

Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2018

100 jaar Handelsrecht Over heden, toekomst en verleden

Jubileumuitgave Vereeniging 'Handelsrecht'
1918-2018

Mr. L.J. van Baren

Mr. drs. A.A. Bootsma

Mr. M. Bronneman

Prof. mr. C.D.J. Bulten

Prof. mr. M.H. Claringbould

Mr. dr. K. Engel

Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse

Jhr. mr. J.L.R.A. Huydecoper

Prof. mr. C.J.H. Jansen

Prof. mr. H.J. de Kluiver (red.)

Mr. M.A.W. van Maanen

Mr. A.M. Mennens

Mr. dr. J. Mulder

Mr. dr. S.H.L. Niessen

Mr. S.H. de Ranitz

Prof. mr. W.A.K. Rank

Prof. mr. L. Timmerman

Mr. J.A. Voerman

Prof. mr. R. Wesseling



Zutphen 2018

UITGEVERIJ *Paris*

ISBN 978-94-6251-195-8
NUR 820

© 2018 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, 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 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

Inleiding De Vereeniging ‘Handelsrecht’; van eeuw tot eeuw / 11

100 jaar Vereeniging ‘Handelsrecht’ / 31

- 1 De Vereeniging ‘Handelsrecht’ en haar preadviezen 1918-2018**
— Prof. mr. C.D.J. Bulten en prof. mr. C.J.H. Jansen / 33
- 1.1 De aanleiding tot de oprichting van de Vereeniging ‘Handelsrecht’ / 33
- 1.2 De lotgevallen van de Vereeniging ‘Handelsrecht’ na de oprichtingsjaren / 39
- 1.3 De integratie van het handelsrecht in het burgerlijk recht / 41
- 1.4 De permanente aandacht voor de herziening van het vennootschapsrecht / 44
- 1.5 Het internationale karakter van het handelsrecht / 50
- 1.6 Corporate litigation / 55
- 1.7 Slotbeschouwingen / 58

Ondernemingsrecht / 61

- 2 Het Nederlandse vennootschapsrecht tussen 1918 en 2018, enkele schetsmatige opmerkingen** — Prof. mr. L. Timmerman / 63
- 2.1 De nieuwe Vennootschapswet van 1928 / 64
- 2.2 Naar de institutionele opvatting / 71
- 2.3 Het rapport Verdam uit 1964 / 79
- 2.4 Van de invoering van de besloten vennootschap in 1971 naar de flex-bv / 86
- 2.5 De invoering van Boek 2 BW / 89
- 2.6 Bestuursdaansprakelijkheid / 93
- 2.7 Internationalisering van het (Nederlandse) bedrijfsleven / 94
- 2.8 Slotopmerkingen / 95

- 3 Over de toekomst van het vennootschapsrecht**
— Mr. drs. A.A. Bootsma / 101
- 3.1 Inleiding / 101
- 3.2 Ontwikkelingen van onderop — aan de hand van loyaliteitsaandelen / 104
 - 3.2.1 Ontwikkeling I: loyaliteitsaandelen als *legal transplant* uit Frankrijk / 104
 - 3.2.2 Ontwikkeling II: loyaliteitsaandelen als *control enhancing mechanism* / 106
 - 3.2.3 Ontwikkeling III: loyaliteitsaandelen als *regulatory competition-instrument* / 108

- 3.2.4 Ontwikkeling IV: loyaliteits aandelen als protectionistisch instrument / 109
- 3.3 Ontwikkelingen in breder vennootschapsrechtelijk verband / 112
- 3.3.1 *Legal transplants* in het Nederlandse vennootschapsrecht / 112
- 3.3.2 Geconcentreerd aandeelhouderschap in het Nederlandse vennootschapsrecht / 120
- 3.3.3 *Regulatory competition* en het Nederlandse vennootschapsrecht / 126
- 3.3.4 Protectionisme en het Nederlandse vennootschapsrecht / 129

Insolventierecht / 131

- 4 **130 jaar insolventierecht: verslag van een rondetafelgesprek tussen curatoren uit 1918, 1958, 1988, 2018 en 2048**
— Mr. A.M. Mennens en mr. S.H. de Ranitz / 133
- 4.1 Fiscus, bank en curator / 133
- 4.2 Van liquidatie naar reorganisatie / 140
- 4.3 De werknemers van financieel noodlijdende ondernemingen / 147
- 4.4 Grensoverschrijdend insolventierecht / 156
- 4.5 Specialisatie en professionalisering / 162
- 4.6 Slotbeschouwing / 168

Vervoerrecht / 169

- 5 **Ontwikkeling van het zee- en vervoerrecht in de afgelopen 100 jaar** — Prof. mr. M.H. Claringbould / 171
- 5.1 Inleiding / 171
- 5.2 Molengraaff / 172
- 5.2.1 Loder / 174
- 5.3 Het nieuwe zeerecht / 175
- 5.3.1 Verjaring, dwingend recht en toepasselijkheid CMR / 176
- 5.3.2 Geen toepasselijkheid van Hague Rules in het nieuwe zeerecht / 177
- 5.3.3 Nederland eindelijk partij bij de Hague Rules / 178
- 5.4 Molengraaff v. Cleveringa / 179
- 5.5 Boek 8 BW / 180
- 5.5.1 Scheepsraad / 181
- 5.5.1.1 Schadee / 181
- 5.5.1.2 Dorhout Mees / 183
- 5.5.1.3 Loeff / 183
- 5.6 De gezamenlijke vergadering in 1997 / 185
- 5.6.1 De Hoge Raad verhoogt de personenvervoerlimiet in de binnenvaart / 187
- 5.7 De Rotterdam Rules / 188
- 5.8 Waar staan wij nu na 100 jaar? / 191
- 6 **Dwingend recht vs. contractsvrijheid: vervoerrecht in de toekomst** — Mr. dr. S.H.L. Niessen / 193
- 6.1 Inleiding / 193
- 6.2 Dwingend recht in het algemeen / 194

6.3	Ontwikkelingen in het vervoerrecht: is het huidige (dwingende) recht passend? / 196
6.3.1	Elektronische cognossementen en digitale vrachtbrieven / 196
6.3.2	Onbemande verkeersmiddelen / 197
6.3.3	Pakketvervoer / 200
6.4	Ontwikkelingen in het zeevervoerrecht: is het huidige (dwingende) recht passend? / 201
6.4.1	Ongelijkheid: De totstandkoming van dwingend zeevervoerrecht / 201
6.4.2	Contractsvrijheid onder de internationale verdragen en Boek 8 BW / 203
6.4.2.1	Hague(-Visby) Rules en Boek 8 BW / 203
6.4.2.2	(Hamburg Rules en) Rotterdam Rules / 206
6.4.3	Toekomst: Aanpassing van het huidige recht aan de wensen van de tijd? / 209
6.5	Slotsom / 212

Documentair krediet / 215

7	Het documentair krediet – wie revitaliseert de ‘oude tante’? – Mr. M.A.W. van Maanen en mr. L.J. van Baren / 217
7.1	Inleiding / 217
7.2	Historie en actuele trends / 218
7.3	UCP 600 / 220
7.4	De betrokkenheid van de banken / 223
7.5	Vormen van beschikbaarstelling van het documentair krediet en enige knelpunten / 223
7.6	Het beginsel van ‘strict compliance’ / 225
7.7	Digitalisering van het documentair betalingsverkeer: de e-UCP en de BPO / 228
7.8	Blockchain, platforms en smart contracts / 232
7.9	Slot / 235

Betalingsverkeer / 237

8	Betalingsverkeersrecht in beweging – Prof. mr. W.A.K. Rank / 239
8.1	Introductie / 239
8.2	Bevoegdheid tot girale betaling wettelijk verankerd / 242
8.3	Opkomst en ondergang van de eurocheque, groene betaalcheque en girobetaalkaart / 243
8.4	Girale betaling en faillissement: de Hoge Raad als rechtsvormer / 245
8.5	PSD, PSD2 en SEPA: de Europeanisering van het betalingsverkeer / 249
8.6	Betekenis publicaties Vereniging Handelsrecht / 251
8.7	Hoe nu verder? / 253
9	Van moderne betaalmiddelen naar innovatieve betaaldiensten – Mr. J.A. Voerman / 255
9.1	Toen en nu / 255
9.2	Begrippen / 257
9.2.1	Inleiding / 257

9.2.2	Betaaltransactie / 258
9.2.3	Betaalrekening / 259
9.2.4	Betaalinstrument / 260
9.3	Oude en nieuwe betaaldiensten / 260
9.3.1	PSD / 260
9.3.2	PSD2 / 261
9.4	Ruimere interpretatie betaalrekening onder PSD2? / 263
9.5	De toekomst? / 264

Verzekeringsrecht / 267

10	100 jaar Vereniging Handelsrecht: een verzekeringsrechtelijke blik op het verleden en de toekomst — Mr. dr. K. Engel / 269
10.1	Inleiding / 269
10.2	De totstandkoming van de regeling in het Wetboek van Koophandel / 270
10.2.1	De regeling in het Wetboek van Koophandel (1838-2006) / 270
10.2.2	De totstandkoming van de regeling (1822-1826) / 271
10.2.3	Na de afscheiding van België / 273
10.3	De totstandkoming van de regeling in titel 7.17 van het Burgerlijk Wetboek / 276
10.4	Wat veranderde er onder titel 7.17 BW? / 277
10.5	De toekomst van het verzekeringsrecht / 280
10.5.1	Inleiding / 280
10.5.2	De eenwording van het Europese, contractuele verzekeringsrecht / 280
10.5.3	Het klimaat en de Brede Weersverzekering / 284
10.5.4	Technologische ontwikkelingen / 289
10.5.4.1	Algemeen / 289
10.5.4.2	Zwarte dozen in auto's / 290
10.5.4.3	Dashcams / 291
10.5.4.4	De directe verkeersverzekering / 293
10.5.4.5	Toekomstmuziek / 296
10.6	Slot / 297
11	100 jaar Vereniging Handelsrecht: een verzekeringsrechtelijke terugblik — Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse / 299
11.1	Inleiding / 299
11.2	Het onderscheid handelsrecht/burgerlijk recht / 299
11.3	De introductie van titel 7.17 BW / 301
11.4	Het onzekerheidsvereiste in het verzekeringsrecht / 305
11.5	Causaliteit in het verzekeringsrecht / 308
11.6	Verzekeraar belang en verzekering ten behoeve van een derde / 315
11.7	Ter afsluiting / 322

Intellectuele eigendom / 323

12	Een (heel) ruime eeuw intellectuele eigendom in vogelvlucht — Jhr. mr. J.L.R.A. Huydecoper / 325
-----------	---

13	Het intellectuele eigendomsrecht: een versplinterd landschap in beweging. Wat brengt de toekomst? — Mr. M. Bronneman / 339
13.1	Inleiding / 339
13.2	Octrooirecht / 340
13.3	Auteursrecht / 341
13.4	Merkenrecht / 343
13.5	Handelsnaamrecht / 345
13.6	Toename van Europese regelgeving en invloed van het HvJ EU / 346
13.7	Concentratie van procedures / 349
13.8	Versplintering in deelgebieden / 350
13.9	Artificial intelligence en robots / 351
13.10	Ten slotte / 353
	Mededingingsrecht / 355
14	Enige toekomstperspectieven bezien vanuit het mededingingsrecht: over nieuwe technologieën en bestuurlijke onafhankelijkheid in turbulente tijden — Mr. dr. J. Mulder / 357
14.1	Inleiding / 357
14.2	De uitdaging van de digitale economie / 358
14.3	De uitdaging van bestuurlijke onafhankelijkheid in turbulente tijden / 361
14.4	Conclusie / 366
15	Mededingingsrecht en (de Vereeniging) Handelsrecht; een afterthought — Prof. mr. R. Wesseling / 369

Inleiding

De Vereeniging ‘Handelsrecht’; van eeuw tot eeuw

Een eeuw terug

1. ‘The past is a foreign country, they do things differently there.’ Deze woorden die de Engelse schrijver L.P. Hartley tot eeuwige roem strekken (en de openingszin vormen van zijn boek *The Go-Between*), doen ook opgeld bij het terugkijken op honderd jaar Vereeniging ‘Handelsrecht’. Veel dingen waren honderd jaar geleden heel anders, met inbegrip van het weer. Toen de Vereeniging ‘Handelsrecht’ op dinsdag 16 april 1918 werd opgericht was het een frisse aprildag met temperaturen tussen de 5,8 en 9,4 graden Celsius met her en der wat lichte regen. Honderd jaar later was 16 april 2018 bijna 10 graden warmer en bracht de dag volop zon (en de nodige zorgen over climate change). Niettemin kon men zich in april 1918 betrekkelijk eenvoudig wapenen tegen deze weersomstandigheden. Met een jas aan, een das omgeslagen en een paraplu bij de hand was het goed toeven in Nederland.

2. Dat lag anders waar het de wijdere wereld betrof. In 1918 was Nederland omringd door oorlogsgeweld dat Europa letterlijk verscheurde en waarin men op leven en dood streed op een wijze die in vier jaar tijd meer dan 9 miljoen militairen het leven kostte. In aanvulling daarop vielen er, direct of indirect, ook miljoenen burger-slachtoffers te betreuren. Juist rond de 16e april 1918, toen de notaris de Vereeniging ‘Handelsrecht’ in het leven riep, woedde de oorlog in alle hevigheid. Aan het oostfront had Duitsland na de Russische Revolutie een gunstige uitkomst kunnen bewerkstelligen waarna de aldaar gelegerde troepen naar het Duits-Franse front werden verplaatst. Onder meer de zware strijd rond Ieper en de rivier de IJzer, waarover de kranten op die 16e april berichtten, droeg bij aan de ongekende slachting van mensenlevens die aanvankelijk de geschiedenis inging als de Great War, en nadien, toen bleek dat dit pas de eerste akte was van wat de twintigste eeuw aan oorlogsgeweld zou gaan brengen, bekender werd als de Eerste Wereldoorlog.

