Beginnelsen van behoorlijk ondernemingsbestuur : een onderzoek naar de juridische normering van het besturen van een onderneming

Citation for published version (APA):

van Leeuwen, B. H. A. (1990). *Beginnelsen van behoorlijk ondernemingsbestuur : een onderzoek naar de juridische normering van het besturen van een onderneming*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Rijksuniversiteit Limburg. <https://doi.org/10.26481/dis.19900920bl>

Document status and date:

Published: 01/01/1990

DOI:

[10.26481/dis.19900920bl](https://doi.org/10.26481/dis.19900920bl)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 26 Apr. 2023

**BEGINSELEN VAN
BEHOORLIJK
ONDERNEMINGSBESTUUR**

BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK ONDERNEMINGSBESTUUR

Een onderzoek naar de juridische normering
van het besturen van een onderneming

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Rijksuniversiteit Limburg te Maastricht,
op gezag van de Rector Magnificus, Prof. Dr. F.I.M. Bonke,
volgens het besluit van het College van Dekanen,
in het openbaar te verdedigen
op donderdag 20 september 1990 om 16.00 uur

door

Bernadette Henriëtte Antoinette van Leeuwen

Promotores:

Prof. mr. W.J. Slagter
Prof. mr. J.L.M. Elders

Beoordelings-commissie: Prof. mr. C.A. Schwarz (voorzitter)
Prof. mr. F.J.W. Löwensteyn
Prof. mr. A.Q.C. Tak

Vanaf deze plaats wil ik mijn beide promotores, Prof. mr. W.J. Slagter en Prof. mr. J.L.M. Elders, bedanken voor de deskundige en stimulerende begeleiding van het onderzoek. Ook vele anderen, die ik wegens ruimtegebrek niet allemaal kan noemen, en de sfeer binnen de juridische faculteit van de Rijksuniversiteit Limburg stimuleerden mij om door te gaan. Van mijn collega's aan de Rijksuniversiteit Limburg wil ik met name H.J. de Kluiver bedanken voor zijn waardevolle suggesties. Tenslotte ben ik dankbaar voor de steun die Marc Fierstra tijdens het onderzoek heeft geboden.

Van dit proefschrift is tevens een handelseditie verschenen in de serie Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen nr. 10, onder ISBN 90 268 2066 6.

© 1990, B.H.A. van Leeuwen Maastricht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotocopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1920 j°, het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Aan mijn ouders

Inhoudsopgave

Voorwoord

Inhoudsopgave

Afkortingen

HOOFDSTUK 1	INLEIDING	1
1.1	Voorwerp van onderzoek	1
1.2	Onderzoeksmethode	3
1.3	Besturen	5
1.4	Belangenafweging	6
1.5	Mede-besturen	9
1.6	Rechtsvergelijking	11
1.6.1	Duits recht	11
1.6.2	Engels recht	13
HOOFDSTUK 2	GRENZEN AAN DE BELEIDSVRIJHEID	17
2.1	Beleidsvrijheid; verbod van willekeur	17
2.2	Criteria voor marginale toetsing	20
2.2.1	Art. 2:11 BW	20
2.2.2	Art. 2:350/355 BW	21
2.2.3	Art. 26 WOR	24
	Voorlopige conclusie	29
2.3	Deelbelangen; beginsel van zorgvuldige belangenafweging	30
2.3.1	Belangen van verschaffers van het eigen vermogen	30
2.3.2	Werknemersbelangen	31
2.3.3	Concernbelang	34
2.3.4	Algemeen belang	35
2.3.5	Belangen van derden	36
	Voorlopige conclusie	36

2.4 Factoren	37
Conclusie	42

HOOFDSTUK 3 VERBOD VAN HANDELEN STRIJD MET WET EN STATUTEN 45

3.1 Nederlands recht	45
3.1.1 Art. 2:11 jo 13 BW	46
3.1.2 Enquête	49
3.1.3 Kennelijke onredelijkheid (art. 26 WOR)	51
3.1.4 Art. 1401 BW	53
3.1.5 Vergelijking met bestuursrecht	54
3.2 Duits recht	54
3.3 Engels recht	55
Conclusie	55

HOOFDSTUK 4 ZUIVERHEID VAN OOGMERK 57

4.1 Détournement de pouvoir	57
4.1.1 Emissie van aandelen om zeggenschapsredenen	60
4.1.2 Andere gevallen	63
4.1.3 Duits recht	65
4.1.4 Engels recht	66
Voorlopige conclusie	67
4.2 Tegenstrijdig belang Nederlands recht	67
4.2.1 Rechtshandelingen tussen bestuurder en vennootschap	69
4.2.2 Privégebruik van goederen en positie	73
4.3 Duits recht	77
4.3.1 Rechtshandelingen tussen bestuurder en vennootschap	77
4.3.2 Privégebruik van goederen en positie	77
4.4 Engels recht	78
4.4.1 Rechtshandelingen tussen bestuurder en vennootschap	78
4.4.2 Privégebruik van goederen en positie	79
Conclusie	79

HOOFDSTUK 5 ZORGVULDIGE VOORBEREIDING 81

5.1 Informatie verzamelen	84
5.1.1 Onderzoeksplicht van het bestuur	84
5.1.2 Aandeelhoudersvergadering	86
5.1.3 Raad van commissarissen	88
5.1.4 Ondernemingsraad	89
Voorlopige conclusie	93

5.2	Informatie verstrekken	93
5.2.1	Aandeelhoudersvergadering	95
5.2.2	Raad van commissarissen	99
5.2.3	Ondernemingsraad	102
5.2.3.1	Antwoordplicht	103
5.2.3.2	'Redelijkerwijs nodig hebben'	103
5.2.3.3	Taak van de ondernemingsraad	104
5.2.3.4	Belang van de onderneming	105
5.2.3.5	Geheimhouding	105
5.2.3.6	Niet alleen ter vergadering	106
5.2.3.7	Spontane informatieplicht	106
5.2.3.8	Kwaliteit van de informatie	107
5.2.3.9	Privacy	108
5.2.3.10	Tijdstip	108
5.2.3.11	In gebreke blijven	109
5.2.3.12	Europese voorstellen	109
5.2.3.13	Buitenlandse activiteiten	109
	Voorlopige conclusie	111
5.3	Overleg	113
5.3.1	Bestuur	113
5.3.2	Aandeelhoudersvergadering	114
5.3.3	Raad van commissarissen	117
5.3.4	Ondernemingsraad	118
	Voorlopige conclusie	121
5.4	Verbod van uitvoering	122
5.5	Zorgvuldige voorbereiding (Duits recht)	124
5.5.1	Bestuur	124
5.5.2	Aandeelhouders	124
5.5.3	Aufsichtsrat	126
5.5.4	Betriebsrat	126
5.6	Zorgvuldige voorbereiding (Engels recht)	127
5.6.1	Bestuursorgaan	127
5.6.2	Aandeelhoudersvergadering	129
5.6.3	Werknemersvertegenwoordigers	130
	Conclusie	130

HOOFDSTUK 6 VERANTWOORDINGSBEGINSEL 133

6.1	Verantwoordingsplicht	133
6.2	Motiveringsplicht	136
6.3	Duits recht	143
6.4	Engels recht	143
6.5	Het materiële motiveringsbeginsel	143
	Conclusie	146

HOOFDSTUK 7	VERTROUWENSBEGINSEL	149
7.1	Vertrouwensbeginsel	149
7.2	Toezegging	150
7.2.1	Wat is een toezegging?	151
7.2.2	Tegenover wie gedaan?	152
7.2.3	Mocht de adressaat vertrouwen?	152
7.2.4	Belangenafweging	153
7.2.5	Vertrouwen gewekt jegens andere organen	154
7.3	Afspraken met organen	155
7.4	Duits recht	158
7.5	Engels recht	159
	Conclusie	159
HOOFDSTUK 8	GELIJKHEIDSBEGINSEL	161
8.1	Gelijkheidsbeginsel	161
8.2	Gelijkheidsbeginsel in het ondernemingsrecht	162
8.3	Rechtspraak	165
8.4	Concernverhoudingen	167
8.5	Gelijke behandeling van anderen binnen de onderneming	168
8.6	Duits recht	168
8.7	Engels recht	169
	Conclusie	169
HOOFDSTUK 9	NIEUWE ONTWIKKELINGEN	171
9.1	Beheersing van de organisatie	171
9.2	Continuïteit van bestuur	172
HOOFDSTUK 10	SLOTBESCHOUWING	175
10.1	Karakter van de normen	175
10.2	Gevolgen voor de beleidsvrijheid	177
10.3	Materiële en formele normen	177
10.4	Verschillen in toepassing van de normen	178
10.5	De toezichtfunctie van een normenstelsel	178
10.6	Aansprakelijkheid van bestuurders	179
10.7	Elementaire beginselen	182
	<i>Samenvatting</i>	183
	<i>Summary</i>	191

<i>Zusammenfassung</i>	199
<i>Rechtspraakregister</i>	207
<i>Literatuurlijst</i>	217
<i>Trefwoordenregister</i>	227

Afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
AB	Administratief-rechtelijke Beslissingen
AG	<i>Aktiengesellschaft</i>
AktG	<i>Aktiengesetz</i>
All E.R.	All England Law Reports
ARBO-Wet	arbeidomstandighedenwet
ARRvS	Afdeling Rechtspraak van de Raad van State
art. (artt.)	artikel (-en)
	a.w.
	aangehaald werk
AWB	Algemene Wet Bestuursrecht
BCLC	Butterworth's Company Law Cases
Betr.VG	<i>Betriebsverfassungsgesetz</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetz Buch</i>
BGH	<i>BundesGerichtsHof</i>
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen</i>
Bijl. Hand. EK	Bijlage Handelingen Eerste Kamer
Bijl. Hand. TK	Bijlage Handelingen Tweede Kamer
BV	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk Wetboek
CA 1985	<i>Companies Act 1985</i>
CAO	Collectieve arbeidsovereenkomst
CRvB	Centrale Raad van Beroep
diss.	dissertatie
EG	Europese Gemeenschap
ff	<i>following</i>
GmBH	<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>
GmBHG	<i>GmBHGesetz</i>
GmBHR	<i>GmBH-Rundschau</i>
HR	Hoge Raad
HvJ NA	Hof van Justitie Nederlandse Antillen
jo.	juncto (in verbinding met)

KG	Rechtspraak van de Week, Kort Geding
KGK	KG-Kort
Ktr	kantonrechter
Losbl.	Losbladig
Min. van SoZaWe	Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Mon. NBW	Serie Monografieën NBW
MvT	Memorie van Toelichting
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
ng	niet gepubliceerd
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristen Blad
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
nr. (nrs.)	nummers (s)
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NV	Naamloze Vennootschap
NV	De Naamloze Vennootschap (tijdschrift)
OESO	Organisatie voor economische samenwerking en ontwikkeling
OK	Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam
par.	paragraaf
Pb	Publicatieblad der EG
Pres. Rb.	President van de arrondissementsRechtbank
R&R	Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie
RM	Rechtspraak Medezeggenschapsrecht
RMTh	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rn	<i>Randnummer</i>
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
ROR	Rechtspraak de Ondernemingsraad
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
s.	<i>section</i>
S&V	Stichting & Vereniging
SE	Societas Europeana
SER	Sociaal-Economische Raad
SR	Nederland tijdschrift voor sociaal recht
Stb.	Staatsblad
t.a.p.	Ter aangehaalde plaatse
TPR	Tijdschrift voor privaatrecht
TvO	Tijdschrift voor Openbaar Bestuur
TVVS	Maandblad voor ondernemingen en rechtspersonen
v	versus
v.	en volgende
VAR	Vereniging voor Administratief Recht

VEH	Vereniging voor Effectenhandel
vgl.	vergelijk
W	Weekblad voor het recht
WED	Wet Economische Delicten
Wet AROB	Wet Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen
WLR	Weekly Law Reports
WOR	Wet op de Ondernemingsraden
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvSr	Wetboek van strafrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht

Hoofdstuk 1

INLEIDING

1.1. Voorwerp van onderzoek

De wijze van besturen van een onderneming kan vanuit verschillende gezichtspunten worden beschouwd. Voor de individuele bestuurders is van belang te weten welke eisen aan hen worden gesteld in verband met hun rechtspositie en hoe groot de kans is dat zij in hun privé-vermogen aansprakelijk worden gesteld. Voor de aandeelhouders, de commissarissen en de ondernemingsraad is van belang te weten wat zij van het bestuur mogen verwachten. Ook de rechter ziet zich regelmatig voor de taak gesteld het ondernemingsbeleid te beoordelen.

De wet biedt aan de hierboven genoemde belanghebbenden weinig houvast omtrent hetgeen van het bestuur mag worden verwacht. Het BW en de Wet op de Ondernemingsraden noemen diverse concrete verplichtingen, maar er zijn ook normen die veel ruimte voor interpretatie overlaten (redelijkheid en billijkheid, wanbeleid, kennelijk onredelijk besluit, onbehoorlijke taakvervulling, kennelijk onbehoorlijk bestuur).

In dit onderzoek is getracht de inhoud van de bestuurstaak te omlijnen. Het bestuur van de onderneming staat hierbij centraal. Het gaat om de bestuurstaak (het besturen) van het bestuursorgaan van de vennootschap/onderneming, zonder dat (c.q. vóórdat) de aansprakelijkheid van de individuele bestuurders in het geding is.

Onderzocht wordt de vraag welke juridische normen de wetgever en de rechter hanteren ter beoordeling van de uitoefening van de bestuurstaak. Onderzocht wordt verder de vraag of en zo ja in hoeverre deze normen zijn aan te merken als beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. Hierbij heb ik mij laten inspireren door het bestuursrecht, waarin de indeling en vormgeving van algemene beginselen van behoorlijk (overheids)bestuur vergaand is ontwikkeld.

Het bestuur van de onderneming dient bij de uitoefening van de economische activiteiten van de onderneming velerlei juridische normen in acht te nemen. Het bestuur krijgt - als vertegenwoordiger van de rechtspersoon - te maken met contractenrecht, handelsrecht, mededingingsrecht, arbeidsrecht, fiscaal recht en bestuursrecht. De vraag is nu of er bijzondere juridische normen bestaan voor het besturen van een onderneming. Zijn er normen ten aanzien van het besturen van een onderne-

ming op zich, los van niet (specifiek) ondernemingsrechtelijke normen die van toepassing zijn op rechtshandelingen van de rechtspersoon?

Behalve het scheppen van duidelijkheid omtrent de juridische normen voor het besturen van ondernemingen kunnen deze normen ook een instrumentele functie hebben. Immers, nu wordt onderkend dat de ondernemer bepaalde belangen moet laten meewegen bij zijn besluitvorming, mag men verwachten dat de structuur van de onderneming en de besluitvorming daarbinnen zo zijn dat deze belangen ook tot uitdrukking kunnen komen. Het normenstelsel kan worden gezien als voorwaardenscheppend voor een inhoudelijk goed besluit; goed, omdat de betrokken belangen op een juiste wijze zijn afgewogen.

De rechterlijke controle kan bovendien een compensatie bieden voor het tanende toezicht van de aandeelhoudersvergadering. Door middel van controle aan de hand van beginselen kan de bestuurstaak meer gezag opleveren.¹

Een normenstelsel kan meer duidelijkheid scheppen over hetgeen van het bestuur wordt verwacht. De bestuurstaak wordt daardoor echter niet lichter. De normen bieden de rechter immers een duidelijk toetsingskader voor het beoordelen van de bestuurstaak. Dit toetsingskader kan ook worden gehanteerd door de aandeelhoudersvergadering, de raad van commissarissen en de ondernemingsraad.

Het onderzoek heeft ten eerste betrekking op de verplichtingen van het statutaire bestuur van enkelvoudige naamloze en besloten vennootschappen, die een onderneming drijven, ook als deze onderworpen zijn aan het (verzwakte) structuurregime. Ten tweede heeft het betrekking op de verplichtingen van de "ondernemer" in de zin van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR). In dit onderzoek wordt er van uit gegaan dat de ondernemer in de zin van de WOR een NV of BV is, zodat de verplichtingen op grond van de WOR rusten op het statutaire bestuur. In de praktijk vallen de begrippen ondernemer en vennootschap niet altijd samen.² Omdat de ondernemingsactiviteiten in dit onderzoek centraal staan, wordt hieronder echter niet gesproken van het bestuur van de vennootschap, maar van de *onderneming* en waar nodig van vennootschap/onderneming.

De keuze om bij dit onderzoek uit te gaan van NV's en BV's heeft niet tot gevolg dat de resultaten ongeschikt zijn voor toepassing op ondernemingen die niet in deze rechtsvorm worden gedreven. De aard van de rechtsvorm en de bijzondere wettelijke bepalingen die gelden voor de vereniging en de stichting kunnen er echter toe leiden dat de beginselen op een andere wijze moeten worden uitgewerkt.

Om praktische redenen worden slechts onderzocht de (ondernemingsrechtelijke) betrekkingen van het bestuur met organen van de onderneming: de aandeelhoudersvergadering, de raad van commissarissen en de

1. Mary Stokes, in: *Legal theory and common law*, ed. William Twining, Oxford 1986, blz. 155-183.
2. W.C.L. van der Grinten, NV 1982, blz. 84-86.

ondernemingsraad.³ Het is goed denkbaar dat een onderzoek naar behoorlijk ondernemingsbestuur ook de betrekkingen met externe financiers, overheid en vakbonden zou omvatten, omdat deze door middel van hun rechtsbetrekking met de onderneming een belangrijke invloed en controle op het ondernemingsbeleid kunnen uitoefenen. In de gekozen opzet wordt echter reeds een aanzienlijk gedeelte van het op het ondernemingsbestuur toepasselijke recht bestreken.

Naast de gedragingen van het bestuursorgaan zelf kunnen ook ondernemingsactiviteiten verricht door andere organen en personen binnen de onderneming worden toegerekend aan de onderneming. De problematiek van de toerekening komt echter niet aan de orde.⁴

1.2. Onderzoekmethode

Voor een onderzoek naar de wijze waarop het bestuur zijn taak moet vervullen moet eerst worden onderzocht welke verplichtingen het ondernemingsbestuur heeft (par. 1.3). Deze verplichtingen kunnen worden verklaard door deze te herleiden tot de daar achterliggende ideeën. Deze achterliggende ideeën legitimeren de rechtsregels die wij in de wet ten aanzien van de verplichtingen van het bestuur tegenkomen. De ideeën, die achter rechtsnormen liggen, oftewel de rechtsbeginselen, kunnen worden herkend aan hun onmiddellijke evidentie, hun kennelijke geldigheid voor het desbetreffende rechtsgebied. Algemene rechtsbeginselen hebben een kennelijke geldigheid voor het gehele rechtssysteem van een bepaald land over een zekere tijd.⁵ De algemene rechtsbeginselen zijn moeilijk los te zien van de ethiek. P. Scholten omschreef beginselen als tendensen die het zedelijk oordeel aan het recht stelt.⁶

De beginselen maken van het terrein waarop zij betrekking hebben, in ons geval het recht met betrekking tot het ondernemingsbestuur, een meer geïntegreerd geheel⁷, hoewel zij zelf geen systematisch geheel behoeven te vormen; soms zijn de beginselen in tegenspraak met elkaar. Zo kunnen het vertrouwensbeginsel en het wetmatigheidsbeginsel in bepaalde gevallen tot verschillende conclusies leiden. De praktische meerwaarde

3. De ondernemingsraad wordt in dit onderzoek gerekend tot de 'organen' waarmee het bestuur heeft te maken. Naar de heersende opvatting is de ondernemingsraad geen orgaan van de rechtspersoon. Wel wordt door sommigen verdedigd dat de ondernemingsraad in ieder geval kan worden beschouwd als een orgaan van de onderneming: Slagter 1990, blz. 345; Van Schilfgaarde 1988, blz. 23.
4. Zie bijv. civielrechtelijke toerekening: HR 18 februari 1966, NJ 1966, 208; HR 3 november 1982, NJ 1983, 510; Hof 's-Hertogenbosch 10 december 1985, NJ 1986, 787; OK 8 oktober 1987, NJ 1989, 270 (Van der Klis BV); strafrechtelijke toerekening: HR 16 juni 1981, NJ 1981, 586; HR 7 februari 1984, NJ 1984, 527; HR 21 oktober 1986, NJ 1987, 362.
5. Asser/Scholten, blz. 62-64; De Waard, diss. 1987, blz. 56v.; E.M.H. Hirsch Ballin, R&R 1982, blz. 105-111; J.L.M. Elders, R&R 1987, blz. 88.
6. Asser/Scholten, blz. 63.
7. Elders, rede 1983, blz. 23 en R&R 1987, blz. 90; R.J. Jue, Notabeleid en recht, diss. Deventer 1982, blz. 100.

van beginselen is dat zij in gevallen waarin de wet onvoldoende houvast geeft een interpretatie-mogelijkheid bieden.⁸ Dit is op het terrein van het ondernemingsrecht nuttig bij de interpretatie van begrippen als redelijkheid en billijkheid, gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, wanbeleid en onrechtmatigheid. Ook zijn de beginselen van belang bij de aansprakelijkstelling van individuele bestuurders voor onbehoorlijke taakvervulling.

In dit onderzoek is - na een onderzoek van de wettelijke verplichtingen die op het bestuur rusten - de rechtspraak onderzocht op de artt. 11⁹ (2:15 lid 1 sub b NBW), 350, 355 BW en art. 26 WOR en art. 1401 BW (6:162 NBW). Getracht is deze verplichtingen te herleiden tot enkele gemeenschappelijke noemers, dat wil zeggen, beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur.

De rechtsgrond voor de gelding van beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur is art. 7 BW (art. 2:8 NBW).¹⁰ Deze bepaling eist dat zij die deel uitmaken van een orgaan van een rechtspersoon zich jegens elkaar gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en de billijkheid wordt gevorderd. Deze verplichtingen rusten naar mijn mening ook op het orgaan zelf. Eenzelfde goede-trouwnorm geldt in de betrekking tussen ondernemer en ondernemingsraad.¹¹

Bij het herleiden van de verplichtingen tot daar achterliggende ideeën is inspiratie opgedaan vanuit de beginselen van behoorlijk bestuur uit het bestuursrecht. Beide groepen beginselen zijn echter niet goed vergelijkbaar, omdat het bestuur van de overheid en dat van de onderneming wezenlijke verschillen vertonen.

Ten eerste verschilt het bestuurde object: burgers enerzijds, georganiseerde economische activiteiten (de onderneming) anderzijds. Het bestuursrecht regelt de betrekkingen tussen overheid en afzonderlijke individuen. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur strekken vooral ter bescherming van de burger.¹² Het ondernemingsrecht daarentegen is gericht op samenwerking met de organen binnen de onderneming, als instrument ter bereiking van het economisch doel van de onderneming. De beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur hebben mijns inziens een belangrijke functie ten aanzien van de begrenzing van de beleidsvrijheid van het ondernemingsbestuur.

8. De Waard, diss 1987, blz. 59v.; W. van Gerven en J.C.M. Leijten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle 1981, blz. 4.

9. In het vervolg van dit onderzoek wordt verwezen naar wetsartikelen uit Boek 2 BW, tenzij uit de context anders blijkt.

10. Art. 7 legt een verplichting van goede trouw op de leden van een orgaan, maar geldt voor alle betrekkingen binnen de civielrechtelijke rechtspersoon. Asser/Van der Grinten, nr. 46; Den Tonkelaar 1988, blz. 20.

11. OK 26 november 1987, NJ 1989, 271 (IKON), waarin als basis art. 7 BW wordt genoemd. Deze grondslag is omstreden. Zie hierna.

12. Over de functies van deze beginselen: Nicolai, diss. 1990, blz. 139v.; over de rechtsbeschermende functie van het bestuursrecht in het algemeen: J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn 1989, m.n. blz. 215v.

Ten tweede verschilt hun beider richtsnoer: het algemeen belang aan de zijde van de overheid, het ondernemingsbelang aan de zijde van de onderneming. Het algemeen belang omvat méér en andersoortige belangen dan het verzamelbegrip ondernemingsbelang.¹³ Het algemeen belang rechtvaardigt een verdergaande rechterlijke toetsing.¹⁴ Van der Hoeven acht zelfs een minder marginale toetsing van overheidshandelen dan van ondernemingsbeleid op haar plaats.¹⁵ De dienende functie ten opzichte van de burgers die hieruit voortvloeit voor het overheidsbestuur is wezenlijk anders dan de functie die het ondernemingsbestuur heeft ten opzichte van de onderneming en van de organen van de onderneming. Bij de bespreking van de vraag of de bevoegdheidsuitoefening door het overheidsbestuur vergelijkbaar is met de bevoegdheidsuitoefening in het privaatrecht wordt mijns inziens onvoldoende gelet op de bijzondere positie die het bestuur van een rechtspersoon inneemt.¹⁶ De bevoegdheidsuitoefening door het ondernemingsbestuur verschilt van een particuliere bevoegdheidsuitoefening doordat het ondernemingsbestuur slechts functionele bevoegdheden heeft: het bestuur oefent de bevoegdheid van de rechtspersoon uit, geen eigen bevoegdheden. Ook moet het ondernemingsbestuur, evenals het overheidsbestuur, met verschillende belangen rekening houden. In beide opzichten is het ondernemingsbestuur vergelijkbaar met het overheidsbestuur.

Gebruikmaking van de verworvenheden van het bestuursrecht met betrekking tot begrippen als willekeur en marginale toetsing is mijns inziens verantwoord, omdat het in beide gevallen gaat om rechtsnormen uit dezelfde rechtsorde.¹⁷

1.3. Besturen

De grondslag van de bestuursbevoegdheid is art. 129 (239) BW waarin wordt bepaald dat besturen de taak is van het bestuur; er staat niet in wat de bestuurstaak omvat. In samenhang met art. 107 (217) BW kan worden gesteld dat deze bestuurstaak inhoudt de leiding van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming (vgl. art. 140 (250) BW). Dit heeft zowel betrekking op het dagelijks bestuur van de vennootschap als op de voorbereiding en uitvoering van het beleid.¹⁸ Daarnaast kent de wet (met

13. Vgl. J. van der Hoeven, RMTh 1985, blz. 287.

14. E.J. Dommering, Algemene belangen in het burgerlijk recht, 7-A Mon. NBW, Deventer 1982, blz. 64.

15. Vgl. J. van der Hoeven, RMTh 1985, blz. 288.

16. E.M.H. Hirsch Ballin, R&R 1982, blz. 109v. en R&R 1984, blz. 177v.; W. Duk, RMTh 1988, blz. 156; J. van der Hoeven, RMTh 1985, blz. 287v, besteedt hieraan wel aandacht.

17. A.R. Bloembergen, WPNR 5372-5375 (1977); H.C.F. Schoordijk, Bestuursrecht en privaatrecht, een interne rechtsvergelijking, rede, Deventer 1984; A.R. Bloembergen en D.A. Lubach, WPNR 5885 (1988) (m.n. blz. 449); Van Gerven 1983.

18. Handboek nr. 231; Van Schilfgaarde 1988, blz. 115v.; Slagter 1990, blz. 256v.; Huizink diss. 1989, blz. 15v.; Löwensteyn diss. 1959, blz. 113v.

name in Boek 2 BW en in de WOR) specifieke verplichtingen voor het bestuur.

In de praktijk is het bestuur meestal met de volgende taken belast: het nemen van strategische beslissingen inzake onderzoek, produktontwikkeling, produktie, marketing etc., het voorbereiden en (doen) uitvoeren van het beleid, beheren van het ondernemingsvermogen, het doen van (des-) investeringen, het opzetten en instandhouden van een interne organisatie, het voeren van personeelsbeleid en het samenwerken met of deelnemen in andere ondernemingen. Daarnaast is het bestuur de belangrijkste vertegenwoordiger van de vennootschap, zowel in als buiten rechte (art. 130 (240) BW). Tenslotte is het bestuur verplicht om onder meer door middel van de jaarrekening verantwoording af te leggen jegens organen in de vennootschap/onderneming.

Hoe zelfstandig is het bestuur bij de uitoefening van zijn taak? Heeft het bestuur instructies te dulden? Hoewel de meningen over de voorwaarden waaronder het instructierecht mag bestaan uiteenlopen, bestaat een zekere mate van consensus omtrent de geoorloofdheid van de bevoegdheid om het bestuur (van een enkelvoudige vennootschap) instructies te geven, mits deze statutair is vastgelegd en zij niet verder gaat dan de algemene lijnen van het te voeren financiële, economische en sociale beleid.¹⁹ In concernverhoudingen acht men zelfs een statutaire grondslag niet vereist en kunnen de instructies verder gaan dan de algemene lijnen van het te voeren beleid²⁰ mits zij de bestuursbevoegdheid niet geheel uithollen.²¹ Bij deze opvatting omtrent het instructierecht zou ik mij willen aansluiten. Daarmee wil ik niet de ogen sluiten voor de dogmatische problemen die erkenning van het instructierecht met zich kan brengen²² maar ik meen dat het recht zich tot op zekere hoogte moet voegen naar de realiteit van concernverhoudingen, waarin beïnvloeding van het beleid van de dochtermaatschappijen door middel van aanwijzingen of instructies noodzakelijk kan zijn. Het instructierecht dient mijns inziens wel samen te gaan met een grotere mate van aansprakelijkheid van de aandeelhouder/moeder-vennootschap, indien de dochter niet aan haar verplichtingen kan voldoen. Meer macht behoort ook meer verplichtingen met zich te brengen.²³

1.4. Belangenafweging

Het bestuur dient zijn taak uit te oefenen in het belang 'van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming' (vgl. art. 140 (250)BW).²⁴

19. Par. 9 Departementale Richtlijnen 1986; Van Schilfgaarde 1988, blz. 118-119; Handboek, nr. 231. In gelijke zin: A.G. van Solinge, in: Goed & Trouw, 1984, blz. 255-266.

20. Handboek, nr. 231; Van Schilfgaarde 1988, blz. 118.

21. Slagter 1990, blz. 257-447; Bartman 1986, blz. 34.

22. Löwensteyn, diss. 1959, blz. 57v.; Pitlo/Löwensteyn 1986, blz. 277-281.

23. Zie nader over deze problematiek o.m.: Handboek, nr. 88 en Slagter 1988-II, m.n. blz. 96-99; Bartman 1986, blz. 18 en 35 en m.n. par. 8.3.2; Van Achterberg, diss. 1989, blz. 85-121.

24. HR 1 april 1949, NJ 1949, 465 (Doetinchemse IJzergieterij); Maeijer rede 1964, blz. 11; ook in rede 1988, blz. 1-8, m.n. blz. 3.

Het bestuur bepaalt in eerste instantie zelf welke beleidsbeslissing door dat belang wordt gevorderd. Het beschikt daartoe over beleidsvrijheid.

Volgens Maeijer²⁵ is het vennootschappelijk belang het belang dat de vennootschap heeft bij haar eigen gezonde bestaan, uitgroei en voortbestaan, met het oog op het door haar te bereiken doel. Het uiteindelijke doel van de vennootschap is het behalen van winst, die in beginsel aan de aandeelhouders toekomt. De opvatting van Slagter omtrent het vennootschappelijk belang is hiermede verwant: het vennootschappelijk belang wordt zijns inziens bepaald door het vennootschappelijk doel, dat door hem wordt omschreven als continuïteit op lange termijn.²⁶ Mendel²⁷ verstaat onder het vennootschappelijk belang het belang bij een zo voorspoedig mogelijke continuïteit. Continuïteit van de onderneming werd reeds door de Commissie Verdam als de eerste zorg van de bestuurders gezien.²⁸

Van der Grinten vertolkt de zogenaamde resultante-opvatting.²⁹ Deze opvatting houdt in dat het vennootschappelijk belang de resultante is van de afweging van de belangen van de bij de vennootschap betrokkenen. Wat het vennootschappelijk belang vereist kan van geval tot geval verschillen, al naar gelang de omstandigheden. Bij deze visie sluit de opvatting van Van Schilfgaarde aan. Hij vindt dat het vennootschappelijk belang slechts op aanvaardbare wijze kan worden bepaald als de in aanmerking komende deelbelangen van aandeelhouders en werknemers op korte en lange termijn worden afgewogen.³⁰

Mijns inziens dient men een onderscheid te maken tussen vennootschappelijk belang (of vennootschapsbelang) enerzijds en ondernemingsbelang anderzijds. De uitdrukking vennootschappelijk belang is verwarrend omdat zij verwijst naar de vennootschap als zodanig. Er zou verwarring kunnen ontstaan met het begrip belang van de vennootschap, zoals dat door Slagter wordt onderkend. Dit begrip slaat op het eigen belang van de vennootschap als rechtssubject. In plaats van vennootschappelijk belang zou men beter het begrip ondernemingsbelang kunnen hanteren als richtsnoer voor het bestuur, omdat dat beter aangeeft dat het bestuur primair moet ondernemen, de onderneming moet leiden. Dat het bestuur de vennootschap bestuurt is secundair: de vennootschap is als rechtsvorm slechts een vehikel voor de onderneming. Het begrip vennootschapsbelang zou gereserveerd kunnen worden voor het belang van een goed functioneren van de rechtspersoon, zoals een besluitvormingsstructuur, waarbij de verschillende belangen van de vennootschap tot hun recht kunnen komen en voor de wijze waarop de bevoegdheden zijn verdeeld.³¹ De beantwoording van de vraag of het bestuur heeft gehandeld in het vennootschapsbe-

25. Maeijer, rede 1964 blz. 6; idem rede 1988, blz. 2; Handboek, nr. 231; Slagter 1990, blz. 12v.

26. Slagter 1990, blz. 13.

27. Mendel, rede 1989, blz. 13v.

28. Commissie Verdam, blz. 14; zie ook Samsom, diss. 1967 blz. 88.

29. Handboek nr. 231.

30. Van Schilfgaarde 1988, blz. 24v.

31. Pres. Rb. Rotterdam 25 april 1984, KG 138, welke uitspraak mijns inziens onjuist is, omdat de President zelf de bevoegdheidsverdeling tussen OR en COR had moeten interpreteren.

lang kan door de rechter volledig worden getoetst, omdat het behartigen van dat belang niet tot de vrije beleidsruimte van het bestuur kan worden gerekend.³²

De twee genoemde groepen opvattingen omtrent het ondernemingsbelang staan mijns inziens niet tegenover elkaar. De continuïteitsleer en de resultante-opvatting geven ieder vanuit een eigen invalshoek weer hoe het bestuur moet handelen: de één als doel, de ander als middel. Zij zijn mijns inziens onder te brengen in één omschrijving van het ondernemingsbelang. De afweging van de verschillende soms tegenstrijdige belangen van de betrokkenen dient te geschieden op een wijze die ten goede komt aan de continuïteit van de onderneming. Soms kan deze afweging met het oog op dit doel een zodanige rationalisering van de produktie (kostenbesparing) meebrengen dat personeel moet worden ontslagen; soms mag het bestuur oordelen dat het ondernemingsbelang een onverplichte afvloeiingsmaatregel vereist die ten koste gaat van de jaarwinst. Maar ook kan het ondernemingsbelang soms met zich brengen dat de onderneming wordt geliquideerd, om de schulden niet hoger op te laten lopen. De belangen van schuldeisers geven dan de doorslag.

De bepaling van hetgeen het ondernemingsbelang in een bepaald geval met zich brengt is, zoals gezegd, in eerste instantie een taak van het ondernemingsbestuur.

In tweede instantie kan de omschrijving van wat in het concrete geval door het ondernemingsbelang wordt vereist, worden bepaald door de aandeelhoudersvergadering en indien aanwezig door de raad van commissarissen. Deze organen hebben de bevoegdheid te beoordelen of het bestuur het ondernemingsbelang op een juiste wijze heeft opgevat. Zij mogen hun eigen opvatting van hetgeen het ondernemingsbelang in een concreet geval vereist voor die van het bestuur in de plaats zetten. Met andere woorden, zij hebben de bevoegdheid om zowel de rechtmatigheid als de doelmatigheid van het bestuurshandelen te beoordelen. Dit zal in par. 1.5 nader worden toegelicht.

In derde instantie kan de wijze waarop het bestuur het ondernemingsbelang heeft opgevat door de rechter worden getoetst, op instigatie van bepaalde belanghebbenden (minderheidsaandeelhouder, commissaris, bestuurder, ondernemingsraad en het Openbaar Ministerie). De rechter heeft hierbij slechts de bevoegdheid het handelen op rechtmatigheid te toetsen. Dit betekent dat de rechter niet zijn oordeel over hetgeen in een concreet geval het ondernemingsbelang vereist in de plaats stelt van dat van het bestuur. De rechter beoordeelt of het bestuur zich aan de rechtsregels heeft gehouden en of het in redelijkheid tot het gewraakte oordeel omtrent het ondernemingsbelang heeft kunnen komen. Eerst als de rechter meent dat het bestuur niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen is een rechtsnorm geschonden (het verbod van willekeur) en is er

32. Dit wordt afgeleid uit HR 30 oktober 1964, NJ 1965, 107 (Mante): J.M.M. Maeijer, NV 1965, blz. 153-156, 169-171; genuanceerd: Van Schilfgaarde 1988, blz. 222. Een andere opvatting blijkt eveneens uit de kort geding-uitspraak in de vorige noot.

ruimte voor de eventueel verzochte maatregelen.³³ Zie hierover nader Hoofdstuk 2.

1.5. Mede-besturen

Veelvuldig is het ondernemingsbestuur op grond van wet en statuten en ongeschreven recht gehouden andere organen te betrekken bij de uitvoering van de bestuurstaak. Het moet aan andere organen melding maken van plannen, gegevens verstrekken, verantwoording afleggen over gevoerd beleid en advies of goedkeuring vragen over te voeren beleid.

De betrokkenheid van deze organen (hierna ook te noemen: de medebesturende taak) kan plaatsvinden op verschillende momenten: vooraf bij de beleidsvoorbereiding en achteraf bij de beleidsverantwoording. Het moment waarop het orgaan moet worden ingeschakeld heeft onder meer gevolgen voor de interpretatie en de inhoud van de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. Welke informatie moet worden verstrekt verschilt bijvoorbeeld naar gelang de gegevens zijn bedoeld voor de advisering over een voorgenomen besluit of in verband met de goedkeuring van de jaarrekening. De specifieke taak van een orgaan kan voorts van invloed zijn op de vraag of bijvoorbeeld een motiveringsverplichting of een ongeschreven verplichting tot het vragen van goedkeuring bestaat.

Alvorens over te gaan tot een onderzoek naar beginselen van ondernemingsbestuur wordt daarom een overzicht gegeven van de voornaamste bevoegdheden van de organen in de onderneming met betrekking tot de bestuurstaak.

Afgezien van de eigen bevoegdheden (zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid tot statutenwijziging en in een gewone vennootschap, de benoeming en het ontslag van bestuurders) speelt de aandeelhoudersvergadering naar Nederlands recht een grotere rol bij de verantwoording van het gevoerde beleid dan bij de beleidsvoorbereiding. De wet noemt nauwelijks gevallen waarin het bestuur de aandeelhoudersvergadering vooraf om goedkeuring moet vragen.³⁴ De bevoegdheden in de medebesturende sfeer die het vennootschapsrecht aan deze vergadering toekent zijn meer geschikt om te bereiken dat verantwoording wordt afgelegd van het gevoerde beleid dan om het te voeren beleid te beïnvloeden: men denke aan informatierechten, vergaderrechten, enquête-recht, bevoegdheid om bestuurders te benoemen en te ontslaan, decharge te verlenen, de statuten te wijzigen, de jaarrekening vast te stellen, besluiten te vernietigen of de vennootschap te ontbinden. Dit toezicht strekt zich uit over zowel de doelmatigheid als de rechtmatigheid van het bestuursbeleid. De aandeelhoudersvergadering mag (bijvoorbeeld bij de gebruikmaking van haar bevoegdheden om de bestuurders te ontslaan) haar oordeel geven over

33. Borst, 1962 blz. 379; W.C.L. van der Grinten, in: *Op de grenzen van komend recht*, 1969, blz. 109-123; S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *NJB* 1985, blz. 669-675.

34. Een niet geheel zuiver voorbeeld biedt art. 136 (246) BW, dat bepaalt dat het bestuur niet zonder opdracht van de algemene vergadering een aangifte tot faillietverklaring te doen.

zowel de rechtmatigheid als de doelmatigheid van het gevoerde beleid: als zij van mening is dat het bestuur meer winst had kunnen behalen is zij gerechtigd om de bestuurder(s) te ontslaan (art. 134 (244) BW). De uitoefening van deze bevoegdheid kan op zichzelf overigens door de rechter op rechtmatigheid worden beoordeeld. Men kan zich afvragen of dit toezicht van de aandeelhoudersvergadering zich uitstrekt over het gehele terrein van het bestuur. Gebruikmaking van haar bevoegdheid informatie te vragen over details komt mijns inziens in strijd met de redelijkheid en billijkheid die (leden van) organen jegens elkaar in acht moeten nemen.³⁵ Door de bevoegdheid om de bestuursgestie zowel op rechtmatigheid als op doelmatigheid te beoordelen kan het bestuur grotendeels worden gecontroleerd. Het bestuur trekt ten opzichte van de aandeelhoudersvergadering op den duur aan het kortste eind.³⁶ De effectiviteit van het toezicht van de aandeelhoudersvergadering is echter beperkt. De realiteit is dat het bestuur beschikt over deskundigheid en gegevens. Ook is de positie van de bestuurders veelal veiliggesteld door oligarchische constructies.

Aan de raad van commissarissen zijn twee taken toegekend die beide ongeveer even zwaar wegen, namelijk het houden van toezicht (bij de beleidsverantwoording) en het geven van advies (bij de beleidsvoorbereiding). Bij een gewone vennootschap kunnen in de statuten aan de raad van commissarissen goedkeuringsbevoegdheden zijn toegekend. Een instructierecht van de raad van commissarissen is naar Nederlands recht nagenoeg onbekend, maar mijns inziens niet ontoelaatbaar, zolang de zelfstandigheid van het bestuur niet in gevaar komt.³⁷

Het door de raad van commissarissen uitgeoefende toezicht heeft zowel op de rechtmatigheid als op de doelmatigheid betrekking.³⁸ De raad mag een oordeel vellen over de vraag of het besluit, waarover zijn goedkeuring wordt gevraagd, het best denkbare is ter bereiking van het door het bestuur geformuleerde doel. De raad van commissarissen mag ook een eigen oordeel vellen over het doel van de onderneming. De grondslag voor deze ruime controle-bevoegdheid is mijns inziens de verantwoordelijkheid die de raad mede draagt voor het gevoerde beleid.³⁹ Het toezicht van de commissarissen dient zich wel te beperken tot de grote lijnen van het

35. Handboek nr. 203.1 ontzegt aandeelhouders inzage in de boekhouding.

36. Ondanks HR 31 januari 1955, NJ 1959, 43 (Forum bank); Van Schilfgaarde 1988, blz. 157. Indien en voorzover wordt erkend dat een instructierecht bestaat is gebruikmaking daarvan mijns inziens de meest vergaande vorm van doelmatigheidstoetsing. De afa stelt haar oordeel in de plaats van dat van het bestuur. Het is echter niet zo dat het volledige toezicht een rechtvaardiging of de grondslag vormt van een instructierecht.

37. Löwensteyn, diss. 1959, blz. 68 noemt een dergelijk instructierecht ontoelaatbaar; Handboek, nr. 231 acht het toelaatbaar indien dit statutair is vastgelegd. Voor een voorbeeld: Pres. Rb Dordrecht 28 april 1988, KG 228 en OK 25 augustus 1988, NJ 1989, 308 (Corocor).

38. Anders: L. Prakke, AA 1966, blz. 279-280; H.P.J. Ophof, in Tot Vermaak Van Slagter, 1988, blz. 189-196. Als hier, ten aanzien van commissarissen, Maeijer rede 1964, blz. 12-13.

39. Handboek, nr. 275 duidt de raad van commissarissen aan als medebesturende instantie van de vennootschap: "Hij pleegt intern - naar de algemene vergadering - en extern het bestuur te dekken."

bestuurshandelen; het dagelijks bestuur kan in beginsel naar inzicht van het bestuur geschieden (art. 7 BW).

Het zwaartepunt van de taak van de ondernemingsraad ligt bij de beleidsvoorbereiding: door het advies- en daaraan verbonden beroepsrecht is de ondernemingsraad vooral in staat om het te voeren sociaal-economische beleid te beïnvloeden. Voor de beleidsverantwoording is de ondernemingsraad uitgerust met een informatierecht. Het is onzeker of de ondernemingsraad of een vertegenwoordiger daarvan vernietiging van besluiten kan verzoeken op grond van art. 11 BW.⁴⁰ Het enquêterecht kan op grond van art. 346 sub c BW aan de ondernemingsraad zijn toegekend. De aard van het toezicht door de ondernemingsraad is mijns inziens volledig op een beperkt terrein, begrensd door art. 25 WOR. Deze controle is echter van beperkte betekenis omdat zij alleen via een rechter (in feite op rechtmatigheid) kan worden uitgeoefend.

Als op een NV of BV het volledige structuurregime van toepassing is vindt er, voornamelijk ten gunste van de raad van commissarissen, een verschuiving plaats van de bevoegdheden ten aanzien van de bestuurs-taak. De commissarissen krijgen dan meer instrumenten ter beïnvloeding van het te voeren beleid (met name goedkeuringsbevoegdheden, art. 164 (274) BW). Ook neemt de zwaarte van de taak van de raad van commissarissen ten aanzien van de beleidsverantwoording toe, omdat benoeming en ontslag van bestuurders en vaststelling van de jaarrekening tot diens competentie behoren.

De aandeelhoudersvergadering houdt het recht op goedkeuring van de jaarrekening, het recht op decharge en het adviesrecht inzake ontslag van bestuurders. Voor de ondernemingsraad betekent het structuurregime een versterking van zowel de invloed op de beleidsvoorbereiding als de beleidsverantwoording omdat hij een geclausuleerd vetorecht heeft ten aanzien van de benoeming van commissarissen.

Onder het verzwakte regime behoudt de aandeelhoudersvergadering rechten ten aanzien van de benoeming en ontslag van bestuurders en ten aanzien van de jaarrekening (art. 155 (265) BW).

1.6. Rechtsvergelijking

1.6.1. Duits recht

De Duitse Aktiengesellschaft (AG) is vergelijkbaar met de Nederlandse NV. De AG kent tenminste drie organen: de aandeelhoudersvergadering

40. Van Schilfgaarde 1988, blz. 217 noemt de OR niet, de individuele werknemer wel als mogelijke belanghebbende. Zo ook J.H.F.J. Cremers, in Van vennootschappelijk belang, 1988, blz. 36. Uitdrukkelijke twijfel bij W.L. Haardt, in Van vennootschappelijk belang, 1988, blz. 67. Sanders/Westbroek 1988, blz. 392 vinden dat de OR wel belanghebbende in de zin van art. 11 kan zijn. In kort-gedingen terzake is de OR enige keren ontvankelijk verklaard: Pres. Rb. Roermond 4 februari 1986, NJ 1987, 93 en Pres. Rb. Haarlem 19 februari 1988, KG 133 (De Heel).

(Hauptversammlung), het bestuur (Vorstand) en de raad van commissarissen (Aufsichtsrat).

Het zwaartepunt van de medebesturende bevoegdheden van de aandeelhoudersvergadering in een AG ten aanzien van de bestuurstaak ligt evenals bij de Nederlandse NV en BV op beleidscontroleerend gebied: zij heeft onder meer informatierechten, vergaderrechten, het recht om de vertrouwenskwestie te stellen tegenover een bestuurder (§84 lid 3) en het recht om kwijting te verlenen. De voor de beleidsvoorbereiding en -controle belangrijke bevoegdheid om bestuurders te benoemen en te ontslaan moeten de aandeelhouders in de AG ontberen. Het AktG kent geen goedkeurings- of adviesrechten voor de aandeelhoudersvergadering maar uit de Holzmüller-zaak⁴¹ wordt afgeleid dat het bestuur in bepaalde gevallen goedkeuring moet vragen.⁴² Deze zaak betrof de overdracht van een belangrijk gedeelte uit de activa van de vennootschap aan een 100%-dochter van die vennootschap. De minderheidsaandeelhouder klaagde hierover. Het BGH overwoog:

Bei schwerwiegenden Eingriffen in die Rechte und Interessen der Aktionäre, wie z.B. der Ausgliederung eines Betriebs der den wertvollsten Teil des Gesellschaftsvermögens bildet, auf eine dazu gegründete Tochtergesellschaft, kann der Vorstand ausnahmsweise nicht nur berechtigt sondern auch verpflichtet sein, gemäß §119 AktG eine Entscheidung der Hauptversammlung einzuberufen.

In §119 AktG staan de eigen bevoegdheden van de aandeelhoudersvergadering opgesomd, waaronder de bevoegdheid tot statutenwijziging, zodat de aandeelhouders op die wijzen de gewenste beïnvloeding kunnen uitoefenen. De aandeelhoudersvergadering heeft - concernverhoudingen buiten beschouwing gelaten - geen instructierecht.

De raad van commissarissen (Aufsichtsrat) is een verplicht orgaan van de AG. Hij heeft zowel een taak ten aanzien van de beleidsvoorbereiding als ten aanzien van de beleidsverantwoording. Gezien het wettelijk instrumentarium en gelet op de tekst van §111 lid 1 („die Geschäftsführung zu überwachen“) is de taak ten aanzien van de verantwoording de belangrijkste. De *Aufsichtsrat* heeft het recht bestuurders te benoemen en te ontslaan en om in bijzondere gevallen de AG te vertegenwoordigen. Het goedkeuringsrecht kan worden toegekend in de statuten of kan bij reglement worden opgeëist door de *Aufsichtsrat* zelf (§111 lid 4). Als deze goedkeuring weigert kan de aandeelhoudersvergadering vervangende goedkeuring verlenen.

In een GmbH wordt de bevoegdhedenverdeling tussen bestuur (de Geschäftsführer) en aandeelhouders in beginsel overgelaten aan de statuten, maar §46 GmbHG bepaalt dat bepaalde daarin genoemde besluiten door de aandeelhoudersvergadering moeten worden genomen. De aandeelhouders in de GmbH hebben aldus de mogelijkheid zichzelf een be-

41. BGHZ 83, 122 (Holzmüller) (25 februari 1982, NJW 1982, blz. blz. 1703-1708).

42. Zo: MünchHdB AG Wiesner §19, nr. 14; Klaus Peter Martens ZHR 1983, blz. 377-428, m.n. 380v; anders: Schmidt, blz. 662, 663.

langrijke rol toe te kennen bij de beleidsvoorbereiding. Bovendien beschikken zij over het recht bindende instructies aan het bestuur te geven.

In de medezeggenschap van werknemers is op drie wijzen voorzien: *Betriebsrat*, *Aufsichtsrat* en *Arbeitsdirektor*. De *Betriebsrat* als werknemersvertegenwoordiging heeft voornamelijk taken op het gebied van het arbeidsrecht. Dit zou men kunnen aanduiden met medezeggenschap over de wijze waarop de ondernemingsbesluiten moeten worden uitgevoerd. Medezeggenschap over bijvoorbeeld de vraag of er maatregelen moeten worden genomen en zo ja, welke, is een taak van de werknemersvertegenwoordigers in de *Aufsichtsrat*. Timmerman⁴³ toont de zwakheden van dit recht aan. Daarnaast kan een *Arbeitsdirektor* op bestuursniveau invloed uitoefenen (§33 MitbestG.). Deel uitmakend van het vennootschapsbestuur heeft deze functionaris een speciale taak met betrekking tot personele en sociale aangelegenheden.

Voor al door de twee laatstgenoemde constructies blijft de wijze waarop de medezeggenschap binnen de Duitse onderneming plaatsvindt een interne kwestie,⁴⁴ waarbij voor de rechter geen rol is weggelegd.

Het richtsnoer voor het bestuur van een Duitse vennootschap is het ondernemingsbelang (*Unternehmensinteresse*).⁴⁵ Het ondernemingsbelang bestaat naar Duits recht volgens de meeste schrijvers uit de belangen van de aandeelhouders, de werknemers, de crediteuren en het algemeen belang (§396 AktG en §62 GmbHG).⁴⁶

1.6.2. Engels recht

Naar Engels recht heeft het bestuur geen eigen wettelijk gewaarborgde bevoegdheid.⁴⁷ Het stelsel van bevoegdheidsverdeling dat het facultatieve Table A⁴⁸ voor zowel de *public* als de *private company* kent, verleent het bestuur alle bevoegdheid die niet bij wet of statuten aan anderen is toegekend. De aandeelhoudersvergadering is in ieder geval bevoegd tot het benoemen van bestuurders, het wijzigen van de statuten en kapitaalsveranderingen. Zij beschikt echter niet over een instructierecht.⁴⁹ Dit wijst enerzijds op een zelfstandige bestuursbevoegdheid. Wat betreft de medebesturende bevoegdheden kent de Companies Act relatief veel goedkeurings- en machtigingsbevoegdheden toe aan de aandeelhoudersvergadering.

43. Timmerman, diss. 1988, blz. 37-38.

44. Mertens, §119 aant. 25-27.

45. Wiedemann, blz. 625; Mertens §76, Rn 5v.; Kölner Kommentar (Zöllner) Einl. Rn. 129-136.

46. Schmidt, blz. 614; Götz Hueck, blz. 172-173; Jürgenmeyer, blz. 60-66. §241 sub 3 AktG; Wiedemann, blz. 357-655; Mertens, §70, Rn. 5, die een verband met §14 lid 2 Grundgesetz, inzake Sozialpflicht, legt; Großfeld, blz. 158-159.

47. Pennington, blz. 523.

48. Table A is een model statuut voor Engelse NV's en BV's, dat de oprichters geheel of gedeeltelijk van toepassing kunnen verklaren. De Table is opgenomen als een uitvoeringsmaatregel van de Companies Act 1985.

49. Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. Ltd. v. Cuninghame [1906] 2 Ch. 34. Oorspronkelijk bestond dit recht wel: Mary Stokes, a.w. noot 1, blz. 160-161.

ring, hetgeen anderzijds duidt op een niet onbelangrijke taak bij de beleidsvoorbereiding. In geval van een overname biedt de *City Code on Take-overs and Mergers* uitgebreide informatie- en goedkeuringsverplichtingen. In veel gevallen is aan de aandeelhoudersvergadering de bevoegdheid toegekend om onrechtmatige handelingen (*breach of duty*) van de bestuurders achteraf goed te keuren bij gekwalificeerde meerderheid.⁵⁰

Een *supervisory board* is in het Engelse recht een verschijnsel van ondergeschikt belang. Men zou de niet-beherende bestuursleden met commissarissen kunnen vergelijken.⁵¹ Medezeggenschap van werknemers (*Employment Protection Act 1975*) is van geringe betekenis. Er zijn daarin enige informatierechten toegekend en er bestaat een consultatierecht van de vakbonden in geval van voorgenomen ontslag van meer dan 100 werknemers.

In vergelijking met Nederlandse vennootschappen heeft het bestuur van de Engelse vennootschap, zowel de *public* als de *private limited company*, indien althans Table A van toepassing is, meer bevoegdheden omdat de restbevoegdheden bij het bestuur berusten en niet - zoals in Nederland - bij de aandeelhoudersvergadering en omdat een onafhankelijk toezichthoudend orgaan ontbreekt. Daar staat tegenover dat er veel gevallen zijn waarin goedkeuring of machtiging aan de aandeelhouders moet worden gevraagd.

De houding van het bestuur ten opzichte van het vennootschappelijk belang wordt in het Engelse recht aangeduid met *bona fides for the benefit of the company as a whole*. Het belang van alle aandeelhouders is daarbij dominant, ook dat van de toekomstige aandeelhouders.⁵²

Tot voor kort was er daarnaast geen oog voor eventuele belangen van werknemers of schuldeisers. Zo werd het bestuur van het Savoy Hotel in een onderzoek door het Department of Trade and Industry (op grond van het huidige s. 432ff CA) verweten de belangen van de werkgelegenheid en het Britse belang bij hotels met een 'dollar earning capacity' te hebben laten prevaleren bij hun afweer van een overname.⁵³ Zo ook in de zaak *Parke v Daily News Ltd.*⁵⁴ De werknemers ontvingen na een overname uit de overnamesom een bedrag aan pensioenvoorzieningen. Plowman J overwoog: "the defendants were prompted by motives which, however laudable, and however enlightened from the point of view of industrial relations, were such as the law does not recognise as sufficient justification." Sinds 1980 staat in het tegenwoordige s. 309 lid 1 CA 1985 dat de bestuurders bij de uitoefening van hun taak mede de belangen van de werknemers moeten betrekken. Deze verplichting geldt voor de vennootschap. In

50. Bijv. *Bamford v. Bamford* [1968] 3 WLR 317; [1968] 2 All ER 655 (Ch.).

51. Vgl. de regelingen voor de raad van commissarissen en de niet-beherende bestuursleden in het ontwerp vijfde EG-Richtlijn en het Statuut SE.

52. Gower, 1979, blz. 578.

53. Report of Inspector, 1954, H.M.S.O. (Savoy), gedeeltelijk weergegeven in Hahlo's cases and materials on company law, London 1987, blz. 390.

54. [1962] Ch. 927, [1962] 2 All E.R. 929.

beginsel kan alleen deze een actie instellen.⁵⁵ De aandeelhouders kunnen alleen in bepaalde gevallen, zoals bij doeloverschrijding en in geval van *fraud on a minority* via een zgn. *derivative suit* een actie ten behoeve van de vennootschap instellen.⁵⁶ Een werknemer kan alleen als hij tevens aandeelhouder is naleving van de geschonden verplichting vorderen. In de Ebrahimi-zaak⁵⁷ is uitgemaakt dat een aandeelhouder alleen in *deze hoedanigheid* naleving op grond van de huidige s. 459 CA 1985 kon vorderen; mr. Ebrahimi vorderde volgens de rechter naleving in zijn hoedanigheid van bestuurder. Het is nog onzeker of deze uitspraak inmiddels achterhaald is.⁵⁸

De belangen van de schuldeisers zijn niet in s. 309 CA terechtgekomen. Soms wordt in de rechtspraak voorzichtig gerefereerd aan hun belangen.⁵⁹

Uiteindelijk zullen bij de bepaling van hetgeen het ondernemingsbelang naar Engels recht inhoudt de belangen van de (huidige en toekomstige) aandeelhouders de doorslag geven, omdat, waar de wet daartoe niet uitdrukkelijk verplicht (zoals in s. 214 Insolvency Act 1986), een te grote nadruk op andere belangen strijd met de fiduciaire verplichtingen van het bestuur tegenover de aandeelhouders oplevert.⁶⁰

Voor een vergelijking met de Nederlandse normen voor behoorlijk ondernemingsbestuur biedt het stelsel van *fiduciary duties* en *duties of care and skill* een belangrijke bron van inspiratie. Vooral de eerstgenoemde normen komen wat betreft het ondernemingsrecht onder meer tot uitdrukking in de rechtspraak ter bescherming van minderheidsaandeelhouders (*fraud on a minority, unfairly prejudicial conduct* (s. 459 CA 1985) en bepalingen inzake *wrongful trading* (s. 214 Insolvency Act 1986)). Hierbij dient te worden aangetekend dat niet iedere schending van een fiduciary duty grond voor een *derivative suit* kan zijn, namelijk kortgezegd niet als de schending kan worden gedekt door een besluit van de aandeelhoudersvergadering. Minder ernstige *breaches of trust*, zoals de verplichting om het persoonlijke en het zakelijke belang gescheiden te houden en de *breach of the duty of care and skill* kunnen door de algemene vergadering worden gedekt. Een *derivative suit* staat wel open als de wet is overtreden, als *ultra vires* is gehandeld en als de bestuurders in strijd met de *duty of good faith* hebben gehandeld.

Door de veelal principiële verschillen in de structuur van het ondernemingsrecht is het moeilijk om het recht van de Bondsrepubliek en Groot-Brittannië te vergelijken met de Nederlandse situatie. Het Engelse recht

55. *Foss v Harbottle* (1843) 2 Ha. 461.

56. Zie: A.J. Boyle, *Director's fiduciary duties: the continuing problem of effective enforcement*, Deventer 1988, waarin wordt betoogd dat de toegang tot de rechter voor een *derivative suit* moeilijker wordt.

57. *Ebrahimi v. Westbourne Galleries Ltd.* [1973] AC 360; [1972] 2 All E.R. 492 (H.L.).

58. Voorzichtig bevestigend: Ruth Redmond Cooper, *The Company Lawyer*, 1988, blz. 171-172.

59. *Lonrho Ltd. and another* [1980] 1 WLR 627 at 634; met een beroep op s. 214 Insolvency Act 1986: Christopher Ryan, *Company Directors*, Bicester, 1987, par. 319.

60. Boyle and Sykes, in *Gore-Browne on Companies*, 44th Edition, par. 27.4; Gower 1979, suppl. 1987, blz. 63

verschilt op het punt van het ondernemingsbelang van het Nederlandse en Duitse recht: de Engelse vennootschap is er primair voor de aandeelhouders. De Nederlandse en Duitse wetgevers trachten binnen de vennootschap de belangen van een ruimere kring te doen behartigen.

Het Duitse recht verschilt van het Nederlandse en Engelse recht omdat het beleid van een Duitse onderneming nauwelijks door een rechterlijke instantie kan worden beoordeeld: toezicht vindt voornamelijk intern plaats door de raad van commissarissen en de aandeelhoudersvergadering; extern toezicht vindt plaats met het oog op aansprakelijkheid van bestuurders.

Het rechtsvergelijkende gedeelte kan zich in het kader van dit onderzoek niet uitstrekken tot de vraag of er Duitse, respectievelijk Engelse equivalenten van de Nederlandse beginselen bestaan. Voor het kunnen maken van een dergelijke vergelijking is een jarenlange grondige bestudering van het desbetreffende rechtstelsel noodzakelijk. Met betrekking tot het Duitse en Engelse recht is voornamelijk onderzocht of zich dezelfde problemen voordoen als in het Nederlandse ondernemingsrecht en op welke wijze daarin is voorzien.

Hoofdstuk 2

GRENZEN AAN DE BELEIDSVRIJHEID

In dit onderzoek moet de beleidsvrijheid van het ondernemingsbestuur als een gegeven worden beschouwd. Deze vrijheid staat centraal bij de beoordeling van het door het bestuur gevoerde beleid. Aan deze vrijheid wordt in paragraaf 2.1 in algemene termen aandacht besteed. Daarbij wordt globaal de grens van deze vrijheid geschetst. Ook wordt het onderscheid tussen de norm die de rechter dient te hanteren en de norm die zich tot het bestuur richt aangeduid.

In paragraaf 2.2 wordt onderzocht welke criteria de rechter hanteert bij de toetsing van beleid. In paragraaf 2.3 wordt onderzocht welke belangen het ondernemingsbestuur in zijn afweging dient te betrekken en wordt getracht te achterhalen op welke wijze deze afweging dient plaats te vinden. In paragraaf 2.4 onderzoek ik welke factoren een rol spelen bij de rechterlijke toetsing van het beleid.

2.1. Beleidsvrijheid; verbod van willekeur

Het bestuur komt bij de uitoefening van zijn taak beleidsvrijheid toe. Het bestuur is krachtens zijn aanstelling gemachtigd om binnen de grenzen van zijn bevoegdheid de onderneming te besturen. Het bestuur heeft deze vrijheid nodig, omdat het met de belangen van de verschillende betrokkenen onder zeer (snel) wisselende omstandigheden rekening moet houden. Regulering van de belangenafweging, door de aandeelhoudersvergadering, in de statuten of in de wet is gezien de aard van deze bestuurstaak niet alleen niet wenselijk, maar ook onmogelijk.¹ Als ik Borst goed begrijp bedoelt hij dit met "de noodzaak der vrije beleidsvoering."²

Er is een ruimte waarbinnen het bestuur talloze keuzen kan maken zonder dat rechtsnormen worden overtreden. Daarbij heeft het ook de bevoegdheid om *niet* te handelen. Hierbij passen twee kanttekeningen.

Ten eerste is de vrijheid van het bestuursorgaan beperkt tegenover de aandeelhoudersvergadering en de raad van commissarissen. Deze orga-

1. L. Prakke spreekt in verband met de vage normen in het bestuursrecht van "noodgedwongen niet voltooide normstelling", AA 1966, blz. 278-288, m.n. blz. 283.
2. Borst 1969 blz. 26; F.J.W. Löwensteyn, in Goed & Trouw, 1984, blz. 127-139; Ktr. Zevenbergen 23 december 1975, RM 1971-1981, nr 50.

nen mogen, ook als het bestuur geen rechtsnorm heeft overtreden, gebruik maken van hun bevoegdheden (decharge onthouden, ontslaan etc.).

Ten tweede zijn er algemene grenzen aan deze vrijheid: bevoegdheden eindigen waar de uitoefening daarvan in strijd komt met wettelijke of statutaire bepalingen of met ongeschreven rechtsregels, zoals algemene of bijzondere rechtsbeginselen of waar de uitoefening ontaardt in willekeur of misbruik van recht. Aan rechtsregels wordt volledig getoetst (rechtmatigheidscontrole). De tweede eis, die aan bevoegdheidsuitoefening wordt gesteld is dat behoorlijkheidsgrenzen niet worden overschreden, een verbod van willekeur of misbruik van recht (art. 3.1.1.14, 3:13 lid 2 derde gedeelte NBW). Er is in het ondernemingsrecht sprake van willekeur indien geen redelijk handelende vennootschap tot het gewraakte besluit heeft kunnen komen.³

De behoorlijkheidsgrens verwijst naar het ethische gehalte van het recht, hetgeen Borst ertoe bracht marginale toetsing te omschrijven als "toetsing aan rechtsbeginselen".⁴ De ondernemingskamer gaat op een dergelijke wijze te werk bij de beoordeling van de vraag of sprake is van wanbeleid: het college vraagt zich daarbij af of in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap is gehandeld. 'Marginale toetsing' is de geëigende term als het gaat om de beperkte rechterlijke controle van een speciale vrijheid (zowel bestuursrechtelijke als privaatrechtelijke vrijheid).⁵ Dat het begrip marginale toetsing ook van toepassing is op privaatrechtelijke verhoudingen en daarom ook op het besturen van ondernemingen wordt algemeen aanvaard, zoals onder meer blijkt uit de geschriften van Löwensteyn, Samsom, Wiarda, Van der Grinten, Van Gerven, en In 't Veld/Koeman.⁶ Onder marginale toetsing versta ik de houding van de rechter ten opzichte van de in het kader van het beleid gemaakte *belangenafweging*; deze houding blijkt uit het door de rechter gehanteerde criterium.

De strekking van marginale toetsing wordt ook wel uitgedrukt door aan te geven op welke aspecten van het gevoerde beleid wordt getoetst, waarbij rechtmatigheid en doelmatigheid tegenover elkaar worden gesteld. De rechter moet iedere aan hem voorgelegde situatie, dus ook het ondernemingsbeleid, integraal beoordelen op rechtmatigheid, namelijk op de vraag of voldaan is aan de geldende rechtsnormen. Daaronder worden begrepen wet, statuten en algemene en bijzondere rechtsbeginselen. Zo kan het ondernemingsbeleid bijvoorbeeld volledig worden getoetst aan de norm van onrechtmatigheid (art. 1401 BW; 6:162 NBW) als dat de grond-

3. Vgl. HR 21 mei 1943, NJ 1943, 484 (Tweede Koedoe); HR 11 januari 1963, NJ 1964, 433 (RCMA); Hof Arnhem 24 december 1963, NJ 1964, 232 (Ariëns/Waalsteenfabriek).

4. Borst 1969, blz. 25v.; Asser/Scholten, blz. 62, waarin beginselen worden omschreven als 'ethische tendenzen'.

5. Borst 1969, blz. 25-26; W. Duk, RMTh 1988, blz. 158.

6. Löwensteyn, diss. 1959 blz. 158; Samsom diss. 1967, blz. 80; Wiarda, 1988, hoofdstuk 11; W.C.L. van der Grinten, in: Op de grenzen van komend recht, 1969, blz. 109-123; Van Gerven 1983, blz. 6v.; In 't Veld/Koeman, blz. 50-52.

slag van de vordering is. Er is geen beleidsvrijheid om een onrechtmatige daad te plegen.

De rechter mag echter niet zijn oordeel omtrent de doel/middel verhouding voor die van het ondernemingsbestuur in de plaats zetten, of de gemaakte belangenafweging vervangen door een eigen belangenafweging.⁷ Over beleid is immers geen eenduidig juiste beslissing te geven. De rechter mag niet op de stoel van de ondernemer gaan zitten.

Uit het voorgaande volgt dat de rechter bij de beoordeling van bestuurs-handelingen aan de open normen zoals goede trouw en wanbeleid niet altijd marginaal toetst.⁸ Deze open normen zijn rechtsnormen, zodat de rechter daaraan volledig moet toetsen. Alleen de gemaakte belangenafweging wordt marginaal beoordeeld.

Het uitgangspunt van dit onderzoek, de *rechterlijke* toetsing van beleid, heeft consequenties ten aanzien van de reikwijdte van de te formuleren resultaten. Immers, datgene wat uit het rechterlijk oordeel kan worden afgeleid over de door het bestuur gemaakte beleidskeuze is beperkt. Wat de rechter vindt van een belangenafweging, gemaakt in het kader van belangrijke ondernemingsbesluiten, zoals een emissie ter afweer van een vijandige overname, bedrijfssluiting of reorganisatie, is niet in het algemeen te zeggen. Dit vloeit voort uit de door de rechter gehanteerde maatstaven als "niet onredelijk is...", of "niet onaannemelijk is...". Deze 'negatieve' benadering onderstreept meer de marginaliteit van de toetsing dan dat daaruit mag worden afgeleid dat het gevoerde beleid 'redelijk' is.

Dit betekent overigens niet dat het bestuur bij de uitoefening van zijn taak zou mogen volstaan met een "niet kennelijk onbehoorlijk" beleid. Voor hem geldt de norm van redelijkheid en billijkheid genoemd in art. 7 BW (2:8 NBW)⁹, alleen verbindt de rechter aan overtreding daarvan niet direct consequenties. Dat geschiedt eerst als een rechtsnorm is overtreden, of meer in het bijzonder, het willekeurverbod is overtreden (in welk geval de gemaakte belangenafweging kennelijk onredelijk is).

Voor het overheidsbestuur ligt dit enigszins anders. Daarvoor geldt op grond van de rechtspraak en literatuur¹⁰, die is samengevat in ontwerp art. 3.2.3 lid 2 Algemene Wet Bestuursrecht, voor de te maken belangenafweging de eis van evenredigheid: "De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhou-

7. Marginale toetsing vindt volgens Wiarda (1988, hoofdstuk 11) niet slechts plaats indien beleid wordt voorgelegd, waaraan een belangenafweging ten grondslag ligt, tot welke afweging het orgaan bevoegd is, maar ook in andere, moeilijk onder een noemer te vatten gevallen, (blz. 128). De rechter moet zijns inziens wel een goede reden hebben om in een concreet geval marginaal te toetsen.
8. J. van der Hoeven, RMTh 1985, blz. 288. Enigszins anders bijv. Wiarda, 1988, blz. 122, die zich beroept op de hierna te bespreken BATCO-beschikking, OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71. Zie ook Löwensteyn, a.w. noot 2, m.n. blz. 131 bovenaan.
9. Rechtspersonen (Van Schilfgaarde) aant. 1 ad art. 7.
10. Duk/Loeb/Nicolaï, 1981, blz. 124 e.v.; Bijl. Hand TK 21 221, nr. 3, blz. 69; Nicolaï, diss. 1990, blz. 182-183.

ding tot de met het besluit te dienen doelen." Dit is overigens evenmin een norm die de rechter mag hanteren als hij tot een oordeel wordt geroepen.

Naar Duits recht speelt de beleidsvrijheid een andere rol, omdat het beleid van de onderneming niet afzonderlijk aan het rechterlijk oordeel kan worden onderworpen, maar slechts in verband met de gevolgen van onbehoorlijk bestuur voor de bestuurders persoonlijk aan de orde kan komen. Daarom leest men bij Duitse schrijvers dat de grens van de ondernemingsvrijheid (unternehmerisches Freiraum, freies Ermessen) daar ligt, waar de zorgvuldigheidsplicht van §93 AktG wordt geschonden.¹¹

Naar Engels recht wordt de beleidsvrijheid (de *discretionary power*) begrensd door de fiduciaire verplichtingen¹²; met name zijn hier van belang de verplichtingen van uitoefening van een bevoegdheid voor een *proper purpose*¹³ en de verplichting om in *good faith*¹⁴ te handelen.

2.2. Criteria voor marginale toetsing

2.2.1. Art. 2:11 BW

De norm van de goede trouw genoemd in art. 11 eerste lid sub c BW geldt (op grond van art. 13) voor besluiten van alle organen van de rechtspersoon (art. 2:15 lid 1 sub b NBW). Deze objectieve goede trouw is synoniem met redelijkheid en billijkheid.¹⁵ In beginsel worden besluiten volledig getoetst aan deze norm, dat wil zeggen dat de rechter zijn oordeel omtrent de redelijkheid en billijkheid in de plaats stelt van het oordeel van het besluitvormende orgaan.

Niettemin dient de rechter zich van een oordeel te onthouden voorzover sprake is van beleidsvrijheid. Dan is eerst in strijd met de goede trouw gehandeld als *geen redelijk handelende vennootschap* tot die beslissing had kunnen komen. Aldus is door de HR beslist in het Tweede Koedoe-arrest inzake een besluit van de aandeelhoudersvergadering tot vaststelling van de winst, in het RCMA arrest inzake emissie van bonus-aandelen en door Hof Arnhem in Ariëns/Waalsteenfabriek.¹⁶ Marginale toetsing vindt plaats als gebruik wordt gemaakt van een speciale vrijheid om verschillende belangen af te wegen. Om die reden acht ik geen of althans een minder terughoudende toetsing op haar plaats indien de rechter naleving van procedurele normen onderzoekt. In het Mante-arrest stelt de rechter

11. Mertens §76, Rn 7; m.b.t. ontslag: MünchHdB, Wiesner §19, nr. 15-16; Wiedemann, blz. 345; Großfeld, blz. 124.

12. Charlesworth's blz. 396.

13. Howard Smith v Ampol Petroleum Ltd. [1974] 1 All E.R. 1126 (P.C.).

14. Re Smith and Fawcett Ltd. [1942] Ch. 304; [1942] 1 All E.R. 542 (C.A.).

15. Van Schilfgaarde 1988, blz. 220; J.M.M. Maeijer in Goed & Trouw blz. 32; afwijkend: Pitlo/Löwensteyn, 1986, blz. 89.

16. HR 21 mei 1943, NJ 1943, 484 (Tweede Koedoe); HR 11 januari 1963, NJ 1964, 433 (RCMA); Hof Arnhem 24 december 1963, NJ 1964, 232 (Ariëns/Waalsteenfabriek). Zie ook m.b.t. willekeurgrens: HR 18 juni 1982, NJ 1983, 200 (De Vries/Elderveld).

zijn oordeel over de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van de gevolgde procedure in de plaats van dat van het bestuur, hetgeen mijns inziens volledige toetsing inhoudt.¹⁷

Men kan zich afvragen of de rechterlijke terughoudendheid verschilt naar gelang het gaat om een bestuursbesluit of een besluit van de aandeelhoudersvergadering.¹⁸ Een fundamenteel verschil tussen de bevoegdheidsuitoefening door de aandeelhoudersvergadering enerzijds en het bestuur anderzijds was lange tijd en is wellicht nog steeds het belang dat zij dienen: de aandeelhouders mogen bij het uitbrengen van hun stem het eigen belang dienen, het bestuur moet het belang van de vennootschap/onderneming dienen.¹⁹ Dit standpunt brengt mijns inziens mee dat ook de aandeelhoudersvergadering een eigen belang mag nastreven. Van Schilfgaarde is van mening dat deze opvatting achterhaald is.²⁰ Een aandeelhouder dient zijn stemrecht te gebruiken onder afweging van alle betrokken belangen, zij het dat bij deze belangenafweging zijn belang een gewichtige rol mag spelen. Eerder schreef Van Schilfgaarde²¹ dat de aandeelhoudersvergadering, voorzover zij zich daadwerkelijk bemoeit met de leiding van de onderneming, aan even strikte normen gebonden is als het bestuur. In ieder geval zijn zij beide aan art. 7 BW gebonden. Dit standpunt leidt er mijns inziens toe dat wel nog verschil bestaat ten aanzien van de belangen die de respectievelijke organen mogen/moeten dienen, maar dat dit verschil in de laatstgenoemde opvatting geringer is. Indien een orgaan de belangen van anderen mede bij zijn besluitvorming moet betrekken rechtvaardigt dit een verdergaande toetsing.

Ook kan de mate van marginaliteit van toetsing afhangen van de omstandigheid dat het een vennootschap betreft waarvan de bestuurder tevens enig aandeelhouder is. Eerder gaf ik aan dat procedurele verzui- men minder marginaal worden getoetst.²²

2.2.2. Art. 2:350/355 BW

Bij de beantwoording van de vraag of er *gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen*²³, zodat eventueel een enquête kan worden gelast

17. HR 30 oktober 1964, NJ 1965, 107 (Mante); J.M.M. Maeijer, NV 1965, blz. 153-156, 169-171; Van der Ploeg, diss. 1978 blz. 100; HVJ NA in HR 21 juni 1985, NJ 1985, 838 (Febeco).
18. In het RCMA en Ariëns/Waalsteenfabriek-arrest worden dezelfde criteria gehanteerd om marginaal te toetsen, terwijl de besluiten van verschillende organen afkomstig zijn.
19. HR 30 juni 1944, NJ 1944, 465 (Wennex); HR 13 november 1959, NJ 1960, 472 (Distilleerderij Melchers); Handboek nr. 217.1.; Slagter 1990, blz. 100.
20. Van Schilfgaarde 1988, blz. 168; zie ook J.L.P. Cahen, in: Honderd jaar rechtsleven, 1970, blz. 71-84.
21. P. van Schilfgaarde, NJB 1980, blz. 49.
22. Van Schilfgaarde 1988, blz. 222 meent dat de mate van marginaliteit afhankelijk van de omstandigheden kan verschillen.
23. De wettekst zou eigenlijk moeten luiden: *gegronde redenen om aan de juistheid van het beleid te twijfelen*. Ik volg hierna echter de wettekst.

(art. 350 BW), wordt het gevoerde beleid met behulp van verschillende criteria beoordeeld. In de uitspraken wordt - indien het om beoordeling van beleidsvrijheid gaat - soms uitgegaan van het "niet-onredelijk"²⁴ zijn van het besluit of het beleid of van het "niet onverantwoord" of "geenszins overdreven"²⁵ daarvan zijn. Hierbij moet worden bedacht dat de rechter (i.e. de ondernemingskamer) moet beoordelen of er zodanige feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen dat een gerede kans bestaat dat bij nader onderzoek blijkt van onjuist beleid.²⁶ Behalve marginale toetsing van het beleid vindt hierbij mijns inziens tevens een bewijsrechtelijke vorm van beperkte toetsing plaats.²⁷ In een enkel geval is wel de norm gehanteerd dat voor gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen dan slechts plaats is indien *een ander alternatief kennelijk de voorkeur zou hebben verdiend*, maar dit is een uitzondering.²⁸

Recent treft men in het kader van de eerste fase van de enquête-procedure de uitgangspuntentoetsing van het beleid aan. Als de uitgangspunten (bijvoorbeeld prognoses, verwachtingen omtrent afzetgegevens en conjuncturele ontwikkelingen van het beleid) deugen, is er geen reden om aan het beleid te twijfelen. Omdat niet het beleid zelf wordt getoetst kan deze vorm van toetsing *indirecte toetsing* worden genoemd. Een goed voorbeeld hiervan levert de Ford-beschikking.²⁹

Ten aanzien van de bedrijfseconomische aspecten formuleert de ondernemingskamer zijn oordeel als volgt.

Bij zijn beschouwing van het geschilpunt tussen partijen of de voorgestelde alternatieven tot herstel van de rentabiliteit van de produktieafdeling (...) kunnen leiden, stelt de ondernemingskamer voorop dat het (doen) opstellen van prognoses tot de taken van de ondernemingsleiding behoort. Prognoses dienen immers aan de ondernemingsleiding de uitgangspunten te verschaffen waarop zij haar beleid voor de toekomst baseert. In de onderhavige (art. 350, BvL) procedure (...) betekent dit dat de bonden *aannemelijk moeten maken dat Ford Nederland bij het (doen) opstellen van haar prognoses niet verantwoord te werk is gegaan*. (accentuering BvL)

De prognoses beschouwend is de ondernemingskamer van oordeel dat deze *"niet onverantwoord"* zijn. Het door de ondernemingsraad en vakbonden aangedragen *alternatief zal op zeer ernstige bezwaren stuiten* bij de Engelse werknemers. *De resterende alternatieven "bieden naar de prognoses van Ford Nederland evenmin uitzicht op een rendabele produktie"*. (accentuering BvL)

Deze vorm van toetsing is mijns inziens geen marginale toetsing, omdat niet een belangenafweging wordt beoordeeld. Deels wordt slechts een feitencomplex gecontroleerd (de vraag of de uitgangspunten juist zijn) en deels (bij de vraag of de gemaakte prognoses niet te onrealistisch zijn) vindt een *beperkte* toetsing plaats, omdat de aard van de bestuurstaak met

24. OK 27 maart 1974, NJ 1975, 76 (HVA/Westertoren).

25. OK 22 januari 1976, NJ 1977, 341.

26. Van Schilfgaarde 1988, blz. 261.

27. Zie hierover ook: Borst, 1962 blz. 379 en 1969, blz. 40.

28. OK 29 mei 1980, NJ 1981, 272 (Heidemij). C.A. Boukema TVVS 1980, blz. 213-215 acht dit criterium meer geschikt om mee te beoordelen of sprake is van wanbeleid.

29. OK 10 december 1981, NJ 1983, 24 (Ford).

zich brengt dat men niet nauwkeurig kan zijn. De rechter beoordeelt slechts of de ondernemer binnen de grenzen van het redelijke niet te onnauwkeurig is geweest.

De rechter die in kort geding wordt benaderd om in afwachting van een enquêteverzoek maatregelen te treffen hanteert weer andere maatstaven, waarmee op beperkte wijze het gevoerde beleid wordt beoordeeld. Deze beperkte toetsing is - evenals bij de toetsing door de ondernemingskamer - gedeeltelijk bewijsrechtelijk van aard en heeft in beginsel niets met marginale toetsing van doen.³⁰ De rechter hanteert dan ook termen als "waarschijnlijk" en "niet onaannemelijk" met betrekking tot de toewijzing van de vordering in de bodemprocedure.

Vgl. HVA/Westertoren³¹

...dat het Hof niet wil uitsluiten de mogelijkheid dat de ondernemingskamer in dezen een onderzoek zal bevelen, maar dat hetgeen omtrent het door HVA gevoerde beleid reeds thans als vaststaande kan gelden, *geen grond geeft om met enige mate van waarschijnlijkheid te verwachten dat uit een door de ondernemingskamer mogelijkerwijs te bevelen onderzoek naar het oordeel dier Kamer van wanbeleid zal blijken en dat die Kamer in verband daarmee het door Westertoren aangevochten besluit zal vernietigen.*

Texas Instruments³²

Er is geen ruimte voor het treffen van voorzieningen nu geen feiten en/of omstandigheden aannemelijk zijn geworden waaruit afgeleid kan worden dat gedaagde een zodanig beleid heeft gevoerd dat op die grond een ingrijpen van de ondernemingskamer waarschijnlijk is.

