

# Iets over de bevoegdheid en taak van het bestuur

Naschrift bij Blanco Fernández en Huizink

Mr. K.H.M. de Roo\*

*Deze bijdrage is een gecombineerd naschrift bij de bijdragen van Blanco Fernández en Huizink.*

## 1 Inleiding

Er bestaat zoiets als *la joie de se voir critiqué*. De artikelen die Blanco Fernández en Huizink in dit bijzonder nummer aan onderdelen van mijn dissertatie over het bestuur van rechtspersonen hebben gewijd, heb ik met plezier gelezen. Hun mooie beschouwingen over respectievelijk de bevoegdheid en de taak van het bestuur nodigen uit tot reflectie. In dit naschrift zal ik achtereenvolgens op beide bijdragen reageren. Voordat ik dat doe, past mij op deze plaats een woord van dank. Natuurlijk eerst en vooral aan beide auteurs voor het overdenken van mijn dissertatie en voor de bijdragen die zij naar aanleiding daarvan hebben geschreven. Maar beslist niet minder aan de wetgever voor het meermaals intrappen van de open deur dat ‘het bestuur bestuurt’ (art. 2:44/129/239/291 lid 1 (jo. art. 2:53a lid 1) BW). Zonder die vondst had u deze bijdragen niet onder ogen gekregen.

Maar nu ter zake.

## 2 Beperkingen van de bestuursbevoegdheid

De bestuursbevoegdheid laat zich met drie soorten rechten ten gunste van andere organen beperken: goedkeuringsrechten, instructierechten en initiatiefrechten. In mijn dissertatie heb ik deze rechten besproken vanwege hun betekenis voor de bestuurstaak. De stelling van Blanco Fernández dat deze opzet – ik parafreer – een stiefmoederlijke behandeling van het stichtingenrecht in de hand werkt, oogt begrijpelijk.<sup>1</sup> De stichting kent immers in beginsel slechts het bestuur als orgaan, waardoor een beperking van de bestuursbevoegdheid ten gunste van andere organen weinig relevant lijkt. Ik schrijf bewust ‘lijkt’, omdat het stichtingenrecht toestaat dat de statuten voorzien in andere organen dan het bestuur. Boek 2 BW kent zelfs een regeling van de raad van commissarissen bij de stich-

ting.<sup>2</sup> En in de praktijk wordt door stichters niet zelden gebruik gemaakt van de mogelijkheid tot beperking van de bestuursbevoegdheid ten gunste van vrijwillig ingestelde organen. Blanco Fernández brengt zelf het arrest Geestelijk Leider ter sprake: een uitspraak over een stichting waarbij de bestuursbevoegdheid statutair was beperkt door een instructierecht.<sup>3</sup> Ik zou menen dat deze voorbeelden aantonen dat beperkingen van de bestuursbevoegdheid ten gunste van andere organen van evenveel belang kunnen zijn voor stichtingen als voor corporatieve rechtspersonen.<sup>4</sup>

Dat brengt mij bij de draagwijdte van Geestelijk Leider.<sup>5</sup> Ik heb betoogd dat de inrichtingsvrijheid die uit dit arrest spreekt tot beginsel strekt voor alle rechtspersonen van artikel 2:3 BW.<sup>6</sup> Blanco Fernández vraagt zich af of dit betoog strookt met het gegeven dat het stichtingenrecht geen bijzondere regeling inzake instructierechten kent, terwijl dit wel het geval is voor andere rechtspersoonsvormen. Met andere woorden: kan wat voor de stichting geldt wel op deze manier veralgemeenseerd worden? In Geestelijk Leider was het bestuur over de volle breedte van zijn bevoegdheden onderworpen aan de instructies van een vrijwillig ingesteld orgaan: de ‘Geestelijk Leider’. De Hoge Raad flatteerde deze ingrijpende statutaire bevoegdheidsbeperking door te overwegen dat zij geen blokkade oplevert voor een – in de woorden van de Hoge Raad – ‘optimaal functioneren’ van de stichting.<sup>7</sup> Deze woorden bieden geen reden tot twijfel over de ruimte die het stichtingenrecht

2 Deze regeling is vervat in art. 2:286, 2:291, 2:292a, 2:297a en 2:297b BW. Art. 2:349 lid 1 BW noemt verder nog het ‘toezichthoudend orgaan’, mijns inziens ten overvloede. Zie K.H.M. de Roo, Bestuur van rechtspersonen (diss. Amsterdam VU; ZIFO nr. 34), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 417.

