

Gedragsnormen en rechtsvorming in het ondernemingsrecht

Prof. mr. B. Kemp*

In zijn oratie gaat Kemp in op de verhouding tussen belangenpluralisme en rechtsvorming. Gezien de belangrijke rol van de rechter, en in het bijzonder de Ondernemingskamer, bij de rechtsvorming, wordt betoogd de toegang tot het enquêterecht te verbreden. Daar zou wel een aantal waarborgen tegenover moeten staan.

1 Inleiding

In het recht gaat het voor een belangrijk deel om gedrag en de regulering daarvan. Regulering van gedrag heeft ook een prominente plaats in het ondernemingsrecht. Binnen rechtspersonen als organisatievorm moeten actoren met elkaar samenwerken om het doel van de rechtspersoon te realiseren. Het rechtspersonenrecht bevat in de regel niet zozeer concrete verplichtingen van de vennootschap en de actoren bij de vennootschap ten opzichte van elkaar, maar is voor een groot deel gericht op de bevoegdheidsverdeling binnen de vennootschap.¹ Bepaald wordt wie besluiten mag nemen over bepaalde onderwerpen en wie namens de vennootschap rechtsgevolgen in het leven mag roepen, maar veel minder hoe actoren zich in specifieke situaties concreet moeten gedragen.

Belangrijke gedragsnormen in het ondernemingsrecht zijn de redelijkheid en billijkheid, ook wel aangeduid als de grond-

norm van het rechtspersonenrecht,² alsook het vennootschappelijk belang en misbruik van bevoegdheid.³ Deze normen zijn open:⁴ zij bevatten een brede verplichting voor het handelen van bepaalde organen en hun leden en dienen nader te worden ingevuld in concrete situaties. Om binnen deze open normen voor bepaalde omstandigheden meer rechtszekerheid te bie-

² Zie voor de term grondnorm ook: J.M.M. Maeijer, Deelrechtsorde, redelijkheid en billijkheid, en vennootschappelijk belang, in: A-T-D. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P. van Schilfgarde, Deventer: Kluwer 2000, p. 281 e.v.; A-G Timmerman in zijn conclusie bij de Unilever-beschikking (ECLI:NL:PHR:2005:AU2465, nr. 4.15); A-G Assink in zijn conclusie bij de Funda-beschikking (ECLI:NL:PHR:2023:89).

³ Zie over de vraag of, en zo ja, welke rol misbruik van bevoegdheid in het ondernemingsrecht speelt B. Kemp, Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: de positie en de rol van de aandeelhouder en de aandeelhoudersvergadering (diss. Maastricht), Deventer: Wolters Kluwer 2015, hoofdstuk 6; J.M. de Jongh, B. Kemp, Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: de positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering, diss., RMThemis 2016, afl. 5, p. 275-280. Zie voor een ontkenning antwoord op de vraag of misbruik van bevoegdheid een rol speelt in het rechtspersonenrecht F.P.J. van den Ingh, Het stemgedrag van aandeelhouders, in: A-T-D. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P. van Schilfgarde, Deventer: Kluwer 2000, p. 205.

⁴ In internationale literatuur wordt hiervoor vaak verwezen naar het onderscheid tussen een meer gesloten 'rule' en een meer open 'standard'. Zie hierover L. Kaplow, Rules versus standards: An economic analysis, Duke Law Journal (42) 1992, p. 557-629, en verder ook T. Vos, Het beleid van de vennootschapsrechter: rules versus standards, in het nog te verschijnen boek *50 jaar beleid van de rechter*. Verder moet worden bedacht dat bij gedragsnormen, ook in het rechtspersonenrecht, sprake is van verschillende gradaties van openheid. Waar het vennootschappelijk belang bijv. een open norm is, geldt dit in veel mindere mate voor de gedragsnorm die het gedrag van bestuurders van de besloten vennootschap bij het goedkeuren van dividenduitkeringen reguleert. Die norm kan worden beschouwd als een halfopen norm (zie voor deze terminologie L. Timmerman, Een paar opmerkingen over open normen in het ondernemingsrecht oftewel hoe maak je van een open norm een halfopen norm, in: L. Timmerman e.a., De rol van open normen in het ondernemingsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 3-4; hierna: Timmerman 2023a). De bestuurder mag de goedkeuring van een besluit tot dividenduitkering slechts weigeren indien hij weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden (art. 2:216 lid 2 BW). Zie over de discussie of niet ook hier het vennootschappelijk belang een rol zou moeten spelen B. Kemp, Aandeelhouders, hun eigen belang en het vennootschappelijk belang: over de schijn van vrijheid en werkelijke grenzen, in: B. Kemp, H. Koster & C.A. Schwarz (red.), Het vennootschappelijk belang, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 96-98, onder verwijzing naar: J. Barneveld, Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders, Deventer: Kluwer 2014, p. 410-411; B. Bier, Betekent winstrecht ook recht op winst?, in: P.J. van der Korst, R. Abma & G.T.M.J. Raaijmakers (red.), Handboek onderneming en aandeelhouder, Deventer: Kluwer 2012, p. 184.

* Prof. mr. B. Kemp is advocaat te Amsterdam, hoogleraar Corporate Governance and Corporate Regulation aan Maastricht University en redacteur van dit tijdschrift.

Deze bijdrage is een opvolger van de niet-uitsproken oratie zoals gepubliceerd in MvO 2022, afl. 1-2 (B. Kemp, Naar een werkbaar en realistisch model voor *stakeholder governance* en de rol van aandeelhouders daarin, MvO 2022, p. 27-58), die meermaals was verzet in verband met COVID-19-maatregelen. In deze bijdrage wordt ook verder gebouwd op de oorspronkelijke oratie, in het bijzonder par. 5.3.1. Deze bijdrage is openbaar uitgesproken op 26 mei 2023 en terug te zien op www.youtube.com/watch?v=Hd5e9MKcT7o. De auteur wil Vino Timmerman, Mieke Olaerts, Mijke Sinnighe Damsté, Manuel Lokin, Jaap Barneveld, Tom Vos, Philippe Hezer, Romy Menasalvas Garrones, Sebastian Renshof, Ties Hogenboom, Wessel Spaninks en Nishant Bekaroe danken voor hun waardevolle input in en discussies over de eerdere concepten van deze bijdrage. De in deze bijdrage opgenomen opvattingen en eventuele fouten zijn alleen toe te rekenen aan de auteur.

¹ Zie hierover H.J. de Kluiver, Goede trouw en rechtspersonenrecht, in: A-T-D. Opstellen aangeboden aan prof. mr. P. van Schilfgarde, Deventer: Kluwer 2000, p. 233.

den, kunnen uit deze open normen meer specifieke rechtsregels worden geformuleerd. Rechtsvormers,⁵ en in het bijzonder de wetgever en de rechter, kunnen harde regels, vuistregels en gezichtspunten formuleren voor de toepassing van deze normen in specifieke situaties.⁶

Het is vaak moeilijk goed te voorspellen hoe betrokkenen in complexe vennootschapsrechtelijke verhoudingen zich moeten gedragen. Bovendien bestaan ondernemingen vaak lange tijd en opereren zij in dynamische omstandigheden. Onder meer als gevolg hiervan speelt de rechter een belangrijke rol bij de rechtsvorming⁷ van het ondernemingsrecht. Dit heeft gevolgen voor de wijze waarop rechtsvorming plaatsvindt. De rechter is afhankelijk van de individuele zaken die aan hem worden voorgelegd.⁸ Advocaten spelen daarbij een belangrijke rol als zij de rechter informeren en vragen het recht op een bepaalde wijze te vormen. Het wetgevingsproces is fundamenteel anders. Daarbij is sprake van een meer overkoepelende blik en van consultatie van wetsvoorstellen en een advies van de Raad van State en andere adviescommissies. Ook kunnen verschillende groeperingen en belangenverenigingen in het rechtsvormingsproces hun visie geven en kunnen parlementariërs vragen stellen, suggesties doen en uiteindelijk stemmen over het wetsvoorstel.

In de context van het Nederlandse ondernemingsrecht speelt hierbij nog een andere uitdaging. Dit recht laat zich kenmerken door belangenpluralisme.⁹ Dit betekent dat het ondernemingsrecht er niet enkel is voor het bevorderen van het belang van één belanghebbende, zoals de aandeelhouder, maar dient ter bevordering van de belangen van een bredere groep betrokkenen.¹⁰ De open gedragsnormen in het ondernemingsrecht zijn er – in mijn ogen – ook ter bevordering en bescherming

van die belangen.¹¹ Als rechtsvorming van die normen echter vooral plaatsvindt bij de rechter, en betrokkenen voor de afdwingbaarheid van de norm afhankelijk zijn van de rechter, dan is het ook van belang dat deze bredere groep betrokkenen toegang heeft tot de rechter. Anders kan de rechter het recht met betrekking tot die betrokkenen en hun verhouding tot de gedragsnormen in minder effectieve mate vormen. De belangrijkste rechter in het ondernemingsrecht is de Ondernemingskamer. Tot die rechter heeft echter niet iedere betrokkene toegang; er is een verschil tussen de ‘haves’ en de ‘have-nots’.¹² Als gevolg hiervan zoeken de ‘have-nots’ andere ingangen om het beleid van ondernemingen te toetsen. In mijn ogen kan het verstandig zijn de toegang tot de Ondernemingskamer te verbreden, juist om discussies over dat beleid te kanaliseren en toegang tot de rechter te krijgen die bij uitstek geschikt is om het beleid van ondernemingen te toetsen. Hoe dat te bewerkstelligen is een uitdaging voor de wetgever én de rechter. Daarbij kan worden nagedacht over de wijze van toegang en andere modaliteiten, waaronder financiering van de proceskosten en informatieverschaffing. Deze bijdrage gaat verder in op de rol van gedragsnormen en rechtsvorming in het ondernemingsrecht, het verband met belangenpluralisme en suggesties over hoe via de enquêteprocedure de rechtsvorming van belangenpluralisme beter kan worden bevorderd.

2 De rol van gedragsnormen in het ondernemingsrecht

Het ondernemingsrecht richt zich van oudsher niet zozeer op het gedrag van de betrokkenen bij de vennootschap, maar vooral op de structuur van de vennootschap en de bevoegdheidsverdeling binnen de vennootschap. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de wetwijziging voor de naamloze vennootschap van 1929. In deze ingrijpende wetwijziging werd de regeling voor de naamloze vennootschap van een minimale regeling van 21 artikelen uitgebreid naar een veel gedetailleerdere regeling van 122 artikelen. Veel van de toen ingevoerde structuur en bevoegdheidsverdeling is nog te herkennen in de huidige titels 4 (naamloze vennootschappen) en 5 (besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid) van Boek 2 BW.¹³ Bij deze wetwijziging werd vooral nagedacht over structuurvragen en hoe de bevoegdheidsverdeling tussen het bestuur en

5 Zie voor deze term onder meer: Asser/Vranken Algemeen deel*** 2005/78; C.D.J. Bulten & C.J.H. Jansen, Rechterlijk activisme: waar liggen de grenzen van rechtsvorming door de Ondernemingskamer?, Ondernemingsrecht 2015/20.

6 Zie hierover G.C. Makkink, Toetsing door de Ondernemingskamer, opmerkingen in de marge, in: H.J. de Kluijver (red.), De rol van de rechter in het ondernemingsrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2020, p. 58-59.

7 In navolging van anderen kies ik hier voor het begrip rechtsvorming en niet rechtsvinding. Zie bijv. Asser/Vranken Algemeen deel** 1995, p. 120; Bulten & Jansen 2015, p. 120.

8 Zie hierover onder meer M.W. Josephus Jitta, De rol van de rechter in het ondernemingsrecht; de vrijheidsdrang van de Ondernemingskamer, in: H.J. de Kluijver (red.), De rol van de rechter in het ondernemingsrecht, Zutphen: Uitgeverij Paris 2020, p. 70-71.

9 Zie hierover bijv. L. Timmerman, Grondslagen van geldend ondernemingsrecht, Ondernemingsrecht 2009/2; J.M. de Jongh, Een maatschappelijke resultante, in: B. Kemp, H. Koster & C.A. Schwarz (red.), De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang (IVOR nr. 115), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

10 Zie uitgebreider hierover Kemp 2022. Ik hanteer in deze bijdrage in navolging van de Hoge Raad (HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun); HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:199, JOR 2023/119 m.nt. B. Kemp (Cordial)) het begrip betrokkenen in plaats van belanghebbenden.

11 Zie ook het voorstel van 25 Nederlandse hoogleraren tot explicitering en uitbreiding van die verplichting in art. 2:129/239 lid 1 BW: J.W. Winter e.a., Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer, Ondernemingsrecht 2020/86.

12 Zie voor deze term Josephus Jitta 2020.

13 Zie ook P. van Schilfgaarde, De opbouw van het vennootschapsrecht, in: P. Essers e.a. (red.), Met recht, Deventer: Kluwer 2009, p. 409; B. Kemp & A.S. Renshof, Het gebruik van oligarchische clausules bij benoeming en ontslag door Nederlandse beursvennootschappen, MvO 2020, afl. 3-4, p. 66; G. van Solinge, Een facelift voor de oude dame?, Ondernemingsrecht 2014/11; L. Timmerman, Het Nederlandse vennootschapsrecht tussen 1918 en 2018, enkele schetsmatige opmerkingen, in: H.J. de Kluijver (red.), 100 jaar Handelsrecht. Over heden, toekomst en verleden (Jubileumuitgave Vereniging ‘Handelsrecht’ 1918-2018), Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, par. 2.1.10 (hierna: Timmerman 2018a); S.B. Garcia Nelen, De beursvennootschap, corporate governance en strategie, Ondernemingsrecht 2021/5.

de algemene vergadering moest worden vormgegeven. Dat was ook nodig, want onder de wet uit 1838 was over de verhouding tussen het bestuur en de algemene vergadering slechts geregeld dat '[d]e vennootschap wordt beheerd door daartoe door de vennoten, aangestelde bestuurders, (...)'.¹⁴ De regeling was dus aan vernieuwing toe, aldus ook Molengraaff:

'Het beste, althans voor de praktijk meest waardevolle van de verouderde regeling van het WvK is wel dit, dat deze regeling zo gebrekkig en vol leemten is, dat zij eigenlijk een regeling niet mag heten.'¹⁵

Met de wetwijziging van 1929 werd een aantal piketpalen geslagen voor de bevoegdheidsverdeling, waar bijvoorbeeld de huidige artikelen 2:107 en 2:129 BW een uitvloeisel van zijn.¹⁶ Weliswaar zijn ook enkele regels te herkennen die betrekking hebben op het gedrag van de organen en hun leden, zoals de invoering van het enquêterecht,¹⁷ maar dit zijn voorbeelden met een toen nog beperkte invloed.

In de loop van de twintigste eeuw is het reguleren van gedrag binnen de vennootschap steeds belangrijker geworden.¹⁸ Belangrijke arresten van de Hoge Raad, zoals het De Koedoe-,¹⁹ Doetinchemse IJzergieterij-,²⁰ Forumbank-,²¹ Melchers-,²²

Mante-²³ en Wijsmuller-arrest,²⁴ hebben (mede) betrekking op dit gedrag. Dit heeft onder meer ertoe geleid dat in de wet werd opgenomen dat de commissarissen en later ook bestuurders zich moesten richten op het vennootschappelijk belang en dat de redelijkheid en billijkheid (eerder de 'goede trouw') als centrale gedragsnorm is gepositioneerd in het rechtspersoonrecht.²⁵ Deze vorming van gedragsnormen door de wetgever en de rechter zag hoofdzakelijk op de ontwikkelingen binnen de vennootschap, en dan in het bijzonder op de verhouding tussen de aandeelhouders en bestuurders enerzijds en de meerderheidsaandeelhouders en minderheidsaandeelhouders anderzijds.²⁶ Het ging dus vooral om het gedrag van de 'klassieke' vennootschapsactoren ten opzichte van elkaar. Parallel daaraan ontwikkelde zich het concept van de vennootschap als een zelfstandig instituut met een eigen belang: de institutionele leer.²⁷ Vanuit deze gedachte, in combinatie met de ontwikkeling van de onderneming als relevant rechtsbegrip en erkenning van – vooral – het belang van werknemers naast het belang van aandeelhouders, is ruimte ontstaan om naar een meer pluralistische visie op de vennootschap te bewegen. Een belangrijke stap in deze ontwikkeling is de uiteenzetting van de Hoge Raad in de meer recente Cancun-beschikkingen.²⁸ Daar overwoog de Hoge Raad dat:

'1. bij de vervulling van hun taak de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming dienen te richten. Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming; en

2. bij de vervulling van hun taak bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid dienen te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennoo-

14 Dit was overigens destijds wel een materiële wijziging van het toen geldende recht. Voor de totstandkoming van het Wetboek van Koophandel (WvK) was het niet ongebruikelijk dat de statuten bepaalden dat bestuurders door coöptatie werden benoemd, niet konden worden afgezet of zelf hun opvolger benoemden (zie onder meer G.J. Boelens, *Oligarchische clausules in statuten van naamloze vennootschappen*, Kampen: J.H. Kok N.V. 1946, p. 103; E.J.J. van der Heijden, *De ontwikkeling van de Naamloze Vennootschap in Nederland voor de codificatie* (diss. Utrecht), Amsterdam: Van der Vecht 1908, p. 191 e.v.; F.A. van Hall, *Verdediging van de Onafhankelijkheid des Handels, bij het oprigten van naamloze maatschappijen*, Amsterdam: Erven H. Gartman 1834, bijlage 3).