Ford Bedrijfsbezetting³³

Het sociale beleid kan de toets der kritiek niet doorstaan; het economische beleid is voorschands onbegrijpelijk en mitsdien onaanvaardbaar. Het gewraakte gedrag levert daarom een onrechtmatige daad op, terwijl zeker niet bij voorbaat onaannemelijk is dat de ondernemingskamer het verzoek om enquête zal toewijzen. (accentueringen BvL)

Bij de beoordeling van de vraag of in een vennootschap/onderneming wanbeleid is of wordt gevoerd (art. 355 BW) treft men eveneens verschillende maatstaven aan waarmee de grenzen van de beleidsvrijheid worden aangegeven.

In de BATCO-beschikking worden twee verschillende maatstaven gehanteerd: de norm van strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap en de indirecte beoordeling via de gekozen uitgangspunten.

30. Borst 1969, blz. 40.

31. Hof Amsterdam (appèl KG) 15 november 1973, NJ 1975, 8 (HVA).

32. Pres. Rb. Almelo 13 en 29 mei 1981, NJ 1983, 748 (Texas Instruments).

33. Pres. Rb. Amsterdam 7 juli 1981, NJ 1981, 424 (Ford).

BATCO³⁴ (accentuering BvL)

De ondernemingskamer begint met de overweging dat de beleidsvrijheid van de onderneming in de zin van het enquêterecht zijn (haar? BvL) grens vindt daar waar hij (zij? BvL) gehandeld heeft in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap.

Van wanbeleid zou sprake kunnen zijn indien het besluit (tot capaciteitsuitbreiding) gebaseerd zou zijn geweest op prognoses omtrent de afzet, waarbij met algemeen als relevant erkende factoren niet of op kennelijk onjuiste wijze rekening zou zijn gehouden, danwel bij het opstellen van deze prognoses methodieken zouden zijn gebruikt of achterwege gelaten die kennelijk onjuist zijn of kennelijk niet achterwege hadden mogen blijven. Daarvan bleek echter niet.

Het treffen van voorzieningen tegen risico's van produktie-uitval was - zeker in de betrokken industrietak - niet in strijd met verantwoord ondernemerschap.

Zeker indien de onderneming onvoldoende rendabel is kan het streven naar verbetering daarvan op zichzelf niet als wanbeleid worden aangemerkt;

In de beschikking inzake Van der Klis BV³⁵ werd voor de beoordeling van het gevoerde beleid het criterium *strijd met elementaire beginselen van behoorlijk en verantwoord ondernemerschap* gehanteerd.

Inzake OGEM³⁶ liet de ondernemingskamer zich ook uit over de behoorlijkheid van het gevoerde beleid. De daarin gehanteerde maatstaf ter beoordeling van zeer uiteenlopende situaties was telkens "strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap". Deze norm is van gelijke strekking als het criterium dat inzake BATCO werd gebruikt.

De ondernemingskamer geeft met dit criterium niet aan welke beginselen worden bedoeld. Het criterium heeft daarom niet de functie van een rechtsnorm, waaraan door de rechter volledig moet worden getoetst.³⁷ De voornaamste en wellicht enige functie van het criterium lijkt te zijn dat het de grens aangeeft van de beleidsvrijheid van de onderneming.³⁸ Dit criterium lijkt echter strenger te zijn dan de eerder genoemde. Nu er verschillende criteria blijken te zijn, kan de rechter de mate van marginaliteit tot uitdrukking brengen in het door hem toegepaste criterium.³⁹

2.2.3. Art. 26 WOR

Indien de ondernemingskamer moet beslissen over het intrekken van besluiten biedt art. 26 lid 4 en 5 WOR het criterium: de ondernemer (had)

34. OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (BATCO).

35. OK 8 oktober 1987, NJ 1989, 270 (Van der Klis BV).

36. OK 3 december 1987, NV 1988, blz. 78-80; bevestigd in HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM).

37. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn in de algemene opvatting wel rechtsnormen; J. van der Hoeven, bespreking van W. van Gerven, Beginselen van behoorlijk handelen, in RMTh 1985, blz. 285-288, m.n. blz. 288. L. Prakke, AA 1966, blz. 283; N. Verheij, NJB 1987, blz. 1313.

38. Borst, 1962, blz. 379: "de (...)marginale toetsing vindt plaats via algemene beginselen van behoorlijk bestuur." Zo ook in 1969, blz. 25/26. Zie ook advies SER inzake Enquêterecht: 88/14, dd 21-10-1988.

39. Wiarda, 1988, blz. 130-131.

bij de afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit kunnen komen. Reeds vaak is gewezen op de gelijkenis die deze formulering vertoont met de omschrijving van willekeur (de zgn. c-grond), hetgeen duidt op marginale toetsing.⁴⁰ Betekent deze formulering - vooral de zinsnede "bij de afweging van de betrokken belangen" - dat de rechter ieder besluit van de ondernemer, dat hem door de ondernemingsraad wordt voorgelegd, slechts marginaal mag toetsen?

Deze interpretatie zou, indien consequent werd geredeneerd, met zich brengen dat de rechter in het kader van een beroep ex art. 26 WOR aan de ondernemer een vrije beleidsruimte laat, waarbinnen de ondernemer naar believen van het recht (bijvoorbeeld procedurevoorschriften uit de WOR) zou mogen afwijken, zonder ingrijpen van de rechter te hoeven verwachten, als hij bij de afweging in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen.

De rechter (i.c. de ondernemingskamer; de rechter in kort geding blijft hier vooralsnog buiten beschouwing) geeft art. 26 niet de (beperkte) interpretatie van willekeur die in het bestuursrecht gebruikelijk is. Indien een overtreding van de wet wordt geconstateerd, bijvoorbeeld een verzuim om advies te vragen aan de ondernemingsraad, gaat de ondernemingskamer uit van een soort rechtsvermoeden van kennelijke onredelijkheid.⁴¹

Art. 26 lid 4 WOR fungeert daarbij in de terminologie van onder meer Prakke als mantelnorm⁴², namelijk als een extra toetsingsgrond, die de andere omvat.

Ik ben geen voorstander van tweeërlei begrippen willekeur, één ruim begrip (zoals bijvoorbeeld de ondernemingskamer dat hanteert) en één eng begrip (zoals de administratieve rechter dat doet). Ten eerste is dat nodeloos ingewikkeld. Ten tweede is het systematisch gezien niet juist om overtreding van rechtsnormen (zoals strijd met een wettelijke bepaling) bovendien te toetsen aan de norm van kennelijke onredelijkheid. Ik erken dat de ondernemingskamer met de huidige wettekst weinig anders kan doen dan art. 26 lid 4 ruim te interpreteren. Beter zou het zijn de beroepsgronden van art. 26 zo te formuleren dat een onderscheid wordt gemaakt naar strijd met het objectieve recht, met formele beginselen en eventuele beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur.⁴³

Bij de beoordeling van een besluit op grond van art. 26 lid 4 staat volgens vaste jurisprudentie de beleidsvrijheid van de ondernemer voorop. Deze vrijheid vindt haar grens daar waar de ondernemer bij de afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen

40. J.B. Huizink, TVVS 1983, blz. 209; P. van der Heijden, NJB 1984, blz. 1386; J.M. Polak, in: Liber Amicorum Jan Ronse, Gent 1986, blz. 41-49.

41. P. van Schilfgaarde, AA 1980, blz. 787; idem: Slagter 1990 blz. 101.

42. L. Prakke, AA 1966, blz. 286; P. van der Heijden, NJB 1984, blz. 1385v.; S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, NJB 1985, blz. 671.

43. In de Memorie van Toelichting is, om niet geheel duidelijke redenen, afgezien van het opnemen van een beroepsgrond/strijd met algemeen verbindende voorschriften: Bijl. Hand. TK 1974-1975, 13 350, nr. 1-3.

komen.⁴⁴ Deze formulering wordt gehanteerd voor gevallen waarin materiële bezwaren worden aangevoerd.

Om te beoordelen of die grens is overschreden treft men in de rechtspraak van de ondernemingskamer verschillende criteria aan.

In het kader van deze procedure vindt veelvuldig *indirecte toetsing* aan uitgangspunten van het besluit plaats. 'Tegenbewijs' door de ondernemingsraad (waarbij andere prognoses en verwachtingen worden verstrekt) is vrijwel onmogelijk, omdat het (doen) opstellen van deze gegevens volgens vaste rechtspraak al dan niet expliciet tot de taak van de ondernemer wordt gerekend.⁴⁵ Bezwaren ten aanzien van de inhoud van een besluit kan de ondernemingsraad alleen hard maken, als hij aannemelijk maakt dat de door de ondernemer gekozen uitgangspunten kennelijk onjuist zijn, of op een foute grondslag berusten. Daarin is de ondernemingsraad niet vaak geslaagd. De onjuistheden in de uitgangspunten voor een besluit moeten bovendien ernstig genoeg zijn om tot kennelijke onredelijkheid van het besluit te concluderen.⁴⁶

Een andere wijze waarop de ondernemingskamer een besluit beoordeelt is de vergelijking van het besluit met een (bijvoorbeeld door de ondernemingsraad aangevoerd) alternatief.⁴⁷ In haar grond is dit doelmatigheidstoetsing: beoordeeld wordt welke beslissing gelet op de doelstelling van de ondernemer (bijvoorbeeld bezuiniging) meer oplevert. Vergelijking van alternatieven is niet altijd een doelmatigheidstoetsing: als de rechter van mening is dat een alternatief *kennelijk* de voorkeur verdient⁴⁸ wordt toch marginaal getoetst. Nu alleen gevallen bekend zijn waarin het alternatief minder opleverde dan het voorstel van de ondernemer, kan niet met zekerheid worden gezegd wat het beleid van de rechter is, als er een beter alternatief voorhanden blijkt te zijn. Het komt ook voor dat de ondernemingskamer weigert het alternatief te bekijken. Het ligt niet in de lijn van de rechtspraak van de ondernemingskamer om alternatieven na te rekenen en daaruit het beste te kiezen. Te verwachten is dat de rechter zal proberen de doelmatigheidsvraag te omzeilen en bijvoorbeeld motiveringsgebreken zal aanvoeren: onbegrijpelijk is voorshands waarom de ondernemer de voorkeur heeft gegeven aan A, terwijl B meer lijkt op te leveren.⁴⁹

Als derde instrument gebruikt de ondernemingskamer in art. 26 WOR-zaken ook de (marginale) beoordeling van de door de ondernemer

44. OK 21 augustus 1980, RM 1971-1981 nr. 56 (Pensioenfonds); OK 22 januari 1981, NJ 1982, 243 (Mobil Oil); OK 19 februari 1981, NJ 1982, 244 (Duits concern); OK 4 februari 1982, NJ 1983, 29; OK 5 april 1984, RM 1984, nr. 33 (Welterhof); OK 16 februari 1989, ROR 1989/7 (DE).

45. OK 19 februari 1981, NJ 1982, 244 (Duits concern); OK 4 februari 1982, NJ 1983, 29; OK 11 maart 1982, NJ 1983, 30; OK 27 mei 1982, NJ 1983, 745 (Philips); OK 10 juni 1982, RM 1981-1982 nr. 62 (Mator); OK 12 maart 1987, ROR 1987/7 (RIAGG).

46. OK 17 oktober 1985, ROR 1985/25.

47. Onder meer OK 22 oktober 1987, ROR 1987/31 (Vijverdal).

48. OK 29 mei 1980, NJ 1981, 272 (Heidemij).

49. Zie bijvoorbeeld OK 7 juli 1988, NJ 1989, 845 (Fluke).

gemaakte beleidskeuze (aan de redelijkheidsmaatstaf). De ondernemingskamer gaat uit van de door de ondernemer aangevoerde motieven en argumenten. De wederpartij moet aantonen dat deze niet deugen. De marginaliteit uit zich in formules als

"(niet) aannemelijk"⁵⁰, "niet onredelijk"⁵¹, "niet kennelijk onredelijk"⁵² "het bestuur heeft in redelijkheid kunnen komen tot"⁵³, "het is aanvaardbaar"⁵⁴, "deze zienswijze is niet onjuist"⁵⁵, "de ondernemer heeft er rekening mee mogen houden..."⁵⁶, "in redelijkheid kon niet van de ondernemer worden verwacht..."⁵⁷

Hier volgen enige voorbeelden van redelijkheidstoetsing:

AVRO⁵⁸ (parafrase)

Het bestuur van de AVRO heeft (...) in redelijkheid tot het besluit kunnen komen dat het aanstellen van een tijdelijk algemeen directeur geen aanbeveling verdient. Eveneens kan het bestuur er geen verwijt van worden gemaakt dat het tegelijkertijd diens bevoegdheden regelt en andere reorganisatie maatregelen treft die het nodig acht.

Niet aannemelijk is dat een beroepsrecht van de bestuurders op de raad van commissarissen tot gevolg zal hebben dat de directie geen slagvaardig beleid kan voeren; zo'n regeling is bij NV's en BV's niet ongebruikelijk en de structuur van AVRO verzet zich daartegen niet.

Er zijn wel bezwaren aan te voeren tegen het besluit om het bureau nieuwe ontwikkelingen onder het BOC (overleg orgaan tussen bestuur en directie) te laten re-sorteren, maar deze zijn niet zo zwaarwegend dat het besluit kennelijk onredelijk is. Het is geenszins onredelijk dat een voorzitter zonder stemrecht wel aan de vergadering zal meedoen.

Ondernemingskamer 11 maart 1982⁵⁹ (parafrase)

Het is aanvaardbaar dat onderneming A bij het treffen van maatregelen binnen het concern is betrokken. A is daarvan een onderdeel en is sterk onrendabel.

In de zienswijze van de ondernemer dient ernstig te worden betwijfeld of door het treffen van uitsluitend interne maatregelen de continuïteit verzekerd kan worden.

Deze zienswijze acht de OK niet onjuist gezien de geringe resultaten van de onderneming en de moeilijke positie van de bedrijfstak.

50. OK 25 februari 1982, NJ 1983, 27 (AVRO); OK 22 januari 1981, NJ 1982, 243 (Mobil Oil); OK 10 juni 1982, RM 1981-1982, nr. 62 (Mator); OK 2 december 1982, NJ 1983, 747 (kernenergie-installatie); OK 9 maart 1989, ROR 1989/9 (Bondsspaarbank); OK 16 februari 1989, ROR 1989/9 (DE).

51. OK 25 februari 1982, NJ 1983, 27 (AVRO); OK 19 november 1981, NJ 1982, 298, RM 1981-1982, nr. 51.

52. OK 5 april 1984, RM 1984, nr. 33 (Welterhof).

53. OK 25 februari 1982, NJ 1983, 27 (AVRO); OK 27 oktober 1983, NJ 1984, 793 (Hoechst); OK 22 december 1988, ROR 1988/30 (De Centrale).

54. OK 11 maart 1982, NJ 1983, 30.

55. OK 11 maart 1982, NJ 1983, 30; OK 10 juni 1982, RM 1981-1982, nr. 62 (Mator).

56. OK 11 maart 1982, NJ 1983, 30; OK 22 december 1988, ROR 1988/30 (De Centrale).

57. OK 24 oktober 1985, ROR 1985/26 (Het Loo Erf).

58. OK 25 februari 1982, RM 1981-1982, nr. 57 (AVRO).

59. OK 11 maart 1982, NJ 1983, 30.

Concernbelangen zijn niet altijd doorslaggevend, doch onder de hiervoor geschetste omstandigheden heeft de ondernemer er rekening mee mogen houden dat het aangevochten besluit niet slechts tot verbetering van de rentabiliteit van A maar ook van de beide andere werkmaatschappijen kan leiden en aldus uitzicht biedt op overleving van het concern.

Een andere uitspraak suggereert dat de ondernemingskamer⁶⁰ een verdergaande beoordeling heeft verricht, omdat de ondernemingskamer zich expliciet en niet via dubbele ontkenningen uitlaat over het standpunt van de ondernemer: *"Terecht heeft de Ondernemer voorts betoogd" en "Met juistheid heeft X immers aangevoerd."* De rechter stelt zijn oordeel over de juistheid van het beleid in de plaats van dat van de ondernemer.

De voorlopige voorziening van art. 26 lid 8 WOR wordt slechts toegewezen indien er *zwaarwichtige gronden* bestaan.⁶¹ In deze uitspraak werd bovendien met een schuin oog gekeken naar de kans die een art. 26 lid 4 procedure zou maken:

Bovendien kan (...) niet gezegd worden dat reeds thans een *gerede kans aanwezig is dat bij beschouwing van het geschil ten gronde geoordeeld zou moeten worden dat de Ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het aangevochten besluit had kunnen komen.* (accentuering BvL)

De maatstaf die de rechter in kort geding aanlegt, waarin deze wordt benaderd voor een verbod tot uitvoering van een besluit in de zin van art. 25 WOR is - zoals men zou verwachten - afstandelijker dan de norm van art. 26 lid 4 WOR. Er moet bijvoorbeeld *een gerede kans zijn dat bij beschouwing van het geschil ten gronde geoordeeld moet worden dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot het besluit had kunnen komen.*⁶² Enkele keren komt een 'gewone' marginale toetsing voor: "In k.g. komt het genoemd besluit tot stopzetting van de produktie ook *niet op voorhand reeds zó juist en redelijk voor*" dat het besluit geacht zou kunnen worden te zijn gevormd op basis van een volwaardige belangenafweging.⁶³ Dit lijkt 'gewone' marginale toetsing.

In het kort geding inzake AVRO⁶⁴ wordt overwogen dat het besluit waarvan een uitvoeringsverbod wordt gevorderd in strijd is met (de wet en/of) elementaire beginselen van behoorlijk ondernemerschap. Tot nu toe zijn wij dit criterium alleen tegengekomen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van wanbeleid.

Het komt ook voor dat de rechter in kort geding om de inhoudelijke vraag heen gaat, zelfs indien marginaal opgevat, en slechts de belangen van eiser bij de toewijzing van de vordering afweegt tegen het belang van

60. OK 4 februari 1982, NJ 1983, 29.

61. Onder meer in: OK 21 augustus 1980, RM 1971-1981, nr. 56 (Pensioenfonds).

62. Pres. Rb. Utrecht 6 augustus 1981, KG 119 (Howson Algraphy); Pres. Rb. 's-Gravenhage 28 juli 1989, KG 326.

63. Pres. Rb. Haarlem 27 april 1981, NJ 1981, 452 (Van Gelder).

64. Pres. Rb. Amsterdam 25 februari 1982, ROR 1971-1984/86 (AVRO).

gedaagde.⁶⁵ Voor de eiser kan dit gemakkelijker zijn, omdat dan in beginsel kan worden volstaan met het aantonen van het belang bij een voorziening. Hij hoeft dan niet aan te tonen dat het plan van de ondernemer kennelijk onredelijk is.

Voorlopige conclusie

Uit de rechtspraak op basis van de hierboven behandelde procedures kunnen mijns inziens drie vormen van beleidstoetsing worden geformuleerd.

Door middel van *indirecte* toetsing houdt de rechter mijns inziens de meeste afstand tot het gevoerde beleid, omdat niet het beleid, de gemaakte keuzes, worden getoetst maar de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten. Een dergelijke toetsing is in mijn ogen te beperkt. De wettekst noch het systeem van rechterlijke toetsing van ondernemingsbeleid dwingen tot een dergelijke beperkte toetsing. Het feit dat de uitgangspunten niet onjuist zijn zegt niet veel over het gewraakte beleid. Toetsing van de uitgangspunten kan wel bruikbaar zijn als een onderdeel van de rechterlijke toetsing: onjuiste uitgangspunten kunnen een vermoeden scheppen dat het besluit of het beleid niet in orde is. Het criterium kan geschikt zijn in de eerste fase van de enquête-procedure of in kort geding, omdat het *prima facie* een aanwijzing kan zijn voor onjuist beleid. Het criterium is echter niet met uitsluiting van andere geschikt om onjuist beleid te achterhalen: ook als de uitgangspunten juist zijn kan er sprake zijn van onjuist beleid.

De *vergelijking van alternatieven* is naar haar aard de meest vergaande toetsing. Als de rechter zou beslissen dat een ander alternatief de voorkeur zou hebben verdiend zou hij zich uitlaten over de (on)doelmatigheid van de beslissing die wel is genomen. In procedures tracht de ondernemingsraad de rechtmatigheid van een besluit wel eens aan te tasten met verwijzing naar een alternatieve mogelijkheid. In de praktijk blijkt deze alternatieven-route de moeilijkste; als de ondernemingskamer het alternatief al onderzoekt, vergelijkt hij de uitgangspunten of de verwachte resultaten van beide mogelijkheden. Hij beslist dan via indirecte toetsing. Op de eisers/verzoekers rust de last aan te tonen dat hun voorstel beter is. Gezien zijn gebrekkige kennis en informatie en de korte tijdspanne om te onderzoeken en te controleren is dit voor eiser vrijwel ondoenlijk.

Het aanleggen van de maatstaf van "*in redelijkheid niet hebben kunnen komen tot*" (met uiteenlopende varianten, zoals niet onredelijk en niet onjuist) is mijns inziens de 'echte' marginale houding. Door middel van de in een concreet geval gekozen formulering kan meer of minder marginaal worden getoetst. Deze vorm van toetsing zal hieronder de *redelijkheids-toetsing* worden genoemd.

65. Pres. Rb. Almelo 20 april 1988, KG 1126 (Midden Twente); omtrent toetsing: E. Kort-hals Altes, in: Kort geding en toetsing, Zwolle 1985, blz. 1-17.

2.3. Deelbelangen; beginsel van zorgvuldige belangenafweging

De tegenhanger van het verbod van willekeur (de toetsingsnorm voor de rechter) is mijns inziens het beginsel van een zorgvuldige belangenafweging. Geldt dit beginsel voor het bestuur van een onderneming? Mijns inziens verplicht de norm van art. 7 BW en de verplichting om in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te handelen (vgl. art. 140 (250) BW) tot een zorgvuldige afweging van de bij de onderneming betrokken belangen.

De relevante deelbelangen worden hieronder genoemd. Onderzocht wordt of iets meer over de wijze van belangenafweging kan worden gezegd.

2.3.1. belangen van verschaffers van het eigen vermogen

Ten eerste noem ik de belangen van de aandeelhouders, omdat deze vanouds als belanghebbenden - en zelfs lange tijd als enige belanghebbenden - bij de onderneming worden gezien. Met de belangen van zowel de huidige als de toekomstige aandeelhouders moet rekening worden gehouden.⁶⁶ Dat is in overeenstemming met het continuïteitsstreven.⁶⁷

Voor iedere aandeelhouder zijn de waarde van de aandelen en het rendement van de onderneming van belang. De aandeelhouders vormen geen homogene groep. Er bestaan verschillende soorten aandelen, waaraan verschillende belangen zijn verbonden. Voorts maakt het in feite verschil of men meerderheids- of minderheidsaandeelhouder is.⁶⁸ Naast de belangen van aandeelhouders moet rekening worden gehouden met de belangen van certificaa houders⁶⁹ en andere winstgerechtigden.

Aandeelhouders zouden door een besluit van het bestuur onevenredig in hun belangen kunnen worden aangetast indien:

- de onderneming van de vennootschap in haar geheel of voor een belangrijk gedeelte zou worden overgedragen aan een derde als beschermings- of oligarchische constructie (de Koorenschoof⁷⁰; Kluwer⁷¹) of in het kader van een management-buy-out⁷²;

66. Löwensteyn diss. 1959, blz. 133-134.

67. Van Schilf-gaarde 1988, blz. 25.

68. H.J.C. ter Kuile, in: *Quid Iuris* 1977, blz. 49-68, m.n. blz. 58 e.v.; zie hierna hoofdstuk 8.

69. Hof 's-Hertogenbosch 2 mei 1989, S&V 1989 blz. 119-121.

70. Beschreven door W.C.L. van der Grinten in NV 1961, blz. 173-177; zie ook Van Schilf-gaarde 1988, blz. 89v.

71. W.J. Slagter, TPR 1989, blz. 106-107 vermeldt dat een dergelijk voornemen van Kluwer na bezwaren van het beursbestuur in de ijskast is gezet.

72. Macintosh/Reiss/DSM (april 1990).

- een aanzienlijk aantal winstgevende dochtervennootschappen van de Holding waarin de aandeelhouders belang hebben wordt verkocht aan een door bank en bestuur speciaal daarvoor opgerichte nieuwe vennootschap, en zonder dat de aandeelhouders bij de besluitvorming zijn betrokken, waarbij de banken (in strijd met de paritas creditorum) de vordering van het oude concern kunnen compenseren met de bankschuld (sterfhuisconstructie).⁷³ Dit is paulianeus handelen, tenzij de aandelen - wat meestal het geval is - reeds waren verpand aan de bank;
- een emissie van aandelen plaatsvindt met het enkele doel een zittende aandeelhouder dwars te zitten, zonder dat primair enig bedrijfseconomisch doel, zoals behoefte aan kapitaal of samenwerking, is beoogd. Als een reële samenwerking is beoogd is er minder aanleiding het besluit als onrechtmatig aan te tasten.⁷⁴ Het enkele feit dat een meerderheidspositie verloren gaat is echter niet voldoende⁷⁵;
- een buitenstaander/aandeelhouder wordt leeggemolken, doordat het bestuur van de dochter de winst van de vennootschap als verkapt dividend afdraagt aan de grootaandeelhouder.⁷⁶ Inzake Unipart/RDM⁷⁷ was het Hof van oordeel dat zelffinanciering door middel van reserveringen (lees: voorzieningen) in dit geval vanwege de oorlogsschade niet onverantwoord was. In een ander geval was de ondernemingskamer van oordeel dat reservering (lees: het treffen van voorzieningen) van de winst niet onverantwoord was aangezien de onderneming te maken had met conjuncturele en structurele problemen en omdat zij nog niet veel winst had gemaakt⁷⁸;
- In een kort geding over een wijziging van een statutaire blokkeringsclausule (i.c. een aanbiedingsregeling), waardoor een aandeelhouder werd gedwarsboomd in zijn plannen alle aandelen van de vennootschap over te nemen, overwoog de president dat de goede trouw binnen de vennootschap meebrengt dat het bestuur eerst de statutaire blokkeringsclausule mag beperken indien de wezenlijke belangen van de vennootschap daartoe aanleiding geven. De rechter kwam niet toe aan de beantwoording van de vraag of dat i.c. het geval was.⁷⁹

2.3.2. Werknemersbelangen

Ook het werknemersbelang is erkend als deelbelang van het ondernemingsbelang. Het heeft een zelfstandige plaats gekregen naast het belang van de kapitaalverschaffers. Dat belang bestaat in eerste instantie ten

73. H.J.M.N. Honée, NV 1984, blz. 16-19, m.n. 18.

74. Hof Amsterdam 15 november 1973, NJ 1975, 8 (HVA) en OK 27 maart 1974, NJ 1975, 76 (HVA).

75. Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 mei 1988, KG 250 (Mulder/Van Mook).

76. OK 25 augustus 1988, NJ 1989, 308 (Corocor).

77. HR 27 januari 1956, NJ 1956, 48 (Unipart/RDM).

78. OK 22 januari 1976, NJ 1977, 341.

79. Pres. Rb. Leeuwarden 3 februari 1988, KG 200 (Lampe/Tonnema).

aanzien van de continuïteit van de onderneming, maar ook in een 'verzekerde' werkgelegenheid, met ontplooiingsmogelijkheden.

Grootscheepse ontslagen, bijvoorbeeld in verband met sluiting of inkrumping, dienen zoveel mogelijk te worden voorkomen, voorzover de financiële toestand (of de overlevingskans) van de vennootschap of het concern dat toelaat. In een kort geding waarin een verbod tot uitvoering van een besluit tot sluiting werd gevorderd in afwachting van de beslissing op een enquêteverzoek was de president van oordeel dat de werkgelegenheid van 1225 mensen prevaleert boven een mogelijk verder financieel nadeel aan de zijde van Ford Nederland.⁸⁰

Een besluit, i.c. om de produktie te concentreren, waarbij de ondernemer mag aannemen dat bij de uitvoering van het aangevochten besluit de werkgelegenheid in de onderneming gehandhaafd zal blijven, is niet kennelijk onredelijk.⁸¹

In een kort geding tegen de sluiting van een sigarettenfabriek, aangespannen door de vakbonden, woog de president de betrokken belangen als volgt⁸²:

In aanmerking nemende dat het bedrijf in A. (...) behoorlijk winstgevend is geweest en voorts, dat de ongunstige prognoses van gedaagde i.v.m. de accijnsverhoging niet gedeeld worden, terwijl het ongunstige effect van anti-rookcampagnes (...) ook nog bepaaldelijk speculatief is te achten, lijkt een min of meer ernstige ontwikkeling voor gedaagde op korte termijn zeker niet zonder meer reëel, waartegenover echter het doorvoeren van de sluiting te A. in ieder geval voor 200 werknemers ontslag zal betekenen op korte termijn met onder de huidige omstandigheden een zeer geringe kans op vervangende werkgelegenheid. In beginsel komt de vordering mitsdien voor toewijzing in aanmerking.

In de beschikking van de HR in de ENKA zaak werd beslist dat het belang van de werkgelegenheid in de Bredase vestiging afgewogen diende te worden tegen onder meer het belang van het overige, elders werkzame ENKA-personeel.⁸³

Een soortgelijke beslissing als de HR in de ENKA-zaak nam de ondernemingskamer in de zaak van 11 maart 1982.⁸⁴ De rentabiliteit van het gehele concern mocht in dat geval boven het belang van de werknemers in de betreffende dochtervennootschap prevaleren, omdat ook de kans op winstgevendheid van deze dochter zou stijgen. In de eerder besproken zaak van 2 december 1982⁸⁵ werd het belang van werknemers bij een afvloeiingsregeling afgewogen tegen de belangen van de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid van de overige werknemers. Daar

80. Pres. Rb. Amsterdam 7 juli 1981, NJ 1981, 424 (Ford), vernietigd door Hof Amsterdam 22 oktober 1981, NJ 1983, 23 (Ford), omdat nog slechts sprake was van een voorname.

81. OK 19 februari 1981, NJ 1982, 244 (Duits concern).

82. Pres. Rb. Amsterdam 9 maart 1978, in appèl bevestigd Hof Amsterdam 26 oktober 1978, NJ 1980, 70 (BATCO).

83. HR 7 juli 1982, NJ 1983, 35 (ENKA).

84. OK 11 maart 1982, NJ 1983, 30.

85. OK 2 december 1982, NJ 1983, 747 (kernenergie-installatie).

de ondernemer volgens de ondernemingskamer voldoende had aangetoond voor een dergelijke regeling geen geld te hebben en omdat de specialisatie van de werknemers hen niet behoefde te beletten ander werk te vinden, werd het besluit niet kennelijk onredelijk geacht.

In de Fluke-beschikking⁸⁶, waarin de sluiting van een winstgevend onderdeel van het overigens niet florissante Fluke-concern aan de orde was, wordt niet de belangenafweging zelf beoordeeld. Daar niet bleek of en zo ja in hoeverre de belangen "van de Fluke-organisatie als geheel, waren afgewogen tegenover de rechtmatige belangen van de werknemers van Fluke-Holland bij het voortbestaan van de op zichzelf rendabele productie-afdeling te Tilburg", was het besluit mede gezien het door de ondernemingsraad aangedragen alternatief kennelijk onredelijk. In het kader van dit onderzoek valt deze uitspraak gezien de formulering onder het materiële motiveringsbeginsel. Bij het lezen van de uitspraak kan het gevoel opkomen dat de ondernemingskamer niet heeft durven (?) zeggen dat sluiting van een winstgevende onderneming zou getuigen van een onredelijke belangenafweging.⁸⁷

Als het besluit slechts een klein aantal ontslagen tot gevolg heeft⁸⁸ of geringe consequenties voor een (gering) aantal werknemers⁸⁹ heeft, is het besluit niet snel kennelijk onredelijk. Overigens is de schaal van de maatregel een factor die ook reeds bij de bepaling van de 'belangrijkheid' en dus de adviesplichtigheid van de maatregel aan de orde kan komen (art. 25 eerste lid WOR).

Een factor van belang is voorts of door het besluit de kwaliteit⁹⁰ of de veiligheid⁹¹ van het werk achteruit gaat of kan gaan.

Het standpunt van de werknemers over hetgeen naar hun inzicht in het belang van de onderneming is, is eveneens soms een relevante factor.⁹²

In beginsel kan de omstandigheid dat door het besluit de overlegpartner van de (centrale) ondernemingsraad verandert (de leiding van de sub-holding in plaats van de holding) met zich brengen dat de belangen van de werknemers onevenredig worden geschaad. In het geval van Douwe Egberts⁹³ werd dergelijk nadeel niet aanwezig geacht, mede omdat een medezeggenschapsconvenant was aangeboden, waarin de centrale ondernemingsraad bepaalde bovenwettelijke bevoegdheden kreeg toebedeeld.

86. OK 7 juli 1988, NJ 1989, 845 (Fluke).

87. Zie ook J.M.M. Maeijer in zijn noot onder deze beschikking in de NJ.

88. OK 22 oktober 1987, ROR 1987/31 (Vijverdal).

89. OK 11 juni 1981, NJ 1982, 247 (Busstalling); OK 8 januari 1987, ng nr. 36/86 (SSH); OK 21 mei 1987, ROR 1987/13 (SOOA).

90. OK 19 februari 1981, NJ 1982, 244 (Duits concern); OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (BATCO); OK 22 oktober 1987, ROR 1987/31 (Vijverdal); Pres. Rb. Amsterdam 12 december 1985, KG 1986, 25.

91. OK 22 januari 1981, NJ 1982, 243, RM 1981-1982, nr. 40 (Mobil).

92. Pres. Rb. Amsterdam 18 maart 1974, TVVS 1974, blz. 331-338 (Jessel/KNSM); Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 mei 1988, KG 250 (Mulder/Van Mook).

93. OK 16 februari 1989, ROR 1989/7 (DE).

2.3.3. Concernbelang

Indien de vennootschap deel uitmaakt van een groep ondernemingen (concern) kan onder omstandigheden het belang van het concern als geheel prevaleren boven het belang van de individuele dochter. Dat het concernbelang een rol mag en soms zelfs moet spelen kan worden afgeleid uit de volgende rechterlijke uitspraken.

Het concernbelang moet de doorslag geven voor de bestuurder van de dochteronderneming, volgens twee uitspraken van lagere rechters in arbeidzaken.⁹⁴ Het Hof Arnhem eiste in het eerste geval een vrijwel volledige onderworpenheid van de bestuurder van de dochteronderneming. Nu de bestuurder in casu daaraan niet voldeed was deze terecht ontslagen. De Rechtbank 's-Hertogenbosch stelt eveneens voorop dat het bestuur van de dochtermaatschappij zich moet richten naar de aanwijzingen van de moedermaatschappij.⁹⁵ De grenzen die in deze uitspraak aan de opvolging van aanwijzingen/instructies worden gesteld worden bepaald door het criterium "in gevaar brengen" van de belangen van hen die afhankelijk zijn van de dochtervennootschap.

Omdat het in deze uitspraken gaat om arbeidsrechtelijke geschillen kunnen deze uitspraken niet zonder meer worden getransponeerd naar het ondernemingsrechtelijke probleem van de belangenafweging die de concerndirectie moet maken, waarbij het belang van een individuele dochter moet worden afgewogen tegen dat van het concern.⁹⁶

Het feit dat een onderneming deel uitmaakt van een groep mag een doorslaggevende rol spelen.⁹⁷ Met de belangen van de werknemers (waaronder het belang bij werkgelegenheid) in andere (buitenlandse) delen van het concern mag bij een besluit tot sluiting uitdrukkelijk rekening worden gehouden.⁹⁸ De belangen van werknemers in een met sluiting bedreigde vestiging mogen onder omstandigheden worden opgeofferd aan het concernbelang. Over de omstandigheden waaronder dit is toegelaten kan geen algemene uitspraak worden gedaan.⁹⁹ Hierbij kan van belang zijn of de bedreigde dochteronderneming al¹⁰⁰

94. Hof Arnhem 9 oktober 1974, NJ 1976, 42 (Van E.); Rb. 's-Hertogenbosch 11 maart 1983, NJ 1984, 394 (Berkel/Kuiken).

95. Echter: Rb. Leeuwarden 12 november 1987, NJ 1988, 699 (Polacel).

96. In gelijke zin: Bartman, 1986, blz. 33.

97. OK 18 maart 1976, NJ 1978, 317; OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (BATCO); OK 19 februari 1981, NJ 1982, 244 (Duits concern); OK 10 december 1981, NJ 1983, 24 (Ford); OK 11 maart 1982, NJ 1983, 30; OK 23 juni 1983, NJ 1984, 571 (Hyster); OK 29 augustus 1985, ROR 1985/38 (Howson Algraphy); Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (Amstelland).

98. HR 7 juli 1982, OK 22 oktober 1981, NJ 1983, 35 (ENKA).

99. Slagter 1988-II, blz. 27; in OK 19 februari 1981, NJ 1982, 244 (Duits concern) was niet aannemelijk geworden dat de werknemers door de plannen zouden worden benadeeld.

100. OK 7 juli 1988, NJ 1989, 845 (Fluke); het ging hierin niet om de zorgvuldige belangenafweging, maar om het feit dat het besluit tot sluiting van een winstgevend onderneming sterker moet worden gemotiveerd.

dan niet¹⁰¹ winstgevend is. Indien het bedrijf reeds met verlies of met onvoldoende rentabiliteit draait is dat een goede grond voor maatregelen zoals reorganisatie of sluiting.

In verband met de instructie tot het aangaan van financiële kruisverbanden binnen het concern formuleerde de president van de rechtbank Arnhem de grenzen aan de instructiebevoegdheid aldus, dat deze haar grens vindt daar, waar de opvolging van de instructie tot gevolg zou hebben dat het voortbestaan van de dochter in werkelijk gevaar komt.¹⁰²

Slagter¹⁰³ heeft zes situaties aangegeven, die, in volgorde van af dalen-de ingrijpendheid, aangeven tot hoever de instructiebevoegdheid zou mogen gaan. Daarnaar wordt hier korthedshalve verwezen. De door hem daarbij van belang geachte factoren zijn: de werkgelegenheid in de andere delen van het concern, de winstgevendheid van het concern, het antwoord op de vraag of nadeel voor de dochter wordt gecompenseerd, de levensvatbaarheid van de dochter en de kwestie van de behoorlijke taakvervulling van de bestuurder van de dochter als deze de instructie opvolgt.

2.3.4. Algemeen belang

Voorzover de wet daartoe verplicht, bijvoorbeeld in geval van handelen in strijd met de openbare orde, moet het algemeen belang worden gerespecteerd. In hoeverre het algemeen belang daarnaast een rol mag spelen bij de belangenafweging die het ondernemingsbestuur maakt, is aan discussie onderhevig. Het voorstel van de Commissie Verdam¹⁰⁴ om de bepaling op te nemen dat de commissarissen hun taak vervullen binnen het raam van het algemeen belang is niet in de wet terecht gekomen. Over deze kwestie is geen rechtspraak. Het algemeen belang speelt een rol voorzover de wet dat zelf zegt, zoals bijvoorbeeld in art. 15 BW (art. 2:20 NBW). Het lijkt mij verder redelijk dat het bestuur het algemeen belang meeweegt, mits dit in een niet onredelijke verhouding gebeurt met de belangen van aandeelhouders, werknemers, crediteuren en andere meer direct belanghebbenden. Worden deze belangen aan het algemeen belang opgeofferd, dan kan wellicht een beroep op doeloverschrijding (art. 6 BW) of willekeur worden gedaan.¹⁰⁵

101.HR 7 juli 1982, cassatie van OK 22 oktober 1981, NJ 1983, 35 (ENKA); OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (BATCO); OK 11 maart 1982, NJ 1983, 30.

102.Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (Amstelland).

103.Slagter 1988-II, blz. 26-28.

104.Commissie Verdam, blz. 115.

105.C.A. Boukema, in: Op de grenzen van komend recht, 1969, blz. 62; F.J.W. Löwensteyn, in: Honderd jaar rechtsleven, 1970, blz. 97-98; Maeijer rede 1988, blz. 4.

2.3.5. Belangen van derden

Belangen van leveranciers (crediteuren) en afnemers (veiligheid en kwaliteit van de produkten) worden eveneens tot op zekere hoogte erkend, vooral door specifieke wettelijke bepalingen, die de financiële draagkracht van de vennootschap betreffen.¹⁰⁶ De derde anti-misbruikwet (art. 138 (248) BW) biedt een voorbeeld van crediteurenbescherming. Ook de rechtspraak inzake de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van onrechtmatige daad, als deze de vennootschap verbindt aan een overeenkomst waarvan hij weet of behoort te weten dat de vennootschap deze niet kan nakomen, biedt aan derden bescherming.¹⁰⁷ Deze bescherming gaat niet zover dat het onrechtmatig is om te contracteren, terwijl de bestuurder weet dat de vennootschap onvoldoende geldmiddelen heeft,¹⁰⁸ of terwijl de vennootschap een klein aandelenkapitaal heeft en haar eigendommen in hoge mate tot zekerheid zijn verbonden.¹⁰⁹ De bestuurder handelt ook niet dan onrechtmatig tegenover een schuldeiser, wanneer hij er niet op toeziet dat deze BV tijdig haar financiële verplichtingen tegenover deze schuldeiser nakomt.¹¹⁰

Indirect worden de belangen van derden gewaarborgd door middel van de publikatieverplichtingen van de jaarstukken en gegevens in het Handelsregister.

Voorlopige conclusie

Uit de rechtspraak (en literatuur) kan worden afgeleid dat het ondernemingsbestuur bij zijn besluitvorming en beleidsvoering de belangen van de volgende groepen in het oog moet houden: de verschaffers van het eigen vermogen, de werknemers, het concern en bepaalde derden.

De marginaliteit van de toetsing verhindert dat over de belangenafweging zelf positieve uitspraken worden gedaan. Zo kan bijvoorbeeld niet met stelligheid worden gezegd dat het bestuur er op dient toe te zien dat de belangen van werknemers of kapitaalverschaffers *zo veel mogelijk* worden ontzien. Het bestuur heeft de vrijheid om bijvoorbeeld uit twee alternatieven er één te kiezen dat aan bepaalde belangen meer afbreuk doet dan het andere alternatief, voorzover de keuze niet zeer onredelijk is. In het kader van de bewijsvoering voor de rechter komt vaak naar voren in hoeverre het bestuur heeft getracht benadeling van bepaalde belangen te beperken. De gerechtelijke procedure is door deze bewijsvoering een belangrijk middel tot verantwoording van het gevoerde beleid. De princi-

106. Handboek, nrs. 231 en 274; Maeijer, rede 1988, blz. 3/4.

107. HR 9 mei 1986, NJ 1986, 792 (Keulen/Bouwfonds); HR 13 juni 1986, NJ 1986, 825 (Wim de Leeuw/Wijnen); HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 (Albada/Inza, aansprakelijkheid van de aandeelhouder).

108. HvJ Ned. Antillen 29 november 1960, NJ 1961, 329 (PPA); Rb. 's-Hertogenbosch 16 februari 1940, NJ 1940, 1041; hierin ging het resp. om een vereniging, resp. om een stichting.

109. Rb. Rotterdam 6 januari 1970, NJ 1970, 245 (Bunge/De Haan).

110. HR 13 juni 1986, NJ 1986, 825 (De Leeuw/Wijnen).

piële vrijheid in de waardering van het gewicht van de belangen komt tot uitdrukking in de bewijslastverdeling, namelijk in het vermoeden van juistheid van het standpunt van het ondernemingsbestuur.

2.4. Factoren

Behalve naar de omvang en het gewicht van de belangen die het bestuur moet afwegen, neemt de rechter bepaalde omstandigheden in aanmerking. De hierna genoemde factoren zijn niet bedoeld als elkaar uitsluitende categorieën, noch zijn het de enige factoren die van invloed kunnen zijn op de rechtmatigheid van het gevoerde beleid of het besluit.

a. De financiële toestand en vooruitzichten van de onderneming

Het feit dat de onderneming na enkele winstgevende jaren gedurende zekere tijd verlies lijdt, is geen gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen, omdat een dergelijk verlies mede kan zijn veroorzaakt door conjuncturele en structurele invloeden.¹¹¹

Als het eigen vermogen in korte tijd sterk daalt en als de rekening-courantverhouding met de moeder in korte tijd omslaat zijn er wel redenen om aan een juist beleid te twijfelen.¹¹²

Een onderneming kan niet worden gedwongen onverplicht en tegen haar wil orders te aanvaarden die haar verliezen zullen opleveren. Dat was het oordeel in een kort geding¹¹³, aangespannen door ondernemingsraadleden, die van mening waren dat hun ondernemer een bepaalde order moest zien binnen te halen.

Bij de vordering tot vernietiging van een besluit om een kostbare machine aan te schaffen legt een beroep op een ongunstige liquiditeitspositie alleen dan gewicht in de schaal indien die liquiditeit dermate ongunstig was, dat evident zou zijn dat de bestuurder de vennootschap wenste te schaden.¹¹⁴

Indien de ondernemer reeds heeft te maken met verliezen bestaat in beginsel voldoende rechtvaardiging voor een besluit of maatregel die het belang van aandeelhouders of werknemers schaadt.¹¹⁵

Zo ook inzake enkele gevallen waarin een vestiging zou worden gesloten.

111.OK 3 mei 1972, NJ 1973, 7.

112.OK 7 januari 1988, NJ 1989, 827 (VBB).

113.Pres. Rb. Rotterdam 26 juni 1978, RM 1971-1981, nr. 51 (NDSM).

114.Rb. Arnhem 17 januari 1946, NJ 1947, 280.

115.OK 24 oktober 1985, ROR 1985/26 (Het Loo Erf).

Heidemij¹¹⁶

Het getuigt niet van een onjuist beleid dat H zich beraden heeft over de voortdurend verliesgevende situatie waarin AAH (dochter van H, BvL) verkeerde. De ondernemingskamer acht het aannemelijk dat ter sanering van deze situatie (gekozen moest worden voor sluiting). Voor gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen is dan slechts plaats indien een ander alternatief kennelijk de voorkeur had verdiend. Dat is niet gebleken.

Ktr. Zevenbergen¹¹⁷

(G)ezien de zeer moeilijke financiële positie van gedaagde; het ontbreken voorshands, van redelijke twijfel over de noodzaak van snelle maatregelen en het beperkte belang van eiseressen bij stipte uitvoering van de genoemde toezegging (mogen) eiseressen thans niet van gedaagde (...) vergen dat zij iedere maatregel leidende tot sluiting van het bedrijf in Etten-Leur achterwege laat (etc.).

De financiële toestand was slechts één der factoren die bij de uiteindelijke belangenafweging een rol mochten spelen in de beslissing van de HR in de ENKA-zaak.¹¹⁸ De ondernemingskamer had echter, gelet op het (door ENKA) omtrent de financiële positie en vooruitzichten gestelde, moeten onderzoeken of ENKA bij de afweging van de belangen van het personeel in Breda tegen de andere betrokken belangen, waaronder met name het belang van de continuïteit van de onderneming als geheel en daarmee het belang van het elders werkzame personeel, niet in redelijkheid had kunnen komen tot het bestreden besluit.

Eveneens met betrekking tot sluiting van een bedrijfsonderdeel, maar meer in het bijzonder over de rechtmatigheid van een dergelijk besluit zonder dat een afvloeiingsmaatregel is getroffen:

Kernenergie-installatie¹¹⁹

De ondernemingskamer verstaat de stelling van de ondernemer dat hij niet de financiële middelen heeft een afvloeiingsregeling te treffen zoals deze door de ondernemingsraad noodzakelijk wordt geacht, aldus dat het treffen van een dergelijke regeling de continuïteit van de onderneming in gevaar zou brengen. Dat dit standpunt (...) kennelijk onjuist zou zijn is niet aannemelijk geworden (...).

De ondernemer had onweersproken aangevoerd dat de getroffen voorzieningen andere bestemmingen hadden en juist toereikend waren en dat er geen stille reserves waren. Bovendien moest een verlies worden aangezuiverd.

De volgende uitspraken gaan meer in het bijzonder over de verbetering van de winstgevendheid van de onderneming.

116.OK 29 mei 1980, NJ 1981, 272 (Heidemij).

117.Ktr. Zevenbergen 23 december 1975, NJ 1977, 556.

118.HR 7 juli 1982, cassatie van OK 22 oktober 1981, NJ 1983, 35 (ENKA).

119.OK 2 december 1982, NJ 1983, 747 (Kernenergie-installatie).

In een procedure over het verzoek om een enquête in te stellen stelt de ondernemingskamer¹²⁰ dat zeker bij onvoldoende rentabiliteit het streven naar verbetering daarvan *op zichzelf* niet als wanbeleid kan worden aangemerkt, omdat onvoldoende rentabiliteit de continuïteit van de onderneming in gevaar kan brengen.

Bij het besluit tot het (ver)plaatsen van een bepaalde machine (waarvan werkgelegenheid was verbonden) behoeft niet de doorslag te geven dat verplaatsing zal leiden tot een kostenverhoging, nu die verhoging gering is en omdat - zoals de ondernemer terecht heeft betoogd - het uiteindelijk gaat om het resultaat van beide produktieplaatsen dat door de verplaatsing uiteindelijk positief zal zijn.¹²¹ In een ander geval leverde het door de ondernemingsraad aangedragen alternatief minder besparingen op dan het voorstel van de ondernemer, zodat diens voorstel niet kennelijk onredelijk was.¹²²

Als een concern jarenlang aanzienlijke verliezen lijdt, hetgeen een ingrijpende reorganisatie (concentratie van werkmaatschappijen) nodig maakt, is het aanvaardbaar om een dochtervennootschap die sterk onrendabel is zelf ook bij de reorganisatie te betrekken.¹²³ De geringe financiële resultaten van die dochter en de moeilijkheden van de bedrijfstak leverden in casu goede grond voor de zienswijze van de ondernemer dat het treffen van slechts interne maatregelen onvoldoende was en dat concentratie geïndiceerd was.

b. directe nadeelstoebrengring aan de vennootschap

Schade aan de vennootschap is geen vereiste om van onbehoorlijk bestuur te spreken. Met betrekking tot de vraag of sprake was van wanbeleid is zulks beslist door de HR inzake OGEM.¹²⁴ Voor de kwalificatie van een enkele gedraging als wanbeleid is de omstandigheid dat schade is ontstaan wel relevant.¹²⁵

Opzet om de vennootschap te benadelen, bijvoorbeeld bij de benoeming van een apert ongeschikt persoon als directeur, is ongeoorloofd. Dit wordt afgeleid uit het Eerste Koedoe-arrest, waarin het benoemingsbesluit in stand bleef, omdat van deze opzet niet bleek.¹²⁶

Het van een oud-commissaris terugvorderen van een bedrag, dat was betaald als gouden handdruk, bracht de vennootschap schadelijke publiciteit toe. Dit was dermate onzorgvuldig dat sprake was van wanbeleid.¹²⁷

Ontslag wegens weigering aanwijzingen van een moedervennootschap op te volgen, welke aanwijzingen ertoe strekken of tot gevolg hebben dat

120.OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (BATCO).

121.OK 4 februari 1982, NJ 1983, 29.

122.OK 22 oktober 1987, ROR 1987/31 (Vijverdal).

123.OK 11 maart 1982, NJ 1983, 30.

124.HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM).

125.HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM).

126.HR 13 februari 1942, NJ 1942, 360 (Eerste Koedoe); Slagter 1990, blz. 101.

127.OK 3 december 1987, NV 1988 blz. 78-80, bekrachtigd in HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM).

het vermogen van de dochtervennootschap ongerechtvaardigd wordt benadeeld kan kennelijk onredelijk zijn.¹²⁸ Ten aanzien van de instructie om zich als dochter hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor concernkrediet oordeelde de president van de rechtbank Arnhem¹²⁹ in dezelfde zin: indien zou zijn gebleken dat het aanvaarden van financiële kruisverbanden het voorzienbaar gevolg zou hebben dat het voortbestaan van de dochter in gevaar komt zou het besluit in strijd met de goede trouw zijn.

Het leegmelken van een gezonde dochtervennootschap, waardoor haar continuïteit in gevaar komt, levert gegronde reden op om aan een juist beleid te twijfelen.¹³⁰

c. efficiency maatregelen

Op zichzelf is het naar mijn mening geen onbehoorlijk bestuur indien de onderneming niet efficiënt wordt gedreven. Indien daardoor echter de continuïteit van de onderneming ernstig gevaar loopt is mijns inziens de grens van behoorlijkheid wel overschreden.

Het staat een ondernemer als werkgever in beginsel vrij er naar te streven dat zijn werknemers optimaal worden ingezet.¹³¹ Het voorkomen van overcapaciteit¹³² en het voorkomen van een inefficiënte aanwending van produktiemiddelen¹³³ kunnen maatregelen, die nadelig kunnen zijn voor werknemers, zoals inkrimping of sluiting, rechtvaardigen.

Het creëren van een overcapaciteit in Brussel was een preventieve maatregel tegen de gevolgen van een staking of een bedrijfsbezetting:

Het treffen van voorzieningen tegen te lopen risico's tengevolge van het uitvallen van produktiecapaciteit is in het algemeen niet in strijd met verantwoord ondernemerschap. Dit is zeker het geval in de sigarettenindustrie waar stagnatie in de produktie blijvende nadelige gevolgen voor de afzet met zich kan brengen.¹³⁴

Een reorganisatie in het Douwe-Egbertsconcern (DE) met het oog op een effectievere (buitenlandse) strategie was (misschien¹³⁵) nadelig voor de centrale ondernemingsraad omdat deze een andere gesprekspartner kreeg. In casu was dat echter onvoldoende om het besluit onredelijk te doen zijn, vanwege een convenant dat DE met deze ondernemingsraad had gesloten, waarin nadere afspraken waren gemaakt over de procedures en adviesbevoegdheden.¹³⁶

128.Rb. 's-Hertogenbosch 11 maart 1983, NJ 1984, 394 (Berkel/Kuiken).

129.Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (Amstelland).

130.OK 25 augustus 1988, NJ 1989, 308 (Corocor).

131.OK 15 februari 1990, TVVS 1990, blz. 102 (SHB).

132.OK 4 februari 1982, NJ 1983, 29; OK 10 december 1981, NJ 1983, 24 (Ford).

133.OK 4 februari 1982, NJ 1983, 29.

134.OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (BATCO).

135.Uit de uitspraak valt dit niet met zekerheid af te leiden; Slagter 1989, blz. 36.

136.OK 16 februari 1989, ROR 1989/7 (DE).

d. risico spreading /vermijding

Het spreiden van risico's komt eveneens als factor naar voren in enkele uitspraken. Zo bijvoorbeeld bij de beoordeling van de overcapaciteit die BATCO in Brussel had laten ontstaan¹³⁷. Het argument van de risicospreiding komt ook voor in het vonnis van de president rechtbank Arnhem inzake Amstelland:¹³⁸

...de continuïteit van dochtervennootschappen (zal) in de regel gebaat zijn bij het aangaan van kruisverbanden als bovenbedoeld. Wanneer het een dochter slecht gaat, zal zij daardoor immers niet meer uitsluitend op eigen krachten aangewezen zijn maar kunnen terugvallen op de steun van andere dochters. De risico's w(o)rden zodoende over een groter vlak verspreid.

In het arrest Blok/De Haan¹³⁹ ging het om een vordering uit onrechtmatige daad tegen een zustermaatschappij van de wederpartij bij een contract in een poging de beperkte aansprakelijkheid van die wederpartij aldus te doorbreken. Het Hof had in deze zaak onder meer overwogen dat het oprichten van een aparte rechtspersoon voor uit te voeren werkzaamheden in het buitenland niet zonder meer onredelijk is te noemen, omdat het kan passen in een gezond op spreading van risico's bedacht ondernemersbeleid. De HR liet het arrest van het Hof in stand.

e. gangbaarheid van het beleid

Het feit dat de getroffen maatregel in vergelijkbare bedrijven ook voorkomt kan een factor zijn bij de beoordeling van de onredelijkheid van het beleid. Aldus is beslist ten aanzien van een beroepsrecht van de directie op de raad van commissarissen¹⁴⁰, de inschakeling van alpha-hulp in plaats van reguliere gezinshulp¹⁴¹, beschermingsconstructies¹⁴² en leiding-op-afstand in concernverhoudingen: "Het is niet ontoelaatbaar dat het bestuur van een concern de leiding daarvan "op afstand" uitoefent. (...) OGEM heeft zich toentertijd niet anders opgesteld dan sommige vergelijkbare concerns in soortgelijke omstandigheden. (...)." ¹⁴³ Inzake Bredero spreekt de ondernemingskamer van "normale eisen van bedrijfsvoering".¹⁴⁴

In een recente beschikking inzake de Stichting Samenwerkende Havenbedrijven (SHB) te Rotterdam¹⁴⁵ stelde de ondernemingskamer voorop dat het bestreden besluit een verlenging inhield van een in het verleden

137. Zie de weergave van de BATCO-beschikking onder het vorige kopje.

138. Pres. Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (Amstelland).

139. HR 2 november 1984, NJ 1985, 446 (Blok/De Haan).

140. OK 25 februari 1982, NJ 1983, 27 (AVRO).

141. OK 14 januari 1982, NJ 1983, 26 (alpha).

142. Hof Amsterdam (appél KG) 15 november 1973, NJ 1975, 8 (HVA); Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 oktober 1984, WPNR 5748 (1985), blz. 520-523 (Wereldhave).

143. OK 3 december 1987, NV 1988, blz. 78-80, bevestigd in HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM).

144. OK 7 december 1989, NJ 1990, 242 (VBB), r.o. 4.2.3.2.

145. OK 15 februari 1990, TVVS 1990, blz. 102 (SHB).

"meermalen benutte mogelijkheid", die plaats had gevonden onder door de ondernemingsraad bedongen voorwaarden.

f. overheidsbeleid

Hoewel een onderneming bij het voeren van beleid in meer of mindere mate afhankelijk kan zijn van een subsidieverlener laat deze omstandigheid haar verplichtingen op grond van de WOR om te overleggen en advies te vragen onverlet.¹⁴⁶ Het feit dat de overheid de ondernemer een bepaald beleid oplegt, bijvoorbeeld het nemen van bezuinigingsmaatregelen, is wel van invloed op de rechtmatigheid van het besluit of het beleid: "Niet aannemelijk is geworden dat de ondernemer niet op goede gronden heeft mogen aannemen dat de in 1981 door voormeld ministerie voorgeschreven maatregelen en de financiële tekorten van de ondernemer tot het zo spoedig mogelijk treffen van maatregelen, waaronder het invoeren van beperkte alpha-hulp, noopten."¹⁴⁷

g. (deskundigen-)advies

Een verkregen goedkeuring ontslaat de beslissende instantie in het algemeen niet van verantwoordelijkheid¹⁴⁸, maar het feit dat deskundigenadvies is ingewonnen speelt wel een rol in verschillende uitspraken van de ondernemingskamer. Dat feit kan ook doorslaggevend zijn voor het oordeel dat geen gegronde reden bestaat om aan een juist beleid te twijfelen.¹⁴⁹ Als het advies dezelfde strekking heeft als het besluit van de ondernemer kan ook het (weerlegbare) vermoeden bestaan dat het besluit niet kennelijk onredelijk is.¹⁵⁰

Het feit dat de ondernemingsraad¹⁵¹ of de vakbond¹⁵² de plannen heeft aanvaard schept een vermoeden van niet-onredelijkheid van het besluit.

Conclusie

Uitgangspunt bij de toetsing van beleid van de onderneming is de beleidsvrijheid ten aanzien van de afweging van de betrokken belangen.

Het beginsel van zorgvuldige belangenafweging (art. 7 BW) vereist dat de relevante belangen worden afgewogen. De relevante belangen zijn die

146.OK 11 juni 1981, NJ 1982, 247 (Busstalling); OK 5 april 1984, RM 1984, nr. 33 (Welterhof).

147.OK 14 januari 1982, NJ 1983, 26 (alpha).

148.OK 3 december 1987, NV 1988, blz. 78-80, bevestigd door HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM), m.b.t. aandelen BuM; Hof Arnhem 22 januari 1986, NJ 1988, 467 (Van Heek/Heka).

149.OK 3 mei 1972, NJ 1973, 7; OK 21 augustus 1980, RM 1971-1981, nr. 56 (pensioenfonds).

150.OK 11 juni 1981, NJ 1982, 247 (Busstalling).

151.Pres. Rb. Almelo 29 mei 1981, NJ 1983, 748 (Texas Instruments).

152.OK 15 februari 1990, TVVS 1990, blz. 102 (SHB).

der kapitaalverschaffers, werknemers, concernbelang en soms bepaalde aspecten van het algemeen belang. De rechter beoordeelt wel óf de relevante belangen zijn afgewogen, maar hij beoordeelt marginaal of deze afweging zorgvuldig is geschied (toetsing op willekeur).

Het is niet mogelijk om, concreter dan in art. 7 BW gebeurt, aan te geven op welke wijze het bestuur de belangen moet afwegen. Deze bepaling van het ondernemingsbeleid behoort tot de vrije beleidsruimte van het bestuur. Wel zijn factoren genoemd die van invloed kunnen zijn op de behoorlijkheid van de gemaakte belangenafweging.

Er moet een onderscheid worden gemaakt in beperkte toetsing en marginale toetsing. De kort-gedingrechter en de ondernemingskamer in het kader van art. 350 BW hanteren soms een bewijsrechtelijke beperkte toetsing. Marginale toetsing dient in mijn opvatting alleen plaats te vinden bij de rechterlijke beoordeling van een belangenafweging gemaakt door een orgaan, dat een speciale vrijheid heeft.

De rechter gebruikt de volgende maatstaven om de beleidsvrijheid van het bestuur te beoordelen: indirecte toetsing, vergelijking van alternatieven en redelijkheidstoetsing (waaronder strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap). Alleen de laatste vorm geeft de 'echte' marginale toetsing aan. De mate van marginaliteit kan verschillen afhankelijk van de aard van de norm, de taak van het orgaan en de andere omstandigheden van het geval.

Hoofdstuk 3

VERBOD VAN HANDELEN IN STRIJD MET WET EN STATUTEN

3.1. Nederlands recht

De vennootschap/onderneming dient zich, net als andere rechtssubjecten, aan het objectieve recht te houden: als de vennootschap of de onderneming een rechtsnorm overtreedt treden in beginsel geen of niet de beoogde rechtsgevolgen in (bijv. artt. 98 lid 1 en 95 lid 2 BW). Voor het bestuur van de vennootschap waarin de onderneming wordt gedreven, betekent dit dat het erop moet toezien dat de vennootschap/onderneming zich aan de algemeen verbindende voorschriften, waaronder tevens de eisen van openbare orde en goede zeden, statuten¹, reglement van de vennootschap² en ongeschreven rechtsnormen (waaronder beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur) houdt. Handelen in strijd met een besluit kan volgens mij analoog aan handelen in strijd met het objectieve recht worden behandeld.³

In dit hoofdstuk wordt, voornamelijk aan de hand van rechtspraak, de vraag onderzocht of strijd met een wettelijke of statutaire bepaling op zichzelf reeds voldoende is om aan te nemen dat een voor de vennootschap/onderneming en haar bestuur geldende zorgvuldigheidsnorm is overtreden.

Het onderzoek naar het bestaan en de omvang van het beginsel dat niet in strijd met de wet mag worden gehandeld toont de eigenaardigheid dat de open normen, waarvan de interpretatie wordt onderzocht, zelf ook in de wet staan. Dit noopte mij tot het maken van een onderscheid tussen concrete en open normen. Concrete normen worden gedefinieerd als normen waarbij de rechter door middel van subsumptie een uitspraak in het

1. Asser/Van der Grinten, nr. 36 en 126; Den Tonkelaar, 1986, blz. 101.

2. Asser/Van der Grinten, nr. 130 en 258; deze passages spreken niet van het reglement als objectief recht voor de bij de rechtspersoon betrokkenen. Overtreding van het reglement heeft echter in de opvatting van Van der Grinten wel dezelfde rechtsgevolgen als overtreding van de statuten. In het onderstaande wordt alleen ingegaan op schending van wettelijke en statutaire bepalingen. Zie ook art. 15 lid 1 sub c van Inv.wet NBW 17 725 Stb 1989, 541.

3. Van der Ploeg diss. 1978, blz. 98; T.J. van der Ploeg, in: Met recht verenigd, 1986, blz. 185-203, m.n. blz. 194.

concrete geval kan doen.⁴ Daartegenover staan de open (ook wel: vage) normen, waarbij de rechter de norm eerst moet interpreteren. Dit onderscheid is soms moeilijk te hanteren, omdat de grens niet altijd even duidelijk is (er zijn gradaties in vaagheid) en omdat een schijnbaar duidelijke norm soms toch voor interpretatie vatbaar blijkt te zijn.

3.1.1. Art. 2:11 jo 13 BW

Is overtreding van een wettelijke bepaling een grond voor nietigverklaring of vernietiging van een besluit van het statutaire bestuur wegens strijd met de goede trouw?⁵ Voor de overzichtelijkheid volgt hieronder eerst een korte bespreking van het systeem van art. 11 en 13 BW.

Volgens art. 11 eerste lid sub a jo art. 13 (art. 2:15 lid 1 sub b NBW) geldt voor iedere overtreding door het bestuur van bepaalde wettelijke bepalingen nietigheid (bevoegdheid van organen)⁶ of vernietigbaarheid (totstandkoming van besluiten).⁷ Dat betekent niet dat het rechtsgevolg in ieder geval in werking treedt. Ten eerste niet, omdat niet altijd beroep wordt ingesteld tegen een aantastbaar besluit. Ten tweede niet omdat voor een beroep op dit rechtsgevolg, ook als het gaat om een declaratoir, bij de uitspraak voldoende belang moet bestaan: Zonder belang geen actie.⁸

Boek 2 BW biedt geen voorziening voor besluiten die in strijd zijn met *wettelijke bepalingen in het algemeen*. Van der Grinten is van mening dat dergelijke besluiten niet geldig zijn. Hij baseert dit op art. 14 AB.⁹

Slagter zou - als al nietigheid van dergelijke besluiten zou moeten worden aangenomen - deze nietigheid baseren op artikel 1373 BW.¹⁰ Van Schilfgaarde keert zich tegen deze opvatting, omdat art. 1373 op

4. M.G. Rood, in: *Gratia Commercii*, 1980, blz. 227v.; zie ook: E.M.H. Hirsch Ballin, R&R 1982, blz. 105-111, m.n. 106; zie echter: H.D. van Wijk, *De norm is per definitie abstract*, Deventer 1971.

5. In dit onderzoek wordt voorbijgegaan aan de problematiek van non-existente besluiten; Asser/Van der Grinten, nr. 147; Van Schilfgaarde, 1988, blz. 219v.; *Rechtspersonen*, aant. 12 ad art. 11 (Van Schilfgaarde).

6. Asser/Van der Grinten, nr. 135; met een beroep op de wetsgeschiedenis: *Rechtspersonen*, aant. 3 ad art. 13 (Van Schilfgaarde); dit geldt zowel wanneer de onbevoegdheid is gebaseerd op de statuten als op de wet.

7. Bijvoorbeeld: HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 (Wijsmuller), strijd met statutaire bepaling omtrent totstandkoming van een besluit en HR 17 september 1982, NJ 1983, 195 (Sterk Baksteenmuur), nietigverklaring wegens onbevoegdheid van de enig 'aandeelhouder'.

8. Zie voor de twee soorten belangen in geval van vernietiging van besluiten: HR 19 mei 1989, NJ 1989, 652, besproken door H.J. de Kluiver, S&V 1989, blz. 191-192. Zie ook Van Schilfgaarde 1988, blz. 217 en in *Rechtspersonen*, aant. 19 ad art. 11 (Van Schilfgaarde).

9. Asser/Van der Grinten, nr. 129. Zo ook: Den Tonkelaar, 1988 blz. 60; tegen deze opvatting: *Rechtspersonen* (Van Schilfgaarde) aant. 17 ad art. 11; in de zevende druk van Van de BV en de NV (1988) noemt Van Schilfgaarde dit wetsartikel wel als grondslag.

10. Slagter 1990, blz. 97.

overeenkomsten betrekking heeft.¹¹ Met een beroep op art. 3.2.7 leden 2 en 3 meent Van Schilfgaarde dat een besluit in strijd met een dwingende wetsbepaling nietig moet worden geacht. Naar NBW (art. 3:40) is er dunkt mij geen verschil in hun opvatting.

Een ander argument voor de opvatting dat dergelijke besluiten nietig zijn, kan worden ontleend aan art. 2:14 eerste lid NBW. Daarin wordt met zoveel woorden bepaald dat een besluit, genomen in strijd met de wet, nietig is, tenzij uit de wet iets anders voortvloeit. Hierbij kan worden aangetekend dat onder meer door Hijma¹² (voor rechtshandelingen in de zin van titel 3.2 NBW) is gepleit voor een meer relatieve opvatting van het nietigheidsbegrip; nietigheid zou niet verder mogen gaan dan met de strekking van de betrokken regel van geschreven of ongeschreven recht in overeenstemming is. De problematiek van de gedeeltelijke nietigheid komt ook in het rechtspersonenrecht voor.¹³ Even als in het vermogensrecht zou hier kunnen gelden dat de gedeeltelijke nietigheid afhangt van de inhoud en strekking van (lees:) het besluit, voorzover dit niet in onverbrekelijk verband staat met het nietige deel.¹⁴

Een besluit in strijd met de openbare orde of met de goede zeden zou, analoog aan het hierboven gestelde ten aanzien van bepalingen in strijd met de wet, in beginsel nietig dienen te zijn.

Een bestuursbesluit dat in strijd is met materiële of formele bepalingen in de *statuten* is op grond van artt. 11 jo 13 BW vernietigbaar.¹⁵ Een uitzondering wordt gevormd door besluiten die in strijd zijn met statutaire bepalingen die de bevoegdheid van het bestuur regelen; dergelijke besluiten zijn nietig.

Overtreding van de *strekking* van de wet kan onder omstandigheden strijd met de *goede trouw*, genoemd in art. 11 lid 1 sub c opleveren.

De formulering van art. 11 : "een besluit (...) kan worden vernietigd: a) wegens strijd met (bepaalde) wettelijke bepalingen; b) wegens strijd met de statuten; c) wegens strijd met de goede trouw" maakt het vrijwel overbodig om in geval van overtreding van de wettelijke bepalingen sub a) een beroep te doen op de goede trouw van sub c). Deze c)-grond kan wel dienst doen bij overtreding van de strekking van de wet, zoals het ter

11. Rechtspersonen, aant. 17 en 18 ad art. 11 (Van Schilfgaarde).

12. J. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, diss. Deventer 1988; zie ook de bespreking van dit proefschrift door J.L.M. Elders, Kwartaalbericht NBW 1989, blz. 13-17; HR 16 november 1984, NJ 1985, 624 (Buena Vista).

13. HR 30 oktober 1964, NJ 1965, 107 (Mante); Hof Amsterdam 22 maart 1984, NJ 1985, 219 (Nesolas).

14. Bijl. Hand. EK 17 725 1989-1990, nr. 12, blz. 8: n.a.v. vragen uit de Eerste Kamer merkte de minister van justitie op dat op besluiten van rechtspersonen o.g.v. art. 3.2.21 NBW ook van toepassing is art. 3.2.17b lid 2 NBW, dat de rechter een zekere vrijheid geeft als de reeds ingetreden gevolgen van een besluit bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt.

15. Echter: HR 14 december 1932, W 12872 en HR 7 december 1932, PW 13310: indien door het besluit in strijd met de statuten geen belang is geschaad en het besluit met medewerking van alle belanghebbenden is genomen is het besluit toch rechtsgeldig.

afweer van een vijandige overname toepassen van crown jewel-, poison pill- en golden parachute-constructies.¹⁶

Zoals we zojuist zagen kan een besluit in strijd met *andere wettelijke bepalingen* onder de noemer van strijd met het gemene recht worden gebracht. Strijd met de goede trouw kan in deze gevallen eveneens een grondslag vormen voor een beroep op nietigheid of voor een vernietigings-procedure. Het nadeel van deze constructie is, dat de enkele overtreding van die andere wettelijke bepaling het beroep niet zal doen slagen; daarvoor is nodig dat aan de (strengere) eisen van strijd met de goede trouw is voldaan. Het zou dan bijvoorbeeld moeten gaan om wettelijke bepalingen die relatief zwaar wegen, de ernst van de overtreding, of de omstandigheid dat de (op zichzelf lichte) overtreding met enige regelmaat geschiedt.

Voor een geslaagd beroep op vernietiging moet voldoende belang bestaan.

In een arrest van Hof Arnhem¹⁷ wordt gezegd dat nietigheid van het besluit in dat geval niet kon worden aangenomen, omdat de wezenlijke inhoud en strekking van het besluit belangrijker zijn dan de wijze van totstandkoming. In een arrest van het Hof Amsterdam¹⁸ werd beslist dat

...de enkele omstandigheid dat moet worden aangenomen dat ook indien de statutaire bepaling zou zijn nageleefd het bestreden besluit niettemin zou zijn genomen, niet reeds meebrengt dat een redelijk belang als voormeld ontbreekt. Of dit redelijke belang (...) ontbreekt hangt van de verdere omstandigheden af. Daarbij komt in het bijzonder betekenis toe aan de inhoud van de overtreden statutaire bepaling, de zwaarte van de overtreding en de betrokkenheid van het lid bij de gevolgen van het besluit.

Indien het besluit in strijd is met de openbare orde of goede zeden kan de goede trouw van pas komen (hetgeen bijvoorbeeld bij sommige emissiebesluiten en andere beschermingsconstructies wordt aangevoerd).

De goede trouw is voorts de aangewezen grond als het gaat om strijd met het reglement.¹⁹

Voor de volledigheid merk ik op dat de goede trouw dienst kan doen als vernietigingsgrond indien sprake is van overtreding van een beginsel van behoorlijk ondernemingsbestuur.

Volgens NBW is een besluit van het bestuur in strijd met *wet of statuten* in het algemeen nietig (art. 2:14 NBW), tenzij de wet anders bepaalt. Naar NBW wordt geen onderscheid gemaakt tussen besluiten in strijd met de wet of met de statuten. De wet bepaalt onder meer anders in geval van bepalingen die de totstandkoming van besluiten regelen, in geval van besluiten in strijd met het jaarrekeningenrecht²⁰ en in geval van art. 25, 26, 27 en 30 WOR.

16. W.J. Slagter, TPR 1989, blz. 97-122, m.n. 106.

17. Hof Arnhem 24 december 1963, NJ 1964, 232 (Ariëns/Waalsteenfabriek).

18. Hof Amsterdam 31 januari 1985, NJ 1986, 97 (Schietsportvereniging).

19. Van der Ploeg, diss. 1978, blz. 99; T.J. van der Ploeg, WPNR 5929 (1989) blz. 521-526; HR 21 juni 1985, NJ 1985, 838 (Febeco): strijd met reglement impliceert strijd met de goede trouw; Pres. Rb. Utrecht 28 juni 1982, KG 121 (KNVB).

20. W.C.L. van der Grinten, WPNR 5642 (1983) blz. 137-141.

In principe zijn besluiten in strijd met de *bevoegdheid* genomen nietig op grond van art. 2:14 eerste lid. Dat geldt zowel voor het geval dat de bevoegdheid berust op de wet als voor het geval dat deze berust op de statuten. Als een besluit is genomen zonder een door de wet of de statuten voorgeschreven handeling van of mededeling aan een ander dan het orgaan dat het besluit heeft genomen, dan is het besluit in beginsel ook nietig. Te denken valt hierbij aan vereiste ontheffingen, voordrachten en verzoeken om advies.²¹

Een uitzondering op de hoofdregel wat betreft de gevolgen van de vernietiging geldt voor meergenoemde statutaire of wettelijke handelingen (in de wet omschreven als voorafgaande handeling of mededeling): het ontbreken daarvan brengt in beginsel ook nietigheid met zich, maar het bevoegde orgaan kan de rechtshandeling bekrachtigen (art. 2:14 lid 2).

Bepalingen in wet of statuten die de *totstandkoming van besluiten* regelen zijn in principe vernietigbaar (art. 2:15 eerste lid sub a). Een besluit met een dergelijk gebrek kan echter door een daartoe strekkend besluit worden bevestigd (zesde lid).

Een besluit van het bestuur (of enig ander orgaan) in strijd met het *reglement*, is vernietigbaar (art. 2:15 lid 1 sub c).

In het NBW wordt met de termen *redelijkheid en billijkheid* uitdrukkelijk gedoeld op de rechtspersonenrechtelijke goede trouw (art. 2:15 eerste lid sub b), de goede trouw die in acht moet worden genomen door degenen die bij de rechtspersoon zijn betrokken. Besluiten in strijd hiermee zijn vernietigbaar.

3.1.2. Enquête

In deze paragraaf wordt onderzocht wanneer beleid van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming(en), gevoerd in strijd met wet of statuten, grond kan zijn voor het instellen van een enquête en wanneer dit de kwalificatie wanbeleid kan opleveren.

"Gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen" zijn in het algemeen aanwezig indien de kans groot is dat bij nader onderzoek blijkt van onjuist beleid.²² De enkele wetsovertreding (in casu het verzuim om aan de ondernemingsraad advies te vragen) is soms niet voldoende voor het bestaan van bedoelde gegronde redenen²³, maar kan dat wel zijn. Dit is afhankelijk van de zwaarte van de norm, de ernst van de overtreding en de regelmaat waarmee de overtreding wordt begaan. Ook niet-bindende gedragsregels hebben soms de kracht van een rechtsnorm (zie OGEM en BATCO-uitspraken).

21. Bijl. Hand. TK 17 725 nr. 3, blz. 59.

22. J.M.M. Maeijer, in noot onder OK 10 december 1981, NJ 1983, 24 (Ford); zie voorts Rechtspersonen art 350, aant. 2 (Boukema).

23. OK 10 december 1981, NJ 1983, 24 (Ford); wel in OK 3 december 1987, NV 1988 blz. 78-80 (OGEM), inzake fusiegedragsregels; dit was wanbeleid in OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (BATCO) inzake OESO-richtlijnen.

Volgens vaste rechtspraak van de ondernemingskamer²⁴ is er gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen als het beleid van de vennootschap in het algemeen niet in overeenstemming is met wettelijke en statutaire bepalingen. Ook indien een orgaan van de vennootschap of de onderneming niet naar behoren (dat wil zeggen: niet in overeenstemming met wettelijke en statutaire bepalingen) is samengesteld kan dat een grond opleveren om aan juist beleid te twijfelen.²⁵ In geval van verduistering van gelden of goederen door het bestuur, waardoor de liquiditeit van de vennootschap in gevaar werd gebracht, werd eveneens een onderzoek gelast.²⁶

Indien één of meer vacatures in het bestuur langere tijd niet worden opgevuld is dat een reden om aan een juist beleid te twijfelen.²⁷

De aanwezigheid en de samenstelling van de *raad van commissarissen* wordt als volgt beoordeeld. Indien in strijd met (de wet of) de statuten een raad van commissarissen ontbreekt is dat een reden om aan een juist beleid te twijfelen²⁸, tenzij dit ontbreken niet in overwegende mate aan de vennootschap te verwijten is, bijvoorbeeld omdat zelfs na intensief zoeken geen geschikte kandidaat is gevonden.²⁹ Het langdurig vacant zijn van een of meer zetels in de raad van commissarissen wordt eveneens als een aanwijzing voor onjuist beleid gezien.³⁰

De ondernemingskamer is van oordeel dat de afwezigheid van een *ondernemingsraad* in een onderneming, waar meer dan 100 werknemers werkzaam zijn, op zichzelf reeds een onderzoek rechtvaardigt. De ondernemingskamer licht dit toe met de stelling dat zonder een ondernemingsraad voor de werknemers de mogelijkheid ontbreekt tot beïnvloeding van en controle op het beleid.³¹

Andere voorbeelden van schending van wettelijke bepalingen die in een enquêteprocedure aan de orde kwamen:

24. OK 21 juli 1988, ng nr. 23/88 (Anderson Europa BV); OK 5 januari 1989, NJ 1990, 298 (Van Dijk BV); zie ook OK 3 december 1987, NV 1988, blz. 78-80, bevestigd in HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM) inzake statutaire goedkeuring van inkoop van eigen aandelen.
25. De rechter mag in een enquête-procedure niet onderzoeken of de raad van commissarissen in een structuurvennootschap is samengesteld in overeenstemming met art. 158 (268) lid 6.
26. OK 17 maart 1983, NJ 1984, 462 (Linders/Hofstee).
27. OK 15 november 1973, NJ 1974, 293; OK 11 juni 1981, ROR 1971-1984/153.
28. OK 21 september 1978, NJ 1979, 403; OK 28 december 1981, NJ 1983, 25.
29. OK 20 april 1989, NV 1989, blz. 171 (Best Golf & Country).
30. OK 27 maart en 1 mei 1980, NJ 1981, 243; OK 11 juni 1981, ROR 1971-1984/153; OK 9 juni 1988, NV 1988, blz. 184 (VVAA).
31. OK 16 april 1987, NJ 1988, 183 (Stolk).

- Het gedurende enige jaren niet houden van de jaarlijkse aandeelhoudersvergadering³² (meestal gepaard aan het nalaten van de vaststelling van de jaarstukken³³).
- Het niet houden van bestuursvergaderingen (hoewel de wet dit niet voorschrijft, is dit in strijd met de strekking van de wet)³⁴;

'Wanbeleid' is bij herhaling door de ondernemingskamer geformuleerd als strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap (zie hoofdstuk 2).

Uit de OGEM-beschikking blijkt dat het niet nakomen van een contract (in casu met Udink) van wanbeleid getuigt, omdat de naam van OGEM daardoor in gevaar werd gebracht.³⁵

Het *ontbreken van een statutaire directie* werd aangemerkt als een aspect van wanbeleid in de enquêteprocedure inzake Van der Klis BV.³⁶

In de zaak ADM Lantana³⁷, waarin ook het statutaire bestuur ontbrak, en waar de raad van commissarissen de honneurs waarnam, ging het niet om een uitspraak in een enquêteprocedure, maar om een verzoek van de aandeelhouders tot ontslag van alle commissarissen ex art. 2:161 (271). Het gedurende enige jaren laten voortbestaan van een dergelijke situatie, zonder dat de raad op zoek ging naar geschikte kandidaten voor de bestuursfunctie, was voor het Hof reden om het verzoek toe te wijzen. Deze beschikking is door de HR vernietigd, omdat het structuurregime op de dag waarop de commissarissen door de rechter zouden worden ontslagen niet meer voor de vennootschap gold.

Zoals reeds opgemerkt zijn de genoemde redenen meestal eerst in combinatie met andere voldoende om aan een juist beleid te twijfelen, dan wel wanbeleid te constateren. Het feit dat met enige regelmaat wettelijke en/of statutaire bepalingen worden overschreden kan op zichzelf onjuist of wanbeleid opleveren.³⁸ Overtreding van de wet is vooral een succesvolle grond voor degenen die om een enquête verzoeken: wetsovertreding is een duidelijke aanwijzing voor onjuist beleid.

3.1.3. Kennelijke onredelijkheid (art. 26 WOR)

Is een besluit van een ondernemer, dat in strijd is met een wettelijke of statutaire bepaling reeds daarom kennelijk onredelijk in de zin van art. 26

32. OK 28 december 1981, NJ 1983, 25; OK 21 juni 1984, NV 1984, blz. 160; OK 16 januari 1986, NV 1986, blz. 84 (Briljant); OK 2 juli 1987, ng nr. 24/87 (Bomco); OK 30 juni 1988, NV 1988, blz. 214-215 (Hogenes); OK 21 juli 1988, ng nr. 23/88 (Anderson Europa BV).

33. OK 16 april 1987, NJ 1988, 183 (Stolk); OK 21 juli 1988, ng nr. 23/88 (Anderson Europa BV); OK 2 juli 1987, ng nr. 24/87 (Bomco); OK 21 juni 1984, NV 1984, blz. 160; OK 19 oktober 1989, ng nr. 28/89.