3 Blanco Fernández 2023, par. 2.

4 De opmerking dat de dissertatie ‘in belangrijke mate is geënt op het NV/BV-recht’ kan ik niet goed plaatsen (Blanco Fernández 2023, par. 2). De hiervoor door Blanco Fernández gebruikte argumenten zijn hooguit dragend voor de stelling dat de dissertatie in belangrijke mate is geënt op het recht betreffende corporatieve rechtspersonen, waaronder dus ook de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij.

5 HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5779, JOR 2000/145 m.nt. Blanco Fernández (Geestelijk Leider).

6 De Roo 2021, p. 458-459.

7 HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5779, JOR 2000/145 m.nt. Blanco Fernández (Geestelijk Leider), r.o. 3.3.

\* Mr. K.H.M. de Roo is advocaat te Amsterdam, fellow bij het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) en redacteur van dit tijdschrift.

1 J.M. Blanco Fernández, Beperkingen van de bestuursbevoegdheid, MvO 2023, afl. 7, par. 2.

aan de partijautonomie laat bij de beperking van de bestuursbevoegdheid. Die ruimte is naar het oordeel van de Hoge Raad beslist groot.

Het belang van dit oordeel voor andere rechtspersoonsvormen houdt verband met de rol van de inrichtingsvrijheid in het rechtspersonenrecht. Eerder heb ik in dit tijdschrift beschreven dat de inrichtingsvrijheid een beginsel is en niet een per geval door de wetgever vergund privilege.<sup>8</sup> Wat niet verboden is, is derhalve toegestaan. Geestelijk Leider illustreert zoveel voor het instructierecht: nu het rechtspersonenrecht hier geen dwingende grenzen stelt, geldt de inrichtingsvrijheid ten volle. Bezien tegen de achtergrond van de beginselstatus van de inrichtingsvrijheid vormt Geestelijk Leider een bevestiging dat de partijautonomie ook bij de beperking van de bestuursbevoegdheid in algemene zin vooropstaat. Dit punt lijkt misschien zo vanzelfsprekend dat het geen betoog behoeft. Eigenlijk gaat het ook om niets meer dan de vaststelling dat het rechtspersonenrecht deel uitmaakt van het privaatrecht. En toch zou ik menen dat het zin heeft om bij dat punt stil te staan. Men leest soms wel dat het rechtspersonenrecht als publiekrecht beschouwd zou moeten worden, waardoor de wil van de wetgever als ordenend principe voorrang krijgt op het eigen inzicht van partijen.<sup>9</sup> Geestelijk Leider maakt duidelijk dat deze gedachte naar Nederlands recht niet opgaat.

In zijn noot bij Geestelijk Leider heeft Blanco Fernández gesuggereerd dat de ruime inrichtingsvrijheid die de Hoge Raad in dit arrest erkende, was ingegeven door de samenhang van de positie van de instructiegerechtigde ‘met geloofsoverwegingen die onze rechtsorde aanvaardt en die in zoverre door de rechter in principe niet worden getoetst’.<sup>10</sup> Of dat zo is, weet ik niet. Onwaarschijnlijk is dat deze overweging was ingegeven door een (impliciet) toepasselijk geacht kerkelijk statuut, nu het gesloten stelsel van rechtspersonen eraan in de weg staat dat een stichting gelijktijdig een kerkgenootschap is.<sup>11</sup> Wat ik hoe dan ook zou willen weerspreken, is de gedachte dat rechtspersonen zonder godsdienstige achtergrond eerder organisatorisch aan banden kunnen worden gelegd dan rechtspersonen met een dergelijke achtergrond. De godsdienstvrijheid noopt op organisatorisch vlak niet tot een grotere rechterlijke terughou-

dendheid dan de ‘burgerlijke’ inrichtingsvrijheid.<sup>12</sup> Hiermee is overigens niet gezegd dat bij alle rechtspersonen van artikel 2:3 BW evenveel inrichtingsvrijheid bestaat als in Geestelijk Leider werd aanvaard. Dwingend recht kan de inrichtingsvrijheid beperken, zoals onder meer blijkt uit het hierna te bespreken artikel 2:129/239 lid 4 BW. Belangrijk blijft echter dat de vrijheidsgedachte uit Geestelijk Leider het dwingend recht van Boek 2 BW een uitzonderlijk karakter geeft.<sup>13</sup> Waar dwingend-rechtelijke grenzen ontbreken, bestaat vrijheid tot maatwerk. Zo is een instructierecht als aan de orde in Geestelijk Leider niet slechts toelaatbaar bij de stichting, maar ook bij de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij.