3. De Nederlandse dagbladen van die 16e april 1918 (zoals de *Nieuwe Rotterdamsche Courant*, *De Telegraaf* en het *Algemeen Handelsblad* (sinds 1831 gefuseerd met de *Nieuwe Amsterdamsche Courant*, welke naam nog steeds werd vermeld in de kop) getuigen ten volle van het voorgaande. De meeste kranten gingen op de (toen nog) dichtbedrukte voorpagina’s uitgebreid in op het verloop van ‘De Oorlog’. Veel kranten doen dat, wellicht ingegeven door de neutraliteitsgedachte, door zowel samenvattingen van de officiële Duitse, Franse en Engelse legercommuniqués te publiceren. De conclusie was dat de strijd ‘een afwisselend karakter krijgt’ (aldus de *Haagsche Courant* van die datum). Veel aandacht krijgt ook het aftreden van de Oostenrijks-Hongaarse Minister van Buitenlandse Zaken graaf Czernin, die uit de school had geklapt over geheime contacten tussen de Franse regering en de (laatste) Oostenrijks-Hongaarse keizer Karl. Onderwerp daarvan zou beweerdelijk zijn geweest dat de

keizer niet geheel ongenegen zou zijn om een afzonderlijke vrede (zonder Duitsland) met Frankrijk te overwegen. Ook leest men welke schepen waren getorpedeerd door Duitse U-boten en werd verslag gedaan van bombardementsvluchten (onder andere met zeppelins) op Parijs en diverse Engelse steden. Het *Algemeen Handelsblad* vulde in de avondeditie van de 16e april 1918 de eerste pagina zelfs met een situatietekening (foto's en dergelijke zag men toen in de krant niet).

4. Enigszins afwijkend was de benadering van dagblad *Het Volk* blijkens de onderkop, *Dagblad voor de Arbeiderspartij*. Hier was de voorpagina gevuld met nieuws over de positie van de 'moderne arbeidersbeweging' en de als gevolg van de oorlog woedende 'Levensmiddelenkrisis' in al zijn verschijningsvormen. Pagina 2 was echter ook in dit dagblad toch weer geheel gewijd aan de situatie aan het front en met name de Duitse opmars in Vlaanderen. Overigens was er ook in de andere dagbladen natuurlijk wel degelijk aandacht voor de gevolgen van de oorlog voor Nederland en haar bevolking, in het bijzonder voor het graantekort. In een uitgebreid verslag van de vergadering van de gemeenteraad in de *Haagsche Courant* komt onder meer aan de orde dat toenmalig wethouder Droogleever Fortuyn (later burgemeester van Rotterdam) de vermindering van het broodrantsoen wel op een 'zeer ongunstig oogenblik' vond komen omdat ook andere goederen lager gerantsoeneerd waren 'terwijl eenheidsworst en goedkope kaas er nog niet zijn'. Ook de spanningen tussen Nederland en de VS met betrekking tot Nederlandse schepen in Amerikaanse havens die de VS onder haar gezag plaatste kwam aan de orde. (Een aanzienlijk deel van de Nederlandse handelsvloot werd in de laatste fase van de oorlog de facto het handeldrijven — niet in de laatste plaats met Duitsland — aldus onmogelijk gemaakt.)

5. Ook in deze barre tijden werd echter economisch nieuws niet uit het oog verloren. Het *Algemeen Handelsblad* en de *Nieuwe Rotterdamsche Courant*, maar ook bijvoorbeeld *De Telegraaf*, besteedden veel aandacht aan een breed scala van economische wederwaardigheden met inbegrip van beleggingsmogelijkheden. Zo bevatte het *Algemeen Handelsblad* (op pagina 6) een grote advertentie waarin werd aangeboden in te schrijven op de Achtste Duitse Oorlogslening 5 pCt met een Koers van Uitgifte van 98 pCt. In *De Telegraaf*, die eveneens de eerste en een deel van de tweede pagina vulde met oorlogsnieuws, werd overigens juist gewaarschuwd tegen het deelnemen aan deze lening. Die waarschuwing was mede ingegeven door een eerdere overeenkomst tussen Nederland en Duitsland uit 1917 waarin tot een bepaald bedrag wegens 'betalingsbalans'-overwegingen leningen mogelijk werden gemaakt, maar waarbij wel een aantal beperkingen golden voor leningen die die begrenzing overstegen (hetgeen dan weer een akkoord vereiste van de Nederlandse regering). In *De Telegraaf* vindt men dan wel weer (in het kader van de zegswijze: koopt Nederlandse waar, dan helpen wij elkaar) een grote advertentie met de tekst 'Toont dat gij Nederlander zijt door zoo veel mogelijk in Nederland vervaardigde waren te kopen: Nederlandsch Fabricaat'. Deze advertentie was blijkbaar betaald door een aantal, in de advertentie vermelde, ondernemingen.

6. In de opvolgende pagina's is er ook lichter nieuws en aandacht voor de sportberichten. Zo leest men dat Ajax met 2-0 van Willem II had gewonnen (Ajax werd in 1918 voor het eerst landskampioen). Ook echter van de verwickelingen in het

korfbal, hockey, 'athletiek' en 'wielrijden' werd kond gedaan. Daarna volgden 'gemengd nieuws' (zoals over het in werking treden van de zomerdienstregeling van de Nederlandsche Spoorwegen op 1 juni) en pagina's gevuld met een groot aantal kleine advertenties en annonces. In die advertenties werden veel 'nette' juffrouwen als dienstbodes en winkeljuffrouwen gezocht en 'nette' loopjongens waarbij het hen tot voorkeur strekte indien zij wel 'goed kunvende fietsen'. Voor degenen die al deze feitelijke informatie te veel werd bood het, toen gebruikelijke, dagelijkse feuilleton dat bijna elk dagblad publiceerde, verstrooiing. In de *Haagsche Courant* was dit aflevering XXVII van 'De Eenzame Hoeve', *Het Volk* publiceerde 'Het Dwangbuis' (een vertaling van een boek van Jack London) en in *De Telegraaf* kon men zich verliezen in 'Het Geheim van den Toren' (eveneens vertaald uit het Engels).

7. Ik heb met opzet de voorgaande schets van de nodige details voorzien om enerzijds een gevoel te doen krijgen voor de situatie in 1918 — en wat er in een eeuw kan veranderen, maar ook hetzelfde kan blijven — en om anderzijds te illustreren dat het geen vanzelfsprekendheid is om in deze omstandigheden een Vereeniging op te richten die zich richt op de bevordering van de ontwikkeling van het handelsrecht. Dat vergt, midden in een allesverwoestende oorlog, een begeesterde 'believer', iemand die verder kijkt dan de omstandigheden van de dag. Molengraaff voldeed aan dit profiel. Hij had een grote belangstelling voor, en blijkbaar een geloof in, rechtsvergelijking en eenvormig recht, 'wereldrecht' zoals dat toen heette.¹ Een krap jaar voorafgaande aan de oprichting van de Vereeniging 'Handelsrecht', was Molengraaff (in 1917) teruggetreden als hoogleraar aan de Rijksuniversiteit Utrecht en aanvaardde een functie in het bedrijfsleven als commissaris van Robaver, een bank die zou uitgroeien tot een van de grootste in Nederland (en uiteindelijk zou opgaan in wat wij nu kennen als ABN AMRO Bank). In zijn afscheidsrede had hij zich uiterst kritisch uitgelaten over de inertie van de wetgever, ook en juist als het om handelsrechtelijke onderwerpen ging. Hij aarzde niet kabinet en parlement te kastijden met het verwijt dat sprake was van 'plichtverzaking en onvermogen' van de wetgever waarvan reeds op de eerste twee pagina's van die rede gewag wordt gemaakt met de woorden: 'Men geraakt onder den teneer slaande indruk van het steeds toenemende onvermogen van den wetgever op het gebied van het verkeersrecht.'² Als gevolg daarvan zag Molengraaff een 'hopelooze, onherstelbare veroudering onzer wetboeken' waarbij de wetgever met name 'toestanden uit het verleden' regelt.³ Blijkbaar had hij na het in werking treden van de faillissementswet in 1896, waarvan hij een drijvende kracht was, meer van de wetgever verwacht. De slotzinnen van zijn afscheidsrede uit 1917 doen ook nog steeds opgeld: 'Het maatschappelijk leven heeft behoefte aan een minder formeele en minder abstracte hantering van het recht.'

8. De bedoeling van de Vereeniging 'Handelsrecht' was om te pogen verandering te brengen in de situatie zoals Molengraaff die schetst. Dat pogen bleef niet zonder resultaat. Of het nu aan de Vereeniging lag of aan Molengraaff (welke twee overigens, zeker de eerste jaren, in aanzienlijke mate samenvielen), in ieder geval werd

1. Zie Molengraaff-bundel, *Leven en werken van W.L.P.A. Molengraaff*, p. XXX en XLIX.

2. Molengraaff-bundel, p. XXXI; zie ook zijn afscheidsrede van 8 juni 1917, Molengraaff-bundel, p. 77 e.v.

3. Zie o.a. p. 84, Molengraaff-bundel.

Molengraaff na het einde van de (Eerste) Wereldoorlog weer nauw betrokken bij een aantal wetgevingsprojecten. Dat gold in ieder geval het nieuwe zeerecht, waar hij eerder bij betrokken was geweest en veel over schreef, en een fundamentele wijziging van het Wetboek van Koophandel waarbij het onderscheid tussen kooplieden en niet kooplieden (conform hetgeen hij eerder had bepleit) verviel (en grote delen in het Burgerlijk Wetboek werden opgenomen). Dit was geheel in lijn met een preadvies van Molengraaff voor de Nederlandsche Juristen Vereniging van 1883. Daarnaast schreef hij ook over de benodigde herziening van het vennootschapsrecht. Bij dat alles stond voor hem voorop dat niet moest worden vastgehouden aan dogma's, doch de werkelijke belangen van het rechtsverkeer zorgvuldig dienden te worden beschouwd en gewaardeerd en zo nodig nieuwe wetgeving diende te volgen.

9. Molengraaff kan met recht de 'Held van het Handelsrecht' worden genoemd zoals Timmerman, in zijn zeer boeiende bijdrage in dit boek, hem aanduidt. Dat gold natuurlijk voor het faillissementsrecht op welk terrein hij in vergaande mate de hand heeft gehad, maar ook voor het klassieke handelsrecht, met name het zee- en vervoerrecht, het betalingsverkeer (documentair krediet en wissel- en cheque-recht), het verzekeringsrecht, de oneerlijke mededinging en de intellectuele eigendom. Tevens had het vennootschapsrecht zijn warme belangstelling. Niet voor niets heeft de Vereeniging reeds in haar beginjaren meermaals uitdrukkelijk aandacht geschonken aan het vennootschapsrecht met als doel het beïnvloeden van de nieuwe wetgeving over de naamloze vennootschap die toen op stapel stond en die uiteindelijk in 1928 wet is geworden.

Een eeuw bezien

10. Het honderdjarig bestaan is voor het bestuur van de Vereeniging 'Handelsrecht' aanleiding geweest om in deze jubileumbundel op deze acht kerngebieden van het handelsrecht de balans op te maken waar wij na honderd jaar staan en vooral de blik te richten op de toekomst. Een keur van auteurs is daartoe bereid gevonden de handschoen, en vooral de pen, op te nemen. Wij hebben daarbij op alle acht gebieden een ervaren gevestigde auteur gevraagd en een jongere, wellicht minder gevestigde maar evenzeer geleerde collega. Dit bijzondere jubileum is immers niet bedoeld om het verleden te koesteren, maar vooral om in het licht daarvan en de lessen die daaruit kunnen worden getrokken, de balans op te maken van het heden en ons te bezinnen op wat de toekomst gaat brengen en aan welke aanpassingen van wetgeving behoefte zal bestaan zodat, conform de honderd jaar oude doelstelling van de Vereeniging 'Handelsrecht', ook in de toekomst de wetgeving op al deze terreinen zal voldoen 'aan de eischen der tegenwoordige samenleving' en zullen blijven passen bij de veranderende maatschappelijke omstandigheden. Dit boek getuigt derhalve weliswaar van rekenschap met betrekking tot hetgeen in het verleden, ook mede door de Vereeniging 'Handelsrecht', tot stand is gebracht, maar wil toch ook en uitdrukkelijk gericht zijn op een analyse van de huidige stand van zaken en op het uittekenen van verbeteringen die voor de toekomst worden gewenst. Dat heeft geleid tot een groot aantal fascinerende bijdragen die het denken op al deze terreinen mede zullen kunnen stimuleren. Ten behoeve van de lezer introdu-

ceer ik in deze inleiding alvast de hoofdlijnen van wat dit boek te bieden heeft waarna ik afsluit met een korte conclusie.

