

Een maatschappelijke verantwoordelijkheid voor ondernemingen en (bange?) bestuurders of coronawetenschap in crisistijd?

Over onder andere Booking.com en Unilever ...

Ondernemingsrecht 2021/3

Een collectief van 25 hoogleraren betoogt in *Ondernemingsrecht 2020/86* dat ondernemingen overmatig georiënteerd zijn geraakt op het eigen financiële succes ten behoeve van aandeelhouders, waardoor zij onthecht zijn geraakt van de samenleving. Het collectief stelt daarom voor in de wet op te nemen dat bestuurders en commissarissen “zorgen dat de vennootschap aan het maatschappelijk verkeer deelneemt als een verantwoordelijke vennootschap”. In deze bijdrage wordt uiteengezet dat het voorstel van de hoogleraren onnodig is. Bestaande (open) rechtsnormen in Nederland brengen reeds met zich dat vennootschappen zich verantwoordelijk dienen te gedragen en verlangen van bestuurders daarvoor te zorgen. Van ondernemingen en bestuurders kan verder niet verwacht worden dat zij een grotere ‘maatschappelijke verantwoordelijkheid’ op zich nemen dan concrete regelgeving van hen verlangt. Het voorstel is daarom ook onwenselijk, omdat het bestuurders ‘vogelvrij’ maakt voor incidentenpolitiek. Voor zover verdergaande normen op het gebied van verantwoord ondernemen wenselijk zijn, dienen deze normen uit het oogpunt van rechtszekerheid door de wetgever concreet te worden gemaakt in sectorale regelgeving en niet te worden geïncorporeerd in de algemene normstelling voor bestuurders in Boek 2 BW.

1. Inleiding²

Op 23 mei 2020 verschenen in *Het Financieele Dagblad* twee publicaties onder de titel “Goed en fout in het bedrijfsleven” en “Maatschappelijk verantwoord besturen en toezicht houden, dat is het nieuwe normaal”, waarin een (zo leek het) ‘nieuwe visie’ van 25 hoogleraren in het ondernemingsrecht werd verwoord. De tweede genoemde publicatie vormde een toelichting van (de kopgroep van) de hoogleraren zelf op hun bijdrage in *Ondernemingsrecht 2020/86*.³ Hierin wordt betoogd dat ondernemingen overmatig zijn georiënteerd op hun eigen financiële succes ten

behoefte van aandeelhouders, waardoor zij onthecht en ontworteld zijn geraakt van de samenleving. De vraag of vennootschappen een bredere verantwoordelijkheid moeten dragen in de samenleving zou een politieke vraag zijn waarover regering en parlement moeten besluiten. Onder verwijzing naar bewegingen in Frankrijk en Zuid-Afrika wordt daarom onder meer het voorstel gedaan om een verantwoordelijkheid voor ‘responsible corporate citizenship’ in het Nederlandse recht te introduceren. Een ‘sociaal contract tussen onderneming en samenleving’ zou wenselijk zijn en de wet zou moeten worden aangepast, zodat bestuurders (en commissarissen)⁴ ‘hun bedrijf’ als een ‘verantwoordelijke vennootschap’ laten deelnemen aan het maatschappelijk verkeer. In deze bijdrage ga ik hier nader op in en betoog ik dat de voorgestelde wetswijziging incident-gedreven lijkt, onnodig en onwenselijk is.

2. Incident-gedreven (corona)wetenschap

Dat eventuele maatschappelijke onvrede in Nederland wordt versterkt door de coronacrisis behoeft geen toelichting. De publicaties in het *FD* en in *Ondernemingsrecht 2020/86*, die refereren aan de coronacrisis, kunnen daar niet los van worden gezien. Kort voor deze publicaties stond het water aan de lippen van ziekenhuizen en intensivisten. Corona leefde in Nederland (letterlijk en figuurlijk). Er ontstond een ‘wij-gevoel’ en het bracht mensen solidair en ‘goed’ bij elkaar, zo wellicht ook de genoemde 25 hoogleraren in het speciaal in het leven geroepen themanummer rondom corona in dit maandblad.⁵ Tegenover een ‘wij’ en een ‘goed’ staat meestal echter een ‘zij’ en een ‘fout’. Maatschappelijke onvrede moet een schuldige krijgen en de corona-overheidssteun aan bedrijven leek het zetje om ‘foute bedrijven’ de gemeenschappelijke tegenstander te maken. Het *FD* schreef dan ook: “Met corona laait de discussie over goed en fout in het bedrijfsleven in alle hevigheid op.” Het speelde in op sentimenten en onderbuikgevoelens die in de maatschappij kunnen ontstaan bij maatschappelijke onrust of bij miljardenbedragen die omgaan in de maatschappij of het bedrijfsleven.

1 Winand Westenbroek is advocaat bij WestLegal te Amsterdam en verbonden aan de Erasmus School of Law.

2 De hoofdtekst van deze bijdrage is in september 2020 aangeboden en is in oktober 2020 afgesloten.

3 J.A. Winter e.a., ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht 2020/86*.

4 Ik beperk mij in deze bijdrage tot de verantwoordelijkheid van bestuurders. Op het voorstel van de hoogleraren om een ‘niet dwingende’ ‘purpose’ of ‘raison d’être’ te formuleren ga ik in deze bijdrage niet in, maar ik vraag me af wat het toevoegt aan de doelomschrijving die Boek 2 BW al voorschrijft (en die nu ook al breed geformuleerd kan worden).

5 De vraag is hoe deze groep is samengebracht. Zie daarover ook de reactie van H.J. de Kluiver, ‘Over de verantwoordelijke onderneming, Naar een Paradise by the dashboard light?’, *Ondernemingsrecht 2020/126*, par. 2.4.

