



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Kroniek van het Ondernemingsrecht 2023

*Over belangen en zorgplichten in het ondernemingsrecht en uitdagende afwegingen in en duurzaamheidsperspectief*

de Kluiver, H.-J.

#### Publication date

2023

#### Document Version

Final published version

#### Published in

Nederlands Juristenblad

#### License

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

#### Citation for published version (APA):

de Kluiver, H.-J. (2023). Kroniek van het Ondernemingsrecht 2023: Over belangen en zorgplichten in het ondernemingsrecht en uitdagende afwegingen in en duurzaamheidsperspectief. *Nederlands Juristenblad*, 98(15), 1198-1215. Article 1079. [https://new.navigator.nl/document/id0391d92aa1d7474b99cbc53d90ec2ec5?ctx=WKNL\\_CSL\\_85](https://new.navigator.nl/document/id0391d92aa1d7474b99cbc53d90ec2ec5?ctx=WKNL_CSL_85)

#### General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

#### Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Kroniek van het ondernemingsrecht

Over belangen en zorgplichten in het ondernemingsrecht en uitdagende afwegingen in een duurzaamheidsperspectief

**Harm-Jan de Kluiver<sup>1</sup>**

Ook dit jaar weer veel aandacht voor regelgevingsinitiatieven op het gebied van duurzaamheid, die zich langzamerhand ontwikkelen in de richting van de uitwerking, implementatie en handhaving. Voor ondernemingen gaat dat gepaard met lastige uitdagingen en vragen en ook voor de toezichthouders is de handhaving geen sinecure. En wat is tegen de achtergrond van deze regelgeving de waarde van soft law zoals de Corporate Governance Code? Een tweede belangrijke fundamentele ontwikkeling die ook het ondernemingsrecht raakt, is de voortgaande digitalisering van het maatschappelijk leven en daarmee ook het ondernemingsrechtelijke verkeer. Meer traditionele onderwerpen in rechtspraak en wetgeving worden ook belicht. Wetgevingsvoorstellen zien met name ook op de vormgeving van de BV en de NV onder het mom van modernisering. Sommige leerstukken van het ondernemingsrecht, zoals de zogenaamde 'noodzaakfinanciering' bewijzen hun waarde ook in tijden van oorlog en het OM heeft in een aantal gevallen daadkrachtig van civielrechtelijke bevoegdheden gebruik gemaakt om in rechtspersonen in te grijpen en bestuurders uit hun functie te zetten.

## Inleiding

In de afgelopen twee jaar stond deze kroniek voor een aanzienlijk deel in het teken van de zich snel ontwikkelende initiatieven, met name in EU-verband, op het terrein van duurzaamheid in brede zin. Dat omvat zowel de aandacht voor de naleving van mensenrechten en het beperken van milieubelasting in klassieke zin, als ook de prangende problematiek van de klimaatverandering. In het navolgende zal ook in dit jaar daaraan weer veel aandacht worden besteed. Wel verschuift die langzamerhand van de inhoud van de regelgeving naar de uitwerking, implementatie en handhaving daarvan. Dan kan het debat nog steeds wel verhit zijn. Dat bleek eerder dit jaar naar aanleiding van een initiatiefvoorstel voor een Wet verantwoord duurzaam internationaal ondernemen dat tot stevige reacties van grote Nederlandse ondernemingen (waaronder Boskalis) leidde.

De implementatie en naleving van duurzaamheidswetgeving betekenen voor ondernemingen ondertussen lastige uitdagingen en vragen waar het de afwegingen

betreft die ondernemingen moeten maken in het licht van de veelal open normen die de duurzaamheidswetgeving kenmerken. De andere kant van de medaille is dat ook de handhaving van die normen voor toezichthouders geen sinecure is. Onderdeel daarvan is ook de vraag naar de betekenis en waarde van soft law-instrumenten zoals de Nederlandse Corporate Governance Code. Die Code is recentelijk, in december 2022, herzien en benadrukt nu eens te meer dat duurzaamheid een belangrijk oriëntatiepunt moet zijn voor bestuurders en commissarissen van Nederlandse ondernemingen. Een interessant aspect van dergelijke soft law-instrumenten is dat die niet zonder meer parallel lopen met maatstaven die bestuurders en commissarissen volgens wet en rechtspraak hebben te volgen. Zo is het wettelijk kerncriterium waarnaar bestuurders en commissarissen zich hebben te richten het belang van de vennootschap en, als sprake is van een onderneming, het 'bestendige succes' van die onderneming. Dat valt niet per definitie samen met het dienen van 'duurzaamheid'.

Een tweede belangrijke fundamentele ontwikkeling die ook het ondernemingsrecht raakt, is de voortgaande digitalisering van het maatschappelijk leven en daarmee ook het ondernemingsrechtelijke verkeer. Zo werkt de EU zeer actief aan nieuwe regelgeving die het ondernemingsrecht vergaand digitaliseert. Dat omvat bijvoorbeeld de oprichting van rechtspersonen, maar ook de grensoverschrijdende activiteiten van ondernemingen. In dit verband is ook een actueel thema, dat hierna wordt besproken, hoe een algemene vergadering van aandeelhouders in het digitale tijdperk dient te worden vormgegeven.

Naast alle EU-ontwikkelingen draait ook de Nederlandse ondernemingsrechtelijke winkel, met haar meer traditionele aanbod van rechtspraak en wetgevingsvoorstellen natuurlijk door. Veel wetgevingsvoorstellen komen uit het schap dat is getooid met de aanduiding 'modernisering van het ondernemingsrecht'. In dat kader wordt er bijvoorbeeld gebroed op gedachten over hoe het verder moet met de personenvennootschappen en de naamloze vennootschap, in het bijzonder als die beursgenoteerd is. Het betreft dan onder meer de vraag of bepaalde aandeelhouders, bijvoorbeeld oprichters, extra stemrecht zouden moeten kunnen verkrijgen in de vorm van loyaliteits aandelen of aandelen met meervoudig stemrecht.

Belicht wordt voorts dat sommige leerstukken van het ondernemingsrecht, zoals de zogenaamde 'noodzaakfinanciering' hun waarde bewijzen ook in tijden van oorlog, en ten slotte dat het OM, dat tot nu toe civielrechtelijk vooral een Doornroosje was, in het afgelopen jaar is wakker geschud door dubieuze activiteiten van ondernemers zoals de inmiddels algemeen bekende Sywert van Lienden. Het OM heeft in een aantal gevallen daadkrachtig van civielrechtelijke bevoegdheden gebruik gemaakt om in rechtspersonen in te grijpen en bestuurders uit hun functie te zetten.

## Duurzaamheid en onderneming. De EU-regelgeving ontwikkelt zich snel

In de afgelopen jaren heb ik in deze kroniek veel aandacht besteed aan de ontwikkelingen rond duurzaamheid en met name aan de discussies over en de vorderingen van de EU-wetgeving. De essentie van deze ontwikkeling ligt in de ontwikkeling van een tweetal richtlijnen, de EU Corporate Sustainability Reporting Directive ('*CSRD*') en de EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive ('*CSDDD*'). Met deze EU-regelgeving worden twee hoofddoelen beoogd, namelijk enerzijds (i) vergaande transparantie van de effecten van het handelen van ondernemingen op mens, milieu en klimaat en anderzijds (in de *CSRD*) (ii) de aanscherping van zorgvuldigheidsverplichtingen van ondernemingen ter zake (in de *CSDDD*).

Het werk aan deze ontwerp-richtlijnen is in de verslagperiode voortvarend ter hand genomen.<sup>2</sup> De *CSRD* – waarover hierna – is reeds in werking getreden en met betrekking tot de *CSDDD* ligt er een door de EU Raad van ministers aangepast voorstel (waarover ook hierna meer). Ondertussen zijn op 1 januari 2023 ook vergaande EU- (uitvoerings)verordeningen op grond van de EU Sustainable Finance Disclosure Regulation ('*SFDR*') van kracht geworden.<sup>3</sup> Die regelgeving brengt mee dat klanten van financiële partijen, zoals banken, worden voorgelicht over hoe groen hun 'groene' beleggingen wel of niet zijn.

Voorts is en wordt druk gesleuteld aan het EU Emissions Trading System (*ETS*), dat ziet op de beperking van CO<sub>2</sub>-emissies door een systeem van uitstootrechten die geleidelijk aan worden verkraapt waarbij ondernemingen die 'meer' beperken dan waartoe ze gehouden zijn die rechten op de markt kunnen verkopen. Daartoe is op overkoepelend niveau een 'blauwdruk' vereist om te bepalen hoe en door wie, welke doelstellingen met betrekking tot vermindering van uitstoot van broeikasgassen zullen

## Met deze EU-regelgeving worden twee hoofddoelen beoogd, namelijk (i) vergaande transparantie van de effecten van het handelen van ondernemingen op mens, milieu en klimaat en (ii) de aanscherping van zorgvuldigheidsverplichtingen van ondernemingen ter zake

### Auteur

1. Prof. mr. H.J. de Kluiver is hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam en medewerker van het NJB. Deze kroniek beslaat de periode april 2022 - maart 2023.

### Noten

2. Het navolgende is deels mede ontleend aan mijn recente bijdrage aan het *WPNR* Themanummer over Duurzaamheid, H.J. de Kluiver, 'Onderneming en duurzaamheid. Over ondernemen, mensenrechten, milieu en klimaat, mede in Europees perspectief',

*WPNR* 2023, afl. 7407, p. 299 e.v. Ik verwijs daarnaar voor een uitgebreider en meer gedetailleerde bespreking. Dit is onderdeel van het *WPNR*-themanummer 'Duurzaamheid'. Voorts verwijs ik naar de Special van tijdschrift *Ondernemingsrecht* 2023, afl. 5 met als titel 'The Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive (met een keur aan Engelstalige bijdragen over diverse aspecten van de voorgestelde richtlijn) en, vanuit een algemeen privaatrechtelijk perspectief, het themanummer van *NTBR* 2022, afl. 10 over duurzaamheid en

privaatrecht. Voorts vermeld ik, onder meer, J.E.S. Hamster, 'Het voorstel van de Europese Commissie voor een richtlijn inzake passende zorgvuldigheid op het gebied van duurzaamheid: een kritische verkenning', *MvO* 2022, nr. 5 & 6, p. 150 e.v. en over het Nederlandse initiatiefwetsvoorstel, dat hierna nog aan de orde komt, O.J.W. Schotel & J.M. Schepel, 'Het initiatiefvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen in internationale context', *MvO* 2022, nr. 3 & 4, p. 99 e.v.

3. Verordening EU 2019/2088. Zie voor de

voorgeschiedenis nader H.J. de Kluiver, 'Kroniek van het Ondernemingsrecht: op weg naar post-covid duurzaam ondernemingsrecht. Over grote thema's van deze tijd: climate change, mensenrechten, governance en de maatschappelijke onderneming', *NJB* 2021/1216, afl. 15, p. 1243 e.v. en specifiek over de *SFDR* W.B. Kuipers & J.E. de Klerk, 'Hoe duurzaam belegd is de impact van "SFDR"?', *Ondernemingsrecht* 2021/127 p. 809 e.v.

moeten worden gehaald. Ik ontleen de term ‘blauwdruk’ aan oud-advocaat-generaal en hoogleraar Jaap Spier die in een aantal diepgravende publicaties zich indringend met de klimaatproblematiek heeft beziggehouden.<sup>4</sup>

In Nederland wordt dit nauwkeurig geobserveerd door de Nederlandse Emissie Autoriteit (NEA). Dat is een enigszins onderschatte en ondergewaardeerde instantie die op zichzelf uitstekend werk levert. De toegankelijke en met zeer veel nuttige informatie gevulde website van die organisatie, met inbegrip van een gedetailleerd overzicht van de uitstoot van ondernemingen die aan het ETS onderworpen zijn,<sup>5</sup> getuigt daarvan. Recentelijk verschenen zowel de rapportage over de (verminderde) CO<sub>2</sub>-uitstoot in 2022, waaraan ook in de reguliere pers enige aandacht is besteed, de toekenning van CO<sub>2</sub>-rechten voor 2023 – die beleidsmatig met het jaarlijkse percentage van 2,2% zijn verminderd in vergelijking met 2022 – en de (positieve) vijfjaarlijkse evaluatie van het werk en het functioneren van NEA.<sup>6</sup> Voor onderliggende informatie kan men ook goed terecht op de website van de EU over dit onderwerp.<sup>7</sup>

Het voorgaande wil overigens niet zeggen dat het ETS-systeem reeds perfect werkt, maar het is wel een systeem dat zich goed laat verfijnen. Een element van zulke verfijning is de voorlopige overeenstemming die eind 2022 is bereikt tussen de EU Raad van ministers en het Europees Parlement over de aanvulling van het ETS met een mechanisme dat CO<sub>2</sub>-emissies van ondernemingen uit *niet-EU-landen* in de EU belast als binnen de EU economische activiteit plaatsvindt. Het betreft het Carbon Border Adjustment Mechanism (‘CBAM’). Daarmee wordt beoogd zogenaamde CO<sub>2</sub> ‘leakage’ te voorkomen die kan ontstaan als buiten de EU goederen worden geproduceerd zonder dat uitstootbeperkingen daarvoor gelden en die vervolgens op de interne EU-markt worden afgezet.<sup>8</sup> Aan overheden biedt het ETS/CBAM daadwerkelijk een sturingsinstrument om hun verantwoordelijkheid waar te maken voor het halen van de klimaatdoelen zoals neergelegd in de akkoorden van Parijs.