11. *Ondernemingsrecht*. Vergeleken met 1918 heeft het vennootschapsrecht een spectaculaire ontwikkeling doorgemaakt. Van betrekkelijk beperkt en vooral juridisch-technisch vennootschapsrecht is het geworden tot het brede ondernemingsrecht dat wij vandaag kennen. Een en ander wordt in dit boek uitgebreid belicht zowel door Bulten & Jansen als door Timmerman en Bootsma. Die verbreding en verdieping van het 'ondernemingsrecht' is niet aan de Vereniging 'Handelsrecht' voorbijgegaan. Ik vermeld onder meer de in 1950 verschenen de (pre)adviezen van prof. Ph.A.N. Houwing en mr. W.L. Haardt over 'Vennootschapsrecht en medezeggenschap' met brede en analytisch sterke beschouwingen, die nog steeds boeiend zijn om te lezen. Veel van wat daarin aan de orde wordt gesteld, ook al werd vennootschappelijke medezeggenschap toen nog bepaald niet enthousiast omarmd, is een voorafschaduwning van wat in de decennia daarna centrale begrippen in het ondernemingsrecht zijn geworden met inbegrip van bijvoorbeeld het vennootschappelijk belang (vergelijk de verwijzingen door Houwing naar de Duitse 'Lehre von dem Selbstinteresse des Unternehmers' en haar 'Selbstzweck'). Het belang van de latere adoptie van dat begrip in het Nederlandse recht kan, zo laat Timmerman in zijn bijdrage prachtig zien, moeilijk worden overschat. Het belang van het ondernemingsrecht komt ook tot uitdrukking in de enorme groei van het aantal kapitaalvennootschappen in de afgelopen eeuw. Timmerman releveert dat in 1917 nog minder dan 12.000 kapitaalvennootschappen waren opgericht. In 2018 telt Nederland inmiddels meer dan 950.000 besloten vennootschappen en zo'n 10.000 naamloze vennootschappen. Waar in 1918 de benadering nog was dat de naamloze vennootschap werd gezien als een variant van de klassieke vennootschap en aandeelhouders als vennoten die in een contractuele verhouding tot elkaar stonden, is die beschouwing nu rigoureuus anders. Dat is overigens niet van de ene op de andere dag gebeurd. Zo wijst Timmerman erop dat de Hoge Raad pas in 1901 onomwonden aannam dat de naamloze vennootschap (ook) rechtspersoon was en dat de juridische wereld zich pas geleidelijk de enorme potentie van het rechtsidee van de rechtspersoonlijkheid, en (in de woorden van Timmerman) 'de verleiding van de rechtspersoon' is gaan realiseren. Ook in 1917 ziet men bijvoorbeeld Molengraaff zich nog bepaald kritisch uiten over de dogmatiek van het 'wezen van de rechtspersoonlijkheid'.⁴ Zo noteerde hij: 'Ieder voelt, dat een vennootschap van Duitschers niet kan wezen een Fransche vennootschap. Men moet terugkeeren tot de werkelijkheid.' Hij leek er dan ook geen moeite mee te hebben 'dat in tal van NV's maatregelen zijn genomen om het Nederlandsche karakter' en 'wering van vreemden invloed' te verzekeren. Wat daarvan ook zij, nadien heeft door de institutionele kijk op het vennootschapsrecht, met de nadruk op het vennootschappelijk belang, een 'stakeholdersbenadering' en de ontwikkeling naar een breed ondernemingsrecht veruit de overhand gekregen. Timmerman laat zien dat met deze trendbreuk het ondernemingsrecht maatschappelijk steeds relevanter is geworden en steeds meer open is komen staan voor maatschappelijke ontwikkelingen. Hij beschrijft indringend hoe dat weer geleid heeft tot een volgende trendbreuk tot uitdrukking komend in de instelling van de Ondernemingskamer en ontwikkeling

4. Afscheidsrede van 8 juni 1917, Molengraaff-bundel, p. 92 en 94.

van het enquêterecht, medezeggenschap en de aanscherping van de bestuurders-aansprakelijkheid, die, zoals Timmerman benadrukt, de rol van de rechter in het ondernemingsrecht over de gehele linie van het ondernemingsrecht sterk heeft vergroot. Ten slotte heeft deze benadering waarbij maatschappelijke wensen van grote invloed zijn uiteindelijk ook het pad geëffend voor een vergaande versoepeling van het B.V.-recht en een aanzienlijke vergroting van de vrijheid van aandeelhouders om de B.V. in te richten zoals hen goeddunkt. Ook dat benoemt Timmerman als een belangrijke trendbreuk nu daaraan voorafgaand de ontwikkeling van het vennootschapsrecht in de twintigste eeuw juist gedetailleerder en restrictiever was geworden. Dat strijdt overigens niet met die andere trend, namelijk dat in het ondernemingsrecht het vennootschappelijk belang en de aandacht voor alle stakeholders centraal staat. Bij een kleine vennootschap waar het vooral gaat om de aandeelhouders, zal hun belang immers vanzelf zwaarder wegen. Ook bij Bootsma staat de openheid van het ondernemingsrecht voor maatschappelijke invloeden centraal. Ook hij constateert dat het ondernemingsrecht in die zin een 'volgersrol' heeft gekregen die wordt gevoed door maatschappelijke ontwikkelingen en verlangens dan wel door wensen van de nauw bij de vennootschap betrokkenen. Bootsma bespreekt een aantal veranderingen in het ondernemingsrecht die deels ook een oorsprong vinden in het buitenland. Als voorbeelden van dergelijke 'legal transplants' noemt hij loyaliteitsstemrecht en loyaliteitsdividend (geïnspireerd op het Franse 'droit de vote double'), het sterk in opkomst zijnde fenomeen van de Executive Committee als ook de invoering van het enquêterecht (dat in Nederland wel een heel eigen karakter heeft gekregen). Overigens ziet hij veel van deze invloeden uit Frankrijk komen en verwacht hij ook een sterkere oriëntatie op het Franse recht. Daarmee plaats hij zich in een directe lijn met Molengraaff die onder andere in zijn afscheidsrede in 1917 opriep zich niet te veel aan te trekken van 'Duitse theorieën en (...) dogma's' en aandacht vraagt voor het Franse recht dat zijns inziens beslist leidend was. Inspiratie uit het Franse recht put Bootsma ook bij zijn beoordeling van voorstellen om in geval van vijandige overnames een bedenktijd/wachttermijn in te voeren voordat een potentiële bidder c.q. een activistische aandeelhouder vergaande voorstellen zou mogen agenderen die de strategie van de vennootschap wezenlijk wijzigen. Hij bepleit in lijn met het Franse recht een benadering waarin een minimale termijn voor het houden van aandelen zou gelden voordat aandeelhouders überhaupt (niet een erg Franse uitdrukking zo realiseer ik mij) het recht zouden krijgen vergaande voorstellen te doen. Bij een en ander blijft een rol spelen dat een aanzienlijk deel van de aandeelhouders niet erg actief pleegt te zijn in algemene vergaderingen waardoor meer invloed toe kan komen aan actieve zo men wil activistische aandeelhouders. Overigens is deze constatering betreffende 'lauwheid' (Bootsma citeert een uitspraak van Sanders uit 1952) van aandeelhouders er een van alle tijden en kon die observatie ook reeds in en sinds de tijd van Molengraaff worden vernomen. Bootsma werpt in dat verband de interessante vraag op of dat mee zal gaan brengen dat publieke regelgeving en met name publieke toezichthouders, men denke aan de AFM en de SEC, niet steeds nadrukkelijker hun toezicht op beursgenoteerde vennootschappen zullen aanscherpen. Uiteraard gaat Bootsma ook het 'eeuwige' thema van de vijandige overname en de regulering daarvan niet uit de weg. Hij ziet hier een tendens in de richting van 'stealth protectionism' daarmee bedoelend dat nationale overheden regulering van vennootschapsrecht mede aangrijpen om daarmee impliciet een bescherming tegen buitenlandse

overnames te vergemakkelijken. Dat brengt ons dan toch weer verrassend dicht bij Molengraaff (zie hiervoor). Een zeer interessant thema is ten slotte dat in de EU, na een aanvankelijk in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw heersend enthousiasme over een harmonisatie van 'bovenaf' (en een groot aantal uitgevaardigde EU-richtlijnen), inmiddels met betrekking tot het vennootschapsrecht een heel andere wind waait en er aanzienlijk meer ruimte wordt geboden of gelaten voor een 'regulatory competition' tussen de EU lidstaten en voor harmonisatie 'van onderop' (bijvoorbeeld via initiatieven als de European Model Company Law (EMCA) die door een internationale groep academici en practici ontwikkeld is). Kijkt men in de door Timmerman gewezen richting naar de toekomst van het ondernemingsrecht, dan ziet men ook in de beschouwing van Bootsma, een betrekkelijk open rechtsfiguur die in die zin op de toekomst lijkt te zijn ingesteld dat nieuwe maatschappelijke inzichten, met oog voor de economische werkelijkheid, door het ondernemingsrecht zullen kunnen worden geabsorbeerd. De vraag wat die maatschappelijke ontwikkelingen zullen zijn is daarmee natuurlijk eens te meer intrigerend.

12. *Insolventierecht*. Mennens en De Ranitz verrijken dit boek met een zeer interessante bijdrage door heden, toekomst en verleden van het insolventierecht te gieten in een bijzonder originele vorm van een samenspraak tussen imaginaire curatoren die vertellen over hun praktijk in respectievelijk 1918, 1958, 1988, 2018 en 2048. Bij monde van een imaginaire curator die in 2048 haar rol vervult, wij leren haar kennen als Femke Dekkers, bieden Mennens & De Ranitz ons een blik op de toekomst. Daarbij is uitgangspunt dat nieuwe wetgeving op het terrein van het insolventierecht, aldus Mennens & De Ranitz, met name erop gericht zou moeten zijn om de rechtszekerheid te vergroten en 'tijd- en geldverslindende procedures zo veel als mogelijk te voorkomen'. Op het thema 'Fiscus, bank en curator' weet Femke Dekkers (de curator in 2048), bij monde van Mennens & De Ranitz, ons te vertellen dat in 2048 het 'machogedoe' tussen deze partijen in betere banen is geleid. De oplossing die de toekomst zal brengen is dat de fiscus afstand zal doen van zijn bodemrecht ten faveure van de banken, maar dat de banken in ruil daarvoor wel een percentage van de verkoopwaarde van de bodemzaken in een fonds moeten storten. Daaruit zal voorlopig fraudeonderzoek worden betaald en eventueel vervolgonderzoek indien nuttig en nodig (en de boedel daarvoor geen middelen heeft). Dat fonds ontwikkelt ook een database en algoritmen die behulpzaam zijn bij het opsporen van fraude. Daarnaast voorzien Mennens & De Ranitz dat separatisten een percentage van de opbrengsten uit de zekerheden aan de boedel zullen moeten afstaan. Ten slotte wordt de positie van de fiscus versterkt doordat deze ook zonder steunvorderingen steeds het faillissement kan aanvragen. De mogelijkheden om in plaats van liquidatie tot reorganisatie te komen zijn in 2048 ook zeer versterkt. Het dwangakkoord is in de wet verankerd, de EU-Herstructureringsrichtlijn is aangescherpt en tot volle wasdom gekomen, de afkoelingsperiode is veel scherper geregeld en de positie van de aandeelhouder veel minder ambivalent. Ook hier weer heeft de informatietechnologie grote sprongen gemaakt en is de mate van informatie over de kans dat reddingen succesvol zijn is zeer toegenomen. Een fundamentele herziening van de faillissementswet 1893 is echter ook in 2048 nog steeds niet gerealiseerd. Wel geldt dat er nog weer meer aandacht is voor belangen van maatschappelijke aard, inclusief fraudebestrijding en milieu. Met betrekking tot werknemers constateren Mennens & De Ranitz dat het verschil in behandeling

in en buiten faillissement momenteel veel te groot is. In 2048, zo voorspellen zij, zal het uitgangspunt zijn dat bij een doorstart het personeel in dienst zal komen bij de doorstartende partij, maar zal deze niet aansprakelijk zijn voor de schulden van de vorige werkgever. Ook zullen arbeidsvoorwaarden veel gemakkelijker gewijzigd kunnen worden en zal ontslag om redenen van financiële moeilijkheden aanzienlijk zijn vereenvoudigd. In surseance en faillissement worden die redenen aanwezig geacht en is geen toestemming meer nodig van het UWV, maar nog uitsluitend van de rechter-commissaris. Aanspraak op een transitievergoeding blijft behouden (en is een concurrente vordering), maar deze ligt wel lager dan buiten de situatie die vanwege 'economische, technische of organisatorische redenen' (Mennens & De Ranitz spreken van 'ETO' redenen), tot ingrijpen dwingt *ongeacht* of er wel of niet sprake is van een faillissement. Daarmee vervalt een belangrijke strategische reden om faillissement aan te vragen waar dat vermeden kan worden. Overigens constateren zij wel dat er steeds minder 'klassieke' werknemers zullen zijn. Wat betreft de opleiding en specialisatie in het insolventierecht benoemen zij de zorg die daaromtrent kan bestaan met betrekking tot rechters-commissarissen (hun toezicht werd overigens door Molengraaff bedacht). Die is in 2048 ondervangen door meer specialisatie en de inrichting van een Insolventiekamer van het Gerechtshof Amsterdam die complexe zaken zal behandelen en welke kamer mede ook uit andere deskundigen dan juristen zal bestaan (accountants, waarderingsdeskundigen enz.). Daar zal ook in het Engels kunnen worden geprocedeerd. Om in aanmerking te komen als curator zal er elke vijf jaar een soort aanbesteding zijn waarin men kan solliciteren naar een plek op de lijst met potentieel te benoemen curatoren. Zo'n positie zal overigens ook openstaan voor niet-advocaten met voldoende kennis van het insolventierecht. Dat alles zal Nederland zeer aantrekkelijk maken, Mennens & De Ranitz spreken zelfs van een 'red light district', voor het tot een goed einde brengen van faillissementen en herstructurerings.