15 Eene terugblik (8 juni 1917), opgenomen in de Molengraaff-bundel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 81, zoals ook aangehaald in: Timmerman 2018a, p. 64.

16 Art. 2:107 is het oude art. 42 WvK (1929). Art. 2:129 is het oude art. 47 WvK (1929).

17 Zie over de invoering van het enquêterecht J.M. de Jongh, *Een geschiedenis van het enquêterecht*, in: C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff & P.H.M. Broere (red.), *Handboek enquêterecht* (VDHI nr. 175), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 17 e.v.; R.P. Jager, *Het enquêterecht in rechtsvergelijkend perspectief*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 22 e.v.

18 In het bijzonder Timmerman heeft uitvoerig geschreven over deze ontwikkeling. Zie onder meer L. Timmerman, *Gedragsrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht. Wat moet dwingend blijven in het vennootschapsrecht van de toekomst?*, *Ondernemingsrecht* 2005/2; L. Timmerman, *Structuur en gedragsnorm in de ondernemingsrechtspraak van de Hoge Raad*, WPNR 2013, afl. 6969, p. 245-248; L. Timmerman, *Artikel 2:8 BW, zorgplichten en de rol van de rechter*, *Ondernemingsrecht* 2023/48 (hierna: Timmerman 2023b).

19 HR 13 februari 1942, ECLI:NL:HR:1942:AG1929, NJ 1942/360 (De Koedoe I).

20 HR 1 april 1949, ECLI:NL:HR:1949:126, NJ 1949/465 m.nt. P.A.N. Houwing (Doetinchemse IJzergieterij).

21 HR 1 januari 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2033, NJ 1959/43 m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh (Forumbank).

22 HR 13 november 1959, ECLI:NL:PHR:1959:AG2043, NJ 1960/472 (Melchers).

23 HR 30 oktober 1964, ECLI:NL:PHR:1964:AB6473, NJ 1965/107 m.nt. G.J. Scholten (Mante).

24 HR 15 juli 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC4232, NJ 1969/101 m.nt. G.J. Scholten (Wijsmuller).

25 Dit met de kanttekening dat ook voor de introductie van art. 2:8 BW (van 1974 tot 1992 art. 2:7 BW) de goede trouw al kon worden toegepast bij de vennootschap op grond van art. 1 WvK jo. art. 1374 en 1375 OBW.

26 Dit is ook waar traditioneel de rechtseconomische analyse van corporate governance op gericht is. Hoewel ook de verhouding tussen de vennootschap (of aandeelhouders) en de bredere betrokkenen soms kort wordt besproken (zie R.H. Kraakman e.a., *The anatomy of corporate law. A comparative and functional approach*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 30), gaat het hoofdzakelijk over de verhouding tussen de aandeelhouders en bestuurders en tussen meerderheids- en minderheidsaandeelhouders. Zie klassieke werken als F.H. Easterbrook & D.R. Fischel, *The economic structure of corporate law*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1991; R.C. Clark, *Corporate law*, Boston: Little, Brown and Company 1986.

27 Zie hierover Timmerman 2018a, p. 71 e.v.

28 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgearde.

schapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad.’

Deze overwegingen heeft de Hoge Raad op hoofdlijnen herhaald in de Cordial-beschikking.²⁹ De Hoge Raad lijkt met deze beschikkingen te bevestigen dat het vennootschappelijk belang een tweeledig begrip is.³⁰ Het eerste element is dat het vennootschappelijk belang in de regel vooral wordt bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van de door de vennootschap gedreven onderneming. Het tweede element is dat bestuurders bij het bevorderen van het vennootschappelijk belang zorgvuldigheid dienen te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming betrokken zijn.³¹ Daargelaten wat men van deze benadering vindt,³² bevestigt het dat het rechtspersonenrecht door het vennootschappelijk belang en de redelijkheid en billijkheid ruimte laat voor een brede pluralistische benadering van de belangen waarmee de vennootschap rekening dient te houden. Ook de recente Funda-beschikking van de Hoge Raad bevestigt dat artikel 2:8 BW niet te strikt moet worden toegepast, en dat ruimte moet worden gelaten voor de economische realiteit.³³ Tegelijkertijd gaat de Hoge Raad (nog) niet zo ver dat de deur expliciet wordt opengezet naar toepassing van de redelijkheid en billijkheid op een bredere categorie belanghebbenden. Die expliciete bredere invulling komt wel terug in de Nederlandse Corporate Governance Code:

‘De Code berust op het uitgangspunt dat de vennootschap een lange termijn samenwerkingsverband is van diverse bij de vennootschap betrokken stakeholders. Stakeholders zijn groepen en individuen die direct of indirect het bereiken van de doelstellingen van de vennootschap beïnvloeden of erdoor (kunnen) worden beïnvloed: werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers en andere belanghebbenden.’³⁴

Daarnaast heeft ook de Ondernemingskamer in verschillende uitspraken erkend dat het belang van bijvoorbeeld schuldeisers, werknemers, potentiële bidders en spaarders en publie-

ke belangen binnen het ondernemingsrecht bescherming behoeven.³⁵

Over deze erkenning van de belangen van andere betrokkenen in het ondernemingsrecht zijn uitvoerige verhandelingen geschreven. Ik houd het erop dat deze ontwikkeling – in mijn ogen – het standpunt rechtvaardigt dat de open gedragsnormen in het rechtspersonenrecht mede kunnen strekken tot bevordering en bescherming van de belangen van andere betrokkenen dan alleen aandeelhouders en werknemers, zolang die betrokkenen maar een concreet eigen belang hebben bij het handelen van de vennootschap. Dit kunnen ook meer maatschappelijk georiënteerde belangen zijn.³⁶ Dit past bij de gedachte dat de rechtspersoon er uiteindelijk is om welvaart te creëren voor de maatschappij als geheel.³⁷ Op hoe die welvaart het beste kan worden gecreëerd, bestaan verschillende visies, met als hoofdstromen het (a) *shareholder model* en (b) *stakeholder model/stakeholderism*.³⁸ In het laatstgenoemde model, dat in Nederland tot uitgangspunt wordt genomen, wordt aangenomen dat de voornoemde welvaart niet optimaal kan worden gecreëerd als de vennootschap en haar actoren zich enkel richten op het aandeelhoudersbelang, maar dat het richtsnoer voor bestuurders, commissarissen en – mogelijk – aandeelhouders het creëren van bredere welvaart is.³⁹

²⁹ HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:199, JOR 2023/119 m.nt. B. Kemp (Cordial).

³⁰ Ook in eerdere beschikkingen lijkt deze lijn te ontwaren. Zie HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2161, NJ 2003/286 m.nt. J.M.M. Maeijer (RNA), r.o. 3.7; HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544 m.nt. P.van Schilfgaarde (ASMI), r.o. 4.4.1.

³¹ L. Timmerman, De rol van vennootschappelijk belang en strategie bij het beschermen van beursvennootschappen, TvOB 2018, afl. 1, par. 3; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/128.

³² Zelf denk ik, zoals ik in mijn JOR-annotatie bij de Cordial-beschikking heb uiteengezet, dat deze tweeledige benadering niet gelukkig is (zie JOR 2023/119).

³³ HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1283, NJ 2024/22 m.nt. De Kluiver; JOR 2024/1 m.nt. Lokin (Funda).

³⁴ Nederlandse Corporate Governance Code 2022, preambule onder ‘Uitgangspunten’.

³⁵ Zie voor schuldeisers bijv. Hof Amsterdam (OK) 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4295, JOR 2020/85 m.nt. P.H.M. Broere (Zed+); Hof Amsterdam (OK) 10 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:302, JOR 2022/147 m.nt. B. Kemp (Funda). Zie voor spaarders HR 1 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1586, NJ 2014/167 m.nt. P. van Schilfgaarde. Zie voor een potentiële bidder Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965, JOR 2017/261 m.nt. C.D.J. Bulten. Zie voor werknemers Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ7369, JOR 2011/288 m.nt. A. Doorman; Hof Amsterdam 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965, JOR 2017/261 m.nt. C.D.J. Bulten. Zie voor publieke belangen Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2033, JOR 2020/281 m.nt. S.M. Bartman.

³⁶ Zoals eerder ook al verdedigd met Eijsbouts: A.J.A.J. Eijsbouts & B. Kemp, Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang, TvOB 2012, afl. 5, p. 120-132. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/125. Op de vraag in hoeverre dergelijke belangen door middel van een juridische procedure kunnen worden beschermd en hoe die belangen kunnen worden vertegenwoordigd, wordt hierna ingegaan.

³⁷ P. Bolton, M. Becht & A. Roell, Corporate governance and control, in: G.M. Constantinides, M. Harris & R. Stulz, Handbook of the economics of finance, Amsterdam: Elsevier 2003, vol. 1, p. 1-109; M. Magill, M. Quinzil & J. Rochet, A theory of the stakeholder corporation, *Econometrica* (83) 2015, p. 1685.

³⁸ Zie voor uitgebreide literatuurverwijzingen over deze twee visies Kemp 2022.

³⁹ Bij de verschillende opvattingen en gezichtspunten hieromtrent heb ik reeds eerder uitgebreid stilgestaan: Kemp 2022, p. 35-40. Zie verder recent ook nog uitgebreid S.M. Bainbridge, *The profit motive. Defining shareholder value maximization*, Cambridge: Cambridge University Press 2023.

3 Rechtsvorming en de rol van rechtsvormers in het recht, en in het bijzonder het ondernemingsrecht

3.1 Dynamische rechtsvorming in het ondernemingsrecht

Het reguleren van het gedrag van en binnen ondernemingen vereist open normen. Het is moeilijk te voorspellen hoe de betrokkenen in de (meer) complexe verhoudingen binnen de vennootschap zich jegens elkaar behoren te gedragen, waardoor het onmogelijk is vooraf alle mogelijke scenario's te reguleren. Gedragsnormen, zoals de redelijkheid en billijkheid, voorzien hierin door in brede zin een bepaald gedrag voor te schrijven. Dit is te meer belangrijk omdat ondernemingen vaak lang bestaan, hetgeen het nog moeilijker maakt om te voorzien welke situaties zich in de toekomst kunnen voordoen. Als gevolg hiervan kan de gebondenheid aan de redelijkheid en billijkheid verstrekende gevolgen hebben en diep ingrijpen in de vennootschapsstructuur naarmate de tijd voortschrijdt.

Een voorbeeld waar dit een rol lijkt te hebben gespeeld, is de beschikking van de Ondernemingskamer inzake de bisschoppenconferentie en de Radboud Universiteit.⁴⁰ Deze zaak ging – samengevat – over de Stichting Katholieke Universiteit, bij welke stichting de bisschoppenconferentie verantwoordelijk was voor de benoeming en het ontslag van bestuursleden. Over een periode van een aantal jaar weigerde de bisschoppenconferentie de door het bestuur van de stichting voorgedragen bestuurders te benoemen omdat zij onvoldoende de katholieke waarden zouden naleven. Hierdoor ontstond een impasse in het benoemingsproces voor nieuwe leden van de stichting. Uiteindelijk zagen de bestuurders van de stichting zich genoodzaakt om zich tot de Ondernemingskamer te wenden met het verzoek een enquête te gelasten en – belangrijker nog – onmiddellijke voorzieningen te treffen waarmee feitelijk werd bewerkstelligd dat de governance van de stichting definitief en ingrijpend – ten nadele van de bisschoppenconferentie – zou worden aangepast. De Ondernemingskamer ging hierin mee en trof die voorzieningen, als gevolg waarvan de bisschoppenconferentie een belangrijk deel van haar invloed verloor. Dit is een verstrekende maatregel, temeer nu een onderzoek nog moest plaatsvinden.⁴¹ De reden die de Ondernemingskamer hiervoor primair benoemde, is het publieke belang van de universiteit en het universitair medisch centrum,⁴² maar ook het feit dat de gemaakte governanceafspraken relatief oud waren, dat die minder bij de huidige tijdsgeest pasten en dat de omvang en rol van de universiteit waren veranderd, lijken hierbij een rol te hebben gespeeld.⁴³ Deze beschikking

laat dus zien dat gedrag en de belangen van betrokkenen, mede als gevolg van veranderende maatschappelijke opvattingen, kunnen leiden tot ingrijpen in een reeds lange tijd bestaande – en voorheen functionerende – governance.

Naast verloop van tijd is relevant dat de juridische en bedrijfsomstandigheden waarin ondernemingen opereren dynamisch zijn. Als gevolg hiervan is sprake van relatief veel vernieuwing in het ondernemingsrecht.⁴⁴ Dit is terug te zien in ontwikkelingen rondom *special committees* en *executive committees*, *dual class and loyalty voting shares*, *de board observer*, *majority of the minority*-goedkeuringsrechten enzovoort, maar ook in meer fundamentele discussies over de rol van ondernemingen en het ondernemingsrecht bij het aangaan van maatschappelijke uitdagingen als klimaatverandering en maatschappelijke ongelijkheid. Ondernemingen zijn een belangrijke speler in de maatschappij, zij zijn er uiteindelijk vóór de maatschappij. Het ondernemingsrecht zou in mijn ogen bij deze maatschappelijke uitdagingen niet aan de zijlijn moeten staan, maar – net als andere onderdelen van het recht – op verstandige wijze moeten worden ingezet om die uitdagingen aan te pakken.

3.2 Het formuleren van subnormen

De ondernemingsrechtelijke gedragsnormen zijn van groot belang voor de regulering van ondernemingen.⁴⁵ Die gedragsnormen zijn echter – zoals hiervoor beschreven – noodzakelijkerwijs open geformuleerd, en worden nader ingevuld afhankelijk van de omstandigheden. Als bepaalde omstandigheden zich vaker voordoen, kunnen met het oog op de rechtszekerheid subnormen worden geformuleerd. Met die subnormen kunnen nadere regels en gezichtspunten worden gegeven over hoe om te gaan met die of vergelijkbare omstandigheden.⁴⁶ In het ondernemingsrecht zijn rechtsvormers veelvuldig bezig met het formuleren en aanscherpen van dergelijke subnormen. Een voorbeeld hiervan is de regeling over hoe om te gaan met bestuurders en commissarissen die een (potentieel) tegenstrijdig belang hebben.⁴⁷ De regels dat deze functionarissen het vennootschappelijk belang moeten behartigen en redelijk en billijk moeten handelen, betekenen dat een functionaris niet zijn eigen belang boven het belang van de vennootschap mag stellen. Om dat te waarborgen voorziet het recht in een

⁴⁰ Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2033, JOR 2020/281 m.nt. S.M. Bartman.

⁴¹ Zie kritisch over de vraag of er niet andere mogelijkheden waren geweest M.J. van Uchelen-Schipper in *Ondernemingsrecht* 2020/144. Eveneens op een aantal punten kritisch: H.J. de Kluiver, *Kroniek van het ondernemingsrecht*, NJB 2021/1216.

⁴² Hof Amsterdam (OK) 21 juli 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2033, r.o. 4.10 e.v.

⁴³ Ook Bartman staat in zijn JOR-annotatie stil bij deze punten: JOR 2020/281.

⁴⁴ Zie S.M. Bainbridge, *Do we need a restatement of the law of corporate governance?* (Law & Economics Research Paper no. 22-06), UCLA School of Law 2022; L.A. Bebchuk & A. Hamdani, *Federal corporate law: Lessons from history*, *Columbia Law Review* (106) 2006, 1793-1836.

⁴⁵ Zie hierover bijv. ook Timmerman in zijn commentaar bij art. 2:8 BW in *Sdu Commentaar Ondernemingsrecht* 2023.

⁴⁶ Zie over normen en subnormen in het ondernemingsrecht Timmerman 2023a; 2023b.

⁴⁷ Het tegenstrijdigbelangleerstuk is slechts één van velen waarin open normen nader zijn geconcretiseerd voor bepaalde situaties. Andere voorbeelden die veel aandacht krijgen in de literatuur zijn bestuurdersaansprakelijkheid, het gebruik van beschermingsconstructies bij overnames, zorgplichten van de vennootschap en meerderheidsaandeelhouders jegens minderheidsaandeelhouders en de hierna nog te bespreken informatierechten van aandeelhouders.

regeling over hoe om te gaan met tegenstrijdige belangen. De eerste wettelijke bepaling dateerde uit 1929,⁴⁸ welke regeling vervolgens in de rechtspraak nader is ingevuld, met als bekendste uitspraak het Bruil-arrest van de Hoge Raad uit 2007.⁴⁹ Daarna heeft de wetgever het Bruil-arrest willen codificeren en het mechanisme van de tegenstrijdig-belangregeling gewijzigd van een vertegenwoordigingsregel naar een besluitvormingsregel.⁵⁰ Vervolgens bleef de rechter de al eerder door de Ondernemingskamer voorgeschreven Linders Hofstee-doctrine toepassen voor situaties waarin sprake was van een tegenstrijdig belang.⁵¹ De Ondernemingskamer heeft meer recent in een reeks beschikkingen getracht het leerstuk weer een stap verder te brengen,⁵² en vervolgens twee overzichtsbeschikkingen gegeven.⁵³ Nadat op deze twee overzichtsbeschikkingen stevige kritiek verscheen in de literatuur,⁵⁴ heeft de Ondernemingskamer haar overwegingen nogmaals verder verfijnd.⁵⁵ Deze ontwikkeling laat zien hoe sprake kan zijn van een doorlopende

dialoog tussen rechter, wetgever en wetenschap om tot een verdere invulling van subnormen te komen. Over de rol van deze rechtsvormers in het recht in het algemeen is al veel geschreven.⁵⁶ Hierna beperk ik mij tot de rol van rechtsvorming in het (Nederlandse) ondernemingsrecht.