Artikel 2:129/239 lid 4 BW stelt als gezegd wel grenzen. Blanco Fernández wijst er terecht op dat artikel 2:129 lid 4 BW een mogelijk statutair instructierecht beperkt tot ‘aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap die de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen’, terwijl artikel 2:239 lid 4 BW slechts spreekt van ‘aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap’. Tot op heden is het bij mijn weten nog niemand gelukt een ‘algemene instructie’ als bedoeld in artikel 2:129 lid 4 BW trefzeker te onderscheiden van een ‘concrete instructie’. Blanco Fernández stelt dan ook begrijpelijkerwijs de vraag of dit onderscheid wel bestaat. Ik zou menen dat voor de beantwoording van deze vraag alleen kan worden gekoerst op de wettekst. En het geval wil dat die wettekst verschilt van artikel 2:239 lid 4 BW. Om dit verschil terzijde te stellen, zijn gewichtiger argumenten nodig dan de blote constatering dat de wet lastig te begrijpen is. Die argumenten ken ik niet en zijn als ik het goed zie ook door Blanco Fernández niet aangedragen. Mijn conclusie is hierom dat artikel 2:129 lid 4 BW concrete instructies niet toelaat.<sup>14</sup> In het verlengde hiervan is het onmogelijk binnen de grenzen van artikel 2:129 lid 4 BW concrete instructies effectief te formuleren als algemene instructies.<sup>15</sup> Dergelijke trucs zijn een vorm van ongeoorloofde simulatie.<sup>16</sup>

Tegelijkertijd verwacht ik dat Blanco Fernández zal beamen dat de huidige wetgeving over instructierechten bij kapitaalvennootschappen gebrekkig is. In mijn dissertatie heb ik de vraag opgeworpen of artikel 2:129 lid 4 BW niet beter met artikel 2:239 lid 4 BW in overeenstemming kan worden gebracht, zodat de hier gevoerde discussie niet meer kan opvlam-

8 K.H.M. de Roo, De inrichtingsvrijheid als uitzondering?, *MvO* 2018, afl. 3-4, p. 86-88.

9 Vgl. M.T. Moore, Private ordering and public policy: The paradoxical foundations of corporate contractarianism, *Oxford Journal of Legal Studies* (34) 2014, afl. 4, p. 694.

10 J.M. Blanco Fernández, annotatie bij HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5779, JOR 2000/145 (Geestelijk Leider), onder 3.

11 Anders: M.J.G.C. Raaijmakers, Kerkgenootschap en stichting: iets over HR 12 mei 2000, RvdW 2000, 121, in: J.B. Huizink e.a. (red.), A-T-D (Van Schilfgaarde-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 351 e.v., waartegen ook: J.M. Blanco Fernández, Een dubbel statuut voor kerkgenootschappen?, in: G.T.M.J. Raaijmakers & A.F. Verdam (red.), Theo Raaijmakers geannoteerd (Raaijmakers-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021, p. 281-283.

12 Zie ook T.J. van der Ploeg, De relatie tussen de vrijheid van godsdienst voor geloofsgemeenschappen op organisatorisch vlak en de vrijheid van vereniging, *NTKR* 2017, afl. 2, p. 195-213.

13 Zie ook W.J.M. van Veen, Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit (ZIFO nr. 2), Deventer: Kluwer 2011, p. 9-12.

14 De Roo 2021, p. 461-462.

15 Zoals gesteld door F.J.W. Löwensteyn, Het uur der waarheid, in: J.H. Christiaanse e.a. (red.), Tot vermaak van Slagter (Slagter-bundel), Deventer: Kluwer 1988, p. 143; F.J.P. van den Ingh, De bevelsstructuur in de vennootschap, in: L. Timmerman e.a., Concernverhoudingen (VDHI nr. 69), Deventer: Kluwer 2002, p. 19.

16 Vgl. G. Veth, Simulatie in het privaatrecht (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: A.H. Kruyt 1921, p. 9.

men.<sup>17</sup> Hierover wordt ook anders gedacht. Olaerts bepleit bijvoorbeeld dat het onderscheid tussen artikel 2:129 lid 4 en artikel 2:239 lid 4 BW juist steviger wordt aangezet, opdat de BV een duidelijker eigen profiel krijgt ten opzichte van een opzet van de NV met meer dwingendrechtelijke bestuursautonomie.<sup>18</sup> Mij lijkt dat allemaal niet nodig. Als Boek 2 BW voldoende faciliterend wordt ingericht, kunnen partijen hun vennootschap zelf het profiel geven dat zij verkiezen. In dit licht is er meer voor te zeggen dat het vierde lid van zowel artikel 2:129 als artikel 2:239 BW volledig wordt geschrapt. Dit vierde lid stelt ons alleen maar voor ingewikkelde uitlegvragen, terwijl het eerste lid – net als zijn pendanten in het verenigingen- en stichtingenrecht – een voldoende grondslag biedt voor de beperking van de bestuursbevoegdheid met instructierechten.<sup>19</sup> Ook zonder artikel 2:129/239 lid 4 BW is het bestuur immers bevoegd te besturen ‘behoudens beperkingen volgens de statuten’.

