



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Gedragrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht. Wat moet dwingend blijven in het vennootschapsrecht van de toekomst?

Timmerman, L.

Citation

Timmerman, L. (2004). *Gedragrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht. Wat moet dwingend blijven in het vennootschapsrecht van de toekomst?*. Faculty of Law, Leiden University. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4517>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4517>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Gedragrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht

Wat moet dwingend blijven in het vennootschapsrecht van de toekomst?

Rede uitgesproken door

Prof. mr. L. Timmerman

bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar
in het ondernemingsrecht
aan de Universiteit van Leiden
op 23 november 2004

Corporate law serves both to facilitate and to regulate the conduct of the corporate enterprise. Insofar as corporate law is regulatory, it provides incentives and disincentives to the major actors in the corporate enterprise -directors, officers and significant share-holders- through the threat of liability ¹.

Mijnheer de Rector Magnificus, geachte dames en heren,

Hella Haase heeft opgemerkt dat het leven uit een lange reeks inwijdingen bestaat². Zij wil hiermee zeggen dat wij, mensen, voortdurend aan veranderingen blootgesteld staan of –om een uitdrukking te bezigen die zij graag gebruikt– metamorfosen ondergaan die telkens inwijding in een nieuwe toestand in bij voorbeeld het persoonlijk leven of op het werk vragen. Het leven is in haar visie een proces van groeien en veranderen. Het is een interessante visie op het menselijk bestaan. Wie er meer over wil weten, zou de romans van Hella Haase en haar recente autobiografische boek *Het dieptelood van de herinnering* moeten gaan lezen. Deze draaien om dit thema. Aan dit alles moest ik denken, toen ik voor de vierde maal in mijn leven een inwijdingsrede –deze oratie is een inwijdingsrede– voorbereidde. U begrijpt het al: hier spreekt een man met ervaring.

We willen natuurlijk allen een eenvoudiger, minder dwingend en flexibeler vennootschapsrecht³. Op het ministerie van justitie wordt momenteel hard gewerkt aan een wetsvoorstel dat het b.v.-recht moet gaan vereenvoudigen. Dat eenvoudige vennootschapsrecht is het luilekkerland waar we over een aantal jaren het vennootschapsrecht graag zouden willen gaan beoefenen. Vereenvoudigen lijkt ook niet moeilijk. Schrap een aantal wettelijke bepalingen en het vennootschapsrecht is eenvoudiger geworden. Is het zo simpel? Ik meen van niet. Het Nederlandse vennootschapsrecht zal onder invloed van nieuwe, meer soepele wetgeving in de komende jaren –zo hoop ik– zeker flexibeler worden, maar tegelijkertijd niet eenvoudiger. Flexibel recht laat variatie toe, geeft ruimte voor partijautonomie en houdt rekening met uiteenlopende omstandigheden en belangen. Niet uitgesloten mag worden dat er meer kwesties aan de rechter voorgelegd zullen worden, omdat de wetgever meer vragen zal openlaten. Dit maakt recht juist ingewikkelder. Vereenvoudigen en het minder dwingend maken van het vennootschapsrecht moeten uiteraard ook verantwoord gebeuren. Hiervoor is bezinning op de grondslagen van het vennootschapsrecht nodig. Alleen daarna kunnen we de gebieden aanwijzen waar er wel en niet verantwoord geflexibiliseerd kan worden. Vooral hierover wil ik in deze verhandeling het een en ander zeggen. Ik zal met name aandacht besteden aan twee voor deze problematiek cruciale verschijnselen, het in gewicht toenemende gedragsrecht voor belangrijke functionarissen van de vennootschap en het idee van belangenpluralisme. Gedragsrecht en het belangenpluralisme zijn de ankerpunten van mijn betoog. In de kern draait mijn verhaal om de vraag welke beperkingen gedragsrecht en belangenpluralisme op de vereenvoudiging en het minder dwingend maken van het vennootschapsrecht aanbrengen.

Dit betoog is een drieluik. Eerst wil ik aandacht besteden aan manieren van beoefening van vennootschapsrecht. Bij die wijzen van beoefening sta ik vrij uitvoerig stil. Wisseling van paradigma's is een fascinerende problematiek⁴. Waarom gaan we plotse-ling anders over bepaalde problemen denken, waarom wordt een vak ineens anders

beoefend? Ik ben gefascineerd door veranderingen of –om dat woord nog maar eens opnieuw te gebruiken- metamorfosen in de omgeving, de tijdgeest en het denken. Dit eerste luik mondt uit in de stelling dat zich in de schoot van het vennootschapsrecht een gedragsrecht voor belangrijke functionarissen aan het ontwikkelen is. Daarna zal ik bespreken in hoeverre we dwingend vennootschapsrecht nodig hebben. Ik ga daarbij onder andere in op de vraag of het idee dat de vennootschap een pluraliteit van belangen moet behartigen dwingend vennootschapsrecht vereist. Tenslotte schets ik in houtskoollijnen enkele aspecten van bestuurstaken en bestuurdersaansprakelijkheid. Hier komen de lijn van het gedragsrecht (het eerste luik) en die van de noodzaak van een op bepaalde punten dwingend recht (het tweede luik) samen. Ik zal onder andere de vraag bespreken of regels van bestuurdersaansprakelijkheid dwingend dienen te zijn.

1. Het eerste luik; manieren van beoefening van het vennootschapsrecht

He believed that values were not found in an impersonal, objective realm, but were created by human beings, but were nonetheless binding upon those who lived in their light⁶.

a. *De dogmatische beoefening*; ik doel hier op de systematische beoefening van het vennootschapsrecht. In deze benadering staat het toepassen van juridische techniek centraal. Het gaat bij voorbeeld om vragen wanneer een aandeel is volgestort, hoe storting op een bonusaandeel plaatsvindt, wanneer er sprake is van een nietig besluit, wanneer het doel van de vennootschap is overschreden -om maar eens enkele onderwerpen te noemen waarmee promoti en promovendi van mij zich bezig hielden dan wel houden. Het hoogtepunt van deze wijze van beoefening van vennootschapsrecht was in de jaren 20 en 30 van de vorige eeuw. Er waren toen in Nederland enkele juristen actief die in de dogmatische beoefening excelleerden. Ik noem de namen van Visser⁶ –toentertijd President van de Hoge Raad; vrijwel dagelijks zie ik zijn portret in ons Hoge Raad-gebouw-, Van der Heijden⁷ en Scheltema⁸. De huidige vennootschapsjuristen zijn nog goed in dogmatiek. De juristen die ik zojuist noemde waren hierin bijzonder goed. Er was toen sprake van een bloeiperiode in de beoefening van de vennootschapsrechtelijke dogmatiek. Bijzondere bloeiperiodes komen ook op andere gebieden dan het recht voor. Ik noem onze Nederlandse Gouden Eeuw-schilders en de periode waarin Haydn, Mozart, Beethoven en Schubert in en om Wenen van die prachtige muziek componeerden. Het is een opvallend verschijnsel dat zich soms tegelijkertijd en op dezelfde plaats uitzonderlijke talenten op een bepaald gebied manifesteren. Terug naar de dogmatiek van het vennootschapsrecht: in de Verenigde Staten heeft men een aardige typering voor de dogmatische beoefening van het recht bedacht. Men maakt daar een onderscheid tussen embedded en unembedded scholarship. Een embedded jurist wil met alle omstandigheden van het geval en andere disciplines, zoals economie en sociologie, rekening houden. In Amerika wordt een mij geliefde jurist als Fuller (in Nederland vooral bekend vanwege zijn boek *The morality*

of law) als voorbeeld van zo'n brede jurist beschouwd⁹. Terzijde: U weet nu ook wat Windows embedded betekent. Een unembedded geleerde richt zich vooral op de systematiek en de techniek en is meer positiefrechtelijk en minder op de omgeving, de inbedding van het recht, gericht¹⁰. Hij is dus dogmaticus. Meijers is degene aan wie men zeker hier in Leiden denkt als een in de systematiek geïnteresseerde jurist¹¹. In de dogmatische benadering is (vennootschaps)recht zelfstandig en autonoom. De manieren van beoefening van vennootschapsrecht die ik hierna bespreek nemen alle enigszins afstand van de juridische techniek. Zij geven alle meer blijk van "embedde-de" gezindheid.