13. *Vervoerrecht.* Bij de beschouwingen omtrent het vervoerrecht door Claringbould en Niessen, knoopt Claringbould aan bij drie gezamenlijke preadviezen van de Vereniging 'Handelsrecht' en de Nederlandse Vereniging voor Vervoerrecht in respectievelijk 1973, 1997 en 2010. Ook hier is het weer Molengraaff die een belangrijke rol heeft vervuld. Hij was niet slechts de vader van het faillissementsrecht, maar ook van het nieuwe Nederlandse zeerecht. Het ontwerp daarvan, dat nog stamde van voor de Eerste Wereldoorlog, lag weliswaar jaren stil (en de frustratie daarover is ook leesbaar in de afscheidsrede van Molengraaff als hoogleraar in 1917), maar nadien is hij, mede via de Vereniging 'Handelsrecht' weer nauw betrokken geraakt. In 1927 was invoering van het nieuwe zeerecht een feit. Tegelijkertijd is evident dat juist het zeerecht zeer gebaat is met bovennationaal recht. Daartoe was in 1924 het verdrag met eenvormig recht in geval van cognossemmentsvervoer, beter bekend als de The Hague Rules, tot stand gekomen. Het duurde overigens nog tot 1957 voordat genoeg landen het verdrag hadden geratificeerd om het in werking te doen treden. Een kernpunt in al deze regelingen was dat men via dwingend recht de toentertijd machtige vervoerders wilde beperken in het opleggen van zeer nadelige bedingen aan ladingbelanghebbenden, in het bijzonder waar het betrof de vergaande beperking van aansprakelijkheid van de vervoerders. In de tweede helft van de twintigste eeuw is vervolgens een brede waaier van vervoersrechtelijke regels opgenomen in Boek 8 BW. Behalve dat Claringbould die

historie, gelardeerd met anekdotes, beschrijft, richt hij de blik ook op de feilen van die regelingen en op de toekomst. In ieder geval, zo constateert hij, is er grote behoefte aan aanpassing van regelgeving om elektronische cognossementen aan order of toonder mogelijk te maken. Het proces om deze eeuwenoude figuur bij de tijd te brengen verloopt traag en moeizaam. Eén obstakel daarbij is de huidige tekst van art. 3:93 BW dat voor levering van rechten aan toonder of order nog vasthoudt aan 'levering van het papier' waarin het recht belichaamd is. Ook overigens, zo zullen wij hierna nog zien onder meer bij de bespreking van het documentair krediet, blijkt de stap naar digitalisering voor het klassieke handelsrecht een hele opgave. Ondanks deze achterblijvende aanpassing aan de moderne tijd en het exponentieel toegenomen vervoer van goederen sinds het tot stand komen van het nog steeds geldende recht, leidt dat vooralsnog niet tot veel aandacht voor het vervoerrecht noch tot grote juridische problemen. Claringbould noteert daaromtrent dat het aantal schadegevallen en conflicten relatief heel beperkt is onder andere door het veilige containervervoer en de geavanceerde technieken die worden gehanteerd. Gaan er toch dingen mis dan is het recht ter zake wel zodanig uitgekristalliseerd dat alle betrokkenen, met inbegrip van de verzekeraars, weten waarop wel en geen aanspraak bestaat en tot soepele schadeafhandeling kan worden overgegaan. Anders ligt dit waar het betreft geschillen tussen logistieke bedrijven. Zowel gelet op de complexe aard van die geschillen als de onzekerheid welk recht van toepassing is en welke rechter bevoegd is, verwacht Claringbould wel een toename van geschillen over dergelijke kwesties. Niessen bouwt in haar mooie preadvies op een en ander voort met speciale aandacht voor de vraag of gelet op de ontwikkelingen in de afgelopen decennia, het vervoerrecht niet minder dwingend van aard kan of moet worden en wie in de verhouding tussen vervoerders en ladingbelanghebbenden nu eigenlijk, anno 2018, beschermd moeten worden. In 1918 waren het de machtige (zee)vervoerders die de regels stelden (zowel qua limitering van aansprakelijkheid als vervaltermijnen) zodat maar zelden jegens hen schade geclaimd kon worden. Zie in dit opzicht reeds het preadvies voor de Vereniging 'Handelsrecht' van 1924 van de hand van Craandijk. Niessen wijst erop dat tegenwoordig het regelmatig juist de relatief kleine vervoerders zijn die onder druk staan van grote verladers en dat de winstmarges in de branche door het grote aanbod aan vervoerders vaak nog maar zeer beperkt zijn. Tegelijkertijd geldt dat de ontwikkelingen in technische zin zeer snel gaan. Onbemande schepen, vrachtauto's en vliegtuigen (drones!) zijn allang geen utopie meer. Niessen stelt de (kern)vraag of dwingendrechtelijke beperkingen nog wel passend zijn en of in de toekomst niet veel meer (contract)vrijheid aan partijen zou moeten worden gelaten. In algemene zin constateert zij dat de regels voor het wegvervoer, en het toepasselijke CMR-verdrag, alsmede de regels voor de luchtvaart (inclusief drones) op grond van het Verdrag van Montreal (bij internationaal luchtvervoer), beduidend meer flexibiliteit bieden dan het zeerecht en dus meer toekomstbestendig zijn. Dat kan echter in haar optiek niet aanstonds gezegd worden van de dwingendrechtelijke beperkte schadelimieten. Het Verdrag van Montreal beperkt de maximale vergoeding tot zo'n € 23 per kg en in het wegvervoer ligt dat op ongeveer € 10 per kg. Voor vervoer van waardevolle kleinoden per drone bijvoorbeeld is die limiet veel te laag. Dat vergt derhalve aanpassing. Dat geldt ook bredere met name in aanmerking genomen dat de enorme opmars van multimodaal vervoer. Daarmee is er in een aantal verhoudingen meer gelijkwaardigheid ontstaan en kan er meer aan vrije contracton-

derhandelingen worden overgelaten. Niessen bepleit derhalve een fundamentele heroverweging van de mate van dwingendheid van het vervoerrecht zowel in het relevante nationale recht (in Nederland Boek 8 BW), als in internationale verdragen. Als die plaatsvindt heeft Niessen er echter alle vertrouwen in dat een goed juridische kader voorhanden is om ook de komende eeuw tegemoet te treden.

14. *Documentair krediet*. Waar vervoer al een eeuwenoud fenomeen is geldt dat ook voor de vraag hoe kan worden zeker gesteld dat goederen die de verkoper op transport stelt ook daadwerkelijk worden betaald. Het door de eeuwen heen beproefde middel daarvoor is het documentair krediet (i.e. de Letter of Credit, afgekort L/C). Van Maanen en Van Baren bespreken in hoofdstuk 7 van dit boek op indringende wijze de stand van zaken van het documentair krediet. In de annalen van de Vereniging 'Handelsrecht' is aan dit onderwerp van tijd tot tijd aandacht besteed (met in 1984 nog een preadvies over het aanpalende onderwerp van de bankgarantie), maar Van Maanen & Van Baren constateren tegelijkertijd dat het documentair krediet in de afgelopen honderd jaar veel van zijn vanzelfsprekendheid heeft verloren. Was het ooit 'the life blood of international commerce', inmiddels is het, aldus Van Maanen & Van Baren een 'oude tante' die niet zo vaak meer op de thee wordt genood. Ten tijde van de oprichting van de Vereniging werd nog een beduidende meerderheid van de internationale handel gefinancierd door documentair krediet. Na de Tweede Wereldoorlog was dat teruggelopen naar zo'n 50% en inmiddels is het minder dan 10%. Het gebruik is inmiddels grotendeels beperkt tot opkomende en/of politiek instabiele economieën in Azië, Afrika en het Midden-Oosten waar geavanceerde handelsfinanciering – met gebruikmaking van bijvoorbeeld factoring, kredietverzekering, betalingsgaranties en dergelijke – nog niet zo is ontwikkeld. Die verminderde populariteit schuilt, aldus Van Maanen & Van Baren, zowel in de complexiteit als de rigiditeit van de regelgeving als in praktische problemen. Daarbij is een interessant fenomeen dat de relevante regels nog steeds grotendeels gebaseerd zijn op zelfregulering die tot stand komt onder auspiciën van de ICC. Rechters beoordelen het daarmee primair als contractenrecht waarbij niet steeds evenveel gewicht wordt toegekend aan de ICC-documenten die guidance proberen te geven aan de praktijk. Dat sprake is van zelfregulering door een groot aantal partijen zorgt voor een groot draagvlak, maar anderzijds worden daardoor ook knelpunten in de praktijk onvoldoende aangepakt omdat daarvoor vaak de benodigde brede steun, of de vereiste consensus, ontbreekt. Dat geldt in het bijzonder voor de eis van 'strict compliance' die inhoudt dat documenten zeer precies moeten voldoen aan de gestelde eisen. Dat geeft weliswaar zekerheid, maar in de praktijk ook veel geschillen als weliswaar de documenten niet in elk detail voldoen, maar in gemoede geen twijfel bestaat dat de onderliggende gang van zaken geheel correct verloopt. Zoals hiervoor ook in het vervoerrecht al aangestipt, levert ook bij het documentair krediet de transitie naar het digitale tijdperk grote problemen op. Het draait nog steeds om heel veel papier (zo rept de ICC van jaarlijks meer dan 4 miljard papieren pagina's die met dit systeem gemoeid zijn). Van Maanen & Van Baren bespreken uitgebreid dat de elektronische varianten van documenten en de digitalisering niet echt van de grond komen. Het blijkt zeer lastig op grondslag van zelfregulering de nieuwe technieken te paren aan de nagestreefde hoge graad van zekerheid. Het enkel scannen van documenten doet evident afbreuk aan die zekerheid. Er moet dus in geval van digitale documenten een Trusted Third Party zijn

die een en ander toetst. Hier is, zo constateren Van Maanen & Van Baren veel ruimte voor innovatie via blockchain, platforms en 'smart contracts'. Vooral nog stellen zij overigens vast dat het nog steeds de banken zijn die hier het voortouw nemen. Hun conclusie is dat de uitdagingen van de komende eeuw de zelfregulering te boven gaan en dat het gebruik van moderne technieken enerzijds essentieel is en anderzijds 'schreeuwt om een juridische infrastructuur van, bij voorkeur, eenvormig recht. Dit zou hoog op de agenda moeten staan van de, ook internationale, wetgever'.

15. *Betalingsverkeer*. Het documentair krediet brengt ons vanzelf bij de banken en daarmee bij het betalingsverkeersrecht. Daarover bevat dit boek mooie bijdragen van Rank en Voerman. Rank herinnert ons eraan dat in 1918 giraal geld nog de grote uitzondering was en chartaal geld de norm. Voor zover van girale betaling sprake was, en dan nog ging het eigenlijk uitsluitend om nationaal betalingsverkeer, werden betalingsopdrachten nog op papier gegeven. Internationaal was betaling met wissel en cheque nog maatgevend. Voor het girale betalingsverkeer was nog geen sprake van wettelijke regulering. Betaaldienstverleners bepaalden zelf contractueel de regels (en de mate waarin zij aansprakelijk konden worden gehouden). Er was geen sprake van overheidstoezicht en evenmin van mededingingsrechtelijke controle. Het was aan wetenschap en rechtspraak om hier het denken te ontwikkelen en beperkingen te gaan stellen. Rank releveert dat weliswaar reeds in 1920 en 1922 de Vereeniging 'Handelsrecht' vlugschriften publiceerde, waarschijnlijk van de hand van Molengraaff zelf, over het wisselrecht (vlugschriften die in 1925 en 1928 ook hebben geleid tot wetwijziging) en in 1932 een preadvies over betaling indien valuta zwaar onder druk stonden, maar dat pas in 1987 de moderne betaalmiddelen in een preadvies centraal stonden. Dat was wel een preadvies dat behoorlijk wat invloed heeft gehad. De indrukwekkende ontwikkeling van het moderne betalingsverkeer wordt door Rank op zeer toegankelijke wijze uiteengezet. Daarbij komen zowel de nationale als de internationale aspecten, en met name de ontwikkelingen in EU-verband, ruim aan bod. Cruciaal in de ontwikkeling acht Rank de EU Payment Services Directive (PSD) uit 2007 die zowel publiekrechtelijk als civielrechtelijk betaaldiensten regelde en vergunningseisen en toezicht oplegde (in Nederland inmiddels uitgebreid geïmplementeerd in de Wft en titel 7:7B BW). Met invoering van het Nieuw BW in 1992 en art. 6:114, werd ingewikkelde en achterhaalde dogmatiek verlaten en werd girale betaling eenvoudigweg gezien als directe betaling. Bij de verdere uitwerking van het moderne betalingsverkeer heeft ook de Hoge Raad de helpende hand toegestoken (bijvoorbeeld als het gaat om elektronisch betalingsverkeer rond een faillissementsdatum). In 2015 is in EU-verband alweer de volgende stap gezet met de in november 2015 vastgestelde tweede EU-richtlijn voor betaaldiensten, kortweg PSD2. Die richtlijn bevat regels voor allerlei (andere) betrokkenen bij betalingsverkeer, zoals betalingsinitiatiediensten (denk aan iDEAL e.d.) en rekeninginformatiediensten. In januari 2018 is voorts binnen de gehele EU (en het SEPA-gebied) directe overboeking mogelijk gemaakt. Rank ziet de toekomst als 'cashless and checkless society' dan ook zonnig in. Wel signaleert Rank dat een andere kant van deze ontwikkeling is dat in aanzienlijke mate een afhankelijkheid van banken ontstaat en dat daarmee ook privacy gerelateerde vragen steeds meer aandacht krijgen. De kunst zal zijn, zo schrijft Rank terecht, 'het juiste evenwicht te bewaren tussen de immer voortschrijdende technologie en de behoefte

