

ONDERNEMINGSRECHT EN RECHTSBESCHERMING VAN DE BURGER

Mr K. Frielink

De te ruime benadering

In relatie tot het onderwerp 'Rechtsbescherming van de burger' is het ondernemingsrecht een enigszins vreemde eend in de bijt. Dat de burger een instrumentarium ter beschikking moet staan om zich te beschermen in het geval dat de overheid hem bestuursrechtelijk, fiscaalrechtelijk of strafrechtelijk lastigvalt, is tamelijk vanzelfsprekend. Maar hoe zit dat bij het ondernemingsrecht? Het meest eenvoudige antwoord kan worden gevonden door, om te beginnen, dit begrip op te vatten als een verzamelbegrip van alle regels - civiel-, straf-, fiscaal en administratiefrechtelijk - waarmee een ondernemer te maken kan krijgen. Maar dusdoende zou er direct een overlap ontstaan met de onderwerpen die reeds aan anderen zijn toebedeeld. Buitendien zijn die anderen onbetwistbaar meer geverseerd op die andere terreinen. Ook de schoenmaker die civilist is moet zich bij zijn leest houden, zelfs in de wetenschap dat het civiele recht de moeder van alle recht is.

De te beperkte benadering

Wanneer we het ondernemingsrecht zouden beperken tot de regels van Boek 2 BW - het rechtspersonenrecht - dan zou bijvoorbeeld een beschrijving kunnen worden gegeven van de instrumenten die minderheidsaandeelhouders ter beschikking staan om zich tegen onheuse acties van meerderheidsaandeelhouders te verweren. Ook zou de vraag kunnen worden behandeld hoe het nagenoeg 'absolute' recht van ongestoorde eigendom, in de brede betekenis van het Eerste Protocol van het EVRM, en bedoeld ter bescherming van de burger, zich verhoudt tot de bevoegdheid van een 95% dan wel 90% aandeelhouder om de resterende aandeelhouder(s) uit te kopen en dus als het ware te onteigenen. Ook die benadering komt mij niet aantrekkelijk voor, omdat ik dan - bij gebrek aan nieuwe ontwikkelingen of inzichten - gebaande paden zou bewandelen. En dit is, mijns inziens, niet de plek voor het verkondigen van oud nieuws.

De derde weg

Een derde benadering zou kunnen zijn het aan de orde stellen van de rechtspolitieke keuzes die de wetgever bij het ontwerpen van het ondernemingsrecht in Boek 2 BW heeft gemaakt, of misschien had moeten maken, teneinde de burgers te beschermen. Zo bepaalt bijvoorbeeld artikel 2:16 lid 11 BW, dat de regels inzake bestuurdersaansprakelijkheid, zoals die gelden ingeval een Nederlands Antilliaanse rechtspersoon failliet wordt verklaard, ook van (overeenkomstige) toepassing zijn op aansprakelijkheid van bestuurders van een door *buitenlands* recht beheerste rechtspersoon, indien deze in de Nederlandse Antillen failliet wordt verklaard. Daaraan is toegevoegd dat als bestuurders eveneens aansprakelijk zijn degenen die met de leiding van de in de Nederlandse Antillen verrichte werkzaamheden zijn belast, en tevens dat bevoegd is de rechter die het faillissement heeft uitgesproken. Er is dus voor gekozen - een rechtspolitieke keuze - om bestuurders van buitenlandse rechtspersonen, en degenen die daarmee gelijkgesteld worden, in de Nederlandse Antillen aansprakelijk te kunnen stellen, en aldaar tegen hen te kunnen procederen, wanneer, kort gezegd, sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat tot dat faillissement heeft geleid. De rechtsbescherming van de

gedupeerde burgers is met een dergelijke regeling gediend. Laten we bij 'rechtspolitieke keuzes' maar even wat langer stilstaan; dat onderwerp biedt perspectief.