b. *De ondernemingsrechtelijke benadering*; deze benadering is in de jaren 50 en 60 van de vorige eeuw in continentaal Europa opgekomen. Zij streeft ernaar het vennootschapsrecht te richten op de onderneming. Zij heeft een scherp oog voor het integreren van werknemers via medezeggenschap in de vennootschapsstructuur en voor het concern met de daarbij behorende leerstukken van vereenzelviging en doorbraak van aansprakelijkheid. Het sterke punt van deze benadering is dat zij het vennootschapsrecht dichter bij de realiteit van de onderneming brengt. Een zwak punt is dat zij vooral in het tot stand brengen van nieuwe structuren denkt (bij voorbeeld door wie moeten commissarissen worden benoemd?) en minder aandacht heeft voor de vraag hoe mensen van vlees en bloed zich hierbinnen dienen te gedragen. De ondernemingsrechtelijke benadering heeft in Nederland grote invloed gehad. Is daar de verklaring te vinden dat in Nederland tot voor kort zo weinig is nagedacht over de vraag hoe bestuurders en commissarissen binnen de vennootschap dienen op te treden? De ondernemingsrechtelijke benadering is kind van de eigen tijd geweest. Zij werd bevorderd door het in die tijd invloedrijke functionele denken. In de functionele benadering van het recht staan juridische begrippen nooit op zich zelf, maar hebben een functie in het maatschappelijk leven. Zij zijn instrument voor het bereiken van bepaalde maatschappelijke doeleinden¹². De vennootschap staat in de ondernemingsrechtelijke benadering in functie van de onderneming, is daaraan in zekere zin ondergeschikt.¹³

c. *De economische analyse*; deze stroming is in de jaren 70 in de Verenigde Staten ontstaan. Het vertrekpunt is dat de aandeelhouders in de vennootschap de baas moeten zijn. Zij zijn de principals. Bestuurders worden als agents – het verlengstuk van de principals- beschouwd. Het kernidee van de aanhangers van de economische analyse is dat bestuurders geneigd zijn vooral eigen belangen te behartigen en niet hard genoeg voor de aandeelhouders lopen. Hieraan wil men met behulp van economische theorieën iets proberen te doen. Ruwweg gaat het om de volgende ideeën: de vennootschap dient bij uitsluiting te worden gericht op het bevorderen van aandeelhouderswaarde. Vijandelijke overnames moeten worden gestimuleerd. Met behulp daarvan kan de overnemer slecht presterend management aan de kant schuiven. Het bestuur dient opties op aandelen te krijgen zodat het in hetzelfde schuitje zit d.w.z.

dezelfde geldelijke belangen gaat behartigen als aandeelhouders. De vennootschap wordt met dit alles een machine die eenzijdig is gericht op het bevorderen van het aandeelhoudersbelang. Dat is in die theorie niet alleen goed voor de aandeelhouders, maar ook voor de maatschappij als geheel. Ondernemingen die volgens dit model zijn georganiseerd zijn in de ogen van de aanhangers van het economische paradigma het meest efficiënt. Zij leveren de maatschappij het meeste nut op¹⁴. Tegen dit soort pre-tenties kijk ik sceptisch aan. De ideeën klinken overtuigend. Zij wekken de indruk dat het probleem hoe een onderneming dient te worden ingericht met een dwingende, wetenschappelijke objectiviteit is opgelost. Het is daardoor een verleidelijke theorie¹⁵. Ik plaats enkele kanttekeningen bij de economische analyse van het vennootschapsrecht

-De economische analyse van het vennootschapsrecht is bedacht door Amerikaanse hoogleraren. Van invloed op de Amerikaanse rechtspraak is weinig te merken. Het Hoogerechtshof van Delaware – het belangrijkste rechterlijk college op het gebied van het Amerikaanse vennootschapsrecht- staat bescherming tegen vijandelijke overnames toe waarbij dit college zich niets aan economische theorieën gelegen laat liggen. Er wordt daar voor het beoordelen van beschermingsconstructies een evenredigheidstest toegepast¹⁶, zoals onze Hoge Raad ook heeft gedaan in het bekende Rodamco-arrest¹⁷. Van het gedachtegoed van de aanhangers van de economische analyse van het vennootschapsrecht is in de recente Sarbanes Oxley-wetgeving niets terug te vinden. Ook de Amerikaanse vennootschapsdoctrine is minder eenzijdig aanhanger van de economische theorie dan men in Nederland vaak denkt. Naast Hansman en Kraakman- bekende aanhangers van de economische analyse- is er Eisenberg die een ander geluid laat horen. Er is ook een tegenbeweging die als motto heeft: Law matters¹⁸. Amerikaanse juristen zijn kennelijk zo in de verdediging gedrongen dat zij moeten uitleggen dat recht ertoe doet. Ik wil hiermee niet zeggen dat we de economische analyse van het vennootschapsrecht niet serieus moeten nemen. Maar ik ben verbaasd dat deze manier van denken in sommige vennootschapskringen zo dominant is geworden. We hebben zeker behoefte aan effectief en efficiënt recht. Dat is echter slechts een kleurtje op een palet met een veelheid van gezichtspunten waarmee juristen rekening moeten houden;

- Waar komt de economische analyse van het vennootschapsrecht vandaan? Naar mijn indruk is deze een eenzijdige variant van het Amerikaanse idee van het utilisme. In die leer gaat het erom de geluksbehoeften van welke aard ook van zoveel mogelijk mensen te bevredigen. De economische analyse heeft dit versmald tot de bevrediging van de economische behoeften. Er ligt een individualistisch en materialistisch mensbeeld aan ten grondslag. Deze benadering biedt dan ook een zekere legitimatie van de extreme vormen van individualisme die we de laatste jaren in het economisch leven hebben kunnen waarnemen. Ik zou hiertegenover willen stellen dat het recht (en ook het vennootschapsrecht) ook ruimte moet bieden voor verwezenlijking van waarden van niet-economische aard, omdat recht meer wil en moet zijn dan een dienstmaagd

voor de economie. Het recht moet meer dan het waarborgen van economische rationaliteit willen bieden. In de economische analyse dreigt recht tot *law without moral values* te verworden¹⁹. Aan het recht wordt op deze wijze iedere vorm van autonomie onteigend. Zo wordt in die leer wel verdedigd dat men mag liegen, als daarmee de economische efficiency wordt bevorderd²⁰.