### ***De EU-richtlijn inzake duurzaamheidsrapportage door ondernemingen, de Corporate Sustainability Reporting Directive, is inmiddels van kracht***

In de EU-regelgeving wordt duurzaamheid breed verstaan. Dat volgt al uit de ‘Green Deal’ zoals die door de Europese Commissie op 11 december 2019 is gepresenteerd.<sup>9</sup> Het gaat zowel om eerbiediging van mensenrechten en bescherming van het milieu als ook om beperking van de uitstoot van broeikasgassen ter beperking van de klimaatverandering. Dat begint uiteraard met een zorgvuldige en gedetailleerde verslaglegging van de duurzaamheidsrisico’s en activiteiten door ondernemingen. Zeer gedetailleerde verplichtingen met betrekking tot het gehele terrein van duurzaamheid zijn opgenomen in wat bekend staat als de EU Corporate Sustainability Reporting Directive. Recentelijk, op 6 januari 2023, is deze EU-richtlijn van kracht geworden en binnen achttien maanden, dus in de zomer van 2024, moet deze in nationale wetgeving van de EU-staten zijn geïmplementeerd. De CSRD zal uiteindelijk van toepassing zijn op het merendeel van de ondernemingen die minimaal 250 werknemers in dienst hebben. Volgens recente CBS-cijfers beloopt dat aantal zo’n 3200 Nederlandse ondernemingen.<sup>10</sup>

### ***Voorstel EU-richtlijn inzake passende zorgvuldigheid op het gebied van duurzaamheid, de Corporate Sustainability Due Diligence Directive, op 1 december 2022 (vooralsnog goedgekeurd door EU Raad van ministers)***

Het tweede cruciale EU-wetgevingsinitiatief is de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (‘CSDDD’). Ook dat initiatief vloeit voort uit de eerdervermelde EU ‘Green Deal’ met de bedoeling dat duurzaamheid (‘sustainability’) ‘should be further embedded into the corporate governance framework, as many companies still focus too much on short-term financial performance compared to their long-term development and sustainability aspects’. Dit denken over de relatie tussen ‘vergroening’, duurzaamheid, lange termijn en corporate governance, wordt sindsdien gevat onder het kopje ‘Sustainable Corporate Governance’. In Nederland heeft daarvoor de term ‘duurzaam ondernemen’ ingang gevonden. Voor een breed perspectief daarop verwijs ik naar de uitgebreide preadviezen voor de Koninklijke Vereniging Handelsrecht uit 2021 alsmede nadien verschenen literatuur.<sup>11</sup>

In de kern beoogt de CSDDD het nader formuleren van *zorg(vuldigheids)plichten* (‘due diligence’-verplichtingen) in de waardeketen (met name de ‘supply chain’) (i) ter waarborging van mensenrechten, (ii) het voorkomen/beperken van ‘klassieke’ milieuschade en (iii) het nemen van maatregelen om de opwarming van de aarde en klimaatverandering tegen te gaan. Die verplichtingen gaan in beginsel gelden voor ondernemingen met meer dan 500 werknemers – dat zijn er in Nederland zo’n 1400 – en een omzet van minimaal € 150 miljoen. Ook ondernemingen die *niet* in een EU staat zijn opgericht, maar in de EU wel € 150 miljoen omzet genereren zullen op termijn aan de CSDDD moeten voldoen.

De EU Raad van ministers heeft inmiddels het voorstel van de Europese Commissie geaccepteerd, zij het wel dat daarin drie belangrijke wijzigingen zijn aangebracht. Zo is de werking van de richtlijn in beginsel beperkt tot de keten van toeleveranciers (‘supply chain’ of ook wel ‘upstream’-activiteiten genoemd) en ziet die dus niet op de keten van afnemers (‘downstream’-activiteiten), wordt het aan EU-lidstaten gelaten om de CSDDD wel of niet van toepassing te laten zijn op financiële instellingen en zijn ten slotte de aansprakelijkheidsbepalingen beperkt in die zin dat aan alle traditionele vereisten voor aansprakelijkheid (relativiteit, causaliteit, schade) moet zijn voldaan en er geen specifieke verantwoordelijkheden voor bestuurders en commissarissen worden geformuleerd.

Een en ander is vastgelegd in een aangepast voorstel voor de CSDDD dat op 30 november 2022 is gepresenteerd<sup>12</sup> en op 1 december 2022 met een gekwalificeerde meerderheid door de EU Raad van ministers is aanvaard.<sup>13</sup> Dit gewijzigde voorstel zal dit jaar (2023) voorwerp van onderhandeling zijn met het Europees Parlement en de Europese Commissie (de zogenaamde ‘triloog’) met de bedoeling te komen tot een door alle EU-gremia gedragen voorstel.

### ***Het CSDDD-systeem van zorg(vuldigheids)plichten, en de te maken afwegingen, nader verkend***

De CSDDD voorziet zowel in verplichtingen met betrekking tot de eerbiediging van mensenrechten, het milieu als ook in verplichtingen om de uitstoot van broeikasgas-

sen te verminderen. Wat dit laatste betreft is in de door de EU Raad van ministers aangepaste versie van de CSDDD nauw aangesloten bij de omschrijving van hetgeen wordt vereist in de CSRD (zie reeds hiervoor). Dat was een sterk wens van de EU Raad van ministers, met inbegrip van Nederland.<sup>4</sup>

De kernverplichting (in artikel 15 CSDDD) is dat ondernemingen die onder de reikwijdte van de CSDDD vallen *'shall adopt a plan* to ensure that the business model and strategy of the company are compatible with the transition to a sustainable economy and with the limiting of global warming to 1,5 °C in line with the Paris Agreement'. Dat ondernemingsplan dient aan te geven 'the extent to which climate change is a risk for, or an impact of, the company's operations'. Is 'climate change' een 'principal risk' voor de onderneming of is sprake van 'principal impact' van de onderneming op het klimaat (het gaat om beide aspecten; men spreekt van 'double materiality'; zie reeds hiervoor), dan dient de onderneming *'emission reduction objectives'* in het plan op te nemen. Zoals hiervoor al aan de orde kwam is hier mijns inziens een belangrijke rol weggelegd voor het EU Emissions Trading System.

Met betrekking tot mensenrechten en milieu is de systematiek in de CSDDD een andere. Waar het met betrekking tot de beperking van de uitstoot van broeikasgassen primair de eigen onderneming (met inbegrip van groepsmaatschappijen) betreft, rust op ondernemingen ingevolge de CSDDD een brede 'due diligence'-verplichting om inbreuken op mensenrechten en milieuschade ('adverse impacts') bij alle ondernemingen in de toeleveringsketen uit te bannen. Ook als het gaat om ondernemingen die geheel buiten het concern staan en die op hun beurt weer gebruik maken van andere ondernemingen met weer eigen toeleveranciers.

Al met al kan het derhalve gaan om tientallen of zelfs honderden en, bij grote ondernemingen, zelfs duizenden bedrijven die over de gehele wereld gevestigd zijn en niet onder het gezag van de Nederlandse vennootschap vallen. Reeds het in kaart brengen van eventuele mensenrechten- en milieuschendingen voor al die ondernemingen in de toeleveringsketen, zal vaak al een enorme klus zijn. Dat zal ook zeker niet in alle landen even goed mogelijk zijn.

De richtlijn voorziet (in de artikelen 6-8) in verschillende opties en gradaties om hiermee om te gaan en kent

## Reeds het in kaart brengen van eventuele mensenrechten- en milieuschendingen voor al die ondernemingen in de toeleveringsketen, zal vaak al een enorme klus zijn

een gelaagd systeem (artikel 6 CSDDD e.v.) van *'identification, prevention, mitigation, termination'*. De naleving van de richtlijn begint met de opdracht 'to identify actual and potential adverse impacts' op mensenrechten en milieu. Vervolgens wordt van ondernemingen verwacht dat wordt nagedacht wat 'appropriate measures' zijn 'to prevent or mitigate' de mogelijk negatieve effecten. Daartoe dient ook een 'prevention action plan' te worden ontwikkeld. Dat kan mede inhouden dat uitdrukkelijk contractuele afspraken met business partners worden gemaakt om inbreuken te voorkomen c.q. te beëindigen (artikel 7 en 8). Voor dergelijke (contractuele) afspraken kan de Commissie 'guidelines' opstellen, met inbegrip van modelcontractclausules (artikel 12 en 13).

In de richtlijn wordt echter onderkend dat het in de praktijk, ook met inachtneming en na afweging van alle belangen van de onderneming, voor een onderneming regelmatig praktisch niet goed mogelijk kan zijn 'to end adverse impacts' bijvoorbeeld omdat het om cruciale producten of diensten gaat die niet aanstonds elders kunnen worden verkregen. In zo'n geval moet worden gestreefd naar beperking ('mitigation') van de inbreuken op mensenrechten en/of het milieu 'on the basis of a corrective action plan'. Ten slotte mag de onderneming 'prioriteren' welke negatieve effecten in welke volgorde zullen worden geadresseerd, met inachtneming van de ernst en waarschijnlijkheid van die negatieve effecten (artikel 6a).

Het voorgaande illustreert dat de normen zoals die worden gesteld in de CSDDD en de daaruit voortvloeiende zorgplichten met betrekking tot het eerbiedigen van mensenrechten en het voorkomen van milieuschade, in sterke mate een open karakter hebben waar het de vraag

4. Zie J. Spier, 'Milieudefensie v. Shell: een sirenenzang? Suggesties voor een beter alternatief', in: W.J.M. Van Veen e.a. *De klimaatzaak tegen Shell*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 49 e.v., dezelfde, 'SDG's: tussen droom en daad: een processie van Echternach. Het Shell-vonnis: stormram of eendagsvlieg?', *TvOB* 2021, p. 176 e.v.; en Jaap Spier, *Climate Litigation. Cases and Materials*, Den Haag: Eleven/Boom uitgeverij 2022 waarin hij het 'blueprint'-concept bespreekt op p. 198 e.v. en 261 e.v.

5. Zie voor de gedetailleerde emissiecijfers over 2021: [emissieautoriteit.nl/documenten/publicatie/2022/04/14/emissiecijfers-2021](https://emissieautoriteit.nl/documenten/publicatie/2022/04/14/emissiecijfers-2021).

6. Zie voor dit alles [emissieautoriteit.nl/documenten/publicatie/2022/04/14/emissiecijfers-2021](https://emissieautoriteit.nl/actueel/emissieautoriteit.nl/documenten/publicatie/2022/04/14/emissiecijfers-2021).

7. [climate.ec.europa.eu/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets\\_en](https://climate.ec.europa.eu/eu-action/eu-emissions-trading-system-eu-ets_en).

8. Zie [consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2022/12/13/eu-climate-action-provisional-agreement-reached-on-carbon-border-adjustment-mechanism-cbam/](https://consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2022/12/13/eu-climate-action-provisional-agreement-reached-on-carbon-border-adjustment-mechanism-cbam/).

9. [ec.europa.eu/info/publications/communication-european-green-deal-en](https://ec.europa.eu/info/publications/communication-european-green-deal-en) en [ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/)

10. [cbs.nl/nl-nl/visualisaties/](https://cbs.nl/nl-nl/visualisaties/)

11. Zie H.J. de Kluiver (red.), *Duurzaam ondernemen en Sustainable Transport*, Zutphen: Paris Uitgevers 2021, met boeiende bijdragen van H. de Wulf, M. W. Scheltema, H.A. Walkate, en J.A. Langezaal & G.G. Hesen. Zie ook L.K. van Dijk, 'Duurzaam ondernemingsrecht – In de breedste zin van het woord', *Ondernemingsrecht* 2022/88. Voor nadere uitwerking van het onderhavige verwijs ik naar mijn bijdrage 'Onderneming en duurzaamheid' aan het

reeds vermelde *WPNR*-themanummer Duurzaamheid, *WPNR* 2023, afl. 7407.

12. Zie [data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/en/pdf](https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15024-2022-REV-1/en/pdf).

13. Zie [consilium.europa.eu/en/meetings/compet/2022/12/01/](https://consilium.europa.eu/en/meetings/compet/2022/12/01/) en [consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/01/council-adopts-position-on-due-diligence-rules-for-large-companies](https://consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/01/council-adopts-position-on-due-diligence-rules-for-large-companies).

14. Verwezen zij naar de brief van de Minister van Economische Zaken en Klimaat van 21 december 2021, *Kamerstukken II* 2022/23, 21501-30, nr. 570.

betreft hoe de doelstelling daadwerkelijk kan worden behaald en op welke termijn. Hier zijn dus belangrijke afwegingen te maken door bestuurders en commissarissen van Nederlandse ondernemingen met inachtneming van alle te dienen belangen. Dat heeft ook belangrijke implicaties voor de daaraan te koppelen sanctiebepalingen en de rol van de instanties die toezicht dienen te houden op de naleving van de CSDDD. Daarbij past niet een traditionele sanctiestructuur met vastomlijnde boetes en aansprakelijkheden, maar veelal een benadering waarin ondernemingen op transparante wijze verantwoording afleggen aan toezichthouders en in dialoog wordt bepaald wat in redelijkheid (nog) meer of anders kan worden gedaan om de doelstellingen van de CSDDD te realiseren.

### Duurzaamheidswetgeving in Nederland: het initiatief-wetsvoorstel internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen

Nadat in 2019 is besloten om de Wet zorgplicht kinderarbeid (Wzk)<sup>15</sup> niet in te voeren in afwachting van de CSRD en CSDDD-regelgeving op EU-niveau (zie ook het coalitieakkoord van het kabinet Rutte IV),<sup>16</sup> heeft een aantal fracties in de Tweede Kamer – ChristenUnie, GroenLinks, PvdA en SP – besloten de EU-ontwikkelingen niet af te wachten en zelf een initiatiefwetsvoorstel ter bevordering van ‘Verantwoord en Duurzaam Internationaal Ondernemen’ (afgekort: ‘VDIO’) in te dienen.

Dat initiatief,<sup>17</sup> waarbij zich nadien D66 en Volt hebben aangesloten, is breder geformuleerd dan de EU-regelgeving. Het ziet zelfs op ‘elke activiteit’ waarvan een onderneming ‘weet of redelijkerwijs kan vermoeden’ dat die ‘nadelige gevolgen kan hebben voor de mensenrechten of het milieu in een land buiten Nederland’ (zie artikel 1.2 lid 1; cursivering toegevoegd; HJdK). Behalve dat het initiatiefvoorstel zeer breed van opzet is en veel verder gaat dan de EU-regelgeving en vergelijkbare buitenlandse wetgeving,<sup>18</sup> grossiert het in vage, brede terminologie die zeker niet altijd consistent is, en regelmatig nauwelijks te begrijpen, laat staan implementeerbaar is.

Het initiatiefvoorstel leidde reeds tot een vernietigend advies van de Raad van State<sup>19</sup> waarin de Raad van State het huidige voorstel ‘met zijn combinatie van open normstelling, ruime reikwijdte en uitgebreid bestuursrechtelijk en strafrechtelijk handhavingsmechanisme [...] als onverantwoord’ kwalificeerde (cursivering toegevoegd; HJdK). Bovendien is, aldus de Raad van State, sprake van ‘ernstige tekortkomingen’ wat betreft ‘uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid’. Ook in het bedrijfsleven is met zorg van dit initiatief kennisgenomen.<sup>20</sup> Ik verwijs in dit verband ook naar een op 18 januari 2023 in de Tweede Kamer georganiseerde ‘ronde tafel’-bijeenkomst.<sup>21</sup>

De kritiek heeft vooralsnog echter nauwelijks effect gehad. Op 2 november 2022 is door de betrokken Kamerleden een slechts licht gewijzigd voorstel ingediend.<sup>22</sup> Daarin is weinig verbetering te bespeuren. Eerder is het tegendeel het geval. Er zijn juist verdergaande bepalingen toegevoegd. Zo is inmiddels, in het voorgestelde artikel 3.2.6, een omkering van de bewijslast opgenomen in de bepalingen op grond waarvan Nederlandse ondernemingen aansprakelijk kunnen worden gesteld. Ook dat wijkt fundamenteel af van buitenlandse regelingen en de EU-voorstellen waarin nu juist civielrechtelijke aansprakelijkheid wordt beperkt. Zeer kritisch daarover ziet men onder meer de Raad voor de rechtspraak (RvR) in een op 8 maart 2023 daaraan gewijd advies.<sup>23</sup> De RvR noteert dat het wetsvoorstel ‘zeer verstrekkend’ is, mede gelet op in zijn algemeenheid ‘onredelijke omkering van de bewijslast’. Zo vraagt de RvR zich af wanneer er bijvoorbeeld een vermoeden van kinderarbeid is. Is daarvoor voldoende dat het bedrijf textiel uit bepaalde landen importeert waar kinderarbeid voorkomt?