Aard van het civiele recht

Tijdens de rechtenstudie wordt ons, grofweg, bijgebracht dat het civiele recht de rechtsbetrekkingen *tussen* burgers regelt, of tussen een burger en de overheid ingeval de overheid optreedt gelijk een burgerlijke partij. Het civiele recht heeft echter daarnaast - gelijk het publieke recht - ook een ordenende functie; en dat is een ordening in het algemeen, in het publieke belang. Ook het civiele recht bevat geboden en verboden. Zo ook het ondernemingsrecht. Een verbod is bijvoorbeeld te vinden in artikel 2:99 lid 1 BW, waarin is bepaald dat het aan een persoon die geen coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij is, verboden is om zaken te doen met gebruik van de aanduiding "coöperatief", "onderling" of "wederkerig" of een afleiding daarvan. Een ander verbod is te vinden in artikel 2:117 lid 2 BW. Op grond van die bepaling is het een deskundige, die door een NV is benoemd om op de boekhouding regelmatig toezicht te houden en om aan de algemene vergadering verslag uit te brengen omtrent de door het bestuur opgemaakte jaarrekening, verboden hetgeen hem omtrent de zaken van de NV blijkt of medegedeeld wordt, verder bekend te maken dan zijn opdracht met zich brengt.

Aan de ene kant verschaft het civiele recht *vrijheid*¹ en aan de andere kant leidt het tot *onvrijheid*. Zo geeft het civiele recht de vrijheid om bepaalde dingen te doen of na te laten, bijvoorbeeld het oprichten van een NV of het lid worden van een vereniging. Uitzonderingen op dit laatste betreffen de onderlinge waarborgmaatschappij (art. 2:98 sub a BW) en de vereniging van appartementseigenaren (art. 5:125 lid 2 BW) ter zake waarvan de wet het lidmaatschap verplicht stelt bij het hebben van een verzekering bij zo'n waarborgmaatschappij respectievelijk het zijn van appartementseigenaar. En met die laatste voorbeelden is tevens geïllustreerd dat het civiele recht dus niet alleen vrijheid verschaft, maar ook allerlei vrijheidsbeperkende bepalingen bevat.

Wetgeving

De vraag of wetgeving tot stand moet worden gebracht en zo ja welke inhoud deze moet hebben, noopt tot een afweging van vele belangen en vergt een politieke beoordeling.² Dat is in velerlei opzicht niet eenvoudig. Wat moet precies worden geregeld? En waarom? Welke belangen moeten worden gewogen en welk gewicht moet daaraan toekomen? Met welke regel wordt het beoogde resultaat het beste bereikt? Welke administratieve en andere lasten vloeien uit een regel voort en zijn die aanvaardbaar? Welke sanctie wordt aan de regel verbonden? Is er toezicht op de naleving nodig en wie gaat dat toezicht uitoefenen? En zo zijn er nog legio vragen te bedenken.

In de nota *Bruikbare rechtsorde* van 21 april 2004³ schrijft de toenmalige Nederlandse Minister van Justitie: *"Waar mensen samenleven zijn regels nodig om dat samenleven te ordenen. In het maatschappelijk verkeer beschermen regels het gerechtvaardigd vertrouwen dat mensen nodig hebben*

¹ Ik ga hier voorbij aan een andere, meer filosofische benadering, omdat ook gesteld zou kunnen worden dat het recht de van nature bestaande vrijheid nu juist inperkt.

² HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691 m.nt. TK (Waterpakt).

³ Tweede Kamer 2003-2004, 29 279, nr. 9.

om met elkaar om te gaan. Ons dagelijks leven en het maatschappelijk verkeer worden niet primair bepaald door wetten of transacties, maar door samenwerking, gemeenschappelijke belangen, zorg voor elkaar en algemene opvattingen over hoe het hoort. Wetgeving is een vorm, maar niet de enige manier om orde in het samenleven te scheppen. De overheid produceert wetgeving, maar zij doet dat namens en in samenwerking met de burgers. Wetgeving is een product van dynamische interactie. Zij vormt een onvermijdelijke voorwaarde voor maatschappelijke ontwikkeling. Zij is bedoeld om bepaalde belangen te beschermen, om bepaalde ontwikkelingen en gedrag te sturen en ook om de burgers tegen de overheid te beschermen.”