34. OK 21 juli 1988, ng nr. 23/88 (Anderson Europa BV).

35. OK 3 december 1987, NV 1988, blz. 78-80, bevestigd in HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM).

36. OK 8 oktober 1987, NJ 1989, 270 (van der Klis BV).

37. HR 24 december 1986, NJ 1987, 903 (ADM/Lantana).

38. Handboek nr. 367.

lid 4 WOR? Reeds eerder wees ik op de ongerijmdheid van deze intrekingsgrond binnen ons rechtssysteem (par. 2.2).³⁹

De ondernemingskamer heeft een bijzondere regel voor formele verzui- men: deze kunnen alleen dan de conclusie rechtvaardigen dat van een kennelijk onredelijk besluit sprake is, indien bij de besluitvorming wezen- lijk aan de in de WOR gewaarborgde belangen van de ondernemingsraad is tekort gedaan.⁴⁰ De ondernemingskamer neemt in het algemeen aan dat de ondernemer reeds door het nalaten advies te vragen, bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen (zie par. 5.1.4).

Handelen in strijd met de wettelijke bevoegdheidsverdeling tussen ondernemingsraad en centrale ondernemingsraad werd in één geval ge- sanctioneerd met een beroep op het vertrouwensbeginsel.⁴¹ Deze uit- spraak is niet zonder kritiek gebleven.⁴²

In de beschikking van de ondernemingskamer inzake de Friese Bonds- spaarbank⁴³ werd geoordeeld dat de ondernemingsraad terecht had aan- gevoerd dat de statuten van de bank een reëel obstakel vormden voor het voorgenomen besluit. Het besluit werd echter niet wegens strijd met de statuten kennelijk onredelijk verklaard. De ondernemingskamer was van oordeel dat de ondernemer onvoldoende had aangegeven waarom het besluit - gezien de statuten - wel kon worden genomen; dit duidt erop dat strijd met het motiveringsbeginsel de doorslag gaf.

Analoog aan hetgeen blijktens het voorgaande geldt voor vernietiging van besluiten in de zin van art. 11 BW kan worden gesteld dat bij het beroep op de wetsovertreding voldoende belang moet bestaan. Of dat het geval is kan afhangen van de inhoud van de overtreden bepaling: is het een materiële of formele bepaling. Voorts: de relativiteit van de geschon- den bepaling: beschermt de overtreden bepaling wel een belang dat de ondernemingsraad behoort te dienen? Het belang kan voorts afhangen van de ernst van de overtreding: indien in strijd is gehandeld met de letterlijke tekst van de bepaling, doch in overeenstemming met de strek- king ervan, kan bij een beroep op overtreding onvoldoende belang bestaan. Indien een op zichzelf lichte overtreding met enige regelmaat is geschied, kan intrekking wel op haar plaats zijn.

Voor een beroep ex art. 26 WOR geldt dat slechts beroep kan worden gedaan op bezwaren die reeds in de adviesprocedure aan de orde zijn gesteld.⁴⁴ Dat dit ook geldt voor wetsovertredingen ligt mijns inziens niet geheel voor de hand, gezien de taak van de rechter op te treden tegen schending van het objectieve recht. Een beroep op wetsovertreding kan wel in strijd zijn met de goede trouw die de ondernemingsraad in acht

39. Zie ook Slagter 1989, blz. 16-21.

40. OK 25 februari 1982, NJ 1983, 27 (AVRO).

41. OK 30 augustus 1984, NJ 1985, 475 (Amfas).

42. M.G. Rood, TVVS 1985, blz. 5.

43. OK 9 maart 1989, ROR 1989/9 (Bondsspaarbank).

44. Van Schilfgaarde 1988, blz. 203; o.m. OK 27 mei 1982, NJ 1983, 745.

moet nemen, bijvoorbeeld indien het als misbruik van recht kan worden aangeduid.⁴⁵

3.1.4. Art. 1401 BW

Leverd handelen in strijd met de wet of statuten door het bestuur als orgaan op zichzelf een onrechtmatige daad op, jegens de vennootschap of jegens een ander orgaan? In de onrechtmatigheid daarvan ligt veelal reeds de toerekenbaarheid besloten. Indien is voldaan aan het vereiste van relativiteit, nl. dat de geschonden norm de strekking moet hebben gehad eiser in zijn geschonden belang te beschermen, is handelen in strijd met de wet in beginsel onrechtmatig. Het welslagen van de actie is verder afhankelijk van de vraag of schade is geleden en of er geen sprake is van een rechtvaardigingsgrond. Ook kan een beroep op schending van wet of statuten zonder belang zijn.⁴⁶

Aan de gestelde eisen werd bijvoorbeeld voldaan in een uitspraak⁴⁷ inzake schending van de opschortingsverplichting van art. 25 lid 6 WOR:

Het niet nakomen van de verplichting tot opschorting van de uitvoering van een besluit dat afwijkt van het advies van de ondernemingsraad is een strafbaar feit en als zodanig in beginsel onrechtmatig tegenover de ondernemingsraad als vertegenwoordiger van de in de onderneming werkzame personen.⁴⁸

Zo is het ook denkbaar dat het bestuur tegenover de aandeelhouders onrechtmatig handelt door een gedraging in strijd met de strekking van het vennootschapsrecht. Het invoeren van bepaalde oligarchische of beschermingsconstructies is daarvan een voorbeeld. In de overnamestrijd van Elsevier en Kluwer heeft de directie van Kluwer overwogen de poot van juridische uitgaven, de belangrijkste winstbron van het concern, uit het concern te lichten. Het beursbestuur heeft daar een stokje voor gestoken.⁴⁹ Dit zijn overigens gevallen die niet per se onder de noemer van strijd met de wet behoeven te worden gebracht, omdat niet in strijd wordt gehandeld met een duidelijke wettelijke bepaling, maar met de strekking, zo men wil met de elementaire beginselen, van het vennootschapsrecht.

Onrechtmatig tegenover de aandeelhouders zou ook kunnen zijn de sterfhuisconstructie: het uit het noodlijdende concern lichten van winstgevendende bedrijfsonderdelen, zodat de holding, waarin zij een aandeel hebben, ten dode is opgeschreven, indien daardoor paulianeus wordt gehandeld. De wettelijke bepaling die hiermee lijkt te zijn geschonden is art. 166 (276)

45. OK 26 november 1987, NJ 1989, 271 (IKON); OK 15 februari 1990, ng nr. 50/89 (SHB).

46. Bijv. Pres. Rb. Breda 31 maart 1989, KG 204 (De Wit).

47. Pres. Rb. Utrecht 21 november 1980, ROR 1971-1984/78 (Howson Algraphy).

48. Schending van art. 25 lid 6 WOR is strafbaar gesteld in art 1 sub 4 jo 2 lid 4 WED.

49. Beschreven door W.J. Slagter, TPR 1989, blz. 97-122, m.n. 106; zie ook het geval de Koorenschoof, beschreven door W.C.L. van der Grinten in de NV 1960, blz. 173-177.

BW, dat de bevoegdheid om de rechtspersoon te ontbinden bij de aandeelhouders legt.⁵⁰

3.1.5. Vergelijking met bestuursrecht⁵¹

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur maken deel uit van het ongeschreven bestuursrecht. Strijd met een algemeen verbindend voorschrift wordt daarom niet gerekend tot deze beginselen. Als algemeen rechtsbeginsel vervult de norm, ook in het bestuursrecht een belangrijke functie.⁵²

Onder 'wet' moet mede worden verstaan de algemene maatregelen van bestuur en verordeningen van lagere overheden. De onregelmatige rechtshandeling van het overheidsbestuur is rechtsgeldig totdat door de beroepsinstantie daarover is beslist.⁵³ Als niet tijdig beroep is ingesteld moet van de geldigheid van de rechtshandeling worden uitgegaan.⁵⁴ Op geringe fouten van het bestuursorgaan zou de burger geen beroep moeten kunnen doen.⁵⁵

3.2. Duits recht

Controle op het beleid vindt binnen de onderneming plaats, met name door de raad van commissarissen, de aandeelhouders en de Arbeitsdirektor. Besluiten van het bestuursorgaan die in strijd zijn met de wet zijn, analoog aan onwettige besluiten van de aandeelhoudersvergadering, nietig (§241 AktG).⁵⁶ Voorts geldt voor de bestuurders de zorgvuldigheidsplicht, die hen verbiedt om in strijd met de wet of de statuten te handelen. Zowel voor de zorgvuldigheidsmaatstaf van §93 AktG als voor die van §43 GmbHG wordt in de literatuur uitdrukkelijk opgemerkt dat het tot de plicht van het bestuur van de vennootschap behoort erop toe te zien dat de vennootschap zich rechtmatig gedraagt.⁵⁷

Een met de wet strijdig besluit van de aandeelhoudersvergadering mag door de bestuurders niet worden uitgevoerd.⁵⁸

50. W.J. Slagter, TVVS 1983, blz. 25-31; H.J.M.N. Honée, NV 1984, blz. 16-19.

51. F.W. ter Spil en A.Q.C. Tak, Onwettmatig bestuur, Preadvies VAR 1981; A.Q.C. Tak, in: Bestuur en norm, 1986, blz. 256/257.

52. Donner, blz. 75 en 80; Van Wijk/Konijnenbelt, blz. 37v.; Van der Burg c.s. 1985, blz. 98v.

53. A.D. Belinfante, Kort begrip van het administratieve recht, achtste druk, bewerkt door E.M. van Eijden en P.W.A. Gerritzen-Rode, Alphen aan den Rijn, 1988, blz. 99-101.

54. HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (Heesch/Van den Akker).

55. Ter Spil/Tak, a.w. noot 51, blz. 25v.

56. Kölner Kommentar (Lutter) aant.§241.

57. Kölner Kommentar (Mertens) aant. 27 en 28 ad §93; Rowedder (Koppensteiner), München 1985, aant. 8 §43; MünchHdb (Wiesner) §26 Rnr 7-8.

58. Rowedder (Koppensteiner), aant. 11 §43.

3.3. Engels recht

Strijd met de wet en met statuten is ook in het Engelse recht een fundamentele norm. De vennootschap kan de bestuurders daarvoor aansprakelijk stellen.⁵⁹ Dergelijk gedrag kan door een (minderheids)aandeelhouder voor de rechter worden gebracht op grond van s. 459 CA 1985, als wordt aangetoond dat het beleid van de vennootschap *unfairly prejudicial* is voor deze aandeelhouder en eventueel andere aandeelhouders. Er kunnen dan uiteenlopende voorzieningen worden getroffen, tenzij de aandeelhoudersvergadering besluit dat geen actie wordt ondernomen.⁶⁰

Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat de rechter de vennootschap ontbindt om een bijzondere reden: namelijk als dat *just and equitable* is (s. 122 Insolvency Act 1986). Een verzoek daartoe moet uitgaan van een aandeelhouder (of de Secretary of State for Trade and Industry). De gronden waarop ontbinding wordt verzocht behoeven geen betrekking te hebben op zijn positie als aandeelhouder. Een bestuurder/aandeelhouder die door zijn twee medebestuurders wordt ontslagen kon zich niet beroepen op deze ontbindingsgrond.⁶¹ Fraude of illegale activiteiten leveren voldoende grond voor ontbinding.⁶²

De Secretary of State for Trade and Industry kan een onderzoek laten instellen naar het in de vennootschap gevoerde beleid. De Secretary gaat uit zichzelf over tot onderzoek indien hem gebleken is dat binnen de vennootschap wordt gefraudeerd, dat schuldeisers worden benadeeld, of dat anderszins onrechtmatig wordt gehandeld (s. 431ff CA 1985). Ernstige overtreding van de wet is in dit geval een duidelijke aanwijzing voor optreden.

Conclusie

Het verbod om in strijd te handelen met wet en statuten is een algemeen rechtsbeginsel en geldt daarom ook in het ondernemingsrecht.

De gevolgen van de overtreding van een concrete wetsbepaling of van de statuten verschillen enigszins naar gelang de grondslag van de procedure waarin een beroep op die overtreding wordt gedaan. Als overtreding van een wettelijke bepaling plaatsvindt is er een *prima facie* aanwijzing voor onbehoorlijk bestuur, die aanleiding kan geven tot voorzieningen in kort geding en tot een enquête. Van onbehoorlijk bestuur is in het algemeen eerst dan sprake indien het gaat om een bepaling van enig gewicht. Ook moet zijn voldaan aan de relativiteit van de geschonden bepaling. De eiser moet belang hebben bij het naleven van de geschonden bepaling. Hierbij kan het verschil maken of het gaat om materiële of procedurele belangen; wettelijke en statutaire bepalingen inzake de structuur van de

59. Pennington, blz. 533; Hawkesbury Development Co. Ltd. v Landmark Finance Pty. Ltd. (1970) 92 (N.S.W.) 199.

60. Charlesworth's, blz. 433.

61. Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd. [1973] AC 360; [1972] 2 All ER 492 (HL).

62. Charlesworth's, blz. 443.

vennootschap en de onderneming zijn van groot gewicht. Ook de ernst en de regelmaat van de schending zijn van belang.

Indien niet in strijd met een concrete wettelijke bepaling wordt gehandeld, maar met de strekking van die bepaling of van het vennootschapsrecht, kan de vordering zowel op strijd met de wet als op misbruik van recht worden gebaseerd. Voorzover andere beginselen in concrete wettelijke bepalingen zijn neergelegd (zoals het geval is met motiveringsverplichtingen jegens de ondernemingsraad) kan de vordering zowel op strijd met de wet als op strijd met het bijzondere rechtsbeginsel worden gebaseerd.

Hoofdstuk 4

ZUIVERHEID VAN OOGMERK

De in dit hoofdstuk beschreven beginselen van verbod van *détournement de pouvoir* en het verbod van verstrengeling van belangen kunnen worden herleid tot het beginsel van zuiverheid van oogmerk. Dit beginsel houdt naar mijn mening in dat functionarissen hun bevoegdheden moeten uitoefenen voor het doel van die functie (vgl. art. 3.1.1.14, 3:13 lid 2 tweede gedeelte NBW). Voor het bestuur van de onderneming betekent dit dat de bevoegdheden in beginsel alleen in het belang van de onderneming en in overeenstemming met het doel van de bevoegdheid mogen worden aangewend (*verbod van détournement de pouvoir*) en dat zij niet voor privé-doelen (zowel persoonlijk als kwalitatief) mogen worden aangewend (*verbod van tegenstrijdig belang*).

4.1. *Détournement de pouvoir*

Het verbod om een bevoegdheid aan te wenden voor een ander doel dan waarvoor deze is verleend, is bekend als *détournement de pouvoir*. Het is een van de oudste beginselen. Het beginsel is onder meer te vinden in art. 8 Wet Arob, art. 58 eerste lid Ambtenarenwet, art. 5 Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie en art. 27 Algemene wet inzake rijksbestellingen.

Het beginsel omvat tweeërlei verplichtingen: overheidsbevoegdheden mogen uitsluitend worden gebruikt ten behoeve van het algemeen belang (en niet voor persoonlijke motieven); bovendien mogen zij daarbinnen alleen worden gebruikt voor die specifieke doeleinden, die de wetgever voor ogen heeft gehad bij het verlenen van die bevoegdheden.¹ Men kan spreken van toepassing van het beginsel in een ruime en in een beperkte vorm. De beperkte vorm is de meest gangbare waar het gaat om *détournement de pouvoir*.

Aan het beginsel van *détournement de pouvoir* ligt het specialiteitsbeginsel ten grondslag, dat inhoudt dat iedere administratieve wet alleen op zijn eigen 'speciale', door die wet zelf afgebakende, terrein mag

1. Van Wijk/Konijnenbelt, blz. 116-117.

worden toegepast; zij mag niet dienen tot het bereiken van daarbuiten gelegen doeleinden.²

Détournement de pouvoir wordt niet vaak als beroepsgrond aangevoerd.³ Daarvoor kunnen verschillende redenen worden gegeven: het is moeilijk om te bewijzen welk oogmerk het bestuur had.⁴ Bovendien grenst het beginsel aan andere beginselen van bestuur, zoals verbod van handelen in strijd met de wet.⁵ Vooral hierdoor staat de zelfstandige betekenis van het beginsel van détournement de pouvoir nogal eens ter discussie.

Aan het verbod van détournement de pouvoir komt naast strijd met de wet zelfstandige betekenis toe omdat niet altijd een algemeen verbindend voorschrift valt aan te wijzen in strijd met welke strekking wordt gehandeld. Er kan bijvoorbeeld in strijd zijn gehandeld met de strekking van een begrotingsrichtlijn.⁶

Ook al komt détournement de pouvoir als beroepsgrond niet vaak voor, verschillende schrijvers achten het een belangrijk beginsel: Donner vindt détournement de pouvoir een centraal leerstuk, dat nog steeds van belang is⁷; zonder een dergelijk beginsel zou de burger overgeleverd zijn aan ambtenaren die hun bevoegdheid als passe-partout zouden kunnen gebruiken voor welke vorm van overheidsbeleid dan ook.

Geldt ook voor het bestuur van de vennootschap/onderneming dat het bevoegdheden alleen mag aanwenden voor het doel waarvoor deze zijn verleend? Om deze vraag te kunnen beantwoorden dient te worden teruggegrepen op het algemene vermogensrecht, dat op dit stuk is neergelegd in art. 3.1.1.14 NBW (art. 3:13 NBW), maar dat reeds geldt.⁸ Het artikel bepaalt dat een bevoegdheid niet mag worden uitgeoefend voorzover deze wordt misbruikt. Onder bevoegdheid worden niet alleen de uitoefening van subjectieve rechten begrepen, doch ook de overige privaatrechtelijke bevoegdheden (volmacht, curatorschap, voogdij, bestuurderschap e.d.). Lid 2 van 3.1.1.14 geeft drie voorbeelden van misbruik van bevoegdheid: indien de bevoegdheid wordt uitgeoefend met geen ander doel dan een ander te schaden; met een ander doel wordt gebruikt dan waarvoor zij is verleend (détournement de pouvoir); in geval van onevenredigheid tussen de uitgeoefende bevoegdheid en de voor de ander ontstane schade. Het derde lid bepaalt dat er bevoegdheden kunnen zijn die naar hun aard niet kunnen worden misbruikt. Te denken valt aan de uitoefening van wilsrechten. De bestuursbevoegdheid van het ondernemingsbestuur is geen bevoegdheid die naar haar aard niet kan worden misbruikt.

2. Van der Burg c.s. blz. 109-110; P. Nicolai, NTB 1987, blz. 91-98, m.n. blz. 95; H.D. Stout, in: Rechtsstaat herdacht, 1989, blz. 237-254.

3. Ten Berge/Tak, nr. 737.

4. Van der Burg c.s. blz. 109.

5. Zie bijv. Donner, blz. 108.

6. W. Konijnenbelt, De Assepoester onder de beginselen van behoorlijk bestuur, Rede VAR, gepubliceerd in Geschrift XCII, 1984.

7. Donner, 1987, blz. 109.

8. P. Rodenburg, Misbruik van bevoegdheid, Deventer 1985, Serie Monografieën NBW, deel 4A.

De bevoegdheid van het bestuur van de vennootschap (besturen, vertegenwoordiging en diverse concrete bevoegdheden) berust op de wet en de statuten. Deze bestuursbevoegdheid valt in de terminologie van Rodenburg aan te merken als een functionele bevoegdheid, omdat de bevoegdheden voor een ander moeten worden uitgeoefend, nl. voor de vennootschap en niet voor het eigen belang van de bestuurders. Het doel waarmee de bestuursbevoegdheden moeten worden uitgeoefend is het belang van de onderneming.

Het kan echter zijn dat bijzondere bevoegdheden, zoals de emissie van aandelen, of het besteden van een budget, met een specifiek doel zijn verleend. Mag dat geld alleen voor dat doel worden aangewend? Het is de vraag of het specialiteitsbeginsel ook in het ondernemingsrecht geldt.⁹

Een eigen privaatrechtelijke bevoegdheid mag voor een ander doel worden aangewend dan voor het doel dat de wetgever voor ogen had. Een subjectief gerechtigde op een merk mag zijn recht ook hanteren om een redelijke prijs te handhaven¹⁰, ook al had de wetgever oorspronkelijk slechts onderscheiding der merken voor ogen. Omdat het in deze paragraaf niet om de uitoefening van een eigen recht gaat maar om de uitoefening van een functionele bevoegdheid, is deze beslissing niet van toepassing op de bevoegdheidsuitoefening van het ondernemingsbestuur. Daarvoor geldt dat het ondernemingsbestuur uitmaakt wat het doel der algemene bestuursbevoegdheid, het ondernemingsbelang, in het concrete geval inhoudt. Slechts de relevant geachte belangen mogen worden meegewogen (Hfk. 2). Aanwending van een bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor deze is verleend is daarom - als het om de algemene bestuursbevoegdheid gaat - verwant met het beginsel van zorgvuldige belangenafweging, dat eist dat alleen bepaalde belangen mogen respectievelijk moeten worden meegewogen (par. 2.3).

Het hier behandelde verbod vertoont raakvlakken met het verbod van strijd met de wet en de statuten. Daarnaast vertoont het onderhavige beginsel verwantschap met het verbod van verstrengeling van belangen, omdat beide beginselen zijn terug te voeren op het beginsel van zuiverheid van oogmerk. Aanwending van een bevoegdheid voor in hoofdzaak privébelangen, die onder meer door Löwensteyn onder détournement wordt begrepen¹¹, is altijd détournement de pouvoir als het om de uitoefening van functionele bevoegdheden gaat.

In deze paragraaf wordt besproken wat rechtens is als een bevoegdheid wordt gebruikt voor een ander, doch geoorloofd doel, dan waarvoor de

9. Vgl. de in het bestuursrecht voorkomende vormen van het beginsel in ruime en in beperkte vorm. Voor het specialiteitsbeginsel: F.A.M. Stroink en B.W.N. de Waard, in: Burger en overheid, opstellen bij het afscheid van prof. mr. J.G. Steenbeek als hoogleeraar aan de Utrechtse rechtenfaculteit, 's-Gravenhage en H.D. Stout, in: Rechtsstaat herdacht, Zwolle 1989, blz. 237-254.

10. HR 12 januari 1939, NJ 1939, 535 (Nedigepha); Zie Rodenburg, a.w. noot 8, blz. 32; H.C.F. Schoordijk, Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3 van het nieuwe BW, Deventer 1986, blz. 36.

11. Löwensteyn, diss. 1959, blz. 176v.

bevoegdheid is verleend. De vormen van aanwending voor persoonlijk (of zakelijk/kwalitatief) gebruik worden bij de bespreking van tegenstrijdig belang behandeld.

Nog een afsluitende opmerking over bevoegdheidsuitoefening: het uitoefenen van een bevoegdheid voor een ander doel dan waarvoor deze is verleend, moet worden onderscheiden van de bevoegdheidsuitoefening zonder bevoegdheid, zoals bijvoorbeeld het geval kan zijn bij doeloverschrijding (*Ultra Vires*): zonder bevoegdheid kan geen misbruik plaatsvinden. De grens tussen bevoegdheidsoverschrijding en *détournement* is soms moeilijk aan te geven. Het besteden van een budget voor een ander doel dan waarvoor het door de aandeelhoudersvergadering is verleend is daarvan een voorbeeld.

4.1.1. Emissie van aandelen om zeggenschapsredenen

De rechtspraak over de uitoefening van bevoegdheden waarbij van *détournement* de *pouvoir* sprake zou kunnen zijn, heeft zich ontwikkeld ten aanzien van de bevoegdheid tot het uitgeven van aandelen.

Wat tot het eigenlijke doel van emissie moet worden gerekend, was lange tijd aan discussie onderhevig. Men was het er over eens dat kapitaalvergroting in ieder geval daartoe behoorde. Daarop wijst ook de wets-systematiek¹². De vraag was of emissie uit zeggenschapsoverwegingen tot het eigenlijke doel van een emissie mocht worden gerekend. Emissie kan tot gevolg hebben dat de zeggenschapsverhoudingen binnen de vennootschap veranderen.

Van de drie opvattingen¹³ die over deze kwestie bestonden spreekt slechts één in een dergelijk geval uitdrukkelijk van *détournement*, maar deze opvatting wordt thans niet meer gehoord. De opvatting luidt dat kapitaalvergroting het enige doel van de emissie is en dat dus emissie uit andere overwegingen dan het vergroten van het kapitaal *détournement* oplevert en daarom niet toelaatbaar is.¹⁴

In de tweede opvatting is een dergelijke emissie in principe onrechtmatig, maar wordt erkend dat rechtvaardigingsgronden aanwezig kunnen zijn, zoals het behoud van de zelfstandigheid van de vennootschap.¹⁵

De aanhangers van de derde opvatting achten een emissie om de zeggenschapsverhoudingen te beïnvloeden een eigenlijke bevoegdheidsuitoefening, omdat aan een aandeel twee gelijkwaardige aspecten zijn verbonden: kapitaalrechten en zeggenschapsrechten; daarom is geen sprake van *détournement* de *pouvoir* als aandelen worden uitgegeven om

12. Dat in geval van emissie niet altijd kapitaalvergroting plaatsvindt, nl. niet indien aandelen uit de reserves worden uitgegeven, doet hieraan niets af.

13. A.M. Brenninkmeijer, in: Van vennootschappelijk belang, 1988, blz. 7-19, m.n. blz. 10-11 bespreekt er twee.

14. H.J. Hellema, NV 1969-1970, blz. 21-25, m.n. 24; Noldus, diss. 1969, blz. 48-53.

15. W.C.L. van der Grinten, NV 1968-1969, blz. 121-125; Handboek nr. 164.2; J.M. Blanco Fernández, NV 1989, blz. 153-158, m.n. blz. 153v, gaat ook van de oneigenlijkheid ervan uit.

de zeggenschapsverhoudingen binnen de vennootschap te beïnvloeden.¹⁶ Emissie kan om andere redenen niettemin onrechtmatig zijn. Bijvoorbeeld, in de woorden van Brenninkmeijer¹⁷, indien onevenredig nadeel ontstaat voor de overige aandeelhouders.

Er zijn ruim tien gepubliceerde rechterlijke uitspraken over emissies die beweerdelijk plaatsvonden om de vennootschap te beïnvloeden.

In slechts enkele ervan kan een verwijzing worden aangetroffen naar détournement. Andere uitspraken, zoals het Scholten-arrest, Westertoren/HVA/IBA en Jessel/KNSM¹⁸ zijn minder geschikt, omdat de uitspraken sterk afhankelijk waren van de bijzondere omstandigheden van het geval.

In een kort geding¹⁹, waarin de directeur van een NV schorsing vorderde van het besluit van de commissaris tot emissie, stelde de president vast dat het besluit tot uitgifte van aandelen slechts was genomen om in de aandeelhoudersvergadering waarin over de schorsing van eiser zou worden beslist een meerderheid te scheppen. De president merkte dit besluit aan als détournement, omdat emissie alleen redelijk is als behoefte bestaat aan meer kapitaal.

In een geval berecht door de rechtbank Amsterdam²⁰ luidde het oordeel dat, aangezien het besluit op formeel juiste wijze tot stand was gekomen, de vernietiging alleen kon slagen als eiser zou bewijzen dat het in strijd was met de goede trouw, bijvoorbeeld omdat de emissie op voordeliger voorwaarden had kunnen plaatsvinden, of omdat het besluit was genomen vanwege - in hoofdzaak - andere motieven dan het belang van de vennootschap of de gezamenlijke aandeelhouders.

In Reiss/Immofarm²¹ overweegt het Hof Amsterdam:

(...) dat naar 's Hof's oordeel het aldus gebruik maken van een statutaire bevoegdheid niet ter voorziening in een reële behoefte aan kapitaal, maar om de uitoefening der legitieme rechten van een grootaandeelhouder te verijdelen, ongeoorloofd is, indien daarvoor niet een voldoende rechtvaardiging bestaat.

16. W.J. Slagter, TVVS 1974, blz. 289-294. P.C. van den Hoek, Oneigenlijk gebruik van emissiebevoegdheid door besturen van naamloze vennootschappen, Studiekring Offerhaus, Deventer 1976, blz. 18 e.v.; Sanders/Westbroek, blz. 56-57; Van Schilfgaarde 1988, blz. 89 e.v.

17. A.w. noot 13, blz. 11.

18. HR 4 januari 1963, NJ 1964, 434 (Scholten); het feit dat stromannen werden gebruikt maakt dat deze uitspraak minder goed bruikbaar is; Hof Amsterdam (appèl) 12 januari 1973 en 30 maart 1973, NJ 1975, 7 (HVA), waarin bijzonder was dat het ging om een schijnvolstorting, zodat er van werd uitgegaan dat geen storting had plaatsgevonden; Pres. Rb. Amsterdam 18 maart 1974, TVVS 1974, blz. 331-338 (Jessel/KNSM) waarin de bevoegdheid was verleend met als doel het behoud van de zelfstandigheid van de vennootschap.

19. Pres. Rb. Rotterdam 30 juli 1936, NJ 1937, 729.

20. Rb. Amsterdam 9 januari 1953, NJ 1954, 393.

21. Hof Amsterdam (appèl) 1 april 1971, NJ 1972, 428 (Reiss).

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat emissie met als (uitsluitend) doel het dwarszitten van een zittende aandeelhouder in beginsel onrechtmatig is. Toch heeft zij voor ons doel een beperkte betekenis, omdat niet blijkt dat de ongeoorloofdheid berust op het détournement de pouvoir-karakter van de handeling; deze kan ook voortkomen uit de ongeoorloofdheid van het doel, namelijk opzet om te benadelen. In de grieven, waarover het Hof zijn oordeel uitspreekt, worden zowel de détournement- als de goedetrouwgrond genoemd.

In de Vredestein-zaak²² besloot Vredestein tot een emissie aan Good-year. Daarbij beriep zij zich op de noodzaak zich te beschermen tegen een onbekende beursovervaller. Deze emissie had tot gevolg dat alle bestaande aandeelhouders tezamen in één keer in de minderheid werden gebracht. Deze emissie vond bij het Hof geen genade, omdat aandeelhouder Goodrich daardoor onevenredig veel schade zou oplopen. Het oneigenlijk karakter komt in deze uitspraak niet naar voren, slechts de gemaakte onevenredige belangenafweging (overigens is in beide gevallen sprake van misbruik van recht, art. 3:1.1.14, 3:13 NBW).

In een ander geval²³ werd de emissie ongeoorloofd geacht omdat voor het bereiken van het doel van de emissie (namelijk opheffing van de onbestuurbaarheid van de vennootschap) andere middelen ten dienste stonden.

In het geval Westertoren/HVA/Socfin²⁴ wordt evenmin verwezen naar het détournement-karakter van de emissie. Het Hof heeft daarin de geldigheid van het emissiebesluit slechts bekeken met het oog op de daarmee te bewerkstelligen samenwerking met Socfin. Westertoren had overigens slechts gesteld dat de emissie met het enige, althans voornaamste oogmerk was geschied om een statutenwijziging aangenomen te krijgen en stelde niet dat dit een oneigenlijk, maar een ongeoorloofd doel was.²⁵ Het Hof behoefde zich daarom niet uit te laten over détournement de pouvoir.

In het geval van Wereldhave²⁶ had het bestuur van Wereldhave besloten om aandelen te emitteren, met als doel het bemoeilijken van een bod door twee pensioenfondsen. Wereldhave had echter volgens de rechter met het oog op het vennootschapsbelang gegronde redenen om zich tegen een eventueel bod te verzetten. De pensioenfondsen konden verwachten dat Wereldhave een dergelijke stap zou zetten, omdat een dergelijke beschermingsconstructie algemeen voorkwam bij de toen geregistreerde beursvennootschappen. Bovendien, aldus de rechter, waren de fondsen door de emissie niet benadeeld. Hieruit kan een fiat worden afgeleid voor het aanwenden van een emissie uit andere dan kapitaalbehoefte, omdat de

22. Pres. Rb. 's-Gravenhage 22 mei 1970; appel Hof 's-Gravenhage 15 april 1971, NJ 1971, 301 (Vredestein).

23. Hof 's-Gravenhage 17 maart 1983, NJ 1984, 81 (Reynders/McKinney).

24. Hof Amsterdam 15 november 1973, NJ 1975, 8 (HVA).

25. Emissie ook rechtsgeldig omdat deze op zakelijke gronden berustte: HR 1 april 1949, NJ 1949, 465 (Doetinchemse IJzergieterij).

26. Pres. Rb. 's-Gravenhage 6 september 1983, KG 307, Pres. Rb. 's-Gravenhage 19 oktober 1984, WPNR 5748 (1985) blz. 520-523 (Wereldhave).

constructie algemeen bekend was en omdat de fondsen niet waren benadeeld. Welk principe wordt gehanteerd blijft echter onduidelijk.

Het meest recente geval, inzake Mulder/Van Mook²⁷, is duidelijk. De stelling dat een besluit tot emissie van aandelen alleen genomen mag worden om te voorzien in een behoefte aan vergroting van het eigen vermogen wordt verworpen: "Aandelenemissies kunnen immers mede om andere redenen geldig geschieden".

Concluderend kan ten aanzien van emissie worden gesteld dat het gebruik van de emissiebevoegdheid om de zeggenschapsverhoudingen te veranderen geen détournement is, maar geen misbruik van recht mag opleveren.²⁸ Mijns inziens is hiermee door de rechtspraak de door Slagter e.a. (noot 16) beschreven visie op het doel van de emissiebevoegdheid aanvaard: het zeggenschapsdoel is geen oneigenlijk doel van de emissiebevoegdheid.

4.1.2. Andere gevallen

Het Gerechtshof te Arnhem moest op 10 april 1973²⁹ beslissen over een geval waarin een stichtingsbestuur had besloten tot opheffing van een opleidingsinstituut, dat beheerd werd door een stichting. Vanwege die opheffing werd op een bepaalde wijze (nl. imperatief) ontslag verleend aan (onder meer) de directeur die in dienst van de stichting was. In de procedure was komen vast te staan dat het bestuur daarvóór reeds had getracht de directeur te verwijderen. Het Hof was van mening dat het bestuur in dit geval de weg van het zgn. facultatief ontslag had moeten en kunnen volgen. Door de gekozen procedure had de ontslagene zelfs geen beroep tegen het opheffingsbesluit meer. Het Hof achtte het besluit daarom onrechtmatig tegenover de directeur, en wees het verbod tot uitvoering van het besluit toe.

Dat het in dit arrest om een stichting gaat en niet om een NV of BV maakt voor dit onderzoek geen verschil. Evenmin lijkt mij in dit kader relevant dat de directeur in een arbeidsrechtelijke en niet tevens in een rechtspersonenrechtelijke verhouding tot de stichting stond: de rechtspersonenrechtelijke bevoegdheid tot het opheffen van de stichting werd misbruikt, nl. voor een oneigenlijk doel aangewend.

Een ander geval waarin vennootschappelijke middelen waren aangewend om een arbeidsrechtelijk probleem op te lossen, werd in 1984 berecht door de rechtbank Roermond.³⁰ De statutaire directie van een machinefabriek had een vennootschappenconstructie bedacht, die - na afspraken met de fiscus over winsttoedeling over deze vennootschappen - tot gevolg had dat de onderdirecteur (een werknemer) met terugwerkende kracht geen tantième meer kon genieten. Diens vordering tot betaling van

27. Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 mei 1988, KG 250 (Mulder/Van Mook).

28. Deze laatste vorm blijkt voornamelijk uit de vonnissen inzake Reiss/ImmoFarm en Vredestein.

29. Hof Arnhem 10 april 1973, NJ 1973, 402.

30. Rb. Roermond 9 februari 1984, PraktijkGids 1985, blz. 356.

tantiëmerechten werd toegewezen, onder meer omdat de werkgever het arbeidsrecht had moeten toepassen en niet het vennootschapsrecht. In dit geval was komen vast te staan dat het doel van de constructie het frustreren van tantiëmerechten was. Als een op zichzelf geoorloofde fiscale constructie mede tot gevolg heeft dat eens anders (financiële) rechten worden aangetast levert dit niet zonder meer *détournement de pouvoir* op.

Indien statuten van een vennootschap een bepaalde voorziening kennen, kan het hanteren van een ander middel om datzelfde doel te bereiken eerder niet geoorloofd zijn.³¹

In enkele gevallen waarin een beroep op *détournement* had kunnen worden gedaan, werd de (vagere) goede-trouwgrond toegepast. Dit was bijvoorbeeld het geval bij een besluit tot uitkering van premies, dat in feite neerkwam op ontbinding van een vennootschap, zodat de statutair voor ontbinding vereiste meerderheid kon worden omzeild.³² Verwant hiermee is het vonnis van de rechtbank Rotterdam³³ in welk geval de bestuurders, die tevens enige aandelen hadden, de aandeelhoudersvergadering een besluit lieten nemen tot liquidatie van de vennootschap, met de bedoeling het bedrijf van de vennootschap in een kort tevoren tussen henzelf aangegane commanditaire vennootschap uit te gaan oefenen.

In een ander geval³⁴ weigerde een bestuurder om een onduidelijke reden een kwitantie tot salarisopname bij de bank ten behoeve van de medebestuurder te ondertekenen; hij wordt veroordeeld om aan de betaling mee te werken; hij zou volgens de rechter in deze omstandigheden alleen medewerking mogen weigeren als de omstandigheden veranderd waren en de financiële toestand van de vennootschap geen betaling zou toelaten. Ook dit is naar mijn mening een geval van *détournement*, maar het is door de rechter behandeld als een geval van (on)evenredige belangenafweging.

Er zijn specifieke bestuursbevoegdheden denkbaar die voor een ander doel zouden kunnen worden aangewend. Te denken valt aan: het inschrijven in het Handelsregister, het opstellen van de jaarrekening en het overnemen door middel van een fusie van een andere vennootschap (art. 331 BW).

Als de aandeelhoudersvergadering aan het bestuur een specifieke bevoegdheid verleent, bijvoorbeeld een machtiging verleent om een belangrijke investering te doen, waardoor zij van een belangrijke winstdeling afziet, of een budgetverlening mag het bestuur deze bevoegdheid mijns inziens alleen voor dat doel gebruiken. Het bestemmen van een voorziening voor een ander doel, terwijl er geen grond was te veronderstellen dat

31. Pres. Rb. 's-Gravenhage 22 mei 1970, appel Hof 's-Gravenhage 15 april 1971, NJ 1971, 301 (Vredestein); Hof 's-Gravenhage 17 maart 1983, NJ 1984, 81 (Reijnders/McKinney).

32. HR 17 mei 1940, NJ 1940, 968 (Hagelverzekeringsmaatschappij).

33. Rb. Rotterdam 20 februari 1911, W 9183.

34. Pres. Rb. 's-Gravenhage 20 november 1936, NJ 1937, 179.

het oorspronkelijke doel niet langer behoefde te worden aangehouden, was in VBB³⁵ een grond voor wanbeleid.

Een andere situatie is die waarin de aandeelhoudersvergadering een besluit neemt. De vrij algemeen gedeelde opvatting dat de aandeelhouder in beginsel of althans hoofdzakelijk zijn eigen belang mag dienen, leidt ertoe dat niet gauw sprake is van détournement bij de uitoefening van het stemrecht. Een statutenwijziging met het doel de rechten van een optiehouder te frustreren, is (wel) misbruik van recht, maar geen détournement.³⁶

Handelen met een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is verleend lijkt zich ook voor te doen in een geval waarin de aandeelhoudersvergadering besluit tot de oprichting van een stichting-continuïteit. Het gebruik maken van stemrecht op de aandelen van de stichting om de vennootschap in een afhankelijke positie van een andere vennootschap te brengen, zou men détournement kunnen noemen. Mijns inziens echter is de stichting in beginsel slechts gehouden aan haar doelstelling en wordt de geldigheid daardoor bepaald en niet door de bedoeling van de aandeelhoudersvergadering waarin tot haar oprichting werd besloten.³⁷

Hierboven zijn alleen voorbeelden van détournement uit het vennootschapsrecht gegeven. Denkbaar is dat de ondernemer in de zin van de WOR zijn bevoegdheden aanwendt voor een ander doel. Te denken valt aan de zogenaamde salamitactiek, waarbij de ondernemer een besluit dat als zodanig onder art. 25 WOR zou vallen, in minder belangrijke (niet adviesplichtige) besluiten hakt.³⁸ Ook het splitsen van een onderneming in zulke kleine eenheden dat juist geen instellingsverplichting op grond van de WOR ontstaat, kan als détournement worden aangemerkt. Strikt genomen kan hierbij mijns inziens sprake zijn van wetsontduiking, waartegen ambtshalve door de bevoegde rechterlijke instantie kan worden opgetreden.

4.1.3. Duits recht

De bevoegdheid die het bestuur van een Duitse vennootschap heeft moet worden uitgeoefend in het belang van de onderneming. Aanwending van een bevoegdheid in een persoonlijk belang, zoals het veiligstellen van de positie van het bestuur, is ongeoorloofd en onthoudt aan het bestuursbesluit werkzaamheid.³⁹ De bevoegdheid aandelen te emitteren, hoewel ook in het Aktiengesetz gegroepeerd onder de kapitaalvoorschriften, mag wor-

35. OK 7 december 1989, NJ 1990, 242 (VBB).

36. Pres. Rb. 's-Gravenhage 20 januari 1986, KG 93 (Disselkoen).

37. Pres. Rb. 's-Gravenhage 23 mei 1989, KG 387 (Brill).

38. OK 20 november 1986, NJ 1988, 330 (Radboudziekenhuis).

39. Kölner Kommentar (Mertens), §93 Rn 26; Kölner Kommentar (Lutter) §204, Rn 22-23.

den aangewend om een overname af te weren, indien te vrezen is dat deze overname nadelig zal zijn voor de onderneming.⁴⁰ Mertens⁴¹ acht een bestuur hiertoe zelfs onder omstandigheden verplicht.

4.1.4. Engels recht

De verplichting die op de bestuurders van een Engelse vennootschap rust om een bevoegdheid niet voor een '*collateral*' doel te gebruiken, maar *bona fides in the interest of the company* behoort tot hun *fiduciary duties*, het systeem van zware loyaliteitsverplichtingen, die de bestuurders tegenover de vennootschap in acht moeten nemen. Ook in het Engelse recht is deze verplichting veelal geïllustreerd aan de hand van het gebruik van de emissiebevoegdheid.

Emissie van aandelen met het enkele doel de macht binnen de vennootschap te behouden, bijvoorbeeld door een dreigend overnamebod tegen te houden is niet geoorloofd, hoezeer ook het bestuur meent te handelen in het belang van de vennootschap.⁴² In een Canadese zaak⁴³ werd door Berger J. stelling genomen tegen deze opvatting, omdat deze in strijd was met de regel in *Re Smith v. Fawcett*⁴⁴ inzake registratie van aandelen. In dit laatste geval werd de weigering van het bestuur de overdracht te registreren geïnterpreteerd, omdat deze bevoegdheid in beginsel geheel naar het inzicht van de bestuurders mocht worden uitgeoefend, zolang dit maar te goeder trouw in het belang van de vennootschap geschiedde. Berger zag niet in waarom niet ook bij emissie eenzelfde maatstaf zou kunnen worden gehanteerd. In een latere Engelse zaak, *Howard Smith Ltd v. Ampol Petroleum Ltd.*, kwam vast te staan dat het voornaamste doel van de emissie het ontnemen van de meerderheidspositie was.⁴⁵ De bestuurders streefden daarbij geen privé-belang na. Rechter Lord Wilberforce was van mening dat eerst de aard van de bevoegdheid moest worden onderzocht en vervolgens de bedoeling van degenen die haar hadden uitgeoefend, met respectering van hun beleidsvrijheid. Hij constateerde vervolgens dat in dit geval geen beleidsvrijheid aanwezig was en dat de emissie slechts was gehanteerd om de meerderheid dwars te zitten. Aldus was de bevoegdheid oneigenlijk gebruikt. In beginsel wordt mijns inziens met deze uitspraak erkend dat een emissie mede om andere doeleinden mag plaatsvinden, zolang de uitoefening te goeder trouw in het belang van de vennootschap geschiedt.⁴⁶

40. BGHZ 33, 175; 21, 354, 357.

41. Mertens, a.w. noot 39.

42. *Hogg v Cramphorn Ltd* [1967] Ch. 254; [1966] 3 All E.R. 420 (Ch.).

43. *Teck Corporation v Millar* (1973) 33 D.L.R. (3d) 288 (B.C.S.C.).

44. *Re Smith and Fawcett Ltd* [1942] Ch. 304; [1942] 1 All E.R. 542.

45. *Howard Smith v Ampol Petroleum Ltd.* [1974] 1 All E.R. 1126.

46. Zie ook Charlesworth's, blz. 396.

Voorlopige conclusie

De in deze paragraaf onder *détournement* begrepen vorm van misbruik van recht komt blijkens de rechtspraak in het ondernemingsrecht niet veel voor. Ten eerste kan dit worden verklaard uit de omstandigheid dat er niet veel specifieke bevoegdheden zijn en ten tweede omdat de opvatting over het specifieke doel in de loop der tijd kan veranderen (emissiebevoegdheid); op dit laatste punt verschilt een ondernemingsrechtelijk verbod van *détournement* de *pouvoir* van zijn bestuursrechtelijke tegenhanger. Ten derde is het moeilijk te bewijzen met welke bedoeling een bepaald besluit wordt genomen. De processuele positie van het bestuur ten aanzien van het doel waarvoor de bevoegdheid wordt uitgeoefend is sterk. Omdat voor de bevoegdheidsaanwending begrippen als (on)zorgvuldige belangenafweging (willekeur) en handelen in strijd met de wet worden gebruikt bestaat er in het ondernemingsrecht blijkbaar geen behoefte aan een specifiek beginsel dat *détournement* de *pouvoir* verbiedt.

Een bijzondere vorm van *détournement* de *pouvoir* doet zich wel voor indien een bevoegdheid wordt uitgeoefend voor een doel ter bereiking waarvan wet of statuten een andere speciale bevoegdheid kennen. Dan echter kan worden gesproken van handelen in strijd met de wet of statuten.

In de Bondsrepubliek geldt dat iedere bevoegdheid in overeenstemming met het doel van de vennootschap moet worden uitgeoefend. Het probleem van een emissie wordt daarom opgelost via de rechtmatigheidsvraag. Naar Engels recht moet eerst het doel van de bevoegdheid worden onderzocht en moet vervolgens worden beoordeeld voor welk doel de bevoegdheid werd uitgeoefend en of dat doel geoorloofd was.

Het Nederlandse en Engelse recht verschillen in zoverre van het Duitse dat in de beide eerste gevallen de mogelijkheid wordt erkend dat er bestuursbevoegdheden bestaan die alleen voor een specifiek doel mogen worden aangewend en niet voor een ander, ook al zou die andere aanwending in het belang van de vennootschap zijn (bijvoorbeeld als bij delegatie door de aandeelhoudersvergadering specifiek is bepaald voor welke doeleinden een bevoegdheid mag worden gebruikt). Naar Duits recht kan iedere bevoegdheid rechtsgeldig voor elk niet-vennootschapsvreemd doel worden gebruikt.

4.2. Tegenstrijdig belang, Nederlands recht

Verwant aan het verbod van *détournement* de *pouvoir* is het beginsel dat privébelangen niet mogen botsen met de belangen die men in hoedanigheid moet dienen. Dit verbod kan men aanduiden als het verbod van tegenstrijdig belang maar ook als het verbod van verstrengeling van belangen. Deze laatste norm duidt meer dan de eerste de situatie aan waarin het gevaar van verstrengeling van belangen zich heeft verwezenlijkt. Hieronder zullen deze termen door elkaar worden gebruikt.

Het verbod van verstrengeling van belangen is gericht zowel tot de organisatie als tot de bestuurders persoonlijk. Voor het overheidsbestuur houdt het verbod twee voorwaarden in: de besluitvorming moet op zuivere gronden plaatsvinden en aan de besluitvorming mogen geen persoonlijk betrokkenen deelnemen. In het wetsvoorstel Algemene wet bestuursrecht⁴⁷ is in ontwerpartikel 2.1.4 lid 2 een regel opgenomen die verbiedt dat een persoon die een persoonlijk belang bij een besluit heeft de besluitvorming beïnvloedt. Deze regel is een uitwerking van de meer algemene regel, vervat in het eerste lid, dat het bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid moet vervullen. De regeling van het voorkomen van verstrengeling van een persoonlijk en ambtelijk belang laat de administratie de vrijheid om te kiezen op welke wijze (de schijn van) verstrengeling kan worden vermeden.⁴⁸

Voor bestuurders (en commissarissen) van een onderneming geldt dat zij zich bij de uitoefening van hun taak moeten richten naar het ondernemingsbelang; zij moeten dat laten prevaleren boven hun privébelang.⁴⁹ De norm bestaat niet alleen ter bestrijding van misbruik (en de aansprakelijkheid van de individuele bestuurders die daaraan verbonden kan worden) maar bestaat ook om disloyaal gedrag tegen te gaan.⁵⁰ Verstrengeling van belangen kan namelijk ook leiden tot beslissingen die zonder de aanwezigheid van het tegenstrijdig belang gunstiger voor de onderneming zouden zijn geweest; verstrengeling van belangen kan bovendien een ongunstige beeldvorming van de onderneming in de hand werken.

Door als eis te stellen dat bestuurders en commissarissen zich bij het uitoefenen van hun taak moeten richten naar het belang van de onderneming (vgl. art. 140 (250) BW) erkent het Nederlandse recht in beginsel het verbod van verstrengeling van belangen. Okma beweert dat het détournement-begrip (lees: het nastreven van privé-doeleinden) in het vennootschapsrecht slechts relatieve betekenis heeft, omdat het er niet op aan komt of een vennootschapsvreemd doel is nagestreefd, maar of zo'n belang is behartigd in een mate die niet te verenigen valt met de belangen van de deelgenoten van de vennootschap.⁵¹ Met dit uitgangspunt kan ik mij niet verenigen, omdat het bestuur een functionele bevoegdheid uitoefent, die per definitie voor eens anders belang moet worden uitgeoefend en in beginsel niet voor persoonlijke belangen.

Onder de norm van verbod van tegenstrijdig belang vallen mijns inziens de volgende categorieën van gevallen:

47. Bijl. Hand. TK 1988-1989 nr 21 221, nrs 1-2.

48. Donner, blz. 100; Duk/Loeb/Nicolaï, blz. 52v; L.J.A. Damen, Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur, diss. Deventer 1987, blz. 559v.

49. Onder meer: E.M. Meijers in noot onder HR 30 maart 1928, NJ 1928, blz. 829, m.n. 833; J.M.M. Maeijer, rede 1964, blz. 11; HR 1 april 1949, NJ 1949, 465 (Doetinchemse IJzergieterij).

50. Dorresteyn diss. 1989, blz. 230.

51. Okma, diss. 1945, blz. 114.

1. transacties tussen bestuurders privé en de vennootschap waaronder begrepen de beraadslaging, besluitvorming en uitvoering met betrekking tot die transacties. Daarbij gaat het om transacties met de bestuurder, zoals zijn arbeidsovereenkomst of kredietverlening, en om transacties van de vennootschap met een derde, waarbij de bestuurder een persoonlijk of zakelijk belang heeft.
2. privé-aanwending van goederen van de vennootschap of van de positie binnen de vennootschap/onderneming (waaronder begrepen kennis opgedaan in functie en bevoegdheidsmisbruik).

Hieronder zal worden uitgewerkt op welke wijze de genoemde categorieën van tegenstrijdig belang zijn verwerkt in het Nederlandse ondernemingsrecht.

4.2.1. Rechtshandelingen tussen bestuurder en vennootschap

Art. 146 (256) BW ziet op de vertegenwoordiging bij externe rechtshandelingen, verricht namens de vennootschap.

Voor de gevallen waarin een of meer bestuurders een tegenstrijdig belang hebben in de vennootschap waaraan zij verbonden zijn, bepaalt de wet dat de vennootschap (niet door de bestuurder(s) maar) door de commissarissen wordt vertegenwoordigd. De statuten kunnen anders bepalen: zij kunnen inhouden dat de bestuurders ook in die gevallen bevoegd blijven of dat de vertegenwoordiging wordt opgedragen aan andere personen.⁵² De aandeelhoudersvergadering is steeds bevoegd één of meer andere vertegenwoordigers te benoemen.

In veel statuten vindt men de bepaling dat de bestuurders in dergelijke gevallen de vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt onthouden en dat de raad van commissarissen voor hen vervangers aanwijst.⁵³

Volgens Van der Grinten doet niet elk ondernemingsvreemd belang van de bestuurder hem onbevoegd zijn. Hij is - voor de toepasselijkheid van art. 146 (256) BW - van mening dat het belang van de bestuurder persoonlijk moet zijn⁵⁴; dat begrip wordt door hem blijkbaar opgevat als het belang van de directeur privé; het belang van de directeur in een andere - zakelijke - hoedanigheid (bijvoorbeeld als bestuurder van de wederpartij van de vennootschap) geldt volgens hem niet als tegenstrijdig belang in de zin van art. 146 (256) BW.

Van der Grinten vat bovendien het belang van de directeur privé beperkt op; daaronder valt naar zijn mening niet de voldoening die een bestuurder kan putten uit het feit dat zijn zoon een ruim salaris voor zijn werkzaamheden bedingt. Hij is het dan ook niet eens met de beslissing

52. Handboek, nr. 278; Van Schilfgaarde 1988, blz. 179v.; Pitlo/Löwensteyn, 1986 blz. 299; Jer. Freyters, NV 1963, blz. 57.

53. A.F.M. Dorresteyn, WPNR 5864 (1988), blz. 135-140.

54. Handboek, nr. 278.

van de HR in het geval Maas/Amazone⁵⁵; het schijnt dat de schrijver dus slechts directe financiële privé-belangen erkent in het kader van het onderhavige artikel.

Volgens Freyters leidt een formele uitleg van het begrip, gebaseerd op een vorige - niet ingevoerde - wettekst met de ministeriële toelichting, tot een beperkt begrip tegenstrijdig belang: in deze uitleg kunnen slechts persoonlijke - niet kwalitatieve - belangen van de bestuurder tegenstrijdigheid in de zin van art. 146 (256) BW opleveren.

Een materiële uitleg, naar de ratio van het artikel, is door de Hoge Raad gegeven in het Maas/Amazone-arrest.⁵⁶ Uit dat arrest valt af te leiden dat ideële en indirecte belangen in aanmerking kunnen komen.⁵⁷ Een voorbeeld van indirect tegenstrijdig belang vormden de HCS-zaken: de directeur van HCS wilde twee ondernemingen aan HCS verkopen, die toebehoorden aan een mede door hem beheerste vennootschap. De (kort geding) rechter kon over dit aspect geen uitspraak doen.⁵⁸ Zie hierna over 'corporate opportunities'.

In het kort gedingvonnis inzake De Wit/White Products⁵⁹ erkende de president van de rechtbank Breda een vorm van indirect tegenstrijdig belang: de wederpartij van de vennootschap waarvoor de bestuurder optrad was een vennootschap opgericht door de zoon van de bestuurder. De president achtte het waarschijnlijk dat in de bodemprocedure zou worden beslist dat de eerstbedoelde vennootschap niet gebonden zou zijn. De wederpartij was op de hoogte van het tegenstrijdig belang. De gevraagde ordemaatregel werd toegewezen.

De affaire Macintosh (april 1990) vertoont ook aspecten van tegenstrijdig belang. Het bestuur van Macintosh kwam met de grootaandeelhouder een constructie overeen, die voor het bestuur een management-buy-out zou betekenen, met financiële steun van derden, waaronder die grootaandeelhouder. De activa en passiva van Macintosh zouden worden verkocht aan een vennootschap, behorende tot een vennootschappenconstructie, waarin het bestuur een belang had. Als motief voor deze constructie werden fiscale voordelen opgegeven. Het gevolg van deze constructie zou zijn dat de minderheidsaandeelhouders in Macintosh geen keuze had en een bod van f 46,- op ieder aandeel zou ontvangen. Behalve tegenstrijdig belang bij deze transactie zou ook sprake kunnen zijn van strijd met het gelijkheidsbeginsel.⁶⁰

Dorrestein bepleit in zijn dissertatie⁶¹ eveneens een uitbreiding tot gevallen waarin bestuurders (en andere functionarissen) wegens een indirect belang bij een transactie moeten worden vervangen als vertegenwoordiger van de vennootschap. De uitbreiding omvat het belang van de

55. HR 14 november 1940, NJ 1941, 321 (Maas/Amazone).

56. HR 14 november 1940, NJ 1941, 321 (Maas/Amazone).

57. Jer.Ph.M. Freyters, a.w. noot 52 blz. 58; Van Schilfgaarde 1988, blz. 179.

58. Pres. Rb. Amsterdam 1 augustus 1988, KG 341 (HCS).

59. Pres. Rb. Breda 31 maart 1989, KG 204 (De Wit).

60. Zie voor een vergelijkbaar geval Rb. Rotterdam 20 februari 1911, W 9183, blz. 5 en hoofdstuk 8 hierna.

61. Dorrestein diss. 1989, blz. 231v.

echtgenoot, levensgezel en bepaalde andere familieleden; zij omvat ook het belang als bestuurder (en commissaris), als aandeelhouder of als volledig aansprakelijk vennoot van de wederpartij-rechtspersoon.

Ook ik ben voorstander van een extensieve interpretatie van de norm van tegenstrijdig belang, omdat gekeken moet worden naar de strekking van art. 146 (256) BW. Deze is te voorkómen dat de vennootschap enig nadeel lijdt doordat (één van) haar bestuurder(s) een eigen, althans ondernemingsvreemd belang boven het belang van de vennootschap stel(t)len. Het gevaar dat op deze wijze nadeel voor de vennootschap ontstaat is even groot wanneer het gaat om de belangen van de bestuurder privé, als wanneer het gaat om die bestuurder in een andere hoedanigheid; zie art. 10 Ontwerp vijfde EG-Richtlijn. Voor de definiëring van de kring van 'verdachte' personen zou aansluiting kunnen worden gezocht bij art. 43 sub 4 en 5 Faillissementswet.⁶²

Er zou geaarzeld kunnen worden over de vraag of het huidige art. 146 (256) BW ook geldt voor commissarissen. Voor de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij bestaat sinds de invoering van de derde anti-misbruikwet een dergelijke regeling wel voor tegenstrijdig belang van een commissaris (art. 47). Het lijkt mij in overeenstemming met de structuur en de opzet van het vennootschapsrecht dat de primaire gedragsnormen die voor bestuurders gelden ook voor commissarissen gelden. Indien een tegenstrijdig belang bestaat tussen de commissaris van de vennootschap en de wederpartij dient de commissaris zich tenminste van stemming in de raad van commissarissen te onthouden.⁶³

De rechtshandeling verricht in strijd met art. 146 (256) BW is onbevoegd verricht. Een geslaagd beroep tegenover de hypotheekverlenende banken op dit artikel werd gedaan in de Nesolas-zaak, hoewel daarin van belang was dat de banken op de hoogte waren met de onbevoegdheid.⁶⁴ Het is echter geen uitgemaakte zaak dat de bevoegdheidsbeperking werking tegenover derden heeft.⁶⁵

De regeling voor tegenstrijdig belang kan leiden tot onpraktische situaties: de directeur van een warenhuis zou niet zonder meer als klant in zijn 'eigen' winkel kunnen kopen. Als het gaat om alledaagse transacties van geringe omvang zou de regeling niet van toepassing behoeven te zijn. Tunc noemt als voorbeeld het gebruik van een taxi van het bedrijf door de directeur van de taxicentrale.⁶⁶ Dorresteyn zou transacties van geringe

62. Dorresteyn diss. 1989, blz. 86-87.

63. Anders: Handboek, nr. 278. Zie echter art. 10 ontwerp vijfde EG-Richtlijn; in de zomer van 1989 deed een dergelijk tegenstrijdig belang zich voor bij het overname-bod van de PLEM op Lima-Gas in Limburg. Drie commissarissen van LIMA-gas waren tevens commissaris bij PLEM. De commissarissen hebben zich uiteindelijk onthouden van stemming.

64. Hof Amsterdam 22 maart 1984, NJ 1985, 219 (Nesolas).

65. Vgl. W. Westbroek, in: Tot Vermaak Van Slagter, 1988, blz. 381-389; P. van Schilfgaarde, WPNR 5940 (1989), blz. 747-752; Handboek, nr. 278.

66. André Tunc, On the virtues of codification: the contracts in which a director is interested, Festschrift Kurt Lipstein, Heidelberg 1980, blz. 343-353.

waarde en transacties op basis van gestandaardiseerde voorwaarden buiten een tegenstrijdig belangregeling willen houden.⁶⁷

Opvallend is dat het Nederlandse recht in gevallen van transacties met derden alleen een voorziening (van regelend recht) kent, die betrekking heeft op de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Gezien de risico's zou het voor de hand liggen dat in de sfeer van de besluitvormingsprocedure maatregelen worden voorgeschreven die kunnen voorkomen dat (de schijn wordt vermeden dat) belangen op ongeoorloofde wijze verstrengeld raken. Belangrijke suggesties in die richting zijn door de ondernemingskamer gedaan in de uitspraak inzake *Linders/Hofstee*.⁶⁸ De ondernemingskamer vond het belangrijk dat de besluitvorming in een grotere openheid geschiedde. Dit zou onder omstandigheden kunnen inhouden dat tijdig volledige informatie wordt verstrekt, zowel mondeling als schriftelijk. Met volledig wordt volgens Maeijer bedoeld: dat de schijn kan worden vermeden dat tegenstrijdig belang een rol heeft gespeeld.⁶⁹ Volgens de ondernemingskamer kan het voorts wenselijk en in sommige gevallen zelfs geboden zijn om een onafhankelijke derde als adviseur/taxateur in te schakelen. Bijvoorbeeld lijkt dit de aangewezen weg als de betrokkene vanwege zijn specifieke positie of deskundigheid bij de transactie betrokken moet blijven.

In de OGEM-enquêteprocedure⁷⁰ werd ten aanzien van de doorverkoop van eigen aandelen aan de Donega-combinatie waarin één van de OGEM-commissarissen belang had eveneens benadrukt dat in de sfeer van de besluitvorming onzorgvuldigheden waren begaan die de indruk lieten ontstaan dat persoonlijke belangen niet voldoende gescheiden bleven. Ook ten aanzien hiervan deed de ondernemingskamer suggesties voor procedurele maatregelen.

Indien het wenselijk wordt geacht situaties van tegenstrijdig belang te voorkomen kan van functionarissen worden verlangd vóór hun indienst-treden een opgave te laten doen van hun nevenbetrokkingen (zie voor commissarissen art. 142 (252) lid 3 BW) en eventueel ook van substantiële aandelenpakketten in de vennootschap of in andere vennootschappen. Wijzigingen in deze (financiële) belangen kunnen afhankelijk worden gesteld van goedkeuring door de aandeelhouders of de raad van commissarissen. Ook zou een meldingsverplichting kunnen worden ingesteld (zie ook art. 9 lid 3, vijfde EG-Richtlijn). De incompatibiliteitenregeling voor commissarissen in een grote NV of BV (art. 160 (270) BW) heeft vooral ten doel twee functionele, maar ook mogelijk persoonlijke tegenstrijdige belangen gescheiden te houden. Deze norm komt ook terug in de rechtspraak op art. 158 (268) lid 6 BW.⁷¹ De incompatibiliteitenregeling heeft echter

67. Dorresteyn diss. 1989, blz. 53 en 230.

68. OK 17 maart 1983, NJ 1984, 462 (*Linders/Hofstee*).

69. In zijn noot onder de beschikking in de NJ 1984, 462.

70. OK 3 december 1987, NV 1988, blz. 78-80, bekrachtigd in HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM); vgl. Dorresteyn diss. 1989, blz. 62v.

71. OK 2 februari 1989, NJ 1990, 86 (*Kodak*).

ook een nadeel omdat daarmee tevens de gunstige effecten van dubbel-functies worden weggenomen.⁷²

Het probleem van het tegenstrijdig belang krijgt geheel andere perspectieven bij zgn. eenpersoonsvennootschappen, waarin een countervailing power afwezig is.⁷³ In het Ontwerp 12e EG-Richtlijn inzake eenpersoonsvennootschappen⁷⁴ zijn voorzieningen opgenomen ter bescherming van crediteuren van dergelijke vennootschappen (te noemen zijn: statutaire voorzieningen en schriftelijke vastlegging van besluiten van de aandeelhoudersvergadering).

De wetgever heeft (onbewust?) door middel van wetgevingstechniek aangegeven hoe belangrijk hij het voorkómen van verstrengeling van belangen acht. Ten aanzien van deelname aan besluitvorming in organen van vennootschappen door personen met een belang wordt in de aanpassingswet NBW⁷⁵ een regeling voorgesteld die in de statuten kan worden opgenomen (art. 2:12 NBW). Dit is een minder dwingende wetgevingstechniek dan in art. 146, dat in principe vervanging voorschrijft, maar waarvan de statuten mogen afwijken.⁷⁶

4.2.2. Privégebruik van goederen en positie

Het behoeft geen betoog dat het niet is toegestaan goederen van de rechtspersoon voor privé-gebruik aan te wenden, tenzij dit is overeengekomen met het bevoegde orgaan.

De bestuurder loopt de kans aansprakelijk te worden gesteld voor de schade die de vennootschap lijdt door zijn handelen. Indien op grote schaal geld of goederen aan de vennootschap worden onttrokken kan sprake zijn van onbehoorlijke taakvervulling, onrechtmatige daad⁷⁷, wanbeleid⁷⁸ en kennelijk onbehoorlijk bestuur. De bestuurder kan ook worden beticht van verduistering en diefstal.

Mag de bestuurder informatie die hij opdoet vanuit zijn positie als bestuurder van de vennootschap aanwenden ten eigen voordele? Naar Ne-

72. Dorrestein diss. 1989, blz. 78v. en blz. 236; H. Luijk, TVVS 1986, blz. 40v.; zie ook de beschikking inzake Kodak (vorige noot).

73. L. Timmerman, NV 1986, blz. 60-63; HR 20 oktober 1989, RvdW 232 (Ellem Beheer BV); de aandeelhoudersvergadering van een BV dechargeerde de bestuurder/meerderheidsaandeelhouder voor het verrichte bestuur, vóórdat de aandelen in de BV werden verkocht. Een volgende eigenaar van de aandelen in deze vennootschap trachtte het dechargebesluit aan te tasten, toen deze er achter kwam dat de vennootschap onder het bestuur van de bewuste bestuurder een aanzienlijke lening aan een onbekende vennootschap had verstrekt. De HR was van oordeel dat de decharge rechtsgeldig was verleend.

74. 6 juni 1988, Pb 1988 C 173/10; SER advies dd 16 juni 1989, nr. 89/14; A.F.M. Dorrestein, WPNR 5935 (1988), blz. 637-641; M. van Olffen, TVVS 1990, blz. 9-12.

75. Wet van 17 december 1989, Stb. 541.

76. W.J. Slagter, TVVS 1983, blz. 142-152, m.n. blz. 147.

77. HR 21 december 1956, RvdW 1957, 1.

78. OK 17 maart 1983, NJ 1984, 462 en OK 8 oktober 1987, NJ 1989, 270; (Van der Klis BV).

derlands recht is dit niet zonder meer verboden.⁷⁹ In specifieke gevallen, zoals misbruik van voorwetenschap⁸⁰, kan een privaatrechtelijke norm zijn geschonden (strafrechtelijk is dit gedrag verboden in art. 336a WvSr).

Privé-gebruik van informatie kan wanprestatie van de bestuurder tegenover de vennootschap/werkgever opleveren (art. 7, 8 resp. art. 1302 BW). Is de vennootschap een beurs-NV dan gelden voor haar de bijzondere voorschriften uit hoofde van het lidmaatschap van de VEH. Art. 28 f en h van het Fondsenreglement verplichten de vennootschap aan het beleggend publiek de wijzigingen in de structuur van de deelnemingen in haar kapitaal bekend te maken en ook om elk feit of elke gebeurtenis waarvan moet worden aangenomen dat daarvan een aanmerkelijke invloed op de koers zal uitgaan, te publiceren.

In de Modelcode voorkoming misbruik van voorwetenschap wordt onder meer bepaald dat de bestuurder (evenals de commissaris en anderen die toegang hebben tot koersgevoelige informatie) geen transactie mag aangaan met betrekking tot aandelen van de NV, wanneer hij kennis draagt van koersgevoelige informatie. Hij mag evenmin aan derden dergelijke informatie meedelen. Verder mag hij aandelen in de NV niet verhandelen binnen een bepaalde periode vóór publicatie van financiële berichten van de vennootschap. Overtreding van deze regels kan leiden tot een onderzoek door het controlebureau van de VEH, tot schorsing en tot vervallen van de notering.

Naar mijn mening laat de stand van het huidige Nederlandse vennootschapsrecht niet de conclusie toe dat het gebruik maken van 'corporate opportunities' door de directeur-privé nooit is toegelaten. Het voor de neus van de vennootschap weggapen van een transactie is een probleem dat weinig aandacht krijgt in rechtspraak en literatuur. Eén keer is een dergelijk probleem expliciet in de rechtspraak aan de orde geweest.⁸¹

Een bestuurder van een onroerend-goedmaatschappij trad bij een transactie behalve als vertegenwoordiger van de maatschappij tevens op als makelaar en ontving als makelaar provisie. De maatschappij wilde de provisie terugvorderen, omdat hij zich - volgens haar stellingen - bij de transactie tussen geschoven had. Nu was het bijzondere van het geval dat de bestuursfunctie voor de betrokken bestuurder slechts een nevenbetrekking vormde; de man was bovendien reeds jarenlang makelaar geweest. Deze - en andere - omstandigheden in aanmerking genomen, zou het volgens de rechtbank Haarlem niet onredelijk zijn als de bestuurder de provisie behield. De Rechtbank gaf een bewijsopdracht aan de maatschappij. Gezien de bijzondere omstandigheden van dat geval kan aan de beslissing niet veel waarde worden gehecht.

Het leerstuk van de corporate opportunities vertoont verwantschap met het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst: een bestuurder die een buitenkansje, dat hem in hoedanigheid is aangeboden, voor zich zelf

79. Zie bijv. het hierna te bespreken arrest van HR 30 maart 1928, NJ 1928, blz. 829.

80. C.Ae. Uniken Venema, in: Jurist en bedrijf, 1980, blz. 167-195; idem, in TVVS 1985, blz. 265-280, m.n. blz. 275. Door Dorresteyn wordt misbruik van voorwetenschap in beginsel buiten het terrein van tegenstrijdig belang gehouden, omdat door een dergelijke handelwijze de vennootschap meestal niet wordt benadeeld: diss. blz. 16.

81. Rb. Haarlem 30 december 1941, NJ 1942, 798.

aanneemt (ook indien hij eerst ontslag neemt) handelt in strijd met dat beding. Zonder een uitdrukkelijk concurrentiebeding kan de vennootschap alleen op grond van algemene bepalingen, zoals art. 7 of 1401 BW, daartegen optreden.⁸² Deze actie is ook nog mogelijk indien de bestuurder niet meer in dienst is.

Een ander geval waarin corporate opportuniteiten in het spel waren betreft de HCS-zaak.

De directeur van HCS kocht via 'zijn' Holding Reiss & Co twee vennootschappen die aan HCS waren aangeboden, maar die HCS op dat moment niet kon betalen. Drie kwart jaar later werden de aandelen van de beide vennootschappen weer aan HCS aangeboden, maar voor een prijs die aanmerkelijk hoger lag dan welke Reiss & Co daarvoor had betaald. Bij enkele (Schotse) aandeelhouders viel dit verkeerd. In twee kort-geding procedures trachtten zij te voorkomen dat HCS de betrokken aandelen aankocht; althans zij trachtten meer informatie te krijgen over de waarde van de bedrijven.⁸³ Dat is hun niet gelukt. De vordering uit onrechtmatige daad tegen Reiss & Co werd afgewezen. De dubbele functie van de bestuurder verplicht deze volgens de rechter niet tot het verstrekken van meer informatie dan ook HCS kan verstrekken. Bovendien kunnen aandeelhouders slechts ter vergadering hun informatierecht uitoefenen, bijzondere gevallen buiten beschouwing gelaten. De aandeelhouders stemden vervolgens tegen de transactie. De kort-geding procedure die zij aanspanden om een hernieuwde poging van het bestuur te blokkeren mislukte eveneens: de president stelt vast dat de eisende aandeelhouders niets tegen de koop op zichzelf hebben, maar tegen het feit dat Kuyten aan de transactie persoonlijk voordeel overhoudt. De handelwijze van de bestuurder kan wanprestatie tegenover HCS inhouden, of een onrechtmatige daad tegenover de aandeelhouders, maar dat kan in deze procedure, waarin een verbod tot uitvoering wordt gevorderd, niet aan de orde komen. Vanwege de ingewikkeldheid van de door eiser aangevoerde juridische argumenten kunnen deze niet in kort geding worden besproken. Dan volgt een belangenafweging die in het voordeel van HCS/Reiss & Co uitvalt.

In dit geval wordt de bestuurder niet verweten de twee vennootschappen te hebben gekocht, nadat ze aan HCS waren aangeboden (het gebruik maken van de corporate opportunity); hem werd verweten dat hij ze korte tijd later voor een aanmerkelijk hoger bedrag aan HCS doorverkocht. Het tegenstrijdig belang omdat hij vertegenwoordiger/bestuurder en materiële wederpartij was maakte de situatie voor Engelse aandeelhouders onaanvaardbaar, zolang geen nadere inlichtingen werden verkregen. Dit standpunt van de aandeelhouders acht ik gerechtvaardigd; hiervoor maakt het mijns inziens geen verschil dat achteraf mocht blijken dat de transactie voordelig was voor de vennootschap. Het gaat om zorgvuldigheidsnormen voorafgaand aan de besluitvorming. Het feit dat de transactie voordelig bleek uit te pakken kan hooguit het belang aan een actie ontnemen.⁸⁴

Weigerachtigheid van het bestuur om gegevens aan de aandeelhouders te verstrekken over de resultaten van ondernemingsactiviteiten, welke resultaten aan door de bestuurders beheerste vennootschappen werden toegerekend, zou ook kunnen worden gezien als misbruik van informatie.⁸⁵ Nu vind ik het beter om het toerekenen van resultaten aan 'privé-vennootschappen' te rangschikken onder verstrengeling van belangen. Het niet

82. Huizink diss. 1989, blz. 115.

83. Pres. Rb. Amsterdam 15 juni 1988, KG 276 en 1 augustus 1988, KG 341 (HCS); A.F.M. Dorresteyn, TVVS 1988, blz. 313-315.

84. Anders: Slagter 1990, blz. 134-136.

85. Zoals ik deed in mijn artikel over tegenstrijdig belang in TVVS 1987, op blz. 31.

verstrekken van informatie daarover kan in ieder geval de schijn wekken dat tegenstrijdig belang een rol heeft gespeeld; het verstrekken van informatie kan, evengoed als bijvoorbeeld de aanwezigheid van een toezicht-houdend orgaan, zoals de raad van commissarissen, voorkómen dat verstrengeling optreedt, maar kan ook dienen om tegen een gerealiseerde verstrengeling op te treden.

De vraag of een bestuurder misbruik maakt van zijn positie is vaker aan de orde geweest.

Een bestuurder/groot-aandeelhouder die zijn meerderheidspositie in de aandeelhoudersvergadering gebruikt om zichzelf een onevenredige salarisverhoging toe te delen, misbruikt zijn positie.⁸⁶

Als de bestuurder zijn meerderheidspositie in de aandeelhoudersvergadering aanwendt om zijn mede-bestuurder te ontslaan kan dat gerechtvaardigd zijn, indien dat in het belang van de vennootschap is (bijvoorbeeld gezien haar uitzichtloze toestand) en indien opzet om te benadelen of zichzelf onbillijk te bevoordelen afwezig is.⁸⁷

Als de medebestuurder/aandeelhouder in een 50/50-verhouding niet op de aandeelhoudersvergadering aanwezig is, waarop een emissiebesluit zal worden genomen, moet de wel aanwezige bestuurder de vergadering verlaten, als hij vermoedt dat de oproep de betrokkene niet heeft bereikt.⁸⁸

Van een aandeelhouder/enig bestuurder van een NV die zijn zuster beweegt vrijwel al haar aandelen aan hem over te dragen en hem over de overige door haar gehouden aandelen zeggenschap te laten uitoefenen kan volgens de HR in het algemeen niet worden gezegd dat hij zich schuldig maakt aan wanprestatie of onrechtmatige daad jegens de overige aandeelhouders; zelfs niet indien dat handelen ten eigen bate geschiedt met het doel een machtspositie te verwerven.⁸⁹

Afgaande op deze (weinig recente) rechtspraak wordt de positie van de bestuurder/aandeelhouder niet door bijzondere zorgvuldigheidsregels beheerst, maar door het verbod om in de vergadering misbruik te maken van meerderheidsmacht.

In recente rechtspraak op grond van het enquêterecht wordt deze opvatting genuanceerd. De omstandigheid dat de mede-aandeelhouder(s) niet bij de dagelijkse gang van zaken is (zijn) betrokken is een reden te meer om zich strikt aan wettelijke en statutaire bepalingen te houden.⁹⁰ Als de bestuurder bovendien gebruik maakt van personeel en faciliteiten van de mede-aandeelhouder is het niet met een juist beleid te verenigen dat de bestuurder zijn mede-aandeelhouder van regelingen terzake van de verrekening onkundig laat.⁹¹

86. HR 9 januari 1941, NJ 1941, 528 (Willink/Ter Kuile).

87. Rb. Arnhem 17 januari 1946, NJ 1947, 280.

88. Hof 's-Gravenhage 17 maart 1983, NJ 1984, 81 (Reijnders/McKinney).

89. HR 21 mei 1965, NJ 1965, 365 (Mogendorff).

90. OK 5 januari 1989, NJ 1990, 298 (Van Dijk BV); OK 11 januari 1990, ng nr. 45/88 (Friezendorp BV).

91. OK 19 oktober 1989, ng nr. 28/89; OK 22 maart 1990, ng nr. 46/89 (Vertimart).

4.3. Duits recht

4.3.1. Rechtshandelingen tussen bestuurder en vennootschap

Het verschijnsel van tegenstrijdig belang is, hoewel het voorkomen daarvan wel is erkend als een van de *Treuepflichten*, in het Duitse recht evenals in het Nederlands recht fragmentarisch geregeld. Door middel van inrichtingseisen binnen de vennootschap, waarbij in het bijzonder is te denken aan aan de verplichte raad van commissarissen, is een structurele voorziening ter voorkoming van verstrengeling gecreëerd. Daarnaast speelt §181 BGB inzake 'Insichgeschäfte' bij algemene vertegenwoordigingsrelaties een rol.

De aanstelling van bestuurders in een AG geschiedt door een onafhankelijke raad van commissarissen. Er gelden diverse goedkeuringsvereisten. Voor de AG en voor de GmbH is een voorziening getroffen voor het verstrekken van leningen aan een bestuurder: §89 AktG bepaalt dat aan een lening ten behoeve van een bestuurder of aan een instantie waarin deze een functie vervult, een besluit van de raad van commissarissen ten grondslag moet liggen. §43a GmbHG bepaalt dat leningen aan bestuurders niet uit het stamkapitaal mogen worden verstrekt.

De zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat betrokken bestuurders niet mogen meestemmen (er is een bijzondere bepaling in §142 lid 1). Er geldt verder een incompatibiliteitsregeling (§105 AktG).

4.3.2. Privégebruik van goederen en positie

De zorgvuldigheidsverplichting brengt mee dat een bestuurder niet persoonlijk mag profiteren van zijn positie.⁹² Een bestuurder die als zodanig een aanbod kreeg om 'kolbenstangenlose Druckmittelzylinder' te gaan verhandelen, zegde zijn baan op en richtte een eigen bedrijf in dezelfde branche op waarin deze cilinders werden vervaardigd en verhandeld. Het Hof was van oordeel dat het toelaatbaar is dat iemand, die persoonlijk een aanbod wordt gedaan en ontslag neemt, een dergelijke kans aanneemt. Het BGH was het daarmee niet eens:

Nach §43I GmbHG hatte der Beklagter (...) die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu wahren und in diesen Rahmen die Pflicht, im allen Angelegenheiten, die das Interesse der Kläger berührten, allein deren Wohl und nicht seinen eigenen Nutzen oder der Vorteil anderer im Auge zu haben.

Dit beginsel kan ook worden afgeleid uit §117 lid 1 AktG: wie opzettelijk een lid van het bestuur of de Aufsichtsrat beïnvloedt hetgeen tot schade van de vennootschap leidt, is aansprakelijk voor de schade. De betrokken functionarissen zijn hoofdelijk aansprakelijk als zij daarbij in strijd met hun plicht hebben gehandeld (lid 2).

92. BGH 23 september 1985, NJW 1986, blz. 585; Maximilian Schiessl, GmbHR 1988, blz. 53-56.

Het verbod om vanuit de vennootschappelijke betrekking persoonlijk voordeel op te doen is naar Duits recht ontwikkeld naar het model van het concurrentieverbod: §88 AktG: voor een nevenbaan is *Gewilligung* van de raad van commissarissen vereist. Deze instemming kan alleen voor concrete gevallen worden verleend. Voor de GmbH volgt een concurrentieverbod uit §35 GmbHG.⁹³

4.4. Engels recht, conflict of interest

Een ook naar Engels recht met het beginsel van verbod van détournement de pouvoir verwant beginsel is de verplichting het persoonlijke belang niet te laten botsen met het vennootschappelijk belang. Deze - eveneens van oorsprong fiduciaire - verplichting is in haar toepassing aanmerkelijk ruimer haar Nederlandse equivalent.⁹⁴

De bestuurders van een Engelse vennootschap mogen zichzelf niet in een positie brengen waarin hun persoonlijke belangen kunnen conflicteren met hun zakelijke verplichtingen. Dit beginsel geldt voor alle voorkomende situaties.

4.4.1. Rechtshandelingen tussen bestuurders en vennootschap

Er is geen algemeen wettelijk verbod voor rechtshandelingen waarbij bestuurders een tegenstrijdig belang hebben.⁹⁵

Er zijn jegens de aandeelhoudersvergadering bijzondere openbaarmakingsverplichtingen (s. 318 CA 1985) en enkele goedkeuringsverplichtingen (s. 319 en 320 CA 1985). In principe mag de vennootschap geen leningen verstrekken aan haar bestuurders of voor hen borg staan (s. 330 CA 1985), tenzij de betrokken bedragen gering zijn.

Transacties van de vennootschap met een derde waarbij de bestuurder in een andere hoedanigheid belang heeft (bijvoorbeeld als bestuurder, aandeelhouder of vennoot van die wederpartij) worden beheerst door s. 317 CA 1985. Dat artikel schrijft voor dat de bestuurder aan zijn medebestuurders in de bestuursvergadering de aard van zijn belang moet meedelen. Bovendien is bepaald dat de bestuurder in beginsel geen stem mag uitbrengen als over de bewuste transactie wordt beraadslaagd. Hij telt evenmin mee voor het quorum. Dit is echter van regelend recht. Als de bestuurder niet aan deze regels voldoet is het contract vernietigbaar en moet de bestuurder eventueel behaald voordeel afstaan.

93. Koppensteiner, aant. 17 bij §35.

94. Dorresteyn diss. 1989, blz. 161v.

95. Dorresteyn diss. 1989, blz. 170.

4.4.2. Privé gebruik van goederen en positie

De bestuurder mag in beginsel geen goederen of informatie van de vennootschap of buitenkansjes die hij in hoedanigheid is tegengekomen voor zichzelf benutten. Dit laatste geldt ook indien de vennootschap de geboden kans om zaken te doen zelf niet heeft kunnen nemen. De gezaghebbende zaak in deze is *Regal Hastings Ltd.*⁹⁶ In dat geval besloten de bestuurders van de *Regal Hastings Ltd.* een dochtervennootschap op te richten, waarin zij drie bioscopen zouden onderbrengen en welke vennootschap zij later weer zouden verkopen. Omdat *Regal* niet alle aandelen (5000 Pond) kon nemen hadden enkele bestuurders voor 3000 Pond aandelen genomen. De winst die deze bestuurders bij doorverkoop van de aandelen behaalden, werd met succes van deze bestuurders terug gevorderd. Hun fiduciaire betrekking met de vennootschap maakt dat elk voordeel dat de bestuurders in hoedanigheid ontvangen voor de vennootschap is.

