en naar en zeggenschap over omvangrijke economische activiteiten in de Russische Federatie gecontroleerd door holdingvennootschappen die vanwege de fiscale gastvrijheid - in het Tilburgse juridische faculteitsblad *SecJure* van december 2010 schreef Esra van der Wolk een artikel onder het hoofd Nederland: Belastingparadijs? - in Nederland zijn neergestreken. En zo kan het gebeuren dat de "*eigenaren*" van de Russische plantaardige olie-industrie, die aandeelhouders zijn in W.J. Grain B.V., hun ruzie over de zeggenschap daarover uitvechten in Nederland. Dat leidt tot verwondering en afgrijzen van de Russen. Op 3 september 2008 stond op de voorpagina van *Kommersant*, het Russische Financieele Dagblad, te lezen: "*голландский суд вмешался в российское масло*", in de Engelse editie van die krant vertaald met: "*Dutch Court Pokes its Finger into Russian Vegetable Oil*". De stad Pionersky in de regio Kaliningrad, het voormalige Koningsbergen, heeft een grote zeehaven. Die wordt omgebouwd tot jachthaven en toeristisch gebied met hotels, restaurants, huizen, commerciële centra en kantoren. Wie de brochure van dat project heeft gezien weet dat Saint Tropez daarbij in het niets verdwijnt. En wie het dossier heeft gezien met daarin de foto van de weer opnieuw aangestormde president van de Russische Federatie, en wie in de Amsterdamse zittingzaal de vorige minister van Visserij van de Russische Federatie zag zitten toen de aandeelhouders in Rickley International B.V. het met elkaar aan de stok hadden, weet dat de belangen in dat project op het hoogste niveau worden behartigd. In de noordelijk gelegen en koude haven van Vitino aan de Kandalaksha Baai in de Witte Zee bevinden zich de belangrijkste olieoverslagbedrijven van de Russische Federatie. Luk Oil, Gazpromoil, Novatek en Rosneft zijn belangrijke klanten. Amsterdam is echter de vestigingsplaats van White Sea Complex B.V., de houdstervenootschap van de Russische dochtervennootschappen

die de onderneming in stand houden. En daarom worden conflicten binnen die bedrijven in Amsterdam uitgevochten. Hetzelfde geldt voor de ruzie die is ontstaan tussen de aandeelhouders in Ulyanovski Holding B.V., vier Russische oligarchen en een grote Tsjechische aardoliemaatschappij, die hier te lande de degens kruisen over de vraag of verder zoeken naar olie, 800 kilometer ten Oosten van Moskou, nog wel zin heeft.

33. Dat alles levert boeiende en lezenswaardige rechtspraak op en geeft een aardig inzicht in de manier waarop Russen in zaken met elkaar omgaan. Maar het roept ook een vraag op: hoe zit het eigenlijk met de waarlijk gigantische geldstromen die ermee zijn gemoeid? In Rusland ontsproten, vloeien die stromen via Cyprus constructies, Luxemburgse financiële instellingen en Trusts op de Britse Maagden Eilanden via de Amsterdamse financiële rotondes weer terug naar het land van herkomst. Nederland, dat gretig zijn profijtelijke diensten aanbiedt, zal het niet willen weten: de geliefde straalt een en al schoonheid uit!

Onderneming en conflict

34. En daarmee kom ik aan een laatste thema dat ik met u zou willen bespreken. Blijkens de meergenoemde Nota modernisering van ondernemingsrecht is ook onderdeel van concurrerend ondernemingsrecht een juridische infrastructuur die 'snelle en efficiënte toegang tot de rechter verzekert'. Dat is onmiskenbaar juist, maar ook afgezien daarvan geldt dat in het algemeen voor het naar behoren functioneren van een rechtspersoon en de met hem verbonden onderneming, naast een doordachte regeling van het materiële recht, een adequate rechtsgang en bijbehorend procesrecht in geval van binnen die twee entiteiten ontstane conflicten minstens zo belangrijk is, zo niet belangrijker. Interne conflicten kunnen zich immers vanwege de bij die rechtspersoon en zijn onderneming betrokken diverse, uiteenlopende en vaak tegenstrijdige belangen gemakkelijk voordoen en kunnen, als zij niet snel worden opgelost, zeer schadelijk zijn voor alle belanghebbenden. Het is dan ook niet opmerkelijk dat grote aantallen congressen, bundels en boeken aandacht hebben besteed aan de hier bedoelde geschillen. Wij bevinden ons dan op het terrein dat tegenwoordig een min of meer zelfstandig onderdeel van het ondernemingsrecht is geworden en - volgens de mode Engels als voertaal te bezigen - *corporate litigation* pleegt te worden genoemd.