3.3 Rechtsvorming door de wetgever en de rechter in het ondernemingsrecht

Doordat het ondernemingsrecht een dynamisch rechtsgebied is, heeft de rechter in de regel een belangrijker rol in de rechtsvorming dan in een meer statisch rechtsgebied.⁵⁷ Immers, het wetgevingsproces van de wetgever is gedegen, maar kost ook veel tijd en kan daarom nieuwe ontwikkelingen in veel gevallen niet tijdig en adequaat adresseren.⁵⁸ De rechter daarentegen wordt met een zaak geconfronteerd zodra een nieuwe ontwikkeling in de praktijk wordt toegepast en een partij dit voor de rechter brengt. Daarnaast lijkt de wetgever niet altijd genege onderwerpen in het ondernemingsrecht verder te willen reguleren. Op zichzelf is dat niet verrassend. Ten eerste moet de wetgever alle rechtsgebieden behandelen, ook andere rechtsgebieden met een grote maatschappelijke invloed, zoals het familierecht en erfrecht.⁵⁹ De wetgever heeft ook niet oneindige middelen beschikbaar voor wetgevingsprojecten. Daarnaast kan het een bewuste keuze zijn om rechtsvorming over te laten aan de rechtspraak. Dit ligt vooral voor de hand in situaties die sterk afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval en waar meer generieke regels moeilijk te formuleren zijn. Een voorbeeld hiervan is het belanghebbendenbegrip zoals dat is ingevoerd voor de jaarrekeningprocedure. Iedere belanghebbende kan een jaarrekeningprocedure starten, en de wet geeft niet meer handvatten voor wie als belanghebbenden moeten worden beschouwd. Dit was een bewuste keuze van de wetgever, die een nadere afgrenzing van het be-

48 Art. 51 WvK (1929). Zie hierover J.G. Kist, Visser. Beginselen van het handelsrecht. De naamlooze vennootschap, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1929, p. 232; E.J.J. van der Heijden, Handboek voor de naamlooze vennootschap naar Nederlandsch recht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1929, p. 307.

49 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, NJ 2007/420 m.nt. J.M.M. Maeijer. Zie voor een overzicht van de uitspraken voorafgaand aan Bruil J.M. de Jongh, Twee eeuwen tegenstrijdig belang (Erasmus Law Lectures 48), Den Haag: Boom juridisch 2019.

50 Art. 2:129/239 lid 6 BW. Zie daarover De Jongh 2019.

51 Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, NJ 1984/481. Deze regels zijn: het uit elkaar houden van de verschillende belangen, het betrachten van openheid over de verschillende belangen en het onder omstandigheden inschakelen van een deskundige derde om te waarborgen dat de handeling onder marktconforme voorwaarden wordt verricht.

52 Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354, JOR 2018/210 m.nt. C.D.J. Bulten (Intergamma); Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3532, JOR 2018/41 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Staphorst Ontwikkeling); Hof Amsterdam (OK) 22 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4666, JOR 2015/98 m.nt. M. Holtzer (Xeikon I); Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377, JOR 2018/94 m.nt. M.W. Josephus Jitta (Xeikon II).

53 Hof Amsterdam (OK) 8 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1734, JOR 2022/175 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Omines Services); Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1287, JOR 2022/176 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Flevo Berry).

54 A.F.J.A. Leijten, Tegenstrijdig belang, in: C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff & P.H.M. Broere (red.), Handboek enquêterecht (VDHI nr. 175), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 1039 e.v.; L. Timmerman, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 28 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1287, ARO 2022/103 en A.F.J.A. Leijten in JOR 2022/176; H.J. de Kluiver, Kroniek van het ondernemingsrecht, NJB 2023/1079; T. Salemink & M.P. Nieuwe Weme, Bestuurlijk handelen bij tegenstrijdig belang, Ondernemingsrecht 2022/83, p. 583 e.v.; K.A.M. van Vught, Algemene overwegingen over tegenstrijdig belang. Een reël risico op verwarring, WPNR 2022, afl. 7384, p. 621 e.v.

55 Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:844, JOR 2023/182 m.nt. A.F.J.A. Leijten (i3) en Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:846, JOR 2023/183 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Ergo Buildings); Hof Amsterdam (OK) 12 september 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2678, JOR 2023/39 m.nt. C.M. Stokkermans (HFMS). In die beschikkingen kwam het begrip 'belangenverstrengeling' niet meer terug. Recent echter dook dit begrip wel weer op in de meest recente i3-beschikking: Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:369.

56 Zie bijv. Nederlandstalige klassiekers als: Scholten, Asser/Scholten Algemeen deel* 1974; Asser/Vranken Algemeen deel** 1995; G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, Deventer: Tjeenk Willink 1999; H.C.F. Schoordijk, Realistische en pragmatische rechtsvinding, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014; W. van Gerven, Het beleid van de rechter, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974; W. van Gerven, Algemeen deel (Beginselen van Belgisch Privaatrecht 1), Antwerpen/Utrecht: Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij 1969; W. van Gerven & S. Lierman, Algemeen deel: veertig jaar later (Beginselen van Belgisch Privaatrecht 1), Mechelen: Kluwer 2010.

57 Bulten & Jansen 2015; C.D.J. Bulten & C.J.H. Jansen, Over het spanningsveld tussen partijautonomie en rechtszekerheid, in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar (red.), Rechtsvinding op veertien terreinen (SteR nr. 12), Deventer: Kluwer 2012, p. 257-273.

58 Zie voor een overzicht van het typische wetgevingstraject S.E. Zijlstra e.a. (red.), Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 7.

59 In het interview van de OK-voorzitters in het *Handboek enquêterecht* is te lezen: 'Makkink vindt het ontzettend leuk dat er zoveel geschreven wordt, maar: "Ik denk soms ook wel 'ik hoop dat een van deze mensen het ondernemingsrecht eens een jaartje laat rusten en een goed handboek over de Wet schuldsanering natuurlijke personen schrijft'." Daar is volgens hem meer behoefte aan dan een zoveelste annotatie bij een uitspraak van de Ondernemingskamer' (C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff & P.H.M. Broere (red.), Handboek enquêterecht (VDHI nr. 175), Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 3.5).

grip aan de rechtspraak wilde laten.⁶⁰ In de arresten Molenschot en Gemeenschappelijk Kernenergiecentrale Nederland heeft de Hoge Raad die handvatten vervolgens gegeven.⁶¹ Ook kan het zijn dat meer generieke regels wel mogelijk zijn, maar dat de vraag is welke regels de juiste zouden zijn. Ook dan kan het verstandig zijn om eerst de rechtsvorming in de praktijk af te wachten en daarna te heroverwegen hoe dat onderwerp zou moeten worden gereguleerd.

3.3.1 Ondersteuning van het wetgevingsproces

Tegelijkertijd kan de vraag worden gesteld of het wetgevingsproces niet op punten effectiever kan worden ingesteld, rekening houdend met de capaciteit en prioriteiten vanuit het Ministerie van Justitie en Veiligheid. Kijkend naar andere Europese landen valt op dat bij het recente en ambitieuze wetsherzieningsproject in België experts met draagvlak binnen hun rechtsgebied bij Ministerieel Besluit werden aangesteld om wetsvoorstellen voor te bereiden en die vervolgens te publiceren voor overleg met hun vakgenoten, belangengroeperingen en de burger.⁶² Uiteindelijk werden die wetsvoorstellen dan naar de regering en het parlement gebracht. Op deze manier is in België een groot deel van het privaats- en handelsrecht in relatief korte tijd herzien. In Engeland is voor een meer permanente vorm van praktijkinvloed op wetsherzieningen gekozen in de vorm van de Law Commission.⁶³ Dit is een commissie die wordt gevormd door een viertal *commissioners* – die vaak een academische of advocatuurlijke achtergrond hebben met een bewezen staat van dienst – die zich fulltime richten op projecten tot het introduceren en verbeteren van wetgeving onder de leiding van een hogere rechter. Eén van die commissies heeft de portefeuille *commercial and common (law)*. Deze commissies werken met een klein team van juristen, waaronder wetgevingsjuristen. Op die manier kunnen zij hoogwaardige wetsvoorstellen voorbereiden en eventueel met behulp van parlementariërs direct naar het parlement brengen, zonder betrokkenheid van het kabinet. Verder is noemenswaardig dat in de Verenigde Staten het American Law Institute (ALI) actief is.⁶⁴ De missie van dit instituut is 'to pro-

mote the clarification and simplification of the law and its better adaptation to social needs, to secure the better administration of justice, and to encourage and carry on scholarly and scientific legal work'. Dit doel probeert het te bereiken door bepaalde projecten uit te voeren, waaronder zogenoemde *re-statements* en *principles*. De restatements richten zich primair tot de rechter met het doel om de 'common law' te formuleren en weer te geven wat de huidige stand van het recht is en hoe het mogelijk zou kunnen worden geformuleerd (gevormd) door de rechter. Principles zijn primair gericht tot de wetgever, maar kunnen zich ook tot de rechter richten voor het geval er op een bepaald rechtsgebied weinig materieel recht is. De Director en Projects Committee van het ALI bepalen welke rechtsgebieden potentieel in aanmerking komen voor een project, waarna de Council het project goedkeurt en een rapporteur aanwijst. De rapporteur, die bijna altijd een hoogleraar op het desbetreffende rechtsgebied is, structureert het project, maakt de conceptrapportages en presenteert de concepten aan zogenoemde adviseurs en leden van de Members Consultative Group. Uiteindelijk moet dit leiden tot een proces waarbij een concept langs de Council gaat en vervolgens wordt goedgekeurd door de algemene vergadering van het ALI. Die goedkeuring leidt tot een officiële tekst van het rapport, waarmee het project is afgerond. Op het gebied van het ondernemingsrecht heeft het ALI verschillende projecten gehad. In de periode 1977 tot 1994 was er het project 'Corporate Governance: Analysis and Recommendations' (eerder genoemd: 'Principles of Corporate Governance and Structure: Restatement and Recommendations')⁶⁵ en sinds 2019 wordt gewerkt aan een Corporate Governance Restatement onder leiding van professor Edward Rock.⁶⁶ Op het niveau van de individuele staten is daarnaast de Corporate Law Council van de Delaware Bar Association interessant.⁶⁷ Deze council bestaat uit ondernemingsrechtadvocaten die in hun praktijk een nadruk hebben op het adviseren van en procederen voor ondernemingen of investeerders in ondernemingen. Deze council doet ieder jaar aanbevelingen aan de wetgever voor aanpassingen van de Delaware General Corporation Law.⁶⁸ De Council bestaat uit 22 leden en haar voorstellen moeten eerst worden goedgekeurd door de Delaware State Bar Association, Corporation Law Section, die bestaat uit meer dan vijfhonderd leden.⁶⁹

In Nederland worden tot op zekere hoogte vergelijkbare initiatieven ontplooid, bijvoorbeeld met het gebruik van expert-

60 Kamerstukken II 1967/68, 9595, nr. 3, p. 10 l.k. (MvT) en Kamerstukken II 1968/69, 9595, 9596, nr. 6, p. 4 r.k. (MvA).

61 HR 11 mei 1983, ECLI:NL:PHR:1983:AG4588, NJ 1984/3 m.nt. J.M.M. Maeijer (Molenschot); HR 26 juni 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AC8964, NJ 1986/307 m.nt. J.M.M. Maeijer (Gemeenschappelijk Kernenergiecentrale Nederland). Timmerman merkt in zijn conclusie bij HR 26 juni 2022, ECLI:NL:HR:2020:1142, JOR 2020/234 m.nt. E.C.A. Nass (GNN Brabant Beheer) op dat er echter nog steeds discussie bestaat over wie als belanghebbende in de zin van de jaarrekeningprocedure moet worden aangemerkt. Zie verder overigens ook recent de overweging van de Ondernemingskamer in de Olympus Midco-beschikking, waar de Ondernemingskamer kiest voor de maatstaf uit de Scheipar-beschikking: Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1765, ARO 2023/122 m.nt. J.H.M. Willems (Olympus Midco).

62 Zie hierover K. Geens, De hercodificatie in België: een korte stand van zaken, in: M. Faure e.a. (red.), *Eindeloos getob*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 477-488; E. Dirix, De hercodificatie van het burgerlijke recht in België, WPNR 2021, afl. 7338, p. 636-642.

63 De wettelijke grondslag voor deze commissie is gelegen in de Law Commissions Act 1965. Zie verder www.lawcom.gov.uk/.

64 Zie www.ali.org/.

65 Gepubliceerd in: The American Law Institute, *Principles of corporate governance. Analysis and recommendations*, St. Paul: American Law Institute Publishers 1994.

66 Zie www.ali.org/projects/show/corporate-governance/. Deze restatement bevindt zich ondertussen in een afrondende fase.

67 Zie www.dsba.org/sections-committees/sections-of-the-bar/corporation-law/.

68 Zie ook Strine, die schreef dat de wetgever het maken van wetgeving op het gebied van het ondernemingsrecht heeft *deferred* aan de Corporate Law Council: L.E. Strine, *The Delaware way: How we do corporate law and some of the new challenges we (and Europe) face*, *Delaware Journal of Corporate Law* 2005/30.

69 Zie www.dsba.org/sections-committees/sections-of-the-bar/corporation-law/.

commissies. Zo heeft de Minister voor Rechtsbescherming een expertgroep modernisering van het NV-recht ingesteld vanwege ‘het technische karakter van het NV-recht’.⁷⁰ Daarbij is echter wel van belang dat in die expertgroep ook belangengroeperingen zijn vertegenwoordigd, zoals Eumedion, de VEB, VNO-NCW en de VEVO. Het voordeel hiervan is dat dit in de regel het draagvlak vanuit die groeperingen voor de adviezen van de expertgroep ten goede komt. Tegelijkertijd is een potentieel nadeel dat de belangen die zij vertegenwoordigen al direct invloed uitoefenen op de inhoud van deze ‘technische’ adviezen, in plaats van dat het advies tot stand komt op basis van enkel de input van onafhankelijke experts.⁷¹ Ook bestaat het risico dat deze partijen vasthouden aan de standpunten die het meest gunstig zijn voor hun eigen achterban, als gevolg waarvan compromissen moeilijk tot stand komen. De wetgever zou erover kunnen nadenken of hij niet een stap verder kan gaan en meer zou kunnen neerleggen bij onafhankelijke experts, zoals de eveneens door het ministerie ingestelde commissie vennootschapsrecht,⁷² uiteraard zonder zelf het uiteindelijke mandaat over het wetgevingsproces prijs te geven. De praktijk kan overigens ook zelf het voortouw nemen en proactief ervoor kiezen om de wetgever te adviseren. Een voorbeeld hiervan is de Werkgroep Personenvennootschappen onder leiding van Van Olffen, die een voorstel heeft gedaan voor een nieuwe regeling over de personenvennootschappen.⁷³ Dit voorstel is vervolgens de basis geweest voor het concept-wetsontwerp dat ter consultatie is gepubliceerd.⁷⁴

3.3.2 Rechtsvorming door de rechter

Vooralsnog is de rol van de wetgever in de rechtsvorming van het ondernemingsrecht in de praktijk relatief bescheiden. Dit maakt – naast de hiervoor genoemde redenen⁷⁵ – de rol van de rechter in de rechtsvorming van het ondernemingsrecht nog belangrijker.⁷⁶ Dat de rechter die rol heeft, staat allang niet

meer ter discussie,⁷⁷ maar de vraag is wel hoever die rol strekt. Aardig is in dit verband het door de Britse rechter Bingham gemaakte onderscheid tussen de opvatting dat (1) de rechter recht mag vormen binnen bepaalde limieten en (2) de rechter niet alleen recht mag vormen, maar daarbij ook moet nastreven het recht te vormen op een manier die rechtvaardigheid brengt in de individuele zaak.⁷⁸ De tweede opvatting, die door Bingham ook wel wordt aangeduid als dynamische rechtsvorming, heeft het voordeel dat in iedere zaak wordt gezocht naar de redelijke uitkomst.⁷⁹ Tegelijkertijd zijn er ook nadelen. Zo werkt een dergelijke houding rechtsonzekerheid in de hand en is hetgeen als ‘redelijk’ wordt ervaren mede afhankelijk van de opvattingen, achtergrond en ervaringen van de individuele rechter. Deze twee nadelen versterken elkaar bovendien; onzeker recht versterkt de kans dat een rechter – noodgedwongen – meer moet leunen op zijn eigen inzichten en zich minder kan laten (bege)leiden door de rechtsregels. Een derde nadeel is dat rechters niet hele effectieve rechtshervormers zijn. Enerzijds ligt dit in het feit dat het wetgevingsproces een meer robuust proces van rechtsvorming is met meer mogelijkheden voor belanghebbende partijen om zich – direct en indirect – uit te laten over de voorgenomen rechtsvorming. Anderzijds zijn de kwaliteiten van een rechter niet dezelfde kwaliteiten als die van een creatieve rechtsvormer. De eveneens Britse rechter Lord Devlin omschrijft dit als volgt:

‘The disinterested application of the law calls for many virtues, such as balance, patience, courtesy and detachment, which leave little room for the ardour of the creative reformer. I do not mean that there should be demarcation or that Judges should down tools whenever they meet a defect in the law. I shall consider later to what extent in such a situation the judge should be activist. But I am quite convinced that there should be no judicial dynamics.’⁸⁰

Dit alles geldt te meer als de rechter zich moet buigen over vraagstukken die in essentie meer politiek dan juridisch zijn. Dan begeeft de rechter zich op een terrein waar hij liever weg

70 Zie www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-justitie-en-veiligheid/organisatie/organogram/commissies-ministerie-van-jenv/expertgroep-modernisering-nv-recht.