-Het economische paradigma gaat ervan uit dat regulering van het gedrag van bijvoorbeeld managers, waaronder hun beloning, via marktwerking dient plaats te vinden. In veel sectoren bestaan er geen goed werkende markten. De economische analyse berust in die gevallen op drijfzand. Zo kan ik mij niet voorstellen dat er ooit goed werkende markten voor managers zullen komen. Er is op die markt een gebrek aan informatie over beschikbare kandidaten, goede kandidaten hebben geen behoefte vanwege hun kinderen die aan een bepaalde buurt gehecht zijn om van baan te wisselen enz enz. Op zo'n markt gaat uiteindelijk het recht van de toevallig sterkste gelden en krijgt hebzucht vrij spel. Het willen reguleren van bijvoorbeeld beloning van topmanagers via marktwerking is illusiedenken. Waarom zouden maatschappelijke opvattingen of de systematiek van het loongebouw van de vennootschap die naar de top wordt doorgetrokken bij het bepalen van de bezoldiging van managers geen rol mogen spelen?²¹

d. De gedragsrechtelijke benadering: inmiddels zijn we aanbeland bij een vierde fase in de beoefening van het vennootschapsrecht. Ik zou deze de gedragsrechtelijke benadering willen noemen²². Ik bedoel hiermee dat we een verschuiving van voorschriften zien die voor de vennootschap als zodanig gelden naar regels die aangeven hoe belangrijke functionarissen zich binnen de vennootschap dienen te gedragen²³. Overtreding van die gedragsnormen kan tot aansprakelijkheid van die functionarissen, vooral bestuurders, leiden. In de vereenvoudigingsoperatie van het b.v.-recht zullen voorschriften van kapitaalbeschermingsrecht gaan sneuvelen. Dat zijn vaak voorschriften die voor de vennootschap als zodanig gelden (bijvoorbeeld het voorschrift van het minimumkapitaal, dat van de bankverklaring maar ook de enigszins anders gearde norm van het doel van de vennootschap). Het laten vervallen of verzachten van dit soort voorschriften leidt ertoe dat gedragsrecht voor bestuurders en daarmee in het verlengde daarvan ook regels van bestuurdersaansprakelijkheid een zwaarder gewicht zullen krijgen. Men ziet deze tendens ook in het recente rapport De Kluiver dat allerlei interessante voorstellen voor vereenvoudiging en flexibilisering van het b.v.-recht doet. Er wordt daarin tegenover een verzachting van bepaalde vennootschappelijke regels op een aantal punten een verscherping van de bestuurdersaansprakelijkheid voorgesteld. Het rapport doet dit in geval er door de aandeelhoudersvergadering tot niet-verantwoorde uitkeringen aan aandeelhouders wordt besloten en het bestuur hieraan medewerking verleent. Deze gerichtheid op bestuurders sluit aan op hetgeen ook bij het enquêterecht te zien is. Het gaat daar volgens de wet om het vaststellen van wanbeleid van de vennootschap. Niettemin draait het in de enqueteprocedures voornamelijk om een beoordeling van het gedrag van bestuurders en commis-

sarissen. Het lijkt er vaak op dat een enqueteprocedure eerder tussen verzoekers daarvan en bestuurders en commissarissen dan tussen verzoekers en de vennootschap plaatsvindt. De Code Tabaksblat bevat geheel in overeenstemming met de hier gesignaleerde tendens voornamelijk gedragsvoorschriften voor bestuurders en commissarissen. Het Nederlandse vennootschapsrecht kijkt hiermee steeds meer door de vennootschap heen. Het is aan het verpersoonlijken. Het speelt meer op de man. Er vindt een verschuiving plaats van de hardware van de dogmatiek naar de software van het gedragsrecht^{24 25}. Ik maak enkele kanttekeningen bij de accentuering van het gedrags- en aansprakelijkheidsrecht voor bestuurders:

-het gedragsrecht voor bestuurders is flexibel. De Hoge Raad benadrukt immers dat als het om aansprakelijkheid van bestuurders gaat met alle (ook verzachtende) omstandigheden van het geval rekening gehouden moet worden²⁶. Deze aanpak sluit ook goed aan bij het flexibiliseringsstreven. Wel moet bedacht worden dat bestuurdersaansprakelijkheid een notoir lastig leerstuk is. Het schrappen van het minimumkapitaal is natuurlijk een vereenvoudiging van de oprichtingsprocedure van een b.v.. Maar het schrappen daarvan en van een aantal andere kapitaalbeschermingsvoorschriften heeft tot gevolg dat er een verschuiving zal gaan plaatsvinden naar het vraagstuk van bestuurdersaansprakelijkheid.

-Een ander kenmerk van het Nederlandse bestuursgedragsrecht en de bestuurdersaansprakelijkheid is dat deze hun grondslag in een aantal open normen vinden, zoals artikel 2: 9 BW (de aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de vennootschap), artikel 2: 138/248 BW (aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de schuldeisers) en de onrechtmatige daad. Het aardige van dit soort normen is in ieder geval dat zij ingevuld kunnen worden met behulp van maatschappelijke opvattingen die ook van niet-economische aard zijn, zoals ethische opvattingen²⁷. De al genoemde Amerikaanse vennootschapsjurist Eisenberg spreekt in dit verband van social norms, hetgeen mijns inziens vertaald dient te worden met maatschappelijke opvattingen. Deze social norms dienen in de opvatting van Eisenberg de inhoud van het vennootschapsrecht over de gehele linie (van wet tot jurisprudentie) te beïnvloeden²⁸.

-Is het zwaardere accent op het gedrags- en aansprakelijkheidsrecht nu een teken van vooruitgang in het vennootschapsrecht? Ik heb de manieren van beoefening van vennootschapsrecht niet bedoeld als opeenvolgende fasen waarbij het gedragsrecht als het zonnige hoogtepunt heeft te gelden. Ik kan dit verduidelijken door een onderscheid te maken tussen bestuurdersaansprakelijkheid jegens de vennootschap en die jegens schuldeisers. Door de grotere assertiviteit van aandeelhouders is de problematiek van de aansprakelijkheid van bestuurders jegens de vennootschap van groter praktisch belang aan het worden²⁹. Ik vind de langzaam, maar zeker in de rechtspraak gestalte krijgende aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de vennootschap bevredigend. Ik zal er in het derde luik nog iets meer over zeggen. Over de Nederlandse ontwikkeling van de aansprakelijkheid van bestuurders jegens crediteuren van de vennootschap heb ik wel enige aarzelingen. Ik betwijfel of we in Nederland op dit punt op de

goede weg zijn. Zouden we door het verbeteren van de inhoud van een jaarrekening en de snelheid van publicatie ervan en door het in de wet bieden van een flexibele en generiek werkende vorm van zekerheid met de daarbij behorende verantwoordelijkheid van de zekerheidsgerechtigde (de Engelse floating charge³⁰) niet meer verantwoordelijkheid voor de behartiging van hun eigen belangen bij de crediteuren dienen te leggen?³¹ Moeten we de kapitaalbeschermingsregels niet vervangen door betere regels voor de jaarrekening en een beter systeem van zekerheden in plaats van zoveel kaarten te zetten op de bestuurdersaansprakelijkheid? Een ander bezwaar is dat de normen waarop we in Nederland de aansprakelijkheid van bestuurders jegens schuldeisers baseren in vergelijking met die welke in het buitenland gelden breed zijn met alle rechtsonzekerheid van dien. Onder de norm van de onrechtmatige daad en die van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap kan wel heel veel minder gewenst gedrag vallen. Wellicht moeten we, zoals in Engeland en Duitsland het geval is, de aansprakelijkheid van bestuurders jegens schuldeisers toespitsen (in modern jargon: focuseren) op het te laat treffen van maatregelen om een in financiële moeilijkheden verkerende vennootschap weer gezond te krijgen of failliet te doen gaan. Zo'n benadering zou ook wel eens voor de groep van onvrijwillige schuldeisers d.w.z. schuldeisers die uit onrechtmatige daad aansprakelijk zijn aantrekkelijk kunnen zijn. Van zo'n meer specifieke regeling gaat een stimulans uit om vennootschappen niet te lang in de financiële gevaarzone te doen verkeren. Al met al betwijfel ik of het wenselijk is al te veel vennootschappelijke problemen in de pot van aansprakelijkheid van bestuurders te stoppen. Dit is waarschijnlijk een voor alle betrokkenen nogal kostbare remedie. Er zal immers per geval een beroep op de rechter gedaan moeten worden om vast te stellen of een bestuurder aansprakelijk is. Biedt zo'n bestuurder altijd wel voldoende verhaal? Maar: als we voor de weg van verbetering van informatieverstopping aan en versterking van zekerheidspositie van crediteuren zouden kiezen, zullen er nogal wat nieuwe, gecompliceerde voorschriften in ons vennootschapsrecht opgenomen moeten worden.