Booking.com werd kop van jut. In *De Volkskrant* van 25 april 2020 uitte een groep van publicisten al kritiek op het feit dat deze onderneming overheidssteun vroeg ‘ten koste van de belastingbetaler’. Booking.com had in de jaren daarvoor namelijk miljarden winst gemaakt, maar had deze winst gebruikt om voor € 14 miljard eigen aandelen in te kopen. Daardoor zou zij nu geen reserves meer hebben om personeel door te betalen. Dat zou onfatsoenlijk zijn. Het onderbuikgevoel: grote bedrijven verdienen veel geld ten koste van Jan Modaal die het zwaar heeft. Beloning van bestuurders en verontwaardiging over belastingontwijking kwamen ook weer om de hoek kijken. Ondernemingen ‘die het algemeen belang schaden, zoals Booking.com of door belasting te ontwijken, moeten de gekregen coronasteun terugbetalen’, aldus het artikel in *De Volkskrant*, waar het *FD* ook naar verwees.⁶

Of de kritiek terecht is, is maar de vraag. Schond Booking.com ‘het algemeen belang’? Booking.com had corona evenmin zien aankomen en voordat corona toesloeg, hoorde je niemand klagen toen Booking.com aandelen inkocht op een wijze die de Nederlandse wetgeving gewoon toestaat. Zij kan volgens mij evenmin verweten worden aanspraak te hebben gemaakt op de eerste tranche onder de NOW-regeling. Als Booking.com dat niet had gedaan en direct tot massaalontslagen was overgegaan, zou het bestuur van Booking.com ook de gebeten hond zijn geweest. Het idee dat bedrijven die belasting ‘ontwijken’ (wat geen ‘ontduiken’ is), geen steun verdienen, is ook kwestieus. Een onderneming heeft, net zoals iedere deelnemer aan het rechtsverkeer (zoals de burger), de mogelijkheid om gebruik te maken van bestaande (let wel: wettelijk toegestane) fiscale regelgeving en verdragen. De regering heeft (‘in het algemeen belang’) nota bene zelf decennialang een internationaal concurrerend vestigingsklimaat op het terrein van fiscaliteit nagestreefd en bedrijven naar Nederland gelokt met lage belastingen en *tax rulings*. Een apart onderdeel van het Ministerie van Economische Zaken (het Netherlands Foreign Investment Agency) hield (en houdt) zich hier zelfs proactief mee bezig. Dat men in de politiek tot nieuwe inzichten komt, lijkt mij een gezonde ontwikkeling, maar dat ondernemingen in 2017 op het matje werden geroepen bij de Parlementaire Ondervragingscommissie Fiscale Constructies, is gelet op het eigen regeringsbeleid en bestaande wetgeving niet terecht en, net zoals de kritiek op Booking.com, polariserend en incident-gedreven.

In het *FD* en in *Ondernemingsrecht 2020/86* gaat het collectief van hoogleraren wat mij betreft te veel mee in deze polarisering⁷ door bijvoorbeeld te spreken van een onthechting en ontworteling tussen ondernemingen en samenleving. Er zijn in Nederland meer dan 2 miljoen (grote en kleine)

ondernemingen ingeschreven bij de Kamer van Koophandel, waarvan bijna 1 miljoen kapitaalvennootschappen. Deze ondernemingen maken juist onderdeel uit van de samenleving. Dat doen zij (in het algemeen) op een gezonde manier door middel van een goed werkend rechtssysteem, waaronder het arbeids- en medezeggenschapsrecht, mededingingsrecht, verbintenissenrecht, etc. De gemiddelde werknemer in 2020 zal bovendien gelukkiger zijn dan in 1960 en initiatieven tot innovatie, verduurzaming en verbetering van het leefmilieu lijken vaker van ondernemingen dan van de overheid te komen. Ik zie geen grote maatschappelijke onvrede over ondernemingen. Er lijkt in zekere mate wel maatschappelijke onvrede te bestaan over te lage netto beloning voor arbeid, tekort aan zorg, agenten, leerkrachten, betaalbare huisvesting, milieu, etc. Maar is dat de schuld van ondernemingen of van wetgeving, (polderend) overheidsbeleid en heffing en verdeling van belastingen?

De hoogleraren hebben het in *Ondernemingsrecht 2020/86* ook over belastingmoraal en beloningsverhoudingen en zij refereren impliciet aan de Booking.com-casus, door de ‘maatschappelijke verantwoordelijkheid’ van ondernemingen te koppelen aan het onderwerp ‘publieke steunaanvragen in relatie tot uitkeringen aan aandeelhouders’.⁸ Daartegenover werd Unilever in het *FD* door de kopgroep genoemd als een ‘bekend voorbeeld’ van een onderneming die (wél) zoekt naar ‘een verantwoordelijkheid voorbij de aandeelhouderswaarde’. Op dat moment had Unilever nog niet bekend gemaakt te verhuizen naar het Verenigd Koninkrijk. Toen deze beslissing (die juist gedreven was door aandeelhouderswaarde) een maand later viel, werd Unilever in de politiek direct gedegradeerd naar het beklagdenbankje waar Booking.com al in zat en werd in het parlement (eveneens incident-gedreven) initiatiefwetgeving voorgesteld op grond waarvan Unilever een vertrekpremie zou moeten betalen. Unilever berekende een potentiële kostenpost van € 11 miljard en maakte op 10 augustus 2020 bekend een verhuizing te heroverwegen als de initiatiefwet zou worden aangenomen. Een verhuizing was dan immers niet meer in het belang van de aandeelhouders. Is Unilever dan nog steeds een bedrijf dat ‘zoekt naar verantwoordelijkheid voorbij de aandeelhouderswaarde’? Wat daar ook van zij, ik begrijp het bestuur van Unilever wel.

Ik wil met het voorgaande zeggen dat het misschien minder zwart/wit (goed/fout) is als het collectief van hoogleraren nu doet voorkomen. Belangrijker is dat de stand van ons recht en bestaande open rechtsnormen in Nederland al met zich brengen dat (bestuurders van) vennootschappen een bredere verantwoordelijkheid dragen dan alleen het zorgen voor aandeelhouderswaarde. Voor zover dat nodig is, en dat vinden de hoogleraren kennelijk, heeft de rechtswetenschap juist de verantwoordelijkheid dáárop te wij-

⁶ ‘Bedrijven die het alleen gaat om geld verdienen, hebben geen bestaansrecht’, *De Volkskrant* 25 april 2020.

⁷ Vgl. De Kluiver 2020, par. 3.1 die schrijft dat het ‘pamflet’ ‘het karakter van een betoog [krijgt] dat mede gebaseerd is op sentimenten die ook in populistische kring bon ton zijn’.

⁸ *Ondernemingsrecht 2020/86*, par. 2.

zen in plaats van in te spelen op polariserende onderbuikgevoelens. Daarover het volgende.