Zoals gezegd lijkt alle kritiek de betrokken leden van de Tweede Kamer niet te deren. Ook de mededeling van de Ministers van Economische Zaken en Buitenlandse Handel dat dit voorstel niet door het kabinet kan worden ondersteund en de oproep van de ministers aan de initiatiefnemers om met inachtneming van de EU-voorstellen en ‘door de bril van effectiviteit en een gelijk speelveld in de EU hun initiatief-wetsvoorstel te bekijken’ en dat te heroverwegen, lijkt eerder een omgekeerd effect te hebben. Zo was dat aanleiding voor Kamervragen van C. van der Plas (BBB) waarin deze de stelling betreft, overigens evident ten onrechte, dat de ministers met hun uitlatingen en verzoek staatsrechtelijk laakbaar zouden handelen.<sup>24</sup>

Aan het initiatiefvoorstel liggen ongetwijfeld goede bedoelingen ten grondslag. Maar goede bedoelingen staan niet garant voor goede wetgeving. Dat vergt minstens zorgvuldige analyses van de feiten en op basis daarvan goed doordachte regels die aanknopen bij die feiten. Het onderhavige initiatiefvoorstel voldoet niet aan daaraan te stellen kwaliteitseisen. Ik heb geen aarzeling dat wij in alle opzichten veel beter terecht kunnen bij de komende EU-regelgeving zoals hiervoor belicht. Hopelijk zal dat inzicht ook tot een meerderheid in de Tweede Kamer doordringen en zal dit initiatief snel in een la verdwijnen.

### Duurzaamheid en de herziene in 2023 in werking tredende Corporate Governance Code

Ten slotte is duurzaamheid ook een belangrijk thema in de Nederlandse Corporate Governance Code (hierna kortweg ‘Code’). Dat is begrijpelijk. Wel moet men zich echter realiseren dat de Code tot stand is gebracht na en naar aanleiding van andersoortige problemen dan duurzaam-

**De Raad van State kwalificeerde het huidige voorstel ‘met zijn combinatie van open normstelling, ruime reikwijdte en uitgebreid bestuursrechtelijk en strafrechtelijk handhavingsmechanisme [...] als onverantwoord’**

heidsissues. Die aanleiding was een aantal boekhoudfraudes bij beursgenoteerde ondernemingen die aan het begin van deze eeuw aan het licht kwamen. Bekende namen zijn hier Enron, WorldCom, Parmalat, maar ook het Nederlandse Ahold dat in 2002 te maken kreeg met een ernstig boekhoudschandaal. De Code is primair bedoeld om dit soort ongelukken te voorkomen en de kwaliteit van bestuur en toezicht te verbeteren.

Bij de herziening van de Code in 2008 werd in aanvulling op het te dienen vennootschapsbelang wel opgenomen dat 'ook de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen' daarbij ware te betrekken en in de herziening van de Code in 2016 kreeg dit nog wat meer nadruk met de stelling dat uitgangspunt bij het uitvoeren van de taken door bestuur en raad van commissarissen zou moeten zijn om 'langetermijnwaardecreatie' te realiseren. Dat vereist, aldus de Code 2016, ook aandacht voor 'andere voor de vennootschap en de met haar verbonden onderneming relevante aspecten van ondernemen, zoals milieu, sociale en personeelsaangelegenheden, de keten waarin de onderneming opereert, eerbiediging van mensenrechten en bestrijding van corruptie en omkoping'.

In het afgelopen jaar werd, op 20 december 2022, de derde herziening van de Code gepresenteerd.<sup>25</sup> Daarin is de notie van langetermijnwaardecreatie (die dus reeds stamt uit 2016) uitgebreid tot 'duurzame' langetermijnwaardecreatie (zie principe 1.1). Bij het vormgeven van de daartoe vereiste strategie moet, naast hetgeen de Code 2016 reeds formuleerde, nu (aldus bepaling 1.1.1 van de Code 2022) 'in ieder geval aandacht' worden besteed aan 'de impact van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming op het gebied van duurzaamheid, daaronder begrepen de effecten op mens en milieu'. Sommige leden van de Monitoring Commissie wilden blijkbaar verder gaan,<sup>26</sup> maar daarmee zou de Code ver uit de pas zijn gaan lopen met buitenlandse codes.<sup>27</sup>

Aldus is de Code in twintig jaar opgeschoven van een instrument dat primair beoogde de kwaliteit van bestuur en toezicht te vergroten door het geven van heldere regels die te operationaliseren zijn in bedrijfsprocessen, tot een beginseldocument. Daarin schuilt ook een zwakte. Duurzaamheid is complex en veelomvattend en laat zich niet zinvol in een paar brede en weinig precieze zinsneden

vastleggen. Zoals de hiervoor weergegeven ontwikkeling van de CSRD en CSDDD (en het Nederlandse initiatiefvoorstel) laat zien vergt dat nauwkeurige en zorgvuldige regelgeving die van een geheel andere orde is dan handvatten die interne bedrijfsprocessen optimaliseren. Dat laatste was altijd de bedoeling van de Code. Met de beweging naar brede en vage formuleringen over duurzaamheid is de vraag of de Code in dat opzicht richting geeft. Daarvoor is wetgeving zoals de CSRD veel beter geschikt.

Wel blijft onverminderd centraal staan dat ondernemingen zich mede rekenschap moeten geven van brede maatschappelijke belangen en deze ook zullen moeten afwegen. De wijze waarop dat moet gebeuren oversteekt echter aard en doel van de Code en daarvoor mist de Commissie die de naleving van de Code volgt, ook de ondersteuning en de legitimiteit. Dat zouden ook rechters zich moeten realiseren als zij de Code in hun oordelen betrekken. In het buitenland heeft een en ander wel de vraag opgeroepen of het fenomeen Corporate Governance Codes zich niet heeft overleefd voor zover althans meer wordt beoogd dan verdiepende *guidance* over goed ondernemingsbestuur.<sup>28</sup> Dat lijkt mij mede in het licht van de CSRD en de CSDDD een legitieme vraag.

## De maatschappelijke uitdaging voor ondernemingen (en het ondernemingsrecht) is het verenigen van uiteenlopende belangen en zorgplichten

Als iets uit het voorgaande duidelijk wordt dan is het wel dat anno 2023 een belangrijke taak en uitdaging van ondernemingen is om een veelheid van belangen, zowel van de onderneming als van derden, in het licht van een uitdijend corpus van 'zorgplichten' af te wegen en met inachtneming daarvan een beleid en strategie van de vennootschap te formuleren. Daarbij is 'duurzaamheid' terecht een belangrijk ijkpunt geworden. Die keuze voor duurzaamheid klinkt eenduidig, maar is dat niet.

De uiteindelijke inhoud van de koers van een onderneming, ook als duurzaamheid daarbij een belangrijk doel is, laat nog zeer veel verschillende keuzes open en vergt onverminderd een afweging van een groot aantal veelal tegenstrijdige belangen. Dat impliceert dat ondernemingen ook mede betrokken worden bij maatschappelijke conflicten.

15. Stb. 2019, 401.

16. Zie het coalitieakkoord 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', p. 39.

17. Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 2.

18. Bijvoorbeeld het Duitse 'Lieferkettensorgepflichtengesetz' en de Franse Loi de vigilance uit 2017. Zie daarover ook H. De Wulf, 'Duurzaam ondernemen en ESG: Perspectieven en verwachtingen', in: *Preadviezen Koninklijke Vereniging Handelsrecht 2021*, p. 29 e.v. en met name p. 73 e.v.

19. Kamerstukken II 2022/23, 35761, nr. 8.

20. Zie bijvoorbeeld zeer uitgesproken de CEO van Boskalis N.V., Berdowski, in FD

januari 2023, p. 10/11 die zelfs uitspreekt dat dergelijke wetgeving een factor is om de vraag te stellen of ondernemingen nog wel in Nederland gevestigd willen zijn.

21. Desgewenst terug te zien via: debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/initiatiefwet-verantwoord-en-duurzaam-internationaal-ondernemen.

22. Kamerstukken II 2022/23, 35761, nr. 9.

23. Raad voor de rechtspraak, *Advies initiatiefwetsvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen*, kenmerk: UIT 2023/13514.

24. Zie nos.nl/artikel/2463972-verplichting-verantwoord-ondernemen-voorlopig-uitzicht-kabinet-trap-op-rem en de brief van

28 maart 2023 van de bewindspersonen waarin wordt aangegeven dat voor het kabinet een 'gelijk speelveld' en implementatie van EU-wetgeving leidend zijn (antwoord op Kamervragen, *Aanhangsel Handelingen II 2022/23*, nr. 2044).

25. Zie mccg.nl/publicaties/codes/2022/12/20/corporate-governance-code-2022.

26. Zie de voorzitter van de Monitoring Commissie, mr. Pauline van der Meer Mohr in FD 21 december 2022.

27. Vgl. bijvoorbeeld de in 2022 herziene Duitse Corporate Governance Code die volstaat met een vergelijkbare bepaling als nu in de Nederlandse Code is opgenomen,

maar uitdrukkelijk niet als Principe ('Grundsatz'), maar als aanbeveling ('Empfehlung') A.1 waarvan gemotiveerd kan worden afgeweken. Ook de Financial Reporting Council (FRC), die gaat over de herziening van de UK Code, heeft reeds aangegeven dat de voorgenomen herziening in 2023 beperkt zal zijn en terughoudend met nieuwe verplichtingen (zie Review of Corporate Governance Reporting, november 2022, p. 3).

28. Vgl. B.R. Cheffins & B.V. Reddy, 'Thirty Years and Done – Time to abolish the UK Corporate Governance Code', *ECGI Law Working Paper 654/2022*.

# De uiteindelijke inhoud van de koers van een onderneming, ook als duurzaamheid daarbij een belangrijk doel is, laat nog zeer veel verschillende keuzes open en vergt onverminderd een afweging van een groot aantal veelal tegenstrijdige belangen

De actuele debatten in Nederland over de bescherming van de natuur versus de belangen van de agrarische sector, resulterend in de recente enorme overwinning van de BBB in de Statenverkiezingen, is een voorafschaduwing van wat ons hier nog te wachten staat. Grote delen van de samenleving zullen immers ook wensen dat het huidige niveau van economische (materiële) welvaart op zijn minst gehandhaafd zal blijven terwijl dit zeker niet gewaarborgd is in een economische en maatschappelijke transitie in de richting van duurzaamheid. Het wordt derhalve zoeken en tasten hoe al die belangen te verenigen althans af te wegen.

Dat blijkt al als het gaat om de wijze waarop de CSDDD is opgezet en de zorgplichten die daarin zijn geformuleerd. De CSDDD gaat weliswaar uit van het streven naar het afwezig zijn van negatieve impact op mensenrechten en milieu, en het voorkomen daarvan, maar tegelijkertijd wordt in dezelfde richtlijnbevestiging onderkend dat dit veelal niet realistisch is en dat derhalve moet worden gestreefd naar mitigatie en prioritering op basis van ernst en waarschijnlijkheid van mogelijke 'adverse effects' op mensenrechten en milieu. Ik verwijs naar wat daarover hiervoor al is opgemerkt.

Die complexiteit zal ook vereisen dat we scherper moeten gaan (her)denken wat mede in dit perspectief recht is en behoort te zijn. Dat zal niet zwart-wit zijn en zal veel ruimte moeten laten aan concrete afwegingen door bestuurders en commissarissen. Tegelijkertijd zal dat ook uitdagingen meebrengen voor rechtspraak en de toezichtspraktijk. Rechters en toezichthouders die digitaal denken gaan niet bijdragen aan de ontwikkeling van een nieuw evenwicht, maar zullen aan het bereiken daarvan veeleer in de weg staan.

### Duurzaamheid, vennootschappelijk belang en het bestendig succes van de onderneming als maatstaf? Van Cancun via Curaçao naar Düsseldorf

Bij het voorgaande is het goed om te bedenken dat, krachtens de wet, aldus artikel 2:129/239 lid 5 BW, ook bij de te maken keuzes omtrent bijvoorbeeld klimaatvraagstukken, voor bestuurders en commissarissen nog steeds geldt dat zij primair het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming hebben te dienen. Dat is ook in de hoogste rechtspraak nog steeds uitgangspunt. Sterker nog, als aan de vennootschap een onderneming verbonden is, heeft de Hoge Raad benadrukt dat het belang van de vennootschap 'in de regel vooral [wordt] bepaald door het bevorderen van het *bestendige succes van deze onderneming*'. Deze formule van het 'bestendige succes van de onderneming' staat sinds de beschikking van de Hoge Raad van 4 april 2014, NJ 2014/286, m.nt. Van

Schilfgaarde (*Cancun*) bekend als de 'Cancun'-norm. De casus in die zaak betrof een geschil tussen buitenlandse aandeelhouders van een Nederlandse vennootschap die een hotel in Cancun exploiteerde.<sup>29</sup>

In aanvulling op het criterium van het 'bestendige succes' voegde de Hoge Raad wel toe:

'Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders *voorts, mede op grond* van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken.'

'Deze *zorgvuldigheidsverplichting*' kan, aldus de Hoge Raad, meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van andere betrokkenen '*niet onnodig of onevenredig worden geschaad*'. Voorts kan dat meebrengen 'een *bijzondere zorgplicht* [...] met betrekking tot de positie van een aandeelhouder wiens belang is verwaterd of (verder) dreigt te verwateren'. (alle cursiveringen toegevoegd; HJdK). De verwijzing naar artikel 2:8 BW is begrijpelijk in het licht van de *Cancun*-casus, waar het ging om een geschil tussen aandeelhouders. Maar in het licht van wat de Hoge Raad letterlijk overweegt, en het gebruik van de termen 'zorgvuldigheids'- en 'zorgplichten', lijkt de bredere grondslag van de onrechtmatige daad zoals neergelegd in artikel 6:162 BW daar net zo goed of zelfs beter bij te passen. Hoe zorg(vuldigheids)plichtingen zich verhouden tot het belang van de vennootschap en het bevorderen van het 'bestendige succes' van de onderneming blijft daarmee overigens vaag.