d. Afronding: is een van de vier zojuist aangegeven benaderingen van het vennootschapsrecht de beste? Ieder van de benaderingen heeft sterke en zwakke punten (de dogmatiek geeft houvast en zekerheid; de met het gedragsrecht samenhangende aansprakelijkheid werkt per geval en achteraf en biedt weinig zekerheid), de ene benadering vergroot bepaalde zaken uit (de economische theorie economische ideeën), de andere heeft voor andere dingen weer een blinde vlek (de dogmatiek voor maatschappelijke verschijnselen, zoals de onderneming). De door mij ten tonele gevoerde benaderingen staan ook met elkaar op gespannen voet. Is dat allemaal erg? Mijns inziens niet. Het trekt mij juist aan om spanningen tussen uiteenlopende gedachten te laten zien en voor uiteenlopende gezichtspunten open te staan³². Is dat ook niet een teken van volwassenheid, groei en hoge ontwikkeling van een vakgebied? Ik vind het bevredigend een complexe problematiek in haar volledigheid met alle daarbij horende

tegenstrijdigheden te doorgronden. Vennootschapsrecht is een veelzijdig en meerzinnig verschijnsel waarop uiteenlopende krachten inwerken. Voor mij betekent dat dat het vennootschapsrecht eklektisch beoefend dient te worden waarbij er voor uiteenlopende denkwijzen ruimte is. Inconsistenties moeten uiteraard worden vermeden. Het kiezen van een bepaalde positie of een bepaalde leer biedt ogenschijnlijk zekerheid, maar er is vaak slechts sprake van schijnzekerheid. Ik ben blij met de egels die in de composthopen van mijn tuin in Eexterveen huizen. Zelf vermijd ik het een egelstelling in te nemen. Ik ben liever de vos die aan veel verschillende zaken ruikt. Ik kies niet voor een bepaalde positie. Ik kan niet in het ene juiste geloven. Voor mij is er eigenlijk altijd veelheid. Het vennootschappelijk belang mag van mij best –om met Maeijer te spreken– een rommelpot van uiteenlopende belangen blijven (u weet overigens dat het vennootschappelijk belang van Maeijer juist geen rommelpot mag zijn); voor mij geldt: *The concrete situation is almost everything*. Dat vennootschappelijke belang hoeft niet tot een toverformule, zoals continuïteit van de onderneming of aandeelhouderswaarde, te worden teruggebracht. Zo’n formule verhuult voor mij de echte afwegingsproblemen.

2. Het tweede luik: wat moet dwingend blijven in het vennootschapsrecht?

Ik zie drie gronden voor dwingend vennootschapsrecht.

a. De eerste grondslag heeft te maken met het idee dat ook waarden van niet-economische aard in het vennootschapsrecht een plaats dienen te hebben. Een methode hiervoor is het direct d.w.z. zonder tussenkomst van een privaatrechtelijke wetsbepaling of indirect d.w.z. met tussenkomst van een dergelijke wetsbepaling doen doorwerken van grondrechten in het vennootschapsrecht. Men noemt dit verschijnsel de constitutionalisering van privaatrecht³³. In Boek 2 BW zijn enkele voorbeelden van de indirecte doorwerking van grondrechten te vinden. Ik wijs op artikel 2: 92/ 201, lid 2 BW. Daarin wordt gelijke behandeling van aandeelhouders door de vennootschap voorgeschreven. Artikel 92/201, lid 2 BW is zo interessant, omdat de Hoge Raad heeft uitgemerkt dat van het gelijkheidsbeginsel mag worden afgeweken, wanneer er daarvoor een redelijke en objectieve rechtvaardiging is³⁴. Deze afwijkingsmogelijkheid is ontleend aan de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens³⁵. De Hoge Raad beschouwt het recht op gelijke behandeling van aandeelhouders kennelijk als verwant met het in het EVRM gewaarborgde recht op non-discriminatie. In de komende jaren zal de constitutionalisering van het vennootschapsrecht belangrijker worden. We hechten inmiddels veel belang aan vragen die te maken hebben met het aandeel als object van eigendom, als te beschermen bezit van de aandeelhouder³⁶. Grote delen van het zeer belangrijk geworden effectenrecht beschermen de waarde van het aandeel tegen allerlei Unfug van binnen en buiten de vennootschap. Ook het vennootschapsrecht levert aan dit type bescherming een bijdrage. Ik noem het in artikel 2:96a/206a BW geregelde voorkeursrecht. Het doel hiervan is bescherming van de

vermogenswaarde van een aandeel bij emissie. De Dertiende Richtlijn zal ook een impuls geven aan het idee dat het aandeel als vermogenswaarde ontzien dient te worden. Interessant is artikel 11 van die Richtlijn dat voorschrijft dat, in geval als gevolg van het regiem van de Richtlijn bepaalde aan een aandeel verbonden rechten niet kunnen worden uitgeoefend, er aan de betrokken aandeelhouder een billijke vergoeding betaald dient te worden. De in het kader van onze geschillenregeling spelende problematiek van de waardering van aandelen zal als gevolg van dit alles ook gecompliceerder worden. Deze waardering dient inmiddels naar mijn overtuiging te geschieden tegen de achtergrond van de vraag van de bescherming van eigendom in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europese Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft immers beslist dat aandelen eigendom zijn in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol³⁷. Het gaat hier om een geval van directe doorwerking. Ik acht het niet uitgesloten dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens wel eens van oordeel zou kunnen zijn dat de Nederlandse staat onvoldoende bescherming van de eigendommelijke kant van het aandeel biedt. Onze huidige geschillenregeling voorziet niet –zo zou men kunnen stellen– in een billijke vergoeding voor een uittreedende aandeelhouder, omdat waardeerlijs van een aandeel dat het gevolg is van gedrag van een meerderheidsaandeelhouder en zich voor het moment van het starten van de geschillenprocedure heeft voorgedaan niet wordt vergoed. Ik heb het hier over dwingend recht: men moet niet tegenwerpen dat artikel 2: 96a/206a en artikel 2: 92/101 BW van regelen recht zijn. Het is juist de vraag, of deze wetsartikelen vanwege de grondwettelijke dimensies die zij hebben ondanks de andersluidende tekst van de wet wel van regelen recht zijn³⁸. We moeten dan dus de letterlijke interpretatie van de desbetreffende wetsbepalingen voorbij. Hier ligt een interessant veld van nieuw onderzoek open³⁹. Ik wil ervoor waarschuwen dat ook deze benadering niet overtrokken moet worden; zo vraag ik mij af, of we werkelijk blij moeten zijn met het nieuwe IFRS-jaarrekeningrecht dat zo sterk in het teken staat van de vennootschap als koopwaar waarvan ieder moment de prijs vastgesteld moet kunnen worden en dat daarmee de geest ademt van het aandeel als te beschermen bezit⁴⁰.