3. Stand van ons recht

3.1 *Vennootschap is al een (verantwoordelijk) rechtssubject*

De (bredere) verantwoordelijkheid van de vennootschap vloeit in de eerste plaats voort uit het gegeven dat de vennootschap zich, net als ieder persoon, binnen de grenzen van het recht behoort te bewegen. Dit is een direct gevolg van het zijn van rechtssubject.⁹ Ook de vennootschap dient te voldoen aan milieuregelgeving, mededingingsregels, arbeidswetgeving, alle andere in Nederland geldende regels en relevante sectorspecifieke regelgeving. Op grond van art. 2:5 BW wordt de vennootschap voor het vermogensrecht (in de brede betekenis) voorts gelijkgesteld aan de natuurlijk persoon: de vennootschap dient overeenkomsten na te komen, mag op grond van art. 6:162 BW niet onrechtmatig (maatschappelijk onbetamelijk) handelen en kan voor de rechter worden gedaagd. De vennootschap valt op grond van art. 51 Sr verder onder de reikwijdte van het strafrecht. Anders gezegd: de vennootschap moet zich al 'verantwoordelijk' gedragen. Binnen die verantwoordelijkheid en op basis van bestaande wetgeving stond het Booking.com vrij om aandelen in te kopen en staat het Unilever vrij om te verhuizen. Het is dus begrijpelijk dat Unilever zich afvraagt of het eerdergenoemde initiatiefwetsvoorstel, op grond waarvan Unilever achteraf een vertrekpremie zou kunnen worden opgelegd, Europees toelaatbaar is.¹⁰

3.2 *Rijnlandse stakeholdersmodel en de praktijk*

Waar de hoogleraren verder (in mijn ogen wat polariserend) spreken over 'het eigen financiële succes van de vennootschap ten behoeve van aandeelhouders' (een 'wij-zij-redenering': de vennootschap/aandeelhouders vs. de rest) gaan zij eraan voorbij dat de vennootschap als abstract rechtssubject nooit helemaal een 'eigen' financieel succes of een scherp afgebakend eigen belang heeft.¹¹ De 'vennootschap' is een door de wetgever gecreëerde en geformaliseerde fictie¹² die vormgeeft aan een van tijd tot tijd veranderlijke veelheid van samenkomende deelbelangen. In de praktijk betekent dat bijvoorbeeld dat de 5.500 Nederlandse (van 17.000 wereldwijd) goedgebetaalde werknemers van Booking.com met hun goede salarissen ook financieel

baat hadden bij het 'financiële succes' van de vennootschap. Hetzelfde geldt voor hotels, leveranciers en andere commerciële partijen die samenwerkten met Booking.com en daarmee winst nastreefden. Het geldt ook voor de Nederlandse staat nu Booking.com veel arbeidsplaatsen op de arbeidsmarkt vervulde en – naar ik aanneem – sociale premies daarvoor afdroeg. Dat de aandeelhouder van Booking.com er óók goed van profiteerde, is een logisch gevolg van het succes van de onderneming in de samenleving. Die aandeelhouder is overigens weer genoteerd aan NASDAQ, waar institutionele beleggers zoals pensioenfondsen winsten zoeken in het belang van werknemers.

In dit licht bezien bestaat in strikte zin dus geen 'eigen' financieel succes, maar hebben alle stakeholders (financieel) belang bij (het succes van) de onderneming. Deze gedachte past bij het zogenoemde Rijnlandse stakeholdersmodel waarover brede consensus bestaat in de wetenschap¹³ en politiek.¹⁴ De Vereniging Effecten Uitgevende Ondernemingen (VEUO) en Eumedion¹⁵ wijzen daar in het *FD* ook op in hun reactie op het voorstel van de hoogleraren. Stakeholders zijn niet alleen aandeelhouders (vgl. het *shareholdersmodel*), maar ook derden wier belangen door de rechtspersoon geraakt kunnen worden en waar de rechtspersoon rekening mee moet houden. Zij zijn via het maatschappelijk economisch verkeer 'betrokken'¹⁶ bij de vennootschap en hebben ieder hun eigen deelbelang waartegenover een wederkerig belang staat dat onderdeel uitmaakt van de belangen verenigd in het 'vennootschappelijke belang'.¹⁷ Zo hebben betrokkenen bij de vennootschap een gezamenlijk belang dat die vennootschap toegang heeft tot bijvoorbeeld (i) kapitaal; (ii) financiering; (iii) arbeid; (iv) leveranciers; (v) afnemers; (vi) de markt; en (vii) het maatschappelijk economisch verkeer in het algemeen. Daartegenover staan de deelbelangen van (i) de aandeelhouder bij 'return on investment'; (ii) de financier bij (terug)betaling van rente en lening; (iii) de werknemer bij loon; (iv) de leverancier bij betaling; (v) de afnemer bij levering; (vi) de consument en maatschappij bij innovatie en consumptie; en (vii) de ontvanger bij betaling van belastingschulden als ruil voor de toegang tot de markt, etc.¹⁸ Al deze belangen gezamenlijk vormen het 'vennootschappelijk belang'.¹⁹

9 K.H.M. de Roo, 'De nalevingsplicht van het bestuur van rechtspersonen', *Ondernemingsrecht* 2018/2.

10 'Unilever blijft Nederlands als verhuuswet wordt aangenomen', *NRC* 10 augustus 2020.

11 E.J. Oppedijk van Veen & M.H.C. Sinnighe Damsté, 'In the money of out of the money; tussen vennootschappelijk belang en het belang van gezamenlijke crediteuren', in: B. Kemp, H. Koster & C.A. Schwarz (red.), *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang* (IVOR nr. 115), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

12 W.A. Westenbroek, *Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie* (diss. Rotterdam) (IVOR nr. 108), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 10.4.3 en par. 10.8 en L. Timmerman, 'Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief. Over het onderscheid tussen gedragsnormen en toetsingsnormen', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 555.

13 Vgl. J. Nijland e.a., 'Verschuivend paradigma in corporate governance bij vijandige overnames', *O&F* 2019/27, par. 5.3.

14 *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 9, p. 3; *Handelingen I* 2010/11, nr. 28, item 4, p. 18, 23-26.