Gelet op de grote betekenis die in het Nederlandse ondernemingsrechtelijke discours aan deze 'Cancun'-benadering wordt gehecht, is een belangrijke gebeurtenis in het afgelopen jaar dat de Hoge Raad zijn 'Cancun'-leer nog eens uitdrukkelijk heeft bevestigd – en zelfs verbreed naar alle rechtspersonen – in HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:199 (*Bab-Al/Cordial*). Dat is, net als de *Cancun*-uitspraak, een beschikking in een enquêtezaak (zij het van Curaçaose oorsprong). Een curieuze toevalligheid is dat de feiten in deze zaak opvallende gelijkenis vertonen met de *Cancun*-casus. Ook hier betrof het een hotel in het buitenland (i.c. Düsseldorf) dat werd geëxploiteerd door niet-Nederlandse zakenlieden die aandeelhouders waren in een Curaçaose vennootschap. De Hoge Raad herhaalt dezelfde overweging als hiervoor reeds geciteerd. Nieuw is dat de Hoge Raad, in aanvulling op de *Cancun*-uitspraak, nog wel toevoegt dat de rechtspersoon: '[b]ovendien een *zelfstandig belang* erbij heeft dat wettelijke en statutaire normen of normen die mede voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid (...), waaron-



der begrepen procedurele normen die noodzakelijk zijn voor een goede besluitvorming, op juiste wijze zijn of worden nageleefd.' (cursivering toegevoegd; HJdK)

De nadruk die de Hoge Raad legt op het 'bestendig succes'-criterium kan de vraag oproepen of dit criterium in het licht van de hiervoor in deze kroniek geschetste aanstormende duurzaamheidgolven en de vele daarmee samenhangende en dus af te wegen belangen en zorgplichten, wel echt een betrouwbaar baken is. Daarbij kan al een teken aan de wand zijn dat de terminologie mede ontleend lijkt aan s. 172 van de UK Companies Act dat de directors opdraagt 'to promote the success of the company'. Deze bepaling voegt wel toe dat mede moet worden gelet op 'consequences of any decision in the long term', maar dit alles wel steeds vanuit het perspectief van de aandeelhouders 'as a whole' (en dus niet vanuit het perspectief van andere betrokkenen). In Nederland wordt deze discussie veelal uit de weg gegaan met de dooddoener dat het 'bestendig succes' van een onderneming per definitie is gediend met een keuze voor duurzaamheid. Dat is echter vaak helemaal niet evident. Als een transportonderneming enthousiast overschakelt op de aanschaf van elektrische vrachtwagens die regelmatig langere tijd moeten stoppen om op te laden (en te wachten op een plek om op te laden) en overigens nogal kwetsbaar en duur blijken, kan het zo maar zijn dat de onderneming op relatief korte termijn het faillissementsspook in de ogen kijkt en aan de lange termijn niet meer toekomt. Dat zal niet minder het geval zijn als een onderneming zich enthousiast tot het gebruik van waterstof bekeert en moet constateren dat dit toch te duur en te onzeker is om rendabel te zijn. En wat te denken van de aannemer die besluit nog slechts gebruik te maken van duurzame, maar ook duurder materialen en vervolgens merkt dat vanwege die hogere kosten het aantal opdrachten voor te bouwen woningen ernstig terugloopt. Hetzelfde lot zou zo maar de fabrikant van kleding kunnen treffen die kiest voor duurzame producten, zoals brandnetel, maar moet ervaren dat dit gevoelsmatig bij haar klanten niet aanslaat. En het zou nogal een gok zijn om aan te nemen dat een succesvolle biefstukketen die geheel overschakelt op kunstvlees en vegetarische gerechten zal overleven. Vele andere voorbeelden laten zich denken. Een vaak terugkerend patroon daarin zal zijn dat een duurzame productie grote investeringen kan vergen en in de fase van ontwikkeling waarin het duurzame product zich bevindt, onzeker zal zijn of klanten daarvoor zullen willen betalen of toch maar naar de concurrentie overstappen waar de nieuwe ontwikkelingen worden afgewacht. Dat betekent dat een keuze voor duurzaamheid (dus) vaak juist grote risico's mee kan brengen, juist voor het bestendig succes van de onderneming.

### **Zorgplichten en de afweging van belangen; over belangenvermenging, tegenstrijdig belang en een eigen koers van de Ondernemingskamer**

Mede in het licht van het voorgaande kan ten volle worden onderschreven hetgeen Timmerman recentelijk nog eens kernachtig samenvatte in zijn observatie:

'Het draait in het moderne recht om belangenafweging en het tekortschieten in zorgplichten.'<sup>30</sup>

Dat geldt ook voor het ondernemingsrecht. Het roept de vraag op hoe bestuurders en commissarissen met de vele verschillende belangen moeten omgaan. Naarmate de onderneming en haar bestuurders en commissarissen een breder palet aan verantwoordelijkheden wordt toegedacht, neemt ook de onzekerheid en het ongemak toe over hoe de afweging van al die belangen moet plaatsvinden en wat al of niet en in welke mate in ondernemingsbeleid moet worden omgezet.

Een daarmee verbonden vraag is wie die afwegingen (moeten) maken. Primair is dat de verantwoordelijkheid van bestuurders en commissarissen van een vennootschap. Zij bepalen het beleid en de strategie van de onderneming (zie ook artikel 2:129 lid 1 BW). Tegelijkertijd wordt wel eens de vraag opgeworpen of zij al die belangen wel steeds objectief (kunnen) afwegen. Betoogd zou kunnen worden dat bestuurders juist een eigen belang hebben bij kortetermijnresultaten van de onderneming en daarmee continuering van hun positie. Zou een dergelijke benadering zich doorzetten dan wordt het begrip 'eigen belang' wel heel erg breed verstaan en kan dat – in aanmerking genomen dat een 'tegenstrijdig belang' ingevolge artikel 2:129/239 lid 6 BW uitsluiting van de deelname aan besluitvorming meebrengt – leiden tot grote onzekerheid en zelfs tot verlamming van het ondernemingsbestuur.

Bij het overpeinzen van deze kwestie biedt het recht vooralsnog slechts in beperkte mate handvatten. Traditioneel is er wel het leerstuk van het 'tegenstrijdig belang', maar wat dat inhoudt is nog maar beperkt uitgekristalliseerd. Dat wordt nog eens geïllustreerd door de controversie die het afgelopen jaar is losgebarsten rond een tweetal uitspraken van de Ondernemingskamer. Het gaat om de beschikkingen van 28 april 2022, *JOR 2022/176 (Flevo-Berry)* en 8 juni 2022, *JOR 2022/175 (Omines)*. Beide beschikkingen betreffen de lastige situatie waarin een meerderheidsaandeelhouder/bestuurder van een BV die onderneming A exploiteert, ook een groot belang heeft in een andere onderneming B, die mede zakendoet met onderneming A. Dat kan ingewikkelde vragen oproepen vanuit het perspectief van belangenafweging. Tot op zekere hoogte kunnen die vallen onder het begrip 'tegenstrijdig belang', maar dat geldt zeker niet voor alle mogelijke situaties. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie dat onderneming A specifieke kennis ontwikkelt die het licentieert aan andere ondernemingen waaronder onderneming B. Mag de grootaandeelhouder van A nu nog meebe-slissen over het aantal licenties dat A verstrekt? Het beperkt houden van het aantal licenties kan in het belang zijn van onderneming B, maar ook van onderneming A (die daarvoor een hogere prijs kan vragen). In zo'n geval is een verbod aan de meerderheidsaandeelhouder/bestuurder van A om zich met zo'n kwestie te bemoeien niet zonder meer fair. Een specifieke en fijnzinnige rechtsontwikkeling met veel oog voor concrete feiten, belangen en oplossingen is dus geboden.

29. Zie recentelijk voor een overzicht van de vragen die de Cancun benadering oproept

nog eens H.J. de Kluijver, 'Naar een Exceptio Klimatologica', in: M. Faure e.a., *Eindeloos*

*getob, Liber Amicorum Kid Schwarz*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 299 e.v.

30. L. Timmerman, *ARO 2023/3*, aantekening sub 9.

### Een specifieke en fijnzinnige rechtsontwikkeling met veel oog voor concrete feiten, belangen en oplossingen is dus geboden

In de twee vermelde beschikkingen doet de Ondernemingskamer dat echter juist niet en kiest zij een nieuwe weg met het presenteren van een algemeen dogmatisch raamwerk. Daarbij stelt de Ondernemingskamer voorop dat als minderheidsaandeelhouders tegenover meerderheidsaandeelhouders staan of sprake is van familierechtelijke verhoudingen

‘eerder dan in andere gevallen sprake [kan] zijn van de *mogelijkheid* van een *vermenging van belangen*, zodat er reden is daarop attent te zijn en met de nodige zorgvuldigheid te *voorkomen* dat *ontoelaatbare verstrengeling van belangen* ontstaat [...]’.

Daaraan voegt de Ondernemingskamer toe (r.o. 4.6):

‘Indien bij een transactie een *reëel risico* op belangenverstrengeling bestaat, is een *hogere mate van zorgvuldigheid* vereist in de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van de desbetreffende transactie en bij het sluiten van de overeenkomst *waarbij de belangenverstrengeling mee kan spelen*. In beginsel dient deze zorgvuldigheid erop te zijn gericht dat de transactie geschiedt onder redelijke en marktconforme voorwaarden en dat de transactie daarmee zakelijk verantwoord is. Daartoe kan inschakeling van deskundige derden gewenst en onder omstandigheden geboden zijn.’

Dat wordt dan gevolgd door de overweging (r.o. 4.7) dat een *‘bijzondere vorm van belangenverstrengeling’* zich voordoet

‘indien een geconflicteerde bestuurder een direct of indirect *persoonlijk tegenstrijdig belang* heeft, dat wil zeggen dat hij te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft of zal laten leiden door het belang van de vennootschap en haar onderneming’.

In dat geval, aldus r.o. 4.8. geldt dat de bestuurder ‘tijdig een zo groot mogelijke openheid dient te betrachten over (de aard van) het *belangenconflict* waarmee hij te maken heeft’ en (r.o. 4.9) als *‘geconflicteerde bestuurder* niet deel [neemt] aan de beraadslaging en besluitvorming’ en geboden kan zijn ‘dat de geconflicteerde bestuurder *niet betrokken is bij de voorbereiding van de desbetreffende transactie*, dat hij *daarover niet of beperkt wordt geïnformeerd* of dat hij (een deel van)

*zijn portefeuille tijdelijk overdraagt* aan een medebestuurder’.

Dat is nogal wat en de lezer die het enigszins duizelt na het voorgaande is zeker niet alleen. Van het bovenstaande is niet gemakkelijk chocola te maken. Het ene begrip buitelt over het andere zonder dat duidelijk is wat die begrippen inhouden. Zo lijkt de enkele *mogelijkheid* van *vermenging* van belangen, dat dan blijkbaar weer iets anders is dan *verstrengeling* van belangen, op zich reeds juridische consequenties te hebben – welke is echter onduidelijk – maar die consequenties zijn dan blijkbaar weer anders als sprake is van een *‘reëel risico op belangenverstrengeling’* of de *‘kans’* dat belangenverstrengeling *‘mee kan spelen’* bij een transactie. Daarnaast poneert de Ondernemingskamer dat het hebben van een ‘persoonlijk tegenstrijdig belang’ een *‘bijzondere vorm van belangenverstrengeling’* is. Bij ‘belangenvermenging’ is dus blijkbaar van zo’n persoonlijk tegenstrijdig belang per definitie geen sprake.<sup>31</sup>

Deze dogmatische exercitie, die grotendeels overeenkomt met een academische beschouwing van het lid van de Ondernemingskamer (en hoogleraar) De Jongh,<sup>32</sup> heeft tot forse kritiek geleid zowel waar het betreft de inhoud van deze leerstellingen als de keuze om überhaupt tot deze leerstelling over te gaan. Stevige taal dienaangaande spreken Leijten en Timmerman in hun annotaties in respectievelijk *JOR 2022/176*<sup>33</sup> en *ARO 2022/103*. Leijten kritiseert de benadering van de Ondernemingskamer in het licht van de rechtsontwikkeling en onderliggende problematiek die hij uitgebreid schetst. Timmerman merkt in *Ondernemingsrecht 2023/1*, p. 1 e.v. aanvullend op dat de gemaakte onderscheidingen niet helpen bij een goede oordeelsvorming. Eerder acht hij deze een ‘sta-in-de-weg’ en leiden zij af van waar het zijns inziens om moet draaien namelijk dat een bestuurder ‘ervoor zorgdraagt dat ook in tegenstrijdig-belangssituaties het vennootschappelijk belang loyaal en zorgvuldig wordt behartigd’. In *ARO 2023/3* schuwt Timmerman de term ‘Begriffsjurisprudenz’ niet, onderwijl de Ondernemingskamer voorhoudend – onder het motto ‘less is more’ – dat kwalificaties als hiervoor vermeld, beter waren te vermijden. Zie voorts, onder meer, in kritische zin bijdragen van Saleminck & Nieuwe Weme, Van Vught en Wareman.<sup>34</sup>

Bij het voorgaande teken ik wel aan dat de verwarring niet uit de lucht komt vallen, zij het dat de Ondernemingskamer daar nu wel de overtreffende trap aan toevoegt. Reeds meer dan twintig jaar geleden overwoog de Ondernemingskamer, in de bekende *Zwagerman*-zaak,<sup>35</sup> dat jegens minderheidsaandeelhouders, juist ook in familierechtelijke verhoudingen, ‘een bijzondere zorgvuldigheid’ moet worden betracht en *‘verstrengeling van haar belangen* met die van haar directie en/of haar meerderheidsaandeelhouder(s)’ moet worden voorkomen. In die zaak was onder meer sprake van verkoop van een pand aan een bestuurder tegen een duidelijk te lage prijs. Dat noemde de Ondernemingskamer een ‘verregaande *vermenging* van zakelijke met privébelangen’. In cassatie kreeg dit in algemene zin de zegen van de Hoge Raad in zijn arrest van 1 maart 2002, *NJ 2002/296*. Daarin legde de Hoge Raad wel eigen accenten. Zo plaatste de Hoge Raad de overwegingen van de Ondernemingskamer in de con-

text van artikel 2:8 BW dat eist dat betrokkenen zich jegens elkaar gedragen ‘naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd’ en benadrukte dat gold dat ‘*ontoelaatbare verstremgeling*’ van belangen moet worden voorkomen, maar dat ‘de uitwerking van de zorgvuldigheidsplicht [...] mede afhankelijk [zal] zijn van de *omstandigheden van het geval*’ (alle cursiveringen toegevoegd; HJdK).<sup>36</sup>

Dat iets ‘ontoelaatbaars’ moet worden voorkomen is nog goed te volgen. In de *Zwagerman*-zaak is ook duidelijk wat dat is: een persoonlijk eigen belang bij transacties met de vennootschap en dus een ‘tegenstrijdig belang’. Waar zo’n tegenstrijdig belang tot 2007 tamelijk recht toe, recht aan, kon worden verstaan werd dat overigens complexer met de uitspraak van de Hoge Raad in zijn arrest van 29 juni 2007, *NJ 2007/420 (Bruil/Bruil)*. Daarin overwoog de Hoge Raad namelijk (r.o. 3.4) dat een ‘tegenstrijdig belang’ ook kan bestaan bij betrokkenheid van een bestuurder (of commissaris) bij ‘niet parallel lopend belang’ waardoor de bestuurder ‘niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht’. Die ‘integriteit en objectiviteit’ (zie ook r.o. 3.7) kunnen, aldus de Hoge Raad, in het gedrang komen als een bestuurder staat voor een afweging van ‘*zodanig onverenigbare belangen*’ dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming’. Ook hier benadrukt de Hoge Raad wel dat steeds zal moeten worden geoordeeld ‘met inachtneming van *alle relevante omstandigheden van het concrete geval*’ (alle cursiveringen en nadruk toegevoegd; HJdK). Die overwegingen zijn in civielrechtelijke zaken onder meer herhaald in HR 14 oktober 2011, *NJ 2012/210*, m.nt. PvS (*M.E. Beheer*) waarin de Hoge Raad wel (ook) overweegt dat ‘de enkele mogelijkheid van een tegenstrijdig belang’ zeker niet voldoende is om een tegenstrijdig belang aan te nemen. Dat kan slechts ‘op grond van daartoe naar voren gebrachte, voldoende geadstrueerde, omstandigheden die zodanig van invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de betrokken bestuurder dat hij zich’ niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming ‘met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen’.