Deze algemene grondslag voor beperkingen van de bestuursbevoegdheid is het laatste onderwerp uit de bijdrage van Blanco Fernández waarbij ik stilsta. Mijns inziens moet ‘volgens de statuten’ in artikel 2:44/129/239/291 lid 1 BW worden begrepen als ‘bij of krachtens de wet of de statuten’.<sup>20</sup> Meer rek zit er echter niet in, althans niet voor zover wij de wet geen geweld willen aandoen of in strijd met vaste cassatierechtspraak bevoegdheden willen ontwaren uit ongeschreven recht.<sup>21</sup> De stelling dat een contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid niet per se een wettelijke of statutaire verankering behoeft, onderschrijf ik hierom niet.<sup>22</sup> Wet en rechtspraak verzetten zich hiertegen. Deze constatering staat overigens los van mijn sympathie voor de gedachte dat een statutair instructierecht niet verplicht openbaar zou moeten zijn. Ik zie geen bezwaar tegen een regeling die de verplichte openbaarheid van statuten beperkt naar het voorbeeld van artikel 19 Handelsregisterbesluit 2008, dat wil zeggen: tot ‘al hetgeen de statuten bevatten ter bepaling van de rechten van derden’.<sup>23</sup>

Dat een contractuele beperking van de bestuursbevoegdheid ook zonder wettelijke of statutaire grondslag kan werken, vindt naar mijn idee ten slotte geen steun in het hiertoe door

Blanco Fernández aangehaalde Gooisch Natuurreservaat.<sup>24</sup> Dit arrest ging niet over de doorwerking van een overeenkomst in rechtspersonenrechtelijke verhoudingen. Juist het omgekeerde was aan de orde: de doorwerking van een statutaire bepaling in een contractuele verhouding. De vraag of een overeenkomst een eenzijdige opzegging door een of meer partijen toestond, werd in Gooisch Natuurreservaat beantwoord met inachtneming van de statutaire bepaling waarop de overeenkomst voortbouwde.<sup>25</sup> Het betrof dus een doodgewone kwestie van contractsuiteleg.<sup>26</sup> Ik leid hieruit niets af over de mogelijkheid of onmogelijkheid van een contractueel instructierecht zonder wettelijke of statutaire grondslag. Daarover heeft de Hoge Raad zich in Gooisch Natuurreservaat niet uitgelaten.

### 3 De bestuurstaak en de wereld

Ik stap over op de bijdrage van Huizink. Deze beperkt zich tot het vennootschapsrecht, dus dat zal ik hier ook doen. Het eerste door Huizink aangesneden onderwerp betreft de betekenis van de onderneming voor het belang waarnaar bestuurders zich bij hun taakvervulling moeten richten. In mijn dissertatie bepleit ik dat de toevoeging ‘en de met haar verbonden onderneming’ in artikel 2:129/239 lid 5 BW geen zelfstandige betekenis heeft, zodat het schrappen of wegdenken ervan voor de hand ligt.<sup>27</sup> Huizink vindt dit standpunt ‘heftig’.<sup>28</sup> Gelet op het eerdere pleidooi van Huizink om de gehele norminstructie van artikel 2:129/239 lid 5 BW te verlaten voor een grotere rol voor artikel 2:8 lid 1 BW, leek mij deze kwalificatie aanvaardbaar een compliment.<sup>29</sup> De twijfel slaat echter toe wanneer ik vervolgens lees dat mijn ‘focus op de rechtspersoon-vennootschap te beperkt’ is en dat ik ‘dat vehikel een veel te grote status’ geef.<sup>30</sup>

Er lijkt wat ruis op de lijn te zitten. Laat mij mijn standpunt hierom verduidelijken aan de hand van een citaat uit *Waar gaat het eigenlijk om?*, de lezenswaardige afscheidsrede van Huizink. Hij stelt daarin het volgende:<sup>31</sup>

17 De Roo 2021, p. 462.

18 M. Olaerts, Instructiebevoegdheid en bestuursautonomie, WPNR 2022, afl. 7389, p. 762.

19 Een bijkomend voordeel hiervan is dat de kring van mogelijke instructie-gerechtigden niet langer ‘ingeperkt’ zou worden door art. 2:78a/189a BW. Zie over de overbodigheid van deze bepaling J.M. Blanco Fernández, Denkend aan zeggenschap, in: J.M.M. Maeijer e.a., Flexibele rechtsvormen (VDHI nr. 98), Deventer: Kluwer 2008, p. 38-41.