van de individuele mens om zelf te bepalen welke goederen en diensten hij zich wil verschaffen en hoe hij deze wil betalen'. Hier ligt een mooie taak voor de (Europese) wetgever. Voerman bouwt voort op de beschouwing van Rank door met name de aandacht te richten op nieuwe betaalmiddelen en betaaldiensten en ondernemers die nieuwe diensten ontwikkelen en aanbieden. Cruciaal is hier de spectaculaire opmars van de elektronische technologie met inbegrip van de smartphone (die, men zou het soms bijna vergeten, overigens nog maar ruim een decennium oud is, althans als wij het moment van verschijnen van de eerste iPhone in juni 2007 aanhouden). Voerman constateert dat waar girale betaling nog steeds allesoverheersend is, wel het aantal en de variëteit van de niet-bancaire partijen (vaak aangeduid onder de verzamelterm 'Fintech') in het betalingsverkeer zeer snel is toegenomen. Dat houdt weer nauw verband met de snelle opkomst van de webwinkel. In dit verband zij bedacht dat een betaaldienst niet hoeft te leiden tot een betaaltransactie, al zal dat vaak wel zo zijn. Voerman bespreekt in het bijzonder twee nieuwe ontwikkelingen, de betaalinitiatiedienst en de rekeninginformatiedienst. Het bekendste voorbeeld van een betaalinitiatiedienst is iDEAL. Voerman wijst er echter op dat dit nog een initiatief *van en door* de banken is. PSD2 voorziet nu juist dat ook als er diensten zijn die niets met de banken te maken hebben, de banken deze dienstverleners toegang moet geven tot hun systemen en de informatie met betrekking tot door hen geadministreerde betaalrekeningen. Zo kan een rekeninginformatiedienstverlener allerlei financiële informatie samenvoegen ten behoeve van de gebruiker die dat wenst. De partijen die de diensten aanbieden gelden als Third Party Providers en worden als zodanig door PSD2 gereguleerd. Dat brengt mee dat zij onder overheidstoezicht staan en een vergunning moeten hebben. Voor de mate waarin de banken dit als een bedreiging zullen gaan ervaren zal medebepalend zijn hoe breed toegang moet worden verschaft en of bijvoorbeeld ook spaarrekeningen en effectenrekeningen onder dat recht op toegang zullen gaan vallen. Voerman geeft ons een inkijkje in wat in deze sfeer nog kan gaan gebeuren. Eén ding lijkt in ieder geval wel vast te staan: als nieuwe alternatieve betaalmiddelen (zoals bitcoin) of betaaldiensten in de toekomst op zullen komen, zullen die binnen de EU zeker kunnen rekenen op regulering. Die regulering zal in ieder geval publiekrechtelijk zijn, maar ook privaatrechtelijk lijkt de recente historie uit te wijzen dat de (EU-)wetgever snel in aanvullende regels zal voorzien.

16. *Verzekeringsrecht*. Geld betalen is één ding, geld claimen als men door een ander of een externe oorzaak schade heeft geleden is iets (heel) anders. Daartoe zijn niet de banken, maar de verzekeraars op aarde en is het verzekeringsrecht geschapen. Engel en Hendrikse beschrijven de ontwikkelingen en verwachtingen op dat rechtsterrein. Engel verzorgt als hoofdstuk 10 van dit boek een prachtige bijdrage over de toekomst van het verzekeringsrecht waarbij hij echter ook het verleden niet vergeet en daarop knap voortbouwt. Zijn schets van wat het verzekeringsrecht, en ons te wachten staat, is te mooi om niet hier ook te citeren: '(...) de Engelsen stappen uit de Europese Unie, de Amerikaanse president Trump is een reeks handelsoorlogen begonnen, hij uit dreigende taal aan het adres van verschillende regimes en het klimaat verandert, waardoor er hagelstenen zo groot als tennisballen uit de lucht vallen, terwijl het in de zomer zo heet is dat de mussen uit de bomen vallen. Verder hebben cyberverzekeringen hun intrede gedaan en worden er robots en zelfrijdende auto's ontwikkeld.' Enigszins raillerend concludeert hij dat men

haast zou zeggen 'dat de toekomst er gunstig uitziet voor het verzekeringsrecht: er is voorlopig nog genoeg te verzekeren risico in de wereld'. Na een historische plaatsbepaling van het verzekeringsrecht en zijn economische functie beschrijft Engel de cruciale wetgevende momenten voor het verzekeringsrecht te beginnen in 1826 culminerend in de (moeizame) totstandkoming van de huidige titel 7.17 BW die pas in 2006 in werking trad. Engel constateert dat titel 7.17 het Nederlandse verzekeringsrecht 'moderner en vriendelijker' heeft gemaakt voor de particuliere verzekeringnemer en aldus de algemene trends in het recht volgt van consumentenbescherming en een genuanceerde en proportionele benadering (bijvoorbeeld geen 'alles-of-niets'-sanctie bij het bekende leerstuk van 'verzwijging' en een genuanceerde benadering van wat Engel terecht aanduidt als 'één van de meest weerbarstige leerstukken van het verzekeringsrecht: subrogatie'). Een en ander is niet los te zien van de ontwikkeling die in de twintigste eeuw is opgekomen en verzekering van een vooral handelsrechtelijk fenomeen tot een veelgevraagd product in de consumentensamenleving heeft gemaakt. Nu dat een grensoverschrijdend fenomeen is, zou dat voedsel kunnen geven aan de gedachte dat ook het verzekeringsrecht een bovennationaal eenvormig karakter zou moeten krijgen. Dat is echter slechts beperkt het geval. De verklaring die Engel daarvoor geeft is dat zolang in een jurisdictie door verzekeraars de risico's maar duidelijk kunnen worden ingeschat, op zich een verschil in nationaal materieel verzekeringsrecht niet een groot obstakel hoeft te zijn aangezien zowel binnenlandse als buitenlandse verzekeraars daarmee gelijkelijk worden geconfronteerd. Een aspect dat van groter belang is, is de regulering van de financiële positie (met name de solvabiliteit) van verzekeraars. Voor dat laatste gelden dan ook gedetailleerde nationale en EU-regels waarop streng toezicht wordt gehouden. Ondertussen liggen de uitdagingen voor het verzekeringsrecht met name in snelle technologische ontwikkelingen van nieuwe producten als wat betreft het gebruik dat daarvan kan worden gemaakt. Men denke aan de technologie om met event datarecorders en dashcams veel meer informatie te verzamelen over gebeurtenissen waardoor meer duidelijkheid over de feitelijke toedracht kan bestaan. Ook zullen nieuwe producten vragen om nieuwe verzekeringen zoals bijvoorbeeld de 'robotzorgverzekering' en de 'robot aansprakelijkheidsverzekering' alsmede de 'droneverzekering'. Ook de wijziging van het klimaat kan leiden tot nieuwe verzekeringsproducten. Reeds worden weersverzekeringen aangeboden (waarbij de overheid een deel van de premie voor boeren subsidieert). Ten slotte wijst Engel erop dat ook op dit rechtsterrein vraagstukken van regulering en privacy een steeds grotere rol zullen spelen en afstemming zullen vragen tussen de verzekeringsbranche en de overheid. Hendrikse richt in zijn bijdrage het vizier sterk op een aantal meer dogmatische leerstukken en onderscheidingen, mede in rechtsvergelijkend perspectief, die van groot belang zijn voor de ontwikkeling van het verzekeringsrecht. Zo wijst hij erop dat waar in het burgerlijk recht de bescherming van de consument vooropstaat in het handelsrecht het perspectief meer het collectieve belang is van een effectief en efficiënt handels- en betalingsverkeer. Dat heeft bijvoorbeeld gevolgen voor de mate waarin een proportionele benadering (en dus proportionele vergoeding) aanbeveling verdient. Ook overigens analyseert hij nader wat onder het handelsrecht begrepen zou kunnen en moeten worden. Met Timmerman benadrukt Hendrikse dat handelsrecht 'gespecialiseerd privaatrecht' is en vanuit die optiek analyseert hij een aantal belangrijke beginselen en leerstukken in titel 7.17 BW zoals het onzekerheidsvereiste in het

verzekeringsrecht en de rol en betekenis van causaliteit in het verzekeringsrecht wat in de praktijk voor veel ingewikkelde en lastige vragen zorgt en waarvan de verhouding tot de 'leer van de redelijke toerekening' een interessant thema vormt. Hendrikse werkt uit dat de Nederlandse benadering ter zake afwijkt van de internationaal gebruikelijke interpretatie en meent dat dit een vlot handelsverkeer niet zonder meer bevordert. Voorts gaat hij in op het leerstuk van het verzekeraar belang en de verzekering ten behoeve van een derde. Al met al ziet hij als uitdaging voor de toekomst titel 7.17 nog eens minutieus na te lopen. Een grote verbouwing acht hij momenteel niet nodig, maar een (kleine) renovatie beveelt hij graag aan.

17. *Intellectuele eigendom*. Huydecoper en Bronneman nemen ons mee op een rondleiding in de fascinerende wereld van de intellectuele eigendom ('IE') vanaf zijn genesis aan het einde van de negentiende eeuw. Huydecoper beschrijft dat in Nederland daaraan voorafgaand bijzonder weinig aandacht was voor bescherming van intellectuele eigendom en Nederland bepaald geen goede reputatie had op dat vlak en toen gold als een 'piratenland'. Vanaf 1880 komt daar wat verandering in met betrekking tot bescherming van merken. Meer in het algemeen gold dat op het terrein van de 'oneerlijke mededinging', die traditioneel mede tot de intellectuele eigendom wordt gerekend, ook niet veel gebeurde mede omdat, gelijk bekend, de Hoge Raad het begrip 'onrechtmatige daad' tot 1919 zeer terughoudend interpreteerde. Daarna, zo schetst Huydecoper, is het echter hard gegaan. Het is vanaf dat moment met name bovennationaal verdragsrecht dat steeds voorop heeft gelopen. Grensoverschrijdende handel en de behoefte aan bescherming ook buiten de eigen jurisdictie gaf hiertoe alle aanleiding en was een belangrijke drijfveer hiervoor. Inmiddels worden onder de vlag van de World Intellectual Property Organization zo'n 26 internationale IE-verdragen beheerd. Nederland is, zo vermeldt Huydecoper, bij een zeventiental daarvan partij. In 1883 en 1886 werden verdragen gesloten met betrekking tot industriële eigendom en auteursrecht (zij het dat deze pas rond 1910-1912 in nationaal recht zijn geïmplementeerd). In 1921 volgde de Handelsnaamwet. De Vereniging 'Handelsrecht' heeft na die tijd aan de materie in preadviezen regelmatig aandacht besteed. Het merkenrecht was in 1946 aan de orde, ontoelaatbare reclame in 1954 en bescherming van bedrijfsgeheimen in 1999. Huydecoper wijst op het belang van intensieve samenwerking binnen de Benelux en de EU in de periode na de Tweede Wereldoorlog. Met name in de EU, en dat geldt zowel de EU-wetgever als de Europese rechter (het HvJ EU), is er altijd aandacht geweest voor bescherming van intellectuele eigendom en de vraag of onderscheiden (nationale) wetgeving ter zake het vrij verkeer van goederen en diensten belemmert. Dat heeft onder andere geleid tot de mogelijkheid van bescherming van bepaalde rechten op merken, modellen en kwekersrechten binnen de gehele EU. Ook op het terrein van het octrooierecht is veel werk verzet. Uiteindelijk is dit uitgemond in een verdrag dat vooralsnog losstaat van de EU. Maar ook binnen de EU zijn veel ontwikkelingen gaande (met inbegrip van een EU-richtlijn aangenomen in 2016 tot bescherming van bedrijfsgeheimen). Ook beschrijft Huydecoper dat het concept 'naburige rechten' grote invloed heeft gehad. Ten slotte zijn er EU-richtlijnen die zien op vergoedingen voor repro-, leen-, kopie- en muziekrechten. Ook op wereldschaal is er veel aandacht voor bescherming van intellectuele eigendom. Binnen de WTO leidde dat tot het zogenaamde TRIPS-verdrag. Op nationaal niveau heeft dat geleid tot een aantal wijzigingen met wellicht als meest opvallende vernieuwing