Parallel daaraan heeft zich de rechtspraak van de Ondernemingskamer verder ontwikkeld. Hoewel uiteinde-

lijk toch weer getoetst door de Hoge Raad, vaart de Ondernemingskamer een enigszins eigen koers. Zo nam de Ondernemingskamer in de *Versatel*-zaak (OK 14 december 2005, *ARO 2006/3*, *JOR 2006/7*) aan dat commissarissen van een vennootschap met minderheidsaandeelhouders niet mochten beslissen over integratie van die vennootschap in het moederconcern omdat de commissarissen ook daarin een functie vervulden. De Ondernemingskamer oordeelde dat daarmee sprake was van ‘onvoldoende waarborgen’ voor de bescherming van minderheidsaandeelhouders door een ‘*vermenging van belangen*’ en een ‘gevaar [...] van een onjuiste afweging van de belangen van allen die bij de rechtspersoon zijn betrokken’. In cassatie accepteerde de Hoge Raad in haar uitspraak van HR 14 september 2007, *NJ 2007/612 JOR 2007/239* dat in casu gesproken kon worden van ‘zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of [...] [commissarissen] zich bij hun handelen uitsluitend laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming’, maar benadrukte wel dat het in essentie steeds aankomt op de uit artikel 2:8 BW voortvloeiende zorgvuldigheid dat de vennootschap ‘moet voorkomen dat *ontoelaatbare verstremgeling van belangen* ontstaat’ waarbij alle omstandigheden van het geval meewegen.

Uit dit overzicht mag al blijken dat als het gaat om de vraag naar het juridisch kader voor de afweging van belangen en zorgplichten de terminologie minst genomen nogal onvast is en dat ook de Hoge Raad daaraan wel een beetje heeft bijgedragen. Tamelijk willekeurig wordt gesproken van ‘belangenvermenging’, ‘belangenverstremgeling’ alsmede van de ‘mogelijkheid’, het ‘gevaar’, of het reële risico’ dat daarvan sprake zou zijn. Het lijkt er niet op dat die terminologie een vaste betekenis heeft. Dat

## Als het gaat om de vraag naar het juridisch kader voor de afweging van belangen en zorgplichten is de terminologie minst genomen nogal onvast en heeft ook de Hoge Raad daaraan wel een beetje bijgedragen

31. Ik laat dan nog rusten dat aanvankelijk in de *FlevoBerry*-uitspraak nog aanzienlijk verder werd gegaan met de bepaling dat ook in de eerst onderscheiden categorie – i.e. de mogelijkheid c.q. het reële risico op belangenvermenging c.q. -verstremgeling – bestuurders en commissarissen van besluitvorming werden uitgesloten. In de beschikking van 8 juni 2022, *JOR 2022/175 (Omines)* heeft de Ondernemingskamer zelf schielijk opgemerkt dat dit ‘op een vergissing’ berust.

32. J.M. de Jongh, Tegenstrijdig belang en transacties met verbonden partijen, *Ondernemingsrecht* 2019/160, p. 892 e.v.

33. Zie in breder verband ook A.F.J.A. Leijten, ‘Tegenstrijdig belang’, in: *Handboek Enquêterecht*, Wolters Kluwer 2022, p. 1039 e.v. en met name p. 1057 mede over de terminologie.

34. T. Saleminck & 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 reëel risico op verwarring’, *WPNR* 2022, afl. 7384, p. 621 e.v.; J. Wareman, ‘Conflicterende belangen, de OK wijst een overzichtsbeschikking’, *MvO* 2022, p. 249 e.v.; alsmede B.J. Beens & G. de Jong, ‘Commissaris met financieel belang – Aandachtspunten bij de taakuitoefening ten tijde van een overname’, *MvO* 2022, p. 272 e.v.

35. Zie in r.o. 3.1 van haar wanbeleid-beschikking van 30 november 2000, *JOR*

2002/4, volgend op de eerdere beschikking van 8 oktober 1998, *JOR 1998/167* waarin de Ondernemingskamer ‘gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid’ aan-

nam. 36. Zie in breder verband over de *Zwagerman*-jurisprudentie recent nog weer eens L.H.K. Peereboom-Bogers & M. Westra, ‘De bijzondere zorgvuldigheidsplicht van de besloten vennootschap jegens “externe” aandeelhouders’, *MvO* 2022, p. 88 e.v.

### Nu de Ondernemingskamer niet op haar schreden terug wil, en wellicht in haar perceptie ook niet meer kan, keren lijkt het verstandig dat de Hoge Raad de eerste mogelijkheid te baat neemt om een reset te bewerkstelligen

hoeft niet heel erg te zijn zolang die terminologie kan worden gezien als een stijlfiguur of een etiket waarmee slechts na een afweging wordt gemarkeerd dat bepaald concreet gedrag volgens de rechter niet door de beugel kan. Zo'n onvastheid van terminologie is niet heel fraai, maar kan ook weinig kwaad zo lang als we ons allemaal realiseren dat het hier stijl betreft en niet inhoud.

Fundamenteel anders wordt het echter als een rechter deze stijlfiguren daadwerkelijk als afzonderlijke juridische begrippen en categorieën gaat zien die niet de afweging van alle omstandigheden volgen en het oordeel bevestigen, maar juist als voorafgaande categorieën die het oordeel bepalen. Dat laatste is echter precies wat de Ondernemingskamer in de twee bekritiseerde beschikkingen heeft gedaan. Dat is een benadering die in essentie ook strijdt met hetgeen uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden gedistilleerd. Met recht kan dan, met Timmerman, gesproken worden van 'Begriffsjurisprudentz', en dat was nu juist iets waarvan we dachten in de afgelopen decennia afstand te hebben genomen.

Ondanks de brede kritiek volhardt de Ondernemingskamer intussen in deze dogmatische lijn zoals onder meer blijkt uit beschikkingen van 12 september 2022, *JOR* 2023/39, m.nt. Stokkermans en 14 december 2022, *ARO* 2013/3. In de laatst vermelde beschikking wordt bijvoorbeeld uitdrukkelijk nog weer eens gewag gemaakt van een 'reëel risico op belangenvermenging' in geval van een familievennootschap waarin de overleden oprichter/ondernemer een van zijn drie kinderen bewust, en op goede gronden, de zeggenschap heeft toebedeeld en weliswaar tussen de kinderen verschillen van inzicht bestaan over het beleid, maar totaal geen sprake is van tegenstrijdig belang bij het kind dat de zeggenschap heeft. Deze uitspraak illustreert precies dat nu gebeurt waarvoor Leijten in zijn uitgebreide annotatie uitdrukkelijk waarschuwde namelijk dat:

'het begrip belangenverstrengeling zal worden opgevat als de enkele verwevenheid van belangen of het enkele bestaan van dubbelrollen in de vennootschap, zonder dat sprake is van een concreet conflict tussen belang en plicht of een conflict van plichten.'

In het door de Ondernemingskamer verordonneerde systeem is er potentieel weinig dat niet als 'belangenvermenging' of 'belangenverstrengeling' kan gelden. Ik volsta hier met twee voorbeelden: veel bestuurders van kleinere vennootschappen zijn tevens aandeelhouder in de vennootschappen die zij besturen. Bij hen is dus, in de lezing van de Ondernemingskamer, per definitie sprake van 'belangenvermenging' (als bestuurder moet immers het belang van de vennootschap vooropstaan, maar als aandeelhou-

der mag het eigen belang worden gediend). Dat kan beweerdelijk ook gelden voor bestuurders die moeten beslissen over het duurzaamheidsbeleid van een onderneming omdat zij het belang van de vennootschap moeten dienen, terwijl bij het bevorderen van duurzaamheid het belang van anderen voorop moet staan. Als we deze weg opgaan is dat niet de goede richting. Het verlamt besluitvorming in plaats van dat het helpt om juist andere belangen, inclusief duurzaamheid, daarin te integreren.

Ik rond af. Nu de Ondernemingskamer niet op haar schreden terug wil, en wellicht in haar perceptie ook niet meer kan, keren lijkt het verstandig dat de Hoge Raad, mogelijk daartoe aangespoord door zijn advocaten-generaal, de eerste mogelijkheid te baat neemt om een reset te bewerkstelligen. Zo'n reset zou de Hoge Raad het meest eenvoudig kunnen bereiken door met zoveel woorden terug te keren naar de in de *Bruil*- en *Versatel*-uitspraken neergelegde essentie dat alle omstandigheden in aanmerking genomen, passende zorgvuldigheid moet worden betracht om een *ontoelaatbare* verstrengeling van belangen te voorkomen. Curieus genoeg biedt een recent arrest van de Hoge Raad van 17 maart 2023 ECLI:NL:HR:2023:409 (na conclusie van A-G Hartlief), een aanknopingspunt voor deze positie. Dit arrest betreft een nabrander van het hiervoor reeds geciteerde *M.E. Beheer*-arrest van de Hoge Raad uit 2011. Blijkbaar hebben partijen in die zaak in de afgelopen tien jaar (voort)geprocedeerd over een schadevergoeding. Dat culmineert in het vermelde arrest waarin de Hoge Raad onverminderd vasthoudt aan zijn overwegingen in de *Bruil*-uitspraak. Overigens onderken ik dat een teruggaan naar de open formuleringen in het *Bruil*-arrest natuurlijk niet de vragen oplost die er natuurlijk weldegeelijk zijn. Het biedt wel de mogelijkheid van een nieuw begin. Vervolgens kan werkendeweg worden gebouwd aan een genuanceerd op feiten gebaseerd systeem waarin onderscheidingen worden gevonden en geformuleerd die wel helpen om de ingewikkelde vragen rond de afweging van de vele onderscheiden belangen waarmee ondernemingen worden geconfronteerd, op een voor de praktijk hanteerbare wijze te beantwoorden.

#### Een tweede EU-perspectief: digitalisering en modernisering van het ondernemingsrecht

Als tweede grote thema (en uitdaging) na en naast duurzaamheid voor ondernemingen, benoemde ik in de inleiding van deze kroniek de digitalisering en modernisering van het ondernemingsrecht. Die twee onderwerpen gaan, althans idealiter, hand in hand. Ook hier is de EU wederom leidend. In het werkprogramma voor 2023 dat de Commissie op 22 oktober 2022<sup>37</sup> presenteerde wordt dit onderstreept met de opmerking dat bedoeld wordt 'to accelerate the green and digital transitions in tandem. Digital solu-

tions will make our economy more efficient and less resource intensive, while helping to minimise the environmental, resource and climate footprint of digitalisation itself'. Ik verwijs voor nadere brede beschouwingen daarover graag naar de mooie preadviezen van de Koninklijke Vereniging Handelsrecht 2022. In de preadviezen wordt ingegaan op de toekomst van de geheel virtuele onderneming (Van Solinge), de mogelijkheden en moeilijkheden van blockchain (Lafarre, Van der Elst & Stevens) en de problematiek van digitale oprichting van rechtspersonen (Boschma, Schutte-Veenstra & P. de Vries) en de digitale algemene vergadering (Cremers, Stroevé & Rietveld).

Twee belangrijke EU-richtlijnen gericht op digitalisering stammen al uit 2019. Beide zijn echter nog steeds niet geïmplementeerd in het Nederlandse recht. Het gaat om EU-richtlijn 2019/1151 van 20 juni 2019, die regels geeft over het gebruik van digitale middelen en processen in vennootschapsrecht, en de Richtlijn 2019/2121 van 27 november 2019 die nadere regels stelt met betrekking tot grensoverschrijdende fusies, omzettingen en splitsingen en het gebruik van digitale instrumenten daarbij. De eerstvermelde richtlijn maakt het onder meer mogelijk dat rechtspersonen online kunnen worden opgericht, bijkantoren online kunnen worden geregistreerd en online informatie en documenten kunnen worden ingediend bij de geëigende autoriteiten. De richtlijn voorziet ook in communicatie over eventuele bestuursverboden tussen lidstaten. Het wetsvoorstel ter implementatie hiervan, dat er overigens ook in zal voorzien dat statuten in het Engels kunnen worden opgesteld en gewijzigd, wacht nog op pleinaire behandeling.<sup>38</sup> Wat betreft EU-richtlijn 2019/2121 – grensoverschrijdende fusie, splitsing en omzetting – is de implementatiewetgeving gevorderd tot aan het verslag.<sup>39</sup> Voor alle relevante, ook tamelijk juridisch-technische aspecten van dit laatste voorstel kan men uitstekend terecht in het mooie themanummer van *Ondernemingsrecht* dat daaraan in het najaar van 2022 is gewijd.<sup>40</sup>

In aanvulling op het voorgaande is zeer recent, op 29 maart 2023, door de Europese Commissie een nieuw voorstel gedaan tot verder gebruik van digitale instrumenten en processen in EU *company law* (Proposal for a Directive to further expand the use of digital tools and processes in EU company law) dat aansluit op de hiervoor vermelde EU-richtlijn 2019/1151. Doelstellingen daarvan zijn onder meer het vergroten van publiek beschikbare informatie over ondernemingen die in meerdere landen actief zijn op een zoveel mogelijk eenduidige wijze via het centrale mechanisme van nationale handelsregisters; het EU Business Registers Interconnection System (BRIS). Om dubbel werk te voorkomen wordt daarin geregeld dat als één formeel correcte check van een persoon en diens bevoegdheid heeft plaatsgevonden een aanvullende legalisatie of apostille niet nodig is (het zogenaamde 'once-only

principle'). Voorts wordt voorzien in een *multilingual* EU Company Certificate dat gebruikt kan worden in *cross-border situations*. Ook hier is uitgangspunt 'digital by default'.