15 De belangenbehartiger van grote institutionele beleggers.

16 Dat kan ook een ongewenste of inhoudelijk onwenselijke betrokkenheid zijn, zoals bureaus die milieuschade lijden of seizoenarbeiders die worden uitgebuit.

17 Vgl. Nijland e.a. 2019, par. 4.

18 Vgl. de Nederlandse Corporate Governance 2016, preambule, p. 8; T.T. van Zanten & B.F. Assink, 'Art. 2:9 BW in faillissement: tijd voor herwaarderings!', *Tv* 2008/4, p. 165-167; M.J. Kroeze, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2019/50.

19 Er bestaat discussie over de vraag of het vennootschappelijk belang de resultante is van de verschillende deelbelangen of een autonoom begrip is. Die dogmatische discussie laat ik voor wat deze is. Zie daarover uitgebreid: Kemp e.a. 2019.

3.3 De (maatschappelijke) rol van het bestuur

Bestuurders spelen uiteraard een centrale rol binnen de vennootschap. Op grond van art. 2:129/239 BW hebben zij de verantwoordelijkheid de vennootschap 'te besturen' en dat dienen zij op grond van art. 2:9 BW 'behoorlijk' te doen. Dat houdt bijvoorbeeld in dat zij (i) erop toezien dat de vennootschap de wet naleeft;²⁰ (ii) collegiaal toezicht houden op hun medebestuurders;²¹ (iii) de bestuurstaak uitoefenen op een wijze die niet onrechtmatig is jegens derden;²² (iv) geen leidinggeven aan strafbare handelingen door de vennootschap; en (v) zich in algemene zin richten naar eerdergenoemd vennootschappelijk belang als bedoeld in art. 2:129/239 lid 5 BW. Anders dan de hoogleraren schrijven, 'suggereert'²³ voormelde 'norm van het vennootschappelijk belang', niet een bredere afweging van belangen, maar *omvat* het vennootschappelijk belang talloze belangen (zie de vorige alinea) en *schrijft de wet de norm voor* dat het bestuur die belangen evenwichtig afweegt en daarnaar handelt in de besluitvorming.²⁴ De minister schreef in 2019 dan ook: Bestuurders moeten "zorg dragen voor een evenwichtige en effectieve besluitvorming waarbij rekening wordt gehouden met de belangen van alle stakeholders en niet alleen van de aandeelhouders".²⁵ Het begrip 'besturen' omvat dus niet alleen het creëren van aandeelhouderswaarde, maar is veel breder.²⁶ Het handelen in strijd met voornoemde bestuursverplichtingen, waaronder de inspanningsverbintenis²⁷ om alle van tijd tot tijd (soms botsende) deelbelangen als onderdeel van het 'vennootschappelijke belang' af te wegen, kan onbehoorlijk bestuur ex art. 2:9 BW opleveren²⁸ en leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW, art. 6:162 BW of art. 51 Sr.

3.4 Ratio van bestaande open normen is altijd duidelijk geweest: geen politieke vraag nodig

De hiervoor genoemde art. 2:9, 6:162 en 2:129/239 BW bevatten open normen ('behoorlijk besturen', 'maatschappelijke betamelijkheid' en 'vennootschappelijk belang') die blijkens de ratio en uitleg daarvan in zowel literatuur, rechtspraak als parlementaire geschiedenis een brede(re) ver-

antwoordelijkheid voor bestuurders impliceren. Ik merkte in dit verband in 2017 al op dat de bestuurder een – mede door het rechtspersonenrecht bepaalde – maatschappelijke positie bekleedt waarbij hij een 'trusteefunctie', een bewaakers- of bewaarnemersrol vervult ten opzichte van alle hem toevertrouwde, bij de rechtspersoon betrokken belangen (van verschillende *stakeholders*) en dat art. 2:9 BW (en art. 6:162 BW) daarmee van geval tot geval zorgvuldigheidsverplichtingen op de bestuurder legt waarmee mede de belangen van het maatschappelijk verkeer worden gediend.²⁹ Die formulering was ontleend aan zienswijzen reeds geformuleerd in de Asser-serie uit 2000 en 2009³⁰ en komt volgens mij min of meer overeen met zienswijzen van hoogleraren die deel uitmaken van het collectief van 25. Zo stelde een van hen in 2017 dat "*het bestuur in beginsel kan worden aangemerkt als onpartijdige belangenbehartiger van de aan de vennootschap ten grondslag liggende onderneming en al haar betrokkenen*".³¹ Een ander stelde in 2018: "*Ik waag te betwijfelen of (...) de Nederlandse wet het überhaupt toestaat dat bepaalde stakeholders, in dit geval de aandeelhouder, een voorkeursbehandeling krijgen*".³² De vraag of vennootschappen (en hun bestuurders) wettelijk een bredere verantwoordelijkheid dragen in de samenleving dan de verantwoordelijkheid voor hun 'eigen' financiële succes c.q. aandeelhouderswaarde is dus geen politieke vraag. De stand van ons recht laat al zien dat het antwoord op die vraag positief is.

4. Aandeelhouderswaarde en bange bestuurders

Voor zover³³ de focus op aandeelhouderswaarde echter – in weerwil van de stand van ons recht – in de praktijk te ver zou zijn doorgesloten, zoals de hoogleraren kennelijk menen, komt de vraag op welke ontwikkelingen daaraan zouden kunnen hebben bijgedragen. Hier is relevant dat in 2002 door de zogenoemde High Level Group, die juist werd voorgezeten door een van de voorttrekkende 25 hoogleraren, is bepleit wat bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen zouden moeten doen: "*maximising the value of the company for shareholders*".³⁴ Er werd door deze High Level Group een pleidooi gevoerd voor een verschuiving in de focus van de Europese wetgever: het ondernemingsrecht diende zich niet zozeer te richten op het opleggen van be-

20 De Roo 2018 onder verwijzing naar bijv. Rb. Noord-Nederland 10 juni 2015, JOR 2016/2, m.nt. S.L. Rive (*Diogenes*), r.o. 6.8; Rb. Zwolle-Lelystad 25 maart 2009, RO 2009, 73, r.o. 5.4. Bevestigd door Hof Arnhem 11 januari 2011, NJF 2011/105, r.o. 2.17; Rb. Amsterdam 30 september 2015, RO 2016/4 (*Fairstar Heavy Transport NV/X*), r.o. 6.1.5-6.1.6. In vergelijkbare zin: Hof 's-Hertogenbosch 6 september 2016, JOR 2017/96, m.nt. K. Frielink (*Van Nieuwburg c.s./TMF c.s.*), r.o. 3.6.4. Zie voorts HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:470 (*X/TMF*) en alle annotaties daarbij.