dat in IE-zaken afstand is genomen van de vergoeding van proceskosten volgens een vast (liquidatie)tarief en vergoeding van volledige proceskosten kan worden gevorderd (art. 1019h Rv). Dat is overigens, met name voor kleinere ondernemingen een fors risico. In de praktijk wordt dit enigszins gemitigeerd omdat rechters regelmatig uitgaan van beperktere 'indicatietarieven'. Ook het bewijsbeslag heeft nader vorm gekregen en is toegelaten ook buiten IE-zaken. Nationaal is een andere heel interessante ontwikkeling dat de beslechting van een aanzienlijk deel van de IE-geschillen is geconcentreerd bij de Rechtbank en het Gerechtshof in Den Haag. Huydecoper betoont zich zonder meer positief over de kwaliteitsslag die dat met zich heeft gebracht. Ook Bronneman ziet dit als een goede ontwikkeling en bepleit om ook met betrekking tot het auteursrecht tot een dergelijke concentratie van rechtspraak te komen. Kortom, er kan niets ingebracht worden tegen de conclusie van Huydecoper dat IE-recht is uitgegroeid tot een 'wijdvertakt en gedifferentieerd specialisme'. De rechten die daarin worden gewaarborgd zijn naar zijn inzicht in het belang van handel en nijverheid met inbegrip van de dienstensector, zo niet onmisbaar. Bronneman beziet het voorgaande met een blik op de toekomst en vanuit het perspectief van snelle technologische ontwikkelingen samenhangend met internet, robotisering en artificial intelligence. Die moderne technologie, zo constateert Bronneman, heeft bijvoorbeeld geleid tot stevige 'aardschokken' in het auteursrecht. Dat beschermt 'werken' van zeer onderscheiden aard met inbegrip van computerprogramma's, muziek, maar ook gebruiksvoorwerpen zolang sprake is van een 'intellectuele schepping' van de maker. Zij zet uiteen dat technologische ontwikkelingen niet slechts effect hebben op de wijzen van verspreiding van juridische beschermde intellectuele eigendom, maar ook op de wijze waarop dergelijke producten kunnen ontstaan. Men denke aan uitvindingen die worden gedaan door robots met artificial intelligence. Economisch geldt ondertussen dat nieuwe elektronische platforms (YouTube, Facebook enz.) snel kunnen leiden tot een 'value gap' tussen de platformeigenaar en de beschermde content die daarop wordt vertoond. Zo verdient een platform als YouTube aan reclames bij filmpjes van (muziek)uitvoeringen. Er wordt gewerkt aan een EU-richtlijn ter zake. Dat roept de vraag op of op dit terrein toch niet nog verder moet worden gegaan met de ontwikkeling van bovennationaal uniform recht. Bronneman beantwoordt die vraag bevestigend. Zij voorziet een unitair octrooirecht en een unitair auteursrecht. In dat verband illustreert zij met cijfers dat IE-recht naar aantallen uitspraken gerekend een van de belangrijkste aandachtspunten van het Hof van Justitie van de EU vormt. Een en ander wordt versterkt doordat in het Handvest van de grondrechten van de EU het grondrecht op intellectuele eigendom is erkend. Dat roept overigens wel de vraag op hoe deze rechten moeten worden afgewogen tegen andere grondrechten (zoals vrijheid van meningsuiting en informatie). Ten slotte staat Bronneman nader stil bij de voortgaande robotisering en artificial intelligence en het gegeven (zie reeds hiervoor) dat een en ander tot nieuwe (uit)vindingen en producten zal leiden. Inmiddels heeft dit jaar de eerste veiling van een schilderij plaatsgevonden dat is gemaakt door een algoritme en ook ondertekend is met een formule die de essentie daarvan tot uitdrukking brengt. De vraag kan dan gaan rijzen wie of wat rechthebbende op zo'n (kunst)werk of uitvinding zal zijn. Een voor de hand liggend antwoord is de rechthebbende van de robot, maar verdere gedachtevorming laat zien dat bij het voortgaan van deze ontwikkeling ook de robot, of wellicht zelfs het algoritme, zelf rechthebbende kan zijn als daaraan rechtspersoonlijkheid wordt toegekend.

Dat is geen juridische sciencefiction. In de eerder belichte boeiende beschouwingen in dit boek over het vennootschaps- en ondernemingsrecht is immers al belicht hoe het concept 'rechtspersoonlijkheid' (juridisch) een eigen leven is gaan leiden en hoe men slechts geleidelijk aan, in de woorden van Timmerman, zich de enorme potentie van dit rechtsidee is gaan realiseren. Bronneman constateert dat er een uitspraak ligt van het Europees Parlement van februari 2017 waarin het Parlement de Commissie verzoekt de mogelijkheid van rechtspersoonlijkheid van robots te verkennen. De gedachte van het Parlement is primair dat robots direct verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het vergoeden van schade als robots tot autonome beslissingen komen. Daarover is veel discussie en Bronneman wijst op de interessante vragen van velerlei aard die dit oproept. Zelf zoekt zij het vooralsnog in de regel dat autonome robots moeten worden geregistreerd zodat steeds duidelijk is wie de eigenaar daarvan is (en wie daarvoor verantwoordelijk is). Ook pleit zij voor een certificeringssysteem waarin duidelijk wordt gemaakt waaraan robots moeten voldoen. Ondertussen geldt dat uitvindingen door robots wel morrelen aan een basis van het IE-recht, namelijk dat een vergoeding wordt toegekend voor de inspanningen die door mensen zijn verricht. Dat verband kan hier zoekraken. Ik kan voor mij zien dat de grote technologieondernemingen die nu al zeer bepalend zijn (Facebook, Google, Apple, Amazon enz.) op deze wijze nog veel machtiger gaan worden en wel zo machtig dat initiatieven van andere steeds minder kansrijk zijn. Dat lijkt mij met Bronneman een reden om dergelijke uitvindingen een beperktere beschermingsduur toe te kennen. Uiteindelijk gelden toch als de twee belangrijke doelstellingen van het IE-recht (i) gepaste beloning van de rechthebbende en tegelijkertijd (ii) bevordering van kennisdeling door zo groot mogelijke verspreiding van werken, denkbeelden en nieuwe kennis. Dit laatste zou heel goed kunnen meebrengen dat de beschermingsomvang en beschermingsduur van uitvindingen en producten die zijn toe te schrijven aan technologie als hiervoor geschetst, wordt beperkt mede in het belang van een optimale economische ontwikkeling en mededinging.

18. *Mededingingsrecht*. Dat brengt ons ten slotte als vanzelf bij het mededingingsrecht. Daarover schrijven in dit boek Mulder en Wesseling. Waar een denken hierover in de tijd van Molengraaff nog beperkt was tot oneerlijke handelspraktijken en ongeoorloofde concurrentie heeft (ook) dat vakgebied een enorme vlucht genomen en is het een complex geheel van regels geworden om goede marktwerking in brede zin te waarborgen en ongebreidelde machtsposities te voorkomen althans te beperken. Het feit dat het wegnemen van barrières voor optimale mededinging, bij haar oprichting een kerndoelstelling van de EU is geworden, heeft daarop veel invloed gehad. De Vereniging 'Handelsrecht' heeft met regelmaat preadviezen aan het mededingingsrecht gewijd. Zoals Wesseling aangeeft ging het dan vooral om leerstukken die gericht zijn op de structuur van een economie zoals fusiecontrole en misbruik van machtspositie en de vraag naar marktregulering ter bevordering van consumentenwelvaart in het algemeen. Of daarbinnen op een microniveau 'eerlijk' wordt gehandeld is niet de kernvraag van het mededingingsrecht. Zoals gezegd is daarin centraal komen staan het bevorderen van economische efficiëntie en bevordering van de consumentenwelvaart. Daarmee is het mededingingsrecht wellicht, van de traditioneel tot het handelsrecht gerekende terreinen, het meest op afstand komen te staan van het klassieke handelsrecht waaruit het is voortge-

komen. Tegelijkertijd signaleren Mulder en Wesseling wel dat voorzichtig een onderstroom is ontstaan die juist de aandacht richt op andere belangen dan consumentenwelvaart en weer wat meer aandacht heeft voor een denken in termen van 'fairness' en 'oneerlijke handelspraktijken'. Het is echter bepaald een intellectuele uitdaging om dergelijk denken in termen van 'fairness' tegenover marktpartijen te verenigen met het oogmerk te voorkomen dat marktpartijen hun gedrag met elkaar afstemmen om ten eigen bate de concurrentie uit te schakelen. Mulder werkt in een boeiend betoog uit wat dit in de toekomst kan gaan betekenen en met welke vragen beoefenaren van het mededingingsrecht, en met name ook toezichthouders, zullen worden geconfronteerd. Deels zijn dat dezelfde ontwikkelingen die ook medebepalend zijn in het intellectuele-eigendomsrecht zoals de snelle ontwikkeling van digitale markten (en machtsblokken), artificial intelligence en 'slimme' contracten die ondernemingen steeds meer mogelijkheden geven om de facto, bijvoorbeeld via slimme algoritmes (die direct prijsbewegingen van andere aanbieders volgen), quasimonopolistisch op te treden. Zo kunnen bepaalde sympathieke initiatieven op het terrein van duurzaamheid op veel steun rekenen, ook van de politiek, maar dat kan wel tot gevolg hebben dat dergelijke initiatieven de concurrentie beperken. Mulder beschrijft voorts hoe digitale markten kunnen ontstaan door hoge investeringen en innovatie (algoritmes, platforms, big data), maar dat tegelijkertijd de mededinging aanzienlijk verstoord kan worden doordat internationale kartels en nieuwe vormen van marktmacht ontstaan mede gelet op zogenaamde 'netwerk'-effecten. Dat kan, zo beschrijft Mulder, een digitaal platform nagenoeg onmisbaar maken of zelfs leiden tot 'ecosystemen' van platforms waar letterlijk en figuurlijk niemand omheen kan (en die de consument ook niet meer hoeft te verlaten). Mulder wijst erop dat in dit verband voorstellen zijn gedaan waaruit blijkt dat eigenlijk de onderliggende algoritmes aan toezicht zouden moeten worden onderworpen. Al met al betoont Mulder zich een duidelijk voorstander van een van de politiek onafhankelijke mededingingsautoriteit die wel degelijk mede de klassieke doelstellingen van het mededingingsrecht in het oog houdt ook als dat betekent dat de druk op bijvoorbeeld boeren versus supermarkten of op huisartsen/ziekenhuizen versus zorgverzekeraars toeneemt. Mulder werkt bij wijze van voorbeeld uit waarom het mededingingsrecht niet per se een goed kader is om, los van wetgeving, 'duurzaamheid' te bevorderen. Wil men bijvoorbeeld de 'kipkiloknaller' aan banden leggen, dan ligt meer voor de hand het fokken van kippen in barre omstandigheden publiekrechtelijk te verbieden (al zal ook dat nog de nodige omzichtigheid vergen binnen het EU-recht), dan via mededingingsafspraken dergelijke producten te weren. In ieder geval zo concludeert hij, zal het een belangrijke uitdaging blijven om goed in de gaten te blijven houden of ondernemingen die hun producten willen verduurzamen, maar tegelijkertijd aandringen op concurrentiebeperkende regels, daadwerkelijk op de meest efficiënte wijze duurzaamheidsinitiatieven dienen en er niet sprake is van een versluisde werkelijkheid waarin ondernemingen de vrije hand krijgen om onder de vlag van duurzaamheid 'onderlinge afstemming in te zetten voor het eigen belang'. Al met al liggen hier grote uitdagingen die nog maar enkele tientallen jaren geleden niet waren voorzien en de gemoederen in de toekomst zeker nog lang bezig zullen houden.

Een eeuw vooruit

19. In het licht van alle mooie en boeiende bijdragen aan dit boek zijn, denk ik, een paar algemene observaties mogelijk. De eerste observatie is wat mij betreft dat alle vertogen in dit boek nog eens onderstrepen dat een bloei van de handel, maar hetzelfde geldt voor een goed functionerende economie in het algemeen, regels vergt die evenwichtige verhoudingen opleveren en een zekere mate van bescherming bieden. Uit alle in dit boek opgenomen beschouwingen blijkt dat telkens weer. In het handelsrecht omvat dat uit de aard der zaak ook bovennationale regels. Uitsluitend zelfregulering volstaat daartoe niet. De ontwikkelingen rond het documentair krediet kunnen dit illustreren. Een tweede observatie zou kunnen zijn dat de ontwikkeling van het handelsrecht niet erg conjunctuurgevoelig lijkt. Of de tijden nu goed of slecht zijn, de aard van de activiteiten op handelsrechtelijk gebied brengen met zich mee dat aan de regels die uitvloeisel zijn van in de loop van de tijd verzamelde inzichten, steeds behoefte bestaat ongeacht een bepaalde politieke constellatie of andere maatschappelijke ontwikkelingen. Een derde observatie kan zijn dat technologische vernieuwingen veelal slechts beperkt de noodzaak meebrengen het juridisch kader fundamenteel te herzien. Natuurlijk worden juridische regels aangepast aan technologische ontwikkelingen, maar zelden fundamenteel herzien. Men denke aan het gebruik van elektronica in het communiceren met of het stemmen door aandeelhouders in een N.V. of B.V. Dat heeft zeker effecten, maar op een fundamenteel juridisch niveau blijft sprake van een mededeling of een stem. Vervoer kan geschieden door een zelfrijdende vrachtauto of drone, maar dat verandert op zichzelf niet de juridische verhouding tussen vervoerders en ladingbelanghebbenden.