20 De Roo 2021, p. 460-461.

21 HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1486, NJ 2003/182 m.nt. Maeijer (HBG), r.o. 6.4.2; HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, NJ 2007/434 m.nt. Maeijer (ABN Amro), r.o. 4.4; HR 6 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6509, NJ 2012/336 m.nt. Van Schilf-gaarde (Imeko), r.o. 3.4.

22 Blanco Fernández 2023, par. 2.

23 Zie ook D.F.M.M. Zaman & S.A. Kruisinga, Uitleg van statuten, TvOB 2014, afl. 6, p. 188.

24 HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660, JOR 2016/189 m.nt. Blanco Fernández (Gooisch Natuurreservaat).

25 Blanco Fernández beroept zich in zijn bijdrage op de frase: ‘De overeenkomst is het onlosmakelijke complement van de statuten’ (Blanco Fernández 2023, par. 2). Deze frase is echter uitsluitend opgenomen in de weergave van het cassatiemiddel (r.o. 4.2) en niet in de overweging waarin is gemotiveerd waarom het cassatiemiddel slaagt (r.o. 4.3).

26 Het resultaat van deze uitleg is overigens niet doodgewoon. Gooisch Natuurreservaat is van betekenis voor het leerstuk van de opzegbaarheid van duurovereenkomsten. Vgl. C.E. Drion, Opzegbaarheid van duurovereenkomsten, NJB 2016, afl. 20, p. 1399.

27 De Roo 2021, p. 61.

28 J.B. Huizink, Het vennootschapsrecht gaat over vennootschapsrecht; niet over de wereld!, MvO 2023, afl. 7, par. 2.

29 J.B. Huizink, Het belang van de vennootschap en daarmee verbonden onderneming: te ver doorgesloten?, WPNR 2013, afl. 6982, p. 535-537.

30 Huizink 2023, par. 2.

31 J.B. Huizink, Waar gaat het nu eigenlijk om? (afschheidsrede Amsterdam VU; ZIFO nr. 31), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 16.

‘Ik zou menen dat het bepalen van het vennootschappelijk belang toch primair een zaak is van de oprichters en latere aandeelhouders. En dat het ook aan hen is om te bepalen of en in hoeverre de inhoud van het vennootschappelijk belang tijdens de rit kan worden bijgesteld.’

Als deze opvatting al niet gelijkloopt met de mijne, dan ontlopen de twee elkaar nauwelijks. De wilsbeschikking van de oprichters of de aandeelhouders is inderdaad bepalend voor het vennootschapsbelang. Daar gaat het eigenlijk om. Een amorfe grootheid als ‘het belang van de onderneming’ kan in dit kader worden gemist. De vraag is ook wat zij zou moeten betekenen. Een onderneming is volgens mij een activiteit en niet een subject.<sup>32</sup> En anders dan subjecten hebben activiteiten geen belangen, althans niet naar normaal taalgebruik. De rechtspraak brengt ons op dit punt evenmin verheldering. Sinds de Cancun-beschikking wordt het vennootschapsbelang dikwijls gezocht in ‘het bestendige succes van de onderneming’.<sup>33</sup> Hoewel die frase weliswaar meer richtinggevend lijkt dan de resultante van nog af te wegen belangen, vrees ik dat ook deze zoektocht gedoemd is tot stuklopen. Succes is namelijk geen norm, maar het resultaat van de toepassing van een norm. De enige voor toepassing gereedliggende norm is het vennootschapsbelang. Het heeft pas redelijke zin te spreken van succes als de onderneming dat belang dient.<sup>34</sup>

Maar misschien begrijp ik Huizink verkeerd. Mogelijk hecht hij een eigen betekenis aan het ondernemingsbelang die losstaat van het vennootschapsbelang, zonder deze betekenis in bovenvermeld citaat uit te werken. Ik weet het niet. De vraag is ook of het zo belangrijk is dat Huizink en ik elkaar begrijpen. De hiervoor ingeslagen weg van onderlinge exegese leidt af van de werkelijk relevante vraag hoe de rechtspraak met deze materie omgaat. Nemen we voor het gemak de Hoge Raad als gids. Er is al veel geschreven over de Cancun-beschikkingen en ook over de op Cancun geënte overwegingen in de Cordial-beschikking, waarover eveneens hierna.<sup>35</sup> Deze uitspraken laat ik even rusten ten gunste van een andere, in deze discussie wat ondergesneeuwde uitspraak: het Bruil-arrest. Een van de dragende rechtsoverwegingen uit Bruil luidt als volgt:<sup>36</sup>

‘In het bijzonder in de gevallen waarin een natuurlijke persoon handelt in de hoedanigheid van bestuurder tevens aandeelhouder van meerdere vennootschappen die een groep vormen zal niet spoedig van tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:256 sprake zijn, omdat het juist de bedoeling is dat, door de (uiteindelijke) zeggenschap in één hand

te houden, de afweging van alle bij deze groepsvennootschappen betrokken belangen bij die persoon is geconcentreerd. Alsdan zijn immers het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming en het belang van de betrokken bestuurder tevens aandeelhouder onderling zo nauw verbonden dat slechts onder bijzondere omstandigheden van tegenstrijdig belang sprake kan zijn.’