b. de tweede grond. Het terrein waar ook dwingend vennootschapsrecht vereist is betreft de oprichting, omzetting, juridische fusie en splitsing, het zogenaamde constitutieve vennootschapsrecht. Dat soort figuren moet vanwege de rechtszekerheid dwingend in de wet worden geregeld. Dit is het hoofddomein van de dogmatiek en techniek van het vennootschapsrecht. Ik ga hier verder niet op in.

c. De derde grond voor dwingend vennootschapsrecht vloeit voort uit de verschillende belangen die door een vennootschap behartigd dienen te worden. In een vennootschap spelen de belangen van aandeelhouders, minderheidsaandeelhouders, crediteuren en werknemers een rol. Daarnaast zijn er bestuurders en commissarissen. Deze nemen een bijzondere positie in. Zij worden geacht geen eigen belangen in de ven-

nootschap te behartigen. Zij hebben een fiduciaire positie: zij moeten de zojuist genoemde belangen van anderen tegen elkaar afwegen en binnen de vennootschap tot gelding brengen. Nu iets over hoe een vennootschap werkt: een meerderheidsaandeelhouder beslist in zekere mate over de inrichting van zijn vennootschap, omdat hij de inhoud van de statuten kan bepalen. Crediteuren en werknemers hebben hierop geen of slechts een beperkte invloed. Hun positie moet dan ook via dwingende, door de wetgever uitgevaardigde regels beschermd worden. Dat kan uiteraard op verschillende manieren geschieden. Zoals hierboven uiteengezet, kunnen crediteuren hetzij via kapitaalbescherming hetzij met behulp van publicatievoorschriften van en een betere wettelijke regeling van hun zekerheidspositie hetzij op basis van aansprakelijkheidsregels worden beschermd. Bij de op handen zijnde vereenvoudigings- en flexibiliseringsoperatie gaat het in essentie om een verschuiving van het ene dwingende regeringsmodel naar het andere. In dwingende regels kan een zekere mate van flexibiliteit worden ingebouwd. De wetgever kan een model voorschrijven en tegelijkertijd bepalen dat als de betrokken partijen iets weten te bedenken dat hun beter past zij daarvoor mogen kiezen⁴¹. Dat alles neemt niet weg dat voor de bescherming van crediteuren en werknemers dwingend recht vereist is. Hetzelfde geldt voor de minderheidsaandeelhouders. Als de wetgever voor hen iets wil doen, dan moet dat dwingend gebeuren. Regelend recht speelt vooral in de relatie tussen de aandeelhouders onderling en die tussen de aandeelhouders en het bestuur. Veel van de voorstellen tot vereenvoudiging van de Commissie De Kluiver hebben hierop betrekking. Ik noem het laten vervallen van de verplichte blokkeringsregeling, het soepeler maken van de regels voor het houden van een aandeelhoudersvergadering, het vrijer maken van de regels voor de benoeming van bestuurders, het geven van instructierecht jegens bestuurders aan de aandeelhoudersvergadering enz. enz.

d. Afronding; ik lees wel dat vennootschapsrecht voor het overgrote deel uit niet-dwingende regels zou (moeten) bestaan⁴². Ik betwijfel of dat juist is. Als de Nederlandse wetgever minderheidsaandeelhouders, crediteuren en werknemers wil beschermen -en dat wil de Nederlandse wetgever zeker-, is er veel dwingend recht nodig. Bovendien zullen de nieuwe figuur van de constitutionalisering van het privaatrecht en de bij het verrichten van constitutieve vennootschappelijke handelingen vereiste rechtszekerheid veel dwingend recht vereisen. Dat verschijnsel van veel dwingend recht houdt met de omstandigheid verband dat vennootschapsrecht niet alleen een aantrekkelijke faciliteit voor ondernemers dient te zijn, maar ook een waarborgfunctie heeft d.w.z. de taak heeft om bepaalde belangen te beschermen. Het vennootschapsrecht is daarmee meerzinnig en heeft een januskop: tegelijkertijd faciliteit voor ondernemers en waarborg voor de op de vennootschap betrokken belangen en de rechtszekerheid. Ik kom uit bij het derde luik dat gaat over gedragsregels voor bestuurders en de daarmee samenhangende aansprakelijkheid.

4. Het derde luik; bestuursplichten en -aansprakelijkheden

Whatever the law does to increase the force of the social norm of loyalty and further its internalization will lead to greater efficiency and will therefore benefit shareholders⁴³.

Zojuist merkte ik op dat de verhouding tussen bestuur en aandeelhouders minder dwingend in de wet geregeld kan worden dan onder het geldende recht het geval is. Aandeelhouders mogen proberen greep op het bestuur te krijgen en hebben een zekere keuzevrijheid in de manier waarop zij het bestuur aan banden willen leggen. Denk aan de vrijere wijze van benoeming en ontslag van bestuurders en het al dan niet instellen van een raad van commissarissen. Er past hier een nuancering. Het bestuur van een Nederlandse vennootschap dient, zoals we hebben gezien, ook andere belangen dan die van aandeelhouders te behartigen. Dat stelt grenzen aan de vrijheid die de aandeelhouders jegens de bestuurders hebben. De commissie De Kluiver stelt voor dat de statuten van een b.v. mogen bepalen dat de aandeelhoudersvergadering algemene en concrete bindende instructies aan het bestuur mag geven. Hieraan verbindt de Commissie terecht de beperking dat instructies voor het bestuur niet verbindend zijn, voor zover zij inbreuk maken op het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. De Hoge Raad heeft beslist dat een door de aandeelhoudersvergadering genomen déchargebesluit door de rechter wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid vernietigd kan worden⁴⁴. Deze vernietigingsmogelijkheid heeft mijns inziens te maken met de omstandigheid dat het bestuur een complex geheel van belangen dient te behartigen. Dat komt in die vernietigingsmogelijkheid wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid tot uitdrukking.

In hoeverre hebben aandeelhouders vrijheid de positie van het bestuur te regelen? Kan de aandeelhoudersvergadering bij voorbeeld in de statuten of het bestuurderscontract bepalen dat een bestuurder jegens de vennootschap niet aansprakelijk is als zijn fout slechts het gevolg is van ernstige verwijtbaarheid? Dit zou betekenen dat een bestuurder alleen aansprakelijk is, als zijn fout met bewuste roekeloosheid of opzet is begaan. Zoals bekend, vereist de Hoge Raad voor het kunnen aanspreken van een bestuurder uit artikel 2: 9 BW niet meer dan ernstige verwijtbaarheid. De vraag van het al dan niet dwingende karakter van artikel 2: 9 BW is bij mij opgekomen naar aanleiding van een statutaire regeling die in de staat Delaware toegelaten is. Daar kan in de statuten van een vennootschap bepaald worden dat een bestuurder niet aansprakelijk is, als hij grof nalatig is geweest bij de voorbereiding van het nemen van een bepaald besluit⁴⁵. Is een vergelijkbare statutaire regeling ook bij Nederlandse vennootschappen toegelaten? Het gaat hier om de vraag in hoeverre het gedragsrecht voor bestuurders dwingend is. In de literatuur wordt vrij algemeen verdedigd dat artikel 2: 9 BW van dwingend recht is⁴⁶. Ik meen dat dit standpunt juist is. Hierbij speelt een rol dat de wijze van de vervulling van de bestuurstaak niet alleen de belangen van de aandeelhouders dient, maar ook die van werknemers, schuldeisers en minder-

heidsaandeelhouders moet bevorderen. Bovendien komen de opbrengsten van een tegen een bestuurder ingestelde aansprakelijkheidsvordering niet alleen aan de aandeelhouders, maar ook indirect aan andere belanghebbenden ten goede. Hier kan dus niet vereenvoudigd en geflexibiliseerd worden.