20. Voor de toekomst van het handelsrecht lijkt mij allereerst bepalend hoe wetgeving en het wetgevend kader zich ontwikkelen en hoe efficiënt en effectief wetgevende lichamen erin slagen zulke regelgeving ook breed van toepassing te doen zijn. Het is evident dat de EU een op zich effectief kader heeft geschapen voor bovennationale regelgeving die handelsactiviteiten bevordert. De toekomst van de EU is daarmee een majeure factor. Tegelijkertijd is die onzeker. De EU is vooralsnog geen stabiel politiek systeem. Anderzijds zal, als de EU zou desintegreren, de behoefte aan bovennationale handelsrechtelijke regels niet minder worden gevoeld. Of in dat geval in andere gremia die regels kunnen worden gevormd en breed geïmplementeerd zal bepalend kunnen zijn voor de toekomst van het handelsrecht. Minder relevant lijken, hoe raar dat wellicht moge klinken, sociaal-culturele en politieke ontwikkelingen. Hoezeer die ook de samenleving ingrijpend kunnen veranderen — men denke aan politieke omwentelingen, oorlogen en andere rampspoed — zal dat het handelsrecht, afgezien van de invloed die dergelijke ontwikkelingen kunnen hebben op de vraag of sprake is van effectieve en breed geldende wetgeving, niet fundamenteel hoeven raken. Dat kan al worden geïllustreerd door de geschiedenis van de Vereeniging 'Handelsrecht' zelf die werd opgericht in de onzekere tijd van de Eerste Wereldoorlog en die ook de overige dramatische ontwikkelingen van de twintigste eeuw moeiteloos heeft doorstaan. Wat betreft technologische ontwikkelingen ligt dat complexer. Enerzijds geldt dat technologie als hulpmiddel niet relevant hoeft te zijn voor de structuur en de beginselen en regels van het handelsrecht. Anderzijds kan het handelsrecht wel

fundamenteel worden uitgedaagd daar waar de technologie fundamenteel zou worden ontkoppeld van menselijke controle. In dit boek ziet men voorafschaduwingen daarvan in de hoofdstukken over vervoerrecht, verzekeringsrecht, intellectuele eigendom en mededingingsrecht. Dat zal leiden tot een fundamenteel debat over het onderscheid tussen mens en machine en de implicaties daarvan.

21. Ik begon deze inleiding met een terugblik op de stand van het bestaan op 16 april 1918. Ik ben ervan overtuigd dat op 16 april 2118, bij het tweehonderdjarig bestaan van de Vereniging 'Handelsrecht', heel veel veranderd zal zijn. Een wandelingetje met jas en paraplu terwijl het 5 à 6 graden Celsius is met een aangenaam miezerbuitje zit er niet in, vermoed ik. Ik zou echter denken dat ook dan nog steeds van gedachten zal worden gewisseld over de stand en toekomst van het handelsrecht en dat beginselen van de rechtsterreinen die in deze bundel aan de orde komen, nog steeds heel herkenbaar zullen zijn.

22. Graag dank ik, mede namens het bestuur van de Vereniging 'Handelsrecht', alle auteurs die hebben bijgedragen aan dit unieke boek. Zij hebben ons inzicht in hoge mate verrijkt. Ook dank ik graag al onze leden die het werk van de Vereniging steunen en feliciteer ik hen met deze honderdste verjaardag. Ten slotte spreek ik graag de hoop en verwachting uit dat de Vereniging ook de komende honderd jaar een bijdrage kan blijven leveren aan een regeling van het handelsverkeer die zowel de efficiëntie als de rechtvaardigheid daarvan optimaal bevordert met een open oog voor nieuwe en ongetwijfeld verrassende ontwikkelingen.

Amsterdam, oktober 2018

Harm-Jan de Kluiver
voorzitter Vereniging 'Handelsrecht'

100 jaar Vereeniging 'Handelsrecht'

Hoofdstuk 1

De Vereeniging ‘Handelsrecht’ en haar preadviezen 1918-2018

Prof. mr. C.D.J. Bulten en prof. mr. C.J.H. Jansen *

1.1 De aanleiding tot de oprichting van de Vereeniging ‘Handelsrecht’

Nederland kende sinds 1838 twee wetboeken op het gebied van het privaatrecht: het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel (WvK). Rond 1880 brak het besef door dat beide wetboeken totaal waren verouderd. In 1879 stelde de minister van Justitie, A.E.J. Modderman (1838-1885), de Staatscommissie tot herziening van het Wetboek van Koophandel in. In 1880 benoemde hij de commissie die het Burgerlijk Wetboek moest herzien. De piepjonge advocaat W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931) werd in 1883 als adjunct-secretaris lid van de Staatscommissie tot herziening van het handelsrecht, ook al had hij in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereeniging uit datzelfde jaar nog het bestaansrecht van twee afzonderlijke Staatscommissies voor de herziening van het BW en het WvK in twijfel getrokken.

‘Of door het rauwelijks benoemen van een tweetal commissies tot afzonderlijke herziening van onze wetboeken van burgerlijk en handelsrecht, die dus beide geheel onafhankelijk van elkander werkzaam zullen zijn, zonder dat hun taak nader is omschreven, zonder eenige vooraf vastgestelde methode of plan, zonder eenige waarborg eindelijk voor de zoo noodige onderlinge samenwerking, wel de juiste weg is gekozen, meen ik, al mogen zij ook uit de uitstekendste elementen zijn samengesteld, met bescheidenheid te mogen betwijfelen.’¹

Molengraaff kreeg in de Staatscommissie de taak toebedeeld ‘het faillietenrecht te behandelen en wel daaromtrent in de eerste plaats voorloopige vraagpunten te stellen’. De Staatscommissie besprak deze vraagpunten in haar vergaderingen van 1 en 29 maart 1884. Vraagpunt 2 richtte zich op de wenselijkheid van de handhaving van het onderscheid tussen kooplieden en niet-kooplieden in een nieuwe wet. Niemand in de Staatscommissie wist een goede reden te bedenken voor een beperking van het faillissementsrecht tot kooplieden.

‘Met algemeene stemmen wordt beslist dat het faillissement algemeen moet zijn. Geen der leden weet een goede reden voor de beperking tot

* Claartje Bulten is hoogleraar Ondernemingsrecht en bestuurslid van het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit te Nijmegen. Tevens is zij Kroonlid van de SER. Corjo Jansen is hoogleraar Rechtsgeschiedenis en Burgerlijk recht en voorzitter van het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit te Nijmegen.

1. W.L.P.A. Molengraaff, ‘Is het noodzakelijk of wenschelijk tusschen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken?’, *HNJV* 1883-I, p. 366.

kooplieden, integendeel eene rechtvaardige verdeeling der voorhanden activa onder alle crediteuren, welke met het faillissement beoogd wordt, is bij niet-kooplieden even wenschelijk.²

Met deze twee korte zinnen werd voor het faillissement een kwestie beslist die ten aanzien van de herziening van boek 1 van het WvK voor zoveel tweespalt zorgde dat de Staatscommissie in 1887 haar werkzaamheden staakte. Zij boekte 'onder leiding' van Molengraaff één belangrijk resultaat: zij kwam in 1890 met een Ontwerp-Faillissementswet. Het ontwerp werd wet op 30 september 1893. Op 6 september 1895 volgde de uiteindelijke bekrachtiging (*Stb.* 1895, nr. 155). De Faillissementswet trad in werking op 1 september 1896.³ Dit resultaat was al veel meer dan de Staatscommissie tot herziening van het Burgerlijk Wetboek had weten te bereiken. Haar twee wetsontwerpen (1886 resp. 1889) zijn in de nevel van de geschiedenis verdwenen. Het mislukken van de werkzaamheden van beide commissies heeft aan het begin van de twintigste eeuw sterk bijgedragen aan het gevoel dat de rechter aan zet was om het privaatrecht bij de tijd te houden. Molengraaff liet het er echter niet bij zitten.

Bij zijn afscheid als hoogleraar in het handelsrecht te Utrecht op 8 juni 1917 hekelde Molengraaff in een toespraak tot zijn Utrechtse studenten de 'hoopeloze, onherstelbare veroudering onzer wetboeken, i.h.b. van ons Wetboek van Koophandel'. Hij verfoeide het noodlottige dualisme tussen het recht uit de wetboeken en het feitelijke, het in de maatschappij levende, recht en het toenemende onvermogen van de wetgever op het gebied van het verkeersrecht.⁴ Molengraaff beëindigde zijn hoogleraarschap teneinde het voortouw te kunnen nemen bij de herziening van de handelsrechtelijke wetgeving. Zijn afscheidswoord kreeg bijval, bijvoorbeeld van de journalist en jurist H. Louis Israëls (1856-1924) en van A.S. Oppenheim (1884-1955), vanaf 1913 lector, sinds 1914 buitengewoon hoogleraar en vanaf 1919 gewoon hoogleraar in het handelsrecht aan de Leidse universiteit. Israëls noemde de uitspraken over het teleurstellende onvermogen van de wetgever en het gebrek aan schepende kracht bij de rechterlijke macht niet onverdiend: Molengraaff stapelde bewijs op bewijs voor deze constatering in zijn afscheidsrede. Israëls waarschuwde echter vooral tegen het overnemen van Duitse denkbelden bij de herziening van het handelsrecht. Het was beter — zoals Molengraaff ook al had betoogd — aansluiting te zoeken bij de Franse wetgever en de Franse literatuur.⁵ Oppenheim weet de 'bedroevende achterlijkheid' van het handelsrecht niet alleen aan het onvermogen van de wetgever en het departement van Justitie, maar eveneens aan het tekortschieten van de belanghebbenden (zoals de Kamers van Koophandel en Fabrieken) en de belangstellenden (de juristen). De belanghebbenden vergaten dat de 'moderne' wetgever alleen was te bereiken 'met de groote trom

2. UB Utrecht, Notulen van de Staatscommissie tot herziening van het Wetboek van Koophandel, Vergadering 109 (1 maart 1884), p. 30.

3. C.J.H. Jansen, R.J.Q. Klomp & J.H.A. Lokin, 'W.L.P.A. Molengraaff (1858-1931) en de Faillissementswet', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 1996/5, p. 116 e.v. De Vereniging 'Handelsrecht' zette bij haar 75-jarig bestaan als eerbetoon aan Molengraaff 'Het faillissementsrecht in de tijd van Molengraaff en nu' op de agenda. Preadviseurs waren H.P.J. Ophof, S.H. de Ranitz, S.C.J.J. Kortmann en T.H. Beukenhorst.

4. Zie W.L.P.A. Molengraaff, *Een terugblik*, Haarlem: De Erven Bohn 1917, p. 4.

5. H. Louis Israëls, 'Recht en wet', *De Telegraaf* 7 October 1917, Tweede Blad, p. 5.

voorop; hij hoort slechts wanneer er heel hard geroepen wordt en het geroep geen oogenblik verstomt'.

'Daarom: willen de belanghebbenden, wil de handelswereld werkelijk iets bereiken, dan is noodig, broodnoodig, dat zij hare ouderwetsche, solide maar niet men den geest des tijds rekening houdende wijze van vragen verandert; dan moet zij meetings houden, comité's van actie oprichten, monster-petities op touw zetten en in dagbladen schrijven.'⁶

Belanghebbenden en belangstellenden mochten volgens Oppenheim niet uitgaan van de gedachte dat praktijk en rechter zich wel zouden redden, dat onze 'haute finance' en onze scheepvaartmaatschappijen ook zouden bloeien bij een 'voorwereldlijk' vennootschaps- en zeerecht. Het was niet de vraag of de handel het goed deed, maar of de handel het onder nieuwe wetgeving beter zou doen. 'Of denkt men misschien dat Engeland en Duitschland, om nu maar eens twee van de machtigsten te noemen, alleen bij wijze van tijdverdrijf, omdat zij niets beters te doen hebben, hun handelsrecht telkens weder verjongen en bijvijlen?'⁷

Molengraaff moet zich gesteund hebben gevoeld door deze woorden. Na zijn verhuizing van Utrecht naar Rotterdam riep hij een groep van belanghebbenden en belangstellenden bijeen, die zich dienden te beraden over de wijze waarop een herziening van het handelsrecht moest plaatsvinden. In januari 1918 vond in hotel De Twee Steden te Den Haag een vergadering van door Molengraaff genodigden plaats. De aanwezigen besloten een vereniging op te richten, die tot doel had een wijziging van de handelswetgeving te bevorderen. 'Eenstemmig was men van gevoelen, dat het dringend noodzakelijk is, de hand aan den ploeg te slaan.'⁸ Op 16 april 1918 in Den Haag, opnieuw in hotel De Twee Steden, zag de Vereniging 'Handelsrecht' het levenslicht. Art. 1 en 2 van de Statuten luiden als volgt:

'1. De Vereniging "Handelsrecht" heeft ten doel het verkrijgen van eene handelswetgeving, welke aan de eischen der tegenwoordige samenleving voldoet.