71 Zie ook nog De Kluiver, die recent schreef: ‘Naar Nederlands gebruik bestaat die Expertgroep overigens vooral uit afgevaardigden van de diverse betrokken organisaties zoals VNO-NCW, VEVO, Eumedion en de VEB. Uit de adviezen van die Expertgroep spreekt vooral dat de leden van de groep zich nadrukkelijk bewust zijn van hun affiliatie en mijn indruk is niet dat zij zich daarvan losmaken’ (De Kluiver 2023).

72 De wettelijke basis voor deze commissie kan worden gevonden in art. 1 lid 3 Wet adviesstelsel Justitie, dat bepaalt: ‘De commissie vennootschapsrecht heeft tot taak de regering en de beide kamers der Staten-Generaal te adviseren over wetgeving op het terrein van het vennootschapsrecht en het rechtspersonenrecht in het algemeen.’

73 Zoals gepubliceerd in: M. van Olffen e.a. (red.), *Modernisering personenvennootschappen* (VDHI nr. 137), Deventer: Wolters Kluwer 2016, waar in het voorwoord ook het element van het particuliere initiatief wordt genoemd.

74 MvT, Tweede ambtelijk voorontwerp Wet modernisering personenvennootschappen, p. 2.

75 Zie par. 3.1.

76 L. Timmerman & B.F. Assink, *Is de economische werkelijkheid een uitgangspunt voor het gehele ondernemingsrecht?*, *Ondernemingsrecht* 2023/101, p. 715-716.

77 Zie over die ontwikkeling onder meer G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvorming* (vierde druk), Deventer: Tjeenk Willink 1999. Zie echter wel C.A.J.M. Kortmann, *De rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen, *Raad en daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 31-37, en de reacties die daarop zijn gekomen, waaronder: P.P.T. Bovend’Eert, *Wetgever, rechter en rechtsvorming. Partners in the business of law?*, *RMThemis* 2009, afl. 4, p. 145-153; A. Hammerstein, *Rechtsvorming door de rechter is onvermijdelijk*, *AA* 2009, afl. 10, p. 672-675; C. Schutte, *De ‘rechtsvormende taak’ van de rechter? Een kritische noot. Discussie over de wenselijkheid van rechterlijke rechtsvorming: een gepasseerd station?*, *AA* 2009, afl. 10, p. 676-680.

78 T. Bingham, *The business of judging. Selected essays and speeches 1985-1999*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 25 e.v.

79 Zie voor de ‘leer van de redelijke uitkomst’ J.M. de Jongh & A.J.P. Schild, *De leer van de redelijke uitkomst*, *NJB* 2013/2124.

80 P. Devlin, *The judge*, Oxford: Oxford University Press 1981, p. 5.

zou (moeten willen) blijven.⁸¹ In het ondernemingsrecht zal niet snel sprake zijn van dergelijke vraagstukken. Een uitzondering hierop is, naast bepaalde onderdelen van het medezeggenschapsrecht, de wijze waarop de bevoegdheidsverdeling wordt vormgegeven en bij wie binnen de vennootschap de 'uiteindelijke macht' ligt.⁸² Hoewel de wettelijke regeling op dit punt sinds 1929 maar in beperkte mate is gewijzigd, heeft de rechter dit landschap grondig gewijzigd. Hierbij is de autonomie van de vennootschapsleiding, mede met gebruik van het begrip strategie, belangrijker geworden, en zijn de positie en macht van de aandeelhouders teruggebracht.⁸³ Deze wijziging heeft de rechter langzaam ontwikkeld op basis van een groot aantal arresten en met gevoel voor de maatschappelijke ontwikkelingen.⁸⁴ Dat laatste komt ook terug in de wijze waarop de Hoge Raad de Nederlandse Corporate Governance Code en de daarin neergelegde rechtsovertuiging heeft meegenomen.⁸⁵

81 Zie voor een interessant pleidooi dat het ook moedig is om als rechter juist terughoudend te zijn waar het gaat om rechtspolitieke vraagstukken J.E. Soeharno, De moed tot onpartijdigheid, AA 2020, afl. 10, p. 942-948. Zie verder ook J.E. Soeharno, Gezocht: een rechter die rechtsprekt vanuit karakter en geweten. Over rechtspraak in gepolariseerde zaken, NJB 2023/2888.

82 Een ander onderwerp waaraan zou kunnen worden gedacht, is in hoeverre vennootschappen bescherming toekomt onder bepaalde mensenrechten. Zie hierover in de Nederlandse literatuur onder meer L. Timmerman, Hebben rechtspersonen mensenrechten?, in: P. van Schilfgaarde e.a., Rechtspleging in het ondernemingsrecht (IVOR nr. 26), Deventer: Kluwer 1997, p. 43-55; A.P.J. Schild, Grondrechten en het ondernemingsrecht, het Nederlandse perspectief, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011, Deventer: Kluwer 2011, p. 333-340; A.P.J. Schild, De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 2012. Illustratief is verder ook de Amerikaanse zaak *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, waar de US Supreme Court een beslissing moest nemen over of een Amerikaanse vennootschap op basis van godsdienstvrijheid kon worden uitgezonderd van de verplichting om voor haar vrouwelijke werknemers anticonceptie beschikbaar te maken, omdat haar aandeelhouders een uitgesproken religieuze signatuur hadden (*Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682 (2014)). Een 5-4-meerderheid besloot dat die vennootschap inderdaad moest worden uitgezonderd. De Supreme Court kwam daartoe onder meer door te overwegen dat de vennootschap moet worden gezien als een vereniging van aandeelhouders, in plaats van een zelfstandig instituut, als gevolg waarvan de rechten die de individuele aandeelhouders beschermen ook kunnen worden toegepast op de vennootschap. Zie hierover bijv. E. Pollman, Corporate law and theory in *Hobby Lobby*, in: M. Schwartzman, C. Flanders & Z. Robinson (red.), *The rise of corporate religious liberty*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 149-171.

83 Deze ontwikkeling wordt in een aantal recente proefschriften beschreven, waaronder die van Garcia Nelen (S.B. Garcia Nelen, *De beursvennootschap, corporate governance en strategie* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2020) en Terstege (J.A. Terstege, *Beperking van de bestuursbevoegdheid bij de naamloze en besloten vennootschap* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2022). Terstege verbindt hieraan zelfs de conclusie dat het voor de hand zou liggen om de restbevoegdheid te verplaatsen van de algemene vergadering (art. 2:107/217 BW) naar het bestuur (Terstege 2022, p. 92).

84 Voor een gedetailleerde beschrijving van deze ontwikkeling na de Tweede Wereldoorlog, zie F.G.K. Overkleeft, *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

85 HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972 m.nt. J.M.M. Maeijer (ABN AMRO/VEB); HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976 m.nt. P. van Schilfgaarde (ASMI II).

Ondanks de belangrijke rol van de rechter blijft de wetgever wel de hoogste macht in de rechtsvorming. De wetgever kan ook een ongewenste rechtelijke uitspraak corrigeren.⁸⁶ Een beroemd voorbeeld hiervan – dat niets met het ondernemingsrecht te maken heeft – komt uit de Verenigde Staten en gaat over de zaak *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*⁸⁷ en de *Lilly Ledbetter Fair Pay Act* (2009). Deze zaak ging over de gelijke beloning van mannen en vrouwen. Lilly Ledbetter kreeg gedurende haar loopbaan bij Goodyear consequent een lage beoordeling bij jaarlijkse functionerings- en salarisbeoordelingen en lage verhogingen ten opzichte van andere werknemers. Zij beweerde dat Goodyear haar een te laag salaris had gegeven vanwege haar geslacht. Ledbetter klaagde Goodyear aan wegens genderdiscriminatie in strijd met Titel VII van de *Civil Rights Act* 1964. Het federale gerechtshof gaf haar gelijk, maar de Supreme Court oordeelde dat de vordering van Ledbetter te laat was ingediend, namelijk niet binnen de wettelijke termijn van 180 dagen na de discriminerende handeling (in dit geval iedere loonbeslissing). De beroemde *Supreme Court justice* en vrouwenvoorvechter Ginsburg⁸⁸ zat in de *dissenting minority* en schreef een opinie waarin zij betoogt dat beloningsverschillen aanzienlijk verschillen van andere vormen van discriminatie, zoals ontslag en het niet toekennen van een promotie. Deze laatste vormen van discriminatie zijn volgens haar gemakkelijk vast te stellen en stellen de werknemer in staat om meteen verhaal te halen. Loondiscriminatie komt daarentegen vaak in stappen voor en wordt pas na verloop van tijd duidelijk voor de benadeelde. De loonbeslissingen moeten daarom niet los van elkaar worden gezien, zoals de meerderheid van de Supreme Court deed, maar als een doorlopende handeling.⁸⁹ Hoewel Lilly Ledbetter haar zaak bij de Supreme Court verloor, bracht de opinie van Ginsburg het Congres van de Verenigde Staten in beweging. Het Congres oordeelde dat het in strijd is met zijn bedoeling dat – zoals de Supreme Court oordeelde – de wettelijke bescherming wordt beperkt. Met de *Lilly Ledbetter Fair Pay Act*⁹⁰ werd duidelijk dat elke salarisstrook die een vrouw zoals in Ledbetters situatie ontvangt, de discriminatie verlengt alsmede de tijd waarbinnen een rechtszaak kan worden aangespannen.⁹¹ Met andere woorden, de wetgever verduidelijkte de wet omdat hij het niet eens was met de uitleg die de hoogste rechter daaraan had gegeven.

86 Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/234. Zie ook I. Giessen, *De Hoge Raad versus de wetgever: wie hoedt het privaatrecht?*, NTBR 2014/26; I. Giessen, *Rechtsvorming* (Mon. BW nr. A3), Deventer: Wolters Kluwer 2020/3.

87 *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618 (2007).

88 Over het leven van Ginsburg zijn verschillende boeken verschenen. In het bijzonder lezenswaardig is haar eigen boek *My own words*, uitgegeven door Simon & Schuster in 2018.

89 *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 550 U.S. 618 (2007) (Ginsburg J. dissenting opinion).

90 *Lilly Ledbetter Fair Pay Act*, Public Law 111-2 (29 januari 2009).

91 R.B. Ginsburg, *The role of dissenting opinions*, *Minnesota Law Review* (95) 2010, p. 1-8.

3.4 De rol van de rechter, en in het bijzonder de Ondernemingskamer, in het Nederlandse ondernemingsrecht

Kijkend naar de rol die de rechter op zich neemt in het ondernemingsrecht, lijkt die zich ergens tussen de twee door Bingham beschreven opvattingen te bevinden. Dit komt mede doordat de rechter in het ondernemingsrecht veel met open normen moet werken, de afspraken die partijen met elkaar hebben gemaakt meestal slechts voorzien in een beperkt aantal situaties, en ondernemingen vaak een langdurige samenwerking inhouden, waarin de samenstelling van partijen met regelmaat kan wijzigen. Al die factoren maken dat de rechter in het ondernemingsrecht onder omstandigheden een meer actieve rol moet vervullen, ook op het gebied van rechtsvorming. Het Nederlandse ondernemingsrecht is daarbij ook bijzonder omdat de rechtsvorming binnen dit rechtsgebied voor een belangrijk deel plaatsvindt binnen één kamer: de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam.⁹² Deze kamer met drie raadsheren⁹³ en twee raden speelt via het enquêterecht, de jaarrekeningenprocedure, de uitkoopprocedure en de geschillenregeling (vooralsnog hoofdzakelijk in hoger beroep) een belangrijke rol in de rechtsvorming van het ondernemingsrecht. Bovendien heeft de Ondernemingskamer zich de afgelopen bijna dertig jaar een gewillige en soms zelfs activistische rechtsvormer getoond,⁹⁴ die daarbij veel gebruik maakt van open normen als de redelijkheid en billijkheid en het vennootschappelijk belang.

Dat de Ondernemingskamer deze rol vervult in een bestendige samenstelling met de toevoeging van raden⁹⁵ heeft belangrijke voordelen. Het kan een consistente rechtspraak ten goede komen en door de specifieke gerichtheid op het ondernemingsrecht kan de kwaliteit van de rechtsvorming op het gebied van het ondernemingsrecht hoog zijn. Bovendien hebben de raadsheren en raden van de Ondernemingskamer goede ondersteuning in de vorm van – op dit moment vijf⁹⁶ – ervaren secretarissen. Daarnaast is in ieder geval een aantal raadsheren van de Ondernemingskamer actief in specialisatieverenigingen en binnen redacties en spreken zij geregeld op congressen. Zij bevorderen hiermee actief het ondernemingsrecht, net als bijvoorbeeld de *chancellor* en *vice-chancellors* in de Delaware

Court of Chancery.⁹⁷ Deze voordelen lijken ook zichtbaar in de wijze waarop de praktijk naar de Ondernemingskamer kijkt. Over het algemeen wordt de kwaliteit van de rechtspraak van de Ondernemingskamer als hoog ervaren en de Ondernemingskamer speelt zonder twijfel een belangrijke rol bij de rechtsvorming van het ondernemingsrecht. Tegelijkertijd zitten er – in ieder geval in theorie – potentiële valkuilen in de centrale rol die de Ondernemingskamer inneemt. Ten eerste betekent de samenstelling dat het ondernemingsrecht voor zijn rechtsvorming sterk afhankelijk is van een relatief kleine groep raadsheren. Dat maakt de rechtsvorming meer gevoelig voor de invloeden van individuele raadsheren. Daarbij komt dat er geen mogelijkheid is van hoger beroep, partijen kunnen enkel in cassatie. De cijfers laten zien dat dit in de praktijk relatief weinig gebeurt.⁹⁸ Van het totaal aantal beschikkingen die door de Ondernemingskamer worden gewezen, komt dus maar een beperkt aantal bij de Hoge Raad. Komen die zaken wel voor de Hoge Raad, dan worden die zaken relatief minder vaak afgedaan met artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO). Ook heeft de Hoge Raad de afgelopen jaren een aantal belangrijke uitspraken gedaan waarin hij fundamentele onderdelen van het ondernemingsrecht uiteenzet,⁹⁹ waaronder in *Funda en Cordial*.¹⁰⁰ Tegelijkertijd merkt De Kluiver op dat de Hoge Raad op dit moment zeer terughoudend is met het formuleren van concrete richtlijnen en met name veel ruimte laat voor feitenrechters om aan de hand van alle omstandigheden van het geval tot een afweging te komen.¹⁰¹ Het nadeel van die benadering is dat deze de uitkomst van ondernemingsrechtelijke geschillen moeilijk voorspelbaar maakt en veel afhangt van de afweging van de individuele rechters.

4 Gevolgen van rechtsvorming door de rechter in het ondernemingsrecht

Wat betekent dit alles nu voor de rechtsvormende taak van de rechter in het ondernemingsrecht? Mijn indruk is dat veelal de literatuur in Nederland als eerste een dergelijke praktijkontwikkeling signaleert. Vervolgens lijkt de wetgever – en ook de Monitoring Commissie – in veel gevallen weinig bereid om dergelijke onderwerpen te reguleren. Als gevolg hiervan komen deze onderwerpen op het bord van de rechter, en is het aan de rechter – vaak de Ondernemingskamer – om hierover

92 Ook bij de gewone rechter vindt overigens rechtsvorming in het ondernemingsrecht plaats. Bestuurdersaansprakelijkheid is daarvan een goed voorbeeld.

93 In het totaal heeft de Ondernemingskamer volgens rechtspraak.nl zes raadsheren en twee plaatsvervangend-raadsheren.

94 Zie hierover, en in het bijzonder over de periode van Willems als voorzitter van de Ondernemingskamer, bijv. De Jongh 2022. Zie verder Bulten & Jansen 2012; 2015.

95 Zie over de rol van de raden in de Ondernemingskamer M.D. Hendriks, S.C. Prins & S. ten Have, De raad in de Ondernemingskamer, MvO 2021, afl. 7-8, p. 209-214.

96 Zo blijkt uit de huidige gegevens van de rechtspraak: www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechthoven/Gerechtshof-Amsterdam/Over-het-gerechtshof/Organisatie/Ondernemingskamer.

97 Bainbridge 2022; J.W. Verret, Delaware's guidance: Ensuring equity for the modern witenagemot (George Mason Law and Economics Research Paper Series 09-60), 2008.

98 Naar het enquêterecht zijn door de jaren heen verschillende cijfermatige onderzoeken verricht: K. Cools, P. Geerts, M.J. Kroeze & A.C.W. Pijls (red.), Het recht van enquête. Een empirisch onderzoek (IVOR nr. 65), Deventer: Kluwer 2009; J.B.S. Hijink & L.A. van de Sandt, Een empirisch onderzoek van het recht van enquête over de periode 2008-2020, in: Bulten e.a. 2022, p. 59-79; A.J.F. Lafarre e.a., Doelbereiking en effectiviteit van de Wet aanpassing enquêterecht in de praktijk, Tilburg University 2018.