Nog een enkele opmerking over een mij dierbaar onderwerp: tegenstrijdig belang. Het gaat bij tegenstrijdig belang om transacties waarbij een bestuurder een direct of indirect privé-belang heeft. Bij een tegenstrijdig belang strijkt een bestuurder vaak voordelen op buiten het aan hem door de aandeelhoudersvergadering uitdrukkelijk toegekende salaris. Dat moet uiteraard niet zo maar kunnen. Bij de tegenstrijdig belang-problematiek spelen niet alleen belangen van aandeelhouders een rol, maar ook andere belangen waarvan de dragers anders dan de aandeelhouders niet zelf statutaire of contractuele regelingen met de bestuurders kunnen treffen. Dat is in mijn benadering van het vennootschapsrecht een dwingend argument voor een dwingende regeling van tegenstrijdig belang. Hier komt bij dat de Ondernemingskamer in een reeks uitspraken⁴⁷ dwingende besluitvormingsregels heeft geformuleerd voor de omgang met tegenstrijdig belang. Ik vind het voorstel van de Commissie-De Kluiver om op het punt van tegenstrijdig belang met niet-dwingende besluitvormingsregels te volstaan niet bijdragen aan de consistentie van ons vennootschapsrecht. Hier heeft de wil tot versoepeling te veel de overhand gekregen boven het idee van een in ieder geval consistent vennootschapsrecht en van een vennootschapsrecht dat een integere gang van zaken bevordert. Tegenstrijdig belang-handelingen zijn steeds weer een bedreiging van een zuivere gang van zaken in de vennootschap.

5. Conclusie; simplify or perish

Verantwoorde vereenvoudiging en versoepeling van het vennootschapsrecht vereisen discussie over en inzicht in de grondslagen ervan. Ik hoop hieraan een bijdrage te hebben geleverd door aandacht te besteden aan de wijzen van beoefening ervan waarbij ik in het bijzonder op het in belang toenemende, door zijn aard dwingende gedragsrecht voor bestuurders en commissarissen heb gewezen en door het verband te laten zien tussen belangenpluralisme en dwingend recht. Ik voorspel het in stand blijven van vrij veel dwingend vennootschapsrecht.

Vennootschapsrecht zal zeker nogal dwingend blijven, als we niet de stap zetten het belangenpluralisme af te werpen. Daarin schuilt de bron van veel van ons dwingende recht, maar daarin niet alleen. Ik heb ook gewezen op het dwingende karakter van het constitutionele en constitutieve vennootschapsrecht. Het is bekend dat ik geen voorstander ben van het afschaffen van belangenpluralisme. Belangenpluralisme is daarvoor te diep in ons vennootschapsrecht en privaatrecht geworteld. Zet ons dat niet op achterstand in vergelijking met landen die geen belangenpluralisme kennen? Ik meen dat dit meevalt. Landen die het belang van de vennootschap alleen richten op het

aandeelhoudersbelang kunnen niet om het dwingendrechtelijk waarborgen van andere belangen heen. De meeste vennootschapsstelsels kennen bij voorbeeld dwingende regels ter bescherming van schuldeisers en minderheidsaandeelhouders. Het bloed kruipt kennelijk waar het niet mag gaan. Ook in de Verenigde Staten en Engeland. Er is wel verschil. Het lijkt principiëler dan het in werkelijkheid is. Ik zie meer graduele verschillen. Dat moeten we vanuit continentaal-Europa blijven benadrukken.

Mijn conclusie is bepaald niet dat er niet vereenvoudigd zou moeten worden. De ene dwingende regel kan bij voorbeeld minder bezwaarlijk zijn dan de andere. Van zo'n vervanging van een minder efficiënte regel door een efficiëntere ben ik een voorstander (binnen de EU geldt immers inmiddels *simplify or perish*). Ik ben ook voorstander van bij voorbeeld een vrije keus tussen het one tier en two tier systeem en nog van veel meer vereenvoudigingen en versoepelingen. Wel heb ik willen wijzen op de beperkingen die aan een vereenvoudigingsoperatie inherent zijn (het uit zijn aard dwingende gedragsrecht, het tot dwingend recht uitnodigende belangenpluralisme) en op de neveneffecten ervan (sluipende verschuiving naar bestuurdersaansprakelijkheid). De aanhangers van de economische analyse hebben mijns inziens ongelijk met hun idee dat regels van vennootschapsrecht een soort van contract vormen dat tussen aandeelhouders onderling en tussen aandeelhouders en bestuurders uitonderhandeld kan worden. Zij gaan hiermee voorbij aan het complexe krachtenveld waarin vennootschapsrecht dient te functioneren⁴⁸. Dat vereist vaak een belangenafweging door de wetgever zelf.

Het is mij opnieuw gebleken dat de wereld geen luilekkerland, maar wel interessant en fascinerend is.

6. Slotopmerkingen

Ik ben in veel opzichten een gelukkig mens met plezier in het leven. Geluk bestaat voor mij slechts ten dele in wat ik van anderen ondervind. Een gevoel van innerlijk evenwicht en creativiteit is voor mij ook van belang. De spanningen tussen uiteenlopende gedachten en beginselen die ik in het recht en het leven ervaar moeten uiteindelijk tot een persoonlijke balans en in mijn geval ook iedere week tot een conclusie worden gebracht. Dat betekent dat ik soms een eigen weg bewandel die voor anderen –zo wordt mij wel voorgehouden– soms lastig te doorgronden is. Het zij zo. Ik prijs mij gelukkig dat ik functies (hoogleraar in Groningen en hoofdredacteur van *Ondernemingsrecht*) heb mogen vervullen die mijn verbeeldingskracht hebben uitgedaagd. Ik ben dankbaar voor de goede vrienden en aardige mensen die ik bij die activiteiten heb mogen ontmoeten. Deze hebben mij vaak goed geholpen. Ik ben bevoorrecht. Het A-G-schap bij de Hoge Raad dat ik sinds enige tijd mag bekleden is voor mij een wel heel mooie baan. Deze baan heeft mij gelukkig opnieuw gedwongen om mijzelf weer enigszins te veranderen. Anders gezegd: deze heeft mij tot een zekere

metamorfose gebracht. Er wordt daar van je verwacht dat je zelfstandig en onafhankelijk bent. Dat is precies wat ik wil zijn. Het aardige van mijn baan bij de Hoge Raad is ook dat iedere week zo maar gratis voor niets een nieuw en meestal interessant dossier op mijn bureau belandt waarmee ik dan vervolgens aan de slag kan. Ik was dat op de universiteit anders gewend. Daar moet je vaak lange gevechten met concurrenten, het faculteitsbestuur, de onderzoeksdecaan, onderzoeksambtenaren die steeds weer nieuwe complicaties opwerpen leveren om bij voorbeeld een onderzoek te kunnen gaan doen. Dat systeem is ingevoerd om efficiency en kwaliteit te bevorderen. Het zou wel eens uiteindelijk inefficiënt en veel te rigide kunnen blijken te zijn. Dat soort geësceneerde markten is meestal niet efficiënt. De onderzoekorganisatie van een universiteit doet mij soms denken aan een hele grote machine die met veel geraas en gepruttel een keer per maand een klein snoepje voor een bepaalde onderzoeker uitspuwt. De Hoge Raad is een veel kleinere machine, maar die doet iedere week in het civiele deel ervan zo ongeveer tien uitspraken met de daarbij behorende conclusies. Het is prettig om bij zo'n productieve organisatie te werken.