In tegenstelling tot wat men zou verwachten bestaat geen strikt concurrentieverbod voor een bestuurder; dit verbod geldt wel voor een *managing director*. Waar echter de concurrentie leidt tot een *conflict of interest* moet de bestuurder zich terugtrekken.⁹⁷ Door deze restrictie blijft in feite weinig ruimte om echt te concurreren met de vennootschap.

Handelen in strijd met het verbod van *conflict of interest* kan echter door de aandeelhoudersvergadering worden gesanctioneerd. Dan kan een minderheidsaandeelhouder geen afgeleide actie instellen.

Conclusie

Het verbod van verstrengeling van belangen geldt in alle drie rechtsstelsels als principe in het gehele vennootschapsrecht. Er zijn in alle drie rechtsstelsels voor bepaalde situaties waarin zich het gevaar van verstrengeling gemakkelijk voordoet wettelijke voorzieningen getroffen.

In het Nederlandse recht is daaraan - in vergelijking met de Bondsrepubliek en Groot-Brittannië - weinig gedaan. Art. 146 (256) is slechts van regelend recht; het geldt alleen voor vertegenwoordiging en niet voor de daaraan vooraf gaande besluitvorming. Incidenteel is een incompatibiliteitsregeling opgenomen. In de wet tot aanpassing van boek 2 aan het NBW wordt een geheel vrijblijvende regeling inzake tegenstrijdig belang bij deelname aan besluitvorming voorgesteld. Het verbod kan wel een rol spelen als factor bij de interpretatie van andere normen: misbruik van recht, zorgvuldige voorbereiding. Het lijkt erop dat men de verstrengeling van belangen een meer ethisch probleem vindt.

In het Duitse AG-recht zijn, meer dan in Nederland, gevallen waarin verstrengeling kan voorkomen incidenteel geregeld.

In het Engelse recht is het een belangrijk beginsel, omdat het behoort tot de loyaliteitsverplichtingen. Het Engelse ondernemingsrecht is tame-

96. [1942] 1 All E.R. 378.

97. Loose/Yelland, 1987, nr. 4.7.1.

lijk sterk doordrongen van deze verplichtingen. Behalve via het systeem van fiduciary duties zijn ook in de Companies Act voorzieningen opgenomen tegen verstrengeling. De aandeelhoudersvergadering kan een *breach of duty* in deze gevallen echter achteraf goedkeuren.

Hoewel het verbod van aanwending van een bevoegdheid voor privédoelen (zowel persoonlijk als kwalitatief), een zeer sterke werking heeft (behalve indien het om een neveneffect gaat), kan worden geconstateerd dat deze zuiverheid van oogmerk weliswaar wordt verlangd bij het uitvoeren van transacties en bij de besluitvorming daar omtrent (vgl. 3.1.1.14, 3:13 NBW, art. 140 (250) BW), maar dat in Nederland relatief weinig waarborgen zijn geschapen om ervoor te zorgen dat het gevaar zich niet realiseert.

Hoofdstuk 5

ZORGVULDIGE VOORBEREIDING

Zorgvuldige voorbereiding van besluiten en van beleid heeft betrekking op de procedurele aspecten van besluiten en van beleid. Deze aspecten worden in het bestuursrecht tot de formele beginselen gerekend. Het onderscheid tussen formele en materiële beginselen is zinvol omdat bij toetsing aan de eerste soort beginselen slechts naar 'de buitenkant' wordt gekeken. De materiële beginselen hebben op de inhoud van het onderzochte beleid betrekking.

De procedurele normen kunnen worden gezien als voorwaardenscheppend voor een inhoudelijk juist besluit of beleid. Zonder een juiste procedure bestaat het gevaar dat de af te wegen belangen van betrokkenen onvoldoende tot uitdrukking komen, waardoor aan deze belangen onvoldoende recht gedaan kan worden. Echter, niet iedere fout in de procedure leidt tot een aantastbaar besluit. Indien door het alsnog voldoen aan de formele bepalingen geen ander besluit zou zijn genomen, bijvoorbeeld vanwege de stemmenverhouding, kan een beroep op de schending wegens het ontbreken van belang worden afgewezen.¹ Of dit zal gebeuren hangt niet alleen af van de grootte van de meerderheid, maar ook van de mate waarin men open moet staan voor de argumenten van de andere leden van het besluitvormende orgaan. Binnen een bestuursorgaan zal de stemming eerder moeten worden herhaald dan in de aandeelhoudersvergadering.² Daarnaast kan de goede trouw ertoe verplichten méér procedurele regels in acht te nemen dan strikt genomen zijn voorgeschreven.³

Het formele zorgvuldigheidsbeginsel dat bij de voorbereiding van besluiten in acht moet worden genomen is in het bestuursrecht vooral tot ontwikkeling gekomen bij de toetsing van beschikkingen, gericht op individuele gevallen.⁴ Ook in het onderstaande wordt voornamelijk uitgegaan van zorgvuldige voorbereiding van concrete beslissingen en niet van ondernemingsbeleid.

In het bestuursrecht kunnen bij zorgvuldige voorbereiding grofweg de volgende elementen worden onderscheiden: een onderzoeksverplichting

1. Slagter 1990, blz. 93, 99; HR 6 juni 1969, NJ 1969, 317 (Curaçaose Chinese Club).
2. HR 15 juli 1968, NJ 1969, 101 (Wijsmuller); HR 6 juni 1969, NJ 1969, 317 (Curaçaose Chinese Club).
3. HR 30 oktober 1964, NJ 1965, 107 (Mante).
4. In 't Veld/Koeman, blz. 93 e.v.

en een overlegverplichting. De verplichting tot het verrichten van onderzoek houdt in dat het bestuur een nauwkeurig onderzoek instelt, zowel naar de door de burger verstrekte als naar andere relevante feiten (art. 3.2.1 AWB).⁵ Het komt dan wel aan op een zorgvuldige selectie van hetgeen wordt onderzocht.

Zorgvuldig onderzoek houdt voorts in dat het bevoegde orgaan deskundigen-advies inwint als van het orgaan zelf niet de benodigde deskundigheid kan worden verwacht.⁶ Indien advies wordt gevraagd, dienen aan het adviserende lichaam door het bevoegde orgaan voldoende gegevens ter beschikking te worden gesteld (art. 3.3.3 AWB). Totdat het advies is uitgebracht dient het bevoegde orgaan te wachten met het nemen van een besluit.

Het orgaan mag een eenmaal uitgebracht advies niet klakkeloos opvolgen. Het moet nagaan of het adviesorgaan van de juiste gegevens is uitgegaan en of het advies niet anderszins gebrekkig is. Als dat het geval is dient het opnieuw advies te vragen.

Het bevoegde orgaan mag niet ongemotiveerd van het advies afwijken.⁷

De aard van het te nemen besluit kan met zich brengen dat het bestuur verplicht is belanghebbenden te horen of met hen te overleggen.⁸ Dit is het geval als het besluit ingrijpende gevolgen voor de burger zal hebben of als het te nemen besluit zal afwijken van het tot dan toe gevoerde beleid.⁹

Het ontwerp Algemene Wet Bestuursrecht voorziet in een speciale (uitgebreide) voorbereidingsprocedure voor besluiten. Deze is er op gericht belanghebbenden te waarschuwen en hen in de gelegenheid te stellen hun zienswijze naar voren te brengen.¹⁰

Tenslotte brengt de zorgvuldige voorbereiding met zich dat op onpartijdige wijze onderzoek wordt verricht. Het bestuur mag geen 'rechter in eigen zaak' zijn¹¹, in het besluitvormende orgaan mogen geen ambtenaren zitting hebben die belang hebben bij de uitkomst van de beslissing. Deze verplichting zou men kunnen aanduiden als het formele onpartijdigheidsbeginsel; daarnaast bestaat een materieel onpartijdigheidsbeginsel, dat het laten meespelen van privé-belangen bij de beslissing verbiedt.

Voordat het *ondernemingsbestuur* door middel van een besluit verandering zal trachten te brengen in de status quo binnen de onderneming dient

5. Van Wijk/Konijnenbelt, blz. 86v.; Duk/Loeb/Nicolaï, blz. 70v.; Nicolaï, diss. 1990, hanteert de term zorgvuldigheid alleen in verband met procedurele aspecten.

6. Donner, blz. 101; S.V. Hoogendijk-Deutsch en R. Samkalden, Advisering in het bestuursrecht, preadvies voor de VAR, Alphen aan den Rijn 1978.

7. Dit geldt in ieder geval voor deskundigenadviezen; evt. kan dit anders zijn als het gaat om representatieve adviescommissies die een niet unaniem advies uitbrengen; zie voormeld preadvies. Van Wijk/Konijnenbelt, blz. 95v.

8. Duk/Loeb/Nicolaï, blz. 62v.

9. In 't Veld/Koeman, blz. 98; Duk/Loeb/Nicolaï, blz. 64v.

10. Bijl. Hand. TK 1988-1989 21 221, nr. 3, blz. 75; Duk/Loeb/Nicolaï, blz. 68 over de inspraakverplichting; ARrvS 30 mei 1978, AB 1979, 93 (Teuge).

11. Donner, blz. 100; Duk/Loeb/Nicolaï, blz. 52v.

het op de hoogte te zijn van de bestaande situatie en van de mogelijkheden en wensen voor de toekomstige situatie. In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre door het bestuur gegevens moeten worden verzameld.

Het begrip gegevens wordt hier opgevat in ruime zin en daaronder wordt ook verstaan het vragen van advies (mening) van betrokken organen (aandeelhoudersvergadering, raad van commissarissen, ondernemingsraad) omtrent voorgenomen beleid. Hierbij is buiten het overzicht gelaten het vragen van advies e.d. aan banken, overheid, potentiële leveranciers, een marketingbureau, een organisatie-adviseur, een fiscalist of een adviesafdeling binnen de onderneming).

De adviserende of goedkeurende organen dienen voor een behoorlijke vervulling van hun taak voorzien te zijn van voldoende gegevens. In sommige gevallen is een gedetailleerde informatieplicht wettelijk vastgelegd (bijvoorbeeld art. 31 WOR).

Soms is voorgeschreven dat bovendien overleg wordt gepleegd over de materie (zie bijvoorbeeld art. 25 lid 4 WOR).

Aldus zijn tenminste drie aspecten te onderscheiden aan het beginsel van zorgvuldige voorbereiding van besluiten, namelijk:

- het verzamelen van informatie door het bestuur waaronder het vragen van advies of goedkeuring of instemming aan organen binnen de onderneming (verzamel- en onderzoeksplicht);
- het verstrekken van informatie aan organen (informatieplicht);
- het plegen van overleg met deze organen.

Hieraan kan worden toegevoegd:

- de verplichting van het bestuur om zich te onthouden van elke vorm van uitvoering van het voorgenomen besluit, totdat de besluitvormingsprocedure is voltooid.

Omdat ieder van de te behandelen organen eigen bevoegdheden en een eigen positie heeft binnen de vennootschap/onderneming zal, waar dat nodig is per orgaan, worden onderzocht of en in hoeverre de genoemde verplichting op de verhouding tussen het ondernemingsbestuur en dat orgaan van toepassing is.

In de praktijk vloeien de drie verplichtingen qua karakter en procedure in elkaar over: zo kan het vragen van advies plaatsvinden in een overlegvergadering en het verstrekken van informatie kan geschieden bij de schriftelijke adviesaanvraag en tijdens het overleg.

Het lijkt mij in het kader van dit onderzoek verantwoord om de verplichting om goedkeuring of instemming te vragen op één lijn te stellen met het vragen van advies, nu ik de verplichtingen van het bestuur centraal stel.

5.1. Informatie verzamelen

5.1.1. Onderzoeksplicht van het bestuur

In deze paragraaf wordt onderzocht of en in hoeverre het bestuur een *onderzoeksplicht* heeft. Onder onderzoeksplicht zal hierna worden verstaan de algemene verplichting van het bestuur - ook los van het nemen van een besluit - om gegevens te onderzoeken, te verzamelen.

Er geldt geen algemene wettelijke verplichting voor het bestuur van een onderneming om gegevens te verzamelen. Art. 14 en titel 9 BW hebben alleen betrekking op bepaalde financiële gegevens van de rechtspersoon. Deze gegevens moeten voornamelijk worden bijgehouden om te voldoen aan de financiële verantwoordingsplicht van het bestuur jegens organen in de onderneming. Zij hebben ook een externe functie.

Bestaat een algemene verplichting om een onderzoek in te stellen voordat het bestuur een besluit neemt?

Het behoort tot de beleidsruimte van het bestuur om te beoordelen of een onderzoek nodig is.¹² Dat blijkt bijvoorbeeld ook uit de uitspraak waarin werd beslist dat het bestuur niet kon worden verplicht om alvorens een bepaald besluit te nemen een algemeen beleidsplan op te stellen.¹³ Inzake VBB oordeelde de ondernemingskamer dat VBB zich eerst aan wanbeleid zou hebben schuldig gemaakt indien VBB zich ondanks *wetenschap* omtrent de verliezen van andere ondernemers in Algerije zich toch in het Algerije-project zou hebben begeven.¹⁴ Als een principiële onderzoeksverplichting bestond zou de ondernemingskamer hebben overwogen dat VBB onvoldoende had onderzocht welke risico's andere bedrijven in Algerije hadden gelopen.

Indien achteraf blijkt dat het ondernemingsbestuur onvoldoende gegevens heeft verzameld om tot een verantwoorde beslissing te komen of om aan zijn verplichting tot gegevensverstrekking aan anderen te voldoen, kan het bestuur door de rechter alsnog worden gecorrigeerd.¹⁵

Als het bestuur van mening is zelf over onvoldoende deskundigheid te beschikken, dient het advies te vragen aan derden alvorens te besluiten. Advies kan en moet soms op grond van wet of statuten worden gevraagd aan de organen binnen de onderneming of aan derde-deskundigen.¹⁶ Voor het overige behoort het tot de vrije beleidsruimte van het bestuur om te beoordelen of extern advies moet worden gevraagd,¹⁷ of dat kan worden

12. OK 10 juni 1982, RM 1981-1982, nr. 62 (Mator).

13. OK 1 oktober 1987, SR 1987, blz. 404-405 (Postbank).

14. OK 7 december 1989, NJ 1990, 242 (VBB), m.n. r.o. 4.2.3.3.

15. HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM), r.o. 12.3; OK 1 oktober 1987, SR 1987, blz. 404-405 (Postbank); OK 3 november 1988, ng nr. 11/88 (Techn. bedrijven); OK 9 maart 1989, ROR 1989/9 (Bondsspaarbank); over een algemene onderzoeksverplichting spreken H. Luyk, TVVS 1980, blz. 176v. en C.Ae. Uniken Venema, NV 1984, blz. 49-64 en 100-110, m.n. blz. 55.

16. Evt. zou het verplicht vragen van het accountantsrapport (art. 393 lid 1 BW) als een dergelijke verplichting kunnen worden gezien.

17. OK 10 juni 1982, RM 1981-1982, nr. 62 (Mator).

volstaan met de know-how die reeds in het bedrijf aanwezig is.¹⁸ Het nalaten van het vragen van advies aan een deskundige kan achteraf onbehoorlijk bestuur blijken te zijn.¹⁹

Het vragen van advies ontslaat het bestuur niet van zijn verantwoordelijkheid (en aansprakelijkheid) voor het besluit of voor het beleid.²⁰ Ook indien beleid werd gevoerd in overeenstemming met verkregen advies kan wanbeleid worden geconstateerd.²¹ Wel kan het feit dat het besluit of het beleid steunde op een deskundigenadvies een factor zijn bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit of het beleid.²²

De omstandigheid dat het bestuur verantwoordelijk blijft voor de gemaakte keuze brengt tevens mee dat een onderzoeksplicht bestaat met betrekking tot het advies. Het bestuur mag geen enkel advies klakkeloos opvolgen. Het moet zelfstandig beoordelen of het opvolgen van het advies in het belang van de onderneming is. Het is niet aan het advies gebonden.²³ Bij tegenstrijdige adviezen dient een derde advies of een contra-expertise te worden gevraagd. Als van het advies wordt afgeweken moet dat worden gemotiveerd. Dat geldt zowel voor een advies van de raad van commissarissen²⁴ als voor adviezen van de ondernemingsraad (art. 25 lid 5 WOR) alsook voor adviezen van derden/ deskundigen.

Uit de rechtspraak op artikel 26 WOR blijkt dat het ondernemingsbestuur zekere verplichtingen heeft ten aanzien van aangevoerde alternatieven.

Ten eerste dient het bestuur in de voorbereidingsfase open te staan voor suggesties en alternatieven van de ondernemingsraad. De ondernemingskamer eist dit met name in drie uitspraken.²⁵ Deze houding van de ondernemer met betrekking tot beleidsalternatieven wordt ook geëist door art. 23 WOR.

Ten tweede dient het bestuur de aangedragen voorstellen in principe serieus op hun haalbaarheid te toetsen. Dat geldt in ieder geval voor voorstellen gedaan op grond van art. 23 vierde lid WOR. Hij dient mee te delen of en in hoeverre hij overeenkomstig dat voorstel zal besluiten. Dat principe geldt niet altijd voor alternatieven voorgesteld door de ondernemingsraad in een art. 26 WOR procedure. Daarin wordt soms als inhoudelijk bezwaar tegen een besluit aangevoerd dat een door de ondernemingsraad gepresenteerd alternatief niet werd onderzocht of niet werd opgevolgd. In de zaak Wolters-Noordhoff is deze poging mislukt, omdat de ondernemingskamer deze kwestie in dat geval buiten de orde achtte.²⁶

18. OK 21 januari 1982, NJ 1983, 31; OK 11 maart 1982, NJ 1983, 30.

19. OK 3 mei 1972, NJ 1973, 7; OK 21 juni 1979, NJ 1980, 73 (VHLF).

20. Hof Arnhem 22 januari 1986, NJ 1988, 467 (Van Heek/Heka).

21. OK 3 december 1987, NV 1988, blz. 78-80 (OGEM), m.b.t. aankoop aandelen BuM, bevestigd door HR 10 januari 1990, RvdW 23.

22. OK 11 maart 1982, NJ 1983, 30.

23. OK 25 februari 1982, NJ 1983, 27 (AVRO).

24. Handboek, nr. 273.

25. OK 14 januari 1982, NJ 1983, 26 (Alpha); OK 11 maart 1982, NJ 1983, 30; OK 26 juni 1986, NJ 1988, 329 (kopje), ROR 1986/25 (Venray); zie ook OK 7 juli 1988, NJ 1989, 845 (Fluke).

26. OK 9 april 1987, NJ 1988, 403 (WN).

Ook kan voor de beslissing om een alternatief niet te onderzoeken van belang zijn hoeveel geld de ondernemer reeds heeft uitgegeven aan onderzoek.²⁷

Voorts speelt de realiteitswaarde van het alternatief een rol. De alternatieven inzake Hoogovens²⁸ en inzake Het Loo Erf²⁹ waren naar het oordeel van de ondernemingskamer niet realistisch. Zij behoeften daarom niet te worden onderzocht. Daarnaast is denkbaar dat ook in verband met de dringendheid van de te nemen maatregelen en de tijd die een onderzoek in beslag zou nemen, een onderzoek naar een concreet alternatief soms achterwege zou mogen blijven.

Ten derde brengt de principe-verplichting om alternatieven te onderzoeken mee, dat van een bestuur verwacht mag worden dat hij het besluit een alternatief niet te onderzoeken, of het niet over te nemen, *motiveert*. Vergelijk daartoe art. 23 lid 4 WOR en paragraaf 6.2 en 6.5 van dit onderzoek.³⁰

5.1.2. Aandeelhoudersvergadering

In de enkelvoudige vennootschap speelt de aandeelhoudersvergadering een geringe rol bij de voorbereiding van besluiten die tot de bevoegdheid van het bestuur behoren.

Vooraf heeft de aandeelhoudersvergadering de volgende mogelijkheden om de bestuursbesluiten te beïnvloeden:

- in kennis stelling van c.q. gehoord mogen worden bij benoeming en ontslag bestuurder in een structuurvennootschap (art. 162 (272)) BW³¹
- een geclausuleerd bezwaarrecht bij de benoeming van commissarissen in de structuurvennootschap (art. 158 (268) lid 6) BW
- goedkeuringsrechten: art. 94 (204) lid 2, 94c en 204c, 163 (273) BW.³²
- recht op overleg indien het eigen vermogen tot een bepaalde hoogte is gezakt (alleen NV, art. 108a BW)
- onthouding decharge bij vaststelling jaarrekening
- ontslag of schorsing en opheffing van schorsing van bestuurders (art. 134 (242) en 147 (257) BW)
- statutenwijziging (art. 121 (231) BW).

27. OK 21 juni 1979, NJ 1980, 73 (VHLF).

28. OK 8 december 1983, ROR 1971-1984/92.

29. OK 24 oktober 1985, ROR 1985/26 (Het Loo Erf); Pres. Rb. Maastricht 29 januari 1985, ROR 1985/18 (Welterhof).

30. W.J. Slagter, TVVS 1982, blz. 62; Glasz, 1986, blz. 26.

31. Het besluit zelf wordt door de raad van commissarissen genomen, niet door het bestuur.

32. Zie voor de mogelijkheid om de hieruit voortvloeiende bevoegdheidsbeperkingen van het bestuur aan derden tegen te werpen: W. Westbroek, in: Tot Vermaak Van Slagter, 1988, blz. 381-389.

Voorts kunnen de statuten bepalen dat de algemene vergadering bepaalde adviserende of goedkeurende bevoegdheden heeft, voorzover de wet dat toelaat.

Daarnaast zijn situaties denkbaar waarin een ongeschreven verplichting op basis van art. 7 BW bestaat de aandeelhouders om goedkeuring of advies te vragen, in die zin dat het achterwege laten daarvan onbehoorlijk bestuur in ruime zin is. Een voorbeeld daarvan biedt de Bredero-enquête procedure.³³ Daarin was de vraag aan de orde of de aandeelhouders enige zeggenschap hadden ten aanzien van de 'uitvaart' (lees: sterfhuys-)constructie. Volgens de ondernemingskamer in zijn beschikking op het verzoek tot een enquête was voor het antwoord op deze vraag van betekenis dat de aandeelhouders te voren hadden gezegd dat zij inspraak wilden krijgen. In de beschikking over de vraag of sprake was van beleid komt dit aspect niet meer aan de orde.

Het valt bijvoorbeeld te verdedigen dat advies of instemming wordt gevraagd over (financieel) belangrijke voornemens, waarover de aandeelhouders (afhankelijk van de statutaire inrichting) formeel geen zeggenschap hebben (emissie van aandelen, omzetting in een NV of BV, inkoop van aandelen, reorganisatie, activa-transacties³⁴). Hiertoe is te meer aanleiding als het gaat om aandeelhouders die in meerderheid intensief zijn betrokken bij de gang van zaken in de vennootschap (bijvoorbeeld in een BV³⁵, met name een familie-BV). Een uitzondering kan en mag zich naar mijn mening voordoen in gevallen waarin spoed is geboden, mits deze handelwijze achteraf wordt toegelicht.

Voorts is verdedigbaar dat een aandeelhoudersvergadering van een vennootschap waaraan geen raad van commissarissen is verbonden als adviserend orgaan optreedt. Aan de aandeelhoudersvergadering van een structuurvennootschap zal minder snel advies behoeven te worden gevraagd, omdat er een (verplichte) raad van commissarissen is, waarvan de onafhankelijkheid is gewaarborgd en waaraan goedkeuringsrechten zijn toegekend.

Er is de laatste jaren een tendens in de richting van een mondiger aandeelhoudersvergadering. De roep van de aandeelhouders om meer inspraak in het beleid van de vennootschap kwam reeds tot uitdrukking in het kader van de toepassing van de sterfhuysconstructie. In de discussies die zijn gevoerd over de toelaatbaarheid van beschermingsconstructies profileerden de aandeelhouders zich ook sterk, omdat zij in het algemeen niet gebaat zijn bij constructies die de waarde van hun aandelen nadelig

33. OK 7 januari 1988, NJ 1989, 827 (VBB).

34. Zie art. 81 Ontwerp Statuut SE: de *beslissing* hierover komt aan de aandeelhoudersvergadering toe.

35. Er bestaat zeker verschil in structuur tussen een open NV en een BV; Schwarz, diss. 1986, blz. 36v. en 52v.; M.J.G.C. Raaijmakers, *Rechtspersonen tussen contract en instituut*, rede 1987, blz. 16; of dit ook juridische consequenties heeft voor verplichtingen als hier onderzocht staat niet vast.

kunnen beïnvloeden en die de verkoopbaarheid van hun aandelen bemoeilijken.

Deze veranderende houding van de aandeelhouders kan op den duur betekenen dat zij zich vaker en meer intensief vooraf met het besturen van de vennootschap willen inlaten.³⁶

5.1.3. Raad van commissarissen

De raad van commissarissen dient zich in principe bij zijn adviserende en goedkeurende taak te beperken tot de grote lijnen (strategie). Hij is bevoegd zich met de doelmatigheid van de beslissingen in te laten.

De raad van commissarissen heeft tot taak het beïnvloeden, zonodig bijsturen en corrigeren van de bedrijfsvoering; hij dient te worden gekend in belangrijke beslissingen aangaande de ontwikkeling van de onderneming, de organisatie, het financieel-economisch beleid, het sociaal beleid en het technisch beleid.³⁷ Wat belangrijke gevallen zijn kan worden bepaald aan de hand van de criteria die zijn gehanteerd voor de adviserende en goedkeurende bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering: het financieel belang van het besluit, de aard van het bedrijf, de financiële toestand en dergelijke.³⁸ De grondslag van een ongeschreven verplichting om advies of goedkeuring te vragen is art. 7 BW (art. 2:8 NBW). Van art. 164 (274) BW gaat een zekere reflexwerking uit op de bevoegdheid van een raad van commissarissen in een gewone vennootschap.³⁹

In het voorstel voor de vijfde EG-Richtlijn inzake vennootschapsrecht wordt in art. 12 aangegeven in welke gevallen de raad om goedkeuring moet worden gevraagd. Kort gezegd gaat het om de volgende gevallen: sluiting en verplaatsing van de onderneming, belangrijke inkrimping of uitbreiding van de activiteiten, belangrijke wijziging in de organisatie, het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking met andere ondernemingen (zie ook art. 72 Statuut SE).

Het voorbijgaan aan een in wet of statuten vastgelegd adviesrecht is een procedurefout, waardoor het besluit van het bestuur vernietigbaar is. Het ontbreken van goedkeuring van de raad van commissarissen maakt een bestuursbesluit nietig.

De commissarissen moeten als college om advies worden gevraagd. Wel kan het, bijvoorbeeld in verband met de deskundigheid van een bepaalde commissaris, wenselijk zijn een individuele commissaris te benaderen. Glasz⁴⁰ stelt voor om in zo'n geval vooraf overleg te plegen met de

36. Slagter, 1988-I, blz. 13.

37. Glasz, 1986 regel 4.5.

38. In OGEM (OK 3 december 1987, NV 1988, blz. 78-80, HR 10 januari 1990, RvdW 23) werd de raad van commissarissen ten onrechte niet betrokken bij de inkoop op grote schaal van eigen aandelen. Dit was naar het oordeel van de ondernemingskamer wanbeleid.

39. Van Schilfgaarde 1988, blz. 177; zie ook H.P.J. Ophof, in: Tot Vermaak Van Slagter, 1988, blz. 189-196: hoe meer bevoegdheden aan de commissaris worden gegeven des te eerder is hij aansprakelijk.

40. Glasz 1986, regel 4.5.

president-commissaris. Er werd onvoldoende rekening gehouden met het collegiale karakter in de zaak die ten grondslag lag aan de OGEM-beschikking van 3 december 1987. Door het afzonderlijk telefonisch raadplegen van de commissarissen over de BuM transactie konden dezen niet vernemen wat het standpunt van de collega-commissarissen was.

5.1.4. Ondernemingsraad

De ondernemingsraad heeft het recht om bij de voorbereiding van beleid en besluiten betrokken te worden.

Eerst zal worden geïnventariseerd in welke gevallen het bestuur op grond van de WOR verplicht is advies te vragen aan de ondernemingsraad; vervolgens worden de gevolgen van een verzuim om advies te vragen onderzocht. Aansluitend wordt onderzocht of buiten de in de WOR geregelde gevallen een verplichting bestaat om advies te vragen. Tenslotte worden de zorgvuldigheidsnormen besproken die het bestuur bij het vragen van advies in acht dient te nemen.

De wettelijke (advies-)rechten van de ondernemingsraad zijn:

- art. 25 lid 1 WOR (advies bij belangrijke besluiten)
- art. 25 lid 5 WOR (advies omtrent uitvoering)
- art. 30 WOR (advies bij benoeming, ontslag bestuurder)

De ondernemer is op grond van art. 25 WOR verplicht om advies te vragen aan de ondernemingsraad alvorens een van de in dat artikel genoemde, kort gezegd belangrijke⁴¹, economische besluiten te nemen. Het gaat om besluiten die belangrijk zijn voor de *onderneming*, gelet op de aard en omvang daarvan, waarbij tevens van belang is in welke mate en met welke ernst het besluit gevolgen zal of kan hebben voor de werknemers.

Ook indien geen advies is gevraagd kan het beroepsrecht van art. 26 WOR openstaan⁴²:

Niet nakomen van hetgeen aldus in art. 25 WOR is bepaald betekent niet alleen dat de Ondernemingsraad niet op de voorgeschreven wijze heeft kunnen kennis nemen van de inhoud en de beweegredenen voor het voorgenomen besluit en dat hij daarop geen invloed heeft kunnen uitoefenen, doch ook dat de ondernemer niet op de voorgeschreven wijze heeft kunnen kennisnemen van de zienswijze van de Ondernemingsraad, die juist in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen t.b.v. het overleg met en de vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzame personen is ingesteld.

41. Rood, WOR, aant. 3 ad art. 25 lid 1; tot de besluiten genoemd in artikel 25 WOR behoort niet het besluit om geen advies aan de OR te vragen, OK 21 mei 1987, ROR 1987/9 (Cito).

42. OK 1 mei 1980, NJ 1981, 271 (Lingeziekenhuis); zie ook: Bijl. Hand. EK 13 954, 1978-1979, nr 8d, blz. 21 en P. van Schilfgaarde NJB 1980, blz. 51-52 en in AA 1980, blz. 784.

In latere gevallen waarin geen advies was gevraagd⁴³ hanteerde de ondernemingskamer een minder ruim criterium: het niet in de gelegenheid stellen om advies uit te brengen leidt er *in het algemeen* toe dat de ondernemer niet in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen.⁴⁴ Deze formulering suggereert dat niet elk verzuim om advies te vragen kennelijke onredelijkheid met zich zal brengen. Als het aan de ondernemingsraad is toe te rekenen dat geen advies is gevraagd, wordt het verzoek om een genomen besluit kennelijk onredelijk te verklaren afgewezen.⁴⁵ In het algemeen rekent de ondernemingskamer een formeel verzuim slechts aan indien daardoor tekort is gedaan aan de in de WOR gewaarborgde belangen.⁴⁶ Het adviesrecht acht de ondernemingskamer een wezenlijk belang van de ondernemingsraad.

In latere uitspraken⁴⁷ hanteert de ondernemingskamer als criterium of de ondernemingsraad door het nalaten advies te vragen *wezenlijk in zijn belangen is geschaad*. Sinds 1987 lijkt de ondernemingskamer weer op de oude formulering terug te zijn gekomen.⁴⁸

In de beschikkingen van 17 november 1983 en 16 oktober 1986⁴⁹ werd beslist dat het achterwege laten van een adviesaanvraag het belang van de ondernemingsraad schaadt, reeds vanwege het onderwerp van het besluit. Hieruit is wel geconcludeerd dat het achterwege laten van het vragen van advies alleen dan laakbaar zou zijn als het gaat om een *onderwerp* dat voor werknemers van wezenlijk belang is.⁵⁰ Dat lijkt mij niet een juiste conclusie. Uit de bedoelde uitspraken kan worden afgeleid dat het onderwerp van het besluit een (belangrijke) factor is bij de beoordeling van de vraag of de ondernemingsraad in het voorliggende geval in zijn (procedurele) belangen is geschaad.⁵¹ De procedure is een noodzakelijke voorwaarde om tot een inhoudelijk goed besluit te komen; de opvatting

43. OK 15 april 1982, NJ 1983, 747; OK 24 juni 1982, RM 1982-1983 nr. 42; OK 8 juli 1982, RM 1982-1983 nr. 43; OK 17 november 1983, NJ 1984, 742; OK 21 juni 1984, NJ 1985, 503; OK 23 januari 1986, ROR 1986/19 (Zuidooster); OK 23 januari 1986, ROR 1986/17 (bedrijfsvereniging bakkersbedrijf); OK 27 augustus 1987, ROR 1987/28 (Radboud Ziekenhuis).

44. Het begrip 'in het algemeen' werd weggelaten in de volgende twee uitspraken van de ondernemingskamer: 24 juni 1982, RM 1982-1983, nr. 42, OK 21 juli 1983, NJ 1984, 776; OK 7 november 1985, ROR 1985/27. Vermoedelijk behoeft hieraan niet teveel betekenis te worden gehecht, omdat het *mondelinge* uitspraken betreft. Zie ook Geersing in diens noot onder RM 1982-1983 nr. 48.

45. OK 19 december 1985, ROR 1985/29; OK 2 juli 1987, NJ 1988, 517, (RIAGG); ook: OK 7 mei 1987, NJ 1988, 516 (uittreksel) (Emma Kinderziekenhuis).

46. OK 25 februari 1982, NJ 1983, 27 (AVRO); OK 10 juni 1982, RM 1981-1982, nr. 62 (Mator).

47. OK 16 oktober 1986, NJ 1988, 331; OK 9 juli 1987, NV 1987, blz. 246 Havensleepdienst; OK 27 augustus 1987, ROR 1987/28 (Radboudziekenhuis).

48. OK 27 augustus 1987, ROR 1987/28 (Radboudziekenhuis); OK 21 april 1988, ROR 1988/17; OK 29 juni 1989.

49. OK 17 november 1983, NJ 1984, 742; OK 16 oktober 1986, NJ 1988, 331.

50. M.G. Rood, TVVS 1985, blz. 6 en R.A.A. Duk, Advocaatenblad 1987, blz. 294.

51. Zie OK 10 juni 1982, RM 1981-1982, nr. 62 (Mator): "(Formele) bezwaren kunnen slechts dan de conclusie dat van een kennelijk onredelijk besluit sprake is rechtvaardigen, indien *bij de besluitvorming* wezenlijk aan de in de WOR gewaarborgde belangen van de ondernemingsraad is tekort gedaan."

van de ondernemingsraad moet bij de procedure goed uit de verf kunnen komen. De ondernemingsraad zelf moet echter de goede trouw in acht nemen.⁵²

Aan het voorgaande kan een bespreking van het adviesrecht van de ondernemingsraad op grond van art. 30 WOR, inzake de benoeming en het ontslag van een bestuurder⁵³ van een onderneming weinig toevoegen, omdat van deze besluiten geen beroep open staat op de ondernemingskamer. Het is wel mogelijk om bij een dreigend besluit, zonder dat advies is gevraagd, ex art. 36 WOR of via de rechter in kort geding⁵⁴ adviesrecht af te dwingen.

In art. 25 WOR staat in beginsel limitatief opgesomd in welke gevallen de ondernemingsraad om advies moet worden gevraagd. Niettemin kan buiten de in artikel 25 en 30 WOR geregelde gevallen een verplichting bestaan om advies te vragen aan de ondernemingsraad, namelijk op grond van een regeling op basis van art. 32 WOR, toezeggingen⁵⁵ en afspraken met de ondernemingsraad (hoofdstuk 7).⁵⁶ De verplichting om advies te vragen kan mijns inziens ook zijn gegrond op de goede trouw die ondernemer en ondernemingsraad jegens elkaar in acht dienen te nemen.⁵⁷ In de IKON-beschikking wordt het bestaan van een goede-trouwnorm uitdrukkelijk erkend.⁵⁸

De wijze waarop de ondernemer de ondernemingsraad in de gelegenheid moet stellen om advies uit te brengen of instemming te verlenen dient *zorgvuldig* te zijn: de ondernemer moet de raad voldoende gelegenheid, tijd en gegevens gunnen. Wat voldoende is wordt bepaald door de aard van een advies en de taak van de ondernemingsraad: de ondernemingsraad heeft een functie ten aanzien van het goed functioneren van een onderne-

52. Vgl. OK 7 mei 1987, NJ 1988, 516 (Emmakinderziekenhuis).

53. Deze bestuurder behoeft niet dezelfde te zijn als de bestuurder van de rechtspersoon (art. 129 (239) BW die de onderneming in stand houdt. W.C.L. van der Grinten, NV 1982, blz. 84-85).

54. Pres. Rb. Haarlem 15 december 1989, KG 1990, 58.

55. OK 30 augustus 1984, NJ 1985, 475 (Amfas); OK 1 november 1984, ROR 1971-1984/97: indien een termijn voor het uitbrengen van advies is bepaald, mag niet voor het aflopen daarvan een besluit worden genomen, als te verwachten is dat de ondernemingsraad nog zal adviseren.

56. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, OR-bevoegdheden in CAO's, Reeks studies van CAO's, Den Haag januari 1988. Uit dit onderzoeksrapport blijkt dat in 13 van de 70 onderzochte CAO's verdere adviesrechten aan de ondernemingsraad zijn toegekend.

57. OK 26 juni 1986, NJ 1988, 329 (kopje), ROR 1986/25 (ziekenhuis Venray); OK 7 mei 1987, NJ 1988, 516 (Emma Kinderziekenhuis); OK 2 april 1987, NJ 1988, 382 (Shell/KSEPL); Pres. Rb. Middelburg 7 juli 1978, NJ 1978, 653 (Hoechst); Pres. Rb. Utrecht 20 maart 1986, ROR 1986/15 (PUEM); zie ook: Pres. Rb.'s-Gravenhage 10 december 1985, KG 1986, 30.

58. OK 26 november 1987, NJ 1989, 271 (IKON), waarin met verwijzing naar art. 7 BW werd beslist dat de ondernemer zich i.c. niet te goeder trouw op het verlopen van de zittingstermijn kan beroepen. Vernietigend commentaar van Rood, TVVS 1988, blz. 54.

ming in al haar doelstellingen. Het door de ondernemingsraad uit te brengen advies dient van wezenlijke invloed te kunnen zijn op het uiteindelijke besluit.

In de uitspraak inzake Wolters/Noordhoff⁵⁹ werd op grond van de bijzondere omstandigheden van dat geval aangenomen dat de ondernemer zorgvuldig had gehandeld. Het betrof een geval van samenvoeging van twee boekenfondsen. Daarin was de ondernemingsraad van mening dat het advies niet van wezenlijke invloed had kunnen zijn op het uiteindelijke besluit. Gelet op de gehele procedure voorafgaande aan het besluit (de OR had zich verenigd met een proefperiode, hetgeen een rechtstreeks gevolg was van de adviezen van de OR) kon van de ondernemer niet gezegd worden dat hij kennelijk onredelijk of kennelijk onzorgvuldig heeft gehandeld.

Het is van belang op welk *tijdstip* advies of instemming wordt gevraagd. Zodra een voornemen tot besluitvorming bestaat moet advies worden gevraagd. Omdat in vrijwel elk besluitvormingsproces de fasen van plan, voornemen en besluit vloeiend in elkaar overlopen, is het moeilijk exact te bepalen wanneer sprake is van een voornemen. De ondernemer staat daarbij voor de opgave om in een zo vroeg mogelijk stadium zo concreet mogelijke informatie aan te bieden over het voornemen.

Vanuit de ondernemingsraad bezien dient het tijdstip te worden bepaald door het volgende: de ondernemingsraad moet in de gelegenheid worden gesteld om het besluitvormingsproces wezenlijk te beïnvloeden (art 25 lid 2).⁶⁰ Die gelegenheid is voorbij als de besluitvorming nog slechts afhankelijk is van de medewerking van derden, goedkeuring van de raad van commissarissen of andere gebeurtenissen die de ondernemer niet meer kan beïnvloeden.⁶¹ Ondernemer en ondernemingsraad dienen bij het besluitvormingsproces rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.⁶²

In het hiervoor genoemde geval van de Provinciale Utrechtse Elektriciteits Maatschappij werd de ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld om advies uit te brengen over het voornemen van de belangrijkste aandeelhouder van 'zijn' ondernemer, omdat advisering op een later tijdstip geen reële betekenis meer zou kunnen hebben.

Uit onderzoek is gebleken dat de ondernemer over het algemeen in een laat stadium advies vraagt, nl. als de besluitvorming in de directiekamer nagenoeg geheel is voltooid.⁶³ Bij het recente voorstel tot wijziging van de WOR dat in 1989 naar de SER is gestuurd wordt voorgesteld om in geval van bepaalde belangrijke besluiten in een vroeg stadium met de ondernemingsraad te overleggen over de te volgen besluitvormingsprocedure.⁶⁴

59. OK 9 april 1987, NJ 1988, 403 (WN).

60. Pres. Rb. Middelburg 7 juli 1978, NJ 1978, 653 (Hoechst).

61. F. Koning, SMA 1980, blz. 539; B. Geersing SMA 1980, blz. 922.

62. Pres. Rb. 's-Gravenhage 10 december 1985, ROR 1986/13.

63. Looise en De Lange, blz. 50, 57.

64. OR-informatie, september 1989, blz. 50.

Het voorstel voor een vijfde EG-Richtlijn geeft in art. 21e aan dat de werknemersvertegenwoordigers inzake beheer, toestand, ontwikkeling en toekomstverwachting van de vennootschap moet worden geraadpleegd. In het voorstel voor een ontwerp Richtlijn behorend bij het Statuut SE wordt voorgesteld om de werknemersvertegenwoordigers in dezelfde gevallen te laten adviseren als de raad van commissarissen (art. 5 Richtlijn jo art. 72 Ontwerp Statuut SE).

Voorlopige conclusie

Er bestaat een zekere onderzoeksplicht voor het bestuur, die is gebaseerd op de wet, het contract en de goede trouw (art. 7 BW).

De verplichting om advies of goedkeuring te vragen aan de organen binnen de onderneming berust grotendeels op meer of minder gedetailleerde wettelijke bepalingen, waarbij aan de redelijkheid en billijkheid een aanvullende werking toekomt.

Vergeleken met de raad van commissarissen en de ondernemingsraad heeft de aandeelhoudersvergadering weinig bevoegdheden in de sfeer van de voorbereiding van besluiten en beleid. Gewezen werd op een tendens naar een mondigere aandeelhoudersvergadering, welke ontwikkeling kan leiden tot een ruimer adviserings- en goedkeuringsrecht van de algemene vergadering.

De adviserende en goedkeurende bevoegdheden van de raad van commissarissen in een gewone vennootschap zijn door de wet minder scherp omlijnd. Zij betreffen het gehele terrein van de activiteiten van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Wettelijke, statutaire, maar vooral ongeschreven normen bepalen de concrete verplichtingen van het bestuur terzake.

De in de wet geregelde adviserende en instemmingsbevoegdheden van de ondernemingsraad zijn ten opzichte van de aandeelhoudersvergadering en de raad van commissarissen gedetailleerder en op het terrein van het sociale beleid uitgebreider. De bevoegdheden vormen een meer gesloten systeem dan de bevoegdheden van de raad van commissarissen in een gewone vennootschap. De buitenwettelijke advies- en goedkeuringsbevoegdheden van de ondernemingsraad kunnen in geringe mate op art. 32 WOR, toezegging, afspraak en op de goede trouw worden gebaseerd. Verder vindt de advisering door de ondernemingsraad veelal plaats in concrete gevallen; de advisering is daardoor niet - zoals bij de commissarissen - op grote lijnen en strategie gericht.

5.2. Informatie verstrekken

In deze paragraaf wordt onder informatieverstrekking verstaan het verschaffen van een afgebakend complex van feitelijke gegevens met een

onderlinge samenhang.⁶⁵ De wijze waarop informatie moet worden verschaft is in beginsel niet aan strakke regels gebonden. Op dit uitgangspunt bestaan wettelijke uitzonderingen: bijvoorbeeld art. 94a lid 3 sub g; 96 lid 3; 100; 102 lid 1 BW. Het gaat hier om publicatie van betrekkelijk nauwkeurig omschreven gegevens bij het Handelsregister, de Staatscourant, een (landelijk) dagblad of om nederlegging ten kantore van de vennootschap. Van deze gepubliceerde gegevens kan een ieder kennis nemen (zie artt. 362, 377, 379, 392 etc., art. 5 e.v. Handelsregisterwet).

In het navolgende zal voornamelijk aandacht worden besteed aan informatieverstrekking door het bestuur van de vennootschap aan de aandeelhoudersvergadering, de raad van commissarissen en de ondernemingsraad ter voorbereiding van besluiten of van beleid.⁶⁶

Het recht op informatie is bedoeld om de bevoegdheden die door wet of statuten aan de rechthebbenden zijn opgedragen (recht op beslissing, instemming, goedkeuring, advies) (beter) te kunnen uitoefenen. Het verstrekken van informatie is ook noodzakelijk voor een juiste verantwoording van het gevoerde beleid (Hoofdstuk 6).

Ook wanneer het recht op informatie niet uitdrukkelijk in wet of statuten is neergelegd kan op grond van art. 7 BW toch een *verplichting* tot informatieverstrekking bestaan.⁶⁷ Inherent aan het doel van de informatieverstrekking is verder dat de *omvang* van het recht wordt bepaald door de functie die de informatie dient te vervullen. Dit kan betekenen dat de optimale aanwending van de informatie met zich kan brengen dat deze in een bepaalde *vorm* wordt verstrekt, hoewel terzake - anders dan bij de publicatieplicht die hierboven is behandeld - geen wettelijke voorschriften bestaan.

In deze paragraaf zal worden nagegaan wanneer de wet of de rechtspraak ter uitoefening van een specifieke taak, voorzien in een verplichting tot het verstrekken van informatie. Tevens zal worden onderzocht wanneer de informatieverstrekking niet adequaat moet worden geacht. De gevolgen van het in het geheel niet verstrekken van informatie en het verstrekken van inadequate informatie komen eveneens aan de orde.

Waar dat nodig is zal een onderscheid worden gemaakt tussen de zogenaamde spontane informatieplicht en de antwoordplicht. Het eerste begrip slaat op informatie die het ondernemingsbestuur op eigen initiatief moet verstrekken. Het tweede begrip slaat op informatie die op een daartoe strekkend verzoek dient te worden verstrekt. Deze antwoordplicht is veelal algemener geformuleerd en wordt daarom ook wel algemene informatieplicht genoemd.⁶⁸ Het belang van het onderscheid is mijns inziens dat de ontvangende partij minder afhankelijk wordt van het bestuur

65. Arendsen de Wolff, diss. 1976, blz. 25 en 26.

66. Het zal dus bijvoorbeeld niet gaan over informatieverstrekking aan de rechter of aan een onderzoeker in het kader van een enquête-procedure; zie A.P. Funke, NV 1974, blz. 116-118, over de informatieplicht aan het publiek.

67. J.M.M. Maeijer, in noot onder NJ 1979, 403; voor de ondernemingsraad geldt, zeker sinds de IKON-beschikking, OK 26 november 1987, NJ 1989, 271 een goede-trouw-verplichting.

68. Honée diss. 1981, blz. 102.

indien een wettelijk recht op toezending van bepaalde stukken bestaat. Het machtsverschil tussen beide organen kan kleiner worden naar mate meer informatie op grond van wettelijke bepalingen moet worden verstrekt.

5.2.1. Aandeelhoudersvergadering

Het recht op informatie van de aandeelhoudersvergadering, bestaande uit een vragenrecht en een antwoordplicht, is noodzakelijk om te kunnen voldoen aan de *verantwoordingsplicht* van het bestuur⁶⁹ jegens die vergadering.⁷⁰ Het recht is in mindere mate van belang bij de voorbereiding van beleid.⁷¹

De antwoordplicht jegens aandeelhouders is in 1976 neergelegd in art. 107 (217) BW. Deze bepaling houdt in dat het bestuur (en de raad van commissarissen) de aandeelhouders desgevraagd alle inlichtingen verstrekken, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet.⁷² Van der Grinten en Slagter⁷³ leggen deze bepaling zo uit dat de aandeelhoudersvergadering als geheel recht heeft op de informatie. De individuele aandeelhouder heeft ook recht op informatie, maar hij kan dat recht in beginsel alleen uitoefenen op de vergadering van aandeelhouders.⁷⁴ Ook de statuten kunnen bepalingen bevatten over de wijze waarop en de soort informatie die aan aandeelhouders zal worden verstrekt. Art. 7 BW heeft een aanvullende werking op deze informatieplicht.⁷⁵ Onder omstandigheden kan art. 7 BW aan de individuele aandeelhouder ook buiten de vergadering een recht op informatie worden verleend.⁷⁶ Het voorstel vijfde EG-Richtlijn kent de aandeelhouders een individueel recht op nauwkeurige inlichtingen toe (art. 31 van de Richtlijn).⁷⁷

De grenzen aan de informatieverplichting worden bepaald door art. 107 (217) BW en art. 7 BW.⁷⁸ Informatie die de vennootschap niet heeft noch behoeft te hebben, behoeft niet verstrekt te worden.⁷⁹ Het bestuur moet zelfs weigeren gegevens te verstrekken indien dit in strijd zou komen met het belang van de vennootschap. Een dergelijk zwaarwichtig belang

69. en de raad van commissarissen.

70. Bijl. Hand. TK 1969-1970, 10 751, nr. 3 blz 18; Handboek, nr. 203.1.

71. Van Schilfgaarde 1988, blz. 160.

72. Frenkel, NJB 1975, blz. 134, baseert een informatieplicht tevens op art. 349 BW inzake enquêterecht; ontkennend: Arends de Wolff, diss. 1976, blz. 290.

73. Handboek nr. 203.1; Slagter, 1990, blz. 252.

74. Rechtspersonen, aant. 5 ad art. 107; zie ook Pres. Rb. Amsterdam 15 juni 1988, KG 276 (HCS).

75. Hof Amsterdam 3 mei 1978, NJ 1980, 49, appel van Pres. Rb. Amsterdam 28 juli 1977 (Sobi/KSH); ook: Pres. Rb. Amsterdam 15 juni 1988, KG 276 (HCS); zie ook J.M.M. Maeijer, in noot onder NJ 1979, 403; anders: Van Schilfgaarde 1988, blz. 160.

76. Van Schilfgaarde, 1988, blz. 160; L. Timmerman, in: Tot Vermaak Van Slagter, 1988, blz. 307-320, m.n. 309.

77. Art. 90 Ontwerp Statuut SE.

78. Rechtspersonen, aant. 5 ad art. 107 (Boukema/Löwensteyn/Timmerman).

79. Handboek nr. 64.

kan zijn de concurrentiepositie van de vennootschap: zo wordt aangenomen dat de aandeelhouders geen recht hebben op inzage in de boekhouding.⁸⁰ Een beroep op het zwaarwichtig belang behoort een uitzondering te zijn.

Het vragenrecht geldt jegens het bestuur als college: er kunnen geen inlichtingen worden geëist van een individuele bestuurder (of commissaris).

Wat betreft de kwaliteit van de informatie: de informatie moet juist zijn en inzicht bieden in de kwestie waarover informatie wordt gevraagd. Onjuiste informatieverstrekking aan de aandeelhouders kan wanbeleid opleveren.⁸¹

Bestaat er uit het oogpunt van informatievoorziening verschil tussen aandeelhouders van een NV en van een BV? In de literatuur treft men een dergelijk onderscheid in dit verband niet aan. Het lijkt mij dat bij een NV met verspreid aandelenbezit eerder het gevaar zal bestaan van schending van de belangen van de vennootschap dan bij een BV, met een beperkte kring van aandeelhouders.

De privacy van de personen over wie informatie wordt verstrekt dient beschermd te worden; dat kan inhouden dat details over de kandidaat voor een bestuursfunctie of over de redenen voor diens ontslag (indien deze van persoonlijke aard zijn) niet behoeven te worden vermeld.⁸²

Naast de antwoordplicht van art. 107 (217) BW bestaan er verschillende *spontane informatieplichten* jegens de aandeelhoudersvergadering:

- 114 (224) lid 1 verstrekken van agenda,
- 123 (233) lid 1 voorstel tot statutenwijziging,
- 158 (268) leden 4 en 5 jo art 142 (252) vacature en voordracht raad van commissarissen,
- 162 (272) benoeming en ontslag bestuurders,
- 314 lid 2 voorstel juridische fusie,

In de SER-fusiegedragsregels zie men de artt. 3 lid 1, 4 lid 2, 8 lid 3 en 9 leden 1 en 2, 9A, 10, 11, 11A, welke artikelen overigens ook openbare mededelingen betreffen.

Mijns inziens bestaat een verband tussen de bevoegdheden van een orgaan en de hoeveelheid en soort informatie waarop dat orgaan recht heeft. Hoe meer bevoegdheden de aandeelhoudersvergadering heeft, des te meer recht op informatie zij heeft. Uitgaande van de stelling dat een spontaan informatierecht een sterker recht geeft dan een antwoordplicht geldt mijns inziens verder: hoe meer bevoegdheden en hoe vèrgaander de bevoegdheden, des te meer informatie moet het bestuur uit zichzelf (al dan

80. Handboek nrs. 67 en 203.1.

81. OK 21 september 1978, NJ 1979, 403; OK 3 december 1987, NV 1988, blz. 78-81 (OGEM), bevestigd in HR 10 januari 1990, RvdW 23; OK 7 december 1989, NJ 1990, 242 (VBB) r.o. 4.9.3.

82. Vgl. Arendsen de Wolff, diss. 1976, blz. 202 e.v.

niet op grond van een wettelijke verplichting) verstrekken. Bijvoorbeeld: voor het ontslaan van bestuurders in een structuurvennootschap moet de aandeelhoudersvergadering worden gehoord: de aandeelhouders kunnen informatie vragen op grond van het algemene informatierecht; de informatie-verplichting van het bestuur in geval van juridische fusie waartoe de aandeelhoudersvergadering beslissingsbevoegd is c.q. een bezwaarrecht heeft, is uitgebreid geregeld.

Welke zijn de gevolgen van het niet of niet volledig voldoen aan de verplichting tot informatieverstrekking?

Een gedupeerde aandeelhouder zou kunnen trachten, als het toch tot een besluit is gekomen, dit besluit op grond van art. 11 (2:15 NBW) (goede trouw) te vernietigen.⁸³ Volgens Noldus⁸⁴ kan een besluit op grond van dwaling bij het uitbrengen van de stem worden vernietigd, indien de dwaling wezenlijk is, dat wil zeggen, dat een beslissend aantal stemgerechtigden in dezelfde dwaling verkeerde en het ontstaan van de dwaling toe te rekenen is aan de rechtspersoon. Naar NBW kan een stem worden vernietigd in dezelfde gevallen als waarin een eenzijdige rechtshandeling kan worden vernietigd (art. 2:13 NBW).

Het verstrekken van onvoldoende informatie kan bovendien een gegronde reden opleveren om te twifelen aan een juist beleid.⁸⁵ De vraag of voldoende informatie is verstrekt kan ook aan de orde komen in de jaarrekeningsprocedure; daarin kan immers de inrichting van en het inzicht in de jaarrekening ter discussie worden gesteld (art. 999 Rv).

Het is twijfelachtig of en op welke wijze de aandeelhouders de vennootschap rechtstreeks via de rechter kunnen dwingen informatie te verstrekken. Sanders en Westbroek zijn van mening dat het mogelijk is om dit in gebreke blijven voor de rechter aan de orde te stellen. Zij baseren deze vordering op onrechtmatige daad.⁸⁶ Zij vermelden niet tegen wie de vordering dient te worden ingesteld, maar vermoedelijk hebben zij daarbij het bestuur en/of de raad van commissarissen in hun hoedanigheid voor ogen. Van der Grinten is van mening dat een dergelijke actie niet tegen de vennootschap kan worden ingesteld, omdat de verplichting informatie te verstrekken niet op de vennootschap rust, maar op het bestuur en raad van commissarissen; zij kan volgens hem ook niet tegen deze organen als zodanig worden ingesteld, omdat deze geen rechtspersoonlijkheid bezitten. Van der Grinten acht een vordering uit onrechtmatige daad tegen de bestuurders persoonlijk niet uitgesloten.⁸⁷ Voor het verkrijgen van informatie zou mijn voorkeur uitgaan naar het instellen van een vordering uit wanprestatie (art. 7 BW; 2:8 NBW) tegen de rechtspersoon. Deze oplossing heeft als voordelen dat een rechtspersoon wordt gedagvaard en dat een rechtssubject in het geding wordt betrokken dat de beschikking heeft over de gevraagde gegevens. De te verstrekken informatie is immers meestal

83. Hof Arnhem 24 december 1963, NJ 1964, 232 (Ariëns/Waalsteenfabriek).

84. Noldus, diss. 1969, blz. 246 e.v.

85. OK 21 september 1978, NJ 1979, 403.

86. Sanders/Westbroek 1988, blz. 120-121.

87. Handboek, nr. 203.1.

eigendom van de vennootschap. Het bestuur is in staat de gegevens te verstrekken.⁸⁸ Uit de HCS-zaak blijkt dat de kansen om als individuele aandeelhouder van een bestuurder (tevens aandeelhouder) buiten de vergadering om informatie te krijgen gering zijn.⁸⁹ Daarvoor moeten bijzondere omstandigheden aanwezig zijn, zoals de niet onaanzienlijke kans ter vergadering overstemd te worden. Mijns inziens kunnen aandeelhouders met een beroep op het gelijkheidsbeginsel informatie vorderen die aan een (meerderheids)aandeelhouder is verstrekt (Hoofdstuk 8).

Een vordering ex art. 336 BW (gedwongen aandelenoverdracht wegens misdraging van de aandeelhouder) tegen een bestuurder/aandeelhouder lijkt niet rechtstreeks mogelijk.⁹⁰ Wel, indien de aandeelhouder een voorstel tot ontslag van de bestuurder wegens onbehoorlijke taakvervulling (bijvoorbeeld vanwege het verschaffen van onvoldoende informatie) aan de aandeelhoudersvergadering voorlegt; het tegenhouden van een besluit, indien dat kennelijk in het belang van de onderneming is, kan voldoende grond opleveren voor gedwongen overdracht.

In het voorstel voor de vijfde EG-Richtlijn wordt een algemeen informatie-recht van aandeelhouders voorgesteld:

Art. 31 lid 1:

Aan iedere aandeelhouder worden in de algemene vergadering op zijn verzoek nauwkeurige inlichtingen verstrekt over de zaken van de vennootschap, indien deze inlichtingen noodzakelijk zijn voor een juiste beoordeling van een onderwerp op de agenda.

Het bestuur moet deze inlichtingen verstrekken, tenzij de vennootschap daardoor ernstig nadeel kan worden berokkend of daardoor een wettelijke geheimhoudingsplicht zou worden geschonden. Geschillen over dit onderwerp kunnen aan de rechter worden voorgelegd (zie ook art. 90 lid 5 Ontwerp Statuut SE). De Richtlijn bepaalt verder in art. 42 dat een besluit van de aandeelhoudersvergadering nietig of vernietigbaar is als een aandeelhouder in strijd met art. 31 informatie is geweigerd. De Commissie Vennootschapsrecht acht dit voorstel te ver gaan. Zij stelt voor het te schrappen.

Wat betreft de hoeveelheid te verstrekken informatie behoeven na invoering van de Richtlijn geen grote verschillen met de huidige praktijk te worden verwacht. Eventueel kan de door de Richtlijn genoemde beperking tot agendapunten een vermindering van de verplichtingen betekenen. Wel zullen verschillen bestaan met betrekking tot de nakoming van het recht, vanwege de rechterlijke toetsing en de gevolgen voor de geldigheid van het besluit zelf. Deze houden mijns inziens een verbetering in vergeleken met de huidige situatie. De richtlijn maakt voorts een einde

88. Vgl. Pres. Rb. Dordrecht 23 maart 1989, KG 168 (Corocor); Pres. Rb. Haarlem 14 oktober 1988, KG 450.

89. Pres. Rb. Amsterdam 15 juni 1988, KG 276 (HCS).

90. Handboek, nr. 355 spreekt van gedrag *als aandeelhouder*.

aan de onzekerheid die bestaat omtrent de vraag of aan de *individuele* aandeelhouder een recht op informatie toekomt.

5.2.2. Commissarissen

Het bestuur dient de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens te verschaffen (art. 141 (251) BW).

Vóór 1971 kon in het zgn. commissarissenreglement een regeling zijn opgenomen omtrent het verschaffen van informatie aan de commissarissen. De wet bepaalde toen nog slechts dat een deskundige (meestal een accountant) kon worden benoemd, die toezicht zou houden op het bestuur en verslag zou uitbrengen aan de raad. Het bestuur moest deze deskundige inzage verstrekken in de boekhouding.⁹¹ De commissarissen oefenden toen voornamelijk financieel toezicht uit.

Voor de beide taken die de raad van commissarissen nu heeft is het beschikken over voldoende informatie een noodzakelijke voorwaarde voor het functioneren van de raad.⁹² Van belang is eveneens dat de informatie-verstrekking tijdig geschiedt.⁹³ De informatie wordt in principe aan de commissarissen als college verstrekt, niet aan individuele commissarissen. Dit impliceert een gelijke behandeling van commissarissen onderling. Niettemin kan het soms verdedigbaar zijn dat de President-Commissaris eerder of meer informatie krijgt, bijvoorbeeld in spoedgevallen of in een crisissituatie tussen bestuur en raad van commissarissen.

De wet vermeldt een algemene informatieplicht van gegevens die het bestuur uit zichzelf moet verstrekken, ook als de commissarissen daarvoor niet vragen.⁹⁴

Niet 'alle' informatie behoeft te worden verstrekt. De wet spreekt van "voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke informatie". Wat noodzakelijke informatie is wordt bepaald door de redelijkheid (art. 7 BW). Uit de rechtspraak kan men slechts in geringe mate afleiden wat de informatieverplichting jegens de raad van commissarissen nu wel inhoudt.⁹⁵ Algemeen wordt aangenomen dat informatie over de dagelijkse gang van zaken niet hoeft te worden verstrekt, tenzij die gang van zaken, bijvoorbeeld gezien de liquiditeitspositie, zorgwekkend wordt. Glasz signaleert de opkomende gewoonte dat het bestuur ter gelegenheid van de goedkeuring of vaststelling van de jaarrekening laat bevestigen dat het alle informatie heeft verstrekt die voor een deugdelijk toezicht van belang is.⁹⁶

91. Wet van 2 juli 1928, Staatsblad 216.

92. Zie ook Glasz 1986, hfk. 3; W.J. Slagter, in M. Mulder en W.J. Slagter, *De Raad van Commissarissen in de jaren tachtig*, Leiden 1981, blz. 67v.

93. Art. 141 en 251 BW en Glasz 1986, regel 4.3.

94. V.A.M. van der Burg, TVVS 1982, blz. 241-243.

95. OK 23 juni 1983, NJ 1984, 571 (Hyster): met betrekking tot bepaalde besluiten werd de raad via de media ingelicht; OK 3 december 1987, NV 1988, blz. 78-80, bevestigd door HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM): de raad van commissarissen werd soms onvoldoende op de hoogte gehouden van de gebeurtenissen in de bedrijfsvoering.

96. Glasz, 1986, blz. 24, noot 23.

Van der Grinten is van mening dat de commissarissen zodanige informatie dienen te verkrijgen dat zij kunnen beoordelen of het beleid in overeenstemming is met de wet en statuten en met het belang van de vennootschap.⁹⁷ Ik meen dat bovendien gegevens omtrent *alternatieven* voor het te voeren of gevoerde beleid moeten worden verstrekt. Dit standpunt houdt verband met mijn opvatting dat het toezicht van de raad van commissarissen niet marginaal is, maar ook betrekking mag hebben op de doelmatigheid van een beslissing. Zij mogen daarom beoordelen of het bestuur de beste mogelijkheid heeft gekozen.

Voorts hangt de hoeveelheid te verstrekken informatie af van de bevoegdheid van de raad in het concrete geval (is de informatie bedoeld ter verantwoording achteraf, voor advies of voor goedkeuring). Deze kan ook afhangen van andere omstandigheden, zoals het financiële risico of het aantal werknemers dat met een bepaald onderwerp is gemoeid.⁹⁸ De begroting, kwartaal- en halfjaarcijfers, de concept-jaarstukken en de managementletter van de accountant⁹⁹ dienen tijdig worden verstrekt.¹⁰⁰ Verder dient de raad van commissarissen te beschikken over informatie omtrent de taakverdeling binnen de directie, het organisatieschema van de onderneming, samenstelling en verloop van het personeel, de organisatiegraad van de werknemers, de globale technische aspecten van de produktiemiddelen en administratieverwerking, de lange termijn planning (beleidsplan), de ontwikkelingen binnen de onderneming en de bedrijfstak, de voorgenomen investeringen en omtrent de dochterondernemingen.¹⁰¹

Voor de kwaliteit van de informatie die aan de commissarissen dient te worden verstrekt geldt mijns inziens in principe hetzelfde als voor de kwaliteit van de gegevens die aan de aandeelhoudersvergadering worden verstrekt: de verstrekte informatie dient juist te zijn, inzicht te bieden en voldoende te zijn. De wijze waarop deze eisen worden uitgelegd voor de informatie aan de commissarissen is niettemin verschillend. De commissarissen hebben een ruimere taak en verantwoordelijkheid dan de aandeelhouders. De informatie die aan commissarissen dient te worden verstrekt is veelomvattender dan aan aandeelhouders; vaak ook is zij gedetailleerder, vooral ten aanzien van plannen voor de toekomst en ten aanzien van besluiten die de goedkeuring van de commissarissen behoe-

97. Handboek nr. 274.

98. Zie de OGEM-casus inzake inkoop van eigen aandelen, berichtgeving over projektontwikkeling en de toelichting op de financiële stukken.

99. Onder management letter verstaat J.M. Vecht RA "schriftelijk vastgelegde, voor de hoogste leiding van de vennootschap bedoelde opmerkingen van bijzondere aard over lacunes in de administratieve en/of interne organisatie, de jaarrekeningpresentatie over enig jaar, de gang van zaken in de onderneming en over de door de ondernemingsleiding gemaakte prognoses", in Praktijkboek Commissarissen, IB.7-21.

100. Een praktische handleiding is opgesteld en uitgegeven door COB/SER onder de titel Commissarissen, wat willen zij weten, 's-Gravenhage 1986.

101. J.R. Glasz, Praktijkboek Commissarissen, IA.1.- blz.4 en 5; D.W.O.A. Grosheide, idem, IB.2-2a e.v. V.A.M. van der Burg, TVVS 1982, blz. 242.

ven.¹⁰² Mijns inziens heeft de raad van commissarissen recht op *schriftelijke* verstrekking van informatie.

Het bestuur kan niet met een beroep op het bedrijfsbelang gegevens aan de raad van commissarissen weigeren: in de verhouding tussen bestuur en commissarissen past geen geheimhouding.¹⁰³ Ook in dit opzicht verschilt de informatieverstrekking aan commissarissen van die aan de aandeelhouders. Verdedigbaar is mijns inziens echter dat in een uitzonderingsgeval aan een individuele commissaris informatie wordt onthouden, indien deze een persoonlijk of zakelijk tegenstrijdig belang heeft in de kwestie waarop de informatie betrekking heeft.

De commissarissen hebben mijns inziens toegang tot de gebouwen en terreinen van de vennootschap, ook als de statuten zulks niet bepalen en ook zonder toestemming van het bestuur.¹⁰⁴ Hun taak en verantwoordelijkheid brengt dat mee. De uitoefening van deze bevoegdheid wordt beperkt door de goede trouw.

Als het bestuur aan de commissarissen te weinig, geen of kwalitatief onvoldoende informatie verstrekt, heeft de raad enkele sanctiemogelijkheden, die verband houden met zijn toezichthoudende functie. Ontslag (als de bestuurders door de raad van commissarissen worden benoemd) en schorsing van de bestuurders zijn daarvan de belangrijkste. Als de commissaris tevens aandeelhouder is, kan hij behalve zijn bevoegdheden als commissaris ook zijn bevoegdheden als aandeelhouder aanwenden en bijvoorbeeld een enquête-verzoek indienen.¹⁰⁵ De bevoegdheid een enquête-verzoek in te dienen kan overigens ook statutair zijn vastgelegd (art. 346 sub c BW). Als de commissaris tevens aandeelhouder is, kan hij dan ook van de geschillenregeling (met name art. 336 BW) gebruik maken om de bestuurder/aandeelhouder te dwingen informatie af te geven? Volgens Van der Grinten is voor een vordering tot gedwongen aandelenoverdracht nodig dat de aandeelhouder zich *als aandeelhouder* misdraagt.¹⁰⁶ Zoals ik hiervoor ten aanzien van aandeelhouders betoogde, acht ik dit indirect wel mogelijk.

Verdedigbaar is verder dat de commissarissen op grond van art. 7 (jo. 1302 BW) een vordering tot nakoming van de verplichtingen ex art. 141 (251) BW instellen tegen de vennootschap en de bestuurders persoonlijk. Een actie tegen hen lijkt mij ook hier het meest aangewezen en gewenst.¹⁰⁷ In het voorstel vijfde EG-Richtlijn is uitdrukkelijk voorzien in een recht op toegang en inzage, waardoor de effectiviteit van het recht op gegevens wordt vergroot.¹⁰⁸

102. Handboek, nr. 274.

103. Slagter, a.w. noot 92, blz. 70; anders: Handboek, nr. 274.

104. Pres. Rb. Amsterdam 27 november 1986, NV 1987, blz. 79-80; anders:

V.A.M. van der Burg, a.w. noot 101, blz. 241.

105. OK 3 mei 1972, NJ 1973, 7.

106. Handboek, nr. 355.

107. Vgl. Pres. Rb. Middelburg 10 april 1989, KG 195.

108. W.J. Slagter, Namens 1987, blz. 193-198, m.n. vanaf blz. 196.

Uit een onderzoek dat in opdracht van het Nederlands Centrum voor Directeuren en Commissarissen is verricht¹⁰⁹ blijkt dat bij de ondervraagde commissarissen onderling sterke verschillen bestaan in de behoefte aan informatie. Overeenstemming bestaat over de wenselijkheid van een beleidsplan. Voorts wordt informatie over voorgenomen overnames en fusie op prijs gesteld. Het onderzoek vermeldt verder dat de behoefte aan informatie afhankelijk is van de situatie waarin het bedrijf verkeert. Naarmate het slechter gaat met het bedrijf willen de commissarissen meer informatie hebben; het ondernemingsbestuur is dan juist minder geneigd om informatie te verstrekken.¹¹⁰ De onderzoekers doen het voorstel om in overleg tussen raad en bestuur een 'informatiepakket' op te stellen, waarin wordt afgesproken welke informatie de commissarissen in elk geval krijgen.

In het voorstel vijfde EG-Richtlijn inzake het vennootschapsrecht wordt in art. 11 en 12 voorzien in enkele rechten en bevoegdheden voor de raad van commissarissen.

De strekking van de regeling is dat het bestuur aan de raad elke drie maanden verslag uitbrengt omtrent de algemene gang van zaken in de vennootschap; verder dient de raad de jaarstukken te krijgen; op verzoek van de raad dient het bestuur over alle of over bepaalde zaken van de vennootschap een speciaal verslag uit te brengen; de raad krijgt verder de bevoegdheid de nodige verificaties te verrichten (art. 11). De voorgestelde Richtlijn is wat betreft de informatieverstrekking aan commissarissen uitvoeriger en effectiever dan de Nederlandse wetgeving (zie ook art. 64 Ontwerp Statuut SE).

5.2.3. Ondernemingsraad

Om zijn taken naar behoren uit te oefenen dient de ondernemingsraad te beschikken over voldoende informatie. De wetgever heeft dat in 1979 onderkend en heeft de verschillende soorten van informatie, waarvan hij meende¹¹¹ dat de ondernemingsraad daarover zonder meer zou moeten beschikken, in de WOR opgesomd: artt. 31 leden 2 t/m 5, 31a, 31b en 31c. Daarnaast geldt een algemene informatieplicht die bestaat uit een vragenrecht en een antwoordplicht (art. 31 lid 1). Verschillende aspecten die aan het informatierecht zijn verbonden worden hieronder besproken.

109. Het onderzoek is verricht door dr. D. Keuning, verbonden aan de VU Amsterdam en is gepresenteerd tijdens het NCD congres van 25 november 1987.

110. Zie ook: D.W.O.A. Grosheide, Praktijkboek Commissarissen, IB.2-2a.

111. N.a.v. het SER-advies 17 oktober 1975 nr. 14, 23; zie ook besluit verstrekking financiële informatie 7 maart 1985.

5.2.3.1. *Antwoordplicht*¹¹²

De ondernemer heeft in beginsel de verplichting om op verzoek van de ondernemingsraad gegevens te verstrekken (art. 31 lid 1 WOR). Desgevraagd worden de gegevens schriftelijk verstrekt. De ondernemer mag de gevraagde gegevens weigeren, als de ondernemingsraad deze redelijkerwijs niet nodig heeft voor de vervulling van zijn taak. Volgens de departementale toelichting op de WOR mag de ondernemer bezwaar maken tegen het *schriftelijk* verstrekken van informatie.¹¹³ In geschillen over de vraag of de ondernemingsraad deze gegevens nodig heeft en over het al dan niet schriftelijk verstrekken daarvan beslisten tot 1990 de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State. Sinds de wet van 27 februari 1990¹¹⁴, in werking per 1 april 1990, beslist de kantonrechter hierover.

5.2.3.2. *'Redelijkerwijs nodig hebben'*

Het begrip 'redelijkerwijs nodig hebben' verwijst naar een objectieve norm. Niet bepalend is welke gegevens de ondernemingsraad nodig acht. Uitdrukkelijk is gekozen voor de objectieve formulering 'nodig hebben'.¹¹⁵ De minister heeft in 1987 beslist dat onder het begrip nodig hebben niet moet worden verstaan *noodzakelijk* zijn voor de vervulling van de taak, want ook gegevens die *niet noodzakelijk maar wel van nut kunnen* zijn dienen te worden verstrekt.¹¹⁶

Bij de bespreking van het informatierecht van de aandeelhouders kwam naar voren, dat informatie waarover de vennootschap niet beschikt en ook niet hoefde te beschikken niet aan de aandeelhouders hoeft te worden verstrekt. Eenzelfde regel geldt mijns inziens voor de ondernemingsraad.¹¹⁷ Het is immers moeilijk denkbaar dat de kantonrechter van mening is dat de ondernemingsraad recht heeft op bepaalde gegevens terwijl de ondernemer deze niet nodig zou hebben voor zijn beslissing. Het is wel voorstelbaar dat de ondernemingsraad gegevens opvraagt die de ondernemer niet (in die vorm) heeft, maar die de ondernemer wel moet verstrekken.

Art. 31 eerste lid heeft ten opzichte van 31a WOR een aanvullend karakter¹¹⁸: zich beroepend op de wetsgeschiedenis en het systeem van de wet was de minister in een bepaald geval van oordeel dat het vragen van aanvullende financiële informatie kan worden gebaseerd op art. 31 lid 1. Analooq kan mijns inziens worden gesteld dat aanvullende informatie over de aangelegenheden van art. 31 lid 2 en volgende over sociale aange-

112.Honée diss. 1981, blz. 100v.

113.Inzicht 1987, blz. 103.

114.Wet van 27 februari 1990, Stb. 1990, 91.

115.A.F.M. Dorresteyn en M. Verhorst, TVVS 1982, blz. 191-196.

116.Min. SoZaWe 6 februari 1987, ROR 1987/18 (Honeywell).

117.OK 23 maart 1989, ROR 1989/6 (RIAGG).

118.Min. SoZaWe 30 augustus 1984, ROR 1971-1984/126.

legenheden (art. 31b) eveneens op basis van art. 31 eerste lid kan worden gevorderd.

Interne stukken kunnen in beginsel ook door de ondernemingsraad worden gevorderd, voor zover deze niet reeds op grond van 31 leden 2v., 31a en 31b behoren te worden verstrekt. Niet echter correspondentie tussen (hoofdleiding en) afdelingen¹¹⁹; wel interne rapporten en verslagen, mits deze redelijkerwijs nodig¹²⁰ zijn voor de vervulling van de taak van de ondernemingsraad.

Het verschil tussen interne correspondentie enerzijds en rapporten en verslagen anderzijds zou kunnen worden verklaard uit de mate van voltooiing van standpunten en weergave van feiten: correspondentie bevat veelal onvolledige informatie. Een praktisch bezwaar tegen het verstrekken van interne stukken is dat de leiding en de afdelingen 'niets meer op papier durven zetten' uit vrees dat de ondernemingsraad het zou kunnen opeisen. Gezien de onzekerheid die over dit onderwerp bestaat zou op den duur duidelijker bepaald moeten worden welke interne informatie mag worden gevorderd en welke niet. Vooralsnog dient te worden afgewacht wat de kantonrechters in concrete gevallen beslissen.

Ik acht het denkbaar dat - als de ondernemingsraad recht heeft op informatie over een onderwerp, maar de informatie in een niet publiekabel stuk is neergelegd - aan de ondernemingsraad het recht wordt gegeven de informatie *in een andere vorm* verstrekt te krijgen, bijvoorbeeld in de vorm van een uittreksel of samenvatting, of mondeling.¹²¹

De Afdeling Rechtspraak is blijkens de vermelde uitspraak uit 1982 van mening dat het voor de vraag of gegevens verstrekt moeten worden verschil maakt of een intern voorstel door het bestuur al dan niet is aangenomen. Het lijkt mij redelijk dat een intern niet aangenomen voorstel soms toch wordt verstrekt, namelijk als de ondernemingsraad kan aantonen dat hij het stuk nodig heeft voor de vervulling van zijn taak; dit is bijvoorbeeld het geval als het voorstel een acceptabel alternatief vormt voor een wel aangenomen voorstel, waarover de ondernemingsraad advies moet uitbrengen.

5.2.3.3. Taak van de ondernemingsraad

De minister en de Afdeling Rechtspraak zijn van mening dat de ondernemingsraad concreet dient aan te geven met het oog op welk gedeelte van de taak hij de inlichtingen nodig heeft. Dat houdt in dat het voor het verwezenlijken van het informatierecht van belang is te weten wat onder het begrip taak dient te worden verstaan. In ieder geval vallen onder het begrip taak de adviserende taak van de ondernemingsraad op grond van artt. 25 en 30 WOR en de instemmingsbevoegdheid ex art. 27 WOR en art.

119.ARRvS 18 februari 1982, RM 1981-1982 nr. 74 (Philips).

120.Min. SoZaWe 6 februari 1987, ROR 1987/18 (Honeywell) spreekt van *nut*.

121.Vgl. art. 1 Wet Openbaarheid Bestuur jo art. 5 lid 3 Besluit openbaarheid van bestuur.

Zie ook: Almanak voor de Stichting en de Vereniging, 's-Gravenhage 1989, blz. 56.

158 (268) lid 5 WOR¹²² Ook dan geldt echter nog het objectieve criterium 'nodig hebben'.

Voorts lijkt het mij dat het eventueel uitoefenen van het geclausuleerde bezwaarrecht van art. 158 (268) BW behoort tot de taak van de ondernemingsraad.

Ook het in art. 23 WOR genoemde recht om voorstellen te doen behoort tot de taak van de ondernemingsraad.¹²³ Het verzoek om informatie dient te worden gehonoreerd, als de ondernemingsraad in een vroegtijdig stadium had aangegeven dat hij van plan was een voorstel op grond van art. 23 te doen. In dit geval¹²⁴ wist de ondernemingsraad reeds geruime tijd dat er problemen waren; de raad had serieuze plannen om daaromtrent een initiërende rol te spelen. Dit verzoek om informatie is door de minister toegewezen. In een geval waarin de ondernemingsraad het advies reeds had uitgebracht en vervolgens in de procedure stelde de informatie nodig te hebben om de huidige en toekomstige plannen van de ondernemer te kunnen beoordelen, was de minister van mening dat deze taak te vaag was.¹²⁵

5.2.3.4. *Belang van de onderneming*

De ondernemer mag geen gegevens weigeren met een beroep op het belang van de onderneming. In de WOR, zoals die voor 1979 gold, was bij de informatieverplichting een zogenaamde zwaarwichtige belangenclausule opgenomen. Als er zwaarwichtige gronden waren kon de ondernemingsraad informatie worden onthouden. Deze clausule is naar aanleiding van een advies van de SER¹²⁶ in de wet van 1979 geschrapt.

5.2.3.5. *Geheimhouding*

De ondernemingsraad kan als het gaat om gevoelige informatie geheimhouding worden opgelegd (art. 20 WOR). Deze mogelijkheid beschermt de onderneming tegen het bekend worden van gegevens die haar positie zouden kunnen schaden.

Geheimhouding geldt niet alleen als de ondernemer zulks uitdrukkelijk heeft verzocht, maar ook als redelijkerwijs kan worden begrepen dat geheimhouding geboden is. Dit laatste kan zich bijvoorbeeld voordoen in geval de privacy van betrokkenen in het geding kan komen.

De geheimhoudingsplicht kan in het nadeel van de ondernemingsraad zijn omdat hij daarmee wordt belemmerd het contact met de achterban te

122. Pres. Rb. 's-Gravenhage 24 maart 1987, KG 197 (ANP).

123. ARRvS 18 februari 1982, RM 1981-1982, nr. 74 (Philips); Min. SoZaWe 30 augustus 1984, ROR 1984/126; anders: Honée diss. 1981, blz. 105.

124. Min. SoZaWe 6 februari 1987, ROR 1987/18 (Honeywell).

125. Min. SoZaWe 3 februari 1982, RM 1981-1982 nr. 72 (Howson); idem 11 juni 1986, ROR 1986/40.

126. SER Advies 1975, nr 14.

onderhouden. Het is daarom de bedoeling dat slechts in uitzonderingsgevallen een geheimhoudingsplicht wordt opgelegd.¹²⁷

Een verwant probleem is of de ondernemer mag weigeren informatie te (blijven) verstrekken als ten aanzien van eerder verstrekte informatie de opgelegde geheimhoudingsplicht is geschonden. Mijns inziens mag hij dat niet weigeren. Er zijn evenwel indirecte manieren om op dergelijke gedragingen te reageren. Als de ondernemingsraad de niet verstrekte (geheime) informatie opvordert, kan het bestuur wellicht beroep doen op een soort 'exceptio non adimpleti contractus'. De geheimhoudingsplicht geldt als een persoonlijke verplichting. Opzettelijke schending daarvan kan aanleiding geven tot uitsluiting van deelname aan de ondernemingsraad en schorsing van het ondernemingsraadslid (art. 13 WOR); het is bovendien een grond voor ontslag (art. 1639p lid 2 sub 9 BW) en een misdrijf (art. 272 WvSr). Als de geheime informatie een dag later in de krant blijkt te staan staat de ondernemer in feite machteloos: het is dan meestal te laat om een vordering tot naleving tegen de ondernemingsraad in te stellen (art. 36 lid 2, WOR). Als het lek niet kan worden gevonden is het ondernemingsbestuur geneigd om in het vervolg geen (geheime) informatie te verstrekken.¹²⁸ De gehele ondernemingsraad (en diens achterban) kan daardoor gedupeerd raken. Het is denkbaar dat het ondernemingsbestuur de gevoelige informatie voorlopig alleen aan de voorzitter van de ondernemingsraad verstrekt en met hem overlegt. Deze oplossing is naar mijn idee te prefereren boven de - begrijpelijke maar even onjuiste - reactie om (voorlopig) niet meer met de ondernemingsraad van gedachten te wisselen.