21 Zie (de bronnen in) Westenbroek diss. 2017, par. 3.6 en 5.3.7.

22 Hierin spelen de vertegenwoordigingsregels en het toerekeningsleerstuk een rol. Zie (de bronnen in) Westenbroek diss. 2017, par. 10.4-10.5.

23 *Ondernemingsrecht* 2020/86, par. 1.

24 Reeds voor de codificatie van deze bepaling in lid 5 bij Wet van 6 juni 2011, *Stb.* 2011, 275 was algemeen aanvaard dat de norm al gold voor bestuurders. Zie Asser/*Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/122.

25 *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 9, p. 10.

26 Zie (de bronnen in) Westenbroek diss. 2017, par. 3.3.

27 W.A. Westenbroek, 'Selectieve betaling: onbehoorlijke taakvervulling en onrechtmatig of niet?', *TvOB* 2020-2, par. 6.

28 Vgl. *Kamerstukken II* 1983/84, 16631, nr. 6, p. 4-5: "Als in strijd is gehandeld met het vennootschappelijk doel of het vennootschappelijk belang zal meestal sprake zijn van onbehoorlijk bestuur".

29 Westenbroek diss. 2017, par. 10.8, p. 413 en 425. Zie in dit kader ook de waarborgfunctie van het rechtspersonenrecht zoals door mij omschreven in *MvO* 2018/3.4.

30 Asser/*Maeijer 2-III* 2000/321, herhaald in Asser/*Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/482.

31 M. Olaerts, 'Is de aandeelhouder gebonden aan het belang van de vennootschap?' *Ondernemingsrecht* 2017/113, par. 4.

32 H.M. Vletter-van Dort, 'De aandeelhouder als hoeksteen van de beursvennootschap?', *Ondernemingsrecht* 2018/45, par. 9.

33 Een onderbouwing hiervoor ontbreekt namelijk, zie ook De Kluiver 2020, par. 3.1.

34 Report of the High Level Group of Company law experts on issues related to takeover bids, Brussels, 10 januari 2002, voorgezeten door Jaap Winter, p. 20-21. Zie voor een Nederlands commentaar J.N. Schutte-Veenstra, 'Rapport Commissie Winter ter zake van overnamebiedingen', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 54-58.

paalde minimumwaarborgen voor betrokkenen ('stakeholders') maar zou eerder in het teken moeten staan van het faciliteren van efficiënt en concurrerend ondernemen.³⁵ Overkleef staat in zijn dissertatie uit 2017 stil bij de ontwikkeling van deze aandeelhouderswaarde-gedachte. Hij merkt op dat in 1992 slechts 13 beursondernemingen in hun jaarverslag melding maakten van een op aandeelhouderswaarde gerichte oriëntatie, terwijl dat in 2006 al 74 van de honderd grootste Nederlandse beursondernemingen betrof.³⁶ Het was een ontwikkeling die mede gedreven werd door de rechtswetenschap,³⁷ terwijl het voor bestuurders (en commissarissen) toen nog niet vanzelfsprekend, zo niet tegennatuurlijk was exclusief te sturen op aandeelhouderswaarde.³⁸ Hier is tot heden niet op teruggekomen,³⁹ dus het geeft te denken hoe dat zich verhoudt tot het willen opleggen van een wettelijke norm op bestuurders om de (gestelde) focus op aandeelhouderswaarde te verminderen.

Het denken in aandeelhouderswaarde is mogelijk ook versterkt door ontwikkelingen in de rechtswetenschap en Nederlandse rechtspraak op het gebied van aansprakelijkheid van bestuurders. De afgelopen 15 jaar heeft daarin een idee postgevat dat bestuurders 'bang zouden zijn'. Bestuurders moesten daarom 'beschermd' worden door een 'ernstigverwijt-maatstaf' als hoge drempel voor aansprakelijkheid, juist om zich te kunnen oriënteren op het 'eigen financiële succes' van de onderneming. Kroeze sprak in 2005 in dit verband over 'bange bestuurders': "*bestuurders kunnen terugdeinzen voor risicovolle, maar potentieel zeer winstgevendende beslissingen en kiezen voor de veiliger, maar minder winstgevendende weg.*"⁴⁰ De Hoge Raad overwoog vervolgens in 2008: "*Door een hoge drempel te aanvaarden voor aansprakelijkheid van een bestuurder (...) wordt mede het belang van die vennootschap en de daarmee verbonden onderneming gediend omdat daardoor wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.*" Gezien "*de zelfgekozen betrokkenheid van individuele aandeelhouders bij (...) de vennootschap*", was de hoge drempel ook van toepassing in relatie tot de aandeelhouder, aldus de Hoge Raad.⁴¹ Het ondernemen ten behoeve van winst voor de aandeelhouder rechtvaardigde dat bestuurders hun handelen niet in onwenselijke mate door de-

fensieve overwegingen lieten bepalen. In latere rechtspraak is het genoemde 'belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming', zelfs verbasterd naar een 'maatschappelijk belang'. Zo overwoog de Hoge Raad in 2014: "*Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door (...) het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen.*"⁴² Het ondernemen ten behoeve van winst werd zo – vreemd genoeg⁴³ – ook een 'maatschappelijk belang'. De ontwikkeling in de rechtspraak is nadien gerechtvaardigd (door voorttrekkende hoogleraren van het collectief van 25 zelf) als een rechtspolitieke keuze van de Hoge Raad om 'bange bestuurders' tegen te gaan en ondernemerschap te bevorderen: "*Anders gaan bestuurders te defensief, te weinig risicovol besturen*". Het tegengaan van onwenselijk defensief gedrag van bestuurders werd door hen zelfs gezien als een 'kernpunt' van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht.⁴⁴