35. Die ontwikkeling kan op zichzelf al als een rode draad worden gezien. Maar daarbinnen is sprake van een eigensoortige ontwikkeling, die een eigen rode rafel daarvan is en misschien wel de meest in het oog springende. De rechtspersonenrechtelijke geschillenbeslechting, de *corporate litigation* dus, van oorsprong uitsluitend een aangelegenheid van de gewone burgerlijke rechter, waarvan de relatief bevoegde rechter door de bank genomen de rechter van de woonplaats van de rechtspersoon is, heeft zich goeddeels verplaatst naar de arena van de Ondernemingskamer. Het is in dit verband veelzeggend dat het jurisprudentieregister van de meest recente editie van Asser's *De naamloze en besloten vennootschap* 12,5 pagina's verwijzingen naar de rechtspraak van de Ondernemingskamer telt, ruim meer dan het aantal pagina's verwijzingen naar de rechtspraak van alle andere feitenrechtbanken van de eerste en de tweede aanleg tezamen en zelfs ook iets meer dan het

aantal pagina's verwijzingen naar de rechtspraak van de Hoge Raad. Overigens laten die 12,5 pagina's verwijzingen ook zien dat *corporate litigation* ook in algemene zin een hoge vlucht heeft genomen. Waar dat aan ligt, is dan ook ten slotte een voor een historische reflectie op het ondernemingsrecht belangrijke vraag.

36. Mij dunkt dat het antwoord op deze laatste vraag is: de ontwikkeling van het enquêterecht, en in het bijzonder de invoering per 1 januari 1994 van artikel 2:349a lid 2 BW, ten gevolge waarvan de Ondernemingskamer 'in elke stand van het geding' onmiddellijke voorzieningen kan treffen. De gronden waarop de Ondernemingskamer kan worden gevraagd zich bezig te houden met *corporate conflicts* in verschillende varianten zijn buitengewoon abstract en door de daarmee gegeven weinig zeggende betekenis tegelijkertijd veelomvattend. 'Gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid' is de maatstaf waaraan wordt getoetst of een onderzoek kan worden bevolen. De toestand van de rechtspersoon is het criterium voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Wanbeleid is de maatstaf die het ingrijpen in de rechtspersoon en de met hem verbonden onderneming legitimeert. Welke onmiddellijke voorzieningen kunnen worden getroffen, is geheel aan de, overigens door hem toe te lichten, discretie van de rechter overgelaten. En al is niet alles mogelijk, een opsomming van mogelijke onmiddellijke voorzieningen kent de wet niet, laat staan dat het om een limitatieve opsomming zou gaan. Onmiddellijke voorzieningen, hoewel naar hun aard slechts ordemaatregelen voor de duur van het geding, kunnen verstrekkende en onherroepelijke gevolgen hebben, zoals het definitieve verlies van de meerderheidspositie als aandeelhouder. De wettelijke opsomming van de mogelijke voorzieningen na onderzoek is weliswaar limitatief, maar deze opsomming is zo veelomvattend dat met die opsomming aan het ingrijpen in de rechtspersoon en zijn onderneming niet veel grenzen zijn gesteld. Zelfs het beëindigen van zijn bestaan door ontbinding is mogelijk.

37. Een stelsel dat aan de ene kant zo open is wat betreft de ruimte voor een juridisch debat en aan de andere kant zo ver reikend is wat de met dat debat te behalen resultaten betreft, kan zich vrijwel alle ondernemingsrechtelijke geschillen aantrekken en, zoals Vito Timmerman heeft opgemerkt, met recht een *lawyers paradise* worden genoemd. En dat is het ook geworden.

38. Waar het allemaal toe heeft geleid, valt aan de hand van de wettelijke regeling niet goed te structureren. Aan Gerard van Solinge danken wij het onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke enquêtes, aan Ruud Hermans de drieslag curatieve, inquisitoire en antagonistische enquêtes. De curatieve is de enquête die is gericht op herstel en sanering van gezonde verhoudingen binnen de rechtspersoon en zijn onderneming en dient daarmee het primaire door de wetgever benoemde doel van het enquêterecht. De inquisitoire enquête daarentegen is in wezen gericht op het verkrijgen van schadevergoeding en wordt gezien als een opstapje daarnaartoe. Niet alleen 'gevallen' maar ook 'springlevende' vennootschappen zijn daarvan het onderwerp geweest. Ogem en Vie d'Or zijn bekende voorbeelden van de eerste categorie, Unilever en Ahold van de laatste. Bij antagonistische enquêtes gaat het om ruzie, macht en zeggenschap. Geruchtmakende disputen hadden betrekking op beursgenoteerde vennootschappen. In de tijd dat deze speelden, was het, onder invloed van vooral Amerikaanse demagogische retoriek, *bon ton* om over oorlogen te