Deze rechtsoverweging brengt tot uitdrukking dat het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming – de Hoge Raad noemt ze in één adem – onderaan de streep vooral een kwestie is van ‘(uiteindelijke) zeggenschap’. Deze uiteindelijke zeggenschap is de zeggenschap van de oprichters en vervolgens van de gezamenlijke aandeelhouders. Zij moeten erop kunnen rekenen dat de bestuurders zich voegen naar datgene waarvoor zij de vennootschap bestemmen.<sup>37</sup> Dat het vennootschapsbelang na oprichting resulteert uit aandeelhouderszeggenschap ligt overigens ook besloten in het wettelijk systeem. De escalatieregeling van artikel 2:129/239 lid 6 BW legt het laatste oordeel over de vraag of een besluit dienstig is aan het vennootschapsbelang bij de algemene vergadering.<sup>38</sup> Dit is slechts anders als de statuten anders bepalen. En wie bepaalt of de statuten anders bepalen? U raadt het al (art. 2:121/231 lid 1 BW). Het wettelijk systeem wijst er derhalve op dat het belang waarnaar het vennootschapsbestuur zich moet richten, wordt bepaald door de gezamenlijke aandeelhouders en dus niet gezocht moet worden in ‘de onderneming’.

Met deze vaststelling dient een ander door Huizink aangesneden thema zich aan: de discussie rond *purpose*. Huizink verwijst in dit verband naar een bijdrage van Timmerman aan de bundel *Bestuursbesluiten*.<sup>39</sup> In deze bijdrage schrijft Timmerman dat het bestuur bevoegd is de *purpose* van een vennootschap vast te stellen en dat besluiten van de algemene vergadering die met een vastgestelde *purpose* in strijd komen, op grond van artikel 2:15 lid 1 sub b BW vernietigbaar zijn.<sup>40</sup> Met Huizink betwijfel ik of het resultaat van deze gedachte wense-

32 Ondernemen betekent volgens de Van Dale ‘op zich nemen’ of ‘beginnen te doen’.

33 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. Van Schilfgaarde (Cancun), r.o. 4.2.1.

34 Bestendig succes is overigens een pleonasme. Men kan althans niet serieus spreken van succes wanneer dit succes nergens tegen bestand is.

35 HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:199, NJ 2023/166 m.nt. De Kluiver (Cordial).

36 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033, NJ 2007/420 m.nt. Maeijer (Bruil), r.o. 3.6.

37 Rb. Midden-Nederland 16 maart 2022, ECLI:NL:RBME:2022:1174, JAR 2022/117 m.nt. Wiersma, r.o. 4.8. De structuurregeling brengt hierin geen verandering. Zelfs binnen het volledige structuurregime is de rvc onderworpen aan het vertrouwen van de algemene vergadering (art. 2:161a/271a lid 1 BW).

38 Onder de vigeur van art. 2:151/262 BW is wel aangenomen dat de algemene vergadering verplicht is zich bij uitoefening van haar ex art. 2:129/239 lid 6 BW geëscaleerde bevoegdheid te richten naar het vennootschapsbelang. Vgl. R.G.J. Nowak & A.F.J.A. Leijten, De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling, Ondernemingsrecht 2012/92, nr. 15. Daargelaten dat art. 2:151/261 BW niet uitsloot dat de algemene vergadering per definitie handelt in het vennootschapsbelang, kan deze vraag naar huidig recht niet meer opkomen. Art. 2:151/261 BW is per 1 juli 2021 vervallen. Zie ook J.A. Terstegge, Beperking van de bestuursbevoegdheid bij de naamloze en besloten vennootschap (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 122.

39 Deze bundel stond centraal in MvO 2021, afl. 9-10, met bijdragen van Nijland, Karapetian, Van Nuland, Salemink en mijzelf.

40 L. Timmerman, Purpose in de managementleer en het vennootschapsrecht, in: J.M. de Jongh e.a. (red.), Bestuursbesluiten (IVOR nr. 123), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 46.

lijk is. Het is vragen om impasses in de besluitvorming als het bestuur de algemene vergadering op deze manier telkens klem zou kunnen zetten. En de Ondernemingskamer heeft het al zo druk.<sup>41</sup> De stelling van Timmerman lijkt mij hoe dan ook lastig in het geldend recht te passen. Volgens mijn woordenboek betekent *purpose* in het Nederlands ‘doel’ en volgens mijn wetboek wordt het doel van een kapitaalvennootschap bepaald door de oprichters en vervolgens door de algemene vergadering (art. 2:66/177 lid 1 en 2:121/231 lid 1 BW). Hiermee is overigens niet gezegd dat bestuurders zich niet mogen uitlaten over de (weg naar) doelverwezenlijking. Dergelijke openheid sluit juist aan bij de bestuursverantwoordelijkheid voor een normale verstandhouding met de aandeelhouders.<sup>42</sup> In die normale verstandhouding past echter niet dat de aandeelhouders vervolgens aan deze uitingen van het bestuur gebonden zijn.<sup>43</sup> Die gedachte is onverenigbaar met de dienende functie die het bestuur in de vennootschapsorganisatie inneemt.

Hiervoor lag de nadruk op het vennootschapsbelang en de bepaling daarvan door de oprichters en de gezamenlijke aandeelhouders. Daarmee heb ik niet willen zeggen dat deze wilsbeschikking voor bestuurders altijd de doorslag geeft. Bestuurders moeten zich de belangen van betrokkenen terdege aantrekken en wel in die zin dat zij deze belangen niet onnodig of onevenredig mogen schaden, aldus de Hoge Raad in *Cancun*.<sup>44</sup> Dit impliceert dat het bestuur ervoor moet zorgen dat de vennootschap haar rechtsplichten naleeft en dus niet onrechtmatig handelt jegens derden. In mijn dissertatie noem ik deze plicht van het bestuur de nalevingsplicht.<sup>45</sup> Vanwege de nalevingsplicht dienen bestuurders te waarborgen dat de vennootschap niets doet of nalaat in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 2 BW).<sup>46</sup> Dit vormt een correctie op de richtsnoerfunctie van het vennootschapsbelang. Voor zover het bevorderen van het vennootschapsbelang de belangen van stakeholders kan schaden, krijgt maatschappelijk verantwoord ondernemen – in BW-termen: maatschappelijk betamelijk ondernemen – voor bestuurders zijn beslag via de nalevingsplicht.

Een ontwikkeling in de cassatierechtspraak doet evenwel de vraag rijzen of deze presentatie van de nalevingsplicht als cor-

rectie op het vennootschapsbelang nog steeds opgaat. In zijn *Cordial*-beschikking herhaalde de Hoge Raad zijn bekende overweging uit *Cancun* over de plicht van bestuurders zich te richten naar het vennootschapsbelang en de door bestuurders in acht te nemen zorgvuldigheid. Opvallend in verband met de nalevingsplicht is echter de volgende, in *Cordial* nieuw geformuleerde overweging:<sup>47</sup>

‘De rechtspersoon heeft een zelfstandig belang erbij dat wettelijke en statutaire normen die mede voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid van art. 2:7 BWC, waaronder begrepen procedurele normen die noodzakelijk zijn voor een goede besluitvorming, op juiste wijze zijn of worden nageleefd.’

Op het eerste gezicht biedt deze aanvulling van *Cancun* een onderbouwing van de nalevingsplicht. De rechtspersoon heeft een zelfstandig belang bij naleving en dus moeten bestuurders, zich richtende naar het vennootschapsbelang, naleving bevorderen. Bijzonder is echter dat de nalevingsplicht in *Cordial* niet wordt weergegeven als een *correctie* op het vennootschapsbelang, maar als een *invulling* ervan. Het is de vraag of deze weergave gelukkig is gekozen. In elk geval lijkt zij haaks te staan op de benadering in *Cancun*, waarin belangen van derden moeten worden afgewogen tegen het vennootschapsbelang. Hoe moet die afweging plaatsvinden als het vennootschapsbelang de rechtens beschermde belangen van derden reeds als ‘zelfstandig belang’ insluit? Volgens mij kan dat helemaal niet. Tegelijkertijd zou ik menen dat de Hoge Raad niet kan worden geacht het onmogelijke van bestuurders te vergen. Een redelijke uitleg van *Cordial* brengt om deze reden mee dat de nalevingsplicht een correctie vormt op het vennootschapsbelang en niet een invulling ervan.<sup>48</sup>

Deze correctie wint aan relevantie naarmate de vennootschap wordt onderworpen aan meer rechtsnormen die belangen van derden beogen te beschermen. Die ontwikkeling is gaande. Zoals Huizink in zijn bijdrage signaleert, dijt het op vennootschappen toepasselijke ‘maatschappelijke’ normenkader door de ontwikkelingen rond ESG-wetgeving alleen maar uit.<sup>49</sup> En ondanks dat het normenkader almaar uitdijt, blijkt uit de rechtspraak dat een bestuurder zich met betrekking tot de naleving daarvan niet eenvoudig kan verschuilen achter onwetendheid of rechtsdwaling. Zoals het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden onlangs overwoog in een uitspraak over externe bestuurdersaansprakelijkheid, mag van een redelijk han-

41 Vgl. J.B.S. Hijink & L.A. van de Sandt, Een empirisch onderzoek van het enquêterecht over de periode 2008-2020, in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Handboek enquêterecht* (VDHI nr. 175), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 59 e.v.