99 Zie hierover ook B.F. Assink & L. Timmerman, Verscheidenheid en eenheid in het ondernemingsrecht, WPNR 2024, afl. 7438, p. 893-896.

100 HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:199, NJ 2023/166 m.nt. De Kluiver; JOR 2023/119 m.nt. Kemp (Bab/Cordial); HR 22 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1283, NJ 2024/22 m.nt. De Kluiver; JOR 2024/1 m.nt. Lokin (Funda).

101 H.J. de Kluiver, Kroniek van het ondernemingsrecht, NJB 2024/929.

recht te spreken.¹⁰² Een voorbeeld hiervan zijn loyaliteitsaandelen. Nadat de voorgenomen introductie van loyaliteitsaandelen bij DSM in 2007 had geleid tot een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer¹⁰³ en vervolgens tot een cassatie in belang der wet bij de Hoge Raad,¹⁰⁴ besloot de wetgever in de jaren daarna na rondetafeldiscussies met schragende partijen om niet over te gaan tot het reguleren van loyaliteitsaandelen.¹⁰⁵ Toen vervolgens in 2020 bij Mediaset een loyaliteitsstructuur werd voorgesteld, zagen de rechtbank¹⁰⁶ en – vooral – het gerechtshof Amsterdam zich genoodzaakt alsnog een aantal piketpalen te slaan over de invoering van loyaliteitsaandelen.¹⁰⁷ Ook deze ontwikkeling heeft niet geleid tot een wettelijke regeling voor loyaliteitsaandelen. De in paragraaf 3.3 al aangehaalde expertgroep heeft geadviseerd dat de invoering van een wettelijke regeling niet, althans onvoldoende, nodig of wenselijk is.¹⁰⁸ Wel komt de expertgroep nog met een advies over nut of noodzaak van begrenzing van loyaliteitsaandelen of andere vormen van meervoudig stemrecht.¹⁰⁹ Het was en blijft dus aan de rechter om te beslissen over hoe het recht rondom loyaliteitsaandelen moet worden gevormd.

Wordt specifiek gekeken naar open normen, dan doet de rechter daar veelvuldig aan rechtsvorming. Een voorbeeld hiervan – naast de reeds genoemde ontwikkelingen rondom tegenstrijdig belang¹¹⁰ – is de positie van minderheidsaandeelhouders in besloten verhoudingen.¹¹¹ De minderheidsaandeelhouder in besloten verhoudingen zit vaak in een weinig benijdenswaardige positie. Meestal is de meerderheidsaandeelhouder degene die de belangrijke besluiten binnen de algemene vergadering dicteert, waaronder de benoeming van bestuurders, en is de minderheidsaandeelhouder niet vertegenwoordigd in het bestuur. Daardoor bestaat het risico dat de meerderheidsaandeelhouder zijn machtspositie misbruikt om ervoor te zorgen dat vooral hij profiteert van de activiteiten van de vennootschap, en niet de minderheidsaandeelhouder.¹¹² De minderheidsaandeelhouder is dan voor de bescherming van zijn belangen aangewezen op de open gedragsnormen dat de vennootschap en

de meerderheidsaandeelhouder redelijk en billijk tegenover hem moeten handelen en dat het bestuur zorgvuldigheid moet betrachten met betrekking tot de belangen van de minderheidsaandeelhouder.¹¹³ Om na te kunnen gaan of dit het geval is, is het van belang dat de minderheidsaandeelhouder proactief en op verzoek van relevante informatie over de vennootschap wordt voorzien. De wettelijke regeling voorziet hierin slechts in zeer beperkte mate. Naast de redelijkheid en billijkheid bepaalt artikel 2:107/217 lid 2 BW dat de algemene vergadering recht heeft op de verzochte inlichtingen. In de ASMI-beschikking heeft de Hoge Raad deze wettelijke bepaling zo uitgelegd dat de individuele aandeelhouder binnen de algemene vergadering een verzoek om inlichtingen mag doen en dat de vennootschap dat verzoek, behoudens zwaarwichtige redenen, moet inwilligen.¹¹⁴ Deze wettelijke regeling biedt onvoldoende specifieke bescherming voor de minderheidsaandeelhouder in besloten verhoudingen. In dat kader had de Hoge Raad reeds op basis van de redelijkheid en billijkheid het leerstuk ontwikkeld dat de vennootschap zorgvuldigheid moet betrachten met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders en moet voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat.¹¹⁵ Vervolgens heeft de Ondernemingskamer deze rechtsregel gebruikt om een subnorm te ontwikkelen rondom informatievoorziening aan de minderheidsaandeelhouder in besloten verhoudingen.¹¹⁶ De huidige lijn van de Ondernemingskamer begon met de beschikkingen inzake Butot en Synpact.¹¹⁷ Vervolgens gebruikt de Ondernemingskamer de uitspraken inzake Bosal, Fuelplants en Brouwer Bloembollen om meer systematisch haar jurisprudentie op het vlak van informatieverplichtingen en -rechten in besloten verhoudingen uiteen te zetten.¹¹⁸ Daarbij overweegt zij in de kern dat in besloten verhoudingen niet de ASMI-jurisprudentie tot uitgangspunt moet worden genomen, maar dat de vennootschap uit hoofde van haar zorgplicht jegens de minderheidsaandeelhouder uit eigen beweging en op vragen van de minderheidsaandeelhouder ook buiten het verband van de

102 Art. 13 Wet AB.

103 Hof Amsterdam (OK) 28 maart 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA1717, JOR 2007/118 m.nt. M. Brink.

104 HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523, NJ 2008/105 m.nt. J.M.M. Maeijer.

105 Kamerstukken II 2008/09, 31371, nr. 197; Kamerstukken II 2010/11, 31980, nr. 25.

106 Rb. Amsterdam 26 februari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:1200, JOR 2020/143 m.nt. K.J. Bakker.

107 Hof Amsterdam (OK) 1 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2379, JOR 2020/279 m.nt. A.F.J.A. Leijten.

108 Advies van de Expertgroep Modernisering NV-recht over wenselijkheid van de invoering van een wettelijke regeling ter stimulering van loyaliteitsaandelen.

109 Brief minister Weerwind, Voortgang modernisering ondernemingsrecht, 24 januari 2023.

110 Zie par. 3.2.

111 In het najaar van 2024 verschijnt over dit onderwerp het zeer leeswaardige proefschrift van P.L. Hezer.

112 Dit wordt in de *law and economics*-literatuur ook wel beschouwd als een van de centrale *principal agent*-problemen binnen het vennootschapsrecht. Zie hierover bijv. Kraakman e.a. 2017.

113 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cancun); HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:199, NJ 2023/166 m.nt. H.J. de Kluiver (Cordial).

114 HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976, NJ 2010/544 m.nt. P. van Schilfgaarde (ASMI). Zie verder Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIB 2019/6 e.v.

115 HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4887, JOR 2007/239 m.nt. S.M. Bartman (Zwagerman).

116 Zie over een vergelijkbare ontwikkeling voor het leerstuk van tegenstrijdig belang Timmerman 2023b.

117 Ook daarvoor is er een aantal uitspraken waarin impliciet de Zwagerman-norm lijkt te worden gehanteerd in het kader van informatierechten. Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 12 december 2002, JOR 2003/60 (Ed Ros), Hof Amsterdam (OK) 20 april 2005, JOR 2005/180 (Call Active) en Hof Amsterdam (OK) 28 februari 2007, JOR 2007/141 m.nt. E. Schmieman (Dialog).

118 Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4103, ARO 2019/193 (Bosal); Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:717, JOR 2020/203 m.nt. P.L. Hezer (Fuelplants); Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:842, JOR 2020/172 m.nt. M.W. Josephus Jitta (Brouwer Bloembollen).

aandeelhoudersvergadering transparantie moet betrachten.¹¹⁹ In latere uitspraken is dit uitgebreid naar informatie ten aanzien van de vennootschap, haar groepsmaatschappijen en de daarmee verbonden onderneming.¹²⁰ De Ondernemingskamer is daarbij evenwel niet altijd consequent in de gebruikte begrippen. Na in de Bosal- en Fuelplants-beschikkingen¹²¹ te hebben gesproken over het ‘uit eigen beweging en op vragen van de minderheidsaandeelhouder ook buiten het verband van een aandeelhoudersvergadering de nodige translatie (...) betrachten’, ging de Ondernemingskamer achttien maanden later in de Allure-beschikking plotseling uit van ‘ruimhartig openheid van zaken (...) verschaffen met betrekking tot het reilen en zeilen van Allure’.¹²² De bewoordingen uit Fuelplants en Bosal leken vergeten en naar deze beschikkingen werd ook niet terugverwezen. Vervolgens werd deze formulering een jaar later weer verlaten voor – op hoofdlijnen – de oorspronkelijke formulering,¹²³ ditmaal met verwijzing naar eerdere rechtspraak, waarna enkele maanden later toch nog een keer de formulering ‘ruimhartig openheid van zaken (...) verschaffen met betrekking tot het reilen en zeilen van [de vennootschap]’ voorbijkwam.¹²⁴

Dit leerstuk beschouwend valt een aantal dingen op. De Ondernemingskamer is in staat om vanuit een brede subnorm, de op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde Zwagerman-norm, tot een genuanceerde norm te komen ter bescherming van de informatiepositie van de minderheidsaandeelhouder in besloten verhoudingen. Deze ontwikkeling is volledig door de Ondernemingskamer gedreven; de wetgever is hierbij niet betrokken.¹²⁵ Het tweede is dat de Ondernemingskamer niet altijd

consistent is in het gebruik van begrippen bij het ontwikkelen van dit leerstuk. De Ondernemingskamer lijkt niet bedoeld te hebben om een materieel andere norm toe te passen, maar verwijst tegelijkertijd ook niet terug naar haar eerdere rechtspraak. Dit leidt in de praktijk tot verwarring en onzekerheid, want wat is nu de norm die moet worden toegepast? Gezien haar belangrijke rol in de rechtsvorming van het ondernemingsrecht is het belangrijk dat de Ondernemingskamer in haar begripsvorming consistent is. Dat dient de rechtszekerheid. Met andere woorden, consistentie en de daarmee gepaard gaande zekerheid is een belangrijk element van succesvolle rechtsvorming. De Ondernemingskamer is daarvoor bovendien goed gepositioneerd, omdat zij een relatief consistente samenstelling heeft. Dit is ook terug te zien in de rechtsvorming van andere normen in het ondernemingsrecht. Zo heeft de Ondernemingskamer in een andere beschikking inzake Brouwer Bloembollen de aard van de voorziening tot het overdragen van aandelen ten titel van beheer verduidelijkt¹²⁶ en die norm vervolgens verschillende keren herhaald.¹²⁷ Mede gezien de onduidelijkheid die bestond over deze rechtsfiguur en de rechtsonzekerheid die dit meebracht voor de praktijk,¹²⁸ is die uitspraak zeer positief ontvangen.¹²⁹

5 Rechtsvorming en belangenpluralisme

Dit brengt mij bij de vraag over hoe om te gaan met rechtsvorming en belangenpluralisme in het ondernemingsrecht. Hiervoor is al toegelicht dat (a) het ondernemingsrecht uitgaat van belangenpluralisme, wat betekent dat vennootschapsrechtelijke normen zoals het vennootschappelijk belang en de redelijkheid en billijkheid ook kunnen strekken tot bescherming van de belangen van andere betrokkenen dan kapitaalverschaffers

119 Zie naast de hiervoor genoemde uitspraken ook Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2692, JOR 2021/296 m.nt. P.L. Hezer (Allure); Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:750, JOR 2022/172 m.nt. P.L. Hezer (Steenfabriek De Rijswaard); Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:844, JOR 2023/182 m.nt. A.F.J.A. Leijten (i3); Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:846, JOR 2023/183 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Ergo Buildings).

120 Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:844, JOR 2023/182 m.nt. A.F.J.A. Leijten (i3); Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:846, JOR 2023/183 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Ergo Buildings).

121 Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4103, ARO 2019/193 (Bosal); Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:717, JOR 2020/203 m.nt. P.L. Hezer (Fuelplants).

122 Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2692, JOR 2021/296 m.nt. P.L. Hezer (Allure); Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:750, JOR 2022/172 m.nt. P.L. Hezer (Steenfabriek De Rijswaard).

123 Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:844, JOR 2023/182 m.nt. A.F.J.A. Leijten (i3); Hof Amsterdam (OK) 6 april 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:846, JOR 2023/183 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Ergo Buildings).

124 Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1688, ARO 2023/107 (Landgoed den Alderinc II), r.o. 3.12.

125 Zie instemmend over dat dit bij de rechter ligt en een wettelijke regeling achterwege blijft M.L. Lennarts, Het recht op informatie van kapitaalverschaffers, in: L. Timmerman e.a., De rol van open normen in het ondernemingsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 126-127; P.L. Hezer in zijn nog te verschijnen proefschrift in par. 5.5.

126 Hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1535, JOR 2019/187 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Brouwer Bloembollen).

127 Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, JOR 2019/279 m.nt. M.H.C. Sinnighe Damsté (Deus Ex Machina); Hof Amsterdam (OK) 4 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1848, JOR 2020/29 m.nt. R.G.J. de Haan (Gierkink Beheer); Hof Amsterdam (OK) 11 juni 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1622, JOR 2020/205 m.nt. A.F.J.A. Leijten (Brouwer Bloembollen).

128 Zie voor verschillende theorieën rondom de rechtsfiguur van het overdragen van aandelen ten titel van beheer: Josephus Jitta en Barkhuizen in hun annotatie onder Hof Amsterdam (OK) 18 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3908, JOR 2010/42; F. Hammerstein, Voorlopig, spoedig, onmiddellijk en onomkeerbaar, in: C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme & N.S.G.J. Vermunt (red.), Vertrouwen in het ondernemingsrecht en het financiële recht. Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 116-117; M.W. Josephus Jitta, Aspecten van de overdracht ten titel van beheer door de Ondernemingskamer en de rol van de beheerder in het kader van de enquêteprocedure, Ondernemingsrecht 2016/95; J.W.H. van Wijk, Tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer, in: D.J. Hayton e.a. (red.), Vertrouwd met de trust. Trust and trust-like arrangements, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 358-359; Struycken & Heilbron, in: GS Vermogensrecht, art. 3:84 BW, aant. 3.6.1 (2019).

129 Zie hierover B. Kemp & R. Bloemink, Wat is de overdracht ten titel van beheer in de zin van artikel 2:356 onder e BW? Een rechtseconomische visie, Ondernemingsrecht 2020/42; M.W. Josephus Jitta, Aspecten van de overdracht ten titel van beheer door de Ondernemingskamer en de rol van de beheerder in het kader van de enquêteprocedure, Ondernemingsrecht 2019/95, p. 579; A.F.J.A. Leijten, annotatie bij Hof Amsterdam (OK) 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1535, JOR 2019/187.

en werknemers, en (b) de rechter, en in het bijzonder de Ondernemingskamer, een belangrijke rol speelt bij de rechtsvorming van het ondernemingsrecht. Tegelijkertijd hebben deze andere betrokkenen in de regel geen zeggenschapsrechten, waardoor zij hun belangen niet door middel van zeggenschap kunnen beschermen.¹³⁰ Ook moet worden vastgesteld dat het ondernemingsrecht maar beperkt toegang geeft aan andere betrokkenen om zich tot de rechter te wenden om nakoming van deze gedragsnormen af te dwingen. Het enquêterecht is slechts toegekend aan een beperkte groep betrokkenen die zich vooral centrerend rondom de kapitaalverschaffers, de vakbonden en de vennootschap zelf. Weliswaar hebben ook de curator en de advocaat-generaal bij het gerechtshof Amsterdam het enquêterecht,¹³¹ maar zij maken hiervan slechts zeer sporadisch gebruik.¹³² Dit creëert een tweedeling tussen betrokkenen, door Josephus Jitta aangeduid als de ‘haves’ en de ‘have-nots’.¹³³ Een dergelijke benadering wordt niet gevolgd in andere specifieke Boek 2 BW-procedures, zoals de vernietiging van besluiten (art. 2:15 BW), het besluit tot schorsing, ontslag en benoeming van een bestuurder bij een stichting (art. 2:298 BW) en de jaarrekeningprocedure (art. 2:447 e.v. BW). Daar wordt het begrip ‘belanghebbende’ gebruikt, waarbij in de rechtspraak een tweelingenleer is ontwikkeld.¹³⁴ Niettemin lijkt ook van die procedures maar weinig gebruik te worden gemaakt door betrokkenen anders dan aandeelhouders, werknemers en – in mindere mate – crediteuren, waarbij het bovendien naar huidig recht ook maar de vraag is welke andere betrokkenen zich onder dit begrip kunnen scharen.¹³⁵