5.2.3.6. *Niet alleen ter vergadering*

De ondernemingsraad kan zowel in de overlegvergadering als daarbuiten zijn recht op informatie op grond van art. 31 WOR uitoefenen; dit is één van de verschilpunten tussen de informatievoorziening aan de ondernemingsraad en aan de aandeelhoudersvergadering.

De verplichting informatie te verstrekken geldt jegens de ondernemingsraad en commissies; zij geldt niet jegens individuele leden.¹²⁹ Mijns inziens wordt dat verklaard uit het collegiale karakter van de ondernemingsraad.

5.2.3.7. *Spontane informatieplicht*

Welke informatie de ondernemer op eigen initiatief moet verstrekken wordt geregeld in de artt. 31 (vanaf lid 2) t/m 31c WOR.

Behalve basisgegevens omtrent identiteit en structuur van de onderneming bestaat deze verplichting ten aanzien van zowel financieel-econo-

127. Inzicht, blz. 56; Arendsen de Wolff, diss. 1976, blz. 75v.

128. P.F. van der Heijden, De rechtspositie van ondernemingsraadleden, serie OR Praktijk, Alphen aan den Rijn, 1980, blz. 57.

129. Honée diss. 1981, blz. 102.

mische als sociale gegevens, zowel retrospectief als prospectief. Aanvullende gegevens kunnen binnen de beperkingen van art. 31 lid 1 WOR van de ondernemer worden gevorderd.

De ondernemingsraad heeft er belang bij dat de ondernemer zoveel mogelijk informatie schriftelijk verstrekt. Desgevraagd moet de informatie *schriftelijk* worden verstrekt (art. 31 lid 1 WOR).

Ook in enige andere artikelen in de WOR is een spontane informatieplicht neergelegd: art. 25 lid 3 en 5 en art. 30 lid 3 WOR. Deze bepalingen bevatten een verplichting om informatie (omtrent beweegredenen) te verstrekken.¹³⁰ De formele motiveringsplicht (de vraag of een besluit of beleid gemotiveerd moet worden) en de materiële motiveringsplicht worden behandeld in hoofdstuk 6.

Buiten de WOR kan ook een (geringe) spontane informatieplicht jegens de ondernemingsraad worden aangetroffen: in geval van benoeming van een commissaris in een structuurvennootschap (art. 158 (268)lid 5).

5.2.3.8. Kwaliteit van de informatie

Verkeerde, onduidelijke of onvoldoende informatie kan misverstanden oproepen die problemen kunnen veroorzaken.

Uit de jurisprudentie kunnen de volgende eisen worden afgeleid:

- De informatie dient juist te zijn, te berusten op een deugdelijke grondslag en uit te gaan van de redelijke prognoses; zo werd beslist in onder meer de Heidemij-zaak.¹³¹
- De informatie moet inzicht bieden in de gronden en de motieven voor het besluit; dit wordt bepaald in artt. 25 lid 3, 26 lid 2 WOR; zo werd beslist in onder meer het geval van Wolters Noordhoff.¹³²
- De informatie moet voldoende zijn voor een behoorlijke vervulling van de taak; aldus de rechterlijke beslissingen in geval van o.a. Hoechst¹³³, Ford¹³⁴ en VHLF.¹³⁵

130.OK 11 juni 1981, NJ 1982, 247 (Busstalling).

131.OK 29 mei 1980, NJ 1981, 272 (Heidemij); zo ook in een procedure door de vakbonden aangespannen: OK 10 december 1981, NJ 1983, 24 (Ford); OK 8 december 1983, ROR 1971-1984/92; OK 29 augustus 1985, ROR 1985, 38 (Howson Algraphy).

132.OK 9 april 1987, NJ 1988, 403 (WN); Ktr. Zevenbergen 23 december 1975, NJ 1977, 556.

133.Pres. Rb. Middelburg 7 juli 1978, NJ 1978, 653 (Hoechst).

134.Pres. Rb. Amsterdam 7 juli 1981, NJ 1981, 424; in appel vernietigd omdat nog slechts sprake was van een voornemen: Hof Amsterdam 22 oktober 1981, NJ 1983, 23 (Ford); wat betreft informatie in dezelfde zin: OK 21 januari 1982, NJ 1983, 31; OK 5 april 1984, NJ 1985, 501; OK 7 mei 1987, NJ 1988, 429 (SHB); OK 2 juli 1987, NJ 1988, 517 (RIAGG); OK 1 oktober 1987, SR 1987, blz. 404-405; OK 22 oktober 1987, ROR 1987/30 (Smit); Ktr. Zevenbergen 23 december 1975, NJ 1977, 556.

135.OK 21 juni 1979, NJ 1980, 73 (VHLF).

5.2.3.9. *Privacy*

In het voorgaande werd reeds opgemerkt dat bij een verzoek om informatie en bij de spontane informatieplicht de privacy van degene over wie informatie wordt verstrekt in het geding kan raken. Te denken valt aan informatie over de kandidaat voor een bestuursfunctie en aan de redenen voor het ontslag van een bestuurder (art. 30 WOR). Het privébelang van de betrokkene kan in zulke gevallen botsen met het belang van de ondernemingsraad bij voldoende informatie.¹³⁶ Volgens Arendsen de Wolff rechtvaardigt de publieke functie van de bestuurder een verstrekkender informatierecht van de ondernemingsraad dan wanneer het een andere werknemer zou betreffen. Arendsen de Wolff stelt daarom voor dat de informatie zakelijk wordt weergegeven en dat details worden weggelaten. Bij de adviserende bevoegdheid in geval van benoeming dient de informatie te zijn beperkt tot de geschiktheid van de kandidaat; vooral bij ontslag dienen details van persoonlijke aard omtrent disfunctioneren te worden achtergehouden. Uiteraard dienen de wel verstrekte gegevens met vertrouwelijkheid te worden behandeld. Geheimhouding dient dan ook gewaarborgd te worden.

5.2.3.10. *Tijdstip*

Het tijdstip waarop de informatie dient te worden verstrekt (art. 25 lid 2 WOR) wordt bepaald door het doel en de beschikbaarheid van de informatie. Als de informatie moet dienen voor het geven van een advies over de materie dient de informatie op een zodanig tijdstip te worden verstrekt dat er voldoende gelegenheid is voor het verwerken van de gegevens in het advies. Bovendien moet het advies nog van invloed kunnen zijn op het te nemen besluit. Anderzijds kan het hiervoor bedoelde tijdstip verder naar achteren liggen, als de gevraagde informatie nog niet voorhanden is. In bijzondere omstandigheden worden geen gevolgen verbonden aan te late verstrekking van informatie.¹³⁷ Ook hier geldt naar mijn mening dat partijen rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.¹³⁸

Uit het onderzoek van Looise en De Lange is gebleken dat de informatie ten behoeve van beleidsadvisering over het algemeen te laat wordt verstrekt.¹³⁹ In veel gevallen gebeurt dat pas als de directie binnenskamers reeds heeft besloten.

136. Arendsen de Wolff, diss. 1976, blz. 202 e.v.

137. OK 21 december 1989, ng nr. 35/89.

138. Pres. Rb. 's-Gravenhage 10 december 1985, KG 1986, 30.

139. Looise en De Lange, blz. 53.

5.2.3.11. In gebreke blijven

Het niet voldoen aan de wettelijke verplichting om informatie te verstrekken jegens de ondernemingsraad houdt in het niet voldoen aan de verplichtingen die de WOR met zich brengt. De ondernemingsraad kan dan naleving van de bepalingen vorderen bij de kantonrechter (art. 36 WOR), in spoedgevallen bij de rechter in kort geding.

De beroepsmogelijkheid van art. 26 WOR kan ook open staan indien onvoldoende informatie is verschaft, bijvoorbeeld als dit verzuim tevens inhoudt dat het besluit onvoldoende is gemotiveerd; de ondernemer heeft dan in redelijkheid niet tot zijn besluit kunnen komen. Dit bezwaar mag niet voor het eerst in de beroepsprocedure aan de orde komen. Het verstrekken van onvoldoende informatie kan ook duiden op wanbeleid en aanleiding geven tot een enquête.

5.2.3.12. Europese voorstellen

Het ontwerp vijfde EG-Richtlijn kent het werknemersorgaan recht op regelmatige (consultatie en) informatie toe omtrent:

- het beheer, de toestand, de ontwikkeling en de toekomstverwachtingen van de onderneming;
- de concurrentiepositie van de onderneming;
- de crediëtsituatie;
- de investeringsplannen.

Voorts mag het werknemersorgaan de door de ondernemingsleiding geproduceerde documenten opeisen. De voorgestelde regeling is een minimum-regeling; de lidstaten mogen bepalen dat over meer onderwerpen informatie moet worden verstrekt. Zie ook art. 5 lid 2 voorstel Richtlijn bij ontwerp Statuut SE.

5.3.2.13. Buitenlandse activiteiten

Informatie over de buitenlandse activiteiten van de ondernemer kan door de Nederlandse ondernemingsraad eveneens worden gevorderd.¹⁴⁰ Wat betreft retrospectieve informatie geldt de antwoordplicht op vragen van art. 31 lid 1 WOR (met de daarin vermelde beperkingen) en een spontane informatieplicht op grond van art. 31a WOR.¹⁴¹ Wat betreft informatie over de toekomst geldt dat de Nederlandse ondernemingsraad recht heeft

140. Honée diss. 1981, blz. 112v.

141. Rood, WOR aant. 11 bij art. 25 lid 1 WOR.

op informatie over alle voorgenomen investeringen op grond van art. 31a lid 6, ook buitenlandse.¹⁴² Ten aanzien van dit artikel geldt niet de zogenaamde 'buitenland-clausule' van art. 25 eerste lid, laatste zin.¹⁴³

Een ander probleem bij internationale concernverhoudingen is de informatieverstrekking door de buitenlandse moeder aan de Nederlandse dochter. Arendsen de Wolff¹⁴⁴ is van mening dat de werknemersvertegenwoordigers zich in dergelijke gevallen tot de moeder kunnen wenden, als de moeder in belangrijke mate het concernbeleid bepaalt of daarvoor de verantwoordelijkheid draagt. In de Vredeling Richtlijn¹⁴⁵ inzake medezeggenschap in multinationale concerns is ook voorzien in de bevoegdheid informatie van de moeder te vragen als het bestuur van de dochter deze weigert of niet kan geven, omdat het die zelf niet heeft gekregen.

Een andere opvatting is dat aan de dochter verbonden organen hun rechten slechts kunnen uitoefenen jegens het bestuur van de dochter. Het probleem wordt hieronder niet beperkt tot de ondernemingsraad, ook andere organen van de dochter worden besproken.

De kwestie heeft in drie gevallen tot een uitspraak van de ondernemingskamer geleid: Ford (enquête)¹⁴⁶, Hyster (enquête)¹⁴⁷, Howson Algraphy (art. 26 WOR).¹⁴⁸

De algemene regel die uit deze uitspraken is te destilleren is dat de moeder voldoende informatie ter beschikking moet stellen om het bestuur in staat te stellen aan zijn informatieverplichtingen jegens aandeelhouders, raad van commissarissen en ondernemingsraad te voldoen. Deze verplichting is niet afdwingbaar voor de Nederlandse rechter. Alleen het bestuur van de Nederlandse onderneming kan in rechte worden benaderd ter voldoening aan haar verplichtingen. De organen van de dochter kunnen deze niet rechtstreeks opeisen van de moeder. De rechtsgrond voor deze verplichting zou kunnen worden gevonden in art. 7 BW, nu de moeder ook aandeelhouder is.¹⁴⁹ Bartman noemt de informatieverplichting een zuivere norm van ongeschreven concernrecht.¹⁵⁰ Mede in het licht van de IKON-beschikking ben ik ook in concernverhoudingen geneigd het bestaan van een eigen goede-trouwnorm aan te nemen in de verhouding ondernemer/ondernemingsraad. Zie einde van deze paragraaf. De ondernemingskamer laat de grondslag van de eventuele informatieverplichting tussen moeder en dochter in het midden.

142. Rood a.w. noot 141; Bartman 1986, blz. 59-60.

143. Anders: H.J.M.N. Honée, in: Ondernemingsraad en vennootschap, Deventer 1982, blz. 49, die van mening is dat informatie over investeringen in het buitenland alleen behoeft te worden verstrekt als te verwachten is dat deze van invloed zullen zijn op de onderneming in Nederland.

144. Diss. 1976, blz. 135v.

145. Pb 1983 C 217.

146. OK 10 december 1981, NJ 1983, 24 (Ford).

147. OK 23 juni 1983, NJ 1984, 571 (Hyster).

148. OK 2 juni 1983, NJ 1985, 212 (Howson-Algraphy).

149. Zie daarvoor B. Wachter en L. Timmerman WPNR 5812 (1986) blz. 25.

150. Bartman 1986, blz. 82-83.

Als het bestuur van de dochter de verplichte inlichtingen niet verstrekt kan het besluit of het beleid onbehoorlijk zijn.

Ook de (minderheids-)aandeelhouder, het bestuur en de raad van commissarissen en de ondernemingsraad van de dochter kunnen dergelijke problemen ondervinden.

Hoewel de minderheidsaandeelhouder in concernverhoudingen minder voor komt sinds de uitkoop van minderheidsaandeelhouders (5% of minder) mogelijk is, zou deze met een beroep op art. 7 BW zijn mede-aandeelhouder kunnen dwingen informatie te verstrekken. Het bestuur en de raad van commissarissen staan rechtspositioneel gezien (als het niet gaat om een structuurvennootschap) in een afhankelijke verhouding tot de moeder en kunnen zich tegenover haar in feite niet hard opstellen.¹⁵¹ Het geval dat de dochter onder het volledig structuurregime valt doet zich niet vaak voor (gezien art. 153 (263) lid 3 BW); wel komt het vaak voor onder het verzwakt regime.

De ondernemingsraad heeft geen directe rechtsverhouding met de aandeelhoudersvergadering van de onderneming/vennootschap. Bovendien wordt de ondernemingsraad in het algemeen niet als orgaan van de vennootschap gezien (zie hoofdstuk 1). De ondernemingsraad kan zijn bevoegdheden in beginsel slechts uitoefenen tegenover de ondernemer (meestal het bestuur van de dochtervennootschap).¹⁵² De redelijkheid en de billijkheid, die ook tussen ondernemingsraad en ondernemer geldt, kunnen mijns inziens meebrengen dat voor het verstrekken van informatie iemand anders als ondernemer dient te worden beschouwd.¹⁵³

Voorlopige conclusie

De aard van de informatie die het bestuur aan de verschillende organen moet geven verschilt naar gelang de taak en de bevoegdheden van de onderscheiden organen.

De aandeelhouders krijgen voornamelijk informatie met een retrospectief karakter. De informatie aan de aandeelhouders heeft vooral betrekking op financiële gegevens van de onderneming, met name ten aanzien van de wijze waarop het resultaat is bereikt. Uitgaande van de stelling dat een spontaan informatierecht sterker is dan een vragenrecht kan worden geconcludeerd dat de aandeelhoudersvergadering een zwak informatierecht heeft. Voorts ligt de begrenzing van hetgeen het bestuur moet verstrekken in het ondernemingsbelang. Ook kan de informatie alleen ter vergadering worden gevraagd. Evenmin bestaat een recht op schriftelijke informatie, behalve in die gevallen waarin de wet dat voorschrijft: jaarstukken en agenda. Tenslotte is het informatierecht van de aandeelhou-

151. W.J. Slagter, in: De ondernemingsraad en het buitenland, Leiden 1982, blz. 53.

152. Toerekenen van het besluit van de moeder aan het bestuur van de dochter is door de ondernemingskamer niet gehonoreerd: OK 2 juni 1983, in cassatie bevestigd HR 11 juli 1984, NJ 1985, 212 (Howson Algraphy).

153. OK 2 april 1987, NJ 1988, 382 (Shell/KSEPL); vgl. ook de IKON-beschikking.

ders zwak, omdat - behalve onthouden van goedkeuring aan bepaalde besluiten (bijvoorbeeld ter vaststelling van de jaarrekening) - slechts 'paardemiddelen' kunnen worden gebruikt ter versterking daarvan: schorsing en ontslag van bestuurders. Het 'volledige toezicht' waartoe de aandeelhoudersvergadering bevoegd is heeft aldus een betrekkelijke waarde. Als wordt erkend dat aandeelhouders ook op grond van 'wanprestatie' tegen de vennootschap of haar organen kunnen optreden zou het recht op informatie van de aandeelhouders sterker worden.

Het recht op informatie van de raad van commissarissen als medebestuursorgaan is in vergelijking met de aandeelhouders omvangrijker: aan deze raad komt zowel prospectieve als retrospectieve informatie toe. De vorm van informatieverplichting is een algemene spontane informatieplicht. De informatie aan de raad van commissarissen dient het gehele terrein van de ondernemingsactiviteiten te betreffen, zowel financieel-economisch, technisch en sociaal. De raad van commissarissen heeft recht op schriftelijke informatie. De verplichting om gegevens te verstrekken wordt op twee wijzen begrensd: de gegevens moeten noodzakelijk zijn voor de vervulling van de taak en de uitoefening van het recht mag niet in strijd zijn met de goede trouw. De afdwingbaarheid van het informatierecht is, behoudens in geval van goedkeuringsrechten, gering, omdat slechts zware middelen ter beschikking staan, zoals schorsing en ontslag. Daarom wordt gepleit voor een onbeperkt recht op toegang tot de gebouwen en bescheiden van de vennootschap en de mogelijkheid van een gerechtelijke procedure terzake.

De informatie aan de ondernemingsraad betreft veel prospectieve inlichtingen met betrekking tot besluiten waarover hij mag adviseren. Daarnaast kent het systeem van de WOR een verplichting om retrospectieve gegevens te verstrekken. De meeste gegevens die de ondernemingsraad nodig heeft moeten door de ondernemer op eigen initiatief (schriftelijk) worden verstrekt. Het vragenrecht heeft een aanvullende rol, maar is beperkt tot 'benodigde' gegevens. De aard van de spontaan te verstrekken informatie is met name gericht op sociale omstandigheden (art. 25 lid 3, 31a lid 6). De afdwingbaarheid van het recht is voorzien in art. 36 WOR. Het informatierecht van de ondernemingsraad is in vergelijking met dat van de aandeelhoudersvergadering en van de raad van commissarissen sterk, met name gelet op het 'spontane' karakter daarvan en het bestaan van passende rechtsmiddelen. Het recht op gegevens strekt zich op een even groot gebied uit als het informatierecht van de raad van commissarissen.

Het voorstel Vijfde EG-Richtlijn brengt enige verbetering in de positie van de aandeelhoudersvergadering en de raad van commissarissen wat betreft de hoeveelheid te verstrekken informatie en wat betreft het afdwingen van de gegevens.

5.3. Overleg

Het voeren van overleg is het derde element dat kan worden onderscheiden in de fase van voorbereiding van besluiten en beleid. Het overleg vormt veelal een sequeel van de plicht van het bestuur om advies of goedkeuring/instemming te vragen. Soms kan ook overleg verplicht zijn, zonder dat de wet het uitdrukkelijk eist. Het overleg is dan mijns inziens een vorm van advisering, waarbij het bestuur vrij staat tegenover het uitgebrachte advies; deze vorm komt voor bij de bevoegdheden van de ondernemingsraad, nl. de bespreking van de jaarrekening art. 31a lid 2 WOR. Het in deze paragraaf bedoelde overleg heeft echter een geheel eigen karakter. Overleg is hierin de gedachtenwisseling over het voornemen waarover advies moet worden uitgebracht of ten aanzien waarvan goedkeuring moet worden verleend. Het overleg heeft voornamelijk het karakter van verwerking (structureren) van de informatie. Het dient ter bepaling van een standpunt over de materie, al wordt dat standpunt veelal niet direct in het overleg, maar eerst later voltooid en bekendgemaakt. Het overleg heeft aldus een meerwaarde boven de informatieverstrekking.¹⁵⁴

Overleg in de hierboven bedoelde betekenis, welke in de rechtspraak niet altijd aan het begrip overleg wordt verbonden, vindt voornamelijk op mondelinge wijze plaats. Schriftelijk overleg (door middel van correspondentie) is echter ook denkbaar.

In deze paragraaf beperk ik mij in hoofdzaak tot het overleg dat in het kader van een goedkeurings- of adviesprocedure over een voorgenomen besluit plaatsvindt binnen het bestuur en tussen het bestuur en organen.

5.3.1. Bestuur

Ten aanzien van het overleg binnen het bestuur van een privaatrechtelijke rechtspersoon geeft de wet geen regels. Er is wel enige rechtspraak over, zelfs reeds vóór de standaarduitspraak inzake *Wijsmuller*.

Het bestuur moet in beginsel als college optreden. De bestuurders hebben daarom een recht en een plicht tot overleg.¹⁵⁵ Over de wijze waarop gezamenlijk moet worden opgetreden leze men de volgende overweging van de HR in *zake Wijsmuller*¹⁵⁶:

dat de betekenis van een bepaling in de statuten van een rechtspersoon, voorschrijvende dat een besluit moet uitgaan van een orgaan van die rechtspersoon, in het geval waarin dat orgaan uit meer personen is samengesteld in het bijzonder hierin is gelegen, dat het besluit tot stand komt als vrucht van onderling overleg van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen.

154. Pres. Rb. Amsterdam 4 augustus 1983, ROR 1971-1984/129.

155. Löwensteyn diss. 1959, blz. 44.

156. HR 15 juli 1969, NJ 1969, 101 (*Wijsmuller*); en AG Mok voor HR 16 december 1983, NJ 1984, 718; zie ook reeds: Ktr. Amsterdam 17 mei 1935, NJ 1937, 720.

Dit komt ook tot uitdrukking in de eerste twee regels van par. 8 van de Departementale Richtlijnen:

De statuten mogen regelen hoe binnen een meerhoofdig bestuur een besluit tot stand komt. Deze regeling moet zodanig zijn dat iedere bestuurder aan de besluitvorming kan meewerken (...).

De door de HR in Wijsmullerarrest ontwikkelde norm laat onbesproken of voor de bestuurders een verplichting bestaat om bij dat overleg aanwezig te zijn. Het lijkt mij dat behoorlijke taakvervulling meebrengt dat een bestuurder zoveel mogelijk bij de vergaderingen aanwezig dient te zijn. Een individueel lid heeft recht op toelating tot de bestuursvergadering. Een besluit genomen in een bestuursvergadering waarin de voorzitter ontbrak¹⁵⁷ en dat ertoe strekte om de functie van de feitelijke beheerder van een coöperatie ingrijpend te wijzigen, werd in strijd met de goede trouw geacht; niet alleen omdat de voorzitter ontbrak, maar ook omdat de bestuurders zelf zeven dagen tevoren waren benoemd en dus geen bestuurservaring hadden. In de uitspraak wordt gesuggereerd dat de aanwezigheid van de raad van commissarissen bij de besluitvorming de onregelmatigheid zou hebben kunnen opheffen.

Wat betreft het stemmen binnen een meerhoofdig bestuur bepalen de Departementale Richtlijnen dat aan een met name of met functie genoemde bestuurder meer dan één stem kan toekomen, mits deze bestuurder alléén niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen.

De statuten kunnen toelaten dat het bestuur zelf een reglement inzake besluitvorming opstelt. Voor het geval van stakende stemmen is dat niet overbodig. Denkbaar is een regeling waarbij de raad van commissarissen beslist, of waarin de voorzitter van het bestuur een doorslaggevende stem krijgt.¹⁵⁸

De statuten mogen bepalen dat besluitvorming ook buiten de bestuursvergadering plaatsvindt. Voor dat geval schrijven de Departementale Richtlijnen voor dat tevens bepaald moet zijn dat algemene stemmen zijn vereist of dat dan aan alle bestuurders moet zijn bericht dat zij de gelegenheid hebben zich uit te spreken (par. 8, voorlaatste zin, Richtlijnen).

5.3.2. Aandeelhoudersvergadering

Het overleg tussen bestuur en aandeelhouders kan - tenminste eenmaal per jaar - slechts plaatsvinden ter aandeelhoudersvergadering. Echt overleg, waarin ruimte is voor een debat over voorgenomen maatregelen, vindt echter tijdens een aandeelhoudersvergadering zelden plaats. In de gevallen waarin de aandeelhouders een besluit dienen te nemen, of hun goed-

157.Pres. Rb. Groningen 23 mei 1953, NJ 1953, 419 (Ommelanden).

158.Handboek, nr. 234.

keuring of advies moeten geven komt men in de praktijk over het algemeen een matig geïnteresseerde aandeelhoudersvergadering tegen.¹⁵⁹ De aanwezige aandeelhouders vertrouwen het bestuur in grote mate en er is vaak sprake van gebrek aan kennis van zaken bij de aandeelhouders. Het is aannemelijk dat verschil bestaat in behoefte aan participatie tussen aandeelhouders van een grote NV met op de beurs genoteerde aandelen en aandeelhouders in een (familie-) BV met een beperkt aantal aandeelhouders. Ook de aanwezigheid van een raad van commissarissen kan van invloed zijn op de mate waarin behoefte aan participatie bestaat.

Het bestuur kan soms verplicht zijn de aandeelhoudersvergadering in de gelegenheid te stellen om te overleggen over de onderwerpen waarover de vergadering dient te beslissen, te adviseren of waarvoor goedkeuring dient te worden verkregen. Een voorbeeld biedt art. 108a (voor de NV).¹⁶⁰ Voorts kan een overlegverplichting worden gebaseerd op art. 7 BW (art. 2:8 NBW).¹⁶¹

Ook kan een vorm van raadplegen de eventuele onrechtmatigheid van een besluit doen wegnemen; dit kan worden afgeleid uit de OK-beschikking inzake de 'uitvaartconstructie' bij Bredero.¹⁶² De ondernemingskamer was van oordeel dat een dergelijke constructie een reden kon zijn om aan de juistheid van het beleid te twijfelen. In dit verband kwam betekenis toe aan het feit dat de grootaandeelhouder tijdig aan de betrokkenen had laten weten dat de aandeelhoudersvergadering bevoegd was om het besluit te nemen. De ondernemingskamer was van oordeel dat er redenen waren om aan een juist beleid te twijfelen, omdat de betrokkenen wel in de gelegenheid waren geweest de aandeelhouders op enigerlei wijze te raadplegen.

De oproeping dient te geschieden met inachtneming van de wet en de statuten, maar zelfs als dat geschiedt kan onder omstandigheden toch sprake zijn van strijd met de goede trouw, bijvoorbeeld wegens het bijzondere belang dat een aandeelhouder had bij besluiten die ter vergadering zouden worden genomen.¹⁶³

Niet altijd wordt in de overwegingen de vraag betrokken of de aandeelhouder belang had bij hetgeen ter vergadering zou worden besloten.¹⁶⁴

159. Schwarz, rede 1990, blz. 3v.

160. J.H. Maschhaupt en P.M. Storm, De Tweede EEG-Richtlijn inzake vennootschapsrecht, preadvies, Zwolle 1978, blz. 230-232. Van der Grinten, Handboek, nr. 317.2, verwacht niet veel van deze bepaling; hij spreekt van "een slag in de lucht". Daartegen Slagter in het commentaar onder OK 7 januari 1988, TVVS 1988, blz. 311-313 (VBB).

161. Pres. Rb. Leeuwarden 3 februari 1988, KG 200 (Lampe/Tonnema).

162. OK 7 januari 1988, NJ 1989, 827 (VBB).

163. HR 30 oktober 1964, NJ 1965, 107 (Mante); Pres. Rb. 's-Gravenhage 26 november 1929, NJ 1929, blz. 1026; Rb. Arnhem 12 november 1942, NJ 1943, 846; Rb. Breda 17 november 1942, NJ 1943, 463 (Astarte).

164. Hof Leeuwarden 7 januari 1948, NJ 1949, 22 (Zwembad centrale); Pres. Rb. 's-Gravenhage 29 oktober 1927, NJ 1929, blz. 27; Hof 's-Gravenhage 17 maart 1983, NJ 1984, 81 (Reynders/McKinney).

Als de betrokkene wel ter vergadering was en aldaar zijn rechten heeft kunnen uitoefenen dient een beroep op een gebrek in de oproeping niet te zijn toegestaan, bijzondere omstandigheden, zoals benadeling door de gestelde nalatigheid, daargelaten.¹⁶⁵

Het houden van een vergadering van aandeelhouders in een periode dat mensen met vakantie plegen te zijn werd door de president van de rechtbank Arnhem, in appèl berecht door Hof Arnhem¹⁶⁶, niet wenselijk geacht, omdat alsdan een aantal aandeelhouders dat tegen het besluit zou stemmen niet aanwezig zou zijn en het besluit niet de wens van de werkelijke meerderheid der aandeelhouders zou vertolken. De president overwoog dat het belang van de directeur bij een spoedige beslissing over zijn rechtspositie moet wijken voor het belang van de aandeelhouders bij een zorgvuldige procedure.

Op grond van de wet bestaat geen verplichting van het bestuur om op de aandeelhoudersvergadering aanwezig te zijn. Wel wordt een recht op toegang aangenomen.¹⁶⁷ Uit het bestaan van de mogelijkheid om geautoriseerd door de rechter een vergadering bijeen te roepen (art. 110 (220)BW) kan worden geconcludeerd dat bestuurders niet aanwezig behoeven te zijn.¹⁶⁸ Indien het bestuur verplicht is te overleggen, bijvoorbeeld op grond van art. 108a of op grond van de redelijkheid en billijkheid, is het ook verplicht om op de vergadering aanwezig te zijn.

Op de aandeelhoudersvergadering dient voldoende tijd te zijn voor de bespreking. De voorzitter kan een spreker ter vergadering het woord ontnemen.¹⁶⁹ Toelaatbaar lijkt mij eveneens een spreektijdbeperking, mits deze voor een goede vergaderorde wordt vastgesteld, rekening houdend met het belang van de spreekgerechtigden ter vergadering.

Aandeelhouders kunnen ook buiten de vergadering om rechtsgeldig besluiten nemen, tenzij met medewerking van de vennootschap certificaten van aandelen zijn uitgegeven (art. 128 (238)BW).¹⁷⁰

Naast de wettelijke gevolgen van nietigheid van besluiten kan schending van deze verplichtingen een grond zijn voor het twijfelen aan een juist beleid. Op een geringe fout zou, indien geen of geen redelijk belang bestaat, geen beroep mogen worden gedaan. Regelmatige onnauwkeurigheden kunnen een grond opleveren om aan een juist beleid te twijfelen. Hier zou een parallel kunnen worden getrokken met de leer inzake vormfouten die door de ondernemingskamer in art. 26-WOR- procedures is

165. Anders in: HR 29 november 1934, NJ 1935, blz. 698. Zie de verbaasde noot van P.S.(Scholten), die een beroep op rechtsverwerking in een dergelijk geval niet onaanvaardbaar vindt.

166. Hof Arnhem 19 september 1967, NJ 1969, 126.

167. Hof 's-Gravenhage 23 september 1983, NJ 1985, 277; Handboek, nr. 208.

168. Vgl. Handboek, nr. 212. Voor 1976 was het bestuurders en commissarissen verboden als gevolmachtigde aan de stemming deel te nemen.

169. Handboek, nr. 212.

170. Handboek, nr. 229.

ontwikkeld: indien wezenlijk aan de belangen die aandeelhouders hebben bij zorgvuldige besluitvorming is tekort gedaan kan sprake zijn van onbehoorlijk bestuur. Spoed bij een bepaalde beslissing zou dan een rechtvaardiging kunnen zijn om niet eerst met de aandeelhouders te overleggen.¹⁷¹

5.3.3. Raad van commissarissen

De wet laat zich niet uit over de gevallen waarin en de wijze waarop het bestuur overleg moet plegen met de raad van commissarissen. In de literatuur treft men eveneens weinig aan over de overlegverplichting van het bestuur met de commissarissen. In de gedragsregels voor commissarissen van Glasz treft men incidenteel overlegverplichtingen aan (regel 6.1.2, 6.2.2 en 13.4), waarbij de verplichting rust op de raad van commissarissen.

Gezien de tweeledige functie van de raad van commissarissen (toezicht en advies) en gezien de verantwoordelijkheid van de commissarissen voor het gevoerde en het te voeren beleid van de onderneming dient een overlegverplichting te worden aangenomen tussen de raad van commissarissen en het bestuur, die aan de volgende eisen voldoet.

In beginsel dient het bestuur op grond van de artt. 140 (250) en 7 BW met de raad te overleggen in alle gevallen waarin de raad adviserende of goedkeurende bevoegdheden heeft (vergelijk de verplichting die ex art 25 lid 4 WOR op de ondernemer rust). Daarnaast bestaat mijns inziens een overlegverplichting over het te voeren en het gevoerde beleid; voorts zodra de (financiële) toestand van de onderneming daartoe aanleiding geeft.

Gedragsregel 7.3 van Glasz gaat ervan uit dat het bestuur in zijn geheel de vergaderingen van de commissarissen bijwoont. De frequentie van het overleg wordt door het bestuur en de raad van commissarissen vastgesteld; meestal vindt ongeveer zes keer per jaar overleg plaats.

Behoorlijk overleg met de commissarissen houdt in dat commissarissen tijdig op de hoogte worden gesteld van een voornemen van het bestuur. Gedurende het overleg dienen alle commissarissen de gelegenheid te hebben zich over het voornemen uit te spreken. De benodigde informatie dient tijdig vóór het overleg ter beschikking te zijn gesteld.

Alle commissarissen en bestuurders dienen in de gelegenheid te zijn dit overleg bij te wonen. Ook hier geldt de Wijsmuller-norm.

Telefonisch overleg met de afzonderlijke commissarissen kan in noodgevallen in plaats van een vergadering komen, maar niet in geval van belangrijke, ingrijpende besluiten en mag geen gewoonte worden. De meerwaarde van de vergadering is de kennisname van het standpunt van collega-commissarissen en de mogelijkheid om zich daardoor te laten beïnvloeden.¹⁷² Een telefonische vergadering met bestuurders en commissarissen is een geschikt middel om incidenteel te gebruiken.

171. Vgl. OK 7 januari 1988, NJ 1989, 827 (VBB).

172. OK 3 december 1987, NV 1988, blz. 78-80, bevestigd in HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM), waarin een afzonderlijk horen van de commissarissen onzorgvuldig werd geacht.

Voor de gevallen waarin overleg met de commissarissen moet worden gevoerd kan het verschil maken of het gaat om een structuurvennootschap of om een 'gewone' vennootschap. In een structuurvennootschap heeft de raad van commissarissen meer wettelijke bevoegdheden die overleg noodzakelijk kunnen maken. Datzelfde kan het geval zijn, indien bij een 'gewone' vennootschap statutair in dergelijke bevoegdheden is voorzien. Voor de zorgvuldigheid waarmee het overleg moet worden gevoerd maakt de structuur van de vennootschap mijns inziens geen verschil.

Overleg zal als onzorgvuldig worden aangemerkt indien sprake is van ernstige schending van de overlegverplichting (bijvoorbeeld indien de statuten overleg in een concreet geval verplicht stelden of indien een toezegging terzake is gedaan), waardoor aan de belangen van de raad van commissarissen bij besluitvorming wezenlijk is tekortgedaan. Wanneer deze grens is bereikt, wordt mede bepaald door de verantwoordelijkheid die de commissarissen dragen voor het gevoerde beleid. Niettemin kan het voorkomen dat bijzondere omstandigheden bestaan, waardoor de regels niet strikt gevolgd kunnen worden (bijvoorbeeld in spoedeisende gevallen). Verantwoording over de gevolgde procedure dient zo spoedig mogelijk daarna te geschieden.

5.3.4. Ondernemingsraad

Het overleg met de ondernemingsraad neemt een belangrijke plaats in. Veelvuldig overleg kan onder omstandigheden de onrechtmatigheid van het besluit wegnemen.¹⁷³ Het dient in ieder geval plaats te vinden in de in art. 23v. WOR bedoelde overlegvergaderingen en in vele door de wet genoemde gevallen. Formeel is de overlegvergadering de enige gelegenheid waarin de ondernemingsraad en de ondernemer (het bestuur) overleggen. Deze vergadering kan als zodanig geen besluiten nemen. Wel kan het bestuur of de ondernemingsraad tijdens de vergadering een besluit nemen en de wederpartij daarvan mededeling doen (art. 23b).¹⁷⁴

De WOR schrijft voor dat in de volgende vier groepen van gevallen een overlegvergadering moet worden belegd:

- a. Als de ondernemer of de ondernemingsraad dat wenst, maar tenminste zes keer per jaar (art. 23 lid 1);
- b. alvorens de ondernemingsraad advies uitbrengt met betrekking tot voornemens tot bepaalde belangrijke besluiten (art. 25, 27, 30 WOR en 158 (268) BW);
- c. alvorens de ondernemer een besluit neemt ten aanzien van een initiatief-voorstel van de ondernemingsraad (art. 23 lid 4).

173. Pres. Rb. Maastricht 29 januari 1985, ROR 1985/18; zelfde strekking: OK 9 april 1987, NJ 1988, 403 (WN); Pres. Rb. Leeuwarden 3 februari 1988, KG 200 (Lampe/Tonne-ma).

174. I.A.C. van Haren, De ondernemingsraad, een handleiding, Deventer 1979, blz. 15.

- d. ten behoeve van de bespreking van de algemene gang van zaken in de vennootschap (tweemaal per jaar) (art. 24 eerste lid).

In principe dient de bestuurder in de zin van de WOR het overleg te voeren (lid 5). Hij kan zich echter laten vervangen. Voor de juiste vervangingsregeling moet een onderscheid worden gemaakt tussen een ondernemingsbestuur met een meerhoofdig bestuur en een alleenstaande bestuurder. Een alleenstaande bestuurder kan zich laten vervangen door een persoon als bedoeld in art. 24 (bijvoorbeeld commissarissen) of door een in de onderneming werkzame persoon, die beschikt over de bevoegdheid om namens de ondernemer overleg te voeren met de ondernemingsraad. In een meerhoofdig college dient de bestuurder zich door een medebestuurder te laten vervangen. De bestuurder kan zich door anderen laten bijstaan (art. 23 lid 7 WOR).

Als het gaat om één van twee verplichte vergaderingen waarin de algemene gang van zaken van de onderneming wordt besproken (art. 24 WOR) dient de raad van commissarissen bij de overlegvergadering aanwezig te zijn, of een vertegenwoordiger daarvan af te vaardigen (lid 2).¹⁷⁵ De raad van commissarissen van een onderneming hoeft niet aanwezig of vertegenwoordigd te zijn als de onderneming een dochtervennootschap is en de moeder tenminste de helft van de aandelen in de dochter houdt. In dat geval berust de aanwezigheidsverplichting op de bestuurder van de vennootschap die de aandelen houdt.¹⁷⁶

Tenslotte wijs ik op lid 3 van art. 24 waarin staat dat deze vertegenwoordigingsregel van lid 2 voor aanwezigheid op de tweejaarlijkse vergaderingen niet geldt als de ondernemer meer dan vijf ondernemingen in stand houdt.¹⁷⁷ Deze afwijking van de verschijningsplicht wordt gemotiveerd met de stelling dat anders een wel erg zware verschijningsplicht zou bestaan.¹⁷⁸ Echter, deze uitzondering heeft tot gevolg dat in ondernemingen die behoren tot een groep met tenminste vijf ondernemingen op de belangrijke overlegvergaderingen, waarin het beleid in algemene zin wordt besproken, die groepsleiding zelf niet behoeft te verschijnen. Juist in gevallen van grotere concerns is het voor de afhankelijke ondernemin-

175. Het is de vraag of dit voorschrift van de eerste zin van dit lid ook geldt voor commissarissen van een onderneming gedreven door een buitenlandse vennootschap. Rood (WOR, aant. 1 ad art. 24 lid 2) komt na een teleologische interpretatie van de wetsgeschiedenis tot het oordeel dat de verschijningsplicht ook rust op commissarissen (of vergelijkbare functionarissen) die verbonden zijn aan een buitenlandse vennootschap.

176. Wat, indien die aandeelhouder een buitenlandse vennootschap is? Volgens Inzicht (1987, blz. 68) kunnen de bestuurders van die buitenlandse aandeelhouder zich in de overlegvergadering laten vertegenwoordigen door de concernfunctionaris die toch reeds belast was met toezicht op het bestuur van de Nederlandse vennootschap. In de praktijk kan dat de commissaris van de dochter zijn. De wetgever erkende dat de bestuurder van de buitenlandse vennootschap niet gedwongen kan worden te verschijnen (Bijl. Hand. EK 13 954, nr 8d, blz. 14).

177. De uitzonderingsregel van lid 3 geldt niet t.a.v. centrale ondernemingsraden en groepsondernemingsraden (art. 35 eerste lid WOR).

178. Inzicht, blz. 69.

gen van belang om rechtstreeks te kunnen overleggen met de groepsleiding.

Welke onderwerpen kunnen ter sprake komen in de overlegvergadering? Artikel 23 lid 3 zegt daarover dat alle onderwerpen, de onderneming betreffende, aan de orde kunnen komen, waarover hetzij de ondernemer, hetzij de ondernemingsraad overleg wenselijk acht of waarover ingevolge het bij of krachtens deze wet bepaalde overleg moet plaatsvinden.¹⁷⁹

Zorgvuldig overleg met de ondernemingsraad houdt ten eerste in dat de ondernemer op de hoogte is van de procedurele regels van de WOR en deze naleeft.¹⁸⁰

Ten tweede houdt zorgvuldig overleg in dat de gesprekspartners bereidheid tonen om serieus overleg te voeren. Partijen dienen zich 'open' op te stellen.¹⁸¹ Ten aanzien van de vakbonden gelden vergelijkbare normen voor zorgvuldig overleg.¹⁸² Hieruit kan worden afgeleid dat men als gesprekspartner voorzichtig moet zijn en dat men er voor moet zorgen dat men door zijn gedragingen de rechten op verder overleg niet verspeelt.¹⁸³

Ten derde valt uit diverse rechtsbronnen op te maken dat er voldoende gelegenheid in de zin van tijd en informatie moet zijn voor het voeren van overleg: aldus is beslist inzake Hoechst Vlissingen¹⁸⁴ en Kanis & Gunnink.¹⁸⁵ Over het advies dat de ondernemingsraad op grond van art. 25 WOR mag uitbrengen moet tenminste eenmaal met de ondernemer zijn overlegd; wil het uit te brengen advies nog van invloed zijn op het te nemen besluit dan moet tijdig met het overleg worden begonnen.¹⁸⁶ Ten vierde blijkt uit de jurisprudentie van de ondernemingskamer dat het feit dat de ondernemingsraad sterk bij de besluitvorming of beleidsvoorbereiding betrokken is¹⁸⁷ of dat het onderwerp voor de werknemers van bijzonder belang wordt geacht¹⁸⁸ van belang kan zijn voor de mate van zorgvul-

179. Onder de genoemde aangelegenheden valt niet de uitoefening van de publiekrechtelijke taak die de ondernemer heeft, behoudens voor zover deze uitvoering de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen betreft.

180. OK 21 juni 1979, NJ 1980, 73 (VHLF). Deze norm is afkomstig uit een procedure die door de vakbonden was aangespannen en geldt in eerste instantie voor het overleg dat tussen het ondernemingsbestuur en de vakbonden wordt gevoerd; Pres. Rb. Almelo 17 juli 1980, NJ 1981, 261 (Texas Instruments); de OK liet zich ook uit over het overleg met de ondernemingsraad; OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (BATCO). Strenger: OK 8 juli 1982, RM 1982-1983, nr. 43; Pres. Rb. Amsterdam 4 augustus 1983, RM 1982-1983, nr. 67.

181. OK 29 mei 1980, NJ 1981, 272 (Heidemij); OK 10 december 1981, NJ 1983, 24 (Ford); Pres. Rb. Amsterdam 7 juli 1981; in appèl vernietigd: Hof Amsterdam 22 oktober 1981, NJ 1983, 23 (Ford).

182. OK 29 mei 1980, NJ 1981, 272 (Heidemij); OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (BATCO); Pres. Rb. Amsterdam 7 juli 1981, NJ 1981, 424 (Ford); OK 10 december 1981, NJ 1983, 24 (Ford).

183. J.M.M. Maeijer, noot onder NJ 1980, 73.

184. Pres. Rb. Middelburg 7 juli 1978, NJ 1978, 653 (Hoechst).

185. OK 17 oktober 1985, ROR 1985/25.

186. W.J. Slagter, TVVS 1982, blz. 62.

187. OK 8 juli 1982, RM 1982-1983 nr. 43.

188. Min. SoZaWe 22 juli 1987, ROR 1987/38; dit betrof een artikel 31 WOR procedure.

digheid die bij het overleg moet worden betracht. Zo is ook beslist ten aanzien van vakbonden.¹⁸⁹ De betrokkenheid heeft de ondernemingsraad gedeeltelijk zelf in de hand. In de zaak *Howson Algraphy*¹⁹⁰ heeft de ondernemingskamer beslist dat een reden om aan het beleid te twijfelen was dat in het overleg met de bonden en de ondernemingsraad door de directie nimmer duidelijk was uitgesproken dat niet vaststond dat de produktie te Soest zou worden voortgezet, *hoewel zij omtrent een uitspraak daarover was verzocht door de bonden de door de ondernemingsraad door middel van concrete vragen en geuite vermoedens*. Ook later nog werden vragen omtrent de produktie-afdeling ontwijkend beantwoord.

Ten vijfde kan de grootte van het bedrijf mede van invloed zijn op de zorgvuldigheidsnormen: zie de kort-gedinguitspraak inzake *Texas*.¹⁹¹ Het begrip grootte lijkt in dit geval te slaan op het aantal werknemers (in dit geval meer dan 800), maar kan ook slaan op de maatschappelijke of regionale functie van de onderneming. Mijns inziens valt mede te denken aan de personeelsopbouw van een onderneming; van een onderneming met een deskundige stafafdeling mag meer zorgvuldigheid worden verwacht dan van een onderneming waarin weinig of geen stafpersoneel werkzaam is.

Voorlopige conclusie

Zorgvuldig overleg houdt in dat de toepasselijke wettelijke en statutaire regels worden nageleefd. Schending van die regels is een vorm van onbehoorlijk bestuur als daardoor de wezenlijke belangen van het overlegorgaan bij de besluitvorming in het geding komen.

Verder houdt het in dat het bestuur de bereidheid toont overleg te voeren en de inbreng van de gesprekspartner te betrekken in zijn overwegingen.

Ook moet er voldoende gelegenheid zijn om het overleg te voeren.

Tenslotte lijkt het dat een onderneming met relatief veel werknemers en een belangrijke maatschappelijke positie (een grote onderneming) strengere zorgvuldigheidsnormen in acht dient te nemen dan een kleiner bedrijf.

De in deze paragraaf gevonden normen zijn voornamelijk afkomstig uit de rechtspraak gewezen in zaken die door ondernemingsraden waren aangespannen (op grond van art. 26 WOR of op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad). Niettemin ben ik van mening dat de normen voor het voeren van overleg ook van belang zijn ten aanzien van het overleg tussen het bestuur en de raad van commissarissen. Te verdedigen valt dat jegens commissarissen zelfs een uitgebreider en zorgvuldiger overlegverplichting bestaat, gezien taak en verantwoordelijkheid van de commissarissen. Het voeren van overleg met de aandeelhoudersvergadering is in

189.OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (BATCO).

190.OK 29 augustus 1985, ROR 1985/38 (Howson Algraphy).

191.Pres. Rb. Almelo 17 juli 1980, NJ 1981, 261 (Texas Instruments); R.A.A. Duk, SMA 1981, blz. 499-505.

feite van geringe betekenis, maar veel mogelijkheden worden onbenut gelaten. In EG-verband is niet voorzien in een vorm van overleg in de hierbedoelde betekenis.

5.4. Verbod van uitvoering

Het verbod van uitvoering van besluiten lijkt op het eerste gezicht niet goed te passen in een hoofdstuk over zorgvuldige voorbereiding. Uit de omschrijving van het verbod zal blijken dat voorbereiding van besluiten en verbod van uitvoering ervan verwantschap vertonen.

In beginsel mag een besluit, zodra het tot stand is gekomen, worden uitgevoerd. Uitvoering van een besluit kan worden verboden, als blijkt dat het besluit niet tot stand had mogen komen. Dat kan het geval zijn als het besluit een gebrek vertoont. Het besluit kan dan nietig worden verklaard of worden vernietigd. Als het gaat om een besluit in de zin van art. 25 WOR kan het bevel worden gegeven het besluit in te trekken.

Het ontnemen van werking aan het besluit op een van de bovenbedoelde manieren kan gebeuren omdat de inhoud of de wijze van totstandkoming gebrekkig is.

Ook bij wijze van voorlopige voorziening kan de werking aan een besluit worden ontnomen. Dat is globaal gezegd het geval, indien een besluit wordt *uitgevoerd*, terwijl over de vraag of het besluit rechtsgeldig tot stand is gekomen wordt getwist. Het verbod van uitvoering van een besluit bij wege van voorlopige voorziening roept enige vragen op. Ten eerste: wanneer is sprake van *uitvoering* van een besluit? Ten tweede: wanneer wordt de vordering toegewezen?

Er is sprake van uitvoering van een besluit indien de handeling (of het nalaten) waarvan een verbod wordt gevorderd het geheel omvat waarop het besluit betrekking had. Ook indien de handeling vooruitloopt op het besluit kan onder omstandigheden sprake zijn van uitvoering.¹⁹² Dat zal met name het geval zijn indien de handeling niet of bezwaarlijk kan worden teruggedraaid.¹⁹³ Wel toegelaten zijn bepaalde voorbereidingshandelingen, zoals tijdelijke stillegging van de produktie¹⁹⁴, het instellen van een vacaturestop¹⁹⁵, het afzeggen van leveranties met betrekking tot bedrijfsmiddelen.¹⁹⁶ Het lijkt mij overigens niet uitgesloten dat een combinatie van voorbereidingshandelingen samen wel een ontoelaatbaar vooruitlopen op het besluit inhoudt. In het voorbereidingsstadium kan een onder-

192.OK 14 april 1988, ROR 1988/10 (GAK); Pres. Rb. Amsterdam 4 augustus 1983, Hof Amsterdam 27 oktober 1983, RM 1982-1983, nr. 67.

193.OK 14 april 1988, ROR 1988/10 (GAK).

194.Pres. Rb. Middelburg 7 juli 1978, NJ 1978, 653 (Hoechst); Pres. Rb. Haarlem 27 april 1981, NJ 1981, 452 (Van Gelder).

195.OK 14 april 1988, ROR 1988/10 (GAK).

196.Pres. Rb. Utrecht 16 juni 1983, RM 1982-1983, nr. 41.

nemer nog verplicht zijn om reparaties uit te voeren aan bedrijfsmiddelen, die afgestoten gaan worden.¹⁹⁷

De rechters die bevoegd zijn bij wijze van voorlopige maatregel tijdelijk de werking aan een besluit te ontnemen zijn: de ondernemingskamer (art. 26 lid 8 jo lid 5 WOR), de kantonrechter (art. 100 Rv) en de president van de rechtbank in kort geding (art. 289 Rv).

Vooraf van het kort geding wordt veel gebruik gemaakt om een uitvoeringsverbod te vorderen, hoewel de president niet bevoegd is om van de vordering kennis te nemen indien een speciale rechtsgang open staat. Een voorlopige voorziening wordt meestal gevraagd omdat gebreken worden geconstateerd in de *besluitvormingsprocedure*.

- Er is ten onrechte geen advies gevraagd.¹⁹⁸
- Er is onvoldoende informatie verstrekt tijdens het besluitvormingsproces.¹⁹⁹
- Er heeft onvoldoende overleg plaatsgevonden.²⁰⁰

Toewijzing van een vordering in kort geding vindt slechts plaats na belangenafweging. De belangen van de werknemers en van de ondernemer moeten tegen elkaar worden afgewogen. De eerstgenoemde belangen bestaan uit werkgelegenheids- en medezeggenschapsbelangen.²⁰¹ De belangen van de ondernemer zijn terug te voeren op financiële belangen, bijvoorbeeld de omstandigheid dat uitvoering van de maatregelen nodig is

197. Pres. Rb. Utrecht 16 juni 1983, RM 1982-1983, nr. 41 (Knuppeloven).

198. Pres. Rb. Middelburg 7 juli 1978, NJ 1978 (Hoechst); Pres. Rb. Haarlem 27 april 1981, NJ 1981, 452 (Van Gelder); Pres. Rb. Amsterdam 25 februari 1982, ROR 1971-1984/86 (AVRO); Pres. Rb. Amsterdam 4 augustus 1983, gedeeltelijk bevestigd in appèl Hof Amsterdam 27 oktober 1983, ROR 1971-1984/129; Pres. Rb. Maastricht 19 december 1983, RM 1984, nr. 32; Pres. Rb. Amsterdam 19 maart 1984, KG 112 (AVRO); Pres. Rb. Rotterdam 25 april 1984, KG 138; Pres. Rb. Amsterdam 25 oktober 1984, RM 1984, 41; Pres. Rb. Maastricht 29 januari 1985, ROR 1985/18 (Welterhof).

199. Pres. Rb. Breda 6 maart 1980, NJ 1981, 260 (Skol); Pres. Rb. Amsterdam 4 augustus 1983, ROR 1971-1984/129; Pres. Rb. 's-Gravenhage 24 maart 1987, KG 197.

200. Pres. Rb. Rotterdam 7 november 1978, ROR 1971-1984/138, bevestigd in appèl Hof 's-Gravenhage 19 januari 1979, ROR 1971-1984/139 (Lanser); Pres. Rb. Almelo 17 juli 1980, NJ 1981, 261 (Texas Instruments); Pres. Rb. Almelo 13 en 29 mei 1981, NJ 1983, 748; Pres. Rb. Amsterdam 7 juli 1981, NJ 1981, 424 (Ford), vernietigd in appèl.

201. Pres. Rb. Amsterdam 7 juli 1981, NJ 1981, 424, in appèl vernietigd Hof Amsterdam 22 oktober 1981, RM 1981-1982, nr. 82 (Ford); Pres. Rb. Haarlem 27 april 1981, NJ 1981, 452 (Van Gelder); Pres. Rb. Utrecht 6 augustus 1981, KG 119 (Howson Algraphy); Pres. Rb. Amsterdam 4 augustus 1983, gedeeltelijk bevestigd in Hof Amsterdam 27 oktober 1983, ROR 1971-1984/129; Pres. Rb. Amsterdam 19 maart 1984, KG 112 (AVRO); Pres. Rb. Maastricht 29 januari 1985, ROR 1985/18; Pres. Rb. Amsterdam 11 april 1985, KG 127.

om uit een verliesgevende situatie te geraken²⁰², of het belang bij een efficiënte produktie.²⁰³

Hoe deze belangenafweging uitvalt is niet in het algemeen te zeggen, omdat zij afhangt van de waardering door de rechter van de omstandigheden van het geval. In veel gevallen is de vordering tot het treffen van voorlopige maatregelen toegewezen. Toewijzing van een verzoek om voorlopige voorzieningen door de ondernemingskamer geschiedt indien er zwaarwichtige gronden zijn.²⁰⁴ Ook wel wordt de mate van waarschijnlijkheid dat het beroep in de bodemprocedure zal slagen maatgevend geacht.²⁰⁵

5.5. Zorgvuldige voorbereiding (Duits recht)

5.5.1. Bestuur

Een expliciete verplichting om gegevens bij te houden en te verzamelen kan worden gevonden in de boekhoudverplichting (§91 AktG; §41 GmbHG). In §83 AktG is een verplichting opgenomen om besluiten voor te bereiden: het bestuur moet de (goedkeurings-)besluiten van de Hauptversammlung voorbereiden als deze daartoe de wens uitspreekt.²⁰⁶

5.5.2. Aandeelhouders

Ten aanzien van informatieverstrekking aan de aandeelhouders in een AG is §131 lid 1 de hoofdregel. Op grond hiervan is het bestuur van de AG verplicht om ter vergadering aan iedere aandeelhouder op diens verzoek inlichtingen te verstrekken. Naast deze hoofdregel bestaan op grond van andere wettelijke bepalingen, onder andere in het AktG, bijzondere verplichtingen tot het verstrekken van informatie of inzage.

De omvang van het recht op informatie, gebaseerd op §131, is enerzijds beperkt, doordat alleen informatie behoeft te worden verstrekt voorzover dit voor een *sachgemäßen Beurteilung* van het aan de orde zijnde agendapunt bevorderlijk is; anderzijds wordt de omvang verruimd, omdat de

202. Pres. Rb. Amsterdam 7 juli 1981, NJ 1981, 424, in appèl vernietigd Hof Amsterdam 22 oktober 1981, TVVS 1981, blz. 294-295 (Ford); Pres. Rb. Maastricht 29 januari 1985, ROR 1985/18 (Welterhof).

203. Pres. Rb. Amsterdam 9 maart 1978, NJ 1978, 220, grotendeels bevestigd in appèl Hof Amsterdam 26 oktober 1978, NJ 1980, 70 (BATCO); Pres. Rb. Middelburg 7 juli 1978, NJ 1978, 653 (Hoechst); Pres. Rb. Utrecht 21 november 1980, ROR 1971-1981/78 (Howson Algraphy).

204. OK 21 augustus 1980, RM 1971-1981, nr. 56 (pensioenfondsen); OK 13 november 1986, ROR 1986/29.

205. OK 21 augustus 1980, RM 1971-1981, nr. 56 (pensioenfondsen); ten aanzien van de houding van de ondernemer besliste op dezelfde wijze: OK 19 februari 1981, NJ 1982, 244; OK 25 juni 1981, NJ 1982, 248.

206. MünchHB AG, Wiesner, §25 nr. 63v.

informatieplicht zich ook uitstrekt over de juridische en zakelijke betrekkingen van de vennootschap met de verbonden onderneming(en).²⁰⁷

Het bestuur mag de gegevens slechts weigeren op de in lid 3 genoemde gronden (in geval van ernstig nadeel voor de vennootschap en als het verzoek betrekking heeft op bepaalde cijfers). Daarnaast mag ook informatie worden geweigerd als het verzoek van de aandeelhouders kan worden aangemerkt als misbruik van bevoegdheid.²⁰⁸

Wat betreft de kwaliteit van de te verstrekken informatie bepaalt lid 2 dat zij een *gewissenhafte und getreue Rechenschaft* moeten bieden. Deze verplichting kan een motiveringsplicht met zich brengen.²⁰⁹

Informatie die niet voorhanden is, maar met geringe inspanning kan worden verzorgd, moet worden verstrekt. Deze informatieverplichting kan bijvoorbeeld verder met zich brengen dat het bestuur deskundig personeel de vergadering laat bijwonen. Het recht op informatie kan door iedere aandeelhouder die informatie is geweigerd, worden afgedwongen bij de Handelskammer van het Landgericht. De overige informatierechten hebben de vorm van een incidenteel inzagerecht (bijv. §175 lid 2 AktG), een motiveringsplicht (bijv. §125 lid 1) of recht op afschriften (bijv. §175 lid 2). Voor de naleving van de informatieplicht voorziet §132 in een procedure.

Voor aandeelhouders in een GmbH geldt §51a GmbHG, dat vergeleken met de regeling van de AG, de aandeelhouder meer rechten verschaft, ten eerste omdat er een algemeen inzagerecht is, ten tweede omdat het informatierecht niet op de vergadering behoeft te worden uitgeoefend en tenslotte omdat er minder weigeringsgronden zijn.

Naast de eigen bevoegdheden heeft de Hauptversammlung in een AG enige goedkeuringsbevoegdheden (§111 lid 4, 293 leden 1 en 2, 50 en 52, 319, 340 c en 353 lid 3, 359-361 AktG). De aandeelhouders in een GmbH kunnen meer invloed uitoefenen op het beleid van de vennootschap. Voor de GmbH valt aan te nemen, dat het bestuur aan de aandeelhouders advies of goedkeuring of zelfs instemming moet vragen voor alle enigszins ingrijpende maatregelen, voorzover deze verplichting niet reeds bestaat op grond van wet, statuten of uitdrukkelijk besluit van de aandeelhouders.

Aandeelhoudersvergaderingen moeten in de door de wet en statuten voorgeschreven gevallen worden gehouden en voorts wannneer het belang van de vennootschap dat vordert (§111 lid 3 AktG). Overleg met de aandeelhouders in een AG moet in ieder geval plaatsvinden ter vaststelling of goedkeuring van de jaarrekening en als het verlies van het eigen vermogen van de vennootschap een bepaalde hoogte heeft bereikt (§92 lid 1 AktG). De bestuurders en de commissarissen moeten bij de vergadering aanwezig zijn (§118 lid 2 AktG).

207. Voor de term verbonden ondernemingen wordt verwezen naar §15 AktG.

208. Baumbach/Hueck, 1968, aant 21 ad §131 AktG; Kölner Kommentar (Zöllner) aant. 44-46 ad §131.

209. Baumbach/Hueck, 1968, aant 10 ad art. 131 AG.

5.5.3. Aufsichtsrat

Het recht op informatie van de Aufsichtsrat staat §90 AktG en §52 GmbHG en houdt voor het bestuur in de verplichting om gegevens ter beschikking te stellen en inzage te verlenen in de boeken van de vennootschap (§111 lid 2).²¹⁰ Het bestuur mag geen gegevens weigeren. In verband hiermee hebben de commissarissen een zware geheimhoudingsplicht. Overtreding daarvan, die objectief gezien niet in het belang van de onderneming is, is een strafbaar feit, §404 AktG.

Sommige gegevens moet het bestuur regelmatig uit zichzelf verstrekken²¹¹: kwartaal- en jaarcijfers (§170 AktG), rentabiliteitscijfers, en gegevens over bijzondere voornemens of transacties. Daarnaast bestaat een algemeen vragenrecht ten aanzien van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

De kwaliteit van de informatie wordt bestreken door §90 lid 4: zij moet een *gewissenhafte und getreue Rechenschaft* bieden.

Een algemene wettelijke verplichting voor het bestuur om de Aufsichtsrat om advies te vragen alvorens een besluit te nemen behoort tot de wezenlijke taken van de raad van commissarissen.²¹²

De AktG houdt verder voorzieningen in voor instemming of goedkeuring van de zijde van de Aufsichtsrat. De wet noemt enige gevallen waarin deze verplicht zijn (bijv. §89 en 115), maar laat aan de statuten en aan de Aufsichtsrat zelf over wanneer overigens goedkeuring verplicht is (bij reglement, §111 lid 4).

De taak van de raad van commissarissen brengt met zich dat in zwaarwichtige gevallen wordt overlegd of gecorrespondeerd met de commissarissen.²¹³ Naleving van deze verplichtingen is moeilijk afdwingbaar. Door de beperkte aanstellingsduur van de bestuurders kan worden aangenomen dat op informele wijze dwang wordt uitgeoefend.

Het is kwestieus of organen elkaar kunnen dagvaarden om hen tot naleving van hun verplichtingen te dwingen.²¹⁴

5.5.4. Betriebsrat

Het algemene informatierecht van de Betriebsrat is neergelegd in §80 lid 2 BetrVG. Het bestaat uit een algemeen geformuleerd spontaan informatierecht en een vragenrecht. Er dient in het algemeen tijdig volledige

210. Marcus Lutter, *Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat*, Köln/Bonn/Berlin/München 1979.

211. Schmidt, blz. 660.

212. Lutter/Krieger, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, Freiburg im Breisgau, tweede druk 1989, blz. 38v; MünchHB AG, Hoffman Beeking §29, nr. 31; anders: H. Steinmann en H. Klaus, *Die Aktiengesellschaft* 1987, nr. 2, blz. 29-34.

213. Fischer/Lutter/Hommelhof §52 Rdn 11.

214. Schmidt, blz. 314.

informatie te worden verstrekt. Dit recht is accessoir aan de bevoegdheden van de Betriebsrat en kan niet zelfstandig geldend worden gemaakt.²¹⁵

Het recht om stukken toegezonden te krijgen kan te allen tijde worden uitgeoefend. Het is niet afhankelijk van een concrete aanleiding.²¹⁶ Het geldt voor alle gegevens die nodig zijn ter vervulling van de taak van de Betriebsrat. Dit algemene informatierecht is te beschouwen als een *lex generalis* ten opzichte van de bijzondere verplichtingen om gegevens aan de Betriebsrat te verstrekken (§90, 92, 105, 111). De niet naleving van deze bijzondere bepalingen wordt gestraft met een boete (§121).

Deze verplichting strekt zich volgens de literatuur uit tot gegevens over alternatieven. Het niet kiezen van een alternatief moet nader worden toegelicht.²¹⁷

De Betriebsrat moet om advies worden gevraagd:²¹⁸ in geval van besluiten over bedrijfs- en werkruimten (§90)²¹⁹, over personeelsplanning (§92 lid 1), opleidingen (§96 lid 1, tweede zin, §97) en in het algemeen over voorgenomen wijzigingen die een wezenlijk nadeel kunnen berokkenen aan de werknemers (§111), zoals

- inkrimping, stillegging van (een belangrijk deel van) het bedrijf;
- verplaatsing van (een belangrijk deel van) het bedrijf;
- samenvoeging met andere bedrijven;
- ingrijpende veranderingen in de organisatie of doelstelling van het bedrijf;
- invoering van ingrijpend veranderde werkmethoden en produktietechnieken.²²⁰ Conflicten kunnen bij *Betriebsvereinbarung* worden opgelost. Afwijkingen van de overeenkomst zonder dringende reden kunnen bij het Arbeitgericht aanhangig worden gemaakt (§113).

Er zijn geen bijzondere bepalingen over het overleg tussen werkgever en Betriebsrat.

5.6. Zorgvuldige voorbereiding (Engels recht)

5.6.1. Bestuursorgaan

Het bestuur van een Engelse vennootschap kan, evenals naar Nederlands recht, binnen de grenzen van zijn bevoegdheid de voorbereiding van besluiten naar eigen inzicht vorm geven. Echter, anders dan naar Nederlands recht bestaan er slechts weinig voorschriften. Een ander verschilpunt betreft het aantal organen waarmee het bestuur van de Engelse vennootschap rekening moet houden: in beginsel kent het vennootschaps-

215. Hess/Schlochauer/Glaubitz, §80 Rn 30.

216. V. Hoyningen-Huene, blz. 160; Dietz/Richardi, §80 Rn 43.

217. Weiss, §90, Rn 3. §92 Rn 10, §96 Rn 4.

218. Van Wulfften Palthe diss. 1986, blz. 314.

219. Weiss, §90 Rn 2; Hess/Schlochauer/Glaubitz, §90 Rn 4.

220. Weiss, §111, Rn. 10.

bestuur slechts de aandeelhouders(vergadering) als tegenspeler. Daarnaast zouden ook de niet bij de bedrijfsvoering betrokken bestuursleden als relevante overlegpartners kunnen worden gezien. De rechtsverhouding tussen deze twee categorieën bestuursleden is echter weinig duidelijk. Het recht op informatieverstrekking aan de niet-besturende bestuurders is van groot belang (zie Statuut SE art. 67).

Voor het bestaan van een verzamel- en onderzoeksplicht van het bestuur bij de voorbereiding van het beleid zijn aanwijzingen in wet en jurisprudentie te vinden. Er bestaat een boekhoudplicht (s. 221-222). Voorts is de bestuurder soms verplicht om grondig onderzoek te doen (s. 156 en 173 lid 5; s. 89 Insolvency Act 1986. s. 214 Insolvency Act 1986). In *Re City Equitable Fire Insurance Co*²²¹ liet *Romer J.* zich uit over dergelijke verplichtingen. Deze verplichtingen gaan niet zo ver dat een *director* die in de lijn van de bedrijfsmatige activiteiten door de (*executive*) manager wordt gevraagd om een handtekening te zetten onder een cheque steeds moet onderzoeken of die betaling wel gerechtvaardigd is; hij mag tot op zekere hoogte vertrouwen. In dit geval waren de *directors* echter te ver gegaan door de manager zelfstandig de liquiditeiten van de vennootschap te laten beheren; door een board van zeven directors achter de manager aan te stellen gaven de aandeelhouders immers aan dat de eindverantwoordelijkheid niet bij die manager, maar bij de *directors* lag. Ondanks de goede reputatie die de manager had, hadden de *directors* een zelfstandig onderzoek moeten doen naar de financiële gegevens en hadden zij niet mogen vertrouwen op de uitlatingen van de manager.

Regel 1.45 sub b en sub c van de Guidelines for Directors vermeldt eveneens een onderzoeksplicht.²²²

Een verkregen advies van een buitenstaander mag niet klakkeloos worden opgevolgd.²²³ Als het bestuur in vertrouwen mocht afgaan op het verkregen specialistische advies kan het zijn dat de bestuurders op grond van s. 727 aansprakelijkheid kan ontlopen.²²⁴

De statuten kunnen bepalen op welke wijze de bestuursvergaderingen zullen worden gehouden. Verdere regels ten aanzien van deze vergaderingen zijn grotendeels gebaseerd op case-law. De niet-managing directors behoeven niet op iedere vergadering aanwezig te zijn, maar als zij daartoe redelijkerwijs in staat zijn moeten zij wel komen. Deze verplichting geldt sterker voor een *managing director*. De aanwezigheidsverplichting werd door *Romer J.* in de eerder besproken *Re City Equitable Fire Insurance Co Ltd*²²⁵ gegroepeerd onder de (zwakke) zorgverplichtingen (*duties of care and skill*), omdat een bestuurder, niet zijnde een *managing director*, niet zijn voortdurende aandacht aan de bedrijfsvoering hoeft te schenken.

221. [1925] Ch 407.

222. Guidelines for Directors, Recommendations and Guidance on Boardroom Practice, Institute of Directors, 3rd Ed. London 1985.

223. *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock*, nr 3 (1968) 1 WLR 1555.

224. *Re Claridge Patent Asphalt Co Ltd* (1921) 1 Ch 543.

225. (1925) Ch 407.

Iedere bestuurder heeft in beginsel het recht om bij de vergaderingen aanwezig te zijn.

5.6.2. Aandeelhoudersvergadering

Recht op informatie hebben de aandeelhouders, zowel afzonderlijk als in vergadering, indien de wet of de statuten zulks uitdrukkelijk bepalen. Daarnaast kan op grond van ongeschreven recht een verplichting tot het verstrekken van informatie worden aangenomen: bijvoorbeeld ter voorbereiding van de besluitvorming in de aandeelhoudersvergadering.²²⁶

De verplichting van het bestuur om op eigen initiatief gegevens te verstrekken geldt voor de jaarrekening, waaraan gekoppeld het accountantsrapport en het *directors' report*. In dat laatste wordt een verslag gegeven van de gang van zaken in de onderneming in het afgelopen boekjaar, waarin een juist beeld (*fair view*) moet worden gegeven van de activiteiten van de onderneming en haar dochterbedrijven. Het vermeldt onder meer welke maatregelen zijn genomen ter zake van gezondheid, veiligheid en welzijn van werknemers in de onderneming. Indien er meer dan 250 mensen werkzaam zijn wordt in het verslag bovendien beschreven wat is gedaan aan het invoeren, onderhouden en ontwikkelen van regels over:

- het verstrekken van inlichtingen aan werknemers
- het op regelmatige basis raadplegen van werknemers of hun vertegenwoordigers
- de deelname van werknemers in het aandelenkapitaal (via *shareschemes*)
- het bevorderen van de bewustheid bij de werknemers over de financiële en economische aspecten van de vennootschap.

Voorts bestaan minder belangrijke informatieverplichtingen, zoals in s. 156 en 174 Companies Act 1985 en 89 Insolvency Act 1986; het betreft hier incidentele verklaringen over de toestand van de vennootschap, verband houdende met bepaalde financiële transacties van de vennootschap, in het bijzonder ten aanzien van de aandeelhoudersvergadering (s. 370, 376 en 379 en 241). Op verzoek van de aandeelhouders dient informatie te worden verstrekt op grond van s. 19, 191 en 246. Op grond van de City Code on Take-overs and Mergers bestaan eveneens uitgebreide informatieverplichtingen ten behoeve van de aandeelhouders omtrent biedingen op aandelen.²²⁷

Een verplichting om aan aandeelhouders advies te vragen bestaat in het algemeen niet naar Engels recht.²²⁸ De mogelijkheid bestaat wel en in

226. L.H. Leigh, in Butterworths Company Law Guide, nr. 8.121.

227. Charlesworth's, blz. 807v.

228. Overend and Gurney Co. v Gibb (1872) LR 5 H.L.

de algemene vergadering gebeurt dat normaliter ook.²²⁹ Zie bijvoorbeeld s. 142 lid 1.

De aandeelhouders hebben het recht bepaalde besluiten van het bestuur goed te keuren.²³⁰ Het gaat daarbij veelal om besluiten met betrekking tot aandelen (inkoop en emissie e.d.). Bestuurders mogen elk besluit aan de aandeelhouders ter beslissing of bekrachtiging voorleggen.²³¹

5.6.3. Werknemersvertegenwoordigers

De informatieverschaffing aan de vakbonden is beperkt tot informatie die nodig is voor onderhandelingen over loon- en arbeidsvoorwaarden (ss. 17-21 Employment Protection Act 1975). Ter uitwerking hiervan is *code of practice* opgesteld met voorbeelden van onderwerpen waarover informatie nodig zou kunnen zijn, doch aan deze lijst kunnen geen rechten op informatie worden ontleend, noch is deze uitputtend bedoeld.

Het recht op informatie is zwak.²³²

Het is beperkt tot informatie, benodigd voor *collective bargaining*, in het belang van *good industrial relations*; deze term wordt beperkt uitgelegd; er geldt een weigeringsgrond voor het geval door het verstrekken zwaarwichtige belangen worden geschaad; naleving van de bepalingen is ingewikkeld en weinig effectief.²³³

De vijfde EG-Richtlijn brengt hierin verandering, die een zekere versterking van de positie van werknemers met zich brengt. Afdeling 3 van de Richtlijn voorziet in informatieverstrekking en raadpleging over beheer, toestand en ontwikkeling inzake de concurrentiepositie, kredietsituatie en investering. Ook zal een vorm van medezeggenschap bij de benoeming van niet-beherende bestuursleden worden geïntroduceerd.

Conclusie

De *goedkeurings- en adviesrechten* van de aandeelhouders en de ondernemingsraden zijn in alle stelsels, als zij geregeld zijn, incidenteel, voor concrete gevallen, geregeld. Er geldt geen algemeen adviserings- of goedkeuringsrecht. Voor de commissarissen daarentegen kan wel een algemeen recht op het geven van advies worden aangenomen, omdat dit ofwel blijkt uit hun wettelijke taakomschrijving (Nederland) ofwel daaruit wordt afgeleid (Bondsrepubliek).

De CA 1985 kent voor de aandeelhouders in de Engelse vennootschap geen principieel informatierecht, maar wel het recht op bepaalde gegevens. Omdat de aandeelhoudersvergadering wel de gebruikelijke bevoegd-

229. Gower, blz. 148.

230. Goedkeuring: s. 80, 157, 164, 166, 173, 252, 320, 366, 382, 572 (585).

231. Bamford v Bamford [1969] WLR 1107 (C.A.).

232. Janice R. Bellace, Howard T. Gospel, *International Labour Review*, 1983, blz. 59-74, m.n. 63-67.

233. Van Wulfften Palthe, diss. 1986, blz. 54v.

heden heeft om binnen de vennootschap macht uit te oefenen mag worden aangenomen dat een informatierecht wel bestaat.

Aandeelhouders in een GmbH hebben een groter *recht op informatie* dan aandeelhouders in een AG. Het recht is (voor de AG) beperkter dan voor de aandeelhouders in een Nederlandse NV of BV. Het recht van de aandeelhouders in een GmbH is ruimer dan dat van aandeelhouders in een NV of BV, voornamelijk omdat het niet alleen ter vergadering behoeft te worden uitgeoefend en omdat een inzagerecht bestaat. Wat betreft de gronden waarop informatie mag worden geweigerd is er overeenstemming met het Nederlandse stelsel. Het voldoen aan deze verplichtingen kan worden afgedwongen voor de rechter.

De verplichte raad van commissarissen in de AG heeft meer (in de wet verankerde) rechten op informatie dan de commissarissen in een Nederlandse NV of BV, omdat een inzagerecht geldt. Er is bovendien een belangrijke hoeveelheid gegevens die het bestuur uit zichzelf moet verstrekken. Daarnaast geldt een vragenrecht. De Duitse wet stelt kwaliteitseisen aan de gegevens.

Informatie aan de Betriebsrat dient eveneens voor een belangrijk deel op eigen initiatief te worden verschaft. Daarbij geldt dat veel van deze informatie betrekking heeft op sociale aspecten. Het recht op gegevens van de *Betriebsrat* is beperkter dan het vragenrecht van de Nederlandse ondernemingsraad, omdat het moet gaan om stukken in het bezit van de werkgever en niet om aanvullende (al dan niet schriftelijke) gegevens van de werkgever. De naleving van §80 lid 2 is niet afzonderlijk mogelijk.

Het *recht op overleg* bestaat in beginsel in de drie stelsels gelijkelijk voor zover het betreft het overleg binnen het bestuursorgaan en het overleg met de aandeelhoudersvergadering. Afwijkingen daartussen zijn verklaarbaar uit het Engelse systeem van actieve en niet-actieve bestuursleden: dit verschil brengt een meer geprononceerde overlegverplichting binnen het bestuur met zich. De overlegverplichting met de aandeelhouders is alleen in het Engelse recht geheel aan de statuten van de vennootschap overgelaten. Uit de strekking van het GmbHG kan worden afgeleid dat het de bedoeling van de wetgever is geweest aan de aandeelhouders zelf over te laten in hoeverre zij de vinger aan de pols willen houden.

Concluderend kan worden gesteld dat zorgvuldige voorbereiding van besluiten in de drie genoemde stelsels van ondernemingsrecht van groot belang is. De verstrekking van informatie is in alle stelsels het verst ontwikkeld. De overlegverplichtingen van het bestuur met andere organen zijn in BRD en Engeland van geringere betekenis dan in Nederland. De oorzaken daarvan verschillen overigens per stelsel. Het probleem bij de naleving van deze verplichtingen voor zorgvuldige voorbereiding is dat de sancties vaak te grof zijn om effectief te kunnen zijn.

Zorgvuldige voorbereiding van ondernemingsbesluiten en -beleid bestaat uit drie elementen: informatie, overleg en advies/goedkeuring. Deze drie elementen staan mijns inziens in een zekere verhouding tot de be-

voegdheden van het orgaan. Naarmate een orgaan verdergaande bevoegdheden heeft, heeft een orgaan recht op (meer) informatie met betrekking tot zijn bevoegdheid. Indien een orgaan slechts adviserende bevoegdheden heeft, heeft hij recht op minder gegevens dan wanneer dat orgaan goedkeurings- of beslissingsbevoegdheid heeft. Ook lijkt mij te gelden dat een orgaan bovendien recht heeft op verstrekking van de informatie zonder dat het orgaan daarnaar behoeft te vragen; het recht op informatie heeft dan een groter 'spontaan' karakter. Het recht op overleg wordt eveneens groter naarmate de bevoegdheid van het orgaan van meer belang is.

Hoofdstuk 6

VERANTWOORDINGSBEGINSEL

6.1. Verantwoordingsplicht

De verplichting tot verantwoording komt op vele manieren tot uitdrukking in het ondernemingsrecht. Het gaat daarbij om de verantwoording van het bestuur tegenover de andere organen van de vennootschap voor het gevoerde of te voeren beleid. De handelingen van het bestuur kunnen door middel van de verantwoording worden gelegitimeerd. Naast deze verantwoording van het bestuur kan een verantwoording van de onderneming jegens derden worden onderscheiden. Deze laatste verplichting komt juridisch tot uitdrukking in diverse publikatieverplichtingen (Handelsregister, Staatscourant en dagbladen), inzake gegevens betreffende de voor de onderneming verantwoordelijke personen en de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten (boekhoudplicht, art. 14 BW, 2:10 NBW, publicatie van de jaarrekening en tegenover de fiscus). Deze publikatieverplichtingen geven uitdrukking aan het openbaarheidsbeginsel dat aan onze vennootschapswetgeving ten grondslag ligt.¹ Minder genormeerd door juridische regels is de maatschappelijke verantwoordelijkheid van ondernemingen, waarbij kan worden gedacht aan verantwoordelijkheid van de onderneming voor werkgelegenheid, nationale economie en mensenrechten.² In dit hoofdstuk komt slechts de interne verantwoording, van het bestuursorgaan jegens andere organen van de vennootschap/onderneming, aan de orde.

De verplichting om verantwoording af te leggen tegenover aandeelhouders (zowel individueel als in de algemene vergadering), raad van commissarissen en ondernemingsraad komt onder meer tot uitdrukking in de verdeling van bevoegdheden binnen de vennootschap/onderneming³, bij de uitoefening van bevoegdheden als schorsing, ontslag, benoeming, goedkeuring. De structuur van de vennootschap is gebaseerd op 'checks and balances'. De organen moeten elkaar in evenwicht houden. Zoals in hoofdstuk 1 is gezegd is het door de aandeelhoudersvergadering en raad van

1. Bijl. Hand. TK 1909-1910, 217, nr. 3, blz. 16 (ontwerp Nelissen); in het uiteindelijke ontwerp Heemskerk overgenomen; zie Handboek nrs. 19-28.
2. Slagter 1990, blz. 39-44.
3. Handboek nr. 258.

commissarissen uitgeoefende toezicht volledig, het strekt zich uit over doelmatigheid en rechtmatigheid van de taakuitoefening door het bestuur.

De verantwoording van het bestuur tegenover de aandeelhouders(vergadering) komt tot uitdrukking in de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering tot benoeming en ontslag van de bestuurders en de bevoegdhedenverdeling met betrekking tot de totstandkoming van de jaarrekening. Het belangrijkste middel dat de aandeelhouders bij de uitoefening van deze taak hebben is het recht op informatie. Dat recht is reeds in hoofdstuk 5 aan de orde gekomen. Het informatierecht is een belangrijk middel tot verantwoording. Het verantwoordingsaspect van de verplichting om gegevens te verstrekken komt duidelijk tot uitdrukking in de OGEM- en Bredero (VBB)-beschikkingen.

Inzake OGEM oordeelde de ondernemingskamer ten aanzien van de rapportage aan de gehele Raad van Bestuur⁴:

Immers in een zo belangrijke aangelegenheid als de financiële situatie waarin OGEM destijds verkeerde, dient de organisatie met betrekking tot de besluitvorming en het verstrekken van de daartoe benodigde inlichtingen, zodanig te zijn dat de juiste gegevens, die bekend waren aan de financiële functionaris Bothof, tijdig voor de betrokken aandeelhoudersvergadering aan de RvB waren verstrekt. Dat spreekt in het onderhavige geval des te meer omdat de RvB in de aandeelhoudersvergadering van 30 mei 1980 heeft meegedeeld dat een aantal beleidsmaatregelen om de structuur van OGEM te versterken en de rentabiliteit te verbeteren in voorbereiding was.

en ten aanzien van de gegevensverstrekking aan de aandeelhoudersvergadering:

Het feit dat veeleer de werkelijkheid versluierende mededelingen van geruststellen-de aard werden gedaan, waardoor bij de aandeelhoudersvergadering en derden een misleidend beeld van de werkelijke situatie waarin OGEM zich bevond werd opgeroe-pen, is ten zeerste laakbaar.