De ontwikkeling heeft bijgedragen aan een focus op het credo 'bestuurders moeten risico's nemen om aandeelhouderswaarde te creëren en zij zijn niet zomaar verantwoordelijk voor de gevolgen van het handelen van de rechtspersoon in de samenleving'. Dit is natuurlijk juist en in lijn met *een deel* van de ratio van de wet en het idee van rechtspersoonlijkheid: bestuurders moeten ondernemen en risico's kunnen nemen, dat vind ik ook. Sterker nog: juist groene initiatieven en duurzaamheidsinnovaties kunnen riskante beslissingen vergen én kunnen worden aangemerkt als maatschappelijk verantwoord ondernemen. Dat betekent echter niet dat een bestuurder van een innovatieve duurzame (of milieuvervuilende) onderneming geen rekening dient te houden met stakeholders, zoals werknemers, crediteuren, aandeelhouders, burens of zelfs de samenleving (denk aan milieuschade en zeker 'moedwillige milieuschade' waar de kopgroep in het *FD* aan refereert). Ook markt-misbruik (de kopgroep heeft het in het *FD* – overigens niet onderbouwd⁴⁵ – over 'excessieve medicijnprijzen') is verboden in Nederland en aan bestuurders kunnen allang rechtstreeks sancties worden opgelegd door de Autoriteit Consument en Markt.⁴⁶ Steeds heeft de bestuurder een zorgplicht, bijvoorbeeld om de wet na te leven en om alle betrokken

35 F.G.K. Overkleef, *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen* (IVOR nr. 103), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 258.

36 Overkleef 2017, p. 11.

37 Zie bijv. J.W. Winter, G. van Solinge en L. Timmerman in de bronnen genoemd in De Kluiver 2020, voetnoot 6 t/m 12.

38 Overkleef 2017, p. 82 e.v.

39 Hoewel binnen de groep van 25 hoogleraren ook andere geluiden te horen waren. Zie bijv. Vletter-van Dort 2018, par. 10 die echter (zo lijkt het enigszins teleurstellend) constateert: "*Ik realiseer mij terdege dat mijn suggestie om de aandeelhouder niet te beschouwen als hoeksteen in de governance van beursvennootschappen ertoe leidt dat de bodem onder de verschillende corporate governance codes wordt uitgeslagen.*"

40 M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (EUR-oratie), Deventer: Kluwer 2005. De vraag is echter of hij op dat moment daarmee beoogd heeft dat de rechtswetenschap zich zou vormen zoals deze zich de afgelopen 15 jaar gevormd heeft.

41 HR 20 juni 2008, NJ 2009, 21, m.nt. J.M.M. Maeijer & H.J. Snijders (*Willemsen/NOM*).

42 HR 5 september 2014, NJ 2015/21, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Hezemans/Tulip Air*) en HR 5 september 2014, NJ 2015/22, m.nt. P. van Schilfgaarde (*RCI/Kastrop*).

43 Vgl. W.J.M. van Veen, 'Ontwikkelingen jurisprudentie Hoge Raad ondernemingsrecht', *WPNR* 2016/7102, p. 265-282: "*Dat hiertoe een maatschappelijk belang is gediend, zoals de Hoge Raad stelt, is zeer de vraag.*"

44 L. Timmerman, 'Beginselen van bestuurdersaansprakelijkheid', in: Van Solinge e.a., *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied* (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 26 en Van Solinge e.a. in: Van Solinge e.a. 2017, p. 3.

45 Zie De Kluiver 2020, par. 3.1 en 3.4.

46 Zie hierover B.J. Drijber, 'Mededingingsrecht' in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'* (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, hfdst. 7, p. 125-136 en M.N. Slotboom, 'Sancties voor leidinggevend in het Nederlandse mededingingsrecht', *M&M* 2013/4.

belangen af te wegen (zie par. 3 hiervoor). Het 'bange bestuurders'-idee en de nadruk op het moeten kunnen nemen van risico's (of die nu gericht zijn op duurzaamheid of aandeelhouderswaarde), lijkt binnen het ondernemingsrecht de aandacht daarvan te hebben afgeleid. De eerdergenoemde maatschappelijke positie van de bestuurder en daaraan verbonden trustee-functie, bewakers- en bewaarnemersrol, die in de kern samenhangt met het stakeholdersmodel (zie par. 3 hiervoor), lijkt te veel uit het oog te zijn verloren.⁴⁷

Ik heb daarom meermaals kritiek geuit op de beschreven ontwikkeling en de ernstigverwijt-maatstaf die steunt op de pijler van het 'bange bestuurders'-idee.⁴⁸ Ook anderen hebben kritiek geuit,⁴⁹ zo ook een hoogleraar die overigens onderdeel uitmaakt van het collectief van de 25 hoogleraren: "Natuurlijk, de rechtspersoon is primair aanspreekpunt wanneer men met hem contracteert, maar dat zegt toch niets over bestuurdersfatsoen?"⁵⁰ De kritiek vindt in de wetenschap steeds meer weerklank⁵¹ en bij de behandeling van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht⁵² heeft de kritiek ook tot vragen van de Vaste Commissie voor Veiligheid en Justitie aan de minister geleid.⁵³ Het idee dat 'bange' bestuurders ondernemerschap in de weg staan, wordt inmiddels gelogenstraft door zowel de theorie⁵⁴ als de praktijk. Aan ondernemingsdrang ten behoeve van winst ontbreekt het

in de praktijk echt niet⁵⁵ en kennelijk vindt ook het collectief van 25 hoogleraren dat. Toch lijken sommigen (waaronder een voorttrekkende hoogleraar van het collectief van 25) het moeilijk te vinden bestaande rechtstheoretische concepten (zoals het 'bange bestuurders'-argument en de daaraan gekoppelde ernstigverwijt-maatstaf) los te laten. In reactie op kritiek worden deze concepten juist verdedigd⁵⁶ en recentelijk werd opnieuw het idee gewekt dat een hoge drempel voor aansprakelijkheid helpt om "(nog) bange(re) bestuurders te voorkomen".⁵⁷ In een (magere)⁵⁸ beantwoording van de voormelde vragen van de Vaste Commissie voor Veiligheid en Justitie refereerde ook de minister nog aan dit idee.⁵⁹ Dit terwijl risicovol gedrag en het nemen van onverantwoorde risico's door bestuurders juist mede ten grondslag heeft gelegen aan het betrokken wetsvoorstel, zoals vier van de 25 hoogleraren in 2014 ook nog constateerden.⁶⁰ De Hoge Raad heeft tot op heden evenmin een ander geluid laten horen. In plaats van te spreken van een onthechting tussen ondernemingen en samenleving, kan men in dit verband beter spreken van een onthechting tussen enerzijds de rechtswetenschap en anderzijds de (wet en) samenleving. Voor zover bewustwording bij bestuurders van hun taak en verantwoordelijkheid niet alleen te 'ondernemen voor winst', maar ook te 'besturen' nodig zou zijn, zou het dus goed zijn stil te staan bij de rol hierin van de (ondernemings)rechtswetenschap en rechtspraak zelf. 'Besturen' is op grond van *de wet* immers meer dan alleen ondernemen en winst maken.