Het nadeel van de onduidelijkheid over in hoeverre de gedragsnormen strekken tot bescherming van de belangen van een brede groep betrokkenen en de beperkte toegang tot in ieder geval de enquêterprocedure, terwijl juist die procedure belangrijk is voor de rechtsvorming van het ondernemingsrecht, is in mijn ogen een belemmering voor de verdere rechtsvorming van ondernemingsrechtelijke gedragsnormen ten aanzien van deze brede groep betrokkenen. Dit betekent niet alleen dat die betrokkene minder rechtsbescherming toekomt binnen het ondernemingsrecht, maar ook dat die betrokkene – of organisaties die de betrokkenen pretenderen te vertegenwoordigen – naar andere mogelijkheden gaat zoeken om haar belangen te beschermen. Een van de ontwikkelingen die in de rechtspraak zichtbaar lijkt, is dat de ‘gewone’ civiele rechter wordt aange-

zocht op grond van een (potentiële) onrechtmatige daad met het doel het beleid van de onderneming te wijzigen. Daarbij krijgt zij steuntje in de rug van het moderne Nederlandse collectieve-actierecht, dat het mogelijk maakt om voor een relatief los gedefinieerde groep belanghebbenden op te treden, zolang (onder meer) die belangen maar voldoende gelijksoortig zijn.¹³⁶ Die belanghebbenden hoeven zich ook niet allemaal in persoon aan te sluiten bij de belangenorganisatie die de collectieve actie instelt. Een voorbeeld van een dergelijke actie – onder oud collectieveactierecht¹³⁷ – betreft de uitspraak van de rechtbank Den Haag inzake Shell – al is dat geen Nederlandse vennootschap.¹³⁸ Milieudefensie beoogde in de procedure tegen Shell te bewerkstelligen dat Shell haar beleid zo wijzigt dat de CO₂-uitstoot van de activiteiten van de Shell-groep tegen eind 2030 is verminderd met 45% ten opzichte van 2019. Milieudefensie stelde daarbij primair op te komen voor de belangen van de huidige en toekomstige generaties van de gehele wereldbevolking, en subsidiair voor de huidige en toekomstige generaties van inwoners van Nederland, inclusief het Waddengebied. De rechtbank gaat erin mee dat de belangen van de huidige en toekomstige generaties van inwoners van Nederland voldoende gelijksoortig zijn en wijst de vordering van Milieudefensie grotendeels toe, als gevolg waarvan Shell een resultaatsverplichting krijgt opgelegd ten aanzien van de CO₂-uitstoot van de Shell-groep en haar leveranciers en een inspanningsverplichting ten aanzien van eindgebruikers, zoals andere organisaties en consumenten. Om tot dit oordeel te komen toetst de rechtbank onder meer het beleid van Shell. De rechtbank komt bijvoorbeeld tot de conclusie dat de Shell-groep weliswaar bepaalde maatregelen heeft genomen op het gebied van milieubeleid, maar dat dit beleid te weinig concreet zou zijn en dat de klimaatambities van Shell op veel punten afhankelijk zijn van de mondiale energietransitie.¹³⁹ Dit beleid zou in strijd zijn met de op Shell rustende reductieverplichtingen.

De vraag kan worden gesteld of het gelukkig is dat dit soort zaken überhaupt voor de rechter komen en die rechter vervolgens ingrijpt in het beleid van Shell.¹⁴⁰ Die vraag is zeker be-

130 Zie hierover Kemp 2022, p. 53. Zie voor een voorstel om belanghebbenden wel zeggenschap toe te kennen in een algemene vergadering van stakeholders Garcia Nelen 2020, hoofdstuk 7.

131 Art. 2:345 lid 2 en 2:346 lid 3 BW.

132 Zie voor een overzicht van de procedures waarin de advocaat-generaal wel een enquêteverzoek indiende K. Spruitenburg, De enquêtebevoegdheid van de advocaat-generaal, in: Bulten e.a. 2022.

133 Josephus Jitta 2020.

134 B.J. Blok & G.C. Makkink, Belanghebbendenbegrip, in: Bulten e.a. 2022, p. 378 e.v. Zie ook noot 61 hiervoor.

135 Voorbeelden van wie als belanghebbenden worden beschouwd in dergelijke procedures zijn terug te vinden in: Asser/Kroeze 2-I 2021/316; Asser/Rensen 2-III 2022/414; M.W. Josephus Jitta, Jaarrekeningprocedure, in: J.B.S. Hijink e.a. (red.), Handboek jaarrekeningenrecht (VDHI nr. 164), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 44.4.

136 Art. 1018c lid 1 sub c en lid 5 Rv. Zie over het gelijksoortigheids criterium M.V.E.E. de Monchy & T.D.A. Kluwen, De WAMCA leeft! In vogelvlucht door twee jaar rechtspraak, MvV 2022, p. 88; G. van Solinge e.a., Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (VDHI nr. 172), Deventer: Wolters Kluwer 2021/1.5.2.3.3.

137 Daar was het gelijksoortigheidsvereiste opgenomen in art. 3:305a lid 1 BW.

138 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, JOR 2021/208 m.nt. S.J.M. Biesmans; JBP 2021/43 m.nt. D.L. Barbiers.

139 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, JOR 2021/208 m.nt. S.J.M. Biesmans; JBP 2021/43 m.nt. D.L. Barbiers, r.o. 4.5.2.

140 Zie hierover B.M. Katan, Ieder het hare. Enkele opmerkingen bij het klimaatvonnis tegen Shell. Ondernemingsrecht 2021/106, par. 4.2; J. Spier, Milieudefensie v. Shell: een sirenenzang? Suggesties voor een beter alternatief, in: W.J.M. van Veen e.a. (red.), De klimaatzaak tegen Shell (ZIFO-reeks nr. 35), Deventer: Wolters Kluwer, hoofdstuk 4; H.J. de Kluiver, Kroniek van het ondernemingsrecht. Ondernemingsrecht, mensenrechten en klimaat. Doen we de goede dingen en doen we ze goed? Over moeizame regulering en gebrek aan focus, NJB 2022/952.

langrijk, maar in deze bijdrage wordt aangesloten bij de huidige realiteit dat de rechter op dit moment met deze vragen wordt geconfronteerd, en wordt geassumeerd dat dit zo zal blijven. Aangenomen wordt dat de rechter niet zonder meer bereid is deze partijen onder verwijzing naar de politiek en overheid de deur te wijzen. Dit lijkt ook waarschijnlijk indien de maatschappelijke uitdagingen, waaronder klimaatverandering, nog overheersender worden en de maatschappij en politiek verder polariseren. Kijkend naar de ontwikkelingen in binnen- en buitenland lijkt de verwachting gerechtvaardigd dat in de komende periode nog meer van deze vraagstukken voor de rechter zullen komen, ook op het gebied van de rol van ondernemingen ten opzichte van andere betrokkenen, waaronder de maatschappij als geheel. Niet voor niets zijn er veel initiatieven in de Europese Unie en de Verenigde Staten rondom ondernemingsrecht en corporate governance waar die onderwerpen aan de orde komen.¹⁴¹ Met dat in het achterhoofd is het niet de vraag of dit soort vraagstukken voor de rechter komen, maar op welke manier rechters daarmee om moeten gaan, welke rechter dan het meest geschikt is om hierover te oordelen, en of de huidige regelingen die toegang tot de rechter mogelijk maken, voldoen of aanpassingen behoeven.

5.1 De rol van de Ondernemingskamer

Assumerende dat ook in de toekomst de rechter zich moet uitlaten over de invloed van beleid van ondernemingen op de belangen van een brede waaier van betrokkenen bij de vennootschap, lijkt mij de Ondernemingskamer de meest geschikte rechter om dit beleid te toetsen. Dat is immers ook nu al haar taak, om te toetsen of sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid (eerste fase), en of sprake is van wanbeleid (tweede fase).¹⁴² Op dit moment ziet dat weliswaar in de meeste gevallen op situaties die vooral ook een raakvlak hebben met de aandeelhouders, maar tegelijkertijd geeft de Ondernemingskamer zich in haar oordeel geregeld rekenschap van de belangen van andere betrokkenen bij de vennootschap.¹⁴³ Bovendien zou een door de Ondernemingskamer benoemde onderzoeker onderzoek kunnen doen naar dit beleid. Mijn voorzichtige verwachting is dat dit ook meerwaarde kan hebben bij zowel de kwaliteit van het doorgronden van de problematiek als de acceptatiegraad van een eventuele uitkomst van dat onderzoek en het vervolgens door de Ondernemingskamer gegeven oordeel.¹⁴⁴

Als de conclusie zou worden gedeeld dat de Ondernemingskamer via het enquêterecht geschikt is om de impact van beleid op een bredere groep betrokkenen te toetsen, zouden wel bepaalde aanpassingen in het enquêterecht op zijn plaats zijn. Enerzijds zien die op de verbreding van de toegang tot de enquêteprocedure. Als gedragsnormen bescherming moeten bieden aan betrokkenen, dan moeten die betrokkenen zich ook tot de rechter kunnen wenden om die gedragsnormen af te dwingen. Anderzijds moet de poort niet te ver worden opengezet. Het bieden van een bredere toegang tot de enquêteprocedure brengt met zich dat allerlei belanghebbendegroepen zich tot de Ondernemingskamer wenden in een poging het beleid van bepaalde ondernemingen te wijzigen. Dat is weliswaar ook de bedoeling van het verbreden van de toegang tot het enquêterecht, maar het moet wel op redelijke en effectieve wijze plaatsvinden. Er moet een manier zijn om het kaf van het koren te scheiden, om daarmee ook ondernemingen – en de Ondernemingskamer – te beschermen tegen lichtvaardige verzoeken. De enquêteprocedure is immers een zwaar middel, dat grote gevolgen heeft voor de ondernemingen die daarin betrokken worden. Dat is zeker zo in de onderzoeksfase, maar ook al wanneer wordt beslist of er gegronde redenen zijn. Ter illustratie: als een onderneming wil aantonen dat geen sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, moet een onderneming vaak in detail uitleggen waarom de gemaakte verwijten onjuist zijn, althans onvoldoende zijn om gegronde redenen. Daarvoor moet zij – veelal – gevoelige informatie overleggen. Weliswaar kan dat gedeeltelijk onder geheimhouding,¹⁴⁵ of zelfs door de informatie alleen aan de rechter te overleggen en niet aan de wederpartij,¹⁴⁶ maar het blijft een ingrijpende procedure. Om dat te ondervangen kan – specifiek voor de nieuw te introduceren categorie ‘belanghebbenden als enquêtegerechtigden’ – worden nagedacht over een systeem van *early dismissal*, zoals dat in het Nederlandse collectieveactierecht en in andere rechtssystemen bij *derivative actions* wel wordt toegepast. Ook kan worden nagedacht over financiële compensatie voor de procederende partijen om partijen met een bonafide vordering te stimuleren, terwijl partijen met een lichtzinnige of ondeugdelijke vordering worden ontmoedigd. Dit kan worden gecombineerd met een systeem van *early dismissal*, bijvoorbeeld door te bepalen dat indien de *early-dismissaltoets* niet tot afwijzing van de vordering leidt, de verzoekende partij haar redelijke reële proceskosten (advocaten, experts, enzovoort) ten laste mag brengen van de vennootschap. Daarmee wordt een bepaalde mate van *equality of arms* binnen de enquêteprocedure bewerkstelligd. Hieronder worden enkele verkennende stappen op deze onderwerpen gezet. Alvorens hiertoe over te gaan, kan nog één algemene opmerking worden gemaakt over de houding die de Ondernemingskamer kan aannemen wanneer ervoor zou worden gekozen de toegang tot de enquêteprocedure te verbreden.

¹⁴¹ Zie voor een overzicht hiervan Kemp 2022; L.A. Bebchuk & R. Tallarita, *The illusory promise of stakeholder governance*, *Cornell Law Review* (106) 2020, p. 91-178.

¹⁴² Art. 2:350 en 3:355 BW.

¹⁴³ Zie par. 2 hiervoor.

¹⁴⁴ De onderzoeker spreekt immers als onderdeel van zijn onderzoek met alle relevante betrokkenen bij de onderneming, legt aan hen delen van het conceptverslag voor en laat hen daarop commentaar geven. Een dergelijk inclusief proces kan partijen het gevoel geven dat zij meer worden gehoord en betrokken zijn bij de uiteindelijk in het rapport neergelegde conclusies.

¹⁴⁵ Art. 27 en 28 Rv.

¹⁴⁶ Art. 22 lid 2 Rv.

5.2 Een behoudende houding van de Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer zal er, zeker in eerste instantie, denk ik verstandig aan doen een behoudende houding aan te nemen. Dit betekent niet dat de Ondernemingskamer verzoeken direct moet afwijzen, zij kunnen immers op goede gronden worden gedaan. Het betekent wel dat de Ondernemingskamer voorzichtig is met hoe zij zich in dit speelveld beweegt. Ter illustratie enkele onderdelen waarin die behoudendheid kan terugkomen:

1. In een enquêteprocedure kan de Ondernemingskamer niet alleen een onderzoek bevelen, maar ook onmiddellijke voorzieningen treffen. Ik kan mij voorstellen dat de Ondernemingskamer terughoudend gebruik maakt van die bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen in procedures waar een beroep wordt gedaan op een nog onderontwikkelde zorgvuldigheidsplicht richting de belangen van de bredere betrokkenen bij de vennootschap, en voor zichzelf een hogere drempel voorschrijft alvorens zij onmiddellijke voorzieningen treft, of dat zij minder verstrekkende voorzieningen treft dan zij in de regel doet bij geschillen tussen kapitaalverschaffers onderling en/of met de vennootschap.
2. Een rechter kan in sommige gevallen ervoor kiezen een nauwere of bredere uitspraak te doen.¹⁴⁷ Kiest de rechter voor een bredere uitspraak, dan zal dit in de regel het recht in verdergaande mate vorderen. De rechter zet dan immers vaak ook de algemene lijn van een juridisch leerstuk uit. Aan de bewoording is dikwijls af te lezen wanneer de rechter een dergelijke uiteenzetting heeft beoogd.¹⁴⁸ De eerste keuze heeft minder impact op de rechtsvorming. De rechter beoogt dan op een nauwe grond de zaak af te doen en de rechtsvorming beperkt te houden. Vaak worden in dit soort beschikkingen algemene uiteenzettingen van het recht vermeden en wordt de toetsing van de gedragsnormen (gedetailleerd) ingevuld met de feiten. De Ondernemingskamer zou voor deze laatstgenoemde techniek kun-

nen kiezen als zij de reikwijdte van gedragsnormen tegenover bredere groepen van betrokkenen zou toetsen, waardoor zij deze gedragsnormen en eventuele subnormen aan de hand van kleine stapjes verder ontwikkelt.

3. Zoals hiervoor benoemd heeft de rechter de mogelijkheid om een bepaalde mate van geheimhouding toe te passen. Zo kan worden bepaald dat de zitting geheel of gedeeltelijk achter gesloten deuren plaatsvindt.¹⁴⁹ Ook kan de rechter bepalen dat het derden is verboden mededeling te doen van het verhandelde ter zitting en andere gegevens uit de procedure.¹⁵⁰ Hoewel hiermee terughoudend moet worden omgegaan, kan dit uitkomst bieden als één of beide partijen gevoelige informatie willen overleggen of argumenten willen aanvoeren en zich daartoe slechts vrij voelen als zij weten dat dit vertrouwelijk zal worden behandeld. De mogelijkheid bestaat zelfs om informatie slechts over te leggen aan de rechter, en dus niet aan de andere partij(en) in de procedure.¹⁵¹ De Ondernemingskamer zou kunnen beslissen om deze geheimhouding relatief ruimhartig toe te passen, en daarmee voor partijen te faciliteren dat zij de ruimte hebben om in een relatief vertrouwelijke omgeving informatie te overleggen en argumenten aan te voeren. Dit is weliswaar een uitzondering op het uitgangspunt dat zo veel mogelijk openbaar is,¹⁵² maar dit zou kunnen worden gerechtvaardigd door het feit dat deze procedures zich bewegen op een terrein dat nog sterk in ontwikkeling is.

Deze aanvullende terughoudendheid, naast traditionele concepten als de marginale toetsing van ondernemingsbeleid,¹⁵³ zou de Ondernemingskamer meer los kunnen laten naarmate zij de rol van ondernemingsrechtelijke gedragsnormen bij het beschermen van de belangen van een bredere groep betrokkenen verder heeft gevormd en ervaring heeft met dergelijke geschillen. Uiteindelijk zou het toetsen van dergelijke normen niet anders zijn dan wanneer sprake is van een enquêteprocedure die gaat over een geschil tussen twee aandeelhouders in een *joint venture*.

¹⁴⁷ Deze techniek van uitgebreide en meer nauwe uitspraken is ook in de Verenigde Staten bekend en veel beschreven. Een belangrijk voorbeeld hiervan is een van de belangrijkste uitspraken van het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten, namelijk de uitspraak inzake *Brown versus Board of Education* (*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)). In deze unaniem gewezen uitspraak overwoog het Hof dat aparte scholen op basis van ras in strijd zijn met de grondwet. Het lichaam van deze uitspraak, welke uitspraak pas werd gedaan nadat nog een tweede zitting werd gehouden om verdere consensus te bouwen onder de rechters, was slechts 1788 woorden, en dat is ruim minder dan 10% van deze oratie. Verdere rechtsvorming van het onderwerp werd opengelaten om te bepalen in toekomstige zaken (E. Chemerinsky, *Constitutional law: Principles and policies*, New York: Wolters Kluwer 2019, par. 9.3.3.1). Dat was daar weliswaar hoofdzakelijk zo omdat de rechters het slechts over deze nauwe redenering unaniem eens konden worden, maar daarbij speelden ook toekomstige ontwikkelingen een rol.