In het voorgaande is gebleken dat door OGEM in de aandeelhoudersvergadering van 30 mei 1980 met betrekking tot een belangrijke aangelegenheid volstrekt onjuiste informatie is verstrekt. Ook indien wordt aangenomen dat deze onjuiste informatie niet willens en wetens is verstrekt, is er sprake geweest van onzorgvuldig handelen van OGEM. In dat geval moet immers worden geconstateerd dat ernstige gebreken in de interne besluitvormings- en communicatie-structuur van OGEM de oorzaak hebben gevormd van de onjuiste informatieverschaffing in de aandeelhoudersvergade-ring. Ook de hier geconstateerde onzorgvuldigheid is van een zo ernstig karakter, dat daarin een schending van elementaire beginselen van verantwoord ondernemer-schap is gelegen.

De financiële verslaggeving door VBB over de jaren 1984 en 1985 moest het ontgelden, onder meer omdat:⁵

- de mededelingen omtrent de aanmerkelijke verliezen in de divisie pijpbekleding door hun vaagheid misleidend waren,

4. OK 3 december 1987, NV 1988, blz. 78-80, bevestigd in HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM).

5. OK 7 december 1989, NJ 1990, 242 (VBB).

- de jaarrekeningen een ontoereikend inzicht verschaffen in de voortdurende verliezen in Hannover,
- het incidentele karakter van de winst in 1985 niet werd vermeld, terwijl in werkelijkheid het beeld "zeer somber" was,
- niet was gebleken dat het redelijke vooruitzicht bestond dat de belangrijkste verliespost zou wegvallen, noch dat opnieuw belangrijke incidentele winsten zouden worden behaald.

De ondernemingskamer overwoog dat:

...het aldus desbewust versluieren van de werkelijke stand van zaken met betrekking tot het belangrijk negatieve resultaat van de eigenlijke bedrijfsvoering in de hiervoor weergegeven omstandigheden zo ernstig is te achten dat dit als strijdig met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap wanbeleid van de vennootschap oplevert.

Een specifieke informatieplicht, waarbij duidelijker van verantwoording sprake is, volgt uit het motiveringsvereiste. Hierbinnen kan worden onderscheiden de verplichting om een overzicht te geven van de beweegredenen (formele motiveringsplicht, hierna par. 6.2) en de verplichting om de deugdelijkheid daarvan aan te tonen (materiële motiveringsplicht, hierna par. 6.5).

Ten aanzien van de raad van commissarissen volgt de verantwoordingsplicht onder meer uit de wettelijke taak van dat college: het houden van toezicht en het geven van advies.

De verplichting van het bestuur tot verantwoording ten opzichte van de ondernemingsraad en de door deze vertegenwoordigde werknemers bestaat voornamelijk bij de totstandkoming van het beleid en niet ten aanzien van het gevoerde beleid. Dit blijkt uit de gegevens die moeten worden verstrekt als een adviesplichtig voornemen bestaat, of als het gaat om een besluit waarvoor instemming van de ondernemingsraad is vereist. De verantwoordingsplicht jegens de ondernemingsraad krijgt voornamelijk gestalte door de verplichting informatie te verschaffen over de beweegredenen voor het voorgenen beleid of besluit.

Er geldt eveneens een verantwoordingsplicht van de individuele bestuurder tegenover zijn collega's.⁶ De bestuurstaak is het bestuur immers als college opgedragen. Deze verantwoording kan bestaan uit een verplichting informatie te verstrekken en om te overleggen met zijn collega's. Het bestuur als geheel moet toezicht houden op de individuele bestuurders.⁷ Dit is met name relevant bij een taakverdeling tussen bestuurders.

In dit hoofdstuk zal eerst de verplichting om te motiveren aan de orde komen (de formele motiveringsverplichting); ten aanzien van dit aspect wordt een vergelijking getrokken met de situatie in de Bondsrepubliek en Engeland. Vervolgens wordt de zogenaamde materiële motiveringsver-

6. Handboek nr. 258.

7. Löwensteyn, diss. 1959, blz. 45-46.

plichting besproken, waarbij wordt onderzocht welke eisen de rechter stelt aan de inhoud van de motivering.

6.2. Motiveringsplicht

Uit de motivering moet kunnen worden afgeleid op welke wijze, langs welke gedachtengang, het bestuur tot zijn beslissing is gekomen. Een relativering van deze visie op de (functie van de) motivering is indertijd aangebracht door oud- HR president De Jong in zijn afscheidsrede, posthuum gepubliceerd in het NJB.⁸ Deze spreekt als zijn vermoeden uit dat de motivering van een beslissing die in het rechterlijk vonnis tot uitdrukking wordt gebracht pas wordt geformuleerd nadat het vonnis op grond van innerlijke motieven tot stand is gekomen. Hij maakt aldus een onderscheid tussen motieven en motivering: de motieven zijn de innerlijke beweegredenen om de beslissing in een bepaalde zin te nemen - de motivering de later geformuleerde redengeving voor de beslissing. Hoe dit ook zij, de in een bestuursbesluit neergelegde motivering is de enige die wij kunnen kennen: het is deze motivering die wordt beoordeeld.

Voor zover de innerlijke motieven kenbaar zijn, kunnen zij op hun juridische relevantie worden onderzocht. Dat deze innerlijke gezindheid van belang kan zijn voor de geldigheid van besluiten, werd reeds betoogd door Okma⁹ en Noldus.¹⁰ Als de ondernemer een met de openbare orde of goede zeden strijdig doel voor ogen heeft terwijl de objectieve strekking van het besluit geoorloofd is, dient het besluit als ongeldig te worden beschouwd.¹¹ Dit wordt door Noldus nog eens genuanceerd waar hij als zijn mening verkondigt dat een besluit ongeldig is als een meerderheid van de besluitnemers de ongeoorloofde bedoeling heeft en ook "als slechts een zodanig gedeelte van de meerderheid die kenbare ongeoorloofde bedoeling heeft, dat bij ontbreken van de stemmen van dat gedeelte de vereiste meerderheid niet zou zijn bereikt". Het probleem bij deze innerlijke motieven is het leveren van het bewijs. Vergelijk het verbod van détournement de pouvoir, waarbij ook moeilijk te bewijzen is wat de werkelijke bedoeling van de bevoegdheidsuitoefening was.

Het motiveringsbeginsel speelt in het bestuursrecht slechts een rol in die gevallen waarin het bestuursorgaan beleidsvrijheid heeft; bij zogenaamde gebonden beschikkingen, bijvoorbeeld vergunningen die slechts op limitatief omschreven gronden kunnen worden geweigerd, zal - indien van de bepaalde gronden wordt afgeweken - veelal sprake zijn van strijd met de wet.¹² In een dergelijk geval behoeft in de algemene opvatting niet gemotiveerd te worden. Dit geldt mijns inziens ook voor het ondernemingsrecht, zij het dat daarin weinig 'gebonden' beslissingen voorkomen.

8. F.J. de Jong, NJB 1975, blz. 541.

9. Okma diss. 1945, blz. 116.

10. Noldus diss. 1969, blz. 89.

11. Noldus, diss. 1969, blz. 89; zie ook Hoofdstuk 5.

12. Van der Burg c.s. blz. 116.

De motiveringsplicht in het bestuursrecht is in de eerste plaats een middel tot verantwoording van het bestuur ten opzichte van de burger.¹³ In de tweede plaats dient zij om de burger in staat te stellen zijn positie te beoordelen in een eventuele beroepsprocedure.¹⁴ De motiveringsplicht, hoewel als principe erkend, geldt niet onder alle omstandigheden, omdat dat een wel erg zware belasting voor het overheidsbestuur met zich zou brengen.¹⁵

In het navolgende wordt onderzocht in hoeverre in het ondernemingsrecht een wettelijke motiveringsplicht bestaat en in hoeverre een algemene motiveringsplichting daarbinnen op haar plaats zou zijn.

In het jaarrekeningenrecht komt in art. 384 lid 6 ten aanzien van waardeeringsstelsels en in art. 363 lid 4 ten aanzien van de indeling van de winst- en verliesrekening een motiveringsverplichting voor. In de toelichting op de jaarrekening moet worden gemotiveerd waarom men van waardeeringsstelsel, resp. indeling is veranderd. Deze motiveringsplichten, die overigens niet slechts een intern karakter, namelijk alleen tegenover aandeelhouders, hebben, houden verband met het consistentie-beginsel.¹⁶ Dit beginsel houdt in dat een rechtspersoon moet aangeven welke grondslagen zijn gehanteerd bij elk van de vermelde posten en dat hij dit slechts om gegronde redenen wijzigt. Een gegronde reden kan bijvoorbeeld zijn een ingrijpende reorganisatie binnen de onderneming, een wetswijziging of verbetering van de inzichtelijkheid van de jaarrekening (art. 362 lid 1 en slotzin art. 384 lid 6). Het niet voldoen aan deze motiveringsverplichting kan bij de ondernemingskamer in een art. 999 Rv-procedure aan de orde worden gesteld en leiden tot de verplichting een en ander alsnog te motiveren of de jaarrekening opnieuw op te stellen.

Tegenover de aandeelhouders gelden enkele bijzondere motiveringsplichten. Zo moet het bestuur bij emissie van aandelen het voorstel tot uitgifte van aandelen, dat ter besluitvorming aan de aandeelhoudersvergadering wordt voorgelegd, met redenen omkleeden als het voorstel het in principe bestaande voorkeursrecht beperkt of uitsluit (art. 96a lid 6 BW). Deze motiveringsplicht geldt, volgens de letter van de wet, niet indien het bestuur of een ander orgaan bevoegd is tot emissie te besluiten. De motiveringsplicht is in 1981 ingevoerd bij gelegenheid van de aanpassing van onze wetgeving aan de Tweede EG-Richtlijn (art. 29 lid 4 van de Richtlijn).¹⁷ Deze bepaling strekt ertoe de positie van de aandeelhouders sterker te maken alvorens zij besluiten hun rechten in te perken. Bij nalatigheid van het bestuur om een motivering te verstrekken kunnen de aandeelhouders van hun vragenrecht gebruik maken.

13. B.J. van der Net TvO 1972, blz. 354-379, m.n. blz. 356; Duk/Loeb/Nicolaï, blz. 143.

14. In 't Veld/Koeman, blz. 100.

15. In 't Veld/Koeman, blz. 100; Donner, blz. 104; Van Wijk/Konijnenbelt, blz. 81; Duk/Loeb/Nicolaï, blz. 146.

16. H. Beckman, De jaarrekening, vijfde druk, Leiden 1987, blz. 66.

17. Tweede EG-Richtlijn inz. kapitaalbescherming d.d. 13 december 1976.

Een wettelijke motiveringsplicht geldt ook bij een voorstel voor een juridische fusie (art. 313 BW). Dit komt, door middel van het inzagerecht, de aandeelhouders, certificaaathouders en andere winstgerechtigden ten goede. Er worden bovendien eisen gesteld aan de motivering: het voorstel moet uit juridisch, economisch en sociaal oogpunt worden toegelicht, onder vermelding van de eventuele bijzondere waarderingsmoeilijkheden.

In geval van een openbaar bod op aandelen, waarop de Fusiegedragsregels van toepassing zijn, moet een motivering worden verstrekt van de geboden prijs, resp. ruilverhouding (art. 4 lid 2 en 6 lid 1 sub h, SER Fusiegedragsregels 1990). De strekking van deze motiveringsplicht is de aandeelhouders de noodzakelijke informatie te bieden om zich een verantwoord oordeel over het bod te vormen (zie ook art. 6 lid 1 sub h, i, q, art. 6A lid 1 e, 7, 9 lid 2, 11 lid 3 sub b, 11A lid 1).¹⁸

Als een biedingsbericht wordt opgesteld dient het bestuur van de over te nemen NV de aandeelhouders op te roepen ter bespreking van het bod. Het bestuur stelt het bericht op ten behoeve van de aandeelhouders, met daarin onder meer een gemotiveerde standpuntbepaling van het bestuur. Dit bericht en de vergadering die daarop volgt kunnen worden gezien als een mogelijkheid voor de aandeelhouders zich te beraden omtrent het bod en de mening van het bestuur daarover te vernemen.

Het niet voldoen aan de verplichtingen van de Fusiegedragsregels kan een berisping of kennisgeving van de Commissie Fusie-aangelegenheden van de SER opleveren (art. 32 Fusiegedragsregels 1990).

Een voordracht tot benoeming van een nieuwe commissaris die aan de aandeelhoudersvergadering (in een structuurvennootschap mede aan de ondernemingsraad) wordt toegestuurd moet worden gemotiveerd (art. 142 (252) en jo 158 (268) lid 5 BW). Deze motiveringsplicht is bij de structuurwet (Wet van 6 mei 1971, Stb 289) in ons recht opgenomen, en geldt voor iedere NV en BV. Het wetsvoorstel¹⁹ bevatte aanvankelijk geen motiveeringsplicht. Deze is bij amendement d.d. 25 februari 1971 in de wet opgenomen.²⁰ Indiener Nederhorst²¹ wenste met het amendement het sociale aspect binnen die raad te versterken. De door het artikel vereiste beweegreden zou in zijn gedachtengang kunnen luiden "wij hebben deze mijnheer²² nodig omdat het ons in de raad van commissarissen ontbreekt aan deskundigheid op dit gebied". Uit de parlementaire geschiedenis kan op dit punt worden afgeleid dat met de woorden 'dit gebied' bedoeld wordt op de deskundigheid op sociaal, financieel, technisch of economisch gebied. De motiveringsplicht is aldus voor hen die de commissaris benoemen of die daarbij een veto-recht kunnen hanteren, van belang om te beoordelen of

18. Commentaar Fusiegedragsregels 1988, blz. 39.

19. Bijl. Hand. TK 1969-1970, 10751.

20. Bijl. Hand. TK 1970-1971, 10751, nr. 24.

21. Handelingen 1970/71, blz. 3064, 3153, 3196.

22. Men mag veronderstellen dat het kamerlid "...of mevrouw" gezegd had als hem hier anno 1990 naar werd gevraagd.

men zijn bevoegdheid (om al dan niet te benoemen of van het (geclausuleerde) veto-recht gebruik te maken) zal uitoefenen.²³

Indien niet aan deze motiveringsplicht is voldaan kan de algemene vergadering of de ondernemingsraad van hun respectieve recht op informatie gebruik maken. In geval van een structuurvennootschap levert het niet voldoen aan het motiveringsvereiste bovendien een bezwaargrond op (art. 158 lid 6).

De ondernemer is verplicht om de ondernemingsraad advies te vragen als hij voornemens is een besluit te nemen dat valt onder de in art. 25 WOR genoemde categorieën van gevallen. Deze adviesaanvraag dient onder meer een overzicht te bevatten van de beweegredenen voor het besluit. De gedachte achter deze motiveringsplicht is dat de ondernemingsraad zijn taak beter kan uitoefenen als hij van de beweegredenen voor het besluit op de hoogte is. De ondernemer kan zijnerzijds van een goed ingelichte gesprekspartner een waardevoller weerwoord verwachten.²⁴

Als de ondernemer de beweegredenen niet vermeldt in de adviesaanvraag kan de ondernemingsraad de ondernemer verzoeken alsnog aan deze verplichting te voldoen. Daarvoor is bijvoorbeeld in de (verplichte) overlegvergadering of daarbuiten de gelegenheid. Als dit bezwaar voor het eerst in de beroepsprocedure ex art. 26 WOR wordt aangevoerd is het te laat.²⁵

De ondernemingsraad kan voor de rechter op twee manieren een beroep doen op een motiveringsgebrek: hij kan ten eerste aanvoeren dat hij onvoldoende informatie heeft gekregen en deze alsnog bij de kantonrechter op grond van art. 31 jo 36 vorderen; ten tweede kan de ondernemingsraad een procedure ex art. 26 WOR beginnen, waarbij wordt aangevoerd dat de ondernemingsraad ten tijde van het uitbrengen van het advies buiten zijn toedoen onvoldoende gegevens had om tot een verantwoord advies te komen. Dit euvel moet dan wel reeds in het advies tot uitdrukking zijn gebracht. Als er onvoldoende gegevens zijn verstrekt zijn de belangen van de ondernemingsraad geschaad en zal de ondernemingskamer het besluit kennelijk onredelijk verklaren.²⁶

De ondernemer kan nog trachten tegen te werpen dat de ondernemingsraad reeds op andere wijze van de motieven voor het besluit op de hoogte was. Dit verweer heeft nog geen succes gehad bij de ondernemingskamer.²⁷ Bij de administratieve rechter is dit verweer geheel ingeburgerd.²⁸ Met betrekking tot verstrekking van gegevens in het algemeen is

23. Vgl. Handboek, nr. 284.

24. Bijl. Hand. TK 1974-1975, nr. 13 350 en 1975-1976, nr. 13 954.

25. Onder meer OK 14 november 1985, NJ 1986, 555 (Dongemond).

26. OK 15 april 1982, NJ 1983, 747; OK 8 juli 1982, RM 1982-1983, nr. 43; OK 17 maart 1983, NJ 1984, 732; OK 5 april 1984, NJ 1985, 501.

27. OK 24 mei 1984, NJ 1985, 502, (Paktank); OK 16 januari 1986, ROR 1986/16.

28. Zie Donner, blz. 104; KB 3 maart 1970, AB 1970, 202, met kritische noot van Van der Horst; Van der Net, a.w. noot 13, blz. 355.

beslist dat, indien dit verzuim snel wordt hersteld, de ondernemingsraad op het aanvankelijk ontbreken daarvan geen beroep kan doen.²⁹

Het vijfde lid van art. 25 WOR houdt een vervolg in op de motiveringsplicht uit het derde lid. Het verplicht de ondernemer namelijk om - als het uiteindelijke besluit afwijkt van het advies van de ondernemingsraad - de redenen voor het niet volgen van het advies te geven. Deze motiveringsverplichting is eveneens van belang voor de uitoefening van het beroepsrecht op grond van art. 26 WOR.³⁰

Ingevolge art. 30, eerste lid WOR wordt de ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over elk door de ondernemer voorgenomen besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder van de onderneming (dat hoeft niet de bestuurder van de vennootschap te zijn). Deze adviesaanvraag moet met redenen zijn omkleed (derde lid). Na het nemen van het besluit tot benoeming of ontslag wordt de ondernemingsraad zo spoedig mogelijk daarvan in kennis gesteld. Als geheel of gedeeltelijk van het advies wordt afgeweken, licht de ondernemer de ondernemingsraad in over de redenen voor die afwijking. De ondernemingsraad heeft op grond van de WOR geen mogelijkheid tegen een benoemingsbesluit op te komen. Een niet voldoen aan de motiveringsplicht kan wel via art. 31 en 36 WOR worden rechtgezet.

De leden 3 en 4 van art. 23 WOR regelen het zgn. recht van initiatief van de ondernemingsraad; lid 3 betreft het recht van de ondernemingsraad om in de overlegvergadering voorstellen te doen omtrent de daarin vermelde aangelegenheden. Lid 4 betreft het recht van de ondernemingsraad om buiten de overlegvergadering aan de ondernemer schriftelijk een voorstel te doen. De ondernemer dient, nadat over dat voorstel tenminste eenmaal is overlegd, aan de ondernemingsraad schriftelijk en met redenen omkleed mee te delen of en in hoeverre hij overeenkomstig het voorstel zal besluiten. Dit recht om voorstellen te doen buiten de vergadering om, is bij de wijziging van de WOR in de derde nota van wijzigingen in het wetsontwerp opgenomen.³¹ De plicht van de ondernemer om te motiveren of en in hoeverre hij het voorstel zal overnemen is eerst in de vierde nota van wijzigingen opgenomen.³² De keuze voor de opnemingsplicht is niet gemotiveerd; wel wordt toegelicht waarom een dergelijke plicht niet op de ondernemer is gelegd, als hij reageert op tijdens de vergadering gedane voorstellen. Aan een motiveringsplicht bestaat daar volgens de indiener van het wetsontwerp weinig behoefte, omdat de ondernemer op mondeling tijdens het overleg gedane voorstellen in het algemeen uit zichzelf wel zal reageren.³³

29. OK 17 maart 1983, NJ 1984, 732.

30. OK 21 december 1989, ng nr. 35/89, waarin op grond van bijzondere omstandigheden werd geoordeeld dat het besluit niettemin niet behoeft te worden ingetrokken.

31. Bijl. Hand. TK 1977-1978, 13 954 nr. 106, blz. 5.

32. Bijl. Hand. TK 1977-1978, 13 954 nr. 111.

33. Bijl. Hand. TK 1977-1978, 13 954 nr. 111, blz. 12.

Uit onderzoek van het ITS blijkt dat van deze rechten van initiatief weinig gebruik wordt gemaakt. Als het wordt gebruikt, wordt het voorstel relatief vaak overgenomen door de bestuurder.³⁴

Verspreid over boek 2 BW kan nog eens vijf maal een verwijzing naar een motiveringsplicht worden aangetroffen. De betekenis van die gevallen is in vergelijking met de hiervoor behandelde gevallen gering. In de hier bedoelde gevallen gaat het telkens om bestuurders (en soms commissarissen) die ieder verplicht zijn om een beschrijving van de inbreng op aandelen te ondertekenen (94b eerste lid, 94c tweede lid, 204b eerste lid, 204c tweede lid) of om het fusievoorstel te ondertekenen (312 vierde lid). Indien de handtekening van een of meer van hen ontbreekt, dient de reden daarvan vermeld te worden. Dit systeem, waarbij 'dissenting opinions' naar voren komen, lijkt mij een middel dat tevens is bedoeld voor de *individuele* verantwoording van functionarissen.

De in de wet opgenomen motiveringsplichten dateren uit de jaren zeventig. In die tijd waren de opvattingen over het ondernemerschap enigszins aan verandering onderhevig. Er werd een grote maatschappelijke verantwoordelijkheid gevoeld en in toenemende mate ook jegens de werknemers.³⁵ De motiveringsplicht van voorstellen jegens de aandeelhoudersvergadering betreft vrijwel altijd gevallen waarin de aandeelhouders een besluit moeten nemen (bijvoorbeeld beperking of uitsluiting voorkeursrecht, juridische fusie, ingaan op een openbaar bod op aandelen).

Dat het *bestuursvoorstel* moet worden gemotiveerd hangt in deze gevallen samen met de verantwoordelijkheid die de aandeelhouders gaan dragen door het besluit te nemen. Daarom dienen zij goed geïnformeerd te zijn. Als het besluit verkeerd uitpakt, kunnen zij het bestuur slechts verwijten hen onvoldoende te hebben geïnformeerd.

Er geldt niet een wettelijke motiveringsverplichting voor andere belangrijke besluiten die eveneens tot de competentie van de aandeelhoudersvergadering behoren of voor belangrijke besluiten die het bestuur zelf mag nemen. Het is onduidelijk waarom deze verplichting incidenteel is geregeld en niet voor bijvoorbeeld emissiebesluiten.

Voor de verplichting tot motivering van voornemens op grond van de WOR geldt dat zij vrijwel alle opdoemen in het kader van een advies- of instemmingsprocedure. Hiermee hangt samen dat het telkens gaat om besluiten waarmee grote belangen zijn gemoeid.

De motiveringsplicht komt vaker voor in de WOR dan in het BW: zij geldt in meer gevallen tegenover de ondernemingsraad dan tegenover de aandeelhoudersvergadering (of de raad van commissarissen!). Dit kan mijns inziens als volgt worden verklaard: de aandeelhoudersvergadering heeft volledig toezicht, dat reeds een volledige motiveringsplicht met zich brengt (met uitzondering van - kort gezegd - het dagelijks bestuur). Je-

34. Looise en De Lange, blz. 121 en 161.

35. Speciale aflevering TVVS 1974, blz. 29-118 ('onderneming en verantwoordelijkheid'); Slagter 1990, hoofdstuk 1.

gens de ondernemingsraad geldt in feite geen volledige verantwoordingsplicht; deze geldt alleen op de terreinen waarop de ondernemingsraad advies- en bezwaarrechten zijn toebedeeld. De *wettelijke* motiveringsplicht houdt daarom mijns inziens een zekere compensatie in van het ten opzichte van aandeelhoudersvergadering (en raad van commissarissen) bestaande verschil in beïnvloedingsmogelijkheden.

Blijkbaar heeft de wetgever een wettelijke motiveringsplicht jegens de raad van commissarissen niet nodig gevonden. Inderdaad kan worden gesteld dat de raad van commissarissen een veelomvattend recht op informatie heeft, welk recht samenhangt met zijn taak, die volledig toezicht impliceert; een recht op motivering zou hieraan weinig toevoegen.³⁶

Gezien de betekenis van de verplichting tot verantwoording in de sfeer van het toezicht op het bestuurshandelen kan mijns inziens worden gesproken van een verantwoordingsbeginnsel. Uit het verantwoordingsbeginnsel vloeit een motiveringsplicht voort die verder gaat dan de in de wet genoemde gevallen.³⁷ Reeds zagen wij dat een verplichting bestaat om aan te geven waarom van een verkregen intern of extern advies wordt afgeweken, ook zonder dat de wet dat voorschrijft (zie par. 5.1.1).

Enigszins analoog aan de gevallen waarin art. 25 WOR-besluiten jegens de ondernemingsraad moeten worden gemotiveerd kan worden verdedigd dat besluiten van het bestuur tot emissie³⁸, tot het doen van een desinvestering, inzake dividendbeleid³⁹, sluiting, verplaatsing of reorganisatie van belangrijke produktie-eenheden, mutaties in het bestuur of in de raad van commissarissen, aanwending van een voorziening voor een ander doel dan waarvoor deze was bestemd⁴⁰, en gevallen van een wijziging in het voorgenomen beleid jegens de aandeelhoudersvergadering en de raad van commissarissen zouden moeten worden gemotiveerd.

Een motiveringsverplichting geldt niet absoluut: besluiten die de belangen van aandeelhouders of werknemers niet of slechts in geringe mate raken behoeven niet te worden gemotiveerd; soms zijn de redenen die tot een besluit hebben geleid zo duidelijk dat nadere motivering niet nodig is, zoals bij wetswijziging.⁴¹

Evenmin geldt een motiveringsverplichting voor taken die samenhangen met de dagelijkse bestuurstaak. Ondanks het in beginsel volledige toezicht heeft het ondernemingsbestuur een kleine kern van bevoegdheden, waarbinnen het zonder toezicht van de aandeelhoudersvergadering en de commissarissen kan functioneren, zodat ook geen motiveringsplicht bestaat.

36. Glasz, regel 4.3.

37. Hof 's-Gravenhage 14 juni 1985, NJ 1987, 574 wijst een motiveringsplicht af voor het bestuur van een vereniging die iemand als lid weigert aan te nemen.

38. Slagter 1990, blz. 236-237.

39. Löwensteyn diss. 1959, blz. 249 en 254.

40. OK 7 december 1989, NJ 1990, 242 (VBB) r.o. 4.6.3.3.

41. Ook in het bestuursrecht wordt geacht geen motiveringsverplichting te bestaan indien sprake is van een zgn. 'gebonden' beschikking.

De gevolgen van het ontbreken van een motivering kunnen uiteenlopen. Indien een wettelijke verplichting tot motivering niet wordt nagekomen behoeft zeker niet altijd sprake te zijn van een vorm van onrechtmatig bestuur. Het ontbreken van een motivering is een formeel gebrek: een op zichzelf niet onredelijk besluit wordt niet onredelijk omdat een motivering ontbreekt. Ook kan het belang bij een beroep op een motiveringsgebrek ontbreken. Anderzijds is het denkbaar dat het ontbreken van een motivering het bestaan van een onzorgvuldige procedure verraaft, zodat meer beginselen geschonden zijn. Anderzijds is het denkbaar dat men tracht via de motivering een op zichzelf onbehoorlijk besluit te verdedigen.

6.3. Duits recht

In het Duitse recht bestaat in het algemeen geen wettelijke motiveringsplicht voor belangrijke besluiten; het AktG noemt een paar bijzondere motiveringsplichten jegens de aandeelhouders (§71 lid 3, 131 lid 5, 298, 312 lid 1, 340a, 340b). Vele hiervan bestaan pas kort en gelden voornamelijk in het concernrecht.

De verplichting om een besluit te motiveren gaat voor het overige (evenals in Nederland) op in de verplichting informatie te verstrekken.⁴²

De aard van de betrekking tussen raad van commissarissen en bestuur brengt ook hier een volledige verantwoordingsplicht mee.⁴³

6.4. Engels recht

Ook naar Engels recht bestaan nauwelijks afzonderlijke motiveringsverplichtingen, maar kan wel een zelfde effect worden bereikt met een aan te nemen verantwoordingsplicht⁴⁴ en informatieplicht, waarbij de mate van verantwoording en daarmee de motivering afhangt van de mogelijkheden die de aandeelhoudersvergadering heeft om controle uit te oefenen.⁴⁵ Dit is afhankelijk van de statutair gekozen bevoegdhedenverdeling. Tegenover de niet-beherende medebestuurders bestaat mijns inziens uit de aard van de betrekking tussen actieve en overige bestuurders eveneens een verantwoordingsplicht.

6.5. Het materiële motiveringsbeginsel

Ten eerste houdt het materiële motiveringsbeginsel in dat de aangedragen feiten en omstandigheden de beslissing kunnen dragen; dat houdt in dat de feiten op de juiste wijze gewaardeerd dienen te worden, dat de redene-

42. Weiss, §92 aant. 5.

43. MünchHB, Hoffman-Becking, § 29 nr. 29.

44. Mary Stokes, in *Legal theory and common law*, Oxford 1986, blz. 161.

45. Een voorstel van de directors voor een besluit ter aandeelhoudersvergadering moet worden gemotiveerd: L.H. Leigh, in: *Butterworth's Company Law Guide*, nr. 8.121.

ring logisch en innerlijk consistent dient te zijn en dat rekening dient te worden gehouden met alle relevante feiten en omstandigheden. Is hiervan geen sprake dan zal in de praktijk in deze gevallen veelal zowel sprake zijn van een motiveringsgebrek als van een onzorgvuldige voorbereiding van het besluit.

Ten tweede houdt het beginsel in dat de aangevoerde argumenten een juiste grondslag hebben. Een voorbeeld hiervan uit het bestuursrecht vormt de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep⁴⁶ waarin het besluit tot ontslag van een ambtenares in tijdelijke dienst nietig werd verklaard omdat was uitgegaan van onjuiste medische gegevens.

Een motiveringsgebrek zal niet altijd leiden tot aantasting van het besluit, al kan een gebrekkige motivering van het besluit op inhoudelijke gebreken in de besluitvorming duiden. Als de verdere motivering de beschikking nog kan dragen, blijft het besluit in de meeste gevallen wel in stand.⁴⁷ Vernietiging van een besluit op grond van een gebrekkige motivering lijkt overigens de voorkeur te verdienen boven een beoordeling van de door het administratief orgaan gehanteerde maatstaf (in het kader van een zorgvuldigheidstoets) omdat het beroepsorgaan slechts aan de marge van de beschikking blijft: de vernietiging verplicht het administratief orgaan slechts de motivering bij te schaven; de uitslag van de beschikking blijft in stand; het orgaan wordt echter tevens de mogelijkheid geboden het besluit inhoudelijk te heroverwegen.

Het ondernemingsbestuur wordt door middel van de motiveringsplicht beperkt in het 'waarom' van zijn keuze: ook al is een bepaalde aanwending van het bedrijfsvermogen geheel acceptabel, als de gegeven argumenten onvoldoende zijn of als de geuite beweegredenen niet juist zijn, kan hem verboden worden het besluit uit te voeren.

In deze paragraaf worden de eisen onderzocht die door de rechter aan de zakelijke *motivering* van de ondernemingsbesluiten worden gesteld. Is er een uit het besluit kenbare motivering en bestaat er in het betreffende geval een motiveringsplicht, dan dient te worden getoetst of de motivering deugdelijk is, zodat het besluit daarmee kan worden gelegitimeerd.

De kwaliteit van de motivering komt relatief vaak aan de orde in WOR-procedures. De deugdelijkheid van de motivering komt minder vaak aan de orde bij enquêteprocedures aangespannen door aandeelhouders.⁴⁸ In geval van vernietiging van besluiten wordt vrijwel nooit expliciet een beroep gedaan op een ondeugdelijke motivering. De deugdelijkheid van de beweegredenen kan in die gevallen ten processe tot uitdrukking komen wanneer het bestuur toelicht wat het ondernemingsbelang inhoudt.⁴⁹

46. CRvB 27 juli 1960, AB 1961, blz. 323 m.n. L.B.

47. Van der Burg c.s. t.a.p.

48. Bijv.: OK 21 september 1978, NJ 1979, 403.

49. Bijvoorbeeld OK 27 maart 1974, 76 (HVA).

Het verband tussen de verplichting juiste en volledige informatie te verschaffen en de inhoud van de motivering is soms erg sterk.⁵⁰

Ook in het ondernemingsrecht houdt het beginsel in dat de gehanteerde argumenten consistent moeten zijn.⁵¹ De motivering van een besluit wordt onvoldoende bevonden als deze geen of te weinig inzicht biedt in de zakelijke motieven voor het besluit. Als tijdens de adviesprocedure één of meer (belangrijke) argumenten voor het besluit niet zijn vermeld kan het besluit kennelijk onredelijk zijn omdat de ondernemingsraad bij het uitbrengen van het advies over onvoldoende gegevens beschikte.⁵²

Vaker gebeurt het dat de ondernemingskamer in het kader van een beroep op schending van de wettelijke motiveringsplicht krachtens de WOR de door de ondernemingsraad gestelde vragen en de daarop door de ondernemer gegeven antwoorden vergelijkt. Als de ondernemer de vragen niet beantwoordt of slechts vage of ontwijkende antwoorden geeft op concrete vragen of bezwaren van de ondernemingsraad is meestal sprake van een kennelijk onredelijk besluit.⁵³

Duk⁵⁴ vindt deze aanpak van de ondernemingskamer onwenselijk, omdat op deze wijze de besluitvorming meer gejuridificeerd wordt. Mijns inziens is een dergelijke beoordeling van de motivering in het kader van art. 25 WOR wel op haar plaats. Een wettelijke plicht moet ook *behoorlijk* worden vervuld. De ondernemingskamer vat zijn taak daarom goed op.

Overigens lijkt het mij dat de ondernemingskamer door een tegenover elkaar stellen van (de concreetheid van) vraag en antwoord minder vergaand toetst dan wanneer de ondernemingskamer, zoals in het geval van Fluke⁵⁵, oordeelt of de door de ondernemer verstrekte motivering inzicht geeft in de gemaakte belangenafweging. De ondernemingskamer stelt voorop dat Fluke Tilburg op zichzelf rendabel is. Vervolgens worden de gronden van het besluit van de ondernemer weergegeven: sluiting in Tilburg zou de winst van de Fluke organisatie wereldwijd doen toenemen met meer dan één miljoen dollar. De ondernemingskamer overweegt vervolgens:

50. OK 21 september 1978, NJ 1979, 403; OK 29 mei 1980, NJ 1981, 272 (Heidemij); OK 21 juni 1984, NJ 1985, 503; Ktr. Zevenbergen 23 december 1975, NJ 1977, 556.

51. OK 29 mei 1980, NJ 1981, 272 (Heidemij); OK 5 april 1984, NJ 1985, 501; zie ook: OK 9 maart 1989, ROR 1989/9 (Bondsspaarbank); Ktr. Zevenbergen, NJ 1977, 556.

52. OK 24 mei 1984, NJ 1985, 502 (Paktank); OK 24 januari 1985, ROR 1985/20; OK 4 juli 1985, NJ 1986, 498 (Interpharm); OK 14 november 1985, NJ 1986, 555 (Dongemond); OK 26 juni 1986, NJ 1988, 329 (Venray); OK 12 maart 1987, ROR 1987/10; OK 7 mei 1987, NJ 1988, 429 (SHB); OK 21 mei 1987, ROR 1987/13 (SOOA); OK 30 juni 1988, NJ 1989, 340 (Midden-Twente); OK 7 juli 1988, NJ 1989, 845 (Fluke); OK 23 maart 1989, ROR 1989/6; OK 20 april 1989, ROR 1989/4 (NMB).

53. OK 23 januari 1986, NJ 1988, 225 (uittr.) ROR 1986/18 (VAD); OK 26 juni 1986, NJ 1988, 329 (Venray); OK 27 november 1986, NJ 1988, 359 (Organon); OK 22 oktober 1987, ROR 1987/30 (Smit); OK 9 maart 1989, ROR 1989/9 (Bondsspaarbank); OK 23 maart 1989, ROR 1989/6 (RIAGG).

54. R.A.A. Duk, *Advocatenblad* 1987, blz. 290-296.

55. OK 7 juli 1988, NJ 1989, 845 (Fluke).

Niet blijkt evenwel of, en zo ja, in hoeverre de aldus weergegeven belangen van de Fluke organisatie als geheel zijn afgewogen tegenover de rechtmatige belangen van de werknemers van Fluke Holland bij het voortbestaan van een op zichzelf rendabele produktie-afdeling te Tilburg. Terecht heeft de OR in dit verband aangevoerd dat de ondernemer door zich wat dit betreft slechts te baseren op het (rapport van het onderzoeksbureau) niet heeft aangegeven welke objectieve criteria tot de conclusie moeten leiden dat het toekennen van produktie aan Tilburg niet mogelijk of verantwoord zou zijn.

Het belang dat de OR hecht aan de continuïteit van de produktie-afdeling was, mede gelet op het standpunt van de OR met betrekking tot het onderzoek naar het perspectief van die afdeling, zoals dat blijkt uit zijn briefwisseling met de ondernemer en het door de OR uitgebrachte advies, aan de ondernemer reeds bekend voordat hij het voorgenomen besluit tot sluiting van de afdeling ter advisering aan de OR toezond. De bij het voorgenomen besluit tot uitdrukking gebrachte beweegredenen daartoe geven evenwel - ook met inachtneming van de verwijzing naar het KWW-rapport - geen inzicht in de hiervoor bedoelde belangenafweging. Ook de mededeling dat het besluit tot sluiting is genomen en de daarin opgenomen toelichting waarom van het negatieve advies van de OR - waarin de OR evenzeer het belang dat hij hecht aan de continuïteit van de produktie-afdeling te Tilburg tot uiting heeft gebracht - is afgeweken, geeft geen inzicht in die belangenafweging.

Bij het lezen van deze overweging kan men zich moeilijk aan de indruk onttrekken dat de ondernemingskamer in dubio heeft gestaan omtrent de te kiezen grond: willekeur of motiveringsbeginsel.⁵⁶

Zeldzaam zijn uitspraken over de materiële motivering van bestuursbesluiten buiten het WOR-gebied. Een inhoudelijk motiveringsgebrek kan mijns inziens een besluit opleveren in strijd met de goede trouw, in de zin van art. 11 lid 1 sub c; zeker is dat het geval als het gaat om besluiten die van wezenlijk belang zijn voor aandeelhouders. In kort geding is recent met succes een verbod tot uitgifte van warrants gevorderd, omdat onvoldoende was gebleken van deugdelijke argumenten voor het besluit, waardoor eiser zou worden uitgesloten van het voorkeursrecht.⁵⁷ Overigens kan bij lezing van deze uitspraak, evenals bij Fluke, ook de indruk ontstaan dat in feite de belangenafweging werd beoordeeld en te licht werd bevonden.

Conclusie

De verplichting tot het afleggen van verantwoording is één van de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. De verplichting geldt met name jegens de raad van commissarissen en de aandeelhoudersvergadering, omdat deze organen zowel rechtmatigheidscontrole als doelmatigheidscontrole over het bestuurshandelen kunnen uitoefenen, zij het dat een beperkte beleidsvrije ruimte bestaat. De verantwoordingsplicht komt - behalve in de bevoegdhedenverdeling en de informatieverstrekking - tot uitdrukking in een verplichting juiste, volledige en getrouwe informatie te geven en besluiten en beleid te motiveren. De verant-

56. Zo ook J.M.M. Maetjer in zijn noot onder deze beschikking in de NJ.

57. Pres. Rb. Arnhem 30 maart 1988, KG 182 (Vital Scientific).

woordingsplicht zou daarom één der elementaire beginselen van ondernemingsbestuur kunnen worden genoemd.

Jegens de ondernemingsraad bestaat op een beperkt terrein een volledige verantwoordings- en dus motiveringsverplichting, die in feite slechts controle op rechtmatigheid inhoudt. De wettelijke verplichtingen om de beweegredenen aan te geven zijn een compensatie voor het gebrek aan beïnvloedingsmogelijkheden.

Naar Duits en Engels recht kan worden aangenomen dat, hoewel er enkele geschreven motiveringsverplichtingen bestaan, de kern van de motiveringsplicht slechts ligt besloten in de verplichting tot het afleggen van volledige verantwoording achteraf.

De kwaliteit van de motivering speelt een belangrijke rol in de jurisprudentie op grond van de WOR en in geringe mate in enquête-procedures. Het beginsel van een deugdelijke motivering zou een grotere rol kunnen spelen in het kader van art. 11 eerste lid sub c.

Hoofdstuk 7

VERTROUWENSBEGINSEL

7.1. Het vertrouwensbeginsel

Het vertrouwensbeginsel is vanouds bekend in het verbintenissenrecht. Het komt tot uitdrukking in de regel *pacta sunt servanda* en is neergelegd in artt. 3:35 (3.2.3) en 36 (3.2.3a) NBW: gerechtvaardigd vertrouwen op eens anders verklaring wordt gehonoreerd en derden bij wie een gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt worden beschermd.¹ Gebondenheid aan een rechtshandeling kan worden aangevochten als er sprake is van overmacht², veranderde omstandigheden³ of strijd met de redelijkheid en billijkheid.⁴

Het beginsel geldt ook in het bestuursrecht. De administratieve rechters zijn terughoudend in het honoreren van gewekte verwachtingen. De hoofdregel is dat wie op goede gronden meende te mogen vertrouwen dat een overheidsorgaan een bepaald beleid zou voeren in principe wordt beschermd.⁵ Sommige schrijvers stellen bovendien het dispositie-vereiste: degene bij wie het vertrouwen is gewekt moet iets hebben gedaan of nagelaten als gevolg van dit vertrouwen dat tot nadeel zou leiden als een beschikking anders zou uitvallen.⁶ Relevant vertrouwen wordt onder meer door toezeggingen of door pseudo-wetgeving gewekt.⁷

Het kan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn dat de wet wijkt voor het beginsel dat gewekt vertrouwen gehonoreerd dient te worden, honorering van de verwachtingen *contra legem* dus.⁸

Nadat is vastgesteld of in beginsel gebondenheid aan de toezegging bestaat, vindt een afweging plaats tussen de belangen van de overheid

1. Asser-Hartkamp II 1989, nr. 102v en 130v.
2. Asser-Hartkamp II 1989, nr. 340; G. Wiarda, in: *Met eerbiedigende werking*, 1971, blz. 419-436, m.n. blz. 428.
3. Asser-Hartkamp II 1989, nr. 329.
4. Asser-Hartkamp II 1989, nr. 328; AG Mok vóór de HR beschikking inzake ENKA en J.M.M. Maeijer in noot daaronder; W.J. Slagter, TVVS 1982, blz. 232.
5. Van Wijk/Konijnenbelt, blz. 104; Van der Burg c.s., blz. 121; P. Nicolai, NTB 1988, blz. 92v; ABAR, blz. 187; in de AWB is (nog) geen bepaling opgenomen die inhoudt dat gerechtvaardigd vertrouwen dient te worden gehonoreerd (Memorie van Toelichting, blz. 62).
6. Van Wijk/Konijnenbelt, blz. 104; In't Veld/Koeman, blz. 88.
7. Van Wijk/Konijnenbelt, blz. 107; In't Veld/Koeman, blz. 88.
8. Van der Burg c.s., blz. 138v; HR 12 april 1978, NJ 1979, 533.

(het algemeen belang, bijv. bij beleidswijziging) en die van de burger. In de meeste gevallen waarin beroep op gewekt vertrouwen werd gehonoreerd, waren geen belangen van derden in het spel. Zie echter het Obermanarrest.⁹ Als de verlening van een vergunning invloed heeft op derden (bijv. een bouwvergunning) kan het jegens die anderen in strijd zijn met de rechtszekerheid als deze contra legem wordt verleend.

Als voldaan is aan de voorwaarden voor gewekt vertrouwen en ook de belangenafweging er niet aan in de weg staat, is de overheid aan de toezegging gebonden. Dit kan inhouden dat de toezegging of de belofte wordt nagekomen, dat een overgangsperiode wordt gegund of dat geleden schade wordt vergoed.¹⁰ Wie verwarring of verwachtingen aan zijn eigen gedrag ontleent wordt niet beschermd.

7.2. Toezegging

De toezegging is een bepaalde eenzijdige uiting, waardoor rechtens relevant vertrouwen wordt gewekt. Deze figuur lijkt zich in het privaatrecht te ontwikkelen tot een afzonderlijke rechtsfiguur.¹¹ In het arrest Heesch/Reijs¹² overwoog de HR ten aanzien van een toezegging van de Gemeente Heesch:

Een enkele schriftelijke toezegging van een orgaan van een rechtspersoon om een voorstel tot het aangaan van een overeenkomst voor te leggen aan (het beslissingsbevoegde orgaan) doet voor die rechtspersoon nog niet een verbintenis uit overeenkomst tot nakoming van bedoelde toezegging ontstaan.

Zij bracht wel voor het college van Burgemeester & Wethouders de zorgvuldigheidsplicht mee de ruilovereenkomst op de raadsvergadering voor te leggen, daar het in gebreke was gebleven Reijs ervan in kennis te stellen dat het van zijn toezegging wenste terug te komen. De gemeente was aansprakelijk uit onrechtmatige daad.

Uit deze uitspraak wordt afgeleid dat een toezegging (nog) geen zelfstandige bron van verbintenissen is, doch dat het niet nakomen daarvan een onrechtmatige daad kan opleveren.¹³ Uit twee latere arresten van de HR¹⁴ kan echter worden afgeleid dat een toezegging uit eigen hoofde bindt, wat overigens niet hoeft te betekenen dat op de toezegging de regels van het overeenkomstenrecht van overeenkomstige toepassing zijn.¹⁵

9. HR 23 maart 1979, NJ 1979, 534 (Oberman).

10. G.J. Wiarda, a.w. noot 2, blz. 433.

11. J.B.M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, Zwolle 1989, blz. 111.

12. HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 (Heesch/Reijs).

13. J.B.M. Vranken, a.w. noot 11, blz. 114; anders: J.C.E. Ackermans-Wijn, Contracten met de overheid, diss., Deventer 1989, blz. 104 en 132.

14. HR 25 januari 1985, NJ 1985, 559 (Patelski/Sittard); HR 1 juli 1985, NJ 1986, 692 (KRO/Frenkel).

15. Aldus: J.B.M. Vranken, a.w. noot 11, blz. 114 en 120.

Ook binnen een onderneming kan onder omstandigheden bij een orgaan een zeker vertrouwen zijn gewekt dat het bestuur een bepaald besluit zal nemen of op een bepaalde manier zal handelen. Als gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt kan onder omstandigheden de beleidsvrijheid van het bestuur zijn beperkt. Het bestuur kan door middel van een toezegging zijn discretionaire bevoegdheden hebben beperkt.¹⁶

De grondslag voor gebondenheid aan een toezegging is art. 7 BW (art. 2:8 NBW).¹⁷ Voor de ondernemingsraad geldt een eigen goede-trouwverplichting.¹⁸

Hieronder worden achtereenvolgens besproken het begrip toezegging, de adreessaat van de toezegging, het mogen vertrouwen op een toezegging en tenslotte de belangenafweging. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een bespreking van afspraken tussen organen in een onderneming. Uit een afspraak blijkt de wilsovereenstemming tussen beide 'partijen', maar de juridische waarde ervan is onduidelijk nu het om niet-rechtsbevoegde partijen gaat. Ook is een afspraak binnen een rechtspersoon een vreemde figuur, omdat de rechtspersoon wordt beheerst door wet, statuten, een eventueel reglement en de goede trouw.

7.2.1. Wat is een toezegging?

Het vertrouwen moet volgens de ondernemingskamer door een toezegging zijn gewekt. Als toezegging wordt in dit onderzoek opgevat een mondelinge of schriftelijke jegens een concrete wederpartij gerichte mededeling die dermate bepaald is dat daaruit kan worden afgeleid op welke wijze het bestuur of de ondernemer zal handelen. Ook een stilzitten kan een toezegging inhouden.¹⁹ Niet voldoende om een toezegging omtrent het openhouden van een vestiging op te kunnen baseren is bijvoorbeeld een mededeling (enige jaren tevoren gedaan) dat de afdelingen binnen de onderneming budget-verantwoordelijkheid zouden krijgen.²⁰ Voldoende voor gerechtvaardigd vertrouwen zijn wel toezeggingen²¹, waarin op vragen van dergelijke strekking herhaalde malen, over een tijdsspanne van twee jaar, suggesties worden gewekt dat de werkgelegenheid gehandhaafd zou blijven. Ook voldoende waren de verklaringen van de ENKA-directie jegens

16. Vgl. G.J. Wiarda, ten aanzien van de overheid: a.w. noot 10 blz. 424; C.J.H. Brunner, in noot onder HR 1 juli 1985, NJ 1986, 692 (KRO/Frenkel).

17. Hiermee wordt gekozen voor de opvatting dat de verhoudingen binnen rechtspersonen van eigen niet-contractuele aard zijn. Zie: T.J. van der Ploeg, in: Met recht verenigd, 1986, blz. 185-203.

18. OK 26 november 1987, NJ 1989, 271 (IKON), waarin deze verplichting op art. 7 BW wordt gebaseerd.

19. Vergl. Van der Burg c.s., blz. 122.

20. OK 4 juli 1986, NJ 1986, 498 (Interpharm); beroep op een toezegging werd verder onder meer afgewezen in: Hof 's-Gravenhage 24 april 1981, NJ 1983, 5; OK 7 december 1989, ng4/89; Pres. Rb. Breda 6 maart 1980, ROR 1971-1984/127.

21. Pres. Rb. Amsterdam 9 maart 1978, NJ 1978, 220, appel Hof Amsterdam 26 oktober 1978, NJ 1980, 70 (BATCO); OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (BATCO).

de werknemers, dat de vestiging in Breda zou openblijven.²² Verder werden meer dan een keer beloften om een bepaalde besluitvormingsprocedure te volgen als toezegging aangemerkt.²³

7.2.2. Tegenover wie gedaan?

Kan een derde, die op de hoogte geraakt van een toezegging, daaraan juridisch relevant vertrouwen ontleen? In beginsel lijkt mij dat niet mogelijk, omdat een toezegging gericht wordt gedaan.²⁴ Wij zien in de BATCO-zaken²⁵ echter, dat de bonden een beroep kunnen doen op vertrouwen dat jegens de ondernemingsraad in de overlegvergadering is gewekt. Een toezegging aan de voorzitter van de ondernemingsraad is mijns inziens gezien diens positie geschikt om gerechtvaardigd vertrouwen jegens de ondernemingsraad te wekken (vgl. art. 7 WOR). Aan een mededeling, gericht aan alle werknemers, kon de ondernemingsraad inzake Dongemond vertrouwen ontleen.²⁶ Dit is mijns inziens terecht, omdat de ondernemingsraad de werknemers vertegenwoordigt.

7.2.3. Mocht de adressaat vertrouwen?

Voor gerechtvaardigd vertrouwen op een toezegging is van belang of deze is gedaan door iemand waarvan de geadresseerde mocht aannemen dat hij tot het doen van een toezegging bevoegd was.²⁷ De toezeggingen zijn, voorzover uit de publikaties van de uitspraken valt af te leiden, in de meeste gevallen afkomstig van een bestuurslid of gedaan namens het voltallige bestuur. Dit laatste gebeurt als de uitlating van het bestuurslid schriftelijk wordt bevestigd, of indien daarop niet ontkennend wordt gereageerd.

Als een mededeling afkomstig is van een bestuurslid of een andere functionaris dient men zijn bevoegdheid na te gaan (aan de hand van de WOR, de statuten of een volmacht). Aan vertrouwen van de ondernemingsraad op de bevoegdheid dienen mijns inziens zware eisen te worden gesteld, omdat de ondernemingsraad deel uitmaakt van de onderneming en mede daardoor in beginsel voldoende op de hoogte is van de bevoegd-

22. HR 7 juli 1982, NJ 1983, 35 (ENKA). Zie ook : OK 24 mei 1984, NJ 1985, 502 (Paktank); Pres. Rb. Rotterdam 14 april 1986, NV 1986, blz. 148 (Jongeneel); OK 14 november 1985, NJ 1986, 555 (Dongemond).

23. OK 14 januari 1982, NJ 1983, 26 (Alpha); OK 16 januari 1986, ROR 1986/16 (NOS); OK 30 augustus 1984, NJ 1985, 475 (Amfas); OK 20 april 1989, ROR 1989/4 (NMB); Pres. Rb. Amsterdam 11 november 1982, RM 1982-1983, nr. 40; Pres. Rb. Amsterdam 19 maart 1984, KG 112 (AVRO); Pres. Rb. Rotterdam 25 april 1984, KG 138.

24. Vgl. Pres. Rb. 's-Gravenhage 23 mei 1989, KG 387 (Brill).

25. Pres. Rb. Amsterdam 9 maart 1978, NJ 1978, 220, appèl Hof Amsterdam 26 oktober 1978, NJ 1980, 70 (BATCO-KG); OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71 (BATCO-enquête).

26. OK 14 november 1985, NJ 1986, 555 (Dongemond).

27. Vgl. HR 2 maart 1956, NJ 1956, 151 (Gennep/Continental); Pres. Rb. Amsterdam 19 maart 1984, KG 112 (AVRO).

heid, de taakverdeling en besluitvormingsprocedures.²⁸ Hetzelfde geldt mijns inziens voor vertrouwen jegens de aandeelhoudersvergadering en de raad van commissarissen.

Naast de bevoegdheid van degene die de toezegging doet en naast de positie van de geadresseerde, kan voor de gerechtvaardigdheid van het vertrouwen van belang zijn hoe vaak de mededeling is gedaan, over welke tijdsspanne, onder welke bijzondere omstandigheden, zoals na uitdrukkelijke vragen terzake of na langdurige onderhandelingen over het onderwerp, of na concreet geuite vermoedens.²⁹ Als de mededeling wordt gedaan op een moment dat het de ondernemer duidelijk moet zijn geweest dat de wederpartij een groot belang hechtte aan een dergelijke mededeling wordt deze mededeling juridisch relevant.

De maatstaf uit het arrest Bunde/Erckens³⁰, dat handelde over een misverstand bij de uitleg van een overeenkomst, lijkt ook in deze uitspraken door te klinken: het antwoord op de vraag of al dan niet een overeenkomst is tot stand gekomen, hangt in beginsel af van wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen, hebben afgeleid.

7.2.4. Belangenafweging

De toezegging wordt door Vranken, in het kader van het privaatrecht, beschouwd als een zelfstandige juridische figuur, dat wil zeggen dat zij uit eigen hoofde bindt.³¹ Gaat hetzelfde op voor een toezegging in het ondernemingsrecht? Door middel van een toezegging beperkt het bestuur zijn discretionaire bevoegdheid, althans als het gaat om toezegging met betrekking tot de inhoud van het handelen. Hetzelfde kan zich voordoen bij de uitvoering van overeenkomsten.³² Een toezegging brengt echter niet steeds gebondenheid voor de ondernemer met zich. Evenals in het bestuursrecht worden in het kader van art. 26 WOR-procedures meestal eerst nog belangen tegen elkaar afgewogen (zie de beroepsgrond van art. 26 lid 4 (en 5) WOR), waarbij een ander belang dan het belang van degene die zich op het vertrouwen beroept de doorslag kan geven.

De belangenafweging neemt soms het gewekte vertrouwen als uitgangspunt, waarna de rechter beoordeelt of de ondernemer in redelijkheid daarvan kon afwijken. Deze redenering werd gevolgd in enkele gevallen waarin verwachtingen waren gewekt ten aanzien van de te volgen *proce-*

28. Asser/Van der Grinten, Vertegenwoordiging, nr. 37.

29. Bijvoorbeeld in BATCO, ENKA en Paktank is uitdrukkelijk meegewogen het feit dat de ondernemer ten tijde van doen van de toezegging op de hoogte was van het belang dat de wederpartij aan de toezegging hechtte; zie ook: OK 29 augustus 1985, ROR 1985/38 (Howson Algraphy).

30. HR 17 december 1976, NJ 1977, 241 (Bunde/Erckens).

31. J.B.M. Vranken, a.w. noot 11, blz. 111.

32. HR 1 juli 1985, NJ 1986, 692 (KRO/Frenkel), met name Brunner in zijn noot onder het arrest.

dure.³³ Zij werd door de HR in de ENKA-beschikking, waarin het ging om een *materiële* toezegging, afgewezen: volgens de HR behoort bij de belangenafweging in art. 26 WOR-gevallen, anders dan bij overeenkomsten naar burgerlijk recht, niet alleen te worden gelet op veranderingen van de omstandigheden sedert enig aan het besluit voorafgegaan tijdstip, maar ook en zelfs in de eerste plaats, op de zich ten tijde van het besluit voordoende omstandigheden.

De HR overwoog verder dat de ondernemingskamer had moeten onderzoeken of ENKA bij de afweging van de - mede door de toezegging bepaalde - belangen van het personeel in Breda tegen de andere betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen.³⁴

Een variant hierop is de redenering die inhoudt dat de omstandigheid, dat vertrouwen is gewekt, één der factoren is waarmee bij de belangenafweging rekening moet worden gehouden.³⁵

Met Huizink³⁶ kan worden geoordeeld dat het vreemd aandoet dat de belangen van de werknemers zwaarder zouden wegen indien een toezegging is gedaan, dan wanneer dat niet het geval is. Daarom lijkt het mij zuiverder eerst te beslissen omtrent het gewekte vertrouwen en de belangenafweging daarna te doen plaatsvinden. Eerst wordt vastgesteld dat rechtens relevant vertrouwen is gewekt, waaraan de ondernemer in beginsel is gebonden. Als de ondernemer vervolgens aantoonst (motiveert) dat het in strijd zou zijn met het belang van de onderneming dat het vertrouwen wordt gehonoreerd, bestaat voor hem geen gebondenheid. De rechter beoordeelt marginaal het oordeel van de ondernemer terzake van het aangevoerde ondernemingsbelang. Aldus kan de ondernemer toch nog in redelijkheid besluiten aan andere belangen de doorslag te geven.³⁷ Deze aanpak voorkomt dat het vertrouwen zelf wordt gezien als een van de mee te wegen deelbelangen. De hier voorgestelde belangenafweging vindt reeds plaats bij de waardering van vertrouwen dat is gewekt omtrent de te volgen besluitvormingsprocedure. Er is hierbij overigens een zekere verwantschap met het motiveringsbeginsel, nu de ondernemer moet aantonen waarom hij het vertrouwen geen gestand kon doen.³⁸

7.2.5. Vertrouwen gewekt jegens andere organen

Tot nog toe zijn slechts toezeggingen jegens de ondernemingsraad besproken. Toezeggingen jegens andere organen zijn ook mogelijk. De basis voor

33. OK 14 januari 1982, NJ 1983, 26 (Alpha); OK 8 december 1983, ROR 1971-1984/92 (Hoogovens); OK 20 april 1989, ROR 1989/4 (NMB).

34. HR 7 juli 1982, NJ 1983, 35 (ENKA); ook mede door de toezegging bepaald waren de belangen in OK 24 mei 1984, NJ 1985, 502 (Paktank); OK 14 november 1985, NJ 1986, 555 (Dongemond); OK 16 januari 1986, ROR 1986/16 (NOS).

35. OK 16 januari 1986, ROR 1986/16 (NOS); zo ook: J.B.M. Vranken, a.w. noot 11, blz. 120.

36. J.B. Huizink, TVVS 1983, blz. 212; Pres. Rb. Rotterdam 14 april 1986, NV 1986, blz. 148 (Jongeneel).

37. Zie conclusie AG Mok, voorafgaand aan de ENKA beschikking, NJ 1983, 35.

38. Vgl. OK 20 april 1989, ROR 1989/4 (NMB).

eventuele verplichtingen die uit een dergelijke toezegging voortvloeien is art. 7 BW.

Het is denkbaar dat jegens de aandeelhoudersvergadering vertrouwen wordt gewekt, bijvoorbeeld indien het bestuur op vragen vanuit die vergadering antwoordt dat hij op een bepaalde wijze zal handelen. Handelen in strijd met een dergelijke belofte is weliswaar in beginsel in strijd met art. 7, maar hoeft niet per se onbehoorlijk bestuur op te leveren, omdat de belangen van de aandeelhouders niet geschaad behoeven te zijn en omdat het bestuur goede gronden voor de beleidswijziging kan hebben gehad. Te verdedigen valt dat een toezegging een motiveringsverplichting met zich brengt voor het geval de toezegging geen gestand wordt gedaan. Indien de aangevoerde gronden niet voldoende worden geacht om het nieuwe besluit te dragen kan het besluit onbehoorlijk bestuur opleveren.

Ook ten aanzien van het niet voldoen aan gewekte verwachtingen jegens de raad van commissarissen lijkt een oplossing in de sfeer van een sterkere verantwoording voor de hand te liggen. Hier geldt mijns inziens een andere gebondenheid aan eerdere uitlatingen, omdat persoonlijke belangen van de commissarissen niet relevant mogen zijn.

Gewekt vertrouwen om een bepaalde besluitvormingsprocedure te volgen brengt echter voor beide organen een wezenlijk belang mee, en daarmee een sterkere gebondenheid voor het bestuur.

7.3. Afspraken met organen

Afspraken met organen zijn formeel-juridisch ondenkbaar, omdat een orgaan geen rechtspersoonlijkheid heeft. Daarom wordt een afspraak wel gesloten met de leden van het orgaan afzonderlijk, eventueel met een kettingbeding, waardoor ook opvolgende leden zijn gebonden.

In een arrest uit 1928³⁹ liet de HR zich uit over een overeenkomst tussen een bestuurder en de commissarissen in privé, die bedoeld was om de problemen tussen hen uit de weg te ruimen. De HR verwierp de regel van het hof dat commissarissen zich privé niet konden binden om iets te verrichten in hoedanigheid. Dit mag van de HR wel als de overeenkomst, zoals in casu, ertoe strekt om moeilijkheden tussen beiden op te lossen.

Inzake HVA (een structuurvennootschap) liet de HR een overeenkomst tussen een college van commissarissen en Socfin terzake van het benoemen van commissarissen bij HVA in stand.⁴⁰ Het juridische probleem lag

39. HR 30 maart 1928, NJ 1928, blz. 829.

40. HR 19 maart 1975, NJ 1976, 267 (HVA).

op een ander vlak.⁴¹ Onduidelijk is of de overeenkomst in dat geval was gesloten met de afzonderlijke commissarissen of met het college.⁴²

Uit deze uitspraken kan mijns inziens worden afgeleid dat een orgaan, in ieder geval de leden daarvan in privé, maar wellicht ook in hoedanigheid, een overeenkomst kan (kunnen) aangaan met betrekking tot de uitoefening van diens (hun) bevoegdheden.

Het maken van een afspraak beperkt de vrijheid van het bestuur in een zekere mate. Afspraken mogen er daarom niet toe leiden dat de bestuursbevoegdheid wordt onttrokken aan het bestuur (art. 9 Departementale Richtlijnen). Anderzijds beperkt een afspraak ook de vrijheid en onafhankelijkheid die de toezichthoudende organen in acht dienen te nemen. Procedurele afspraken lijken mij om deze redenen eerder geoorloofd dan afspraken ten aanzien van de inhoud van het beleid. Vanzelfsprekend dient iedere afspraak tussen het bestuursorgaan en een ander orgaan in het belang van de onderneming te zijn en mag zij niet in strijd komen met het (vennootschaps)recht.⁴³

Afspraken met de ondernemingsraad komen verhoudingsgewijs meer voor. Vooropgesteld zij, dat de ondernemer in de zin van de WOR wel rechtsbevoegd is (zie art. 1 WOR), maar de ondernemingsraad niet (de ondernemingsraad, zo wordt aangenomen, heeft wel procesbevoegdheid, bijvoorbeeld in het administratief recht of in kort geding⁴⁴). De rechten en verplichtingen van de ondernemingsraad bestaan in principe slechts op grond van de WOR. In deze wet worden enkele vormen van afspraken tussen ondernemer en ondernemingsraad geregeld: art. 18 leden 1 en 2; art. 22 lid 3; art. 23a leden 2 en 5.

De WOR biedt in art. 32 de mogelijkheid van het uitbreiden van de bevoegdheden van de ondernemingsraad door middel van een CAO (vakbonden) of door een (eenzijdig) *besluit* van de ondernemer.⁴⁵ Een dergelijk besluit kan alleen betrekking hebben op bevoegdheden die de ondernemingsraad zonder het besluit of de CAO niet anderszins op grond van de WOR zou kunnen hebben verkregen. Janmaat somt in zijn artikel op waarop deze uitbreiding betrekking kan hebben.⁴⁶ Ook kan een afspraak

41. Het ging namelijk om beroep in cassatie tegen afwijzing van een enquêteverzoek. De vraag was onder meer of de raad van commissarissen van een structuurvennootschap een verplichting jegens een derde konden aangaan met betrekking tot zijn bevoegdheid ex art. 158 BW.

42. Van Schilfgaarde 1988, blz. 172; W.C.L. van der Grinten, NV 1976, blz. 73-76 m.n. 74 onderscheidt twee mogelijkheden: ofwel de commissarissen binden zich, ofwel de vennootschap verbindt zich, met de raad van commissarissen als het tot nakoming bevoegde orgaan.

43. W. Westbroek, NV 1982, blz. 13-17; Sanders/Westbroek, blz. 326-327; anders: W.C.L. van der Grinten a.w. noot 42 blz. 75.

44. ARRvS 18 februari 1982, RM 1981-1982, nr. 74 (Philips); Pres. Rb. Roermond 4 februari 1986, NJ 1987, 93; Pres. Rb. Haarlem 19 februari 1988, KG, 133 (De Heel).

45. J.A. van Gijzen, TVVS 1983, blz. 321-326; dezelfde auteur: TVVS 1988, blz. 199-204; M.J.C. Janmaat, SMA 1986, 728-736; schrijvers gaan uit van het oude art. 32a WOR, gewijzigd per 1 april 1990.

46. M.J.C. Janmaat, a.w. noot 45, blz. 729.

onder omstandigheden worden aangemerkt als een uitbreiding van de bevoegdheden bij besluit van de ondernemer of bij CAO (art. 32 WOR).⁴⁷ De WOR biedt geen mogelijkheden voor nadere afspraken tussen ondernemer en ondernemingsraad inzake bevoegdheidsverdeling⁴⁸ en het te voeren beleid, maar er bestaat een niet onaanzienlijke praktijk van afspraken tussen ondernemer en ondernemingsraad.⁴⁹

OK 14 januari 1982, NJ 1983, 28

De OR had zich verplicht in een overeenkomst met de ondernemer om binnen een bepaalde termijn advies uit te brengen. Dit liet de OR na. Daarom werd hij niet-ontvankelijk verklaard.

AVRO⁵⁰

Hierin ging het om een afspraak om de ondernemingsraad te betrekken bij de opstelling van een profielschets. Deze toezegging was concreet genoeg, niet nakoming daarvan was "een inbreuk op het namens het bestuur gegeven woord en (...) mitsdien jegens de OR onzorgvuldig."

In het geval van het Radboudziekenhuis⁵¹ was door ondernemer en ondernemingsraad tezamen een draaiboek opgesteld terzake van besluitvorming over een bepaalde kwestie. Daarin was afgesproken dat de ondernemingsraad binnen een bepaalde termijn zou adviseren. Voordat die termijn is verstreken neemt de ondernemer zijn besluit. De ondernemingskamer overweegt:

Nu de ondernemer zijn besluit heeft genomen vóór het verstrijken van de (overeengekomen, BvL) termijn waarbinnen de ondernemingsraad advies kon uitbrengen, stelt de ondernemingsraad terecht dat de ondernemer in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen.

Douwe Egberts⁵²

Weliswaar leidt het besluit op zichzelf ertoe dat aan de COR bepaalde bevoegdheden worden ontnomen en hij het overleg voortaan met een andere functionaris zal dienen te voeren, doch de ondernemingskamer acht het belang van de COR, *zeer nu DE door middel van het aangeboden convenant de voor de COR aan het besluit verbonden nadelen aanzienlijk heeft verminderd door daarin aan de COR een groot aantal bevoegdheden ook omtrent te nemen besluiten als bedoeld in art. 25 WOR toe te kennen*, niet zodanig geschaad dat hierdoor het besluit kennelijk onredelijk zou worden. (accentuering BvL)

47. Min. van SoZaWe 16 juli 1984, RM 1984, nr. 50; F. Koning, Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht, Deventer 1987, blz. 73v. Rood (TVVS 1989, blz. 105) merkt terecht op dat vóór het besluit van de ondernemer in de zin van art. 32a (oude WOR) een overeenkomst met de ondernemingsraad zal zijn gesloten, omdat een ondernemer geen bevoegdheden zou toekennen die de ondernemingsraad niet wil hebben.

48. Gijzen, noot 45, blz. 321; anders: F. Koning, a.w. noot 47, blz. 63-81; schr. baseert zijn mening op de artt. 2, 23 en 36 WOR.

49. J.A. van Gijzen, a.w. noot 45, blz. 322; J.A. van Gijzen, OR-informatie 1989, nr. 1 blz. 14-17 en 1989 nr. 5 blz. 12-15; F. Koning, a.w. noot 47, blz. 63-81; in OR-informatie 1983/3, blz. 47, 1985/10, blz. 32, 1987/6, blz. 23 en 1987/10 blz. 8 worden ook overeenkomsten tussen ondernemer en OR gesignaleerd.

50. Pres. Rb. Amsterdam 19 maart 1984, KG 112 (AVRO).

51. OK 1 november 1984, RM 1984, nr. 39.

52. OK 16 februari 1989, ROR 1989/7 (DE).

De afspraken in deze voorbeelden hebben betrekking op bevoegdhedenverdeling en inspraakprocedures en -termijnen. De juridische kracht van procedurele afspraken is - voorzover kan worden beoordeeld op grond van de AVRO- en Radboudziekenhuisspraak - sterker dan een toezegging: niet nakoming is onzorgvuldig resp. kennelijk onredelijk. De ondernemingsraad kan in een dergelijk geval het risico lopen niet-ontvankelijk te worden verklaard.⁵³

Inzake 'de Heel' was de situatie dat afspraken over inhoudelijke onderwerpen waren gemaakt.⁵⁴ In dit geval had de ondernemer zich niet gehouden aan de afspraak om als directeur iemand te benoemen met medische kennis. Niet nakoming van wat was overeengekomen was in strijd met de goede trouw van art. 11 BW.

Afspraken over de inhoud kunnen ook in een 'draaiboek' of in een adviesaanvraag terecht komen.⁵⁵ De ondernemer kan echter niet worden gedwongen een inhoudelijke afspraak te maken: een ondernemer kan niet worden gedwongen zich vast te leggen voor een toekomst waarin onzeker is welke marktcondities gelden.⁵⁶ Door een dergelijke afspraak beperkt hij zijn keuzemogelijkheden. Eerder zal een ondernemer voorwaardelijke afspraken aangaan.⁵⁷

Het afdwingen van de nakoming van de gemaakte afspraken is mogelijk indien de afspraak tussen ondernemer en ondernemingsraad tevens een eigen nakomingsregeling, zoals bijvoorbeeld een arbitrageclausule, bevat.⁵⁸ De juridische relevantie van een afspraak is gegrond op de redelijkheid en billijkheid die de verhoudingen binnen een onderneming beheersen.

Een andere mogelijkheid is dat de ondernemingsraad samenwerkt met de vakbond(en) en tracht de toezeggingen in een afspraak met de vakbond te vatten. Dan is een actie uit wanprestatie door de vakbond mogelijk.⁵⁹

7.4. Duits recht

Afspraken van de werkgever met de *Betriebsrat* zijn mogelijk; zij zijn geregeld in §77 BetrVG. Op deze overeenkomst zijn de bepalingen van het BGB van toepassing. In een *Betriebsvereinbarung* kunnen afspraken over uiteenlopende arbeidsrechtelijke aangelegenheden worden neergelegd.

53. OK 14 januari 1982, NJ 1983, 28.

54. Pres. Rb. Haarlem 19 februari 1988, KG 133 (De Heel).

55. W.J. Slagter, TVVS 1982, blz. 231-233; M.G. Rood, TVVS 1982, blz. 312; alleen ten aanzien van arbeidsvoorwaarden: F. Koning, noot 47 m.n. blz. 78.

56. OK 9 maart 1989, ROR 1989/9 (Bondsspaarbank).

57. Ook in de ENKA-zaak waren voorwaarden aan de toezegging verbonden.

58. J.A. van Gijzen, a.w. noot 45 blz. 324.

59. Zie BATCO kort geding en HR 10 juli 1989, RvdW 198 (Campina), waarin afwijking van het convenant geoorloofd was, omdat de omstandigheden ingrijpend waren veranderd, hetgeen onvoorzienbaar was ten tijde van het aangaan van de overeenkomst.

Als partijen het niet eens kunnen worden over de inhoud van de overeenkomst beslist de *Einigungsstelle* (enigszins vergelijkbaar met de bedrijfscommissie). Afspraken betreffende de '*Betriebsautonomie*' van de werkgever, dus een overeenkomst over bijvoorbeeld het openblijven van vestigingen kan niet in een *Betriebsvereinbarung* worden neergelegd.⁶⁰ De naleving van deze overeenkomst kan voor het *Arbeitsgericht* worden afgedwongen. Ook andere vormen van afspraken die niet de rechtskracht van *Betriebsvereinbarung* hebben, zijn denkbaar.⁶¹ Het is onduidelijk of een dergelijke afspraak wel de beslissingsvrijheid van de ondernemer met betrekking tot de kern van zijn ondernemingsbeleid kan betreffen.

7.5. Engels recht

In het Engelse recht is geen ondernemingsraad bekend. Voor een onderzoek naar de vraag of en in hoeverre een toezegging of een afspraak ten aanzien van bedrijfseconomische aangelegenheden rechtskracht heeft, kan daarom alleen worden gekeken naar de afspraken die de vakbonden (vertegenwoordigd door de *shopstewards*) met de werkgever maken (*collective agreements*). Deze overeenkomsten kunnen slechts een zeer beperkt gebied bestrijken, samenhangend met de directe arbeidsvoorwaarden.⁶² Een dergelijke overeenkomst heeft bovendien een zeer geringe rechtskracht.⁶³ De mogelijkheid om nakoming te vorderen bestaat in principe niet, tenzij uitdrukkelijk in de Agreement is bepaald dat zij in rechte afdwingbaar is (Trade Union and Labour Relations Act 1974).⁶⁴

Conclusie

Toezeggingen aan of afspraken met de ondernemingsraad worden door de rechter niet gezien als civielrechtelijke overeenkomsten. Zij hebben wel juridische relevantie in het kader van art. 26 WOR, bij een verbodsactie o.g.v. art. 1401 BW en bij de beoordeling van een verzoek tot het doen van een enquête. Deze relevantie schuilt in de schending van de redelijkheid en billijkheid. Afspraken binden sterker dan een toezegging; niet-naleving van een afspraak is onzorgvuldig of kennelijk onredelijk. Er moet een onderscheid moet worden gemaakt tussen toezeggingen en afspraken met betrekking tot procedures en inhoudelijke toezeggingen. Voor de eerste categorie geldt dat de rechter beoordeelt of de ondernemer in redelijkheid van de toezegging mocht afwijken; voor de tweede categorie geldt dat het feit dat de toezegging is gedaan ofwel als een zelfstandige factor wordt gezien, ofwel als een factor die andere belangen een verzaamd gewicht

60. Von Hoyningen-Huene, blz. 145; F. Koning, a.w. noot 47, blz. 68.

61. Dietz/Richardi, §77 aant. 158; Von Hoyningen-Huene, blz. 141.

62. Kahn-Freund, blz. 75.

63. Kahn-Freund, blz. 122 en m.b.t. individuele arbeidsovereenkomsten, blz. 140-141; F. Koning, a.w. noot 47, blz. 138; Van Wulften Palthe, diss. 1986, blz. 11.

64. Kahn-Freund, blz. 131; Van Wulften Palthe, diss. 1986 blz. 41.

geeft. Bij een beroep op een toezegging wordt veelal overwogen of de ondernemer bij het doen van de mededeling heeft moeten beseffen dat aan de toezegging grote waarde werd gehecht.

Het door de overheid door middel van een toezegging gewekte vertrouwen bindt sterker dan vertrouwen gewekt door het ondernemingsbestuur: het ondernemingsbestuur kan het ondernemingsbelang uiteindelijk een doorslaggevend gewicht toekennen. Toezeggingen in het ondernemingsrecht brengen een verplichting voor het ondernemingsbestuur met zich om aan te geven waarom hij het vertrouwen niet kan honoreren. Het door hem daarbij aangevoerde ondernemingsbelang wordt marginaal getoetst.

Hoofdstuk 8

GELIJKHEIDSBEGINSEL

8.1. Gelijkheidsbeginsel

Het gelijkheidsbeginsel is één van de fundamentele beginselen van onze rechtsorde.¹ Het beginsel komt onder meer tot uitdrukking in art. 1 lid 1 eerste zin Grondwet, dat bepaalt dat allen die zich in Nederland bevinden in gelijke gevallen gelijk worden behandeld.

Het richt zich in ieder geval tot het bestuur.² De gedachte achter het gelijkheidsbeginsel is dat alle mensen als rechtssubject gelijkwaardig zijn en het is deze gelijkwaardigheid waarop de rechtsethische aanspraak op gelijke behandeling berust.

Het probleem bij de toepassing van dit beginsel ligt in het antwoord op de vraag wanneer sprake is van gelijke gevallen. In betrekkingen tussen burgers en overheid is geen enkele situatie hetzelfde. De moeilijkheid schuilt in het abstraheren van niet relevante verschillen.³ In een uitspraak van de Raad van State⁴ wordt het als volgt uitgedrukt: het zou moeten gaan om gelijke dan wel *naar essentie* op één lijn te stellen gevallen.

Doordat wordt onderzocht of het gemaakte onderscheid gerechtvaardigd is raakt de toepassing van het gelijkheidsbeginsel al snel aan het beginsel van verbod van willekeur. In 't Veld/Koeman stelt⁵:

Uitgangspunt is duidelijk, dat nagegaan wordt of het aan de orde zijnde geval zodanig gelijkenis vertoont met de andere gevallen, waarop een beroep wordt gedaan, dat de administratie niet in redelijkheid kan weigeren om gelijk te behandelen.

1. Vgl. M.C. Burkens, in Grondrechten, Commentaar op Hoofdstuk 1 van de herziene grondwet aangeboden aan mr. H.J.M. Jeukens in verband met zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Hogeschool Tilburg, Nijmegen, 1982; D.W.P. Ruiter, Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht, preadvies voor de VAR 1985, blz. 11v., 's-Gravenhage 1985; Elders, preadvies, blz. 8 en 24-25; relativerend: A.W. Heringa en R.E. de Winter, TvO 1982, blz. 508-509.
2. Of het zich ook tot de wetgever richt is kwestieus, zie M.C. Burkens, a.w. noot 1, blz. 49-65.
3. Vgl. Duk/Loeb/Nicolaï, blz. 139; In 't Veld/Koeman, blz. 79; Elders, preadvies, blz. 25.
4. ARRvS 26 juli 1983, AB 1983, 587 (Sanders Meubelstad).
5. In 't Veld/Koeman, blz. 80.

De Centrale Raad van Beroep overwoog in een bepaald geval dat⁶:

niet kan worden gesproken van een dusdanig handelen in strijd met (...) het gelijkheidsbeginsel dat zou moeten worden gezegd dat gedaagde tot zijn onderhavige standpunt niet in redelijkheid kon geraken.

Problemen van gelijkheid worden opgelost aan de hand van het willekeurcriterium.⁷ Ruiter ziet juist in de omstandigheid dat het gelijkheidsbeginsel schuil gaat achter het evenredigheidsbeginsel en het willekeurverbod een argument om aan het beginsel een grote waarde te hechten.⁸ Hierdoor kan de zelfstandige betekenis van het beginsel ter discussie worden gesteld. Overigens worden slechts weinig beschikkingen op grond van het gelijkheidsbeginsel vernietigd.⁹

8.2. Gelijkheidsbeginsel in het ondernemingsrecht

Het gelijkheidsbeginsel is sedert 1976 in het vennootschapsrecht opgenomen, in het tweede lid van art. 92 (201) BW. Aangenomen wordt dat het beginsel voordien reeds gold.¹⁰

De bepaling betekent dat de rechten en verplichtingen van aandeelhouders niet anders dan in evenredigheid van het nominale bedrag der aandelen kunnen worden uitgeoefend resp. opgelegd. Alleen binnen de grenzen die de wet stelt en door middel van een statutaire bepaling kan van dit beginsel rechtsgeldig worden afgeweken.¹¹

Het gelijkheidsbeginsel ligt bovendien ten grondslag aan diverse andere bepalingen, zoals de uitkering van dividend (art. 105 (216) BW). Het gelijkheidsbeginsel komt ook tot uitdrukking in de artt. 92a (201a) (uitkoop), 96 (206) (emissie), 96a (206a) (voorkeursrecht), 99 lid 2 (208) (intrekking van aandelen). Ook geldt het bij het openbaar maken van gegevens bij een openbaar bod en bij een juridische fusie (art. 6 sub e en i, art. 6A d en j Fusiegedragsregels).

Het tweede lid is aan art. 92 (201) BW toegevoegd naar aanleiding van de invoering van de tweede EG-Richtlijn inzake vennootschapsrecht; art. 42 van deze richtlijn bepaalt:

"Voor de toepassing van deze Richtlijn waarborgen de Lid-staten een gelijke (be)handeling van aandeelhouders die zich in identieke omstandigheden bevinden."

Art. 92 tweede lid BW¹² luidt:

6. CRvB 11 juni 1981, AB 1981, 458.

7. A.W. Heringa en R. de Winter, a.w. noot 1, blz. 508-509, 511; vgl. ook Elders, preadvies, blz. 35.

8. D.W.P. Ruiter, a.w. noot 1, blz. blz. 44-46.

9. In 't Veld/Koeman, blz. 79.

10. Handboek, nr. 186.

11. Handboek, nr. 186.

12. Art. 201 voor de BV is vrijwel gelijkluidend.

"De naamloze vennootschap moet de aandeelhouders onderscheidenlijk certificaathouders die zich in gelijke omstandigheden bevinden, op dezelfde wijze behandelen."¹³

Het in onze wetgeving opgenomen art. 92 (201) lid 2 is in twee opzichten ruimer geformuleerd dan art. 42 van de Richtlijn vereist. Ten eerste gelden de verplichtingen van de Richtlijn slechts voor de NV, terwijl Nederland eenzelfde verplichting oplegt aan de BV; ten tweede vereist de Richtlijn slechts gelijke behandeling *voor de toepassing van deze richtlijn*. De Richtlijn stelt voorwaarden omtrent kapitaalbescherming in welk verband de inbreng, terugvordering van uitkeringen, verkrijging van eigen aandelen, kapitaalsverhoging, het voorkeursrecht en kapitaalsvermindering worden geregeld.

Er is echter nog een derde verschil, dat geen verruiming inhoudt. De Richtlijn gebiedt gelijke behandeling, zonder aan te duiden tot wie de verplichting tot gelijke behandeling is gericht. Het artikel uit de Nederlandse wet richt zich tot de NV, hetgeen neerkomt op het bestuur van de vennootschap en wordt geacht niet te gelden tussen aandeelhouders onderling.¹⁴ In het voorstel 13e EG-Richtlijn vennootschapsrecht inzake het openbaar aanbod tot aankoop of ruil van aandelen¹⁵ wordt echter bepaald dat degene die een openbaar bod op aandelen van een vennootschap doet, waarin hij reeds aandelen heeft, de aandeelhouders van die vennootschap gelijk moet behandelen.