5. 'Ondernemen en winst' niet meer centraal in open norm 'behoorlijk besturen'

Begrijp ik het goed dan vinden de 25 hoogleraren nu ook dat het ondernemingsrecht te ver is doorgeschoten in zijn focus op 'ondernemen en winst' en vinden ook zij dat 'besturen' meer dan dat alleen omvat. Dat is natuurlijk mooi want het lijkt er daarmee op dat zij enigszins terugkomen op de nadruk die de afgelopen jaren in de rechtswetenschap is gelegd op aandeelhouderswaarde en de focus op het voorkomen van 'bange bestuurders' die te defensief en weinig risicovol zouden besturen. Ik juich dat toe, maar het zou wel explicietter mogen, waarbij door mij en anderen geleverde kritiek serieus wordt genomen. De voorgestelde wetswijziging inhoudt

47 Het in de rechtswetenschap jarenlang 'gepropageerde' denken in aandeelhouderswaarde (vgl. De Kluiver 2020, par. 2.2) lijkt dat op zijn beurt weer te hebben versterkt.

48 Westenbroek diss. 2017; *Ondernemingsrecht* 2015/69, afl. 11; *Ondernemingsrecht* 2016/24, afl. 3; *RM Themis* 2016/4, p. 175-192; *Ondernemingsrecht* 2016/99, p. 487-489; *WPNR* 2017/7144, p. 276-286; *WPNR* 2018/7189, p. 302-308; *MvO* 2018/3.4; *O&F* 2018/3; *MvO* 2019/3.4; *Ondernemingsrecht* 2019/129; *TvOB* 2020-2.

49 F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid na Hezemans Air', in: B.J. Huizink e.a., *Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW en art. 6:162 BW*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 21-29; Van Veen 2016; A. Karapetian, 'Bestuurdersaansprakelijkheid na Van de Riet/Hoffmann: over hoe het is, hoe het was en zou moeten zijn', *WPNR* 2015/7052, p. 209-220; A. Karapetian, 'RCI Financial Services/Kastrop & mededelingsplichten van de bestuurder van een vennootschap: hoe het strafrecht ons een handje helpt', *TvI* 2015/51, afl. 6, p. 336 e.v.; M.L. Tuil, '(Geen) aansprakelijkheid bij onjuiste gegevensverschaffing bij zekerheidsverlening. Een rol voor 'dwalingsaansprakelijkheid' na Hoge Raad 5 augustus 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, *NJ* 2015/22 (RCI/X)?', *MvV* 2015, afl. 2.

50 S.M. Bartman, 'Anders dan het orakel van Delphi', *Ondernemingsrecht* 2014/143, afl. 17, p. 723.

51 T.R. Bleeker, 'De angst voor bange bestuurders ontrafeld', *NJB* 2020/2030, afl. 34, p. 2520 e.v.; D.A.M.H.W. Strik, 'Bestuurdersaansprakelijkheid – Wat kunnen de Belgen en de Nederlanders van elkaar leren?', in: De Wulf e.a. (red.), *Ondernemingsrecht in de Lage Landen* (IVOR nr. 117), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 1; A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* (diss. Groningen) (R&P nr. InsR11), Deventer: Wolters Kluwer 2019; A. Karapetian, 'Ernstig verwijt en selectieve betalingen', *MvO* 2019/8.2; J.M. van Dunné, *Aansprakelijkheid van de arbiter: 'bewuste roekeloosheid', 'ernstig verwijt' of 'bekwame arbiter' als maatstaf?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2019 (Cahier Privaatrecht), par. 4.4; R.P.J.L. Tjittes, 'Handelen in hoedanigheid', in: Assink e.a. 2017, hfdst. 26, p. 367-380; P. van Schilfgaarde, 'Van promotor tot promotus', in: Assink e.a. 2017, hfdst. 36, p. 486, 490 en 492.

52 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2.

53 *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 8, p. 1, 3 en 4; *Kamerstukken II* 2019/20, 34491, nr. 17, p. 3-4.

54 Bleeker 2020.

55 Getuige bijvoorbeeld de wijze waarop in private equity ten volle gebruik wordt gemaakt van de wettelijke grenzen om risicovol met het kapitaal van de onderneming om te gaan.

56 L. Timmerman in naschrift in *WPNR* 2018/7189 en L. Timmerman, 'Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Bespreking van het profschrift van A. Karapetian', *MvO* 2020/1.3.

57 Van Bekkum & Kreileman, 'Bestuurdersaansprakelijkheidsrechtspraak Kwantitatieve trends 2003-2017', *Ondernemingsrecht* 2019/61, met reactie van ondergetekende in *Ondernemingsrecht* 2019/129.

58 *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 9, p. 8-11, *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 11, p. 10 en *Kamerstukken II* 2019/20, 34491, nr. 17, p. 8.

59 *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 11, p. 10 waarin hij kritiek op de 'ernstig verwijt'-maatstaf ontwijkt met dit argument.