¹⁴⁸ In deze bijdrage zijn al verschillende voorbeelden daarvan de revue gepasseerd, waaronder beschikkingen met betrekking tot het vennootschappelijk belang, tegenstrijdig belang, het overdragen van aandelen ten titel van beheer, informatierechten in besloten verhoudingen en de mogelijkheid voor de voorzieningenrechter om in kort geding een tijdelijk functionaris te benoemen.

¹⁴⁹ Art. 27 Rv.

¹⁵⁰ Art. 28 Rv.

¹⁵¹ Deze mogelijkheid wordt door de wetgever in de parlementaire geschiedenis ook expliciet genoemd in het kader van het overleggen van financieringsovereenkomsten onder de WAMCA: Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 20.

¹⁵² Dit onder het adagium 'Justice must not only be done, it must also be seen to be done' (*Rex v. Sussex Justices*, [1924] 1 KB 256, zoals later herhaald in bijv. EHRM 17 januari 1970, Serie A, 11, § 31).

¹⁵³ Zie hierover B.F. Assink & M.J. Kroeze, *Rechterlijke toetsing van ondernemingsbeleid in het enquêterecht*. Hoe marginaal zou 'marginaal' eigenlijk moeten zijn?, in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme, *Willems' wegen*. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems, Deventer: Kluwer 2010, p. 11-32; L. Timmerman, *Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief*. Over het onderscheid tussen gedragsnormen en toetsingsnormen, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen 2004.

5.3 Toegang tot het enquêterecht

Niet iedere betrokkene heeft op dit moment toegang tot het enquêterecht.¹⁵⁴ Degenen die dat recht niet hebben kunnen enkel opkomen als belanghebbenden. In een eenmaal gestarte enquêteprocedure hebben belanghebbenden ongeveer dezelfde positie als een verzoeker; zij kunnen vragen om een onderzoek naar onderdelen van het beleid en de gang van zaken – zolang dit maar betrekking heeft op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek¹⁵⁵ – en kunnen de Ondernemingskamer verzoeken in te grijpen door het treffen van onmiddellijke voorzieningen.¹⁵⁶ Een betrokkene bij de vennootschap is belanghebbende wanneer hij zodanig in zijn eigen belang kan worden getroffen dat hij behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang of anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen.¹⁵⁷ Dit is een bredere toets, die veel ruimte aan de Ondernemingskamer geeft om te bepalen of zij die betrokkene een rol wil geven in de enquêteprocedure.

Er zijn op hoofdlijnen twee mogelijkheden voor het verbreden van de toegang tot het enquêterecht. De eerste mogelijkheid is om betrokkenen direct toegang te geven tot het enquêterecht. Dit kan bijvoorbeeld door het criterium voor de toegang tot het enquêterecht te verbreden tot het begrip ‘belanghebbenden’. Die stap is minder verstrekkend dan die lijkt, omdat belanghebbenden ook nu al in een lopende enquêteprocedure vergaande mogelijkheden hebben om te interveniëren. Bovendien geeft het begrip de Ondernemingskamer een ruime discretie om te bepalen wanneer zij vindt dat een rechtszoekende wel als belanghebbende kwalificeert en wanneer niet. Met andere woorden, de Ondernemingskamer heeft tot op zekere hoogte zelf in de hand hoe ruim zij het belanghebbendenbe-

grip opvat als het gaat om de mogelijkheid om andere betrokkenen toegang te geven tot de enquêteprocedure. Daarbij zou de Ondernemingskamer zich – in ieder geval in eerste instantie – relatief terughoudend kunnen opstellen. En daarbij zou ook nog de wens kunnen bestaan om een onderscheid te maken tussen belanghebbenden waarvan wordt verondersteld dat zij een (evident) belang hebben bij een enquêteprocedure, zoals aandeelhouders, werknemers en de rechtspersoon zelf, en belanghebbenden waarbij dit minder evident is en die verdergaand moeten bewijzen dat zij een belang hebben. In wezen wordt dan de voornoemde tweekringenleer toegepast.¹⁵⁸ De tweede mogelijkheid zou zijn om deze bredere belanghebbenden niet direct toegang te geven, maar indirect. Met indirecte toegang kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een geïnstitutionaliseerde mogelijkheid voor belanghebbenden om een wel enquêtegerechtigde te verzoeken een enquêteprocedure te starten tegen de vennootschap. Deze mogelijkheid is vooral in verband gebracht met de positie van de advocaat-generaal van het ressortpakket van het gerechtshof Amsterdam.¹⁵⁹ Het voordeel van deze benadering is dat enerzijds een grens wordt gesteld aan de toegang, invloed én betrokkenheid van deze bredere groep derden bij een enquêteprocedure, terwijl anderzijds wel de mogelijkheid blijft bestaan voor die groep derden om hun belangen naar voren te laten brengen en door de Ondernemingskamer te laten beschermen. Dat laatste biedt ook de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer om het recht op het vlak van gedragsnormen en bescherming van deze bredere belanghebbenden verder (en directer) te ontwikkelen. Tegelijkertijd is een nadeel dat de ervaringen tot op heden erop wijzen dat de advocaat-generaal en het ressortpakket niet genegen zullen zijn zo’n rol op zich te nemen. Bovendien loopt het ressortpakket dan het risico feitelijk in een positie te worden gemanoeuvreerd waarin hij zich nog voor de rechter moet uitlaten over de haalbaarheid en wenselijkheid van verzoeken van bepaalde belanghebbenden, ook als die verzoeken meer politiek of maatschappelijk beladen zijn. Dit lijkt geen wenselijke ontwikkeling, waarmee directe toegang de best redelijke oplossing is.

Een vraag die vervolgens moeilijker te beantwoorden is, is of het verstandig is nog een stap verder te gaan en het ook mogelijk te maken voor deze belanghebbenden om bij collectieve

¹⁵⁴ Bij de invoering van het enquêterecht in 1929 was de enquêtebevoegdheid nog beperkter vormgegeven. Daar sprak de wetgever van een zeer bijzondere en ingrijpende bevoegdheid, waardoor de kring van enquêtegerechtigden klein moest worden gehouden (Kamerstukken II 1924/25, 69, nr. 1, p. 8, 13 en 63 (Verslag)). Bij de aanpassing van het enquêterecht in 1971 is de enquêtebevoegdheid redelijk uitgebreid onder de volgende motivering: ‘In ons economisch stelsel (...) heeft de ondernemer behoefte aan een grote mate van vrijheid (...). Een hoge mate van vrijheid vereist een hoge mate van verantwoordelijkheidsgevoel tegenover degenen die hun arbeidskracht of vermogen voor het productieproces in de onderneming beschikbaar stellen. Mag men aannemen dat in het algemeen de Nederlandse ondernemer deze verantwoordelijkheid juist aanvoelt, dit neemt niet weg, dat een rechtsorde die aan onze economische orde beantwoordt, de mogelijkheid tot opening van zaken moet verschaffen, wanneer twijfel aan het beleid in een onderneming rijst, en de mogelijkheid tot correctie, wanneer die twijfel gegrond blijkt’ (Kamerstukken II 1968/69, 9596, nr. 1, p. 1 (MvT)). Er is toen echter niet voor gekozen om aan te sluiten bij het belanghebbendenbegrip zoals dat voor de tegelijkertijd ingevoerde jaarrekeningprocedure werd (en wordt) gebruikt. Wat dit begrip precies inhield moest zich volgens de minister in de rechtspraak uitwijzen: Kamerstukken II 1967/68, 9595, nr. 3, p. 10 l.k. (MvT) en Kamerstukken II 1968/69, 9595, 9596, nr. 6, p. 4 r.k. (MvA).

¹⁵⁵ Kamerstukken II 1963/64, 7753, nr. 3, p. 7. Zie hierover verder Blok & Makkink 2022, p. 391.

¹⁵⁶ HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1056, NJ 2012/393 m.nt. P. van Schilfgaarde (e-Traction).

¹⁵⁷ HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, NJ 2003/486 m.nt. J.M.M. Macijer; JOR 2003/161 m.nt. M.W. Josephus Jitta (Scheipar).

¹⁵⁸ HR 11 mei 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4588, NJ 1984/3 m.nt. J.M.M. Macijer; HR 26 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC8964, NJ 1986/307 m.nt. J.M.M. Macijer; HR 25 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0387, NJ 1992/149 m.nt. J.M.M. Macijer. Zie verder ook Asser/Kroeze 2-I 2021/590.

¹⁵⁹ A.J.A.J. Eijsbouts, Elementaire beginselen van maatschappelijk verantwoord ondernemen, in: A.J.A.J. Eijsbouts e.a., Maatschappelijk verantwoord ondernemen, Deventer: Kluwer 2010, p. 39-119; G.C. Makkink, De plaats van de onderneming in de samenleving en van de samenleving in de onderneming, MvO 2021, afl. 7-8, p. 38. Zie eveneens in die zin Eijsbouts & Kemp 2012.

actie te procederen in de enquêteprocedure.¹⁶⁰ Dit zou bijvoorbeeld betekenen dat een stichting of vereniging een enquêteprocedure kan initiëren namens huidige en toekomstige generaties inwoners van Nederland in een poging een Nederlandse vennootschap te dwingen haar duurzaamheidsbeleid te wijzigen, mits aan de vereisten voor het instellen van een collectieve actie is voldaan. Dergelijke acties worden in het civiele recht in beginsel geaccepteerd en het collectieveactierecht biedt verschillende waarborgen om lichtvaardige procedures in een vroeg stadium af te wijzen.¹⁶¹ Ook in het voorstel 'Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVm)' was in onderdeel 29 het voorstel opgenomen dat een stichting of vereniging die collectieve belangen van anderen behartigt bevoegd is een enquêteverzoek in te dienen bij de Ondernemingskamer in relatie tot het maatschappelijk belang dat in de statuten van de BVm is neergelegd.¹⁶² De wetgever motiveerde deze toevoeging met de toelichting dat deze mogelijkheid de naleving van de BVm-wet zou bevorderen en bepaalde collectieve-belangenorganisaties een positie verschaft die hen in staat stelt een rol te vervullen bij maatschappelijke belangen die zij behartigen. Of een dergelijke vorm van toegang gewenst is, vergt in mijn ogen een bredere uiteenzetting dan deze oratie toelaat. In ieder geval kan hier wel worden opgemerkt dat het toepassen van het volledige collectieveactierecht met een aantal uitdagingen gepaard gaat, in het bijzonder rondom representativiteit van de collectievebelangenbehartiger. Bovendien is het collectieveactierecht nog volop in beweging en zijn er nog weinig uitspraken van hogere rechters over de relevante criteria van het collectieveactierecht. Om die reden, alsook indachtig de argumenten die ten grondslag liggen aan de hiervoor genoemde behouden houding en het feit dat de minister de toegang van collectieve acties in het enquêterecht heeft afgewezen,¹⁶³ heb ik twijfels bij het toepassen van het volledige collectieveactierecht in het enquêterecht. Meer behoudend zou zijn om eerst de toegang van directe belanghebbenden zelf open te stellen, en vervolgens na ervaring te hebben opgedaan te (her)overwegen of collectieve acties ook mogelijk zouden moeten zijn. Het neemt tegelijkertijd niet weg dat instrumenten uit het collectieveactierecht wel interessant kunnen zijn, zoals hierna wordt toegelicht.

5.4 *Early-dismissalmogelijkheden*

Hiervoor werd al kort gerefereerd aan het feit dat wanneer de toegang tot het enquêterecht wordt verbreed, het belangrijk is om tegelijkertijd de toegang gecontroleerd te houden om een overvloed aan lichtvaardige verzoeken te voorkomen. Een van

de instrumenten die daarbij kan worden gebruikt, is een vorm van vroege afwijzing van het verzoek als evident is dat het verzoek lichtvaardig of ongefundeerd is. Dergelijke afwijzingsgronden kent het enquêterecht op dit moment niet, althans niet expliciet, en een dergelijke ontvankelijkheidsfase waar dit door verweerster naar voren kan worden gebracht, wordt ook (als uitgangspunt) niet gehanteerd in de enquêteprocedure.¹⁶⁴ Er zijn echter wel andere jurisdicties waar ondernemingsrechtelijke procedures een dergelijke stap kennen. De UK Companies Act 2006 kent bijvoorbeeld een regeling in sections 260 t/m 264 op basis waarvan aandeelhouders een zogenoemde derivative action kunnen starten.¹⁶⁵ Als een aandeelhouder een dergelijke actie wenst te starten, dan moet hij eerst toestemming van de rechtbank krijgen om de actie voort te zetten. De rechtbank mag deze actie alleen toestaan in het geval de verzoekende aandeelhouders *prima facie* een zaak hebben en geen van de afwijzingsgronden van toepassing zijn.¹⁶⁶ Die afwijzingsgronden houden in dat de toestemming wordt geweigerd indien (a) een persoon die in lijn handelt met zijn plicht om het succes van de vennootschap te promoten een dergelijk verzoek niet zou voortzetten, (b) de oorzaak van het verzoek voortkomt uit een handelen of nalaten dat nog moet plaatsvinden, of dat het handelen of nalaten door de vennootschap is geautoriseerd, of (c) de handeling of het nalaten al heeft plaatsgevonden, (1) door de vennootschap was goedgekeurd voordat die had plaatsgevonden of (2) achteraf is bevestigd.¹⁶⁷ Een bekend recent voorbeeld waarin een poging werd gedaan een derivative action te starten is de zaak van ClientEarth tegen de bestuurders van Shell.¹⁶⁸ Deze procedure ging over de door ClientEarth aangevoerde argumenten dat de bestuurders van Shell in strijd handelden met de op hen rustende verplichtingen onder Shells *climate change risk management strategy* en het vonnis van de rechtbank Den Haag van 26 mei 2021¹⁶⁹ niet zouden naleven. De behandelend rechter, Justice Trower, wijst de vordering af. Zijn voornaamste bezwaren lijken zich te centreren rondom de gedachten dat de rechter niet goed gepositioneerd is om zich over de verwijten van ClientEarth te buigen, en het aangevoerde bewijs onvoldoende aanknopingspunten biedt voor een andere opvatting. Ook wijst hij erop

160 Dit is aanbevolen door de VEB bij de herziening van het enquêterecht, nadat de suggestie reeds was afgewezen door de minister (Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3, p. 17). Zie ook S.M. Bartman & M. Holtzer, Enquêterecht voorzichtig onder het mes, *Ondernemingsrecht* 2010/14; Spruitenburg 2022, p. 306 e.v.

161 Zo zijn er verschillende criteria om de ontvankelijkheid van een collectievebelangenbehartiger te toetsen en zo nodig niet-ontvankelijk te verklaren in de specifiek door die behartiger aanhangig gemaakte procedure.

162 Zie voor dit voorstel, dat in 2021 ter internetconsultatie is gepubliceerd, www.internetconsultatie.nl/bvm.

163 Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3, p. 17.

164 Het is wel mogelijk om in een verzoekschriftprocedure een incident in te dienen (zie HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3533, NJ 2016/261 m.nt. W.D.H. Asser; JBPr 2015/7 m.nt. H.W. Wiersma en M.A. Malcontent, en daarover: G. Snijders, in: GS Burgerlijke rechtsvordering, par. 1 Rv, aant. 3), maar hiervan wordt voor zover mij bekend in de praktijk relatief weinig gebruik gemaakt. Ook is niet geregeld hoe de Ondernemingskamer vervolgens omgaat met dit incident. In de praktijk komt het voor dat de Ondernemingskamer een verweer op bevoegdheid/ontvankelijkheid eerst behandelt.

165 Zie hierover P.L. Davies, S. Worthington & C. Hare, *Principles of modern company law*, Londen: Sweet & Maxwell 2021, hoofdstuk 15.

166 Section 261 (2) UK Companies Act 2006.

167 Section 262 (2) UK Companies Act 2006.

168 High Court decision of 12 May 2023, [2023] EWHC 1137 (Ch) en High Court decision of 24 July 2023, [2023] EWHC 1897 (Ch). Zie vervolgens kritisch over deze uitspraken Lord R. Carnwath, *ClientEarth v Shell: What future for derivative claims? A Climate Change Laws of the World insight*, februari 2024.