De grondslag van het beginsel is de door art. 7 vereiste redelijkheid en billijkheid binnen rechtspersonen.¹⁶

Volgens Ter Kuile¹⁷ volgt het beginsel van gelijke behandeling uit de vennootschappelijke structuur en uit de plaats die de aandeelhouders daarin innemen. Het verband (de vennootschap) is duurzaam, maar de aandeelhouders wisselen. Hun persoonlijke kwaliteiten tellen niet. Het recht houdt rekening met een abstracte aandeelhouder. Door het abstraheren van de individu maakt het recht de aandeelhouders gelijk, en in gelijke betrekkingen, zo eist het recht, moet een gelijk resultaat worden behaald.¹⁸

Zonder de visie van Ter Kuile te willen ontkennen denk ik dat de nadruk bij het zoeken naar de betekenis van het beginsel elders dient te worden gelegd. Het beginsel van gelijke behandeling strekt er mijns inziens toe de minderheidsaandeelhouder te beschermen.¹⁹ De meerder-

13. MvA (TK 1979-1980, 15 304, nr. 6, blz. 18): een statutaire bepaling die lid 1 van art. 92 toestaat kan leiden tot verschillende omstandigheden in de zin van lid 2.

14. Bijvoorbeeld bij pakketvergoedingen: MvT (TK 1978-1979) 15 304 nr. 3, blz. 18; Rechtspersonen (Boukema/Löwensteyn/Timmerman) aant. 4a bij art. 92 en aant. 5 bij art. 201 BW; Slagter, 1990 blz. 223; J.H. Maschhaupt, P.M. Storm, De Tweede EEG-Richtlijn inzake vennootschapsrecht, Zwolle 1978, blz. 243-247.

15. Pb EG C 64 dd 14 maart 1989, blz. 8.

16. Van Schilfgaarde 1988, blz. 31.

17. H.J.C. ter Kuile, in: Quid Iuris, 1977, blz. 49-68, m.n. blz. 52-53.

18. Rb. Rotterdam 29 november 1928, W 12155, blz. 27.

19. Pre-ambule bij het voorstel 13e EG-Richtlijn vennootschapsrecht; Schmidt, blz. 347.

heidsaandeelhouder mag niet op grond van zijn meerderheidspositie andersoortige rechten hebben.

De stelling van Burkens²⁰, dat toepassing van het gelijkheidsbeginsel in privaatrechtelijke verhoudingen ondenkbaar is, omdat burgers binnen het wettelijk kader hun eigen belangen kunnen en mogen nastreven, is dan ook te absoluut.²¹ Er moge tussen burgers ongelijkheid bestaan, deze mag niet zo ver gaan dat misbruik van macht of een onevenredige belangenafweging plaatsvindt.

Elders wijst de absoluutheid van Burkens' stelling eveneens af, omdat daarin wordt miskend dat sommige privaatrechtelijke normen gegrond zijn op het in het gelijkheidsbeginsel wortelende evenredigheidsbeginsel.²² Hij noemt als voorbeelden de partij-autonomie in het privaatrecht, gelijkheid van partijen in het burgerlijk proces en de matiging van schadevergoeding ter bescherming van het bestaansminimum. Hieraan kan dus mijns inziens de gelijkheid van aandeelhouders worden toegevoegd.²³

Een meerderheidsaandeelhouder verkeert niet in een ongelijke positie die ongelijke behandeling rechtvaardigt, omdat een meerderheidspositie een belang is dat niet verwisselbaar is²⁴; de meerderheidspositie is niet een belang dat door een andere aandeelhouder in die vennootschap wordt gedeeld, vergelijkbaar met recht op dividend, informatie etc. De meerderheidsaandeelhouder kan daarop geen extra rechten bedingen, hoewel Ter Kuile uitzonderingen in bijzondere situaties mogelijk acht.²⁵

Het probleem is zuiverder gesteld indien men uitgaat van de stelling dat het gelijkheidsbeginsel dient ter bescherming van de minderheid. Dan komt men tot de conclusie dat een meerderheidspositie geen bijzondere rechten mag opleveren.

Vanuit een economisch (machts-)perspectief komt Slagter tot een andere opvatting omtrent rechtspositie van de minderheids- en meerderheidsaandeelhouder.²⁶ Hij betoogt dat op grond van de property-rights-theorie in samenhang met de transactiekostenbenadering een feitelijk en economisch verschil in positie van verschillende aandeelhouders kan worden verklaard, dat wellicht een andere juridische benadering van deze posities rechtvaardigt. Hij is van mening dat een verschillende benadering niet in strijd is met de tweede EG-Richtlijn. Deze opvatting is verdienenstelijk voorzover het gaat om verklaringen van gedragingen van verschillende aandeelhouders en ook wanneer het gaat om de beperkte erkenning van een instructierecht: nl. wel aan de enig aandeelhouder, maar niet aan de aandeelhoudersvergadering die uit verschillende aandeelhouders be-

20. M.C. Burkens, a.w. noot 1, blz. 65.

21. W.C.L. van der Grinten, afscheidsrede Zwolle 1984, blz. 7.

22. Elders, Preadvies, blz. 25.

23. Löwensteyn ziet het gelijkheidsbeginsel als een concretisering van het verbod van misbruik (*détournement*) of van willekeur; bijvoorbeeld bij de gronden voor roeyement van leden. Löwensteyn diss. 1959, blz. 248; ook in: *Honderd jaar rechtsleven*, 1970, blz. 91-92.

24. H.J.C. ter Kuile, a.w. noot 17, blz. 58v.

25. H.J.C. ter Kuile, a.w. noot 17, blz. 60/61.

26. Slagter 1988-I, blz. 18v. en 24v.

staat. Deze opvatting is mijns inziens in strijd met art. 92 (201) BW en de erachter liggende gedachte van bescherming van de minderheidsaandeelhouder, indien in de verschillende posities een juridische rechtvaardiging wordt gevonden voor een ongelijke behandeling van aandeelhouders.

8.3. Rechtspraak

De rechtspraak over het gelijkheidsbeginsel als verplichting rustend op de vennootschap jegens de aandeelhouders is schaars.

In een geval berecht door de rechtbank Rotterdam²⁷ hadden de bestuurders van een NV, die tevens een gedeelte van de aandelen hielden aan de aandeelhoudersvergadering een besluit tot overdracht van de activa van de NV aan een door hen beheerste commanditaire vennootschap en tot ontbinding en liquidatie van de vennootschap voorgelegd. De aandeelhouders zouden een uitkering van 100% krijgen, terwijl de intrinsieke waarde van de aandelen op meer dan 110% lag. Deze meerwaarde zou door de overdracht van de activa ten goede komen aan de bestuurders/aandeelhouders. De rechtbank achtte dit in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Omdat de bestuurders in casu toevallig tevens aandeelhouder waren kon hier met succes het gelijkheidsbeginsel worden toegepast. Als dat niet het geval was zou als grondslag verstrengeling van belangen door de bestuurders kunnen zijn gekozen.

In de jaren twintig werden door de Hoge Raad twee arresten gewezen in vrijwel identieke zaken.²⁸ Het ging in beide gevallen om een besluit tot statutenwijziging van de algemene vergadering van een coöperatieve vereniging, waarbij de aansprakelijkheid van de zittende leden zwaarder zou worden dan van de oud-leden.²⁹ Van belang was dat beide coöperaties zodanig in de financiële problemen verkeerden dat de vergadering als alternatief voor de lastenverzwaring slechts had de liquidatie; in geval van liquidatie zouden ook de oud-leden naar evenredigheid het tekort moeten aanzuiveren.

De rechtbank Winschoten was in het eerste geval van oordeel dat een dergelijk besluit in strijd was met de gelijkheid van de leden wat betreft de aansprakelijkheid. De HR achtte het bestreden besluit niet in strijd met de goede trouw. Daarvoor is volgens de HR nodig dat de leden onredelijk en onbillijk worden belast. Ook in het tweede geval werd de rechtbank Winschoten tot een oordeel geroepen, en wederom achtte dit college de statutenwijziging een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel. De HR bleef bij zijn oordeel. Het gelijkheidsbeginsel werd in deze uitspraken niet als doorslaggevend beschouwd; voor een beroep op gelijkheid is tevens vereist dat de ongelijke behandeling onredelijk en onbillijk is. In feite wordt zodoende een beroep op het redelijkheidsbeginsel gedaan.

27. Rb. Rotterdam 20 februari 1911, W 9183, 5.

28. HR 2 december 1926, NJ 1927, blz. 102 (Coöp. Ver. Westerwolde); HR 25 april 1929, NJ 1929, blz. 1261 (Coöp. Ver. Ter Apel).

29. Strikt genomen passen deze gevallen niet in het onderwerp van deze paragraaf, omdat hierin niet gaat om een besluit van het bestuur.

In verband met pakketvergoedingen wordt het gelijkheidsbeginsel eveneens ten tonele gevoerd. Dit vergoedingensysteem houdt in dat aandelen uit een 'aanmerkelijk belang'-pakket meer waard worden geacht dan losse aandelen. De heersende leer omtrent pakketvergoedingen is dat deze geoorloofd zijn.³⁰ Het bedingen van pakketvergoedingen speelt echter (meestal) geen rol in de relatie NV (bestuur) contra aandeelhouders, maar in de verhouding tussen aandeelhouders onderling. Deze relatie valt buiten mijn onderzoeksterrein.

Het komt echter ook voor dat een bestuurder/aandeelhouder van de wederpartij een pakketvergoeding bedingt voor zijn meerderheidspakket. Deze kwestie was aan de orde in het Erdal-arrest.³¹ Het geval loste zich op in de vraag of de bestuurder zijn taak behoorlijk had vervuld door voor zijn eigen pakket een extra vergoeding te bedingen. Het Hof beantwoordde die vraag ontkennend, overwegende dat het aan een bestuurder tegenover de overige aandeelhouders niet vrijstaat te bevorderen dat in het kader van de overname van de vennootschap voor door hem persoonlijk dan wel zijn familie gehouden aandelen een hogere prijs per aandeel wordt betaald, onverschillig of het meerderheidspakket of een kleiner pakket betrof. De HR vond de stellingname van het Hof te ruim, nu aanknopingspunten in de wet en een duidelijke rechtsopvatting over een pakketvergoeding ontbraken.

Uit het Erdal-arrest en uit het arrest inzake Billiton³² kan met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel worden afgeleid dat een bestuurder, die tevens aandeelhouder is, wel een pakketvergoeding mag bedingen voor zijn aandelen, als hij deze als 'gewoon' meerderheidsaandeelhouder ook zou hebben kunnen verkrijgen. Het bedingen daarvan mag echter niet ten koste gaan van de andere aandeelhouders en hij moet er naar streven voor deze aandeelhouders een zo hoog mogelijke opbrengst te verkrijgen.³³ In deze gevallen zou ook een oplossing kunnen zijn verkregen door middel van toepassing van regels ter voorkoming van verstrengeling van belangen, zoals openheid bij de onderhandelingen.³⁴ Een pakketvergoeding is in het voorstel 13e EG-Richtlijn verboden.³⁵

Op het grensgebied tussen ondernemingsrecht en arbeidsrecht liggen twee uitspraken van de ondernemingskamer, waarin een oordeel moest worden gegeven over de toepasselijkheid van het onderhavige beginsel.

De eerste uitspraak³⁶ betrof een reorganisatie van een ziekenhuis waarin een uitzondering werd gemaakt voor één persoon. Eén van de gronden waarop de ondernemingsraad het reorganisatiebesluit wilde aanvechten was de uitzonderingspositie van die persoon. De ondernemingskamer was van oordeel dat diens positie onder

30. Slagter 1990, blz. 223-224.

31. HR 24 september 1976, NJ 1978, 135 (Erdal).

32. HR 14 november 1975, NJ 1978, 136 (Billiton).

33. Handboek, nr. 402.

34. In dezelfde richting: Commissie vennootschapsrecht, advies van 15 oktober 1973, over de bescherming van belangen van minderheidsaandeelhouders bij het doen van biedingen op aandelen, Maeijer, wetsgeschiedenis VIIa-25.

35. Pb EG 64 dd 14 maart 1989, blz. 10 (art. 3).

36. OK 19 november 1981, NJ 1982, 298.

meer gerechtvaardigd werd door het contract van de betrokkene (een arts) met de ondernemer (een ziekenhuis), dat diens uitzonderingspositie slechts hoogstens vier jaar zou duren en dat van deze positie geen schadelijke invloed op de instelling kon worden aangetoond. Om deze en andere redenen, die hier niet ter zake doen, kon niet worden aangenomen dat het besluit in redelijkheid niet genomen had mogen worden.

In de tweede uitspraak³⁷ werd niet rechtstreeks een beroep gedaan op de gelijkheid maar op de evenredigheid. Volgens de reorganisatieplannen van de ondernemer lag het in de bedoeling het personeelsbestand van de ondernemer met ongeveer 1/3 in te krimpen (ong. 1000 personen). De Centrale Ondernemingsraad was van mening dat het besluit kennelijk onredelijk was omdat weliswaar de directie van negen naar zes personen zou inkrimpen, doch de hoofddirectie uit drie personen zou blijven bestaan. In dit geval zou solidariteit nodig en mogelijk zijn. De ondernemingskamer was van mening dat de COR er niet op mocht vertrouwen dat de inkrimping van het personeelsbestand een rechtlijnig effect zou hebben op de hoofddirectie. Het bestuur heeft zulks schriftelijk medegedeeld en de motivering van die stelling kan niet als kennelijk onjuist worden aangemerkt.

Gebondenheid aan het gelijkheidsbeginsel kan ook op een toezegging berusten.

In de uitspraak³⁸ van de ondernemingskamer inzake een fusie tussen twee ziekenhuizen speelde de toezegging een rol dat de ontslagen evenredig over de ziekenhuizen zouden worden verdeeld. De gebondenheid aan het gelijkheidsbeginsel berust dus op de gedane toezegging.

De conclusie moet zijn dat er maar weinig gevallen zijn waarin de enkele ongelijkheid voldoende was voor onbehoorlijk bestuur. Oplossing van het probleem vindt in feite plaats via het principe van een zorgvuldige belangenafweging. Ongelijke behandeling is daarmee een van de factoren die behoren te worden afgewogen. De zelfstandige betekenis van het gelijkheidsbeginsel zou meer hierin kunnen schuilen dat een beroep op dit beginsel de bewijslast doet omkeren ten laste van de gedaagde vennootschap.

8.4. Concernverhoudingen

Bij de opneming van het gelijkheidsbeginsel in onze wetgeving in 1976 was men - gezien de ruime formulering in het BW - op zijn minst sceptisch ten aanzien de werking van het beginsel.³⁹ Nu tekent zich een ontwikkeling af in het concernrecht, waarbij het gelijkheidsbeginsel een rol van grotere betekenis zou kunnen gaan spelen. Hierbij denk ik aan de positie van de buitenstaander/aandeelhouder tegenover de groot-aandeelhouder. Het gelijkheidsbeginsel kan de buitenstaander/aandeelhouder ten dienste staan om op te treden tegen verkapte dividenduitkeringen aan de moedermaatschappij; een besluit met die strekking kan op grond van art. 11

37. OK 17 maart 1983, NJ 1984, 732.

38. OK 14 november 1985, NJ 1986, 555 (Dongemond).

39. Maschhaupt/Storm, a.w. noot 14, blz. 245; Handboek, nr. 186.

eerste lid sub c BW worden vernietigd met een beroep op het gelijkheidsbeginsel.⁴⁰

Ook intra-concerntransacties (transfer-pricing) kunnen strijd opleveren met het gelijkheidsbeginsel. Door het opleggen van te hoge verrekenprijzen aan de dochter (de hoogte hiervan kan worden vastgesteld door middel van vergelijking met prijzen die de vennootschap voor dezelfde produkten aan derden in rekening brengt of met prijzen die een derde voor dezelfde produkten rekent) kan de dochtermaatschappij financieel worden uitgehold⁴¹, ten gunste van de meerderheidsaandeelhouder. Het gelijkheidsbeginsel kan naar mijn mening ook worden toegepast ten aanzien van het recht op informatie over deze transacties.

8.5. Gelijke behandeling van anderen binnen de onderneming

Er geldt ook een verplichting tot gelijke behandeling ten aanzien van andere betrokkenen bij de vennootschap. De leden van de overige organen zijn niet (zozeer) als individu voor het bestuur relevant, maar hebben (voornamelijk) als college met het bestuur te maken. Het collegiale karakter van de taak van ieder orgaan brengt voor het bestuur met zich dat de individuele leden in beginsel niet relevant zijn.⁴² Daarom dienen leden van een orgaan gelijk te worden behandeld. Zo ook art. 10a voorstel vijfde EG-Richtlijn, dat aan de principiële gelijkheid van organen toevoegt dat taakverdeling daarbinnen wel blijft toegestaan. Daarnaast zijn vormen van bijzondere college-leden toelaatbaar: zoals een president-commissaris een gedelegeerd commissaris en een vertrouwenscommissaris. Uit hoofde van die speciale functie kunnen bijzondere rechten zijn verleend.

8.6. Duits recht

Zowel voor de AG als voor de GmbH bestaat een verplichting tot gelijke behandeling van aandeelhouders in gelijke omstandigheden (§53a AktG en analoog voor de GmbH⁴³). Deze norm richt zich tot het bestuur van een vennootschap en tot de aandeelhoudersvergadering.⁴⁴ Daarnaast geven specifieke bepalingen uitdrukking aan het gelijkheidsbeginsel, zoals §§12, 60, 91 lid 3, 125 leden 2 en 3 AktG (de laatste norm geldt tevens voor commissarissen) §14, 19, 26, 47 lid 2, 72 GmbHG. De minderhedenbe-

40. Slagter 1988-I, blz. 35.

41. Slagter 1988-I, blz. 35-40; Bartman 1986, blz. 81 meent dat een dergelijk verschijnsel zich voordeed bij Ford-Nederland. De OK, bij de beoordeling van een verzoek om een enquête aangespannen door de vakbonden, stapte over dit aangevoerde bezwaar heen.

42. Pres. Rb. Roermond 28 maart 1985, KG 128.

43. Fischer/Lutter/Hommelhoff; in diverse wetsartikelen (§§14, 19 en 26 GmbHG) kunnen toepassingen van dit beginsel worden aangetroffen; Kölner Kommentar (Zöllner), Einleitung nr. 39v.; G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München/Berlin 1958, m.n. blz. 333v en 345.

44. Schmidt, blz. 609.

scherming is ook hier de grondslag.⁴⁵ §131 lid 4 bevat het recht van de aandeelhouders om dezelfde informatie te verkrijgen.

Een ongelijke situatie, die aanleiding kan geven tot een ongelijke behandeling, kan worden gecreëerd bij statuten of bij overeenkomst⁴⁶.

Een besluit in strijd met het gelijkheidsbeginsel is vernietigbaar op grond van §241 e.v. AktG dat analoog ook voor besluiten van het ondernemingsbestuur geldt.

De verplichting om gelijk te behandelen geldt ook in de betrekking tussen bestuur en raad van commissarissen in een AG: §125 lid 3; ieder lid van de *Aufsichtsrat* kan vorderen dat hem dezelfde gegevens bij het bijeenroepen van een algemene vergadering worden toegezonden als aan de aandeelhouders. Deze verplichting tot gelijke behandeling houdt niet in dat de commissarissen onderling gelijk moeten worden behandeld, maar dat volgt vermoedelijk ook reeds uit het collegiale karakter van de *Aufsichtsrat*. Het gelijkheidsbeginsel komt voorts tot uitdrukking in de eis dat de *Arbeitsdirektor* op gelijke wijze als de andere bestuurders moet worden behandeld.⁴⁷

8.7. Engels recht

Het beginsel van gelijke behandeling is niet expliciet in de Companies Act neergelegd, maar het beginsel geldt wel jegens de aandeelhouders.⁴⁸

In s. 125 CA is een bepaling opgenomen over *variation of rights*. (wijziging) van soorten (classes) aandelen: deze mag alleen plaatsvinden met toestemming van tweederde van de houders van die soorten aandelen. Een *class* wordt aangemerkt als een groep aandelen waarvan de rechten niet zo verschillend zijn dat het onmogelijk is dat de rechthebbenden op die aandelen met elkaar overleggen in hun gezamenlijke belang.⁴⁹ Binnen de *classes* bestaat dus gelijkheid.

Conclusie

Uit het gegeven dat zo weinig uitspraken bekend zijn over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel zou kunnen worden afgeleid dat weinig behoefte bestaat aan het beginsel; men ziet inderdaad dat evenals in het bestuursrecht vragen van ongelijke behandeling zich veelal oplossen in de vraag of de afwijking redelijkerwijze gemaakt mocht worden: een toetsing op willekeur dus. De ongelijkheid van behandeling kan wel een factor zijn die van invloed is op de (on-)rechtmatigheid van het besluit of het beleid.

45. Schmidt, blz. 347; Wiedemann, blz. 428v; Hueck, a.w., noot 43, blz. 334-5.

46. Schmidt, blz. 347.

47. MünchHB AG Wiesner §24 nr. 9.

48. Zie bijv. Re Quebrada Railway, Land and Copper Co (1889) 40 ChD 363; Re London and New York Investment Corporation [1895] 2 Ch 860.

49. Sovereign Life Assurance Co v. Dodd [1892] 2 QB 573; Charlesworth's Company Law, 1987 blz. 271.

Door middel van een beroep op ongelijkheid kan de bewijslast worden omgekeerd.

Een meer zelfstandige plaats voor het onderhavige beginsel lijkt voorts nog te zijn weggelegd op het terrein van het concernrecht, waar het dienstbaar kan zijn aan de positie van de buitenstaander/aandeelhouder.

Gelijke behandeling van deelnemende personen aan andere organen vloeit voort uit het collegiale karakter van die organen.

Vergelijking met andere rechtsstelsels levert geen nieuwe gezichtspunten op.

Hoofdstuk 9

NIEUWE ONTWIKKELINGEN

Een stelsel van beginselen is geen gesloten stelsel; het is in ontwikkeling, evenals de economische werkelijkheid waaruit zij zijn ontstaan. Andere beginselen kunnen (in een later stadium) relevant worden geacht. Het kan ook zijn dat de hier geformuleerde ideeën anders moeten worden gewaardeerd. Ook kan het beginselkarakter eraan worden ontszegd.

Hieronder zijn aanzetten gegeven tot een omschrijving van enige nieuwe 'richtinggevende tendensen' in het ondernemingsrecht. De formulering ervan is grotendeels gebaseerd op recente jurisprudentie.

9.1. Beheersing van de organisatie

Uit de interpretatie van het begrip 'besturen' dat wordt gehanteerd in art. 129 (239) BW blijkt dat het bestuur onder meer leiding moet geven aan de vennootschap (en de daarmee verbonden onderneming).

De vraag die ik hieronder wil bespreken is of daarenboven kan worden gesproken van een verplichting de ondernemingsorganisatie te *beheersen*, in de betekenis van 'in zijn macht hebben'.

In zekere zin geven de verplichting van de rechtspersoon statuten op te stellen en de verplichting van haar bestuur een financiële administratie bij te houden (art. 14 BW, art. 2:10 NBW) reeds uitdrukking aan een dergelijke verplichting.

Recent komt een dergelijk idee ook tot uitdrukking in rechtspraak.

Uit enige uitspraken kan namelijk worden afgeleid dat de rechtspersoon, c.q. het bestuursorgaan, veelal deel uitmakend van de top van een concern. Ten eerste moet ervoor worden gezorgd dat de besluitvormings- en communicatiestructuur zodanig is dat informatie over de toestand van en de gang van zaken in de gehele onderneming, waaronder begrepen dochterondernemingen, bij het verantwoordelijke orgaan terecht komt, indien de financiële toestand van het bedrijf zorgwekkend is.¹

Ten tweede moet onder omstandigheden gebruik worden gemaakt van de mogelijkheden die de ondernemer ter beschikking staan om daadwerkelijk toezicht uit te oefenen, bijvoorbeeld door middel van het geven

1. OK 8 oktober 1987, NJ 1989, 270 (Van der Klis BV); OK 3 december 1987, NV 1988, blz. 78-80, bevestigd in HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM).

van aanwijzingen.² Ook hierbij gold dat de toestand van de onderneming als geheel reeds zorgwekkend moet zijn.

Deze verplichting om aanwijzingen te geven mag niet worden verward met een instructierecht. De rechtspersoon, c.q. het bestuur heeft als werkgever de bevoegdheid om gezag uit te oefenen over de werknemers. Van dit gezag moet het bestuur onder omstandigheden gebruik maken.

Anders ligt dit in een concernverhouding, zoals het geval was bij OGEM, waarbij de ondernemingskamer de concernleiding (aandeelhouder) verplichtte grip te houden op de bestuurder van de divisie projectontwikkeling. Deze verplichting houdt naar mijn mening niet in dat de concernleiding over een instructierecht *moet* beschikken. Wel kan hieruit worden afgeleid dat de concernleiding van een instructierecht gebruik moet maken als het daarover beschikt.

9.2. Continuïteit van bestuur

Ten tweede kan worden gewezen op de tendens om als eis te stellen dat de onderneming niet onbestuurd raakt. Dit duid ik gepositieerd aan als het beginsel van continuïteit van bestuur.

In de wetgeving komt dit beginsel onder meer tot uitdrukking in de mogelijkheid dat commissarissen de bestuurders vervangen in geval van ontstentenis of belet en in de geschillenregeling van art. 334v. BW.

Uit de rechtspraak blijkt dat de rechtspersoon, c.q. het bestuur er ten eerste op moet toezien dat de verplichte organen binnen de onderneming zijn ingesteld.³

Ten tweede moet het er op toezien dat de vacatures binnen de organen worden opgevuld⁴; een vacature in het orgaan maakt het orgaan niet beslissingsonbevoegd. Een tijdelijke vacature duidt niet op onjuist beleid. Wel dient men bezig te zijn met het voorzien in de vacature. Als de vennootschap daarin niet slaagt om redenen die haar niet (in overwegende mate) zijn te verwijten, is er geen reden om aan de juistheid van het beleid te twijfelen.⁵

Ten derde dient te worden gezorgd voor opvolging van de enig bestuurder van de onderneming.⁶

Ten vierde is van belang dat de besluitvorming binnen de organen en de samenwerking tussen de organen doorgang blijft vinden. Uit vroegere

2. OK 3 december 1987, HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM).

3. OK 16 april 1987, NJ 1988, 183 (Stolk).

4. HR 24 december 1986, NJ 1987, 903, waarbij werd vernietigd op een punt dat hier niet terzake doet de beschikking van de OK 19 december 1985, NV 1986, blz. 83 (ADM/Lantana). In dit geval ontbraken alle bestuurders. Deze uitspraken hadden betrekkingen op het ontslag van commissarissen wegens gewichtige redenen (art. 161 (271) BW).

5. OK 20 april 1989, NV 1989, blz. 171.

6. OK 2 februari 1989, NJ 1990, 146 en 11 januari 1990, ng nr. 45/88 (Friesendorp); Pres. Rb. Roermond 4 februari 1986, KG 120, waarin de aandeelhoudersvergadering onzorgvuldig handelen werd verweten door alle bestuurders te ontslaan.

uitspraken van de ondernemingskamer kon soms worden opgemaakt dat het enkele feit van een impasse voldoende grond was om aan een juist beleid te twijfelen. Soms echter geeft de onbestuurbaarheid, die een gevolg is van de impasse, de doorslag bij het rechterlijk oordeel.⁷ In andere gevallen zijn het de 'volstrekt verstoorde verhoudingen'.⁸

Recent echter sprak de ondernemingskamer als zijn oordeel uit dat het enkele feit van een patstelling niet voldoende grond is om aan de juistheid van het beleid te twijfelen.⁹ Deze is er wèl, indien door de impasse de continuïteit van de onderneming in gevaar komt.

De in dit hoofdstuk geformuleerde aanzetten geven naar mijn mening uitdrukking aan het samenwerkingsaspect dat een onderneming kenmerkt. Eerder heb ik dit aspect aangeduid als een van de verschillen met het bestuursrecht (hoofdstuk 1). Zij zouden zich kunnen ontwikkelen tot typische beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur.

7. OK 9 juni 1988, NV 1988, blz. 184 (VVAA); Pres. Rb. Arnhem 15 november 1979, RM 1971-1981, nr. 93.
8. OK 15 december 1988, ng nrs. 31/88 en 32/88.
9. OK 20 april 1989, NV 1989, blz. 171 (Best Golf & Country).

Hoofdstuk 10

SLOTBESCHOUWING

10.1. Het karakter van de normen

De hierboven beschreven normen van behoorlijk ondernemingsbestuur zijn gegroepeerd rond het aspect dat blijkens de rechtspraak relevant of doorslaggevend was. Veelal konden in de wet normen worden gevonden die uitdrukking gaven aan dezelfde algemenere normen. Hieraan ontleen de normen mijns inziens hun beginsel-karakter. De beginselen geven een structuur aan en een zekere verklaring van de concretere rechtsnormen.

Naar mijn mening zijn niet alle genoemde beginselen rechtsnormen, in die zin dat de enkele overtreding daarvan een vorm van onbehoorlijk bestuur oplevert. Daarvoor zijn sommige normen, zoals het gebod van zuiverheid van oogmerk en het verantwoordingsbeginsel, te vaag. Een veroordeling op één van deze gronden zou niet vaak overtuigend zijn. Uitwerkingen van deze beginselen, zoals het verbod van tegenstrijdig belang en schending van de motiveringsplicht, zijn naar mijn mening wel rechtsnormen. De overige normen hebben een sterker rechtsnorm-karakter. Overtreding daarvan hield vaak een vorm van onbehoorlijk bestuur in of was een doorslaggevende factor daarbij.

Er zijn nog meer gevallen denkbaar waarin niet iedere schending van een rechtsbeginsel een vorm van onbehoorlijk bestuur oplevert.

Ten eerste kan dit verband houden met de grondslag van de actie: een incidentele gedraging, hoewel in strijd met één van de beginselen, hoeft geen wanbeleid in de zin van art. 355 BW op te leveren.¹

Ten tweede kan ook de geringe ernst van de overtreding de rechter tot de conclusie leiden dat weliswaar in strijd met een beginsel is gehandeld, maar dat deze overtreding nog niet in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid van art. 11 BW (2:15 NBW), of dat geen wezenlijk belang is geschonden. De rechter past daarbij - nadat hij heeft geconstateerd dat een beginsel is geschonden - vaak nog een belangenafweging toe. In principe kan men dit onjuist achten.² Anderzijds biedt afweging van belangen

1. HR 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM): een incidenteel besluit kan wel wanbeleid opleveren, met name als die gedraging tot voor de onderneming zeer nadelige gevolgen heeft geleid of kan leiden.
2. Slagter rede 1989, blz. 15v.

soms een rechtvaardige correctie, bijvoorbeeld indien bij de actie geen belang bestaat, bij overtreding van normen die minder grote belangen beschermen en bij minder ernstige overtredingen.

Zo zou men verwachten³ dat een beroep op een concreet aangegeven ondernemingsbelang in veel gevallen een rechtvaardigingsgrond zou opleveren. Dit blijkt eigenlijk voornamelijk het geval te zijn bij twee beginselen, nl. allereerst bij zorgvuldige afweging van belangen (toepassing van dit beginsel impliceert een waardering van het ondernemingsbelang, waarbij het ondernemingsbestuur het voordeel van twijfel wordt gegund); ten tweede bij het verbod van détournement de pouvoir en het vertrouwensbeginsel: bij de vraag of het ondernemingsbestuur een gedane toezegging gestand moet doen geeft de zwaarte van het aangevoerde ondernemingsbelang (die afweging van deelbelangen impliceert) de doorslag. Overigens komt het in veel gevallen voor dat de rechter zijn beslissing grondt op de (deugdelijkheid van) de aangevoerde motivering, terwijl ook een ander beginsel had kunnen worden gekozen. Een verklaring voor de dominantie van het door het ondernemingsbestuur aangevoerde ondernemingsbelang kan zijn dat de onderneming in een concurrentiepositie verkeert en haar continuïteit moet verzekeren.⁴ De beleidsvrijheid van het bestuur wordt gezien als een noodzakelijke voorwaarde voor het bestaan van het stelsel van ondernemingsgewijze produktie.⁵ Het vermoeden van juistheid van het beleid blijkt ook uit de processuele positie van het bestuur.

Overtreding van andere beginselen was in veel gevallen op zichzelf voldoende voor de kwalificatie van onbehoorlijk bestuur, ongeacht het behartigde ondernemingsbelang.

De verhouding tussen rechtsbeginselen ligt niet vast, in die zin dat op een situatie telkens slechts één norm van toepassing zou zijn. In een situatie waarin gelijke gevallen ongelijk worden behandeld kan het gelijkheidsbeginsel zijn geschonden, maar ook het willekeurverbod, het motiveringsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Het lijkt erop dat de ondernemingskamer een voorkeur heeft voor het hanteren van het motiveringsbeginsel, ook waar schending van wet of statuten of van het gebod van zorgvuldige afweging van belangen voor de hand leek te liggen. Het beginsel van verantwoording van het gevoerde beleid komt daardoor naar voren als één van de belangrijkste beginselen van behoorlijk bestuur.

Gevallen van botsing tussen twee of meer beginselen (bijvoorbeeld wetmatigheid en vertrouwen) hebben zich tot nog toe weinig voorgedaan, zodat geen algemene regel kan worden gegeven. Een oplossing zal per geval moeten worden gezocht, waarbij de afweging van belangen van partijen een belangrijke rol speelt.

3. S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, NJB 1985, blz. 669-675.

4. L. Timmerman, in: Van vennootschappelijk belang, 1988, blz. 337-347, m.n. 342.

5. H.J.M. Boukema, NJB 1979, blz. 649-654; S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, NJB 1985, blz. 669-675; H.F.J. Joosten, Bestuursjournaal oktober 1989, blz. 3-12, m.n. blz. 12.

10.2. Gevolgen voor de beleidsvrijheid

Toetsing van het ondernemingsbeleid vindt plaats door middel van marginale toetsing, ofwel, in de woorden van Borst, toetsing aan rechtsbeginselen. Dit kan als behoorlijkheidscontrole worden aangeduid, in tegenstelling tot de rechtmatigheidscontrole waarbij toetsing aan geschreven en ongeschreven rechtsnormen plaatsvindt. De ontwikkeling van een stelsel van normen van behoorlijk ondernemingsbestuur heeft tot gevolg dat het door de onderneming gevoerde beleid, in plaats van aan vage rechtsbeginselen, aan rechtsnormen kan worden onderworpen. Er vindt mijns inziens een verschuiving plaats van behoorlijkheidscontrole naar rechtmatigheidscontrole. De beleidsvrijheid wordt hierdoor niet noodzakelijkerwijs geringer. De grenzen van de beleidsvrijheid worden vooral duidelijker gesteld.

Hierbij wordt duidelijk dat de (rechts-) ethiek (de behoorlijkheid) en het recht (de geschreven en ongeschreven rechtsnormen) dicht bij elkaar liggen en elkaar beïnvloeden. Als rechtsbeginselen hebben deze normen van behoorlijk ondernemingsbestuur een zekere ethische lading, zij het dat het ethisch karakter per norm verschilt: de norm van zuiverheid van oogmerk is mijns inziens ethisch meer geladen dan de norm van zorgvuldige voorbereiding van besluiten.

10.3. Materiële en formele normen

Tussen en binnen de gevonden beginselen valt een onderscheid te maken naar formele (procedurele) normen en materiële (inhoudelijke) normen. De procedurele normen zijn relatief sterk ontwikkeld: voor de besluitvorming en oproeping van de aandeelhoudersvergadering gelden strenge normen, evenals voor de raadpleging van de ondernemingsraad. Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn het samenwerkingskarakter van de onderneming: er wordt van uit gegaan dat het in acht nemen van normen van zorgvuldige voorbereiding in samenwerking met betrokkenen een belangrijke waarborg is voor een aanvaardbare inhoud van het besluit of het beleid. Veel besluiten sneuvelen op formele gronden.

Dit samenwerkingskarakter verklaart tevens een andere bevinding, nl. dat beleid soms wordt gefiatteerd, als wordt aangetoond dat de (besluitvormings-) procedure zorgvuldig is verlopen, ook indien in rechte inhoudelijke bezwaren tegen het beleid worden aangevoerd en zelfs indien deze gegrond worden bevonden. Procedurele en inhoudelijke normen completeren elkaar tot op zekere hoogte. De procedurele normen zijn voorwaardenscheppend voor de inhoud van het besluit (zie bijvoorbeeld de uitspraak inzake DE). Het grote belang dat wordt gehecht aan de zorgvuldige voorbereiding rechtvaardigt mijns inziens de kwalifikatie van elementair beginsel van behoorlijk ondernemingsbestuur.

10.4. Verschillen in toepassing van de normen

De hierboven geformuleerde beginselen zijn voornamelijk ontwikkeld in de rechtspraak op grond van art. 350 en 355 BW en art. 26 lid 4 WOR. Deze normen zijn naar hun aard ook goed toe te passen bij de interpretatie van de redelijkheid en billijkheid die door art. 7 en 11 eerste lid sub c BW (resp. artt. 2:8 en 15 NBW) wordt vereist.⁶

In dit verband kan men zich afvragen of de inhoud dan wel de zwaarte van de normen verschilt naar gelang het gaat om een naamloze of een besloten vennootschap dan wel met een grote of kleine onderneming.

Het eerste onderscheid, tussen naamloze en besloten vennootschap, kan consequenties hebben voor de wijze van oproeping ter vergadering (de aandeelhouders zijn bekend en vaak ook hun persoonlijke omstandigheden) en voor de omvang van de informatieplicht aan de aandeelhoudersvergadering. Voor het bestuur van een NV zouden wellicht andere belangen een rol mogen spelen bij de te maken belangenafweging, bijvoorbeeld de belangen van het (potentiële) beleggerspubliek.

Wat betreft het verschil tussen grote en kleine ondernemingen (gemeeten naar bijvoorbeeld balanstotaal, omzet of aantal werknemers) kan voorzichtig worden geconstateerd dat de voorbereiding van besluiten in een grote onderneming zorgvuldiger dient te geschieden: van een grote onderneming wordt soms een grotere bekendheid met juridische normen verwacht. Men zou ook kunnen zeggen: bij een grote onderneming zijn meer publieke belangen gemoeid, zodat zij meer belangen in de afweging moet betrekken.⁷ Ook het bijzondere regime voor een structuurvennootschap geeft een zekere aanwijzing voor deze laatste stelling.

10.5. De toezichtfunctie van een normenstelsel

De samenwerking binnen de onderneming met betrekking tot de voorbereiding van besluiten en met betrekking tot de controle achteraf kan worden opgevat als een vorm van toezicht op het bestuur door de organen binnen die vennootschap/onderneming. Er is in theorie sprake van een volledig inhoudelijk toezicht van de zijde van de aandeelhoudersvergadering en de raad van commissarissen. Dit toezicht kan worden uitgeoefend zonder tussenkomst van de rechter (intern toezicht). Daarnaast bestaat rechterlijk toezicht op het ondernemingsbestuur, dat kan worden geëffectueerd op instigatie van de minderheidsaandeelhouder, de vakbond, de ondernemingsraad en iedere belanghebbende (extern toezicht). In het Nederlandse rechtstelsel bestaat een omvangrijke extern toezicht; deze is omvangrijk, omdat er vele procedures mogelijk zijn en omdat de kring van tot klagen bevoegde personen ruim is. In het Westduitse stelsel daarentegen vindt, in de AG, de belangrijkste controle op het ondernemingsbestuur

6. Van der Ploeg, diss. 1978, blz. 101.

7. J. van der Hoeven, in: *Honderd jaar rechtsleven*, 1970, blz. 216. Echter, R.A.A. Duk, SMA 1980, blz. 499-505.

plaats door de raad van commissarissen of, in de GmbH, door de aandeelhoudersvergadering (interne controle). Er vindt vrijwel geen extern toezicht op het ondernemingsbeleid plaats. Het Engelse systeem neemt een tussenpositie in, daar het aantal mogelijkheden om het beleid aan de rechter voor te leggen wel groot is, maar de kring van de daartoe bevoegde personen klein. Het principiële verschil in toezichtsstructuren tussen het Nederlandse en het Westduitse rechtstelsel is mijns inziens het gevolg van de keuze tussen inmenging van de staat of controle binnen de eigen kring. Deze keuze kan zijn ingegeven door de verwachte effectiviteit van het interne toezicht, maar daarover zijn weinig gegevens voorhanden. Deze keuze lijkt mij eerder politiek te zijn bepaald: de Nederlandse wetgever had de voorkeur voor toezicht door een onafhankelijke derde *naast* het in eigen kring trachten op te lossen van problemen. Het gebrek aan inzicht in de effectiviteit van dat interne toezicht kan bij deze keuze ook een rol hebben gespeeld. Het voordeel van het Nederlandse (en Engelse) stelsel is relatieve duidelijkheid, zowel voor de bij een onderneming betrokkenen als voor de maatschappij, over de eisen die het recht aan bestuurders van een onderneming stelt.

10.6. Aansprakelijkheid van bestuurders

De hierboven beschreven beginselen zijn soms rechtsnormen die zich richten tot het bestuur als orgaan van de vennootschap (bijvoorbeeld het gebod van zuiverheid van oogmerk), soms richten zij zich tot de vennootschap/onderneming zelf, waarbij ex art. 129 (239) op het bestuur de verplichting komt te rusten.

De omstandigheid dat de onderneming (via haar bestuur) een norm van behoorlijk bestuur overtreedt kan, maar hoeft niet noodzakelijkerwijs mee te brengen dat degene die voor de onderneming optrad of optraden persoonlijk voor de ontstane schade aansprakelijk is of zijn. De aansprakelijkheid van de functionarissen in privé staat in beginsel los van de normovertreding door de rechtspersoon. Als rechtspersoon draagt de vennootschap zelf de gevolgen van de normovertreding.⁸

Ontslag of schorsing van de bestuurders door het bevoegde orgaan kan volgens de wet 'te allen tijde' plaatsvinden. Voor deze rechtsgevolgen is niet noodzakelijk dat de bestuurder een rechtsnorm heeft overtreden. Hieronder wordt kort ingegaan op de betekenis van de hier ontwikkelde normen voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders van de vennootschap.⁹

8. Of de ondernemer in de zin van de WOR voor de gevolgen van de overtreding van de WOR; zie Huizink, diss. 1989, blz. 111-112.
9. De bepalingen inzake aansprakelijkheid van de bestuurder als werknemer blijven hierbij buiten beschouwing.

1. Art. 8 BW (art. 2:9 NBW) eist van iedere bestuurder dat hij zijn taak ten opzichte van de rechtspersoon behoorlijk vervult, op straffe van (hoofdelijke) aansprakelijkheid. Deze bepaling wordt aldus uitgelegd dat aansprakelijkheid eerst kan intreden indien de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt van zijn gedraging. Geringe fouten mogen hem niet worden aangerekend.¹⁰ Als de vennootschap door toedoen van haar vertegenwoordiger een rechtsnorm overtreedt, levert dit mijns inziens in beginsel onbehoorlijke taakvervulling op, omdat het bestuur erop moet toezien dat de vennootschap/onderneming zich aan de rechtsnormen houdt. Aansprakelijkheid behoeft dan niet noodzakelijkerwijs het gevolg te zijn, omdat het kan zijn dat de overtreding geen schade voor de vennootschap heeft veroorzaakt of dat de bestuurder geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Deze laatste omstandigheid kan zich voordoen als de bestuurder zich kan disculperen (art. 8 laatste gedeelte), bijvoorbeeld als de bestuurder heeft gehandeld op instructie van de aandeelhoudersvergadering of wanneer de aandeelhoudersvergadering de handeling heeft goedgekeurd (denk ook aan decharge).¹¹ Ook kan deze omstandigheid zich voordoen als de bestuurder binnen zijn beleidsvrije ruimte een niet onredelijke beslissing heeft genomen, die achteraf onjuist blijkt te zijn.¹²

2. Aansprakelijkheid ex art. 138 (248) BW voor de faillissementsschulden op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur wordt gezien als een zgn. externe aansprakelijkheid, aansprakelijkheid tegenover de crediteuren van de vennootschap.¹³ Het toepassingsbereik van deze norm is beperkt doordat zij slechts geldt indien de vennootschap failliet is gegaan en omdat een oorzakelijk verband moet bestaan tussen het faillissement en het kennelijk onbehoorlijke bestuur. Het begrip kennelijk onbehoorlijk bestuur komt overeen met grove schuld, wat betreft de mate van onzorgvuldigheid, maar daaraan wordt de beperking toegevoegd dat het gedrag benadeling van schuldeisers ten gevolge moet hebben gehad. Het moet gaan om roekeloos handelen.¹⁴ Overtreding van een beginsel van behoorlijk bestuur kan verwijtbaar zijn in de sfeer van de anti-misbruikwetgeving, indien men aanvaardt dat een behoorlijke vervulling van de taak meebrengt dat elke bestuurder er op toeziet dat de onderneming zich aan de rechtsnormen houdt, waarbij de relativiteit van de geschonden norm echter weer van belang is. Het vereiste causale verband tussen de overtreding en het faillissement is bij overtreding van veel beginselen niet voor de hand liggend. De individuele bestuurder kan trachten zich te disculperen, met name op de in art. 138 (248) lid 3 genoemde gronden.

10. Handboek, nr. 257; Van Schilfgaarde 1986, blz. 17 en in Schetsen voor Bakels, 1987, blz. 267-281 en Huizink diss. 1989, blz. 98-99; HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543 (Debrot).

11. Van Schilfgaarde 1986, blz. 19.

12. Rb. Amsterdam 20 mei 1981, TVVS 1982, blz. 205; P. van Schilfgaarde, in Schetsen voor Bakels, 1987, blz. 273.

13. Van Schilfgaarde 1986, blz. 16.

14. P.J. Dortmund, in: De Nieuwe Misbruikwetgeving, 1986, blz. 49-50.

3. Kan overtreding van een beginsel van behoorlijk ondernemingsbestuur tevens een onrechtmatige daad opleveren van de vennootschap of de bestuurders persoonlijk jegens organen of leden daarvan?

Onbehoorlijk bestuur kan in beginsel aan de rechtspersoon worden toegerekend; dit gedrag geldt in beginsel als onrechtmatig gedrag jegens degenen die onder de bescherming van de norm vallen: bij schending van het beginsel van zorgvuldige besluitvorming kan worden gesteld dat de rechtspersoon onzorgvuldig handelt jegens de aandeelhoudersvergadering, raad van commissarissen of de ondernemingsraad of hun leden persoonlijk. In plaats van of naast de vennootschap kan het ook voorkomen dat een bestuurder zodanig met zijn onderneming kan worden verzeeld dat deze persoonlijk jegens de benadeelden aansprakelijk is.¹⁵

Als het bestuur bij zijn taakvervulling een beginsel van behoorlijk ondernemingsbestuur schendt kunnen de bestuurders ook persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor de schade die de aandeelhouders, commissarissen of derden daardoor lijden. Reeds in het Kretzschmar/Mendes de Leonarrest¹⁶ is uitgemaakt dat een onrechtmatige daad van de rechtspersoon niet uitsluit dat ook de bestuurders persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn uit onrechtmatige daad. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als het bestuur of de bestuurders de bedoeling hebben gehad de aandeelhouders of derden te benadelen en de norm strekte ter bescherming van het geschonden belang.

Een beginsel van behoorlijk ondernemingsbestuur is in beginsel geen norm die strekt tot bescherming van derden. Zij hebben in de eerste plaats een functie ten aanzien van de afperking van de beleidsvrijheid van het ondernemingsbestuur.

De beginselen van zorgvuldige afweging van belangen, zorgvuldige voorbereiding, détournement de pouvoir en het gelijkheidsbeginsel beschermen in voorkomende gevallen wel de belangen van derden (met name aandeelhouders, werknemers en crediteuren). Moeilijker denkbaar is dat de beginselen van wetmatigheid, verbod van tegenstrijdig belang, beheersing van de organisatie en continuïteit van bestuur concrete belangen van derden raken. Het verantwoordingsbeginsel geldt eveneens primair de institutioneel betrokkenen. Schade die een derde lijdt omdat een bestuurder onjuiste informatie gaf is geen schending van een verantwoordingsverplichting jegens die derde, maar een overtreding van een zelfstandige zorgvuldigheidsnorm (zie reeds het Kretzschmar-arrest).

Te sterk uitgedrukt lijkt mij de stelling dat, indien wanbeleid is geconstateerd, de bestuurders in beginsel aansprakelijk zijn, op grond van art. 8, 138 (248) of 1401 BW. Voor de aansprakelijkstelling gelden principieel andere normen, waarvan de verwijtbaarheid de belangrijkste is. Niettemin kan in de praktijk de verwijtbaarheid reeds met de overtreding zijn gegeven.

15. Ktr. Assen 18 maart 1985, NJ 1986, 50 (Koenrades).

16. HR 25 november 1927, NJ 1928, 364 (Kretzschmar/Mendes de Leon).

10.7. Elementaire beginselen

Het is nu interessant om te onderzoeken of binnen de genoemde beginselen een zekere rangorde kan worden aangebracht. Hierbij kan worden gedacht aan de door de ondernemingskamer gebezigde uitdrukking 'elementaire beginselen' van *verantwoord ondernemerschap*. Gewezen wordt wel op het verschil in terminologie die wordt gebruikt in het onderhavige onderzoek (beginselen van *behoorlijk ondernemingsbestuur*) en het criterium van de ondernemingskamer. Als er verschil tussen beide categorieën beginselen bestaat, zou het kunnen zijn dat ondernemerschap een ruimer gebied bestrijkt dan het bestuur. In het bijzonder zou men bij 'ondernemerschap' ook aan de externe effecten van ondernemingshandelen, bijvoorbeeld de ethische aspecten van het zakendoen, kunnen denken.

De functie van het bestuursorgaan wordt bepaald door zijn verhouding tot de vennootschap/onderneming. De vennootschap is een privaatrechtelijk rechtssubject. Daarbinnen is het bestuur het tot besturen bevoegde orgaan. De aard van deze taak brengt mee dat het bestuur een zekere beleidsvrijheid heeft. Deze vrijheid wordt begrensd door de wet, het ongeschreven recht en door behoorlijkheidsnormen, met name het verbod van misbruik van bevoegdheid, meer precies het verbod van willekeur. In vele uitspraken en in de wet vindt men dit principe als uitgangspunt terug. Het verbod van willekeur is daarom mijns inziens een elementair beginsel van behoorlijk ondernemingsbestuur.

De beleidsvrijheid is tevens begrensd door de omstandigheid dat de bestuursbevoegdheid een functionele bevoegdheid is. Een bevoegdheid moet worden uitgeoefend voor het doel waarvoor deze is verleend, namelijk het ondernemingsbelang. Dit impliceert dat andere belangen in beginsel geen rol mogen spelen. Het gebod van zuiverheid van oogmerk kan daarom mijns inziens eveneens tot de elementaire beginselen worden gerekend. Ook dit beginsel is veelal een uitgangspunt; toepassing ervan komt echter minder voor dan het eerstgenoemde beginsel.

Daarnaast zijn twee andere elementaire, meer specifiek op een ondernemingssituatie toegesneden, beginselen te onderscheiden. Behoorlijk bestuur van het vermogen van een ander lijkt mij ondenkbaar zonder een behoorlijk toezicht: daarom dient te zijn voorzien in een 'toezicht' tijdens de besluitvorming (zorgvuldige voorbereiding) en in een toezicht, ook deels achteraf, door middel van de verantwoordingsverplichting. Besluitvorming en verantwoording geven uitdrukking aan het samenwerkingskarakter dat een onderneming kenmerkt.

SAMENVATTING

Algemeen

Organen van het overheidsbestuur worden reeds vele jaren geconfronteerd met beginselen van behoorlijk bestuur, die met name in literatuur en rechtspraak zijn ontwikkeld. Het besluitvormingsproces binnen en van die organen wordt door beginselen genormeerd en gelegitimeerd. Een andere belangrijke functie van deze beginselen is de rechtsbescherming van de burger.

In dit onderzoek staat centraal de vraag of het bestuur van een particuliere onderneming ook door beginselen wordt genormeerd. Daartoe is, geïnspireerd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onderzocht of in wetgeving en rechtspraak aanwijzingen zijn te vinden voor beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. In het bijzonder geschiedde dit door aandacht te schenken aan de rechterlijke interpretatie van vage wettelijke normen, die betrekking hebben op het bestuursorgaan en/of de vennootschap c.q. de onderneming:

goede trouw (art. 2:11 BW, art. 2:15 NBW), 'onjuist beleid' (art. 2:350 BW, wanbeleid (art. 2:355 BW) en kennelijk onredelijke besluiten (art. 26 lid 4/5 WOR).

Het formuleren van beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur is enerzijds van belang voor de consistentie van het recht dat van toepassing is op het besturen van ondernemingen en kan anderzijds ook aan de uitoefening van dat bestuur gezag verlenen. In het algemeen kunnen dergelijke beginselen als rechtsnormen worden aangemerkt en zal handelen in strijd daarmee in beginsel in strijd met het recht zijn. Binnen het ondernemingsrecht kan strijd met het recht daarin worden gezocht dat het schenden van beginselen in strijd is met de redelijkheid en billijkheid die de wetgever in het algemeen binnen rechtspersonen vereist (art. 2:7 BW, art. 2:8 NBW). Deze redelijkheid en billijkheid worden door de rechter ook meer in het algemeen in ondernemingsverhoudingen, bijvoorbeeld in relatie met de ondernemingsraad, tot uitgangspunt genomen.

Hoewel uit het voorgaande blijkt dat ik mij in dit onderzoek heb laten inspireren door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur mag duidelijk zijn dat ik mij evenzeer rekenschap heb gegeven van de fundamentele verschillen tussen bestuursrecht en ondernemingsrecht. De overheid

heeft een dienende functie ten opzichte van de burgers. Het ondernemingsbestuur moet de onderneming besturen, waarbij moet worden samengewerkt met andere organen, die soms zelf ook een belangrijke zelfstandige 'bestuurs'bevoegdheid hebben.

Een belangrijk gedeelte van de bestuurstaak in een onderneming bestaat uit samenwerking met andere organen, die ieder hun eigen taken en bevoegdheden hebben. Met betrekking tot elk van deze organen is onderzocht welke taak zij ten aanzien van beleidsvoorbereiding of verantwoording hebben. Voor de bepaling van de mate waarin zij invloed kunnen uitoefenen op het bestuur is gebruik gemaakt van termen als volledige en marginale toetsing. Vastgesteld kan worden dat de aandeelhoudersvergadering bij het gebruik maken van haar bevoegdheden volledig toezicht kan uitoefenen op het bestuur. Hetzelfde geldt voor de raad van commissarissen. Een kleine kern van bestuurstaken, m.n. het dagelijks bestuur kan het bestuur geheel naar eigen inzicht verrichten, zonder controle door enig orgaan binnen of buiten de vennootschap. De ondernemingsraad kan op het terrein van art. 25 WOR in feite slechts de rechtmatigheid van een besluit (laten) toetsen, omdat hij alleen door het inroepen van een rechter een besluit kan tegenhouden.

Het eigenlijke onderzoek

De beleidsvrijheid is de rechtspersoon, als privaatrechtelijk rechtssubject, gegeven om de eigen (door de oprichters gekozen) doelstellingen na te streven; het bestuur heeft als vertegenwoordiger van dat rechtssubject een daarvan afgeleide vrijheid om dat doel, of het ruimere doel, het ondernemingsbelang, te dienen. Over de wijze waarop doel het beste kan worden bereikt beslist het bestuur in vrijheid. Het bestuur is daarbij beperkt door de redelijkheid en billijkheid van art. 7 BW, maar aan de overtreding van *deze* norm zijn geen rechtsgevolgen verbonden.

De kern van het onderzoek bestaat uit een analyse van de in de wet vermelde normen, die op de *vennootschap* respectievelijk op de *ondernemer* en dus q.q. op het ondernemingsbestuur rusten.

Op grond van deze normen kan de rechter de volgende beslissingen nemen:

- vernietiging van een besluit wegens strijd met de goede trouw,
- het instellen van een enquête indien ernstig wordt getwijfeld aan de juistheid van het beleid,
- de beslissing inzake wanbeleid en de daaraan verbonden voorzieningen en
- de intrekking van bepaalde besluiten in de zin van de WOR in geval van kennelijke onredelijkheid.

Uit de rechtspraak op deze normen blijkt dat de rechter de beleidsvrijheid van het bestuur respecteert door middel van een marginale toetsing van de belangenafweging.

De grens die de rechter stelt aan deze vrijheid wordt gevormd door wettelijke- en andere rechtsnormen, en met name door het verbod van willekeur. Deze grens is overschreden indien "geen redelijk handelende onderneming tot die beslissing kon komen." Aldus geformuleerd geeft de grens van de speciale vrijheid van het ondernemingsbestuur uitdrukking aan de verbondenheid met (meer ethisch getinte) algemene rechtsbeginselen.

Beleidsvrijheid bestaat niet voorzover er rechtsnormen van toepassing zijn op het beleid. Rechtsnormen worden gevormd door geschreven recht (wet, statuten, reglement, besluiten) en door ongeschreven rechtsnormen, waaronder bepaalde beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. Overigens kunnen deze rechtsnormen op zichzelf ook een beperkte toetsing voorschrijven.

Hoewel verschillende wijzen van beleidstoetsing bestaan, is de redelijkheidstoetsing de 'echte' marginale toetsing. De mate van marginale toetsing kan van geval tot geval verschillen. De marginaliteit hangt samen met de hoeveelheid en zwaarte van de belangen die binnen de norm moeten worden afgewogen en kan verschillen naar gelang de omstandigheden van het geval.

In dit onderzoek zijn de volgende beginselen geformuleerd:

zorgvuldige belangenafweging/willekeurverbod

Dit beginsel houdt in dat het bestuur bij de bepaling van het ondernemingsbelang de relevante belangen moet afwegen. Dit zijn de belangen van de verschaffers van het eigen vermogen (aandeelhouders), werknemers, het concernbelang en belangen van bepaalde derden.

De afweging moet geschieden op een wijze die redelijk is. Het recht dwingt het bestuur niet om uit alternatieven het beste (bijv. de minst lasten opleverend) te kiezen. De rechterlijke sancties volgen echter eerst indien de door het bestuur gemaakte belangenafweging kennelijk onredelijk is (verbod van willekeur). Voor de afweging van deze belangen in een concreet geval blijken voor de rechter diverse, steeds wisselende, factoren van belang te zijn.

wetmatigheid

Dit algemene rechtsbeginsel houdt in dat het ondernemingsbestuur zich aan de wet, de openbare orde en goede zeden, de statuten en reglementen dient te houden. Er zijn in de rechtspraak weinig gevallen waarin de enkele wetsovertreding voldoende werd geoordeeld voor onbehoorlijk bestuur. Integendeel, er kan worden geconcludeerd dat niet iedere wetsover-

trekking tot een vorm van onrechtmatig bestuur leidt. Dit is onder meer afhankelijk van de strekking van de geschonden bepaling, de zwaarte van de schending en de omstandigheid dat de overtreding met enige regelmaat is geschied. Overtreding van materiële normen geldt als ernstiger dan overtreding van formele normen. Overtreding van regels betreffende organisatie van de vennootschap geldt eveneens als ernstig.

Het toepassen van ongeschreven recht contra legem komt slechts bij uitzondering voor.

zuiverheid van oogmerk

Het beginsel van zuiverheid van oogmerk houdt in dat het bestuur zich ten eerste moet laten leiden door het belang van de onderneming en zich ten tweede niet mag laten leiden door persoonlijke (waaronder zakelijke) belangen. Het verbod van détournement de pouvoir houdt in dat het ondernemingsbestuur al zijn bevoegdheden in ieder geval in het belang van de onderneming moet aanwenden. Als een bevoegdheid met een speciaal doel is verleend mag zij echter alleen voor dat doel worden aangewend. Het praktische belang van dit beginsel is gering: speciale bevoegdheden komen in het ondernemingsrecht weinig voor. Bovendien is het bewijs van de werkelijke bedoeling van het bestuur moeilijk te leveren. Belangrijker is het verbod van verstrengeling van belangen, dat inhoudt dat het bestuur zijn privé- (en zakelijke) belangen niet mag laten conflicteren met het ondernemingsbelang. Het bestuur en de bestuurders moeten het ondernemingsbelang dienen. Niettemin is het incidenteel in de wet opgenomen. De statuten mogen vaak anders bepalen.

zorgvuldige voorbereiding

Dit beginsel omvat vele verplichtingen:

De verplichting om gegevens te verzamelen houdt in dat het bestuur voor het nemen van een besluit gegevens moet verzamelen en onderzoek moet instellen. Deze verplichting komt in de rechtspraak negatief tot uitdrukking: als de rechter van oordeel is dat het bestuur onvoldoende gegevens of adviezen heeft verzameld is dit onbehoorlijk. Het bestuur moet - ook als de wet of de statuten dat niet voorschrijven - advies of goedkeuring vragen aan de aandeelhoudersvergadering, de raad van commissarissen en de ondernemingsraad.

De verplichting om informatie te verstrekken houdt in dat aan degenen die bij de besluitvorming zijn betrokken gegevens worden verstrekt. Welke gegevens dat zijn hangt - behalve van de wettelijke bepalingen - af van de specifieke taak van het orgaan. Informatie moet tijdig worden verstrekt, zodat het betrokken orgaan zijn taak bij de besluitvorming goed kan volbrengen en diens bijdrage van invloed kan zijn op het uiteindelijke

besluit. De informatie moet juist zijn en een getrouw beeld vormen van de situatie.

Het informatierecht van de ondernemingsraad is in vergelijking met de aandeelhoudersvergadering en de raad van commissarissen sterk. Dit wordt verklaard door de duidelijke wettelijke omschrijving en de wettelijk geregelde afdwingbaarheid.

De verplichting om overleg te voeren met organen die betrokken zijn bij de besluitvorming houdt in dat het bestuur de leden van deze organen in de gelegenheid stelt om aan het overleg deel te nemen, hen voorts tijdens het overleg voldoende tijd en gelegenheid geeft om hun mening te laten geven en hen voldoende informatie geeft ten behoeve van een goed overleg.

Tenslotte mag het bestuur *geen begin maken met de uitvoering van een besluit* voordat de besluitvormingsprocedure geheel is voltooid. Voorbereidingshandelingen zijn geoorloofd.

Geconstateerd werd dat ondernemingsbesluiten vaak sneuvelen op grond van procedurele fouten. Ook werd soms aangetoond dat een zorgvuldige procedure een rechtvaardiging vormt voor een impopulair besluit.

verantwoording

In het ondernemingsrecht komt op vele manieren de verantwoordingsverplichting van het bestuur naar voren: deze blijkt uit de bevoegdhedenverdeling binnen de onderneming, uit de verplichting juiste en getrouwe informatie te verstrekken en meer in het bijzonder uit de motiveringsverplichting. Geconcludeerd werd dat volledig toezicht staat tegenover volledige verantwoording. Dit brengt een motiveringsplicht mee ten opzichte van de aandeelhoudersvergadering en de raad van commissarissen (behalve wat betreft het dagelijkse bestuur) en een meer beperkte (doch wettelijk verankerde) motiveringsverplichting ten opzichte van de ondernemingsraad.

De *deugdelijkheid* van de motivering is vooral in rechtspraak met betrekking tot de ondernemingsraad aan de orde gekomen. Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat de gegeven motivering feitelijk juist en innerlijk consistent moet zijn. Ondeugdelijk is de motivering in het bijzonder indien de ondernemer met die motivering geen of een ontwijkend antwoord geeft op door de ondernemingsraad gestelde vragen. Dit materiële motiveringsbeginsel is toepasbaar in de verhouding met andere organen.

De rechter hecht veel waarde aan de motieven die ten grondslag liggen aan een besluit of aan het beleid. Hieruit kan worden afgeleid dat het verantwoordingsbeginsel van belang wordt geacht.

vertrouwensbeginsel

Het vertrouwensbeginsel komt in de figuren van de toezegging en afspraak voor in het ondernemingsrecht. De toezegging brengt alleen gebondenheid met zich als de belangenafweging van het ondernemingsbestuur (marginaal) door de rechter is nagewogen en niet zeer onredelijk is bevonden. Het vertrouwensbeginsel is, doordat niet iedere schending een vorm van onbehoorlijk bestuur oplevert, geen rechtsnorm.

Afspraken tussen de ondernemer en de ondernemingsraad hebben juridische relevantie op grond van de goede trouw die de betrekkingen tussen ondernemer en ondernemingsraad beheerst.

gelijkheid

Het gelijkheidsbeginsel is van betekenis in het vennootschapsrecht. Het geldt blijkens de wet ten aanzien van aandeelhouders. Het is gebaseerd op de bescherming van minderheidsaandeelhouders. Afwijkingen van het gelijkheidsbeginsel zijn geoorloofd (en komen ook veel voor), mits deze een statutaire grondslag hebben. Het beginsel heeft een geringe zelfstandige plaats, omdat veelal (in feite) toetsing aan het verbod van willekeur plaatsvindt.

Dit beginsel van gelijke behandeling geldt ook jegens de leden van andere als college optredende organen. De basis daarbij is het principe van collegialiteit.

beheersing van de organisatie

Dit beginsel-in-wording brengt met zich dat het ondernemingsbestuur ervoor moet zorgen dat de besluitvormings- en communicatiestructuur binnen de onderneming zodanig is dat informatie over de toestand van en de gang van zaken in de onderneming bij de verantwoordelijke organen terecht komt, zeker als de toestand van de onderneming zorgwekkend is. Voorts betekent het beginsel dat het bestuur met behulp van zijn gezag als werkgever moet ingrijpen in het gevoerde beleid als de situatie binnen de onderneming daartoe aanleiding geeft.

continuïteit van bestuur

Dit beginsel-in-wording houdt in dat het bestuur ervoor dient te zorgen dat de onderneming niet onbestuurd wordt gelaten. Dat houdt in dat er geen of niet te lang vacatures in de organen van de onderneming mogen bestaan, dat voor opvolging van de (enig) bestuurder tijdig maatregelen worden genomen en dat patstellingen tussen en binnen organen worden opgelost.

Veel van deze bijzondere rechtsbeginselen zijn naar mijn mening rechtsnormen: overtreding ervan betekent in beginsel onbehoorlijk bestuur. De kwalificatie van rechtsnorm brengt mee dat - indien een rechtsnorm is overschreden - een beroep op het ondernemingsbelang ter rechtvaardiging van het gedrag niet altijd slaagt.

De beginselen van verbod van willekeur/zorgvuldige belangenafweging, zuiverheid van oogmerk, zorgvuldige voorbereiding en verantwoording gelden - gezien de frequentie en de nadruk waarmee zij in de rechtspraak en de wet naar voren komen - mijns inziens als elementaire beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur.

Het in dit onderzoek ontwikkelde normenstelsel biedt - behalve als referentiekader voor de rechter bij de beoordeling van besluiten en beleid - ook enig houvast voor het toezicht dat de organen van de vennootschap uitoefenen, de aandeelhoudersvergadering, de raad van commissarissen en de ondernemingsraad. Dezen zijn bij de uitoefening van hun bevoegdheden echter niet aan deze normen gebonden. Voor degenen die deel uitmaken van een bestuursorgaan is het hier weergegeven stelsel een richtsnoer voor de wijze waarop zij de bestuurstaak dienen te vervullen.

SUMMARY

Introduction

For many years now, Dutch public authorities have had to take account of general principles of public administration (*algemene beginselen van behoorlijk bestuur*) primarily developed in the literature and in case-law. These principles set the norms for the decision-making process followed by these public bodies and give it legitimacy. Additionally, they provide legal protection to the population at large. This study focuses on the question of whether similar normative principles are available to the Management of a commercial enterprise. Inspired by the general principles of public administration, the author has investigated both legislation and case-law for evidence of general principles of proper business administration. Special attention was paid to the interpretation given to vague statutory norms, relating to companies, by the courts. These are rules of good faith, incorrect policy, gross mismanagement and 'unreasonable decisions'.

Formulating principles of 'proper management' is important for consistency in legislation applying to the management of companies and furthermore it may provide the authority required for such management. Generally speaking, these principles may be classified as legal norms. Consequently, action at variance with them, would in principle be held to be in conflict with the law. In Dutch company law, conflict with the law obtains where the violation of the principles is held to be in conflict with the norms of 'reasonableness and fairness' prescribed by the legislator for juristic persons (*rechtspersonen*) in general (art. 7 of Book 2 of the Dutch Civil Code and article 8 of Book Two of the New Dutch Civil Code (to be introduced shortly). The judge is guided by these norms in considering corporate as well as industrial relations. Although from the foregoing it is clear that the general principles of public administration formed a point of departure for this study, the author is conscious of the fundamental differences between administrative law and company law. Government's role is to serve the people; Management has to run companies. An important aspect of management is cooperation with other corporate bodies, each with its own duties and powers. For instance, the Shareholders' Meeting (*Aandeelhoudersvergadering*) has inalienable decision-making powers.

Research has been conducted into the type of duties other corporate bodies have in preparing policy decisions or controlling company policy. In trying to establish the extent to which they are able to exercise influence on the Management, the author has distinguished two concepts: 'full control' and 'marginal control'. It may be concluded that the Shareholders' Meeting, in exercising its powers, is able fully to control the actions of the Management. The same holds true for the Supervisory Board (*Raad van Commissarissen*). Day-to-day management, however, may be conducted as Management sees fit, not being subject to control by any corporate or outside body, so long as it remains within the limits of the law. In case of article 25 of the Works Councils' Act, the Works Council (*Ondernemingsraad*) can, in fact, only ask the court to examine the lawfulness of a particular decision, since appealing to the judge is the only means of preventing a decision from being taken.

The Research

A juristic person, with legal personality in Dutch private law, has the discretionary freedom to pursue its objects; Management represents this legal person and derives from it its freedom to serve the Company's objects, or its broader objective, the Company's interest. The manner in which this objective is best achieved is left to the discretion of the Management. This discretionary freedom is constrained by the norms of 'reasonableness and fairness' pursuant to article 7 of the Dutch Civil Code, although no legal consequences ensue from violation of these norms. The central point of this study is formed by an analysis of the statutory requirements imposed on a company (artt. 11, 350 and 355 of Book Two of the Dutch Civil Code and article 26, section 4, of the Works Councils Act). The provisions laid down in these articles are applied by the judge, when he is approached for a ruling on certain aspects of company policy. On the basis of these statutory rules, he may decide as follows:

- to annul a decision by reason of its being in conflict with the rules of 'good faith';
- to order an inquiry, if there is serious doubt about the 'correctness of policy';
- to decide that there has been 'gross mismanagement' and take the appropriate measures; or
- to repeal certain decisions taken, where, pursuant to the Works Councils Act 'unreasonableness' is established on the Management side.

Decided cases reveal that the judge respects the discretionary freedom of the Management in developing a policy and taking decisions, since the process of 'weighing of interests' is only marginally tested. The judge delimits Management's freedom according to statutory and other legal norms, in particular arbitrary behaviour (*willekeur*). The limits of reason-

able behaviour are exceeded where it is clear that no reasonable enterprise would reach a similar decision. When thus formulated, this limit on the special freedom of the Management reveals a close relationship with (more ethically based) general principles of law.

Where legal norms apply to company policy discretionary freedom does not exist. Legal norms exist in the form of both written law (statutes, articles of association, company by-laws, decisions) and unwritten law, including certain principles of 'proper management'. Some of these norms require a form of 'limited testing'.

Although there are various ways of testing company policy, the test of 'reasonableness' is the 'true' marginal test. The 'marginal quality' of the testing may vary from case to case. These variations in marginality are commensurate with the number and the significance of the interests to be weighed and may also vary according to the circumstances.

Principles

In the course of the study, the following principles were formulated by the author:

the principle of the careful weighting of interests against 'unreasonableness'

This principle implies a duty for the Management of a company to weigh, and weight, the interests involved, when defining the Company interest. These are the interests of shareholders, the employees, the concern as a whole, and third parties. This weighting must be conducted in a reasonable way. The law does not compel the Management to choose the best option (for instance the least burdensome). Judicial sanctions, however, may only be imposed, after the weighting of interests by the Management has been proven to be 'unreasonable'. This test of 'unreasonableness' is a fundamental principle of 'proper management'. The courts assessing these cases are faced with a range of changing factors influencing their assessment.

principle of legality

This general principle of law implies a duty for the Management to act within the law, respect public order and public morals, and to adhere to the company's articles of association and by-laws. There are but a few decided cases in which a single contravention of the law was deemed sufficient reason for a ruling of 'improper management'. On the contrary, it may be concluded that violating the law does not automatically result in 'improper management'. This among other things is contingent on the weighting of the provisions contravened, the gravity of the infringement and its frequency. An infringement of the norms of substantive law is

considered more serious than an infringement of a norm of procedural law. Infringing the rules governing the organization of the company is also looked upon as serious. Unwritten law is seldom given precedence over statutory law.

principle of purity of objective

The principle of purity of objective requires that the Management be first and foremost guided by the Company's interest and, secondly, that it not be guided by personal interest, including personal business interests. The prohibition of *dtournement de pouvoir* implies that the Management must exercise its powers in the interest of the Company. A power granted for a special purpose may only be exercised for that particular purpose. In practice, the importance of this principle is a limited one: special powers are seldom granted in Dutch company law. Moreover, it is difficult to prove the true intention of the Management. Of more practical relevance is the prohibition of conflict of interest, which forbids a member of the Board of Management to have private interests that conflicts with the Company's interest. The Management and its individual board members must serve the interests of the Company. However, only a few statutory provisions prescribe sanctions in the event of conflict of interest and the company's articles of association may provide for derogation from these provisions.

principle of careful preparation

This principle includes many requirements:

The requirement to collect information obliges the Management, prior to taking decisions, to collect information and conduct investigations. This requirement is considered not to have been met, if the Management has failed to collect adequate information and/or has failed to solicit adequate advice, and, consequently, the judge will rule that there has been 'improper management' (negative application). The Management is required to solicit advice or ask permission from the Shareholders' Meeting, the Supervisory Board and the Works Council, even if there is no statutory provision nor requirement for this in the articles of association.

The requirement to supply information obliges Management to provide those involved in the decision-making process with the relevant data. The type of information to be supplied is contingent on the specific duty of the body in question, as well as on statutory provisions. The required information must be supplied in due time for the body to play a proper role in the decision-making process and for its contribution to be of influence on the eventual decision. The information must be correct and must be a faithful representation of the situation. The right to information granted to the Works Council, is a 'strong' right compared to the right to information of the Shareholders' meeting and the Supervisory Board, because it is well-defined in statutory law and also enforceable.

The requirement to consult with bodies involved in the decision-making, implies a duty upon the Management to allow the members of these bodies to take part in the deliberations, and furthermore, to provide them with adequate information to ensure a proper exchange of views and to give them the time and opportunity to present their opinions in these consultations.

Finally, the Management may not initiate the implementation of a decision, until every stage in the decision-making process has been passed. Preparatory activity is allowed.

The author has found that in many cases company decisions cannot be implemented owing to a court decision on the grounds of a faulty decision-making procedure. From this it can be concluded that careful preparation is a basic principle of 'proper management'. A carefully executed decision-making process may even justify an unpopular decision.

principles of accountability

The requirement of Management accountability in Dutch company law is conspicuously evident e.g. accountability can be inferred from the division of powers within the company, from the requirement of providing correct and truthful information and, more particularly, from the requirement to state reasons for proposed decisions. The author has found that complete supervision goes with full accountability on the part of the Management. Full accountability entails a duty to state reasons. The requirement that reasons be stated at the Shareholders' meeting and to the Supervisory Board (except where the day-to-day management is concerned) is important. A more restricted duty of stating reasons exists with respect to the Works Council. The validity of the reasons stated has been primarily argued in cases involving the Works Council. From these decided cases, it is concluded that the statement of reasons presented by the Management should be factually correct and the reasons given should be consistent. The statement of reasons is particularly inadequate if the Company has left questions unanswered or has given evasive answers. This principle of validity of stated reasons is a principle of substantive law and is also applicable with regard to the other corporate bodies, the Shareholders' Meeting and the Supervisory Board. The judge attaches considerable weight to the reasons for a decision or a policy. From this it may be inferred that the principle of accountability is considered an important principle of 'proper management'.

principle of legitimate expectations

The principle of legitimate expectations can be found in the legal concepts of 'promise' and 'agreement' under company law. A 'promise' is only binding if the weighting of interests by the Management has been marginally

reweighed by the judge and has not been found grossly unreasonable. The principle of legitimate expectations is - as not every violation constitutes a form of 'improper management' - not a legal norm. Agreements between the Company and the Works Council are not agreements in the sense of Dutch contract law, but they do have legal relevance.

principle of equality

The principle of equality is expressed in various provisions laid down in company law. It is a valid principle where the shareholders are concerned, based on the protection of minority shareholders. Derogations from the principle of equal treatment are permitted (and frequent), provided that they are founded on the articles of association. The principle of equality is a principle in its own right, although, in practice, in many cases the test of 'unreasonableness' will be applied. This principle of equal treatment also applies with regard to the members of the other bodies that operate as councils. It is based on the principle that membership in such bodies by definition requires equal treatment (*collegialiteit*).

principle of control over company organization

This embryonic principle implies the duty of the Management to ensure that the organization of the decision-making procedure and the flow of information within the Company is such that the data on the position and activities of the company reaches the responsible bodies, in particular, if the position of the Company is at issue. Furthermore, the principle implies a duty for the Management, by virtue of its authority as employer, to act to change policy, if the circumstances within the Company so require.

principle of continuity of management

This principle in embryo implies a duty for the Management to ensure that the Company is not at any time left unmanaged. This means that there should be no long-term vacancies in the corporate bodies, that timely measures should be taken with regard to succession of any member of the Management board and that deadlock among and within corporate bodies are resolved.

In the opinion of the author, many of the legal principles defined above are legal norms: in principle, violation of these norms constitutes 'improper management'. When a legal norm has been violated, invoking company interest as a justification for particular conduct is not always successful, precisely because of this qualification.

The system of norms, as found by the author, may be used by the judge as a frame of reference in assessing Management decisions and policies. It

also offers some guidance for the bodies of the Company, i.e. the Shareholders' Meeting, the Supervisory Board and the Works Council, where supervision is concerned. However, these bodies are not bound by the norms. For those members charged with the management of a company, the system presented here may offer guidelines on how to perform their managerial duties.

Vertaald door L.W. Rayar

ZUSAMMENFASSUNG

Bereits seit vielen Jahren müssen Behörden sich an durch Lehre und Rechtsprechung entwickelte Prinzipien ordnungsgemäßen Verwaltungshandeln halten. Die von Behörden genommenen Beschlüsse werden durch derartige Prinzipien normiert und legitimiert. Dabei ist das Rechtsschutzinteresse des Bürgers von besonderer Bedeutung.

Kernpunkt dieser Studie formt die Frage, ob auch Organe von Unternehmen an derartige Grundsätze gebunden sind. Inspiriert durch die allgemeinen Prinzipien ordnungsgemäßer Verwaltung wurde untersucht, ob in Gesetzgebung und Rechtsprechung sich derartige Prinzipien für Unternehmen nachweisen lassen. Hierbei stand die Rechtsprechung bezüglich unbestimmter Rechtsbegriffe wie etwa Treu und Glauben, falsche Unternehmenspolitik, Mißwirtschaft und offensichtlich unbillige Beschlüsse, soweit sie sich auf das Handeln von Gesellschaftsorganen bezog, im Mittelpunkt der Forschung.

Die Entwicklung derartiger Prinzipien ist bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Organhandeln von Bedeutung. Auch können Gesellschaftsorgane ihre Handlungsweise aufgrund solcher Prinzipien legitimieren. Grundsätzlich können diese als Rechtsnormen, Zuwiderhandlung als Rechtsbruch, angesehen werden. Im niederländischen Gesellschaftsrecht kann der Verstoß hiergegen als ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben aufgefaßt werden, den der Gesetzgeber für juristische Personen in den Artikeln 2:7 BW (*Burgerlijk Wetboek*/Zivilgesetzbuch) und 2:8 NBW (*Nieuw Burgerlijk Wetboek*/Neues Zivilgesetzbuch) festgelegt hat. Dieser Grundsatz von Treu und Glauben wurde durch die Rechtsprechung allgemein für das Gesellschaftsrecht herangezogen, etwa bei der Beurteilung von Problemen zwischen dem Vorstand und dem *ondernemingsraad* (Betriebsrat).

Obwohl im Rahmen dieser Forschungsarbeit Inspiration vor allem im Verwaltungsrecht und den hierfür entwickelten Prinzipien ordnungsgemäßen Verwaltungshandeln gesucht wurde, wurden die grundsätzlichen Unterschiede zwischen Verwaltungs- und Gesellschaftsrecht keineswegs geleugnet. Die Verwaltung hat gegenüber dem Bürger eine die-

nende Funktion. Ein Unternehmen muß dagegen durch eine Unternehmensführung geleitet werden, die mit verschiedenen Organen mit wiederum eigenen Verwaltungs- und Entscheidungsbefugnissen zusammenarbeiten muß. Gerade diese Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Gesellschaftsorganen formt einen bedeutsamen Teil der Unternehmensverwaltung. Für jedes dieser Organe wurde untersucht, in wie weit diese zur Formulierung der Unternehmenspolitik beitragen und hierfür verantwortlich sind. Zur Beurteilung der Reichweite ihrer Einflußnahme auf die Unternehmensführung wurden die Begriffe unbeschränkte und beschränkte Überprüfung eingeführt. Dabei kann festgestellt werden, daß die Hauptversammlung der Aktionäre über ein Recht zur unbeschränkten Überprüfung des Vorstandshandelns verfügt (Gesamtaufsicht). Dies gilt ebenso für den Aufsichtsrat. Nur ein kleiner Kern der Geschäftsführung kann durch den Vorstand gänzlich nach eigenem Ermessen ausgeführt werden, d.h. ohne Kontrolle durch ein anderes Organ innerhalb oder außerhalb der Gesellschaft. Der *ondernemingsraad* (Betriebsrat) kann im Rahmen von Artikel 25 WOR (*Wet op de Ondernemingsraden/ Betriebsratsgesetz*) lediglich die Rechtmäßigkeit eines Beschlusses überprüfen lassen, da er alleine durch gerichtliche Entscheidung die Ausführung eines Gesellschaftsbeschlusses verhindern kann.

Kern der Forschungsarbeit

Eine Gesellschaft verfügt als privatrechtliche juristische Person über die Freiheit, den (von den Gründern festgelegten) Gesellschaftszweck zu verfolgen. Der Vorstand ist als Vertretung der Gesellschaft befugt, diesem Gesellschaftszweck oder im weiteren Sinne den Unternehmensinteressen zu dienen. Der Vorstand kann nach eigenem Ermessen beschließen, wie dieses Ziel am besten verwirklicht werden kann. Hierbei ist der Vorstand an den in Artikel 2:7 BW niedergelegten Grundsatz von Treu und Glauben gebunden, wobei allerdings ein Verstoßeinzig und allein gegen diese Norm an sich keine Rechtsfolgen verursacht. Hierfür bedarf es vielmehr der näheren Ausfüllung und Konkretisierung.

Kern der Forschungsarbeit bildet eine Analyse der gesetzlichen Verpflichtungen (Artikel 2:11, 350 und 355 BW sowie Artikel 26 Absatz 4 WOR), die die Gesellschaft beziehungsweise den Unternehmer und damit die Unternehmensleitung (Vorstand bzw. Geschäftsführer) verpflichten.