Met mijn benoeming tot hoogleraar aan de Leidse universiteit ben ik heel blij. Ik houd van een brede, klassieke universiteit als de Leidse is. Het is mijn wens naast mijn werk als A-G enig wetenschappelijk werk te begeleiden en te verrichten. De combinatie van het betrekkelijk concrete, op cassussen gebaseerde A-G-werk en het meer abstracte wetenschappelijke werk is buitengewoon aantrekkelijk: the best of both worlds. Deze zullen elkaar gaan bevruchten. Ik dank allen die aan mijn benoeming aan de Leidse universiteit hebben bijgedragen. Ik noem het College van Bestuur, de decaan van de rechtenfaculteit Hans Blok, Peter Dortmond, een van mijn oude vennootschapskameraden-old soldiers never die-, Carel Stolker -ik vraag mij wel enigszins bevreesd af of Carel mijn rede van vanmiddag wel een wetenschappelijke publicatie wil noemen, ik heb deze wel zo bedoeld; telt hij wel mee voor de Meijers-kwalificatie?- en Steef Bartman. Ik weet zeker dat we prettig en met respect voor elkaar zullen gaan samenwerken; dat geldt ook voor vele anderen van de Leidse faculteit. Ik wil niet verhelen dat mijn benoeming in Leiden aan een zijden draadje heeft gehangen. Ik heb rechten aan de toenmalige Nederlandse Economische Hogeschool gestudeerd (niet dus in Leiden, wel heb ik in Leiden in de Morspoortkazerne als telefonist –centralist heette dat- mijn militaire dienst vervuld; ik heb daar met van die antieke koorden een jaar lang duizenden telefoongesprekken doorverbonden). In die lang vervlogen studiejaren heeft een aantal Leidse hoogleraren gepoogd aan de Rotterdamse opleiding het civiele effect te ontnemen. Daarmee zou de Rotterdamse opleiding geen toegang gegeven hebben tot de echte juridische beroepen. De reden hiervoor was dat deze opleiding te veel niet-juridische vakken omvatte. Ik laat daar of de Leidse hoogleraren gelijk hadden. Wel zou ik willen opmerken dat mijn zojuist beleden sympathie voor een brede beoefening van het vennootschapsrecht-ik ben een echte embeddede jurist-zijn wortels zou kunnen hebben in mijn Rotterdamse opleiding. Ik weet dat niet zeker. Het is lastig bij je zelf te achterhalen waarom je bepaalde dingen vindt. Het is

de Leidse hoogleraren niet gelukt met het gevolg dat ik vandaag het genoegen smaak in Leiden een oratie te hebben mogen uitspreken. U ziet: ik ben de laatste aanhanger van de *conditio sine qua non*-leer. Ik ervaar het mogen uitspreken van de oratie op deze bijzondere historische plaats waar zovele groten uit de wetenschap hebben gestaan als een eer. Ik noem de naam van iemand die hier ook heeft gestaan en die ik vrij goed heb gekend en bewonderde: Max Rood. Zowel het A-G-schap als het hoogleraarschap in Leiden zijn eindfuncties. Ik hoef –geloof ik –geen carrière meer te maken. Dat geeft ruimte en rust om datgene te doen waar het echt om gaat: gekozen hebben is ware vrijheid, zoals het motto van mijn oratie in Groningen uit 1990 luidde⁴⁹.

Noten

- 1 M.A. Eisenberg, Corporate law and social norms, 99 Columbia Law Review 1999, p. 1253.
- 2 Retour Grenoble, Anthony Mertens in gesprek met Hella Haasse, 2003, p. 35.
- 3 Ook ik; zie mijn eerdere verhandelingen: Waarom hebben we dwingend vennootschapsrecht nodig? in Ondernemingsrechtelijke contracten, Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, Deel 14, p. 1-10 (1991) en Is versoepeling van het b.v.-recht wenselijk? TVVS 1992, p. 163-168. Zie ook nog Een b.v. zonder bestuur en aandeelhoudersvergadering, Ondernemingsrecht 2004, p. 27-30.
- 4 Een intrigerend boek hierover is M. Foucault, De woorden en de dingen, een archeologie van de menswetenschappen (Nederlandse editie, 1973).
- 5 I. Berlin over Alexander Herzen in Introduction to My past and thoughts, p. XXXVI.
- 6 Zie zijn wonderschone boek Kist/Visser, Supplement op Deel 111, De naamloze vennootschap (1929), besproken door P.J. Dortmond in Ondernemingsrecht 2001, p.16-17.
- 7 E.J.J. van der Heijden, Verspreide geschriften, 2001 (Serie monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 67).
- 8 Zie F.G. Scheltema, Verspreide geschriften, 1953.
- 9 Zie ook zijn interessante boek The principles of social order, Selected essays of Lon Fuller, revised edition (2001).
- 10 Zie over dit onderscheid: Todd D. Rakoff, Harvard Law Review 115, p. 1278-1287 (2002).
- 11 Ik vind het uit 1903 stammende proefschrift van Meijers en zijn in de oorlogstijd geschreven Algemene begrippen van burgerlijk recht nog steeds fascinerende werken.
- 12 Typerend voor deze benadering is de door Ter Heide in die tijd ontwikkelde zogenaamde functionele rechtsleer. Zie vooral zijn inaugurale rede De onafhankelijkheid van de rechter (1972). Zie voor een fraaie analyse van het functionele denken: J. Remmelink, Actuele stromingen in het Nederlandse strafrecht, Mededelingen der KNAW, afdeling letterkunde, Nieuwe Reeks 43, no 7 (1980).
- 13 Een aanhanger van de ondernemingsrechtelijke benadering met een bijzonder perspectief is Raaijmakers. Zijn vertrekpunt is de algemeenheid van goederen. Vandaaruit wil hij een geheel nieuw ondernemingsrecht dat meer ondernemersvriendelijk is opbouwen. Realisering van deze benadering zou een grondige herziening van grote delen van het Burgerlijk Wetboek vergen. Naar mijn mening kunnen veel van de waardevolle ideeën van Raaijmakers ook in de bestaande structuur van ons vermogensrecht en rechtspersonenrecht worden ingebouwd. Zie voor een korte samenvatting van de ideeën van Raaijmakers, Naar een brede herziening van het Nederlandse ondernemingsrecht, WPNR 6601.
- 14 Het artikel waarmee de beweging van de economische analyse op gang kwam is M.C. Jensen en W.H. Meckling, Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure, 3 Journal of Financial Economy, p. 305 e.v. (1976).
- 15 Zie bij voorbeeld het aantekelijk geschreven opstel van H. Hansmann en R. Kraakman, The end of history for corporate law, in Convergence and persistence in corporate governance, p. 33-68 (2004).
- 16 Zie hierover: A. Doorman, Wilmington aan de Prinsengracht, Ondernemingsrecht 2004, p. 404.
- 17 HR 18 april 2003, NJ 2003, NJ 2003, 286.
- 18 Zie J.C. Coffee, The future as history. The prospects of global convergence and its implications, 93 North West Law Review, p. 643-648 (1999). Zie ook van dezelfde auteur, Do norms matter? A cross-country evaluation, 149 University of Pennsylvania Law Review, p. 2151-p. 2177 (2001).

- 19 Zie over deze wijze van beoefening van het recht de fascinerende biografie van Justice Holmes: *Law without values, the life, work and legacy of Justice Holmes*, geschreven door A.W. Alschuler (2000). Interessant is ook de bespreking van dit boek door M. Reimann, *Horrible Holmes*, 100 *Michigan Law Review* 2002, p. 1676-1689.
- 20 Zie voor een bespreking hiervan: M.A. Eisenburg, *Corporate law and social norms*, 99 *Columbia Law Review* 1999, p. 1271-1276: The message that the law would send is that there is nothing wrong with lying- that truthtelling is valued not for its own sake, but only instrumentally.
- 21 Zie over het loongebouw-kriterium: D.C. Buijs, *Hoge bomen vangen hoge beloningen: weerzin of wanbeleid*, *Ondernemingsrecht* 2003, p.616-618.
- 22 In deze richting: L. Timmerman, *Van digitaal naar analoog vennootschapsrecht en de gevolgen daarvan voor de concurrentie tussen vennootschapssystemen*, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 38-42.
- 23 Ook op veel aanverwante rechtsgebieden ruikt gedragsrecht voor hoge functionarissen op. Ik verwijs naar het gedragsrecht in het kader van het effectentoezicht, naar plannen om hoge functionarissen aansprakelijk te doen zijn voor schendingen van de mededingingswetgeving door de ondernemingen waaraan zij leiding geven.
- 24 Een vergelijkbaar onderscheid is ook te vinden in R.H. Hansmann e.a., *The anatomy of corporate law*, p. 23-24 (2004). De betrokken auteurs onderscheiden in dit boek rules and standards. Rules werken ex ante. Standards daarentegen ex post en vereisen tussenkomst van de rechter.
- 25 Op de minder doorslaggevende rol van dogmatiek in het vennootschapsrecht wees ik eerder in mijn preadvies voor de NJV 2000 en in *Het krakende gebouw van het vennootschapsrecht*, TVVS 1995, p. 178-181.
- 26 Onder andere HR 29 november 2002, NJ 2003, 455.
- 27 De Hoge Raad noemt in zijn arrest van 12 januari 1997, NJ 1997, 360 de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult.
- 28 Zie voor een enigszins ouder Duits, maar nog steeds zeer lezenswaardig artikel over deze problematiek: H. Wiedemann, *Rechtsethische Massstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, ZGR 1980, p. 147 e.v..
- 29 Ik heb eerder ervoor gepleit dit leerstuk een extra impuls te geven door een zogenaamde afgeleide actie in te voeren: L. Timmerman, *Van afgeleide schade naar afgeleide actie*, in *Conflicten rondom de rechtspersoon*, Serie monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 62, p. 15-28 (2000). Zie ook het belangwekkende proefschrift van M.J. Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, Serie uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 45 (2004).
- 30 Zie over deze figuur: P. Davies, *Introduction to company law*, p. 73-75 (2002). Zie ideeën in dezelfde richting: W.M. van den Heuvel, *Zekerheid en voorrang*, diss. UvT 2004.
- 31 Zie voor het belang van publicatievoorschriften met het oog op de bescherming van crediteuren ook het Hof van Justitie van de EU in het Centros-arrest van 9 maart 1999, NJ 2000, 48 (r.o.36). Zie voor een sceptische zienswijze H. Beckman, *Minimumkapitaal, aansprakelijkheid en publiciteit: wat moet de crediteur hiermee?* *Ondernemingsrecht* 2004, p. 22-24.
- 32 Zie hierover ook L. Timmerman, *Waarom dient de structuurregeling in de een of andere vorm te worden gehandhaafd?* in *De werknemer in het ondernemingsrecht*, Serie uitgaven vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 76, p. 1-6 (2004).

- 33 Zie hierover onder andere : J.M. Smits, Constitutionalisering van het vermogensrecht, Preadvies 2003 (Vereniging voor Rechtsvergelijking) en S.D. Lindenbergh, Constitutionalisering van contractenrecht, Over werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen, WPNR 6602.
- 34 HR 31 december 1993, NJ 1994, 436.
- 35 Zie hierover H.M. Vletter-Van Dort, Gelijke behandeling van beleggers bij informatievers-trekking, diss. Utrecht 2001, p. 11.
- 36 Zie voor een fraaie beschrijving van deze ontwikkeling: W. Zollner, Aktionär und Eigentum, Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschafts- & Unternehmensrecht, Sonderheft 2004, p. 5-16.
- 37 Europees Hof voor de Rechten van de Mens 25 juli 2002, JOR 2003, 111 en 7 november 2002, JOR 2003, 112 met noot Vossesteijn.
- 38 Zie hierover H.M. Vletter-Van Dort, a.w., p 48. Zie in deze richting ook HR 31 december 1993, NJ 1994, 436 waarin is beslist dat uitsluiting van het voorkeursrecht geen terzijdestel-ling van de regel van gelijke behandeling van artikel 2:201, lid 2 BW meebrengt.
- 39 Eerder besteedde ik aandacht aan de vraag of een rechtspersoon een mensenrecht kan inroepen. Dat is uiteraard een enigszins andere vraag dan de bovenstaande; in het boven-stande worden grondrechten tegen een rechtspersoon in stelling gebracht. Zie mijn opmerkingen in Hebben rechtspersonen mensenrechten? in Rechtspleging in het onderne-mingsrecht, Serie uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Deel 26, p.43-55 (1997). Zie voor een uitspraak waarin wordt erkend dat een rechtspersoon op een men-senrecht aanspraak kan maken: Europees Hof van Justitie voor de Rechten van de Mens 16 april 2002, JOR 2002, 157 met noot Vossesteijn.
- 40 Zie over dit nieuwe jaarrekeningenrecht: het bijzondere nummer van Ondernemingsrecht 2004/16.
- 41 Zie met name de medezeggenschapsregeling bij de Europese vennootschap en artikel 2: 158/268, lid 12 BW
- 42 R.R. Hansmann e.a., a.w., p. 30: Much of corporate law consists of default rules. To this extent, corporate law simply offers a standard form contract that the parties can adopt, at their option, in whole or in part.
- 43 M.A. Eisenberg, Corporate law and social norms, 99 Columbia Law Review 1999, p. 1274.
- 44 HR 4 juni 1997, NJ 1997, 671.
- 45 Zie over deze regeling : Assink en Olden, over bestuurdersaansprakelijkheid, onderne-mingsrecht 2005, p. 14.
- 46 Zie in plaats van vele anderen: Visser, a.w., 237: het belang van deze en van de zoëven besproken bepalingen van art. 47c is dan ook alleen hierin gelegen, dat het dwingende karakter van dit artikel de mogelijkheid uitsluit om bij akte van oprichting of bij contract een andere minder strenge regeling te geven.
- 47 Zie bij voorbeeld: Hof Amsterdam 11 april 2003, JOR 2003, 142
- 48 Zie met name in deze zin: F.H. Easterbrook en D.R. Fischel, The corporate contract, in Corporate law and economic analysis, p. 182-215 (1990). Zie voor een krachtige bestrijding van dit soort ideeën: M. Eisenberg, The structure of corporation law, 85 Columbia Law Review 1989, p. 1461-1529.
- 49 In een recent verschenen boek wordt het probleem van al te veel keuzemogelijkheden op een prachtige wijze in kaart gebracht: Barry Schwartz, De paradox van keuzes, hoe teveel een probleem kan zijn (2004).