Recht zijn wij allemaal

Het begrip ‘dynamische interactie’ licht ik eruit. Naar mijn idee wil daarmee gezegd zijn dat wetgeving niet louter het product van in ivoren torens kantoorhoudende wetgevingsambtenaren behoort te zijn. Met het recht willen we iets bereiken in de samenleving. Wat er in die samenleving gebeurt moet dan wel in voldoende mate bij de regelgevers bekend zijn. Daarmee is de noodzaak van interactie tussen de wetgever en (groepen in) de samenleving gegeven. In de nota wordt er gewag van gemaakt dat de ‘Code Tabaksblat’, waarin regels van *corporate governance* zijn geformuleerd voor, primair, de beursgenoteerde bedrijven, is opgesteld door een commissie die vanuit het bedrijfsleven zelf in het leven is geroepen. Deze commissie heeft bovendien alle belanghebbenden in de gelegenheid gesteld om van hun zienswijze te doen blijken. Pas daarna is de Code definitief vastgesteld. Die Code draagt ondernemingen op om over de al dan niet naleving van de verschillende regels in het jaarverslag te rapporteren en om, zo dat het geval is, uit te leggen waarom bepaalde voorschriften niet zijn nageleefd. Deze plicht tot rapporteren is in Nederland door de wetgever in het jaarrekeningenrecht opgenomen.

Ook in de Nederlandse Antillen zijn er voldoende voorbeelden van wetgeving die mede door de particuliere sector is ontworpen en/of waarbij op ruime schaal consultatie heeft plaatsgevonden. Ons Boek 2 BW is weliswaar opgesteld door een staatscommissie, maar juristen uit de advocatuur, het notariaat, het trustwezen en noem maar op hebben in dat proces hun invloed doen gelden, terwijl door de staatscommissie ook met bijvoorbeeld vertegenwoordigers van de accountants en de vakorganisaties is gesproken. En hoewel je over de wenselijkheid of noodzaak van onderdelen van Boek 2 BW van mening kunt verschillen, worden de uitgangspunten van en de meeste uitwerkingen in dit fraaie stuk wetgeving breed gedragen.

Vragen, vragen, vragen

Maar die dynamiek in de interactie hoort wat mij betreft niet te worden beperkt tot de ontwerpfase van wet- en regelgeving. Ook bestaande regelingen zouden op vergelijkbare wijze tegen het licht gehouden kunnen, en wat mij betreft ook moeten, worden. De ‘red tape’ waarmee ondernemers worden geconfronteerd is maar één voorbeeld, maar wel een waarmee vele ondernemers in de praktijk ook daadwerkelijk zelf te maken hebben. Als we kijken naar het ondernemingsrecht dan zijn er genoeg bepalingen te vinden waarvan de vraag kan worden gesteld of die ter bescherming van burgers wel nodig zijn of wel in deze vorm nodig zijn.

Waarom zou bijvoorbeeld een maatschap nietig moeten zijn, wanneer met betrekking tot de winstverdeling wordt afgesproken dat er één maat is aan wie geen aandeel in het behaalde voordeel (winst) toekomt? Deze zogeheten ‘*Societas leonina*’ is namelijk op grond van artikel 7A:1647 lid 1 BW ongeoorloofd. En waarom verbiedt artikel 7A:1646 lid 1 BW dat slechts één van de maten of een derde het aandeel in de winst van de verschillende maten vaststelt? Zijn deze regelingen nodig ter

bescherming van de burgers die met anderen een maatschap aangaan?⁴ Misschien is dat wel zo, maar er is niets op tegen dit soort vragen periodiek te stellen. Ik geef nog een paar voorbeelden.