Diese Artikel sind die gesetzlichen Normen, die den Gerichten bei der Beurteilung der Unternehmensführung zur Verfügung stehen:

- Aufhebung eines Beschlusses wegen des Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2:11 BW)
- Anordnung einer Untersuchung bei ernsthaftem Zweifel hinsichtlich der Korrektheit der Unternehmensführung

- Beschluß zur Feststellung von Mißwirtschaft und damit verbundenen Maßnahmen
- Widerruf bestimmter Beschlüsse im Sinne des WOR im Falle offensichtlicher Unbilligkeit

Aus der Analyse der Rechtsprechung läßt sich nachweisen, daß die Gerichte die Freiheit der Unternehmensführung hinsichtlich der Unternehmenspolitik respektiert, in dem sie diese lediglich einer beschränkten Überprüfung unterwerfen.

Ihre Schranken findet die Unternehmerfreiheit in der Rechtsordnung und, namentlich aufgrund des Willkürverbots. Die Grenze ist dann überschritten, wenn "kein billig handelnder Unternehmer zu einem derartigen Beschluß kommen konnte". Diese Formulierung zeigt den deutlichen Zusammenhang zwischen Unternehmerfreiheit und ihrer Schranken einerseits und den (von ethischen Maßstäben durchdrungenen) allgemeinen Rechtsprinzipien andererseits. Unternehmerfreiheit besteht nicht, falls Rechtsnormen diese beschränken. Der Normenkatalog setzt sich aus geschriebenen (Gesetze, Verordnungen, Satzungen, Beschlüsse) und ungeschriebenen Rechtsnormen zusammen. Zu den letzteren gehören gerade die Prinzipien ordnungsgemäßer Unternehmensführung. Diese Rechtsnormen können eine beschränkte Überprüfung vorschreiben.

Obwohl verschiedene Möglichkeiten bestehen, die Unternehmensführung zu überprüfen, so ist doch die Frage nach der Billigkeit einer Entscheidung die "echte" beschränkte Überprüfung. Der Maßstab bei dieser beschränkten Überprüfung kann von Fall zu Fall unterschiedlich sein. Diese Unterschiede ergeben sich durch die verschiedenen Interessen und ihre Bedeutung, die im Rahmen der Norm abgewogen werden müssen, sowie aufgrund der unterschiedlichen Umstände.

Die folgenden Prinzipien wurden formuliert:

Sorgfältige Interessenabwägung/Willkürverbot

Gemäß diesem Prinzip muß die Unternehmensleitung (Vorstand bzw. Geschäftsführer) zur Feststellung des Unternehmensinteresses die verschiedenen Interessen gegeneinander abwägen. Hierbei können die Aktionärsinteressen, die Interessen der Arbeitnehmer, des Konzerns als ganzem sowie die Interessen bestimmter Dritter (Gläubiger) eine Rolle spielen. Die Abwägung muß auf eine angemessene Weise vorgenommen werden. Das Recht legt der Unternehmensleitung keine Verpflichtung auf, von den gegebenen Alternativen die beste Lösung zu wählen (z.B. die kostenneutralste Lösung). Gerichtliche Maßnahmen folgen erst dann, wenn die durch die Unternehmensleitung vorgenommene Interessenabwägung offensichtlich unbillig ist (Willkürverbot). Bei der Abwägung der

unterschiedlichen Interessen scheinen - je nach Fall - verschiedene, stets unterschiedliche Faktoren eine Rolle zu spielen.

Gesetzmäßigkeit

Dieses Prinzip beinhaltet, daß die Unternehmensleitung sich an das Gesetz, die öffentliche Ordnung, die Satzung und Bestimmungen halten muß und dabei nicht sittenwidrig handeln darf. In der Rechtsprechung lassen sich aber wenige Fälle nachweisen, wobei einzig und allein ein Gesetzesverstoß als ein Fall ordnungswidriger Unternehmensführung geahndet wurde. Im Gegenteil, man kann feststellen, daß einzig und allein eine Gesetzesübertretung in der Regel nicht zur Feststellung ordnungswidriger Unternehmensführung führt. Eine derartige Feststellung hängt vielmehr von der verletzten Norm ab, ebenso wie von der Schwere der Verletzung sowie von der Tatsache, ob der Verstoß regelmäßig vorkommt. Der Verstoß gegen materielles Recht wiegt schwerer als eine Verletzung von Formvorschriften. Ein Verstoß gegen die Organisationsstruktur der Gesellschaft gilt ebenfalls als schwerwiegend. Die Anwendung ungeschriebener Normen gegen den Wortlaut des Gesetzes kommt nur in äußerst seltenen Fällen vor.

Lauterheit der Interessen/Verbot des Rechtsmißbrauchs

Gemäß dem Prinzip der Lauterheit der Interessen muß sich die Unternehmensleitung bei ihrer Beschlußfassung einzig und allein von den Unternehmensinteressen bestimmen lassen. Persönliche Interessen (z.B. Geschäftsinteressen) dürfen keine Rolle spielen. Das Verbot des Rechtsmißbrauchs (*détournement de pouvoir*) beinhaltet, daß die Unternehmensleitung ihre Kompetenz in jedem Falle im Unternehmensinteresse ausüben muß. Falls eine Kompetenz zweckgebunden verliehen ist, muß diese auch zweckgemäß ausgeübt werden. Die Bedeutung dieser Regel ist allerdings gering: Zweckgebundene Kompetenzen sind im Gesellschaftsrecht selten, desweiteren ist der Beweis hinsichtlich der wahren Zielsetzung gegen die Unternehmensleitung schwierig zu erbringen. Wesentlich bedeutungsvoller ist das Verbot der Interessenverknüpfung, wonach Privatinteressen sich nicht mit Unternehmensinteressen überschneiden dürfen. Die Unternehmensleitung muß dem Unternehmensinteresse dienen. Nichtsdestotrotz sind derartige Regeln vereinzelt in Gesetzestexten aufgenommen und darf häufig von Regelungen, die Interessenüberschneidungen verhindern sollen, abgewichen werden.

sorgfältige Planung

Dieses Prinzip umfaßt verschiedene Verpflichtungen:

Die Untersuchungspflicht beinhaltet, daß die Unternehmensleitung vor Beschlußnahme entsprechende Informationen sammeln und untersuchen muß. Die Rechtsprechung geht dabei von einer negativen Feststellung aus, d.h. im Falle, daß das Gericht der Ansicht ist, die Unternehmensleitung habe zu wenig Informationen gesammelt bzw. zu wenig Aufklärung in Form von Gutachten gesucht, dann liegt ein Verstoß gegen das Prinzip ordnungsgemäßer Unternehmensführung vor. Auch dann, wenn weder Gesetz noch Satzung dies vorschreiben, muß die Unternehmensleitung den Rat oder die Zustimmung der Aktionärsversammlung, des Aufsichtsrates und des *ondernemingsraad* (Betriebsrat) einholen.

Die Aufklärungspflicht beinhaltet, daß diejenigen, die an der Beschlußfassung beteiligt sind, die notwendigen Informationen erhalten. Welche Informationen zu geben sind, hängt, abgesehen von gesetzlichen Vorschriften, vom Aufgabenbereich des jeweiligen Organs ab. Die Information muß rechtzeitig gegeben werden, so daß das entsprechende Organ seine Aufgabe bei der Beschlußfassung ordnungsgemäß ausüben kann. Auch muß das Organ in der Lage sein, Einfluß auf den endgültigen Beschluß zu nehmen. Die Information muß richtig sein und den Tatsachenstand korrekt wiedergeben.

Im Vergleich zu Hauptversammlung und zum Aufsichtsrat ist das Informationsrecht des *ondernemingsraad* (Betriebsrates) noch stärker.

Die Verpflichtung zur Rücksprache mit den Organen, die bei der Beschlußfassung betroffen sind, besteht insoweit, als die Unternehmensleitung den anderen Organen die Möglichkeit bieten muß, vor der Beschlußfassung an einer Beratung teilzunehmen. Während dieser muß genügend Zeit zum Meinungsaustausch eingeräumt werden. Auch muß die für einen fruchtbringenden Meinungsaustausch notwendige Information an die Mitglieder der anderen Organe gegeben werden.

Die Unternehmensleitung darf weiterhin nicht mit der Ausführung eines Beschlusses beginnen, vor die Beschlußfassung noch nicht abgerundet ist. Vorbereitende Maßnahmen sind jedoch gestattet.

Festgestellt werden kann, daß Gesellschaftsbeschlüsse häufig aufgrund von Verfahrensfehlern scheitern. Auch wird manchmal auf ein sorgfältiges Verfahren hingewiesen, um eine benachteiligende Interessenabwägung zu rechtfertigen.

Rechenschaft

Im Gesellschaftsrecht gibt es verschiedene Formen für die Unternehmensleitung, um Rechenschaft abzulegen. Diese Verpflichtung zur Verantwortung folgt aus der Kompetenzverteilung innerhalb des Unternehmens, aus der Pflicht zur korrekten Information sowie insbesondere aus der

Begründungspflicht. Hierbei kann festgestellt werden, daß im Falle der Gesamtaufsicht hieraus auch eine volle Verantwortlichkeit fließt, die wiederum eine Begründungspflicht beinhaltet. Dies bedeutet eine erhebliche Begründungspflicht gegenüber der Hauptversammlung und dem Aufsichtsrat (mit Ausnahme der alltäglichen Geschäftsführung) und eine beschränktere Begründungspflicht gegenüber dem *ondernemingsraad* (Betriebsrat).

Die Stichhaltigkeit der Begründung hat vor allem die Rechtsprechung zum WOR beschäftigt. Laut dieser Rechtsprechung muß die gegebene Begründung korrekt und in sich schlüssig sein. Undeutlich ist die Begründung insbesondere dann, wenn die Unternehmensleitung im Rahmen der Begründung keine oder eine ausweichende Antwort auf die durch den *ondernemingsraad* (Betriebsrat) gestellte Fragen gibt. Dieser an inhaltliche Maßstäbe gebundene Motivierungsgrundsatz gilt auch im Verhältnis zwischen den anderen Organen. In der Rechtsprechung wird den Entscheidungsgründen, die zu einem Beschluß geführt haben, besondere Aufmerksamkeit geschenkt. Hieraus läßt sich auch die Bedeutung der Rechenschaftsablegung ablesen.

Vertrauensgrundsatz

Die Frage nach dem Vertrauensgrundsatz stellt sich im Gesellschaftsrecht bei Zusagen und Vereinbarungen. Zusagen binden nur dann, wenn die Interessenabwägung innerhalb der Unternehmensführung bei einer marginalen Überprüfung durch das Gericht nicht als unbillig bewertet wurde. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes ist, da nicht jeder Verstoß als ordnungswidrige Unternehmensführung gewertet wird, keine Rechtsnorm.

Gleichheitssatz

Der Gleichheitssatz gilt aufgrund verschiedener gesetzlicher Regeln auch im Gesellschaftsrecht. Er gilt jedenfalls bezüglich der Aktionäre, wobei der Schutz der Minorität zentral steht. Vom Gleichheitssatz kann abgewichen werden (dies ist auch häufig der Fall), falls eine dementsprechende Regelung in der Satzung aufgenommen worden ist. Als selbstständiger Grundsatz ist der Gleichheitsgrundsatz von geringerer Bedeutung, da oft in den einschlägigen Fällen ein Verstoß gegen das Willkürverbot geahndet wird. Der Gleichheitssatz gilt auch zwischen den Mitgliedern von anderen Kollegialorganen, wobei die Grundlage hier der Kollegialitätsgrundsatz bildet.

Organisationskontrolle

Gemäß diesem Prinzip, das sich bis jetzt noch in statu nascendi befindet, muß die Unternehmensleitung dafür sorgen, daß die Organisations- und Kommunikationsstruktur innerhalb des Unternehmens dermaßen geregelt ist, so daß die verantwortlichen Organe über ausreichende Information bezüglich der Geschäftslage des Unternehmens verfügen. Dies gilt insbesondere im Falle einer besorgniserregenden Lage. Desweiteren muß die Unternehmensleitung laut diesem Prinzip als Arbeitgeber oder als Holdinggesellschaft dann in die Geschäftsführung eingreifen, wenn der Zustand des Unternehmens dazu Anlaß gibt.

Fortsetzung der Unternehmensführung

Gemäß diesem Prinzip, ebenfalls noch in statu nascendi, muß die Unternehmensführung dafür sorgen, daß das Unternehmen nicht führungslos wird. Dies bedeutet, daß Personalstellen in der Unternehmensführung so schnell möglich besetzt werden, für die Nachfolge in der Unternehmensleitung rechtzeitig Maßnahmen getroffen werden müssen und, daß ein Patt innerhalb und zwischen Organen gelöst werden muß.

Viele dieser besonderen Rechtsprinzipien sind nach Meinung der Verfasserin Rechtsnormen mit der Konsequenz, daß eine Zuwiderhandlung im Prinzip als ordnungswidrige Unternehmensführung zu qualifizieren ist. Die Qualifizierung als Rechtsnorm bewirkt, daß im Falle eines Verstoßes hiergegen, das Unternehmensinteresse nicht immer eine ausreichende Rechtfertigung bietet.

Der entwickelte Normenkatalog bietet einerseits einen Bezugsrahmen für die Rechtsprechung bei der Beurteilung der Unternehmensbeschlüsse und der Unternehmenspolitik, andererseits können auch die Aufsichtsorgane, Hauptversammlung, Aufsichtsrat und *ondernemingsraad* (Betriebsrat) einige Sicherheit bei der Ausübung ihrer Funktion gewinnen. Sie sind bei der Ausführung ihrer Befugnisse nicht an diese Normen gebunden. Für diejenigen, die in der Unternehmensführung tätig sind, sollen die entwickelten Prinzipien als Richtschnur dienen.

Vertaald door Ass. Iur. H. Schneider

RECHTSPRAAKREGISTER

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

- 2 december 1926, NJ 1927, blz. 102 (Coöp. ver. Westerwolde) 165
25 november 1927, NJ 1928, blz. 364 (Kretzschmar/Mendes de Leon) 181
30 maart 1928, NJ 1928, blz. 829 68, 74, 155
25 april 1929, NJ 1929, blz. 1261 (Coöp. ver. Ter Apel) 165
7 december 1932, PW 13310 47
14 december 1932, W 12872 47
29 november 1934, NJ 1935, blz. 698 116
12 januari 1939, NJ 1939, 535 (Nedigepha) 59
17 mei 1940, NJ 1940, 968 (Hagelverzekeringsmaatschappij) 64
14 november 1940, NJ 1941, 321 (Maas/Amazone) 70
9 januari 1941, NJ 1941, 528 (Willink/Ter Kuile) 76
13 februari 1942, NJ 1942, 360 (Eerste Koedoe) 39
21 mei 1943, NJ 1943, 484 (Tweede Koedoe) 18, 20
30 juni 1944, NJ 1944, 465 (Wennex) 21
1 april 1949, NJ 1949, 465 (Doetinchemse IJzergieterij) 6, 62, 68
31 januari 1955, NJ 1959, 43 (Forum-Bank) 10
27 januari 1956, NJ 1956, 48 (Unipart/RDM) 31
2 maart 1956, NJ 1956, 151 (Gennep/Continental) 152
21 december 1956, RvdW 1957, 1 73
13 november 1959, NJ 1960, 472 (Distilleerderij Melchers) 21
4 januari 1963, NJ 1964, 434 (Scholten) 61
11 januari 1963, NJ 1964, 433 (RCMA) 18, 20, 21
30 oktober 1964, NJ 1965, 107 (Mante) 8, 21, 47, 81, 115
21 mei 1965, NJ 1965, 365 (Mogendorff) 76
18 februari 1966, NJ 1966, 208 3
15 juli 1968, NJ 1969, 101 (Wijsmuller) 46, 81, 113
6 juni 1969, NJ 1969, 317 (Curaçaose Chinese Club) 81
19 maart 1975, NJ 1976, 267, ROR 1971-1984/136 (HVA/Westertoren) 155
14 november 1975, NJ 1978, 136 (Billiton) 166
24 september 1976, NJ 1978, 135 (Erdal) 166
17 december 1976, NJ 1977, 241 (Bunde/Erckens) 153
12 april 1978, NJ 1979, 533 149
23 maart 1979, NJ 1979, 534 (Oberman) 150
13 februari 1981, NJ 1981, 456 (Heesch/Reijs) 150

16 juni 1981, NJ 1981, 586 3
 18 juni 1982, NJ 1983, 200 (De Vries/Elderveld) 20
 7 juli 1982, NJ 1983, 35, ROR 1971-1984/84 (ENKA) 32, 34, 35, 38, 149, 152, 153, 154, 158
 17 september 1982, NJ 1983, 195 (Sterk Baksteenmuur) 46
 3 november 1982, NJ 1983, 510 3
 4 februari 1983, NJ 1983, 543 (Debrot) 180
 16 december 1983, NJ 1984, 718 113
 7 februari 1984, NJ 1984, 527 3
 11 juli 1984, NJ 1985, 212 (Howson Algraphy) 111
 2 november 1984, NJ 1985, 446 (Blok/De Haan) 41
 16 november 1984, NJ 1985, 624 (Buena Vista) 47
 25 januari 1985, NJ 1985, 559 (Patelski/Sittard) 150
 21 juni 1985, NJ 1985, 838 (Febeco) 21, 48
 1 juli 1985, NJ 1986, 692 (KRO/Frenkel) 150, 151, 153
 9 mei 1986, NJ 1986, 792 (Keulen/Bouwfonds) 36
 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (Heesch/Van den Akker) 54
 13 juni 1986, NJ 1986, 825 (De Leeuw/Wijnen) 36
 21 oktober 1986, NJ 1987, 362 3
 24 december 1986, NJ 1987, 903 (ADM/Lantana) 51, 172
 19 februari 1988, NJ 1988, 487 (Albada/Inza) 36
 19 mei 1989, NJ 1989, 652 46
 10 juli 1989, RvdW 198 (Campina) 158
 20 oktober 1989, RvdW 32 (Ellem Beheer BV) 73
 10 januari 1990, RvdW 23 (OGEM) 24, 39, 41, 42, 50, 51, 72, 84, 85, 88, 96, 99, 100, 117, 134, 171, 172, 175

AFDELING RECHTSPRAAK RAAD VAN STATE

30 mei 1978, AB 1979, 93 (Teuge) 82
 18 februari 1982, RM 1981-1982, nr. 74 (Philips) 104, 105, 156
 26 juli 1983, AB 1983, 587 161

KONINKLIJK BESLUIT (KB)

3 maart 1970, AB 1970, 202 139

CENTRALE RAAD VAN BEROEP

27 juli 1960, AB 1961, blz. 323 144
 11 juni 1981, AB 1981, 458 162

HOF VAN JUSTITIE NEDERLANDSE ANTILLEN

29 november 1960, NJ 1961, 329 (PPA) 36

MINISTER VAN SOCIALE ZAKEN EN WERKGELEGENHEID

3 februari 1982, RM 1981-1982, nr. 72 (Howson Algraphy) 105
16 juli 1984, RM 1984, nr. 50 157
30 augustus 1984, ROR 1971-1984/126, RM 1984, nr. 56 103, 105
11 juni 1986, ROR 1986/40 105
6 februari 1987, ROR 1987/18 (Honeywell) 103, 104, 105
22 juli 1987, ROR 1987/38 121

HOF AMSTERDAM (ONDERNEMINGSKAMER)

3 mei 1972, NJ 1973, 7 37, 42, 85, 101
15 november 1973, NJ 1974, 293 50
27 maart 1974, NJ 1975, 76 (HVA/Westertoren) 22, 31, 144
22 januari 1976, NJ 1977, 341 22, 31
18 maart 1976, NJ 1978, 317 34
21 september 1978, NJ 1979, 403 50, 96, 97, 144, 145
21 juni 1979, NJ 1980, 71, RM 1971-1981, nr. 95 (BATCO) 19, 24, 33, 34,
35, 39, 40, 49, 120, 121, 151, 152, 153
21 juni 1979, NJ 1980, 73, ROR 1971-1984/151, RM 1971-1981, nr. 97
(VHLF) 85, 86, 107, 120
1 mei 1980, NJ 1981, 271, ROR 1971-1984/79, RM 1971-1981, nr. 55
(Lingeziekenhuis) 89
1 mei 1980, NJ 1981, 243 50
29 mei 1980, NJ 1981, 272, ROR 1971-1984/152, RM 1971-1981, nr. 98
(Heidemij) 22, 26, 38, 107, 120, 145
21 augustus 1980, RM 1971-1981, nr. 56 (Pensioenfonds) 26, 28, 42, 124
22 januari 1981, NJ 1982, 243, ROR 1971-1984/81, RM 1981-1982, nr. 40
(Mobil Oil) 26, 27, 33
19 februari 1981, NJ 1982, 244, RM 1981-1982, nr. 41 (Duits concern) 26,
32, 33, 34, 124
11 juni 1981, NJ 1982, 247, ROR 1971-1984/82, RM 1981-1982, nr. 46
(Busstalling) 33, 42, 107
11 juni 1981, ROR 1971-1984/153, RM 1981-1982, nr. 84 50
25 juni 1981, NJ 1982, 248 124
22 oktober 1981, NJ 1983, 35 (ENKA) 34, 35, 38, 120, 153, 158
19 november 1981, NJ 1982, 298, RM 1981-1982, nr. 51 27, 166
10 december 1981, NJ 1983, 24, ROR 1971-1984/154, RM 1981-1982, nr.
83 (Ford) 22, 34, 40, 49, 107, 110, 120, 168
28 december 1981, NJ 1983, 25 50, 51
14 januari 1982, NJ 1983, 26, ROR 1971-1984/85, RM 1981-1982, nr. 53
(Alpha) 41, 42, 85, 152, 154
14 januari 1982, NJ 1983, 28, RM 1981-1982, 54 158
21 januari 1982, NJ 1983, 31, RM 1981-1982, nr. 55 85, 107
4 februari 1982, NJ 1983, 29, RM 1981-1982, nr. 56 26, 28, 39, 40
25 februari 1982, NJ 1983, 27, ROR 1971-1984/86, RM 1981-1982, nr. 57
(AVRO) 27, 41, 52, 85, 90

11 maart 1982, NJ 1983, 30, RM 1981-1982, nr. 58 26, 27, 32, 34, 35, 39, 85
 15 april 1982, NJ 1983, 747, ROR 1971-1984/87, RM 1981-1982, nr. 59 90, 139
 27 mei 1982, NJ 1983, 745, RM 1981-1982, nr. 61 (Philips) 26, 52
 10 juni 1982, RM 1981-1982, nr. 62 (Mator) 26, 27, 84, 90
 24 juni 1982, RM 1982-1983, nr. 42 90
 8 juli 1982, RM 1982-1983, nr. 43 90, 120, 121, 139
 2 december 1982, NJ 1983, 747, RM 1982-1983, nr. 44 (Kernenergie installatie) 27, 32, 38
 17 maart 1983, NJ 1984, 462 (Linders/Hofstee) 50, 72, 73
 17 maart 1983, NJ 1984, 732, ROR 1971-1984/88, RM 1982-1983, nr. 45 139, 140, 167
 2 juni 1983, NJ 1985, 212, RM 1982-1983, nr. 47 (Howson) 110
 23 juni 1983, NJ 1984, 571, ROR 1971-1984/148, RM 1982-1983, nr. 73 (Hyster) 34, 99, 110
 21 juli 1983, NJ 1984, 776, ROR 1971-1984/89, RM 1982-1983, nr. 48 90
 27 oktober 1983, NJ 1984, 793, RM 1982-1983, nr. 49 (Hoechst) 27
 17 november 1983, NJ 1984, 742, ROR 1971-1984/90, RM 1982-1983, nr. 50 90
 8 december 1983, ROR 1971-1984/92, RM 1982-1983, nr. 53 86, 107, 154
 5 april 1984, RM 1984, nr. 33 (Welterhof) 26, 27, 42
 5 april 1984, NJ 1985, 501, ROR 1971-1984/93, RM 1984, 34 107, 139, 145
 24 mei 1984, NJ 1985, 502, ROR 1971-1984/94 (Paktank) 139, 145, 152, 153, 154
 21 juni 1984, NV 1984, blz. 160 51
 21 juni 1984, NJ 1985, 503, RM 1984, nr. 36 90, 145
 30 augustus 1984, NJ 1985, 475, ROR 1971-1984/96 (Amfas) 52, 91, 152
 1 november 1984, RM 1984, nr. 39, ROR 1971-1984/97 91, 157
 24 januari 1985, ROR 1985/20 145
 4 juli 1985, NJ 1986, 498, ROR 1985/24 (Interpharm) 145, 151
 29 augustus 1985, ROR 1985/38 (Howson Algraphy) 34, 107, 121, 153
 17 oktober 1985, ROR 1985/25 26, 120
 24 oktober 1985, ROR 1985/26 (Het Loo Erf) 27, 37, 86
 7 november 1985, ROR 1985/27 90
 14 november 1985, NJ 1986, 555, ROR 1985/28 (Dongemond) 139, 145, 152, 154, 167
 19 december 1985, NV 1986, blz. 83 (ADM) 172
 19 december 1985, ROR 1985/29 90
 16 januari 1986, NV 1986, blz. 84 (Briljant) 51
 16 januari 1986, ROR 1986/16 (NOS) 139, 152, 154
 23 januari 1986, ROR 1986/17 (Bedrijfsvereniging Bakkersbedrijf) 90
 23 januari 1986, NJ 1988, 225, ROR 1986/18 (VAD) 145
 23 januari 1986, ROR 1986/19 (Zuidooster) 90
 26 juni 1986, NJ 1988, 329, ROR 1986/25 (Venray) 85, 91, 145
 16 oktober 1986, NJ 1988, 331, ROR 1986/26 90
 13 november 1986, ROR 1986/29 124
 20 november 1986, NJ 1988, 330, ROR 1986/30 (Radboudziekenhuis) 65

27 november 1986, NJ 1988, 359, ROR 1986/31 (Organon) 145
 8 januari 1987, ng nr. 36/86 (SSH) 33
 12 maart 1987, ROR 1987/10 145
 12 maart 1987, ROR 1987/7 (RIAGG) 26
 2 april 1987, NJ 1988, 382, ROR 1987/25 (Shell/KSEPL) 91, 111
 9 april 1987, NJ 1988, 403, ROR 1987/8 (WN) 85, 92, 107, 118
 16 april 1987, NJ 1988, 183, ROR 1987/40 (Stolk) 50, 51, 172
 7 mei 1987, NJ 1988, 429, ROR 1987/11 (SHB) 107, 145
 7 mei 1987, NJ 1988, 516 (Uittr) (Emmakinderziekenhuis) 90, 91
 21 mei 1987, ROR 1987/9 (Cito) 89
 21 mei 1987, ROR 1987/13 (SOOA) 33, 145
 2 juli 1987, ng nr. 24/87 (Bomco) 51
 2 juli 1987, NJ 1988, 517, ROR 1987/27 (RIAGG) 90, 107
 9 juli 1987, NV 1987, blz. 246 (Havensleepdienst) 90
 27 augustus 1987, ROR 1987/28 (Radboudziekenhuis) 90
 1 oktober 1987, SR 1987, blz. 404-405 (Postbank) 84, 107
 8 oktober 1987, NJ 1989, 270 (Van der Klis BV) 3, 24, 51, 73, 171
 22 oktober 1987, ROR 1987/30 (Smit) 107, 145
 22 oktober 1987, ROR 1987/31 (Vijverdal) 26, 33, 39
 26 november 1987, NJ 1989, 271, ROR 1987/32 (IKON) 3, 53, 91, 94, 111, 151
 3 december 1987, NV 1988, blz. 78-80 (OGEM) 24, 39, 41, 42, 49, 50, 51, 72, 85, 88, 96, 99, 100, 117, 134, 171, 172
 7 januari 1988, NJ 1989, 827 (VBB) 37, 87, 115, 117
 14 april 1988, ROR 1988/10 (GAK) 122
 21 april 1988, ROR 1988/17 90
 9 juni 1988, NV 1988, blz. 184 (VVAA) 50, 173
 30 juni 1988, NV 1988, blz. 214-215 (Hogenes) 51
 30 juni 1988, NJ 1989, 340, ROR 1988/9 (Midden Twente) 51, 145
 7 juli 1988, NJ 1989, 845, ROR 1988/29 (Fluke) 26, 33, 34, 85, 145
 21 juli 1988, ng nr. 23/88 (Anderson Europa BV) 50, 51
 25 augustus 1988, NJ 1989, 308 (Corocor) 10, 31, 40
 3 november 1988, ng nr. 11/88 (Techn. Bedrijven) 84
 15 december 1988, ng nr. 31/88, 32/88 173
 22 december 1988, ROR 1988/30 (De Centrale) 27
 5 januari 1989, NJ 1990, 298 (Van Dijk BV) 50, 76
 2 februari 1989, NJ 1980, 146 (Friesendorp) 172
 2 februari 1989, NJ 1990, 86 (Kodak) 72, 73
 16 februari 1989, ROR 1989/7 (DE) 26, 27, 33, 40, 157
 9 maart 1989, ROR 1989/9 (Bondsspaarbank) 27, 52, 84, 145, 158
 23 maart 1989, ROR 1989/6 (RIAGG) 103, 145
 20 april 1989, ROR 1989/4 (NMB) 145, 152, 154
 20 april 1989, NV 1989, blz. 171 (Best Golf & Country) 50, 172, 173
 29 juni 1989, ROR 1989/11, 90
 19 oktober 1989, NJ 1990, 372 51, 76
 7 december 1989, ng nr. 4/89 151
 7 december 1989, NJ 1990, 242 (VBB) 41, 65, 84, 96, 134, 142

21 december 1989, ng nr. 35/89 108, 140
11 januari 1990, ng nr. 45/88 (Friesendorp) 76, 172
15 februari 1990, ng nr. 50/89, TVVS 1990, blz. 102 (SHB) 40, 41, 42, 53
22 maart 1990, ng nr. 46/89 (Vertimart) 76

GERECHTSHOF AMSTERDAM

1 april 1971, NJ 1972, 428 (Reiss) 61, 63
30 maart 1973, NJ 1975, 7 (HVA) 61
15 november 1973, NJ 1975, 8 (HVA) 23, 31, 41, 62
3 mei 1978, NJ 1980, 49 (KSH) 95
26 oktober 1978, NJ 1980, 70, ROR 1971-1984/147, RM 1971-1981, nr. 94 (BATCO) 32, 124, 151, 152
22 oktober 1981, NJ 1983, 23, ROR 1971-1984/149 (Ford) 32, 107, 120, 123, 124
27 oktober 1983, ROR 1971-1984/129, RM 1982-1983, nr. 67 122, 123
22 maart 1984, NJ 1985, 219 (Nesolas) 47, 71
31 januari 1985, NJ 1986, 97 (Schietsportvereniging) 48

GERECHTSHOF ARNHEM

24 december 1963, NJ 1964, 232 (Ariëns/Waalsteenfabriek) 18, 20, 21, 48, 97
19 september 1967, NJ 1969, 126 116
10 april 1973, NJ 1973, 402 63
9 oktober 1974, NJ 1976, 42 (Van E.) 34
22 januari 1986, NJ 1988, 467 (Van Heek/Heka) 42, 85

GERECHTSHOF 'S-GRAVENHAGE

15 april 1971, NJ 1971, 301 (Vredestein) 62, 63, 64
19 januari 1979, ROR 1971-1984/139 (Lanser) 123
24 april 1981, NJ 1983, 5, RM 1981-1982, nr. 78 151
17 maart 1983, NJ 1984, 81 (Reynders/McKinney) 62, 64, 76, 115
23 september 1983, NJ 1985, 277 116
14 juni 1985, NJ 1987, 574 142

GERECHTSHOF 'S-HERTOGENBOSCH

10 december 1985, NJ 1986, 787 3
2 mei 1989, S & V 1989, blz. 119-121 30

GERECHTSHOF LEEUWARDEN

7 januari 1948, NJ 1948, 22 (Zwembadcentrale) 115

ARRONDISSEMENTSRECHTBANKEN

Rotterdam 20 februari 1911, W 9183 64, 70
Rotterdam 29 november 1928, W 12155 163, 165
's-Hertogenbosch 16 februari 1940, NJ 1940, 1041 36
Haarlem 30 december 1941, NJ 1942, 798 74
Arnhem 12 november 1942, NJ 1943, 846 115
Breda 17 november 1942, NJ 1943, 463 (Astarte) 115
Arnhem 17 januari 1946, NJ 1947, 280 37, 76
Amsterdam 9 januari 1953, NJ 1954, 393 61
Rotterdam 6 januari 1970, NJ 1970, 245 (Bunge/De Haan) 36
Amsterdam 20 mei 1981, TVVS 1982, blz. 205-206 180
's-Hertogenbosch 11 maart 1983, NJ 1984, 394 (Berkel/Kuiken) 34, 40
Roermond 9 februari 1984, Praktijkids 1985, 356 63
Leeuwarden 12 november 1987, NJ 1988, 699 (Polacel) 34

PRESIDENT RECHTBANK ALMELO

17 juli 1980, NJ 1981, 261, ROR 1971-1984/100, RM 1971-1981, nr. 61
(Texas Instruments) 120, 121, 123
13 en 29 mei 1981, NJ 1983, 748, RM 1981-1982, nr. 45 (Texas Instruments) 23, 42, 123
20 april 1988, KGK 1126, ROR 1988/8 (Midden Twente) 29

PRESIDENT RECHTBANK AMSTERDAM

18 maart 1974, TVVS 1974, blz. 331-338 (Jessel/KNSM) 33, 61
9 maart 1978, NJ 1980, 70, ROR 1971-1984/147, RM 1971-1981, nr. 94
(BATCO) 32, 124, 151, 152, 158
7 juli 1981, NJ 1981, 424 (Ford) 23, 32, 107, 120, 123, 124
25 februari 1982, ROR 1971-1984/86, RM 1981-1982, nr. 57 (AVRO) 28, 123
11 november 1982, RM 1982-1983, nr. 40 152
4 augustus 1983, ROR 1971-1984/129, RM 1982-1983, nr. 67 113, 120, 122, 123
19 maart 1984, KG 112, ROR 1971-1984/122, RM 1984, nr. 54 (AVRO) 123, 152, 157
25 oktober 1984, RM 1984, nr. 41 123
11 april 1985, KG 127, ROR 1985/17 123
12 december 1985, KG 1986, 25 33
27 november 1986, NV 1987, blz. 79-80 101
15 juni 1988, KG 276 (HCS) 70, 95, 98
1 augustus 1988, KG 341 (HCS) 70, 75

PRESIDENT RECHTBANK ARNHEM

15 november 1979, RM 1971-1981, nr. 93 (PMC) 173
28 december 1987, KG 1988, 37 (Amstelland) 34, 35, 40, 41
30 maart 1988, KG 182 (Vital Scientific) 146

PRESIDENT RECHTBANK BREDA

6 maart 1980, NJ 1981, 260, ROR 1971-1984/127, RM 1971-1981, nr. 67
123, 151
31 maart 1989, KG 204 (De Wit) 53, 70

PRESIDENT RECHTBANK DORDRECHT

28 april 1988, KG 228 (Corocor) 10
23 maart 1989, KG 168 (Corocor) 98

PRESIDENT RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

29 oktober 1927, NJ 1929, blz. 26 115
26 november 1929, NJ 1929, blz. 1026 115
20 november 1936, NJ 1937, 179 64
22 mei 1970, NJ 1971, 301 (Vredestein) 62, 63, 64
6 september 1983, KG 307 62
19 oktober 1984, WPNR 5748 (1985), blz. 520-523 (Wereldhave) 41, 62
10 december 1985, KG 1986, 30, ROR 1986/13 91, 92, 108
20 januari 1986, KG 93 (Disselkoen) 65
24 maart 1987, KG 1987, 197, ROR 1987/19 (ANP) 105, 123
17 mei 1988, KG 250 (Mulder/Van Mook) 31, 33, 63
23 mei 1989, KG 387 (Brill) 65, 152
28 juli 1989, KG 326 28

PRESIDENT RECHTBANK GRONINGEN

23 mei 1953, NJ 1953, 419 (Ommelanden) 114

PRESIDENT RECHTBANK HAARLEM

27 april 1981, NJ 1981, 452, KG 1981, 56, RM 1981-1982, nr. 44 (Van Gelder) 28, 122, 123
19 februari 1988, KG 133, ROR 1988/16 (De Heel) 11, 156, 158
14 oktober 1988, KG 450 98
15 december 1989, KG 1990, 58 91

PRESIDENT RECHTBANK LEEUWARDEN

3 februari 1988, KG 200 (Lampe/Tonnema) 31, 115, 118

PRESIDENT RECHTBANK MAASTRICHT

19 december 1983, RM 1984, nr. 32 123

29 januari 1985, ROR 1985/18 (Welterhof) 86, 118, 123, 124

PRESIDENT RECHTBANK MIDDELBURG

7 juli 1978, NJ 1978, 653, RM 1971-1981, nr. 52 (Hoechst) 91, 92, 107, 120, 122, 123, 124

10 april 1989, KG 195 101

PRESIDENT RECHTBANK ROERMOND

28 maart 1985, KG 128 168

4 februari 1986, NJ 1987, 93, KG 120, ROR 1986/41 11, 156, 172

PRESIDENT RECHTBANK ROTTERDAM

30 juli 1936, NJ 1937, 729 61

26 juni 1978, RM 1971-1981, nr. 51 (NDSM) 37

7 november 1978, ROR 1971-1984/138, RM 1971-1981, nr. 76 (Lanser) 123

25 april 1984, KG 138, ROR 1971-1984/128 7, 123, 152

14 april 1986, NV 1986, blz. 148 (Jongeneel) 152, 154

PRESIDENT RECHTBANK UTRECHT

21 november 1980, ROR 1971-1984/78, RM 1971-1981, nr. 54 (Howson Algraphy) 53, 124

6 augustus 1981, KG 119, RM 1981-1982, nr. 48 (Howson Algraphy) 28, 123

28 juni 1982, KG 121 (KNVB) 48

16 juni 1983, ROR 1971-1984/75, RM 1982-1983, nr. 41 (Knuppeloven) 122, 123

20 maart 1986, ROR 1986/15 (PUEM) 91

KANTONGERECHTEN

Amsterdam 17 mei 1935, NJ 1937, blz. 720 113

Zevenbergen 23 december 1975, NJ 1977, 556, RM 1971-1981, nr. 50 17, 38, 107, 145

Assen 18 maart 1985, NJ 1986, 50 (Koenrades) 181

DUITSE RECHTSPRAAK

BGHZ 33, 175, NJW 1961, blz. 26 168

BGHZ 21, 354, NJW 1956, blz. 1753 168

BGHZ 83, 122 12

BGH 23 september 1985, NJW 1986, blz. 585 77

ENGELSE RECHTSPRAAK

Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. Ltd. v Cuninghame [1906] 2 Ch. 34 13

Bamford v Bamford [1968] 3 WLR 317; 2 ALL E.R. 655 (Ch.) 14, 130

Re City Equitable Fire Insurance Co. [1925] Ch. 407 128

Re Claridge Patent Asphalte Co. Ltd. [1921] 1 Ch. 543 128

Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd. [1973] AC 360; [1972] 2 ALL E.R. 492 (H.L.) 15, 55

Foss v Harbottle (1843) 2 Hare 461; 67 E.R. 189 (Ch.) 15

Hawkesbury Development Co. Ltd. v Landmark Finance Pty. Ltd. [1970] 92 W.N. (N.S.W.) 199 55

Hogg v Cramphorn Ltd. [1967] Ch. 254; [1966] 3 ALL E.R. 420 (Ch.) 66

Howard Smith v Ampol Petroleum Ltd. [1974] 1 ALL E.R. 1126 (P.C.) 20, 66

Re London and New York Investment Corporation [1895] 2 Ch. 860 169

Lonrho and another [1980] 1 WLR 627 15

Overend and Gurney Co. v Gibb (1872) L.R. 5 H.L. 129

Parke v Daily News Ltd. [1962] Ch. 927; [1962] 2 ALL E.R. 929 14

Re Quebrada Railway, Land and Copper Co. (1889) 40 Ch. D 363 169

Selangor United Rubber Estates Ltd. v Cradock, nr. 3 [1968] 1 WLR 1555; [1968] 2 ALL E.R. 1073 128

Regal Hastings [1942] 1 ALL E.R. 378 (H.L.) 79

Re Smith and Fawcett Ltd. [1942] Ch. 304; [1942] 1 ALL E.R. 542 (C.A.) 20, 66

Sovereign Life Assurance Co. v Dodd [1982] 2 QB 573 169

Teck Corporation v Millar (1973) 22 D.L.R. (3d) 288 (B.C.S.C.) 66

LITERATUURLIJST¹

ABAR

Achterberg, Van diss. 1989

Ackermans-Wijn, J.C.E.

Arendsen de Wolff, diss. 1976

Asser/Hartkamp II

Asser/Scholten

Asser/Van der Grinten

Asser/Van der Grinten

Bartman, S.M.

Bartman 1986

Baumbach/Hueck

Beckman, H.

Berge, Ten/Tak

Bestuur en norm

Blanco Fernández, J.M.

Rapport van de commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht, vijfde druk, Alphen aan den Rijn, 1984

M.P. van Achterberg, *De juridische definitie van het economisch verschijnsel concern*, diss. Deventer 1989

G.J.W. Arendsen de Wolff, *Over de informatieplicht van de onderneming: Beschouwingen omtrent informatieverstrekking en geheimhouding in de betrekkingen tussen de onderneming en de werknemersvertegenwoordigers*, diss. Deventer 1976

C. Asser's, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht, verbintenissenrecht, Deel II, Algemene leer der overeenkomsten*, achtste druk, bewerkt door A. Hartkamp, Zwolle 1989

C. Asser, *Algemeen Deel*, derde druk bewerkt door P. Scholten, 1974.

Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Deel 2-I Vertegenwoordiging en rechtspersoon, Vertegenwoordiging*, zesde druk bewerkt door W.C.L. van der Grinten, Zwolle 1985

Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2-II Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De Rechtspersoon*, Zesde druk, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, Zwolle 1986

S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, 'Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer', *NJB* 1985, blz. 669-675

S.M. Bartman, *Inleiding concernrecht*, Alphen aan den Rijn 1986

Adolf Baumbach, Alfred Hueck, *GmbH-Gesetz*, 15. Auflage (überarbeitete Auflage von Götz Hueck, Joachim Schulze-Osterloh, Wolfgang Zöllner) München 1988

De jaarrekening, Leiden, vijfde druk, 1987

J.B.J.M. ten Berge en A.Q.C. Tak, *Nederlands administratief procesrecht*, Zwolle 1983

Bestuur en norm, Bundel opstellen opgedragen aan prof. mr. R. Crinice LeRoy, Deventer 1986

'Uitgifte van preferente beschermingsaandelen', *NV* 1989, blz. 153-158

1. Verkort aangehaalde literatuur is vet gedrukt

- Bloembergen, A.R. en Lubach, D.A. 'Burgerlijk recht en administratief recht: twee gelijkwaardige rechtsgebieden, open verbonden in één rechtsorde', *WPNR* 5885 (1988), blz. 446-454
- Bloembergen, A.R. 'De eenheid van privaatrecht en administratief recht', *WPNR* 5372-5375 (1977), blz. 1-5, 17-23, 33-36, 49-54
- Borst 1962 P. Borst, 'Enige beschouwing over marginale toetsing in publiek- en privaatrecht', *WPNR*, 4735-4737 (1962), blz. 377-379, 389-392, 401-403
- Borst 1969 P. Borst 'Problemen en perspectieven van de marginale toetsing', *WPNR* 5024-5027 (1969), blz. 25-28, 37-40, 49-54, 61-65
- Boukema, C.A. 'Algemeen belang en ondernemingsbelang in het nieuwe ondernemingsrecht' in: *Op de grenzen van komend recht*, 1969, blz. 53-65
- Boukema, H.J.M. 'Rechtterszetel en ondernemersstoel', *NJB* 1979, blz. 649-654
- Boyle A.J. Boyle, *Directors' fiduciary duties: The continuing problem of effective enforcement*, lecture Forum Internationale, Deventer 1987
- Brenninkmeijer, A.M. 'Aantastbaarheid van beschermingsconstructies, in het bijzonder van preferente beschermingsaandelen' in: *Van vennootschappelijk belang*, 1988, blz. 7-19
- Burg, Van der c.s. F.H. van der Burg, G.J.M. Cartigny, G. Overkleef-Verburg, *Rechtsbescherming tegen de overheid*, Vijfde druk, Nijmegen 1985
- Burg, V.A.M. van der 'Informatieverschaffing aan commissarissen ener NV of BV', *TVVS* 1982, blz. 241-243
- Burkens, M.C. 'Gelijke behandeling (Artikel I.V)' in: *Grondrechten, Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene grondwet, aangeboden aan mr. H.J.M. Jeukens in verband met zijn afscheid als hoogleraar aan de K.H.T.*, Nijmegen 1982, blz. 49-65
- Butterworths Company Law Guide *Butterworth's Company Law Guide*, Ed. Michael Renshall and Keith Walmsley, London 1985
- Cahen, J.L.P. 'De invloed van de belangenverbreding op het handelen van de aandeelhouder' in: *Honderd jaar rechtsleven*, 1970, blz. 71-84
- Charlesworth's Geoffrey Morse, *Charlesworth's Company Law*, 13th Ed, London 1987
- Cobbenhagen, M.J.H. *De verantwoordelijkheid in de onderneming*, diss., Roermond 1927
- Commentaar Fusiegedragsregels Commissie voor Fusieaangelegenheden SER, *Fusiegedragsregels Commentaar*, Vijfde druk, 's-Gravenhage 1988
- Commissarissen COB/SER, *Commissarissen, wat willen zij weten*, 's-Gravenhage 1986
- Commissie Verdam Commissie Verdam, *Herziening van het ondernemingsrecht*, 's-Gravenhage 1965
- Cooper, Ruth Redmond 'Management deficiencies and judicial intervention. A Comparative analysis' *The Company Lawyer*, 1988, blz. 169-179
- Cremers, J.H.F.J. 'Rechtsmaatregelen tegen bedrijfssluiting' in: *Van vennootschappelijk belang*, 1988, blz. 29-39
- Damen, L.J.A. *Ongeregeld en ondoorzichtig bestuur*, diss., Deventer 1987
- De Nieuwe Misbruikwetgeving P. van Schilfgaarde, P.J. Dortmond, P.C. van den Hoek, H.L.J. Roelvink, H.J.M.N. Honée, *De Nieuwe Misbruik-*

- Dietz/Richardi** wetgeving, verslag van een congres, uitgave vanwege het instituut voor ondernemingsrecht, Deventer 1986
Rolf Dietz, Reinhard Richardi, *Betriebsverfassungsgesetz*, Band 1: 1-73 mit Wahlordnung, 6. Auflage, München 1981
Band 2: 74- Schluß mit Betriebsverfassungsgesetz 1952, München 1982
- Dijk c.s.** P.L. Dijk, T.J. van der Ploeg, F.J.P. van den Ingh, C.A. Schwarz, J. Wortel, *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, tweede druk Zwolle 1988
Algemene belangen in het burgerlijk recht, 7-A Mon. NBW, Deventer 1982
- Dommering, E.J.** A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn 1987
- Donner** A.F.M. Dorresteyn, *Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen*, Diss, Uitgave vanwege het instituut voor ondernemingsrecht, Deventer 1989
- Dorresteyn diss 1989** 'WOR-jurisprudentie, Het algemene informatierecht van art. 31 lid 1 WOR; TVVS 1982, blz. 191-196
S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, 'Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer', *NJB* 1985, blz. 669-675
- Dorresteyn, A.F.M.** 'Statutaire bepalingen inzake tegenstrijdig belang', *WPNR* 5864 (1988), blz. 135-140
- Dorresteyn, A.F.M.** 'Twaalfde richtlijn inzake een-persoonsvennootschappen (EPV's); *WPNR* 5935, blz. 637-647
Aansprakelijkheid voor belasting- en premieschulden van de rechtspersoon, in: De nieuwe misbruikwetgeving, 1986, blz. 41-59.
- Dortmond, P.J.** 'Reorganisatie en recht: wie doet de (fabrieks-)deur dicht? *SMA* 1981, blz. 599-604
'Jurisprudentie op art. 25 en 26 Wet op de ondernemingsraden', *Advocatenblad* 1987, blz. 290-296
'Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid; *RMTh* 1988, blz. 156-169
- Duk, R.A.A.** W. Duk, R.W.L. Loeb, P. Nicolaï, *Bestuursrecht*, Amsterdam 1981
- Duk, R.A.A.** 1983
J.L.M. Elders, *Differentiatie en integratie in het privaatrecht*, inaugurele rede Deventer 1983
- Duk/Loeb/Nicolaï** J.L.M. Elders, *Burgerlijk recht en grondrechten*, preadvies voor de vereniging voor burgerlijk recht, Lelystad 1986
- Elders, rede** 'De functie van algemene rechtsbeginselen', *R & R* 1987, blz. 87-91
- Elders preadvies** Boekbespreking: J. Hijma, Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, Kwartaalbericht *NBW* 1989, blz. 13-17
- Elders, J.L.M.** Robert Fischer, Marcus Lutter, Peter Hommelhoff, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 12. Auflage, Köln 1987
- Elders, J.L.M.** 'Het enquête-recht van de vakbonden', *NJB* 1975, blz. 132-136
- Fischer/Lutter/Hommelhoff** 'Tegenstrijdig belang', *NV* 1964/65, blz. 57-62 en 72-76
'Het inschakelingsmoment bij en de functie van het beroepsrecht voor het adviesrecht van OR ingevolge art. 25 WOR. Enkele kanttekeningen', *SMA* 1980, blz. 920-925
- Frenkel, B.S.**
- Freyters, Jer.Ph.M.**
- Geersing, B.**

- Gerven, Van 1983** W. van Gerven, *Beginnelsen van behoorlijk handelen*, Gent 1983
- Gerven, W. van W. van Gerven en J.C.M. Leijten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle 1981
- Gijzen, J.A. van 'Het juridisch kader in geval van het maken van nadere afspraken met de ondernemingsraad', *TVVS* 1983, blz. 321-326
- Gijzen, J.A. van 'Afspraken tussen OR en ondernemer, een tussenbericht?' *TVVS* 1988, blz. 199-204
- Glasz, 1986 J.R. Glasz, *De commissaris, Aanbevolen gedragsregels*, Deventer 1986
- Goed & Trouw, 1984** *Goed & Trouw*, Opstellen aangeboden aan Prof. mr. W.C.L. van der Grinten, Zwolle 1984
- Gower** L.C.B. Gower, *Gower's Principles of modern company law*, 4th ed., London 1979 (suppl. 1987)
- Gratia Commercii** *Gratia Commercii*, Opstellen aangeboden aan Prof. mr. A. van Oven ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Rijksuniversiteit te Leiden, Zwolle 1980
- Grinten, W.C.L. van der 'De regels van het spel', *NV* 1961, blz. 173-177
- Grinten, W.C.L. van der 'Plaatsing van aandelen als strijdmiddel', *NV* 1968-1969, blz. 121-125
- Grinten, W.C.L. van der 'Marginale toetsing' in: *Op de grenzen van komend recht*, 1969, blz. 109-123
- Grinten, W.C.L. van der 'Contractuele bedingen omtrent inrichting en structuur van NV en BV', *NV* 1976, blz. 73-76
- Grinten, W.C.L. van der 'De bevoegdheden van de ondernemingsraad bij benoeming en ontslag van bestuurders van een onderneming', *NV* 1982, blz. 84-86
- Grinten, W.C.L. van der 'Aantasting van besluiten', *WPNR* 5642 (1983), blz. 137-141
- Grinten, W.C.L. van der *Discriminatie en burgerlijk recht*, afscheidsrede, Deventer 1984
- Großfeld** B. Großfeld *Management and Control of Marketable Share Companies*, International Encyclopaedia of Comparative Law, volume XIII, Chapter 4, Tübingen, The Hague, Paris, 1973
- Grondrechten** *Grondrechten*, Commentaar op Hoofdstuk 1 van de herziene grondwet aangeboden aan mr. H.J.M. Jeukens in verband met zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Hogeschool Tilburg, Nijmegen, 1982
- Haardt, W.L. 'De ondernemingsraad als procespartij in het burgerlijk geding' in: *Van vennootschappelijk belang*, 1988, blz. 63-71
- Handboek, nr.** E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, elfde druk, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, Zwolle 1989
- Haren, I.A.C. van *De ondernemingsraad, een handleiding*, Deventer 1979
- Heijden, P.F. van der *De rechtspositie van de ondernemingsraadleden*, serie OR praktijk, Alphen aan den Rijn, 1980
- Heijden, P.F. van der 'Algemene beginselen van behoorlijk ondernemerschap', *NJB* 1984, blz. 1385-1390
- Hellema, H.J. 'V.M.F. verweer tegen dreigende overval', *NV* 1969-'70, blz. 21-25
- Heringa, A.W. en Winter, R.E. de 'De relatieve waarde van het gelijkheidsbeginsel', *TVO* 1982, blz. 508-509

- Hess/Schlochauer/Glaubitz** Harald Hess, Ursula Schlochauer, Werner Glaubitz, *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, 3. Auflage, Neuwied und Darmstadt 1986.
- Hijma, J.** *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss., Deventer 1988
- Hirsch Ballin, E.M.H.** 'Rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur', *R & R* 1982, blz. 105-111
- Hoek, P.C. van den** *Oneigenlijk gebruik van emissiebevoegdheid door besturen van naamloze vennootschappen*, studiekering Offerhaus, Deventer 1976
- Hoeven, J. van der** Boekbespreking van Prof.dr. W. van Gerven/Beginselen van behoorlijk handelen, *RMTh* 1985, blz. 285-288
- Hoeven, J. van der** in: *Honderd jaar rechtsleven*, 1970, blz. 201-219
- Honderd jaar rechtsleven** *Honderd jaar rechtsleven*, Nederlandse Juristen Vereniging, 1870-1970, Zwolle 1970
- Honée, diss. 1981** H.J.M.N. Honée, *Concernrecht en medezeggenschapsregelingen*, diss. Deventer 1981
- Honée, H.J.M.N.** 'De territoriale werking van de Wet op de ondernemingsraden' in: *Ondernemingsraad en vennootschap*, Deventer 1982, blz. 37-54
- Honée, rede** H.J.M.N. Honée, De regeringswaarnemer en de vennootschappelijke organisatie, rede, Zwolle 1983
- Honée, H.J.M.N.** 'De sterfhuiscconstructie en de positie van aandeelhouders van de holdingvennootschap', *NV* 1984, blz. 16-19
- Hoogendijk-Deutsch, S.V.** S.V. Hoogendijk-Deutsch en R. Samkalden, *Advisering in het bestuursrecht*, preadvies VAR, Alphen aan den Rijn 1978
- Hoyningen,v-Huene** Gerrick von Hoyningen-Huene, *Betriebsverfassungsrecht*, München 1983
- Hueck, G.** *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im privatrecht*, München/Berlin 1958
- Hueck** Götz Hueck, *Gesellschaftsrecht* (neu bearbeitete Auflage von Alfred Hueck) 18e Auflage, München 1983
- Huizink diss. 1989** J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen*, diss., uitgave vanwege het Instituut voor ondernemingsrecht, Deventer 1989
- Huizink, J.B.** 'Toetsing van ondernemingsbesluiten aan art. 26 lid 4 Wet op de ondernemingsraden', *TVVS* 1983, blz. 209-212
- Huizink, J.B.** 'De ondernemingsraad: rechtspersoon?' *TVVS* 1983, blz. 297-302
- In 't Veld/Koeman** J. in 't Veld, N.S.J. Koeman, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Zwolle 1985
- Inzicht** *Inzicht, Een toelichting bij de wet op de ondernemingsraden*, Min. van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Vijfde druk, 's-Gravenhage 1987
- Janmaat, M.J.C.** 'Uitbreiding bevoegdheden ondernemingsraad bij CAO: art. 32a eerste lid WOR nader beschouwd', *SMA* 1986, blz. 728-736
- Jong, F.J. de** 'De motieven van den rechter en de motivering van het vonnis', *NJB* 1975, blz. 541-547
- Joosten, H.F.J.** 'Reilen en zeilen van de Ondernemingskamer', *Bestuursjournaal*, oktober 1989, blz. 3-12
- Jue, R.J.** *Notabeleid en recht*, diss. Deventer 1982
- Jurist en Bedrijf** *Jurist en Bedrijf*, Opstellen van bedrijfsjuristen bij het 50-jarig bestaan van het NGB, Deventer 1980

- Kahn-Freund** O. Kahn-Freund, *Labour and the law*, sec. ed. London 1977
- Kölner Kommentar zum AktG** Wolfgang Zöllner, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Köln 1985
- Koning, F. 'Rechtspraak medezeggenschap, de beschikking van de Ondernemingskamer ingevolge art. 25 WOR d.d. 1 mei 1980', *SMA* 1980, blz. 539
- Koning, F. *Het systeem van het collectieve arbeidsvoorwaardenrecht*, diss., Deventer 1987
- Koppensteiner Rowedder, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, München 1985
- Korthals Altes, E. 'Belangenafweging en doelmatigheidsoverwegingen in kort geding' in: *Kort geding en toetsing*, Zwolle 1985, blz. 1-7
- Kuile, H.J.C. ter 'Gelijkheid van aandeelhouders' in: *Quid Iuris*, Deventer 1977, blz. 49-68
- Leeuwen, B. van Bernadette van Leeuwen, 'Verstrengeling van belangen en het vennootschapsrecht', *TVVS* 1987, blz. 31-34
- Lipstein, Kurt *Multum non multa*, Festschrift Kurt Lipstein, Heidelberg 1980
- Looise en De Lange J.C. Looise en F.G.M. de Lange, *Ondernemings-raden, bestuurders en besluitvorming*, Nijmegen 1987
- Loose/Yelland Peter Loose & John Yelland, *The Company Director his functions, powers & duties*, 6th Ed. Bristol 1987
- Löwensteyn, diss. 1959 F.J.W. Löwensteyn, *Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap*, diss. Zwolle 1959
- Löwensteyn, F.J.W. 'De naamloze vennootschap als raakpunt van contraire belangen' in: *Honderd jaar rechtsleven*, 1970, blz. 85-99
- Löwensteyn, F.J.W. 'Rechterlijke toetsing van besluiten nu en in de toekomst' in: *Goed en Trouw*, 1984, blz. 127-139
- Löwensteyn, F.J.W. 'Het uur der waarheid. Lid 7 van artikel 138 (248) Boek 2 BW en de zelfstandigheid van het bestuur van de dochtermaatschappij' in: *Tot Vermaak van Slagter*, 1988, blz. 127-145
- Luijk, H. 'De voor- en nadelen van Personele Unies in het ondernemingsbestuur', *TVVS* 1986, blz. 40-44
- Lutter, M. M. Lutter en G. Krieger, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 2. Aufl., Freiburg im Breisgau 1989
- Lutter, M. *Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat*, Köln/Bonn/Berlin/München 1979
- Luyk, H. 'De taken en bevoegdheden van de Raad van Commissarissen en de Ondernemingsraad', *TVVS* 1980, blz. 173-180
- Maeijer, rede 1964 J.M.M. Maeijer, *Het belangenconflict in de naamloze vennootschap*, inaugurele rede, Deventer-Antwerpen 1964
- Maeijer, rede 1988 J.M.M. Maeijer, *25 jaren belangenconflict in de naamloze vennootschap*, rede 1988, NV 1989, blz. 1-8
- Maeijer, J.M.M. 'Aandeelhouders in een n.v. en de eisen van de goede trouw', *NV* 1965, blz. 153-156 en 169-171
- Maeijer, J.M.M. 'De corrigerende werking van de goede trouw, in het bijzonder binnen rechtspersonen' in: *Goed en Trouw*, 1984, blz. 31-44
- Martens, Klaus Peter *ZHR* 1983, blz. 377-428
- Maschhaupt, J.H. J.H. Maschhaupt en P.M. Storm, *De tweede EG Richtlijn inzake vennootschapsrecht*, preadvies Zwolle 1978

- Mendel, rede 1989** M.M. Mendel, *Het vennootschappelijk belang, mede in concernverband beschouwd*, inaugurele rede, Deventer 1989
- Met recht verenigd, 1986** *Met recht verenigd*, Notariële en privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan P.L. Dijk, Arnhem 1986
- Met eerbiedigende werking** *Met eerbiedigende werking*, Opstellen aangeboden aan Hijmans van den Bergh, Deventer 1971
- Mulder, M.** M. Mulder en W.J. Slagter, *De raad van commissarissen in de jaren tachtig*, Leiden 1981
- MünchHB** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Band 4, Aktiengesellschaft, Von Hoffmann-Becking e.a. 1988
- Net, B.J. van der** 'De motivering van de beschikking in de praktijk van het bestuursrecht (1)', *TVO* 1972, 354-379
- Nicolaï, diss. 1990** P. Nicolaï, *Beginnelen van behoorlijk bestuur*, diss. 1990
- Nicolaï, P.** 'Beginnelen van behoorlijk bestuur', *NTB* 1987, blz. 91-98, ook *NTB* 1988, blz. 88-94
- Noldus, diss. 1969** W.J.M. Noldus, *Ongeldigheid van besluiten in de naamloze vennootschap*, diss. Deventer 1969
- Okma, diss. 1945** N. Okma, *Misbruik van recht*, diss. Wageningen 1945
- Olfen, M. van** 'Gewijzigd voorstel twaalfde Richtlijn. De eenpersoonsvennootschap', *TVVS* 1990, blz. 9-12
- Ondernemingsraad en Vennootschap,** J.M.M. Maeijer, W.C.L. van der Grinten, H.J.M.N. Honée, A.G. van Solinge, G.M.J. Ackermans, *Ondernemingsraad en vennootschap*, congresverslag, serie vennootschaps- en rechtspersonenrecht, Deventer 1982
- Op de Grenzen van Komend Recht** *Op de grenzen van komend recht*, Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.H. Beekhuis, Zwolle/Deventer 1969
- Ophof, H.P.J.** 'Gedragsregels Commissarissen' in: *Tot Vermaak van Slagter*, 1988, blz. 189-196
- Pennington** R.R. Pennington, *Company Law*, Londen, fourth Ed. 1979
- Pitlo/Löwensteyn, 1986** F.J.W. Löwensteyn, A. Pitlo, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Deel 1A Het rechtspersonenrecht, tweede druk, Arnhem 1986
- Ploeg, Van der, diss. 1978** T.J. van der Ploeg, *Het burgerlijk recht en de vrijwillige organisaties*, diss. Deventer 1978
- Ploeg, T.J. van der** 'De verbintenis in het rechtspersonenrecht' in: *Met recht verenigd*, 1987, blz. 185-203
- Ploeg, T.J. van der** 'Reglementen bij verenigingen; een duik in troebel water', *WPNR* 5929 (1989), blz. 521-526
- Polak, J.M.** 'Marginale toetsing en algemene beginnelen van behoorlijk bestuur, ondernemen en handelen' in: *Liber Amicorum Jan Ronse*, Gent 1986, blz. 41-49
- Prakke, L.** 'Algemene beginnelen van behoorlijk bestuur en marginale toetsing', *AA* 1966, blz. 278-288
- Quid Iuris** *Quid Iuris*, Bundel uitgegeven ter gelegenheid van het 200-jarig bestaan van het Genootschap door Tijd en Vlijt, Deventer 1977
- Raaijmakers, M.J.G.C.** *Rechtspersonen tussen contract en instituut*, inaugurele rede, Deventer 1987
- Rechtspersonen** Losbladige editie, Deventer
- Rodenburg, P.** P. Rodenburg, *Misbruik van bevoegdheid*, Deventer 1985, serie mon. NBW deel 4A
- Rood, WOR** M.G. Rood e.a., *Wet op de ondernemingsraden*, losbl. Arnhem
- Rood, M.G.** 'Vijf jaar beroepsrecht voor ondernemingsraden; een voorlopige balans', *TVVS* 1985, blz. 1-8

- Rood, M.G. 'Over vage normen in het sociaal recht' in: *Gratia Commercii*, 1980, blz. 225-253
- Rowedder Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, München 1985
- Samkalden, R. S.V. Hoogendijk-Deutsch en R. Samkalden, *Advisering in het bestuursrecht*, preadvies VAR, Alphen aan den Rijn 1978
- Samson diss. 1967
R.H. Samson, *Openbaar bestuur en privaat ondernemingsbestuur*, diss. Alphen aan den Rijn 1967
- Sanders/Westbroek P. Sanders en W. Westbroek, *BV en NV*, Vijfde druk, Deventer 1988
- Schetsen voor Bakels *Schetsen voor Bakels*: opstellen aangeboden aan prof. mr. H.L. Bakels ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar sociaal recht aan de rijksuniversiteit Groningen, Deventer 1987
- Schiessl, Maximilian 'Die Wahrnehmung von Geschäftschancen der GmbH durch ihren Geschäftsführer', *GmbR* 1988, blz. 53-56
- Schilfgaarde, Van 1986 P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen, commentaar op de tweede en derde misbruikwet*, uitgave vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, Deventer 1986
- Schilfgaarde, Van 1988 P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Zevende druk, Arnhem 1988
- Schilfgaarde, P. van 'Kennelijk onredelijke besluiten in het ondernemingsrecht', *NJB* 1980, blz. 45-54
- Schilfgaarde, P. van 'De interne aansprakelijkheid van bestuurders' in: *Schetsen voor Bakels* 1987, blz. 267-281
- Schilfgaarde, P. van 'Vertegenwoordiging van rechtspersonen volgens 17725', *WPNR* (1989)
- Schmidt Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München 1986
- Schoordijk, H.C.F. *Bestuursrecht en privaatrecht, een interne rechtsvergelijking*, rede, Deventer 1984
- Schoordijk, H.C.F. H.C.F. Schoordijk, *Vermogenrecht in het algemeen naar boek 3 van het nieuwe BW*, Deventer 1986
- Schwarz, diss. 1986 C.A. Schwarz, *Blokkering van aandelen*, diss. Deventer 1986
- Schwarz rede C.A. Schwarz, *Aandelen zonder stemrecht*, rede Zwolle 1990
- Slagter 1988-I W.J. Slagter, *Macht en onmacht van de aandeelhouder, beschouwingen over de juridische, economische en fiscale positie van de aandeelhouder, mede in het licht van onvriendelijke overnames*, Rede t.g.v. de 75e dies natalis van de Erasmus Universiteit Rotterdam, Deventer 1988
- Slagter 1988-II W.J. Slagter, *Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over moeder-dochterverhoudingen*, preadvies voor de Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking, Deventer 1988
- Slagter 1989 W.J. Slagter, *Schaarse rechten*, Afscheidscollege, Deventer 1989
- Slagter 1990 W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, vijfde druk, Deventer 1990
- Slagter, W.J. 'Plaatsing van aandelen als bescherming tegen een overval', *TVVS* 1974, blz. 289-294

- Slagter, W.J.
 Slagter, W.J.
 Slagter, W.J.
 Slagter, W.J.
 Slagter, W.J.
 Slagter, W.J.
 Snijders, W.
 Solinge, A.G. van
 Spil, F.W. ter
 Stokes, Mary
 Storm, P.M.
 Tak, A.Q.C.
 Tak, A.Q.C.
 Timmerman, diss. 1988
 Timmerman, L.
 Timmerman, L.
 Timmerman, L.
 Timmerman, L.
 Den Tonkelaar, 1988
 Tonkelaar, J.D.A. den
 Tot Vermaak Van Slagter
 Tunc, André
 Uniken Venema, C.Ae.
 M. Mulder en W.J. Slagter, *De Raad van Commissarissen in de jaren tachtig*, Leiden 1981
 'De Nederlandse ondernemingsraad en de buitenlandse zuster- of dochteronderneming' in: *De ondernemingsraad en het buitenland*, Leiden, 1982, blz. 27-58
 'Ingrijpen door de rechter in de besluitvorming binnen de onderneming', *TVVS* 1982, blz. 60-63
 'De sterfhuis-constructie', *TVVS* 1983, blz. 25-31
 'De toekomst van de BV', *TVVS* 1983, blz. 142-152
 'De verantwoording en verantwoordelijkheid van Commissarissen', *Namens* 1987, blz. 193-198
 '(On) vriendelijke overnames en beschermingsconstructies', *TPR* 1989, blz. 97-122
 'Artikel 3.1.1.15 Nieuw BW en de schakelbepalingen nader bezien' in: *Bestuursrecht en NBW*, Tilburg/Zwolle 1988, blz. 49-69
 'Instructiebevoegdheid in concernverhoudingen' in: *Goed en Trouw*, 1984, blz. 255-266
 F.W. ter Spil en A.Q.C. Tak, *Onwettmatig bestuur*, preadvies VAR 1981
 'Company law and legal theory' in: *Legal theory and common law*, ed. William Twining, Oxford 1986, blz. 155-183
 J.H. Maschhaupt en P.M. Storm, *De tweede EG Richtlijn inzake vennootschapsrecht*, preadvies Zwolle 1978
 'Drie magische lijnen?', *AA* 1987, blz. 281-289
 F.W. ter Spil en A.Q.C. Tak, *Onwettmatig bestuur*, preadvies VAR 1981
 L. Timmermans, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers*, Diss., uitgave vanwege het instituut voor ondernemingsrecht, Deventer 1988
 Overzicht der Nederlandse rechtspraak, vennootschapsrecht 1983-1984 (IV) WPNR 5812 (1986) blz. 22-26
 'De eenmans-BV', *NV* 1986, blz. 60-63
 'Het aan ondernemingen toekomende recht op geheimhouding' in: *Tot Vermaak van Slagter*, 1988, blz. 307-320
 'De concretisering van vage normen in het ondernemingsrecht' in: *Van vennootschappelijk belang*, 1988, blz. 337-347
 'De aansprakelijkheid van de moeder voor de schulden van de dochter' *NV* 1990 blz. 13-20
 J.D.A. den Tonkelaar, *Inleiding rechtspersonenrecht*, tweede druk, Alphen aan den Rijn 1988
 'Over behoorlijk bestuur', in *Van wet naar recht*, Deventer 1984, blz. 217-225
Tot Vermaak Van Slagter, Feestbundel aangeboden aan Prof. mr. W.J. Slagter, ter gelegenheid van zijn 65e verjaardag, Deventer 1988
 'On the virtues of codification: the contracts in which a director is interested', *Festschrift Kurt Lipstein*, Heidelberg 1980, blz. 343-353
 'Corporate opportunities; aspecten van loyaliteit in het kader van een onderneming naar amerikaans en nederlands recht' in: *Jurist en Bedrijf*, Kluwer 1980, blz. 167-195

- Uniken Venema, C.Ae. Raden van Commissarissen en andere toezichtsstructuren in het Nederlandse recht (beschouwingen naar aanleiding van de introductie van een Raad van Toezicht)', *NV* 1984, blz. 49-64 en 100-110
- Uniken Venema, C.Ae. 'Misbruik van voorwetenschap', *TVVS* 1985, blz. 265-280
- Van Vennootschappelijk Belang, 1988 *Van vennootschappelijk belang*, Opstellen, aangeboden aan Prof. mr. J.J.M. Masijs ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, Zwolle 1988
- Verdam, diss. 1940 P.J. Verdam, *Nietigheid van besluiten*, diss. Zwolle 1940
- Verheij, N. 'Onrechtmatige overheidsdaad en beginselen van behoorlijk bestuur: De Hoge Raad toetst eindelijk rechtstreeks', *NJB*, 1987, blz. 1309-1314
- Verhorst, M. 'WOR-jurisprudentie, Het algemene informatierecht van art. 31 lid 1 WOR', *TVVS* 1982, blz. 191-196
- Vranken, J.B.M. *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle 1989
- Waard, De, diss. 1987 B.W.N. de Waard, *Beginnels van behoorlijke rechtspleging, met name in het administratief procesrecht*, diss. Zwolle 1987
- Wachter, B. Overzicht der Nederlandse Rechtspraak, Vennootschapsrecht 1983-1984 (IV) *WPNR* 5812 (1986), blz. 22-26
- Timmerman, L. Manfred Weiss, *Betriebsverfassungsgesetz*, 2. Auflage, Baden Baden 1980
- Weiss 'Statutaire casu quo contractuele regelingen voor de tussenkomen van derden bij geschillen', *NV* 1982, blz. 13-19
- Westbroek, W. 'Uit de wet voortvloeiende beperkingen' in: *Tot Vermaak van Slagter*, 1988, blz. 381-389
- Westbroek, W. G.J. Wiarda, *3 typen van rechtsvinding*, derde druk Zwolle 1988
- Wiarda 1988 'Spel van verwachtingen in privaats- en publiekrecht' in: *Met eerbiedigende werking*, Opstellen aangeboden aan Hijmans van den Bergh, Deventer 1971, blz. 419-436
- Wiarda, G.J. H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, Zesde druk, Culemborg 1988
- Wijk, van/Konijnenbelt J. van Wulfften Palthe, *Industriële medezeggenschapsrechten in rechtsvergelijkend verband*, diss. Rotterdam 1986
- Wulfften Palthe, J. van, diss. 1986

TREFWOORDENREGISTER

Aandeelhouders

belang van 21, 30v. 35, 37, 181
 buitenstaander/-31, 111, 167v.
 certicaathouder 30
 Duits recht 11v. 124v. 131, 143, 168v.
 179
 Engels recht 13v. 129v. 143, 169
 goedkeuringsrecht 86, 130
 informatieverstrekking aan- 75, 76,
 94, 95v. 111, 133v. 141, 178
 meerderheidsaandeelhouder 30, 31,
 36, 76, 164v.
 minderheidsaandeelhouder 30, 70,
 111, 163, 168, 178
 rechten 86, 162
 oproeping 51, 115v.
 overleg met 114v.
 spreektijdbeperking 116
 stemrecht 21, 65
 toezegging/afpraak 154v.
 toezicht door 1, 2, 8, 9v. 17, 112, 133v.
 146, 178 vergadering van 51, 81, 87
 Aansprakelijkheid 1, 4, 6, 16, 20, 36,
 179v.
 Aanwijzingsbevoegdheid 34, 39, 172
 Activa-transactie 12, 87
 Advies 42, 48, 72, 82, 83v. 92, 93, 139,
 142
 Advies tijdstip 92
 Afnemers 36, 181
 Afspraak 91, 93, 151
 Afvloeiingsmaatregel 8, 38
 Algemeen belang 5, 35, 57, 150, 178
 Algemene Wet Bestuursrecht 19, 68, 82,
 149
 Alternatieven 100, 104
 Alternatievenonderzoek 85v.
 Alternatievenvergelijking 22, 26v. 29,
 33, 38
 Antwoordplicht 94v. 102v.
 Arbeidsdirektor 13
 Beginselen
 algemene rechtsbeginselen 3, 18, 175

algemene beginselen van behoorlijk
 bestuur 4, 54
 elementaire beginselen van verant-
 woord ondernemerschap 24, 28, 43,
 182
 beginselen van behoorlijk onderne-
 mingsbestuur 4, 18, 175, 177, 181
 Beheersing van de organisatie 171v. 181
 Behoorlijkheid 18, 177
 Bekrachtiging 79
 Belangenafweging 2, 6v. 17v. 38, 59,
 123v. 150, 153, 175, 176, 178
 Beleidsverantwoording 9v. 95
 Beleidsvoorbereiding 9v. 95
 Beleidsvrijheid 4, 7, 17v. 66, 84, 136,
 177, 180, 182
 Beschermingsconstructies 30, 41, 48,
 53, 62, 87
 Bestuur
 bevoegdheid 5, 46, 47, 49, 57v. 64, 69v.
 136, 152v. 182
 continuïteit 181
 Duits recht 124
 Engels recht 127v.
 informatie binnen 78, 135
 management letter 100
 ontstentenis 172
 overleg 113v. 135
 taak 1, 5v. 26
 verantwoording binnen 135
 vergadering 51, 81
 Bestuurbaarheid 62, 173
 Bestuurder(-s)
 /aandeelhouder 76
 benoeming 9, 48, 86, 89, 91, 96, 133,
 140
 decharge 9, 18, 86
 ontslag 9, 18, 39, 63, 86, 89, 91, 96,
 101, 133, 140
 schorsing 9, 86, 101, 133
 Bestuursrecht 4, 19, 54, 57, 81v. 137,
 139, 144, 149, 161v.
 Betriebsvereinbarung 158v.

- Bevoegdhedenverdeling 133v. 157, 158
 Blokkeringsregeling 31
 Boekhoudverplichting 133
 Budget 59, 60, 64v.
City Code on Take-overs and Mergers 14, 129
Collective agreements 159
 Collegiaal karakter 89, 96, 99, 106, 113, 135, 168
 Commissarissen, raad van
 adviesrecht 88v. 93
 benoeming 86, 96, 138v.
 Duits recht 11v. 126, 131, 143, 168v. 179
 Engels recht 14
 gedelegeerd commissaris 168
 goedkeuringsrecht 10, 88, 93
 informatierecht 94, 99v. 111
 overleg met 88, 117v. 121, 122
 president-commissaris 168
 toezegging/afpraak met -155v.
 toezicht door 1, 2, 8, 10v. 17, 100, 133v. 146, 178
 vertrouwenscommissaris 168
 Concernbelang 27v. 34v.
 Concernverhoudingen 6, 31, 39, 41, 109v. 167v. 172
 Concurrentieverbod 74
 Consistentiebeginsel 137
 Continuïteit (van de onderneming) 6v. 30, 32, 38, 40, 173, 176
Corporate opportunities 74v.
 Crediteuren (belang van) 8, 13, 14, 35, 36v. 55, 73, 181
 Dagelijks bestuur 5, 11, 141, 142
Derivative suit 15, 55
Détournement de pouvoir 57v. 176
 Dividend 142, 162, 167
 Doel van de onderneming 7v. 13, 14
 Doelmatigheid 9, 10, 18
 doeloverschrijding (*Ultra Vires*) 35, 60, 65
Duties of Care and Skill 15, 128
 Eenpersoonsvennootschap 73
 Effectiviteit (van toezicht) 10, 179
 Efficiency 40
 EG- Richtlijn
 tweede 137, 162v.
 vijfde 71, 72, 88, 93, 95, 98, 101, 102, 109, 112, 168
 dertiende 163, 166
 Emissie van aandelen 19, 31, 60v. 65, 87, 137, 141, 146, 162
 Enquête (verzoek) 21v. 37, 38, 49v. 101, 109
 Ethiek 3, 177, 182
 Evenredigheid 19, 64, 164, 165
 Faillissement (-swet) 71, 180
 Familie-BV 87, 115v.
Fiduciary duties 15, 66
 Financiële kruisverbanden 35, 40
 Formele bepalingen 20, 52, 48, 55, 81v. 116, 177
 Fusie 96, 138, 141
 Fusiegedragsregels 49, 96, 138, 162
 Geheimhouding 105, 108
 Gelijkheid(-sbeginsel) 70, 99, 161v.
 Geschillenregeling 98, 101, 172
 Goede trouw 19, 20v. 46v. 52, 91, 95, 110, 115, 147, 165, 175
 Handelsregister 36, 64, 94, 133
 Incompatibiliteiten 72, 79
 Informatie
 kwaliteit van 96, 100, 107v. 125, 126, 130, 145, 181
 plicht 83, 93v. 99
 spontane 94v. 106v.
 tijdstip 99, 108
 verzamelen (zie onderzoeksplicht, advies en goedkeuring vragen)
 weigert van 95v. 101, 105, 125, 131
 Initiatief, recht van 85, 86, 105, 119, 140v.
 Inkoop van eigen aandelen 87
 Instructierecht 6, 34, 35, 39, 164, 172
 Intern toezicht (controle) 17, 178
 Intra-concerntransacties 168
 Intrekking aandelen 162
 Jaarrekening(-enrecht) 6, 9, 48, 51, 64, 84, 99, 100, 112, 133, 134
 Kostenbesparing 8
 Liquiditeitspositie 37, 50, 99
 Management-buy-out 30
 Management letter 100
 Materiële bepalingen 33, 52, 55
 Mensenrechten 133
 Misbruik van bevoegdheid (van recht) 58, 62, 79, 164
 Misbruik van voorwetenschap 74
 Motivering 26, 52, 82, 86, 107, 135, 136v. 154, 155, 176
 OESO 49
 Oligarchische constructie 10, 30, 53
 Ondernemingsbelang 5, 6v. 13, 14, 59, 61, 111, 123, 144, 154, 156, 160, 176
 Ondernemingsraad
 adviesrecht 89v. 130v. 139, 141
 afpraak 40, 151, 155v. 159
 Betriebsrat 13v. 126v. 158
 centrale 33, 52
 informatierecht 94, 102v. 111, 135
 toezegging aan 151v. 159
 toezicht door 1, 2, 11v. 147
 Onderzoek(-splicht) 81, 84v. 93, 128

- Onpartijdigheidsbeginsel 68, 82
 Onrechtmatige daad 53v. 73
 Openbaarheidsbeginsel 133
 Optiehouder 65
 Overcapaciteit 40
 Overheid 3, 19, 42, 54, 149v. 159
 Overproduktie 40
 Pakketvergoeding 166
 Patstelling 114, 173
 Privacy 96, 105, 108
 Privé-belangen 59, 67v.
 Productieconcentratie 32
 Prognoses 22
Property-rightstheorie 164
 Publikatieverplichting 36
 Rechtmatigheid 9, 10, 18, 177
 Redelijkheid en billijkheid 4, 20v. 101, 110, 111, 151, 158, 159, 165, 178
 Reglement 48, 49
 Rentabiliteit 22, 27, 32, 33, 34v. 37v
 Reorganisatie 19, 27, 39, 87, 88, 142, 166
 Risicospreiding 41
 Samenwerkingskarakter 4, 173, 182
 Schade aan onderneming 39v.
 Sluiting 19, 32, 34, 37, 49, 88, 142
 Societas Europaea 77, 93, 98, 102, 109, 128
 Specialiteitsbeginsel 57v.
 Statuten (-wijziging) 12, 31, 62, 65, 86, 96, 165
 Sterfhuiskonstructie 31, 53, 87, 115
 Structuurregime 2, 11, 87, 97, 105, 111, 138, 139, 156, 178
 Taakvervulling, onbehoorlijke 4, 35, 73, 180
 Tegenstrijdig belang 57, 59, 60, 67v. 101, 165, 181
 Toegang, recht op 101
 Toerekening 3
 Toetsing (zie ook toezicht)
 beperkte 23, 43
 bewijsrechtelijk 22, 23, 43
 marginale 5, 18v. 26v.
 redelijkheidstoetsing 26v. 29
 volledige toetsing 21, 112
 Transactiekostenbenadering 164
Treupflicht 77
 Uitgangspunten 22, 26, 29
 Uitvoering 28, 83, 89, 122v.
 Vacatures 50, 51, 172
 Vennootschappelijk belang 7v.
 Verantwoording(-sbeginsel) 84, 133v. 181, 182
 Verlies 37v.
 Vrouwen(-sbeginsel) 3, 149v. 152, 172, 176
 Voorbereiding 72, 79, 81v. 178, 182
 Voorkeursrecht 137, 146, 162
 Vredeling-Richtlijn 110
 Wanbeleid 19, 21v. 39, 51v. 73v. 175
 Werknemersbelang 13, 14, 31v. 34v. 37, 89v. 123, 181
 Wetmatigheid 3, 45v. 58, 65, 136, 176, 181
 Willekeurverbod 5, 8, 18, 19, 25, 35, 58, 169, 161v. 176, 182
Winding up order 55
 Zorgvuldigheid 30v. 42, 81v. 177
 Zuiverheid van oogmerk 57v. 59, 182
 Zwaarwichtige gronden 28

Curriculum vitae

Bernadette van Leeuwen werd geboren te Leiden op 13 juni 1960. Na de lagere school te Zwolle behaalde zij aldaar in 1978 het eindexamen Gymnasium a aan de Thomas a Kempis Scholengemeenschap. Zij studeerde Nederlands recht aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam (doctoraal privaatrecht en bestuursrecht 1983). Sinds 1983 is zij als universitair docent verbonden aan de Rijksuniversiteit Limburg te Maastricht en werkzaam in de vakgroep privaatrecht, sectie handels- en ondernemingsrecht. Zij publiceerde op diverse terreinen.