60 H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra & J.B. Wezeman, 'Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector', *RM Themis* 2014/4, p. 159. Zie hierover ook de voorbeelden genoemd in *Ondernemingsrecht* 2019/129, par. 4.

dende dat bestuurders moeten “zorgen dat de vennootschap aan het maatschappelijk verkeer deelneemt als een verantwoordelijke vennootschap”, acht ik echter onwenselijk en onnodig. Onwenselijk, omdat het voorstel ondernemingen en bestuurders ‘vogelvrij’ maakt voor incidentpolitiek en voor de grillen van wat het publiek op enig moment ‘verantwoordelijk’ vindt (anders dan de hoogleraren in het *FD* stellen, biedt het in mijn ogen ook geen concreter handvat dat kan worden getoetst bij de rechter). Onnodig, omdat de inhoud en ratio van reeds bestaande open normen (indachtig de kritiek op de ernstigverwijt-maatstaf en het ‘bange bestuurders’-idee) voldoende basis bieden om bestuurders en ondernemingen te houden aan hun verantwoordelijkheid. Met de voorgestelde wetswijziging wordt ten onrechte gesuggereerd dat dit niet al zo is en wordt een nieuwe open norm voorgesteld die moet worden ingevuld en waarover discussie kan ontstaan. Daar is niemand bij gebaat. Het Nederlandse ondernemingsrecht lijkt meer en meer te verworden tot een wetenschap die voor de niet-specialist nog nauwelijks te doorgronden is.⁶¹ Laten we het niet nog ingewikkelder maken met nieuwe open normen, maar laten we bestaande normen zo nodig verduidelijken in de rechtswetenschap en rechtspraak.

Overigens, voor zover het collectief bedoelt dat verdergaande normen nodig zijn op het gebied van verantwoord ondernemen, zou daar best wat voor te zeggen kunnen zijn. Die normen dienen uit het oogpunt van rechtszekerheid dan wel concreet te worden gemaakt en niet te worden geïncorporeerd in een ‘sociaal contract’ of in de algemene normstelling voor bestuurders in Boek 2 BW.⁶² Men zou dan kunnen denken aan sectorale regelgeving, al dan niet toegespitst op de omvang, omzet en/of winstgevendheid van een onderneming, op het gebied van bijvoorbeeld klimaat, milieu, dierenwelzijn, landbouw, werknemersbescherming en -beloning, kapitaalbescherming en dividendbeleid, private equity,⁶³ diversity, etc. Als wij in Nederland bijvoorbeeld een beter en gezonder milieu willen, meer balans in beloningsbeleid en meer balans tussen vreemd vermogen en eigen kapitaal bij (kleine, grote of beursgenoteerde?) ondernemingen, dient daarvoor concrete regelgeving te worden opgesteld. Daar heeft de wetgever een verantwoordelijkheid die niet naar de bestuurder verplaatst kan worden. Laat de rechtswetenschap zich dáárop richten. Voorbeelden van concretere normen zijn de Wet beloningsbeleid financiële ondernemingen uit 2016⁶⁴ en de zogenoemde Basel-

akkoorden op grond waarvan banken verplicht worden voldoende kapitaalbuffers aan te houden. Vergelijkbare wetgeving voor multinationals had de boosheid op Booking.com kunnen voorkomen. Van (grote en kleine) ondernemingen en hun bestuurders kan echter niet verwacht worden⁶⁵ dat zij een grotere niet specifiek omschreven ‘maatschappelijke verantwoordelijkheid’ dragen dan concrete regelgeving van hen verlangt. Dat is niet afdwingbaar en daarmee ook niet uitvoerbaar.

6. Slot

Wij hebben een goed uitgewerkt en doordacht rechtssysteem, ook waar het betreft de verantwoordelijkheid van vennootschappen en bestuurders. Het leidt ertoe dat wij een goed vestigingsklimaat hebben omdat ondernemingen weten waar ze aan toe zijn en niet onderworpen zijn aan willekeur of polariserende wij-zij-standpunten. Binnen het ondernemingsrecht wordt naar aanleiding van (door mij als ongelukkig omschreven)⁶⁶ tot stand gekomen rechtspraak echter al jaren gediscussieerd over de exacte normen die gelden voor bestuurders. Vaak is daarbij naar het buitenland gekeken, zoals naar Delaware.⁶⁷ Nu de wind (tijdelijk?) uit een andere hoek waait, wordt gekeken naar Frankrijk en zelfs Zuid-Afrika. Een wetswijziging naar de geest van ideeën in die landen zou de oplossing bieden. Daargelaten het feit dat een wetswijziging en uitkristallisering daarvan in de rechtspraak jaren zal duren, kunnen we het dichterbij huis zoeken. De open normen in huidige wetgeving bieden in combinatie met goeie sectorspecifieke regelgeving voldoende draagvlak om te bereiken wat de hoogleraren ogenschijnlijk willen bereiken met hun wetswijziging. Laat de rechterlijke macht bestaande wetgeving uitleggen en toepassen naar de ratio zoals deze bedoeld is. Dit zou het collectief van hoogleraren moeten aanspreken lijkt mij, want het is een snellere en zuiverdere manier om ondernemingen en bestuurders zo nodig bewuster te maken van hun verantwoordelijkheid. Speel niet in op onderbuikgevoelens, gebruik het bestaande rechtssysteem, laat de rechtspraak bestaande normen verhelderen en stel zo nodig sectorspecifieke regelgeving op. Dan kunnen bestuurders van ondernemingen ook beter beoordelen wat ‘goed’ en ‘fout’ is.

61 J. Fleming, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders: de juridische risico’s van ondernemen’, in: M. Lückerath-Rovers, B. Bier, H. van Ees e.a. (red.), *Jaarboek Corporate Governance 2014*, Deventer: Kluwer 2014, par. 6.1.

62 Om in de woorden van De Kluiver 2020, par. 5 te spreken, dit valt in de categorie “grote stappen, snel ver van huis”.

63 De Kluiver 2020, par. 2.4 constateerde bijvoorbeeld dat een van de 25 hoogleraren ervan uitging dat het voorstel zich met name richt tegen private-equityondernemers en/of hedgefondsen. Als de betrokken hoogleraar aanvullende sectorspecifieke regels op dat gebied wenselijk acht, zou het goed zijn als de rechtswetenschap daar concretere voorstellen voor doet.

64 Wet van 28 januari 2015, *Stb.* 2015, 45.

65 Het zijn overigens juist vaak bedrijven die bij gebreke van concrete Nederlandse wetgeving, het voortouw nemen op het gebied van innovatie, milieu en duurzaamheid.

66 Westenbroek diss. 2017, par. 4.4, 4.5 en 5.1 e.v.

67 G. van Solinge e.a., *Nederland, het Delaware van Europa?* (VDHI nr. 135), Deventer: Wolters Kluwer 2016.