In artikel 2:9 lid 2 BW is bepaald dat de statuten van een rechtspersoon kunnen bepalen dat alle of bepaalde geschillen tussen twee of meer van de bij de rechtspersoon betrokken belanghebbende personen als zodanig (dus in hun hoedanigheid van bestuurder, commissaris, lid, aandeelhouder, enz.) worden beslist door arbitrage. Waarom ziet die mogelijkheid niet ook op vernietiging van besluiten van de rechtspersoon, waarom zou daarvoor per se de gang naar de burgerlijke rechter moeten worden gemaakt?⁵ Levert arbitrage minder rechtsbescherming voor de betrokken burgers op?

In een geschil tussen de Nederlandse Kamer van Koophandel en PMDC Europe BV over de vraag of het mogelijk is dat een besluit van de algemene vergadering tot ontbinding van een BV kan worden herroepen indien de ontbinding voordien al is ingeschreven in het handelsregister, oordeelde Hof 's-Gravenhage⁶ dat herroeping van een ontbindingsbesluit door de algemene vergadering dan niet geldig is zonder rechterlijke tussenkomst. Stel dat in gelijke zin zou worden geoordeeld bij een Nederlands Antilliaanse rechtspersoon (art. 2:27 lid 1 sub a BW). Ervan uitgaande dat als criterium heeft te gelden dat ter zake van een herroeping de belangen van derden niet mogen worden geschaad, is daarvoor dan inschakeling van de rechter noodzakelijk, of zou een publicatieplicht met de mogelijkheid van verzet wellicht de voorkeur verdienen? Met andere woorden: is voor de rechtsbescherming van de burger de verplichte inschakeling van de burgerlijke rechter vereist?

In het kader van een grensoverschrijdende fusie kan als *verdwijnende* rechtspersoon ook een *buitenlandse rechtspersoon* met een vergelijkbare rechtsvorm optreden, op voorwaarde dat het recht dat die buitenlandse rechtspersoon beheerst zich niet tegen de fusie en de wijze waarop deze tot stand komt verzet (art. 2:323a BW). Een buitenlandse rechtspersoon kan echter niet als *verkrijgende* rechtspersoon optreden; een Nederlands Antilliaanse rechtspersoon kan dus niet naar het buitenland 'wegfuseren'. Waarom eigenlijk niet? Komen hier belangen van burgers in het gedrang die bescherming verdienen? En zijn er geen mogelijkheden om die belangen op andere wijze te beschermen dan door het niet toestaan van deze *cross-border* fusievorm?

Kritische houding

En zo zijn er nog talloze voorbeelden te bedenken en vragen te stellen. Dat vraagt een kritische houding van alle juristen. Napoleon dacht dat zijn wetten helder en ondubbelzinnig waren. Advocaten waren volgens hem overbodig. Het heeft hem, zoals wij weten, niet van de ondergang gered. Er is geen filosofische verhandeling over taal voor nodig om duidelijk te maken dat de betekenis van woorden niet altijd (en ook niet voor altijd) vastomlijnd kan zijn. Maar belangrijker, wetten en regels hebben - in beginsel - geen eeuwigheidswaarde. Ze reflecteren de tijdgeest, en niet zelden ook een tijdgeest uit het verleden. Wij moeten dus het lef hebben om ons van dogma's los te maken en met een zekere frisheid, en los van wat wij hebben geleerd, naar rechtsregels te kijken. Dat is niet altijd even makkelijk, omdat

⁴ De vragen worden bevestigend beantwoord door A.L. Mohr, *Personenvennootschappen*, preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2003, Deventer: Kluwer 2003, p. 68-73.

⁵ Vgl. HR 24 november 2006, JOR 2007, 5 m.nt. P. Sanders.

⁶ Hof 's-Gravenhage 30 januari 2007, JOR 2007, 66.

het een menselijke eigenschap is zich vast te klampen aan wat oud en vertrouwd is. Die kritische houding en de originaliteit die wij daarbij aan de dag moeten leggen heeft niet, en zeker niet primair, tot doel om dat oude en vertrouwde te vernietigen, maar om het recht en de toepassing daarvan telkens ter discussie te stellen, om aldus uiteindelijk (ook) een bijdrage aan de ontwikkeling daarvan te leveren. Voor ons is het recht nimmer een rustig bezit.