42 Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965, JOR 2017/261 m.nt. Bulten (AkzoNobel), r.o. 3.35.

43 Het bestuur kan wel zichzelf binden door toezeggingen. Zie S.H.M.A. Dumoulin, De toezegging aan de aandeelhoudersvergadering, een verkenning, in: P. Ingelse e.a., *De aandeelhoudersvergadering van de beursvennootschap* (ZIFO nr. 27), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 71 e.v.

44 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. Van Schilfgaarde (*Cancun*), r.o. 4.2.1.

45 De Roo 2021, p. 101 e.v.

46 Zie ook H.J. de Kluiver, Kroniek van het ondernemingsrecht, NJB 2023, afl. 15, p. 1204, waar hij opmerkt dat de overweging uit *Cancun* over het niet onnodig of onevenredig schaden van de belangen van betrokkenen goed aansluit op de grondslag van de onrechtmatige daad in art. 6:162 BW.

47 HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:199, NJ 2023/166 m.nt. De Kluiver (*Cordial*), r.o. 3.4.2. De uitspraak betreft het recht van Curaçao. Vanwege het concordantiebeginsel is deze uitspraak ook van belang voor het Nederlandse rechtspersonenrecht. Zie hiertoe K. Frielink, Kort begrip van het Nederlands Caribisch en Surinaams rechtspersonenrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 23 e.v.

48 Zie ook H.J. de Kluiver, annotatie bij HR 10 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:199, NJ 2023/166 (*Cordial*), onder 2.

49 Huizink 2023, par. 6, onder verwijzing naar: H. De Wulf e.a., *Duurzaam ondernemen en Sustainable Transport* (Preadviezen van de Koninklijke Vereniging ‘Handelsrecht’ 2021), Zutphen: Paris 2021.

delend bestuurder ten minste worden verwacht ‘dat hij zich vooraf op de hoogte heeft gesteld van de aard en omvang van de activiteiten van de te besturen vennootschap(pen)’ en ‘dat hij zich [omtrent de naleving van de in dat verband geldende regels; KdR.] tenminste door deskundigen laat informeren’.<sup>50</sup>

Er wordt dus het nodige van bestuurders verwacht op het gebied van naleving. Deze verwachting is een vennootschapsrechtelijke verwachting. Zij ligt besloten in de bestuurstaak zoals deze voor het bestuur van elke kapitaalvennootschap geldt.<sup>51</sup> De nalevingsplicht van het bestuur maakt rechtsnormen die van toepassing zijn op de vennootschap en die strekken tot bescherming van derden een aangelegenheid van het bestuur. Tegen deze achtergrond zou ik de door Huizink in zijn bijdrage vooropgestelde bewering niet tot de mijne willen maken. Integendeel. Vanwege de nalevingsplicht gaat het vennootschapsrecht juist in toenemende mate over de wereld.

#### 4. Afronding

De titel van deze paragraaf verraadt dat ik tot een afronding kom. Ik ben Blanco Fernández en Huizink bijzonder erkentelijk voor de kritische beschouwingen die zij naar aanleiding van mijn dissertatie aan het papier hebben toevertrouwd. Aangezien men ijzer met ijzer scherpt, lijkt het mij een geruststellende gedachte dat wij het nog niet over alle besproken kwesties eens zijn geworden en er dus voldoende ruimte voor discussie overblijft.

---

<sup>50</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:10497, JOR 2023/147 m.nt. Karapetian (Heiploeg), r.o. 6.17. In dezelfde uitspraak overwoog het hof dat een bewuste wetsovertreding ernstig verwijtbaar is (r.o. 6.3). Uit r.o. 6.17 volgt dat een bestuurder ook ter zake van een onbewuste wetsovertreding een ernstig verwijt kan treffen.

<sup>51</sup> Ik roep in herinnering dat ik mij in deze paragraaf met Huizink beperk tot het kapitaalvennootschapsrecht. De nalevingsplicht geldt voor het bestuur van elke rechtspersoonsvorm van art. 2:3 BW.