Een achterliggende doelstelling is de wens van de Europese Commissie om bij te dragen aan de grensoverschrijdende activiteiten van kleinere ondernemingen, het zogenaamde MKB (Midden- en Kleinbedrijf), en daarmee aan hun groei en bloei. Daartoe heeft de EU Commissie onder meer een 'SME Strategy for a sustainable and digital Europe' geformuleerd. Daarin wordt de loftrampet gestoken over de 25 miljoen MKB-ondernemingen die de ruggengraat van de EU-economie vormen en goed zijn voor de werkgelegenheid van zo'n 100 miljoen mensen. De Europese Commissie acht dat MKB ook essentieel voor de transitie naar een 'sustainable and digital economy'. Onderdeel van die strategie is het verbeteren van de toegang van het MKB tot financiering via de kapitaalmarkt inclusief via beursnoteringen. Dat laatste, het aantrekkelijk maken van een beursnotering voor MKB-ondernemingen, wordt mede beoogd door een voorstel van de EU Commissie dat in alle EU-lidstaten MKB-ondernemingen bij een beursnotering, althans aan een MKB-effectenbeurs, kunnen kiezen voor aandelen met meervoudig stemrecht van bijvoorbeeld oprichters of andere grootaandeelhouders die de controle over de vennootschap willen behouden (en anders bij een beursnotering de controle vrezten te verliezen).<sup>41</sup>

### Digitalisering in het Nederlandse ondernemingsrecht? Oprichting van vennootschappen en het houden van digitale algemene vergaderingen

Ondanks die barrage aan initiatieven op het EU-niveau, gaat digitalisering van het Nederlandse ondernemingsrecht langzamer dan men wellicht zou denken. De implementatie van die EU-richtlijnen gaat langzaam en waar de EU-richtlijnen opties bieden wordt daarvan in de Nederlandse wetgeving vaak slechts beperkt gebruik gemaakt. Dat geldt voor digitale oprichting van rechtspersonen zonder dat een fysieke verschijning bij de notaris is vereist, maar ook bijvoorbeeld voor de regeling van digitale aandeelhoudersvergaderingen. Zie over deze onderwerpen recentelijk de hiervoor reeds vermelde Preadviezen van de Koninklijke Vereniging Handelsrecht 2022. In mooie bijdragen wordt aandacht besteed aan zowel de oprichting van rechtspersonen door respectievelijk Boschma, Schutte-Veenstra & P. de Vries, als aan het onderwerp 'digitale vergadering' (door Cremers, Stroevé & Rietveld).<sup>42</sup>

Illustratief voor de soms wat moeizame ontwikkeling van het digitale rechtspersonenrecht is de discussie over de (mate van) digitalisering van de algemene vergadering van aandeelhouders en de rol en functie van die vergadering in bredere zin. Al jaren worden kritische kanttekeningen

37. 2023 Commission Work Programme van 18 oktober 2022, getiteld 'A Union standing firm and united', p. 6.

38. Kamerstukken II 2021/22, 36085, nr. 2.

39. Zie Kamerstukken II 2022/23, 36267, nr. 5.

40. Zie *Ondernemingsrecht* 2022, afl.

10/11 met bijdragen van Boschma, Rensen, Koster, Roest, Schutte-Veenstra, Verbrugh & P. de Vries. Zie ook H. Koster, 'Het Voorontwerp van de Wet implementatie richtlijn grensoverschrijdende omzettingen, fusies en splitsingen onderzocht', *MvO* 2022, p. 217 e.v.

41. Zie het Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on multiple-vote share structures in companies that seek the admission to trading of their shares on an SME growth market van 7 december 2022 eur-lex.europa.eu/home-page.html (en vervolgens zoekterm

52022PC0762).

42. H.J. de Kluiver (red.), *De digitale onderneming, preadviezen voor de Koninklijke Vereniging Handelsrecht 2022*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2022.

geplaatst bij het huidige model. De opkomst in vergaderingen van grote beursgenoteerde ondernemingen is, hoewel in aantallen bezoekers variërend van tientallen tot honderdtallen, gemeten in stemmenpercentage extreem laag (vaak slechts enkele procenten). De overgrote meerderheid van de aandelen is in handen van buitenlandse institutionele beleggers die ruim voorafgaande aan de vergadering reeds schriftelijk stemmen. Van een betekenisvolle dialoog in de vergadering kan geen sprake zijn, nog daargelaten dat daarin sowieso geen koersgevoelige informatie mag worden gedeeld. Een ander model van vergadering en informatieverschaffing, bijvoorbeeld in een systeem, zoals het Belgische recht dat kent, dat tevoren vragen kunnen worden gesteld die de onderneming schriftelijk moet beantwoorden, kan beduidend zinvoller zijn.<sup>43</sup>

Bij het uitbreken van de COVID-pandemie in 2020 leek een *quantumleap* te worden gemaakt. Met grote spoed kwam een Tijdelijke wet COVID-19 tot stand die voorzag in digitaal bij te wonen vergaderingen en een systeem van voorafgaande aan de vergadering te stellen en

### Bij het uitbreken van de COVID-pandemie in 2020 leek een *quantumleap* te worden gemaakt. Met grote spoed kwam een Tijdelijke wet COVID-19 tot stand

te beantwoorden vragen. In de vergadering konden vervolgens elektronisch vervolgvragen worden gesteld. Ik verwijs voor meer details naar vorige kronieken. Inmiddels is deze wet per 1 februari 2023 ingetrokken.<sup>44</sup>

Daarmee zijn wij weer terug bij af. De voor de hand liggende oplossing om de regeling uit de Tijdelijke wet te codificeren, in ieder geval in de situatie van maatschappelijke calamiteiten, is afgestuit op de achterban van de organisatie van particuliere beleggers VEB, gesteund door Eumedion, waarvan de leden sterk hechten aan de jaarlijkse bezoeken aan diverse algemene vergaderingen. Dat wordt gemotiveerd met stellingen dat aldus de bestuurders 'in de ogen kunnen worden gezien' en deze gedwongen worden om de sentimenten bij aandeelhouders te ervaren en zich daadwerkelijk te verantwoorden. Hout snijdt dit in mijn ervaring allemaal niet, maar het is vooralsnog blijkbaar de (politieke) realiteit.

Die 'realiteit' heeft zich ook vertaald in de conclusies van een door de minister ingestelde Expertgroep die bestaat uit belanghebbende organisaties. Nu VEB en Eumedion daarin een belangrijke stem hebben is het niet verrassend dat de meerderheidsopvatting van die groep is dat fysieke algemene vergaderingen de voorkeur hebben, dat digitale vergaderingen slechts mogelijk zijn als aandeelhouders daartoe besluiten met een meerderheid die toelaat dit in statuten vast te leggen en steeds op voorwaarde dat digitaal volledig een fysieke situatie

wordt nagebootst met een voor iedere deelnemer beschikbare 'tweezijdige audiovisuele' elektronische verbinding waarmee deze kan stemmen en 'kan deelnemen aan de beraadslaging'. De minister nam dat voorstel over blijkens zijn brief van 27 juni 2022<sup>45</sup> waarbij ook het verslag en advies van 15 oktober 2021 van de Expertgroep zijn gevoegd.<sup>46</sup>

Vervolgens publiceerde de minister een consultatievoorstel voor een wettelijke regeling van de digitale vergadering waarop tot 6 februari 2023 kon worden gereageerd. Dat leidde tot maar liefst 316 (openbare) reacties.<sup>47</sup> Het overgrote deel van de reacties is afkomstig van particulieren die veelal in één of enkele zinnen er blijk van geven een grote voorkeur te hebben voor fysieke in plaats van digitale vergaderingen. Het gevoel is blijkbaar dat fysieke aanwezigheid en wat mondelinge interventies in een zaal, waarop routinematig door het bestuur wordt gereageerd meer effect hebben dan goed voorbereide en vastgelegde digitale communicatie. Op basis van mijn ervaring, vele jaren woonde ik ambtshalve algemene vergaderingen bij, lopen gevoel en ratio hier fundamenteel uiteen. Ik vrees echter dat tegen het gekoesterde gevoel op dit moment geen kruid gewassen is.

Derhalve zal de nu voorgestelde wettelijke regeling – met haar kool en geit sparende formule dat er in wezen niets mag veranderen – er wel komen, maar tegelijkertijd waarschijnlijk weinig worden gebruikt. Wellicht echter zal na een aantal jaren voortschrijdend inzicht bij een jongere generatie van aandeelhouders tot een meer innovatieve en eigentijdse benadering leiden. In dit verband ondersteun ik graag de suggestie van Öncü die, geïnspireerd door de Duitse wetgeving en het door hem geciteerde gezegde dat 'vruchten der ervaring niet rijpen aan jonge takken', bepleit een 'sunset'-bepaling op te nemen waardoor wettelijke en statutaire regelingen van digitale vergaderingen na vijf jaar vervallen en opnieuw moeten worden doordacht.<sup>48</sup>

Ondertussen is de consequentie van een en ander wel dat er bij een volgende calamiteit, hetzij een pandemie, hetzij andere maatschappij-ontwrichtende situaties, geen noodscenario in de wet is neergelegd om de besluitvormingsprocessen in particuliere organisaties, die juist in heikle omstandigheden essentieel zijn, toch doorgang te laten vinden. Vroeger heette dat 'fluiten in het donker'. Dat lijkt overigens een ook met betrekking tot sommige andere maatschappelijke vraagstukken aan populariteit winnende benadering.

### Modernisering van het Nederlandse ondernemingsrecht: overige ontwikkelingen

Als het gaat over de modernisering van het Nederlandse ondernemingsrecht dat niet samenhangt met of voortvloeit uit Europese ontwikkelingen, resteert een betrekkelijk overzichtelijk speelveld. Het grootste terrein waarop 'vrije oefeningen' kunnen plaatsvinden betreft het recht met betrekking tot de BV, de personenvennootschappen en het recht van verenigingen en stichtingen. Minder marge, maar daarom niet minder interesse, bestaat er voor mogelijke aanpassingen binnen het NV-recht.

#### BV-recht

In 2012 is reeds een grote moderniseringsslag geslagen met betrekking tot de BV. Op 1 oktober 2012 trad de wet

vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, kortweg bekend als de 'Flex-BV' in werking. Aangezien de invoering van die wet in de verslagperiode dus tien jaar geleden was, is daarin aanleiding gezien voor een aantal publicaties. Ik vermeld met name het dubbele themanummer van het *WPNR*, in afleveringen nrs. 7389 en 7390, met maar liefst elf bijdragen, en congressen die in het najaar van 2022 zijn gehouden in Utrecht en Amsterdam.<sup>49</sup> Als het belang van een rechtsvorm kan worden afgemeten aan (de groei van) het aantal BV's sinds de wetswijziging, dan bestaat daarover geen twijfel. Inmiddels belooft het aantal BV's ruim één miljoen.

De teneur bij geschriften gewijd aan dit jubileum is dat die herziening van het BV-recht goed heeft uitgepakt, al is er altijd wel wat te wensen natuurlijk. Die wensen zien in het bijzonder op de geschillenregeling. Achter die weinig specifieke, en eigenlijk ook misleidende, benaming gaat schuil dat aandeelhouders in besloten BV's en NV's kunnen worden uitgekocht of anderen kunnen uitkopen als de spanningen en verschillen van inzicht dermate zijn opgelopen dat een voortzetting van het aandeelhouder-schap redelijkerwijs niet meer gevegd kan worden (zie artikel 2:335 e.v. BW). Hoewel die regeling is verbeterd kan worden geconstateerd dat deze nog steeds niet heel soepel werkt. De consultatie over het laatste voorstel voor een aangepaste wettelijke regeling, dat door het leven gaat onder de afkorting 'Wagevoe', is afgerond in 2019.<sup>50</sup> In de vermelde brieven van de minister over de modernisering van het ondernemingsrecht wordt dit onderwerp steeds vermeld als binnenkort te verwachten, maar die verwachting is nog niet ingelost.

Ondertussen worden er in de jurisprudentie wel stappen gezet om de regeling eenvoudiger toepasbaar te doen zijn en de criteria te versoepelen en bijvoorbeeld in sprekende gevallen ook in kort geding voorzieningen van deze aard te treffen. In de praktijk is er al een duidelijke neiging om de Ondernemingskamer het primaat te geven. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 23 augustus 2022, *JOR* 2023/30 en OK 15 november 2022, *JOR* 2023/31 met instemmende noot Schreurs. Wat betreft de mogelijkheden om in kort geding een uitkoop af te dwingen ziet men Rb. Den Haag 23 september 2023, *JOR* 2023/63, m.nt. P. de Vries (in vervolg op Rb. Den Haag 8 april 2020, *JOR* 2021/6, m.nt. Bulten) waarin de rechtbank de vordering tot reële executie van een verplichting tot overname van aandelen toeweest.

### **Personenvennootschappen (maatschap, v.o.f. en c.v)**

Wat betreft de herziening van het recht met betrekking tot de personenvennootschappen zijn de zaken vooralsnog minder vlot verlopen. Dit dossier houdt de vennootschapsrechtelijke wereld inmiddels alweer een jaar of vijf-

tig bezig. Nadat eerdere voorstellen voor wetgeving, onder supervisie van respectievelijk Van der Grinten en Maeijer, de eindstreep niet hebben gehaald is bijna tien jaar geleden een particulier initiatief gestart door een groep deskundigen die zelf, onder voorzitterschap van prof. Martin van Olffen, een voorstel voor wetgeving hebben uitgewerkt. Dat heeft de steun gekregen van het departement en inmiddels zijn er twee consultatierondes geweest waarin een concreet voorstel voor wetgeving publiek is geconsulteerd. Inmiddels lijkt dit initiatief een steeds grotere kans te hebben om tot een goed einde gebracht te worden. Kern van het voorstel is dat de personenvennootschap, althans als deze in de openbaarheid treedt, rechtspersoonlijkheid zal krijgen voor zover het gaat om de goederenrechtelijke verhoudingen, maar overigens de aansprakelijkheid van de vennoten jegens crediteuren van de personenvennootschap gehandhaafd blijft.

Na een aantal tussenstappen en consultaties is recentelijk, op 10 oktober 2022, een nader aangepast voorontwerp tot regeling van de personenvennootschap ter consultatie aangeboden, inmiddels bekend als 'Tweede ambtelijke voorontwerp'. De consultatieperiode is afgesloten op 10 februari 2023 en de feedback lijkt overwegend positief.<sup>51</sup> Voor nadere informatie kan men uitstekend terecht in het themanummer van het tijdschrift *Ondernemingsrecht* 2023, afl. 2/3 dat maar liefst twaalf beschouwingen over het voorstel bevat alsmede de tekst van het voorontwerp. Gehoopt mag aldus worden dat dit kalenderjaar daadwerkelijk een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer zal kunnen worden ingediend.

### **NV-recht**

Met betrekking tot de vennootschapsvormen rest aldus nog de vraag waar het heen moet met de Naamloze Vennootschap. Daarover verschijnen reeds sinds de herziening van het BV-recht brieven van opeenvolgende ministers onder de vlag 'Modernisering van het ondernemingsrecht'. Veel voortgang wordt er echter niet gemaakt en in de afgelopen jaren bestond de inhoud van deze brieven veelal uit de herhaling van dezelfde toezeggingen die de ambtsvoorgangers reeds deden met de toevoeging dat nu onder het bewind van de zojuist aangetreden bewindspersoon toch echt tot zaken zou worden gekomen.

Inmiddels heeft de huidige Minister voor Rechtsbescherming (Franc Weerwind) de correspondentie voortgezet. Een verschil met zijn voorgangers is wel dat deze minister kan beschikken over de adviezen van een inmiddels (overigens door zijn voorganger) in het leven geroepen Expertgroep. Naar Nederlands gebruik bestaat die Expertgroep overigens vooral uit afgevaardigden van de diverse betrokken organisaties zoals VNO-NCW, VEUO,

43. Vgl. uitgebreider voor mijn argumentatie H.J. de Kluiver, 'De toekomst van de algemene vergadering bij de beursgenoteerde vennootschap', in: R. Abma e.a., *De aandeelhoudersvergadering van de beursvennootschap*, ZIFO-reeks nr. 27, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 21-35  
44. [rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/12/05/tk-vervallen-tijdelijke](https://rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/12/05/tk-vervallen-tijdelijke)

voorzieningen-covid-19.  
45. [rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/06/27/tk-voortgang-van-de-modernisering-van-het-ondernemingsrecht](https://rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/06/27/tk-voortgang-van-de-modernisering-van-het-ondernemingsrecht).  
46. [rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2022/06/27/tk-bijlage-verslag-informele-bijeenkomst-expertgroep-modernisering-nv-recht](https://rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2022/06/27/tk-bijlage-verslag-informele-bijeenkomst-expertgroep-modernisering-nv-recht).

47. Zie voor het voorstel en de reacties: [internetconsultatie.nl/digiava/b1](https://internetconsultatie.nl/digiava/b1).  
48. I. Öncü, 'De virtuele algemene vergadering. Duitse inspiratie?', *Ondernemingsrecht* 2023/26, p. 191 e.v.  
49. Zie W. Peters, 'Verslag van het symposium "10 jaar flex-BV" van de Universiteit Utrecht', *MvO* 2022, p. 281 e.v.  
50. Zie [internetconsultatie.nl/geschillenre](https://internetconsultatie.nl/geschillenre)

gelingenenquête inzake de beoogde Wet Aanpassing GEschillenregeling en Verduidelijking Ontvankelijkheidseisen Enquêteprocedure (waarbij de door mij aangebrachte kapitalen de afkorting verklaren).  
51. Zie [internetconsultatie.nl/moderniseringpv2](https://internetconsultatie.nl/moderniseringpv2).

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 meest recente brief in deze reeks dateert van 24 januari 2023.<sup>52</sup> Daarin vermeldt de minister onder meer zijn verzoek aan de vermelde Expertgroep om hem te adviseren over een aantal onderwerpen, zoals de eventuele digitalisering van de algemene vergadering (dat onderwerp is hiervoor al behandeld), de verhouding tussen beursgenoteerde en niet-beursgenoteerde vennootschappen, de al of niet wenselijkheid van een regeling van loyaliteitsaandelen, aanpassing van bestuursbeloningen bij fusies en overnames (een onderwerp dat de minister als prioriteit aanmerkt) en de vraag naar de eventuele wenselijkheid van flexibilisering van regels die zien op variabel stemrecht en flexibele verdeling van bevoegdheden. Bij de laatste drie onderwerpen wordt steeds de vraag opgeworpen of daarbij de in 2012 ingevoerde wijzigingen van het BV-recht als voorbeeld kunnen dienen, mede in aanmerking genomen dat sinds 2012 de BV ook beursgenoteerd kan zijn.<sup>53</sup>

Bij die brief van 24 januari jl. aan de Tweede Kamer is gevoegd een advies van de Expertgroep inzake de eventuele regeling van loyaliteitsaandelen van 5 december 2022.<sup>54</sup> Daarin concludeert de expertgroep 'dat de invoering van een wettelijke regeling ter stimulering van loyaliteitsaandelen niet, althans onvoldoende, nodig of wenselijk is'. De minister geeft aan dat advies te zullen volgen, maar wil wel dat de expertgroep in een later advies nog in zal gaan 'op nut of noodzaak van begrenzingen aan loyaliteitsaandelen of andere vormen van meervoudig stemrecht'. De minister wijst in dit verband op 'parallellen tussen loyaliteitsaandelen en het toekennen van meervoudig stemrecht' zoals recent is voorgesteld door de Europese Commissie met als doelstelling om de kapitaalmarkten aantrekkelijker te maken voor het midden- en kleinbedrijf. Dat voornemen kwam hiervoor reeds ter sprake. Onderdeel daarvan is overigens ook een zogenaamd 'Impact Assessment Report' (gepubliceerd op 7 december 2022) met een handzame analyse (zie p. 145 e.v.) van voor- en nadelen van loyaliteitsaandelen en aandelen met meervoudig stemrecht.<sup>55</sup> Uiteindelijk concludeert de Europese Commissie dat 'there is no conclusive evidence' in deze of gene zin voor of tegen regulering van dergelijke aandelen op EU-niveau (p. 150). Niettemin zou ik denken dat de conclusie over wat ons in Nederland met betrekking tot loyaliteitsaandelen te doen staat vrij duidelijk is. Nu de voor- en nadelen elkaar in abstracto in evenwicht houden, is het een verstandige beleidsmatige keuze om risico's te beperken en in ieder geval de meervoudigheid van het stemrecht te begrenzen. Dat hoeft niet noodzakelijkerwijs slechts een factor twee te zijn, zoals in andere landen (België, Frankrijk, Italië) maar voor de onbeperkte ruimte die er nu is, bestaat geen rechtvaardiging.

### ***De voortgaande strijd tegen misbruik van rechtspersonen: strengere eisen aan de 'turboliquidatie'***

Een specifieke problematiek kan zich aandienen aan het einde van het bestaan van de rechtspersoon als dat einde wordt bewerkstelligd door toedoen van bestuurders en dat

mede gepaard blijkt te gaan met schulden van de rechtspersoon die niet worden voldaan. De wet (artikel 2:19 lid 4 BW) voorziet dan in een snelle beëindiging van de rechtspersoon als deze geen baten meer heeft en die ook niet meer verwacht worden. Daarbij is niet relevant of de rechtspersoon nog schulden heeft. Omdat er geen baten meer zijn en verwacht worden, heeft een faillissement en de aanwijzing van een curator geen zin; er valt immers niets te verdelen.

Het is duidelijk dat deze regeling hoe mooi in theorie ook, in de praktijk zeer gevoelig is voor fraude en benadeling van crediteuren. Degene(n) die bepalen of er geen baten meer zijn – de bestuurder(s) – zitten immers ook aan de knoppen bij het bepalen van het vermogen van de vennootschap en kunnen dat op allerlei wijzen oneigenlijk verminderen, zoals door verkoop van vermogensbestanddelen voor een veel te lage prijs aan diezelfde bestuurders. Anderzijds is dit niet eenvoudig op te lossen. Een poging wordt nu ondernomen met de Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie die op 14 maart 2023 door de Eerste Kamer als hamerstuk is aangenomen.<sup>56</sup>

Deze wettelijke regeling verplicht het bestuur om binnen veertien dagen na de ontbinding en vereffening van een rechtspersoon bij de registers waar de rechtspersoon is ingeschreven een balans en een staat van baten en lasten te deponeren alsmede eerdere jaarrekeningen. In aanvulling daarop dient ook een beschrijving te worden ingediend van 'de oorzaak van het ontbreken van baten', de 'wijze waarop de baten van de rechtspersoon te gelde zijn gemaakt en de opbrengsten zijn verdeeld' en 'de redenen waarom [...] schuldeisers geheel of gedeeltelijk onbetaald zijn gebleven'. Een en ander moet ook worden meegedeeld aan de schuldeisers. Die zullen op grond van artikel 2:24 lid 4 BW inzage in de boekhouding kunnen verlangen als het bestuur niet aan de geschetste verplichtingen voldoet. Het niet voldoen aan de verplichtingen wordt een economisch delict en bovendien kan het OM dan een bestuursverbod vorderen. De regeling geldt initieel gedurende twee jaar na inwerkingtreding. Bij het einde van die termijn moet de Tweede Kamer beslissen over wijziging daarvan of definitieve invoering.

De vraag is ook hier natuurlijk wel hoe de uitvoering van deze wettelijke regeling moet worden gecontroleerd en gehandhaafd. Dat zal primair door de Kamers van Koophandel moeten gebeuren. In een eerste reactie betonen die zich nog weinig optimistisch. In het kader van een begroting van de kosten gaven zij aan dat in maximaal 50% van de gevallen de regeling zal worden nagekomen en de Kamer van Koophandel de documenten zal kunnen controleren. Die somberheid sprak echter de minister niet aan en hij heeft derhalve de Kamers van Koophandel verzocht om een nieuw kostenoverzicht te verschaffen uitgaande van 90% naleving. Onder het motto: u vraagt wij draaien, hebben de Kamers van Koophandel dat ook verstrekt.<sup>57</sup> Aan hun somberheid over de naleving zal dat niet hebben afgedaan. Ook de Raad voor de rechtspraak is er niet gerust op. Om te voorkomen dat de wet een 'tandeloze tijger' wordt, bepleit de Raad enige vorm van onderzoek en controle (als 'cruciale voorwaarde') voordat tot turboliquidatie kan worden overgegaan. Kritisch is de Raad ook op de suggestie van de minister dat 'het bestuursverbod een beproefd instrument' zou zijn.



‘Het is de Raad niet duidelijk waar deze opmerking op is gebaseerd’, zo wordt, ingehouden, opgemerkt.<sup>58</sup> Veeleer kan uit de documenten worden afgeleid dat een bestuursverbod tot nu in Nederland slechts betrekkelijk sporadisch wordt gevorderd en opgelegd.

### Ondernemingsrecht in oorlogstijd: noodzaakfinanciering in de Oekraïne

De actualiteit laat het recht nooit ongemoeid, en dat geldt zeker voor het ondernemingsrecht. Ook het omgekeerde is echter soms het geval; van tijd tot tijd blijken rechtsfiguren verrassend goed, wellicht zelfs beter dan verwacht, toegesneden op een nieuwe actualiteit. Zo is in de afgelopen vijftien jaar het leerstuk van de zogenaamde ‘noodzaakfinanciering’ ontwikkeld.<sup>59</sup> Kort gezegd houdt dat in dat als een onderneming in zodanige financiële moeilijkheden raakt dat nieuw kapitaal moet worden geïnvesteerd, maar één of meer aandeelhouders daartoe niet bereid zijn, de rechter bij wege van onmiddellijke voorzieningen zodanige afwijkingen van wet en/of statuten kan verordnen dat één of meer bestaande of eventueel

## Van tijd tot tijd blijken rechtsfiguren verrassend goed, wellicht zelfs beter dan verwacht, toegesneden op een nieuwe actualiteit

nieuwe aandeelhouders geldige aandelen in de vennootschap kunnen verkrijgen. Zo kan de rechter wettelijke of statutaire regels buiten werking stellen die voor uitgifte van aandelen de instemming van bestuur en of de algemene vergadering vereisen of bepalen dat dergelijke bevoegdheden aan andere organen toekomen. Een andere mogelijkheid is dat de rechter tegenstribbelende aandeelhouders het stemrecht ontnemt zodat alsnog in een algemene vergadering over de uitgifte van nieuwe aandelen kan worden besloten.

Dit leerstuk is na het arrest van de Hoge Raad van 25 februari 2011, *NJ 2011/335*, *JOR 2011/115 (Inter Access)* niet meer omstreden. Zowel de Ondernemingskamer als

de gewone rechter, al of niet in kort geding, kunnen op basis daarvan de vereiste voorzieningen gelasten. Een recent voorbeeld daarvan biedt Hof Arnhem 7 juni 2022 *ECLI:NL:GHARL:2022:4669 (K.B. Holding)*. Het betrof een klassiek geval waarin twee 50%-aandeelhouders geen overeenstemming bereikten over noodzakelijke financiële versterking van hun dochtervennootschap Culion (een fabrikant van grootkeukens). De voorzieningenrechter Midden-Nederland wees op 9 juli 2021 de vorderingen van de aandeelhouder die wel financiering wilde verschaffen toe. Na de uitgifte van nieuwe aandelen (in ruil voor extra financiering) verwaterde de andere aandeelhouder tot 12,5% (en steeg het belang van de financierende aandeelhouder tot 87,5% van de aandelen). De verwaterde aandeelhouder komt op tegen de beslissing van de kortgedingrechter, maar vangt vervolgens bot zowel bij de Ondernemingskamer, die in haar beschikking van 17 februari 2022 oordeelt dat er onvoldoende gronden zijn om aan juist beleid te twijfelen, als ook, in hoger beroep, bij het Hof Arnhem-Leeuwarden. Dat hof vat nog eens handzaam samen wat de drie kernvoorwaarden voor een toewijzing van een vordering tot ‘noodzaakfinanciering’ zijn namelijk; (i) financiële nood die het voortbestaan van de vennootschap in gevaar brengt, (ii) een impasse in de besluitvorming daaromtrent en (iii) het ontbreken van reëel uitzicht op financiering via een andere bron dan uitgifte van nieuwe aandelen. Wordt aan deze voorwaarden niet voldaan dan kan de vordering in beginsel niet worden toegewezen. Een voorbeeld van dat laatste is in de verslagperiode de beschikking van de Ondernemingskamer van 22 maart 2022, *JOR 2022/174 (Wamberg)*. In die zaak was de vennootschap in financiële moeilijkheden (het ging om horecavastgoed) weliswaar onder bijzonder beheer van de (Rabo) bank geplaatst, maar de bank zag blijkbaar nog oplossingen en vereiste geen versterking van het eigen vermogen van de vennootschap.

Na het uitbreken van de oorlog in Oekraïne worden door de aanvallen van Russische troepen op de Oekraïense infrastructuur onder meer tankstations aldaar zwaar getroffen. Een deel van die tankstations wordt geëxploiteerd via een joint venture in de rechtsvorm van een Nederlandse BV, waarvan Shell en Todwick (een Maltese vennootschap, met als uiteindelijk belanghebbende een Russische zakenman) aandeelhouders zijn. Als gevolg van de oorlog in Oekraïne verkeert de onderneming in ernstige liquiditeitsnood. Een deel van de tankstations is ernstig beschadigd en het personeel is deels gevlucht, opgeroepen voor militaire dienst of anderszins niet meer beschikbaar. Een bedrag van circa USD 20 miljoen nodig

52. [rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2023/01/24/tk-voortgang-moder-nisering-ondernemingsrecht](https://rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2023/01/24/tk-voortgang-moder-nisering-ondernemingsrecht).

53. Zie daarover, in het reeds genoemde *WPNR*-themanummer rond tien jaar Flex-BV, H.J. de Kluiver, ‘Over de Beurs-BV en modernisering van het NV-recht’, *WPNR* 2022, afl. 7390, p. 799 e.v.