Voor het hier aan de orde zijnde thema is evenzeer van belang dat de wetgever zich bij het formuleren van geboden, verboden en verplichtingen ook daadwerkelijk steeds de vraag stelt (a) of rechtsbescherming van de burger (de burger die behoort tot de groep waarop de wetgever het oog heeft) aan de orde is; (b) of een regeling met het oog op die rechtsbescherming noodzakelijk is en (c) op welke wijze die rechtsbescherming het beste kan worden gerealiseerd.

De meester moraliseert

Naar aanleiding van dit laatste nog een enkel woord over de geringe of geringer wordende eerbied voor het recht.⁷ Wie zich in het verkeer begeeft kan dag in, dag uit waarnemen dat tallozen door het rode licht rijden. En zo zijn er ook tallozen, groot én klein, die schaamteloos de belastingwetten ontduiken. Maar we spreken wel collectief schande van de grote debacles en schandalen die zich in de afgelopen periode aan ons hebben gepresenteerd: Enron, Madoff, Stanford International, de hoge bonussen, en ga zo maar door. Dit is kenmerkend voor het spook van het cynisme dat door de Westerse wereld waart. Mensen - misschien niet zozeer individueel maar wel als groep - willen zelf bepalen wat zij als recht of onrecht zien, en welke regels zij wensen na te leven (ook als ze het inhoudelijk misschien niet met de regel eens zijn) en welke ze willen ontduiken omdat ze die nodeloos hinderlijk vinden,⁸ daargelaten of daarbij steeds sprake is van een bewuste afweging. Sancties schrikken in veel gevallen onvoldoende af en leiden dus niet in de gewenste mate tot normconform gedrag. Dat roept direct de vraag op naar de legitimiteit van wet- en regelgeving. Niet de formele legitimiteit, die erin bestaat dat de voor de totstandkoming voorgeschreven procedures correct zijn gevolgd, maar de morele legitimiteit. Anders gezegd: sluit een regel aan bij wat als rechtvaardig of normaal wordt ervaren binnen de groep tot wie de in de regel vervatte norm zich richt? Ook met het oog daarop is de eerder genoemde 'dynamische interactie' onontbeerlijk. Het is in het belang van de geloofwaardigheid van de wetgever en voor het gezag van wet- en regelgeving dat 'de' overheid van een dergelijke interactie een speerpunt van haar beleid maakt.

Mr. K. Frielink is als advocaat en partner verbonden aan Spigthoff Advocaten & Belastingadviseurs. Daarnaast is hij Deken van de Orde van Advocaten Curaçao, lid van het bestuur van de Kamer van Koophandel te Curaçao, docent ondernemingsrecht aan de Universiteit van de Nederlandse Antillen,

⁷ Ik ga hier voorbij aan de veel grotere problemen waarmee wij en de wereld worden geconfronteerd. Vgl. Joshua Cooper Ramo, *The Age of the Unthinkable*, New York: Little, Brown and Company 2008, 280 p. en Jeffrey D. Sachs, *Welvaart voor de wereld; Economie voor een overbevolkte planeet*, Amsterdam/Antwerpen: Business Contact 2008, 390 p. De komende decennia zullen in het teken staan van 'intrinsieke instabiliteit' op alle niveaus, omdat we ons bevinden in de overgangsfase naar een nieuwe wereldorde.

⁸ Vgl. A. Pitlo, *Evolutie in het privaatrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1972, p. 54-55.

'Fellow' van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit te Nijmegen, lid van het bestuur van de Stichting Beroepsopleiding Advocatuur en lid van de Raad van Advies van de Curaçaose reddingsbrigade (Citro). Hij heeft tal van publicaties op zijn naam staan, is lid van de kernredactie van JOR (Jurisprudentie Onderneming & Recht) en lid van de redactie van 'Commentaar Financieel Recht'. Tenslotte schrijft hij over uiteenlopende onderwerpen op *Karel's Legal Blog* (www.curacao-law.com).