spreken. Eerst was er de tasjesoorlog. Daarna kwamen de baggeroorlog en de bakstenenoorlog, een volgorde overigens volgens de wetten van de natuur: er is eerst bagger en daarna pas zijn er bakstenen, en niet omgekeerd. De niet minder heftige disputen over vleugels (kippen en vliegtuigen) en banken werden meer gezien als aanvallen van barbaren voor de poort van de Oranjevesting. Maar ook en in veel grotere aantallen zijn de geschillen van alle soorten en maten in vooral familiebedrijven onderwerp van het hier besproken type disputen.

39. De *corporate litigation* lijkt dus een panacee voor alle kwalen. Ik zou dan ook de opkomst en de groei van de *corporate litigation* op basis van het enquêterecht de belangrijkste ontwikkeling van het ondernemingsrecht van de afgelopen veertig jaar willen noemen. In dezelfde zin merkt De Kluiver in zijn meergenoemde Kroniek onder het hoofd "*het enquêterecht is onverminderd alive and kicking*" op, dat de kern van het Nederlandse ondernemingsrecht en de ondernemingsrechtelijke rechtspraak met name wordt gevormd door de uitspraken van de Ondernemingskamer en dat de Hoge Raad en de Ondernemingskamer gestaag hebben voortgebouwd aan het systeem van het enquêterecht. Maar *corporate litigation* is niet alleen een aangelegenheid van (ondernemings)procesrecht, het is ten minste net zozeer een ontstaansbron van materieelrechtelijk ondernemingsrecht. Als resultante van de vele procedures wordt op basis van de eerder genoemde abstracte criteria aan bestaande normen van ondernemingsrecht nadere invulling gegeven en worden nieuwe, vooral gedragsnormen, geformuleerd. Het gaat om het verschijnsel dat rechtsingang voorafgaat aan rechtsvorming, en wel rechtsvorming door de rechter, een verschijnsel overigens dat van alle landen en alle tijden is. In het Romeinse recht heette dat *ubi remedium ibi ius*: als er rechtsingang is, ontstaat recht. In het middeleeuwse Engeland werd dat uitgedrukt in de maxime *remedies precede rights*. En zo reikt de meest in het oog springende ontwikkeling van de afgelopen veertig jaar over twintig eeuwen heen naar het rechtsstelsel dat nog steeds de basis is van het hedendaagse Nederlandse recht, ook het ondernemingsrecht.

40. En dat brengt mij tot een slotopmerking waarmee ik deze vogelvlucht in mineur afsluit. *Ubi remedium ibi ius* heeft ook nog een andere, rechtsstatelijke betekenis. Zonder rechtsingang en daarmee rechtsbescherming voor degenen die zulks behoeven, kan geen recht worden gedaan. In de meergenoemde nota Modernisering van het ondernemingsrecht wordt dan ook terecht de snelle en efficiënte toegang tot de rechter van wezenlijke betekenis geacht. Heden ten dage is echter een vreemde gedachte in de hoofden van de initiators tot wetgeving gevaren: recht wordt gezien als een marktproduct waarvoor de consument een prijs in de vorm van griffierecht moet betalen. In de ogen van de huidige regering is recht een product, te verkrijgen op basis van een prestatie die de resultante is van vraag en aanbod als ging het om auto's, computers, frites of andere zaken die net zo goed niet geconsumeerd hoeven te worden. Ervan afgezien dat dit standpunt zich niet verdraagt met datgene waarnaar blijkens de vaker genoemde nota wordt gestreefd, en dat op goede gronden, legt het de bijl aan de wortel van wat een kernwaarde is van een beschaafde, fatsoenlijke en democratische rechtsstaat. Dat is niet anders voor het ondernemingsrecht. Inderdaad, in sommige aangelegenheden speelt geld geen rol, integendeel. Maar ook in de *corporate litigation* gaat het meestal om gewone mensen die wensen dat hun recht wordt gedaan en die hopen dat recht geen

aangelegenheid is van macht, aanzien of geld.

Dank voor uw gewaardeerde aandacht!