2. Zij tracht haar doel te bereiken langs wettigen weg en wel door het houden van vergaderingen, het uitgeven en verspreiden van geschriften, het richten van vertoogen tot de overheid en voorts door alle andere wettige middelen, welke aan het doel der vereeniging bevorderlijk kunnen zijn.'⁹

Het dagelijks bestuur van de jonge Vereniging was vooral een Rotterdamse aangelegenheid. Het bestond uit voorzitter Molengraaff, naast (inmiddels emeritus) hoogleraar ook commissaris bij de Rotterdamsche Bankvereniging (Robaver), penningmeester W. Westerman (1864-1935), directeur van de Robaver en commis-

6. A.S. Oppenheim, 'Nieuw Handelsrecht', *Nieuwe Rotterdamsche Courant* 14 September 1917, Ochtendblad, A, p. 7.

7. Oppenheim, 'Nieuw Handelsrecht'.

8. W. 1918/10195, p. 4.

9. De oorspronkelijke statuten, goedgekeurd bij KB van 18 October 1918, nr. 44, bevinden zich in het archief van de Vereniging 'Handelsrecht' (AVHan) in het Nationaal Archief (NA) te Den Haag, inv. nr. 23.

saris bij onder meer de Nederlandsche Koloniale Petroleum Maatschappij, de Holland Amerika Lijn en de Koninklijke Luchtvaart Maatschappij, secretaris W.C. Mees R. Azn (1882-1976), Molengraaffs schoonzoon en een telg uit een Rotterdams bankiers-geslacht, en als tweede secretaris Westermans zoon, W.M. Westerman (1892-1950), evenals zijn vader bankier bij Robaver. De enige buitenstaander was B.C.J. Loder (1849-1935), de ondervoorzitter, een leerling van Molengraaff, die lid was van de Hoge Raad. Het algemeen bestuur bestond uit juristen uit de bankwereld, zoals G. Vissering (1867-1959), president van De Nederlandsche Bank, hoogleraren zoals F.A. Molster (1865-1936), advocaat en hoogleraar handelsrecht aan de UvA,¹⁰ en politici, zoals E.E. van Raalte (1841-1921), advocaat en minister van Justitie van 1905 tot 1908, partijgenoot van Molengraaff. Opmerkelijk was overigens dat een andere bekende 'Rotterdammer', de advocaat E.J.J. van der Heijden (1885-1941) – die nauwe banden met Molengraaff had –, niet bij de oprichting is betrokken en nauwelijks actief is geweest binnen de Vereeniging 'Handelsrecht'.¹¹

Via berichten in de kranten raakte spoedig geheel Nederland op de hoogte van de oprichting en de doelstelling van de Vereeniging 'Handelsrecht', de herziening van het Wetboek van Koophandel ('dat nog heel gezellig [keuvelt] over de verzekering tegen slavernij alsof deze dagelijks voorkomt en dat maar niets [wil] weten dan van schepen van hout met zeil en treil'). De redacteur van het *Nieuwsblad van het Noorden* schreef:

'Het is te hopen en naar ik meen ook te verwachten, dat dit streven ook in het Noorden van ons land, met name te Groningen als Nederlands derde hoofdstad, den noodigen weerklank zal vinden en dat ook van daar uit een krachtig streven zich zal openbaren om een nieuw wetboek van koophandel pasklaar te maken voor den eischen der tegenwoordige samenleving, waar ook evenzeer de groote beteekenis van het assurantierecht en het enorme belang van het credietwezen luide roepen om eene nieuwe wettelijke regeling, waarvan kan worden getuigd dat zij "up to date" zijn.'¹²

Het eerste werk voor het bestuur van de Vereeniging 'Handelsrecht' was het werven van personen en organisaties, die de Vereeniging wensten te ondersteunen. In een zeer waarschijnlijk door Molengraaff opgestelde circulaire stond dat Nederland op het gebied van de handelswetgeving achterbleef bij alle omringende landen. Deze achterstand klemde des te meer, omdat na het spoedig te verwachten einde van de Eerste Wereldoorlog alle krachten dienden te worden aangewend om de mededinging op de wereldmarkt vol te houden. Alle belanghebbenden moesten zich verenigen. 'Zij behooren Regeering en Staten-Generaal met nadruk in kennis te stellen van hun verlangen naar beter recht, te wijzen op het groote nationale belang

10. Molster schreef over de oprichting van de Vereeniging 'Handelsrecht': F.A. Molster, 'Molengraaff en de oprichting van de Vereeniging 'Handelsrecht'', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1931, p. 419 e.v.

11. Over hem: C.J.H. Jansen, 'Prof. mr. E.J.J. van der Heijden (1885-1941) in het licht van zijn tijd', in: G. van Solinge e.a., *50 jaar Van der Heijden Instituut 1966-2016*, Serie VHI deel 148, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 17 e.v.

12. 'Herziening Handelsrecht', *Nieuwsblad van het Noorden* 26 April 1918, voorpagina (citaat); zie ook: 'Handelswetgeving', *Algemeen Handelsblad* 18 April 1918, Avondblad, Tweede Blad, p. 5.

dat daarmee gemoeid is.¹³ Molengraaff publiceerde in januari 1919 een qua inhoud op deze circulaire lijkende verhandeling onder de titel 'Wetboek van Koophandel. Herziening noodzakelijk' in *De Telegraaf*. Hij bereikte daarmee een groot publiek. Hij herhaalde dat een goede wetgeving op het verkeersrecht 'te[n] onzent ten eenemale' ontbrak. Het WvK bevatte recht uit de tijd der trekschuiten, diligences en houten zeilschepen, 'een recht, dat de telex niet kent, noch de telefoon, noch stoomboten, noch spoorwegen, recht uit de tijd, toen de naamloze vennootschap een bijzonderheid was, toen de levensverzekering nog in de windselen lag, toen de transportondernemer nog onbekend was aan ons tegenwoordig verkeersleven, het bedrijf in handel, nijverheid en bankwezen nog moest worden geboren.' De wetgever had zijn plicht dus op schromelijke wijze verzaakt. De toestand was beschamend en was een beschaafd land met een ontwikkeld handelsverkeer onwaardig. Wat was van dit alles het gevolg?

'Onze koopman en onze nijvere zijn daardoor langzamerhand tegenover hunne mededingers in andere landen in een zeer ongunstige positie, in een toestand van inferioriteit gekomen, want nergens is de handelswetgeving in die mate verouderd als hier het geval is. Overal elders heeft de wetgever het groote belang van een modern handelsrecht ingezien en tijd en gelegenheid gevonden daaraan aandacht te schenken.'¹⁴

Ook Molengraaff stipte de lijdzaamheid van de belanghebbenden uit de wereld van de handel en industrie aan. Hij wees op de noodzaak van een nieuw recht van de naamloze vennootschappen, de makelaardij, het wisselrecht, het zeerecht, niet toevallig onderwerpen die de Vereeniging in de eerste jaren van haar bestaan zal aanpakken. Hij riep aan het einde van zijn bijdrage de belanghebbenden op de handen uit de mouwen te steken, bijvoorbeeld via de Vereeniging 'Handelsrecht', 'een middelpunt, waarin zij hunne krachten kunnen concentreren ter bereiking van het gemeenschappelijk doel.'¹⁵

De oprichting van de Vereeniging 'Handelsrecht' drong eveneens door tot de politiek. Een politieke geestverwant van Molengraaff, de Amsterdamse advocaat J. Kappeyne van de Coppello (1854-1920), stelde naar aanleiding van het verschijnen van de circulaire van de Vereeniging 'Handelsrecht' in een debat in de Eerste Kamer de in de praktijk algemeen erkende onjuistheden en leemten in de privaatrechtelijke wetgeving, in het bijzonder het Wetboek van Koophandel, aan de orde. 'De circulaire is een waar requisitoir tegen den huidige wetgever en het wetboek.' De rechter was de wetgever 'vooruitgelopen'. 'We hebben gekregen het rechtspreken buiten de wet om: we noemen dat het recht der werkelijkheid. Dat recht duidt op een recht buiten de wet om, ja soms tegen de wet in. Een zoodanige toestand strijdt tegen artikel 11 der A.B. (...) Niets is gevaarlijker, dan dat een rechter niet bouwt

13. Tekst van Circulaire in Jaarverslag van de Vereeniging 'Handelsrecht' 1918, p. 8 e.v. De jaarverslagen bevinden zich in NA, AVHan, inv. nr. 38.

14. W.L.P.A. Molengraaff, 'Wetboek van Koophandel. Herziening noodzakelijk', *De Telegraaf* 5 Maart 1919, Avondblad, Tweede Blad, p. 5 (getekend Rotterdam, 20 Januari 1919). Vermoedelijk is de bijdrage geschreven naar aanleiding van de opening van de Utrechtse Jaarbeurs.

15. Zie W.L.P.A. Molengraaff, 'Ons Wetboek van Koophandel', *Algemeen Handelsblad* 23 October 1918, Avondblad, Eerste Blad, p. 2. Een lezing voor de Vereeniging 'Hou en Trou' in het American Hotel in Amsterdam.

op het positieve recht.' Kappeyne van de Coppello riep de minister van Justitie, Th. Heemskerk (1852-1932), op een staatscommissie van practici in te stellen. Deze was daartoe bereid, als deze staatscommissie maar voeling hield met hem, opdat het voorstel van deze Commissie niet als een 'onbekende, dikke vondeling' bij hem in huis zou worden gelegd'. Dat laatste zou inderdaad, aldus Kappeyne, op hun leeftijd een ongewone verrassing zijn.¹⁶ Heemskerk had overigens het dagelijks bestuur van de Vereeniging 'Handelsrecht' al op 10 februari 1919 op zijn ministerie uitgenodigd. Hij had toen Molengraaff verzocht om te reageren op het advies van de Raad van State met betrekking tot het Ontwerp-Zeerecht.

De Vereeniging Handelsrecht heeft in de eerste jaren van haar bestaan successen geboekt. Na een jaar waren er 525 gewone leden en 97 'begunstigers' (bijvoorbeeld het Verbond van Nederlandsche Fabrikantenvereeningen, de Vereeniging van Effectenhandelaren, de Robaver, de Broederschap der Notarissen en de Nederlandsche Juristen-Vereeniging). Op 3 januari 1919 had het dagelijks bestuur van de Vereeniging 'Handelsrecht' besloten over te gaan tot de publicatie van 'vlugschriften', in populariserende bewoordingen gestelde pamfletten, waarin de schrijver – bij voorkeur inhakend op acute problemen of actuele ontwikkelingen in het buitenland – gebreken gispte in de bestaande wetgeving en wijzigingen aanbeval. In april 1919 verschijnt – anoniem – het eerste vlugschriftje, waarvan voorzitter Molengraaff blijkens de notulen van de vergadering van het dagelijks bestuur de auteur was: *Burgerlijke en handelszaken, kooplieden en niet-kooplieden*.¹⁷

De vlugschriften van de Vereeniging 'Handelsrecht' hebben tot nieuwe wetgeving geleid. Op basis van het vlugschrift over de makelaardij uit 1919 (geschreven door tweede secretaris Westerman) volgde in 1922 een wijziging van de wettelijke bepalingen inzake de makelaardij.¹⁸ Het bestuur van de Vereeniging Handelsrecht had in juni 1921 aan de Tweede Kamer een adres gericht om het wetsontwerp zo snel mogelijk tot wet te verheffen.¹⁹ Het vlugschrift over het wetsontwerp tot herziening van het zeerecht, in 1920 geschreven door Molengraaffs opvolger als Utrechts hoogleraar in het handelsrecht, C.W. Star Busmann (1878-1966), hielp Molengraaff als regeringscommissaris dit wetsvoorstel door de kamers te loodsen. De Vereeniging 'Handelsrecht' vierde het dan ook als een overwinning dat het zeerecht in 1924 werd gewijzigd.²⁰ De vlugschriften over het wisselrecht,²¹ in december 1922 aangeboden aan de minister van Justitie, nog steeds Heemskerk, met de dringende oproep

16. 'Eerste Kamer' resp. 'Burgerlijke Wetgeving', in: *Nieuwe Rotterdamse Courant* 7 Juni 1919, voorpagina resp. p. 2 (citaat).

17. Zie C.J.H. Jansen, *De Vereeniging Handelsrecht 1918-1993*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 6-7. Achter in dit boekje bevindt zich een volledig overzicht van de vlugschriften. Zij verschenen bij uitgever H. Veenman en Zoon te Wageningen, vermoedelijk omdat secretaris Mees aan de Landbouwniversiteit hoogleraar staathuishoudkunde, statistiek en agrarisch recht was.

18. Wet van 5 mei 1922, *Stb.* 247.

19. 'Handelsrecht', *Het Vaderland* 28 Juni 1921, *Avondblad*, A, p. 2.

20. Bij Wet van 22 december 1914, *Stb.* 573. De Vereeniging roerde zich ook, als zij het ergens niet mee eens was. Zo riep zij in 1922 in een adres aan de Tweede Kamer op tot verwerping van het Ontwerp Binnenscheepvaartwet. Zie *Nieuwe Tilburgsche Courant* 3 Maart 1922, *Tweede Blad*.

21. *Vragen van wisselrecht* (1920) en *Andermaal vragen van wisselrecht* (1922).

het wisselrecht in het Wetboek van Koophandel met het Franse recht als voorbeeld te wijzigen,²² stonden aan de wieg van een nieuw Nederlands wisselrecht in 1925.²³

Vanaf 1924 stortten de werkzaamheden van de Vereeniging Handelsrecht tamelijk abrupt in. Waarschijnlijk had dit te maken met het dreigende faillissement van de Robaver, op dat moment de grootste bank in Nederland. De beide Westermannen en Molengraaff hadden als directeurs en commissaris andere zaken aan hun hoofd.²⁴ Daarnaast was het moeilijk 'voldoende de publieke opinie te bewerken doordat voor het schrijven van vlugschriftjes niet altijd personen kunnen worden gevonden.' In 1923 werd het instituut van het preadvies geboren. De Vereeniging 'Handelsrecht' zou er in het begin slechts spaarzaam gebruik van maken.²⁵ Het overlijden van Molengraaff in 1931 leek de genadeklap te betekenen voor de Vereeniging 'Handelsrecht'. Zij was letterlijk 'onthoofd'.

1.2 De lotgevallen van de Vereeniging 'Handelsrecht' na de oprichtingsjaren

Loder volgde in 1931 Molengraaff op als voorzitter, Molster werd ondervoorzitter. In 1935 schoof Molster door naar de voorzittersstoel en werd Oppenheim ondervoorzitter. