

## Innovatie en Ondernemingsrecht

Bastiaan F. Assink, datum 21-09-2016

### Datum

21-09-2016

### Auteur

Bastiaan F. Assink

### Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

### Vakgebied(en)

Ondernemingsrecht / Algemeen

In *The Rise and Fall of American Growth*<sup>[1]</sup> laat Robert J. ("Bob") Gordon zien hoe tussen 1870-1970 de V.S. een periode van ongekende economische groei doormaakte, uitmondend in een maatschappelijke transformatie via een gaandeweg sterk verhoogde levensstandaard en -verwachting. Hij verbindt deze vooruitgang met de schaal waarop gedurende deze tweede industriële revolutie ingrijpende uitvindingen werden gedaan, verfijnd en toegepast, zoals: wijdverbreide elektrische verlichting (o.a. de gloeilamp); de explosiemotor (die o.a. vervoer per auto mogelijk maakte); huishoudelijke voorzieningen (o.a. gas, water, sanitair en koelkast); medicatie (o.a. penicilline); en bebouwing (van suburbs tot skyscrapers). Een verklaring voor het afvlakken van die vooruitgang nadien – 1970 markeert in zijn optiek een breukvlak – zoekt Gordon mede daarin dat niet langer sprake was van zo'n "*life-altering scale of innovations*". Daarbij aantekendend dat het ICT-tijdperk (de derde revolutie) ook vernieuwingen bracht, zoals computers, internet en smartphones, maar met een bescheidener impact want 'slechts' via communicatie, entertainment en informatieverwerking. Tot de techno-optimisten, die digitalisering en robotisering vooral zien als opmaat naar meer welvaart, behoort hij niet.

Ik maak een sprongetje van Gordons betoog naar het Nederlandse ondernemingsrecht, nu zijn inspirerende aandacht voor maatschappelijk echt relevante innovaties als succesfactor mij deed afvragen wat de ontwikkeling daarvan is in dat rechtsgebied (ik geef toe, enige beroepsdeformatie is mij niet vreemd). Daarbij betrek ik dat ons model van ondernemingsrecht een faciliterende functie (bevorderen van waardecreatie) en een regulerende functie (tegengaan van waardevernietiging, bescherming van belangen) kan worden toegekend, waarin een nexus met economische groei schuilt en waarbij een breder maatschappelijk belang speelt.<sup>[2]</sup> Om dat model toekomstbestendig te houden, en een constructieve rol te laten spelen in het bijdragen aan die groei en dat belang (ook als internationaal aantrekkelijke jurisdictie), is het belangrijk dat het over de langere termijn vitaal en adaptief blijft, en ingebed in een coherente visie. Zonder betekenisvolle vernieuwingsimpulsen is dit niet goed denkbaar, iets wat voortdurende aandacht vergt. Met zulke innovaties doel ik dan op – uiteraard doordachte – verbeterideeën die zich ergens bevinden binnen het spectrum van enerzijds variaties of correcties op wat al bestaat in het model tot anderzijds Schumpeteriaanse vondsten die vóórbij het bestaande reiken, dat model op onderdelen fundamenteel ter discussie stellen en zo de status-quo positief ontwrichten.

Wie 1870 ook hier als startpunt neemt, treft staaltjes van innovatie die het 'gehaald hebben' via wetgeving of rechtspraak (en soms vervolgens wetgeving) en beeldbepalend zijn geworden in het huidige model; ook vernieuwingen daterend van ná 1970. Ik doe een greep: rechtspersoonlijkheid van de N.V. en later de B.V. (vgl. art. 2:5 BW);<sup>[3]</sup> normatieve noties als het vennootschappelijk belang en belangenpluralisme (vgl. art. 2:129/239 lid 5 en 2:8 lid 1 BW); het recht van enquête; werknemersmedezeggenschap via de onderneming (WOR) en de vennootschap (zoals de structuurregeling); verhoogde drempels voor bestuurdersaansprakelijkheid (zoals de ernstigverwijtmaatstaf bij art. 2:9 en 6:162 BW); en een corporate governance code als tussenvorm van zelfregulering met wettelijke verankering (vgl. art. 2:391 lid 5 BW). Wie wil, zou elementen uit de herziening van het wettelijke B.V.-recht ook in dit rijtje kunnen zetten, zoals het combineren in dezelfde regeling van aantasting van een uitkeringsbesluit met aansprakelijkheid voor bestuurders en aandeelhouders als sanctiemiddelen (vgl. art. 2:216 BW). Tot de prikkelende verbeterideeën die in het verleden zijn gedaan en (nog) niet breed zijn omarmd, behoren onder meer de overdracht van onderneming onder algemene titel en de toekenning van rechtspersoonlijkheid aan een groep van rechtsvormen als zodanig.

Ook in het meer recente juridische debat valt innovatie te ontwaren, zoals de pleidooien om een multivermogensrechtspersoon mogelijk te maken,<sup>[4]</sup> bij een multinationale beursvennootschap relevant onderscheid te maken in haar diverse 'nationaliteiten',<sup>[5]</sup> en leningen van aandeelhouders aan de vennootschap als haar eigen vermogen te behandelen.<sup>[6]</sup> Ik noem verder de aanzet van de informele Werkgroep personenvennootschappen tot herziening van het wettelijke personenvennootschapsrecht,<sup>[7]</sup> die deels neigt naar 'variatie op een thema' binnen de vertrouwde taxonomie (zo ontbreekt een ontwerp voor een nieuwe personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid), maar bijvoorbeeld ook nieuwe vermogensovergangen onder algemene titel bevat. Meer dan recente wetgevingsinitiatieven waarin de nadruk ligt

op reactieve initiatieven aan de regulerende zijde van ons ondernemingsrecht,<sup>[9]</sup> ademt deze aanzet het pro-actief bevorderen van de faciliterende zijde.<sup>[9]</sup> Hoewel sterker neigend naar die regulerende zijde, kan de doorwerking van leerstukken uit het N.V.- en B.V.-recht via Boek 2 BW in het recht rond verenigingsvormen en de stichting die besloten ligt in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen<sup>[10]</sup> ook als vernieuwing worden aangemerkt. Hetzelfde geldt voor voorstellen tot aanpassing van de corporate governance code.<sup>[11]</sup> Het is afwachten wat een eventuele herziening van het wettelijke N.V.-recht gaat brengen.<sup>[12]</sup>

Dit overziend is niet zozeer de vraag óf er geïnnoveerd werd en wordt door beoefenaars van ons ondernemingsrecht. Dat is zeker het geval, al varieert de mate waarin en de wijze waarop. Zo'n continuüm stemt positief. De vraag is volgens mij dan ook veeleer hoe dat proces van innovatie 'met de blik vooruit' meer overkoepelend, duurzaam, beredeneerd en gericht bevordert kan worden ten behoeve van een toekomstbestendig model van ondernemingsrecht, indachtig ook de internationale uitdagingen waarvoor we ons gesteld zien (zoals de Brexit en de economische opkomst van voormalige Oostbloklanden). Voor beantwoording van die vraag is strategisch denken aangewezen. Ook daarover wordt geschreven. Illustratief zijn de diverse – zelf weer van innovatief denken blijk gevende – herijkingsoproepen die de afgelopen vijf jaren zijn gedaan, variërend van instelling van een (tijdelijke) commissie Verdam 2.0<sup>[13]</sup> tot instelling van een (permanente) commissie 'Innovatie in het Ondernemingsrecht'<sup>[14]</sup> en instelling van diverse (tijdelijke) expertgroepen opgevolgd door een (permanente) 'Monitoring Commissie Rechtsvormen'.<sup>[15]</sup> Maar wat is met deze pleidooien voor meer regie en minder 'waan van de dag' vervolgens gedaan in de praktijk? Tot op heden weinig tot niets, zo is mijn indruk.<sup>[16]</sup> Dat houdt niet over. Het effect daarvan op die bevordering laat zich raden. Deze stagnatie stemt minder positief.

Dit kan en moet beter. Er lijkt wel een vliegwieleffect nodig te zijn om het dode punt te doorbreken en momentum te creëren. Naar verluidt, wordt vanuit het Ministerie van Veiligheid en Justitie de komende maanden gewerkt aan een nieuwe nota 'modernisering ondernemingsrecht'. Het zou minst genomen goed zijn – ook voor het benodigde politieke draagvlak – als daarin royaal en constructief aandacht wordt besteed aan innovatie en ondernemingsrecht, met inbegrip van die infrastructurele oproepen. Als ik ook de redactie van dit lijfblad voor de ondernemingsrechtbeoefenaar een idee aan de hand mag doen: misschien kan zij intussen de zo noodzakelijke opleving langs een andere weg aanjagen, bijvoorbeeld door op bevolgen wijze een themanummer of diner te wijden aan dat onderwerp. Zeker in combinatie zouden deze initiatieven de status-quo hier best eens positief kunnen ontwrichten. Een wenkend perspectief.

Voetnoten

[1]

Princeton (N.J.): PUP 2016. Vgl. de recensie van dit boek door een andere Amerikaanse econoom, Paul Krugman, in de NY Times van 31 januari 2016, p. BR1 ("The Powers That Were").

[2]

Vgl. HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286 (Cancun), r.o. 4.2.1-4.2.2 en HR 5 september 2014, *NJ* 2015/21 (Hezemans Air/X.), r.o. 3.5.2. Vgl. ook o.a. D.F.M.M. Zaman in *Ondernemingsrecht* 2015/54 en *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, § 2-4, 154.

[3]

Welbeschouwd was het begrip 'ondernemingsrecht' nog niet in zwang toen rechtspersoonlijkheid van de N.V. in HR 18 januari 1901, *W7553* (*Hoedemaker/De Hoop*) werd aanvaard (en in 1929 wettelijk werd verankerd). Ik schaats hier met een brede slag.

[4]

Vgl. H. Koster in *WPNR* 2016, p. 173-178.

[5]

Vgl. A.A. Bootsma, J.B.S. Hijink & L. in 't Veld in *Ondernemingsrecht* 2015/120. Vgl. ook G.N.H. Kemperink & K.H.M. de Roo in *Ondernemingsrecht* 2016/55 en de daarop volgende ideeënstrijd in *Ondernemingsrecht* 2016/91-93.

[6]

Vgl. R.J. de Weijts in zijn op 1 juli 2016 uitgesproken oratie (UvA), getiteld *Wanorde? Hoe het faillissementsrecht zich tegen schuldeisers dreigt te keren*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016 (verschijnt binnenkort).

[7]

Zie [www.rechten.vu.nl/images/rapport\\_personenvennootschappen\\_tcm247-767954.pdf](http://www.rechten.vu.nl/images/rapport_personenvennootschappen_tcm247-767954.pdf).

[8]

Zoals bijvoorbeeld ook geldt voor het recent geïntroduceerde civielrechtelijke bestuursverbod (*Stb.* 2016, 153). Vgl. M.J. Kroeze in *Ondernemingsrecht* 2014/93, die over de hele linie gezien zelfs een zorgwekkende tendens van "repressief" ondernemingsrecht signaleert.

[9]

Dit laatste is in lijn met de portee van [Kamerstukken II 2003/04, 29752, 2](#) en [Kamerstukken II 2007/08, 29752, 5](#). Daarvan getuigt bijvoorbeeld ook het wetsvoorstel inzake Continuïteit ondernemingen I (34218).

[10]

[11]

Te vinden op [www.commissiecorporategovernance.nl](http://www.commissiecorporategovernance.nl). Vgl. de beschouwingen in *Ondernemingsrecht* 2016-9 (een themanummer).

[12]

Voor een maatschappelijke variant van de B.V. bestaat intussen ook animo. Vgl. [www.social-enterprise.nl](http://www.social-enterprise.nl). Mede gelet hierop laat zich voorstellen dat een herziening van het wettelijke N.V.-recht plaatsvindt binnen een bredere herbezinning op het wettelijke kapitaalvennootschapsrecht (dus ook het B.V.-recht), net zoals de informele Werkgroep personenvennootschappen een integrale herziening van het wettelijke personenvennootschapsrecht beoogt.

[13]

Vgl. J.W. Winter in *Ondernemingsrecht* 2011/98.

[14]

Vgl. H. Koster in *NJB* 2012/1362.

[15]

Vgl. G.J.H. van der Sangen & D.F.M.M. Zaman in *TvOB* 2012, p. 163 en D.F.M.M. Zaman in *Ondernemingsrecht* 2015/54.

[16]

Vgl. ook H.J. de Kluiver in *Nederland, het Delaware van Europa?*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 145, die dit euvel breder trekt.