54. [open.overheid.nl/documenten/ronl-e2edfd1b606f30c5529d7c604092a-3b80a0cfbe8/pdf](https://open.overheid.nl/documenten/ronl-e2edfd1b606f30c5529d7c604092a-3b80a0cfbe8/pdf).

55. Zie het Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on multiple-vote share structures in companies that seek the admission to trading of their shares on an SME growth market van 7 december 2022, [eur-lex.europa.eu/homepage.html](https://eur-lex.europa.eu/homepage.html) (en vervolgens zoekterm 52022PC0762) en voor de uitgebreide Impact Assessment, [eur-lex.europa.eu/homepage.html](https://eur-lex.europa.eu/homepage.html) (zoekterm: 52022SC0762), met name p. 137 e.v.

56. *Kamerstukken* 36172.

57. [officielebekendmakingen.nl/dossierrn-1071013](https://officielebekendmakingen.nl/dossierrn-1071013).

58. Zie het advies van de Raad voor de rechtspraak van 28 juli 2021, rechtspraak. [nlsitecollectiondocuments/2021-34-advies-tijdelijke-wet-transparantie-turboliquidatie.pdf](https://nlsitecollectiondocuments/2021-34-advies-tijdelijke-wet-transparantie-turboliquidatie.pdf), p. 4 en nadien het aanvullend advies van 20 januari 2022, [officielebekendmakingen.nl/dossierrn-1040183](https://officielebekendmakingen.nl/dossierrn-1040183).

59. Zie reeds H.J. de Kluiver, ‘Noodzaakfi-

nciering en de rol van de rechter’, in: G. van Solinge e.a., *De Financiering van de onderneming*, VHI Serie 88, Deventer: Wolters Kluwer 2006, p. 31 e.v. en recentelijk J.H.M. Willems, ‘Noodzaakfinanciering’, in: C.D.J. Bulten e.a., *Handboek Enqueterecht*, VHI Serie 175, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 1091 e.v.

zal zijn om de tankstations te herstellen. Shell is bereid dat geld te investeren, maar haar joint venture partner, Todwick is daartoe niet in staat. Daarbij is een compliceerende factor dat de uiteindelijke (Russische) aandeelhouder van Todwick op de EU-sanctielijst is geplaatst met als gevolg dat sancties ook gelden voor zijn vennootschap Todwick. Daarmee is overigens ook onzeker of in strijd met sanctiewetgeving wordt gehandeld indien Todwick in de gelegenheid zou worden gesteld om te participeren in de aandelenuitgifte en aandelen te verkrijgen.

De Ondernemingskamer heeft niet lang nodig om te bepalen dat de noodzaakfinancieringsdoctrine hier kan worden ingezet en maakt in haar beschikkingen van 15 juli 2022, ARO 2022/125 en 15 december 2022 ARO 2023/4, m.nt. J.H.M. Willems bij wege van voorlopige voorzieningen de weg vrij voor Shell om tot uitgifte van aandelen en verhoging van het kapitaal over te gaan. Daarenboven bepaalt de Ondernemingskamer – in afwijking van artikel 2:196 BW, dat dwingendrechtelijk vereist dat uitgifte en overdracht van aandelen in een BV altijd bij *notariële* akte geschiedt – dat in dit specifieke geval de uitgifte van aandelen ook met een *onderhandse* akte kan plaatsvinden. Die voorziening was nodig omdat in dit geval niet kon worden voldaan aan de eisen van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme met betrekking tot de Russische uiteindelijke aandeelhouder van Todwick en om die reden de notaris weigert een notariële akte te verlijden. Zoals annotator Willems opmerkt is daarmee opnieuw een (dwingendrechtelijke) wetsbepaling ‘door het wapen van de onmiddellijke voorziening van haar dwingendrechtelijk karakter [...] ontdaan’. In gevallen als dit heeft een belangenafweging weinig voeten in de aarde. Daarbij helpt dat in de rechtspraak een doctrine met duidelijke criteria is ontwikkeld. Tevens kan worden onderkend dat in deze gevallen ook een notie van algemeen belang een rol speelt. In dit geval is die notie dat ondernemingen te belangrijk zijn om ten onder te laten gaan aan twisten en impasses tussen aandeelhouders.

### Ten slotte: belangen in het algemeen, het algemeen belang en de rol van het OM

Waar ik in het voorgaande noteerde dat het ondernemingsrecht soms, zoals in het geval van noodzaakfinanciering, veel beter op de actualiteit is toegesneden dan gedacht, kan dat ook worden geïllustreerd aan de hand van de mogelijkheden die het OM inmiddels – eindelijk – in het ondernemingsrecht heeft (her)ontdekt. Dat geldt zowel waar het betreft de mogelijkheden om in te grijpen in het bestuur van stichtingen als voor de mogelijkheden om, via het enquêterecht, bij commerciële rechtspersonen een onderzoek (enquête) en onmiddellijke voorzieningen te vorderen. Net als bij noodzaakfinanciering kan ook hier een algemeen belang worden onderkend. Dat is uiteraard ook de grondslag voor de bevoegdheid van het OM.

Bij stichtingen geldt al heel lang dat in de wet uitdrukkelijk een rol is weggelegd voor het OM. Lange tijd heeft het OM zich echter civielrechtelijk vooral als een Doornroosje gedragen. Zij is inmiddels echter wakker gekust, overigens niet door een prins, als wel door lieden die zich op dubieuze wijze gedragen en zich verrijken met gebruikmaking van de vermoming die een stichting

opgericht om sympathieke doelen te dienen, lijkt te bieden. De kern van die bevoegdheden is al vele jaren neergelegd in artikel 2:297 en 2:298 BW. Artikel 2:297 BW geeft het OM het recht om ‘bij ernstige twijfel’ over het bestuur, allerlei informatie, inclusief de boekhouding van stichtingen op te vragen. Artikel 2:298 BW maakt het OM op dezelfde voet als andere belanghebbende, bevoegd om schorsing en ontslag van bestuurders van stichtingen te vorderen bij, onder meer, verwaarlozing van hun taak. Het OM heeft recentelijk in diverse gevallen van deze civielrechtelijke bevoegdheden gebruik gemaakt om daadkrachtig in rechtspersonen in te grijpen.

Veel aandacht is in dit verband uitgegaan naar de inmiddels wel algemeen bekende ‘mondkapjes-deal’ waarbij, de eveneens inmiddels nationale bekendheid geniepende, Sywert van Lienden, samen met twee kompanen een ‘goede doelen’-stichting (Stichting Hulptroepen Alliantie) bestuurde, en velen voor het (mond)lapje hield door in coronatijd, in 2020, met het Ministerie van Volksgezondheid een zeer lucratieve overeenkomst aan te gaan voor de levering van mondkapjes die echter niet de stichting, maar Van Lienden c.s. zelf tientallen miljoenen opleverde. Die deal werd namelijk niet met de stichting (of de dochteronderneming daarvan) aangegaan, maar met de door van Lienden c.s. zelf schielijk opgerichte BV. Relief Goods Alliance.

Hoewel het mij wel een beetje heeft verbaasd hoeveel tijd het OM heeft genomen voor het in actie kwam, dient het ook te worden gecompimenteerd dat het die actie weldegelijk heeft ondernomen en – met een beroep op artikel 2:298 BW – met succes de schorsing en het ontslag van Van Lienden c.s. heeft bewerkstelligd.<sup>60</sup> De Rechtbank Amsterdam achtte het verzoek en de door het OM overgelegde stukken zelfs zo overtuigend en spoedeisend dat de rechtbank bij wijze van ordemaatregel de verzochte schorsing als bestuurders op 28 april 2022<sup>61</sup> toewees zonder Van Lienden c.s. vooraf te horen. Op 21 juli 2022 volgde het ontslag door de Rechtbank Amsterdam.<sup>62</sup> Het gevolg daarvan is overigens dat voor Van Lienden c.s. ook een bestuursverbod van vijf jaar bij enig andere stichting geldt (zie artikel 2:298 lid 3 BW). Inmiddels zijn nieuwe bestuurders benoemd, onder wie voormalig A-G prof. L. Timmerman, die het ook tot hun taak mogen rekenen om te onderzoeken of en hoe gelden die Van Lienden c.s. met hun misleidend handelen hebben verkregen, kunnen worden teruggevorderd. De kern van dat handelen is dat Van Lienden c.s. met het parallel oprichten van een commerciële evenknie van de stichting een tegenstrijdig belang hebben gecreëerd met de stichting en daarmee dus juist niet het belang van de stichting hebben gediend. Hoewel er hoger beroep is ingesteld (waarin, naar ik uit de media begrijp, op 13 april jl. is gepleit) is het nieuwe bestuur (terecht) voortvarend aan de slag en heeft het aangekondigd Van Lienden c.s. aansprakelijk te stellen voor de miljoenen die niet aan de stichting zijn toegefallen c.q. daaraan zijn onttrokken.<sup>63</sup>

De actie van het OM in deze zaak staat niet op zichzelf. Ook in zaken die niet op nationale bekendheid kunnen bogen, heeft het OM de wettelijke mogelijkheden aangewend. Een voorbeeld biedt het geval van de stichting die het kasteel Oud Wassenaar in eigendom heeft en waar

het bestuur instemt met de verkoop van dat kasteel aan zijn langjarige voorzitter voor een evident te laag bedrag. Zie nader Rb. Den Haag 25 oktober, *JOR* 2022/38, m.nt. Van Uchelen-Schipper.

Ook waar het betreft andere rechtspersonen dan stichtingen kent Boek 2 al tientallen jaren de bevoegdheid van het OM om een enquête en, desgewenst, onmiddellijke voorzieningen te vorderen, en daartoe informatie op te vragen en de boekhouding in te zien 'om redenen van openbaar belang' (zie artikel 2:345 lid 2 BW). Ook die bevoegdheid is door het OM herontdekt en afgestoft. De zaak die in dat kader publicitair veruit de meeste aandacht kreeg is de enquêteprocedure jegens de CEO en grootaandeelhouder van Centric N.V, Gerard Sanderink. Op verzoek van het OM besliste de Ondernemingskamer op 3 november 2022, *JOR* 2022/285 dat hij met onmiddellijke ingang werd geschorst als bestuurder alsmede dat de zeggenschap over bijna al zijn aandelen werd overgedragen aan een onafhankelijke beheerder. Ook hier lag de argumentatie in essentie daarin dat niet meer de belangen van de vennootschap werden gediend, maar een eigen belang door de vennootschap te gebruiken in een privé-vete met een ex-geliefde. Dit leidde, aldus de Ondernemingskamer, tot grote onrust en onvrede onder het personeel, de klanten en de zakelijk dienstverleners van Centric. Daarenboven sprak de Ondernemingskamer uit dat zij twijfelde aan het vermogen van Sanderink om nog rationele beslissingen te nemen in het belang van de onderneming en daaraan leiding te geven. Een en ander levert voorshands een gegronde reden op om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij Centric.

Een ander voorbeeld van zo'n actie door het OM vindt men in de beschikking van de Hoge Raad van 18 november 2022<sup>64</sup> (*OM/SMHHC c.s.*). Deze zaak had betrekking op het havenbedrijf van Sint Maarten en de ernstige twijfels die waren gerezen over de zuiverheid van een aantal besluiten en transacties en de vraag wiens belangen hier precies werden gediend. Dat leidde op verzoek van het OM (ook) tot schorsing van de bestuurder. Tegelijkertijd overwoog de rechter op Sint Maarten overigens dat het in het belang van de onderneming was dat commissarissen de gelegenheid zouden krijgen om zelf orde op zaken te stellen. Toen dat eenmaal effectief was gebeurd oordeelde de rechter dat de voorzieningen hun doel hadden bereikt en een verder doorzetten van de procedure, alles afwegende, niet (meer) in het belang van het havenbedrijf was en kon worden beëindigd. De Hoge Raad sauveerde dat oordeel. Overigens illustreert dit ook dat in het Caribische deel van het Koninkrijk het enquêterecht duidelijk aan populariteit wint.

## Afronding

Er is veel gaande in ondernemingsland en daarmee dus ook in het ondernemingsrecht. Steeds meer verschuift de

aandacht in ondernemingsrechtelijke beschouwingen echter van een intern juridisch perspectief, naar een extern maatschappelijk perspectief. Anders gezegd; het ondernemingsrecht gaat steeds minder over ondernemingsrecht en steeds meer over de onderneming en haar maatschappelijke rol en functie. Een cruciale rol daarbij speelt de 'duurzaamheidsdiscussie' die in allerlei verschijningsvormen het maatschappelijk debat domineert. Dat brengt mee dat van ondernemingen steeds meer wordt verwacht dat een breed palet aan belangen wordt behartigd variërend van de bevordering van mensenrechten door in verre landen gevestigde toeleveranciers, tot het minimaliseren van de uitstoot van broeikasgassen en het uitbannen van elke ongelijke behandeling en het bevorderen van lhbtq+-rechten.

## Anders gezegd; het ondernemingsrecht gaat steeds minder over ondernemingsrecht en steeds meer over de onderneming en haar maatschappelijke rol en functie

Naast dit in ogenschouw nemen van belangen en zorgplichten is niettemin, ook juridisch, nog steeds het wettelijk uitgangspunt dat bestuurders en commissarissen het belang van de vennootschap dienen en het 'bestendig succes' van de onderneming bevorderen. Daartoe behoort ook dat aandeelhouders – waaronder niet in het minst de grote pensioenfondsen en andere vermogensbeheerders – op een mooi rendement en dividend kunnen rekenen zodat ook de immer toenemende groep gepensioneerd in het bestaan kan voorzien. Dat vergt een steeds complexer proces van afweging van belangen en zorgplichten door bestuurders en commissarissen. Hoe die afweging moet plaatsvinden is echter vaak nog een open vraag zoals ook deze kroniek illustreert. Het ondernemingsrecht biedt daarbij vooralsnog eigenlijk betrekkelijk weinig handvatten. Op dat vlak is derhalve nog veel te doen. Waar het betreft de uitdagingen in het kader van de EU-duurzaamheidsregelgeving, zoals vervat in de CSRD en de CSDDD, zal veel ervan afhangen of ondernemingen en publieke toezichthouders in gezamenlijkheid tot een werkbare inkadering en afwegingssystematiek van alle betrokken belangen kunnen komen. ●

60. Zie ook onder meer D.O. Ohmann, 'Het rechterlijke ontslag van de bestuurders van Stichting Hulptroepen Alliantie nader

bezien', *MvO* 2022, p. 203 e.v.

61. *JOR* 2022/203, m.nt. Van Steensel.

62. *RO* 2022/55 en *JOR* 2022/204, m.nt.

Van Uchelen-Schipper.

63. nos.nl/artikel/2471296-stichting-hulptroepen-alliantie-wil-via-rechter-miljoenen-

van-mondkajesdeal-terughalen.

64. *JOR* 2023/29, m.nt. Josephus Jitta.