169 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, JOR 2021/208 m.nt. S.J.M. Biesmans.

dat ClientEarth er vooral op gericht lijkt te zijn haar eigen klimaatvisie op te leggen aan Shell, in plaats van dat zij een gebalanceerde afweging van de betrokken belangen voorstaat.¹⁷⁰

In Duitsland bestaat een vergelijkbare test in het geval van derivative actions.¹⁷¹ Ook daar moet een aandeelhouder die de drempel haalt toestemming krijgen van de rechter voordat hij de vordering mag voortzetten.¹⁷² Voor die toestemming moet aan vier voorwaarden zijn voldaan:

1. De rechtzoekende aandeelhouder moet de aandelen hebben verkregen voordat hij op de hoogte was van de vermeende schending.
2. De aandeelhouder moet de vennootschap voldoende gelegenheid hebben gegeven om de vermeende schending zelf recht te zetten, tenzij de vennootschap reeds heeft aangegeven dat zij dit niet zal doen (vgl. art. 2:349 BW).
3. De aandeelhouder moet feiten aantonen die laten zien dat de vennootschap schade heeft geleden als gevolg van onbehoorlijk handelen of ernstige nalatigheid van de wet of de statuten.
4. De vordering moet niet tegen het overwegende belang van de vennootschap zijn.¹⁷³

Indien de rechtbank vaststelt dat aan deze voorwaarden is voldaan, dan moet de aandeelhouder opnieuw aan de vennootschap verzoeken om zelf een vordering in te stellen voor de vermeende schending. Doet de vennootschap dat niet binnen drie maanden, dan staat het de aandeelhouder vrij om de vordering zelf voort te zetten.¹⁷⁴

Ook in het (nieuwe) Nederlandse collectieveactierecht is een vorm van early dismissal opgenomen. Artikel 1018c lid 5 sub c Rv bepaalt dat een inhoudelijke behandeling van de collectieve vordering slechts plaatsvindt indien en nadat de rechter heeft beslist dat niet summierlijk van de ondeugdelijkheid van de collectieve vordering blijkt op het moment waarop het geding aanhangig wordt.¹⁷⁵ Met deze toets kunnen lichtzinnige of ongefundeerde vorderingen, of vorderingen die zich overduidelijk niet lenen voor een collectieve actie,¹⁷⁶ in de ontvankelijkheidsfase al worden afgewezen en wordt getracht een

claimcultuur te vermijden.¹⁷⁷ Het moet dan wel gaan om de uitzonderlijke gevallen,¹⁷⁸ wat betekent dat de rechter zich terughoudend moet opstellen bij het toepassen van deze grond.¹⁷⁹ In de praktijk heeft deze grond voor afwijzing dan ook nog niet veel invloed gehad en wordt een beroep hierop door de rechtbank in de regel afgedaan in enkele zinnen.¹⁸⁰

Een dergelijke early-dismissaltoets zou ook kunnen worden toegepast in het enquêterecht, althans daar waar het gaat om verzoeken van rechtszoekenden die niet tot de ‘klassieke’ enquêtgerechtigden behoren. Nadat een enquêteverzoek door de rechtszoekende aanhangig is gemaakt, krijgt (alleen) de verweerster de gelegenheid zich gemotiveerd te beroepen op deze early-dismissaltoets, waarna de Ondernemingskamer daarop uitspraak kan doen, eventueel nadat zij nog een zitting hierover heeft gehouden. Het voordeel hiervan is enerzijds dat de bredere groep belanghebbenden direct toegang krijgt tot de Ondernemingskamer en het enquêterecht, maar anderzijds dat de Ondernemingskamer en verweerster de mogelijkheid krijgen om lichtzinnige enquêteverzoeken in een vroeg stadium tegen te houden. Wat dan, als het goed is, overblijft zijn de bonafide verzoeken, die in de meeste gevallen bijdragen aan de eerdergenoemde rechtsbescherming en rechtsonwikkeling, waaraan in mijn ogen ook behoefte bestaat.

5.5 Financiering van de procedure

Een tweede element waarmee rekening kan worden gehouden wanneer de toegang tot het enquêterecht wordt verbreed, is de wijze waarop met de proceskosten wordt omgegaan. Op dit moment is het uitgangspunt in een enquêteprocedure hetzelfde als voor het algemene civiele procesrecht, namelijk dat alleen een vooraf vastgesteld bedrag aan proceskosten door de ‘verliezende’ partij aan de ‘winnende’ partij wordt vergoed.¹⁸¹ Dit bedrag staat echter in geen enkele verhouding tot de werkelijke kosten die een partij moet maken in een enquêteprocedure. In het geval dat de Ondernemingskamer het enquêteverzoek afwijst, bestaat de mogelijkheid om tevens vast te stellen dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan.¹⁸² In dat geval kan de verweerster een vordering instellen bij de Ondernemingskamer tot vergoeding van de schade die zij ten gevolge van het verzoek lijdt. Deze maatregel bestaat om misbruik tegen te gaan, en geldt niet voor ieder geval dat een enquêtever-

¹⁷⁰ Zie hierover verder ook E.R. de Jong, De dreigende werking van klimaat-aansprakelijkheid van financiële instellingen, NTBR 2022/4; R. Abma, De duurzaamheid van de algemene vergadering, in: C.D.J. Bulten e.a., Duurzaam ondernemingsrecht (VDHI nr. 184), Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 2.4.2.

¹⁷¹ Zie hierover Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, Band 3: § 148.

¹⁷² Zie AktG, § 148.

¹⁷³ AktG, § 148(1).

¹⁷⁴ AktG, § 148(4).

¹⁷⁵ De toets van summierlijk doen blijken van ondeugdelijkheid is daarnaast ook terug te vinden in het beslagrecht. Art. 705 Rv bepaalt dat een beslag wordt opgeheven indien summierlijk blijkt van de ondeugdelijkheid van de vordering waarvoor beslag is gelegd (zie verder Asser Procesrecht/Steneker 5 2019/402 e.v.).

¹⁷⁶ In de MvT wordt bijv. verwezen naar een vordering die wordt ingesteld voor de burgerlijke rechter terwijl het overduidelijk is dat alleen de bevoegde rechter daarvoor kan oordelen (Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 39).

¹⁷⁷ Zie over deze toets D. Horeman & M.V.E.E. de Monchy, De summierlijke ondeugdelijkheidstoets in de WAMCA: het brede belang van een zwaardere invulling, MvV 2021, afl. 7/8, p. 270-274.

¹⁷⁸ Aldus ook de wetgever in de parlementaire geschiedenis: ‘Doel van de bepaling is om in uitzonderlijke gevallen een collectieve vordering al voor de inhoudelijke behandeling ervan van tafel te krijgen omdat deze niet deugt’ (Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 39).

¹⁷⁹ M. Postma, De toetsing van de summierlijk blijvende ondeugdelijkheid van een collectieve vordering in de WAMCA, VR 2021/78. Zie voor een pleidooi voor een bredere toepassing van deze toets Horeman & De Monchy 2021.

¹⁸⁰ Zie bijv. Rb. Oost-Brabant 18 mei 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1995, r.o. 5.13-5.14; Rb. Amsterdam 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5271, r.o. 5.25-5.26.

¹⁸¹ Art. 237 Rv.

¹⁸² Art. 2:350 lid 2 BW.

zoek wordt afgewezen.¹⁸³ In de praktijk wordt door de Ondernemingskamer relatief weinig gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. Het oordeel dat een verzoek op onredelijke gronden is gedaan komt amper voor en Sinninghe Damsté en Hezer merken in hun onderzoek op dat zij niet bekend zijn met enige uitspraak waarbij een verweerster daadwerkelijk is overgegaan tot het vorderen van deze schadevergoeding.¹⁸⁴ In de praktijk hanteert de Ondernemingskamer ook een hoge drempel door aan te sluiten bij de maatstaf die geldt voor misbruik van procesrecht.¹⁸⁵ En hoewel de mogelijkheid van een dergelijke kostenveroordeling al sinds 1929 in de wet is neergelegd,¹⁸⁶ heeft de Ondernemingskamer pas vier keer vastgesteld dat sprake was van een verzoek dat is gedaan op onredelijke gronden – en dan pas voor het eerst in 2009.¹⁸⁷ Naast dit instrument, waarbij de verweerster in de enquêteprocedure een aparte procedure moet starten om haar schade vergoed te krijgen, kan de Ondernemingskamer net als andere civiele rechters een reële proceskostenvergoeding uitspreken. Dit kan bijvoorbeeld uitkomst bieden wanneer de verzoeker niet-ontvankelijk is, waardoor de Ondernemingskamer niet toekomt aan artikel 2:350 lid 2 BW, maar zij wel dezelfde bedenkingen heeft bij het handelen van de verzoeker(s).¹⁸⁸

De Ondernemingskamer heeft dus wel een aantal mogelijkheden rondom kostenveroordelingen, maar die mogelijkheden zijn relatief beperkt. Overwogen zou kunnen worden om, samen met het early-dismissalinstrument, een meer flexibele regeling voor proceskosten te introduceren, waarmee enerzijds kan worden gestimuleerd dat betrokkenen met bonafide verzoeken worden gesteund, terwijl anderzijds verzoekers met opportunistische en ondeugdelijke verzoeken worden ontmoedigd. Inspiratie daarvoor kan weer worden opgedaan uit het collectieveactierecht en de Engelse en Duitse derivative-action-regelingen.

In het collectieveactierecht zoals aangepast bij de Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie (WAMCA) (2020) bestaan twee specifieke regelingen die zien op proceskostenveroordelingen, waarbij de eisers en gedaagden verschillend worden behandeld. Artikel 1018I lid 1 Rv bepaalt dat wanneer de rechter summierlijk is gebleken van ondeugdelijkheid van de vordering, hij het salaris van de advocaat van de wederpartij

ten laste van de in het ongelijk gestelde partij maximaal kan verviervoudigen, tenzij de billijkheid zich daartegen verzet. De ratio achter deze bepaling is dat de rechter zonder deze bepaling de mogelijkheid ontbreekt om passend op te treden tegen 'onzinclaims' die worden ingesteld, hetgeen het geval kan zijn als sprake is van niet-summiere ondeugdelijkheid op grond van artikel 1018c lid 5, aanhef en sub c, Rv.¹⁸⁹ Een werkelijke kostenveroordeling ging de wetgever hier echter te ver.¹⁹⁰ Datzelfde geldt niet voor het geval een collectieve vordering geheel of gedeeltelijk wordt toegewezen. Lid 2 van artikel 1018I Rv bepaalt dat wanneer de rechter een collectieve schadeafwikkeling vaststelt – en dus niet slechts bijvoorbeeld een verklaring voor recht geeft¹⁹¹ – de rechter een kostenveroordeling mag uitspreken die afwijkt van het liquidatietarief. Dit heeft tot gevolg dat de kosten die de eisende partij heeft gemaakt, worden verlicht of geheel worden gecompenseerd, zolang deze kosten niet nodeloos zijn gemaakt. Dit verlicht de drempel voor een eisende partij om een collectieve actie te starten en maakt het makkelijk om de procedure zodanig te schikken dat de kosten van de exclusieve belangenbehartiger worden vergoed.¹⁹²

Ook in de hiervoor al kort beschreven derivative-action-regelingen in Duitsland en het Verenigd Koninkrijk is rekening gehouden met de kosten voor het voeren van een dergelijke procedure. Dit vanuit de gedachte dat enerzijds niet moet worden aangemoedigd dat aandeelhouders lichtzinnige procedures starten, maar anderzijds aandeelhouders met een bonafide vordering worden aangemoedigd wel een procedure te starten.¹⁹³ In het Verenigd Koninkrijk heeft dit ertoe geleid dat wanneer een rechtszoekende toestemming krijgt om zijn vordering voort te zetten, hij zijn proceskosten vergoed kan krijgen door de vennootschap, ongeacht of de vordering uiteindelijk wordt toegewezen.¹⁹⁴ Met andere woorden, zolang de aandeelhouder maar door de eerste poort komt, is hij ervan verzekerd dat hij zijn proceskosten vergoed krijgt. Hetzelfde geldt in Duitsland. Daar worden de kosten gedragen door de rechtszoekende zelf indien zijn vordering in het preliminaire stadium wordt afgewezen.¹⁹⁵ Krijgt hij echter toestemming om de vordering voort te zetten, dan zal de vennootschap de kosten van de aandeelhouder vergoeden, ongeacht of de vordering uiteindelijk wordt toegewezen, tenzij blijkt dat de oorspronke-

183 Kamerstukken II 1968/69, 9596, nr. 3, p. 8.

184 M.H.C. Sinninghe Damsté & P.L. Hezer, Afwijzing van het enquêteverzoek, in: Bulten e.a. 2022.

185 Hof Amsterdam (OK) 23 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:583, ARO 2018/99.

186 Art. 53a WvK (oud).

187 Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2009, JOR 2009/190 m.nt. Van Solinge; Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP5178, ARO 2011/39 (in deze procedure oordeelde de Ondernemingskamer dat sprake was van een onredelijke grond, maar werd het verzoek uiteindelijk al niet-ontvankelijk verklaard); Hof Amsterdam (OK) 14 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0330, ARO 2012/98; Hof Amsterdam (OK) 21 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1130, ARO 2021/96. Zie uitgebreid hierover Sinninghe Damsté & Hezer 2022.

188 Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 17 februari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP5178, ARO 2011/39.

189 Kamerstukken II 2018/19, 34608, nr. 22, p. 2.

190 Kamerstukken II 2018/19, 34608, nr. 22, p. 2.

191 Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 54.

192 Kamerstukken II 2016/17, 34608, nr. 3, p. 54.

193 C. Gerner-Beuerle & M. Schillig, Comparative company law, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 698 (VK) en p. 711 (Duitsland).

194 I.M. Esser & J. Loughrey, United Kingdom, in: A. Vicari & A. Schall (red.), Company laws of the EU. A handbook, München: Beck 2020, p. 1536. In de praktijk wordt hiervan overigens maar weinig gebruik gemaakt, aldus de auteurs.

195 AktG, § 148(6). Zie verder Gerner-Beuerle & Schillig 2019. Dit is tenzij de vordering wordt afgewezen op basis van het overwegende belang van de vennootschap en dat belang aan de rechtszoekende kenbaar had kunnen worden gemaakt voor het starten van de procedure. In dat geval moet de vennootschap de kosten van de rechtszoekende vergoeden.

lijke toestemming was verleend op basis van bewuste of nalatige handelingen van de rechtszoekende.¹⁹⁶

De hiervoor beschreven procedures hebben gemeen dat zij enerzijds proberen lichtzinnige of ondeugdelijke vorderingen te ontmoedigen, terwijl zij anderzijds partijen met bonafide vorderingen proberen te stimuleren om vorderingen aanhangig te maken. Hetzelfde is tot op zekere hoogte al het geval in het enquêterecht, en dit zou in combinatie met de early dismissal verder kunnen worden uitgewerkt. De gedachte daarbij kan zijn dat een rechtszoekende zijn eigen kosten moet dragen tot aan het oordeel van de Ondernemingskamer, en dat als de Ondernemingskamer de procedure laat doorlopen die kosten vervolgens wel, voor zover redelijk, worden vergoed. Ook is het nog mogelijk een tussenweg te bewandelen, waarbij de Ondernemingskamer kan kiezen tussen (a) het in beginsel vergoeden van de kosten tijdens de procedure, zoals bij derivative actions, en (b) het uitstellen van het besluit over kostenveroordeling tot het eind van de enquêteprocedure en het vaststellen van wanbeleid, zoals in het Nederlandse collectieveactierecht. Daarbij komt nog dat de kosten voor het door de onderzoeker te verrichten onderzoek in eerste instantie voor rekening van de rechtspersoon komen, en de verzoeker daarmee dus niet wordt geconfronteerd. Dit zou slechts anders zijn indien de Ondernemingskamer na kennisneming van het verslag op verzoek van de rechtspersoon beslist dat hij deze kosten geheel of gedeeltelijk kan verhalen op de verzoekers, indien uit het verslag blijkt dat het verzoek niet op redelijke grond is gedaan.¹⁹⁷

6 Conclusie

Afrondend kom ik tot het volgende. Belangenpluralisme is een belangrijke eigenschap van het Nederlandse ondernemingsrecht, dat terugkomt in gedragsnormen als het vennootschappelijk belang, de redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid. De vorming van die ondernemingsrechtelijke gedragsnormen is voor een groot deel afhankelijk van de rechter, en in het bijzonder de Ondernemingskamer. Dit betekent dat wanneer belangenpluralisme binnen het ondernemingsrecht zich verder wil ontwikkelen, het belangrijk is dat geschillen over die gedragsnormen en belangenpluralisme voor de Ondernemingskamer kunnen komen. De huidige toegang binnen het enquêterecht is daarvoor te beperkt; het zou daarom verstandig zijn om de toegang te verbreden. Op die manier kunnen betrokkenen zich beter wenden tot de Ondernemingskamer en kan de Ondernemingskamer de gedragsnormen die strekken tot bescherming van die belanghebbenden effectiever vormen, bijvoorbeeld door subnormen te formuleren en die aan de hand van een aantal uitspraken uit te werken. Het verbreden van de toegang tot het enquêterecht is echter niet zonder valkuilen. Het risico bestaat dat een te groot aantal partijen met te lichtzinnige verzoeken zich tot de Ondernemingskamer wenden, hetgeen ten nadele van zowel de rechts-

personen als de Ondernemingskamer zelf is. Om effectieve rechtsbescherming te borgen zou het derhalve verstandig zijn om bepaalde waarborgen in te bouwen. De meest voor de hand liggende is een systeem van early dismissal, waarbij lichtzinnige verzoeken in een vroeg stadium kunnen worden geïdentificeerd en afgewezen. In het buitenland bestaat ervaring met dit instrument in – onder meer – derivative actions, en in de Engelse Shell-uitspraak is daarvan ook gebruik gemaakt. Ook kan worden nagedacht over het vergoeden van de proceskosten van de andere partij, om op die manier verzoekende partijen te prikkelen alleen bonafide verzoeken te doen. Volgens mij moet verder worden nagedacht over deze en andere instrumenten – denk ook aan informatierechten – om belangenpluralisme een volwaardige rol te geven in het Nederlandse ondernemingsrecht. Met deze uiteenzetting heb ik geprobeerd daaraan bij te dragen.

¹⁹⁶ AktG, § 148(6).

¹⁹⁷ Art. 2:354 BW. Broere merkt overigens op dat een dergelijk kostenverhaal zich voor zover hem bekend nog nooit heeft voorgedaan (P.H.M. Broere, Verhaal van de kosten van het onderzoek, in: Bulten e.a. 2022, p. 742).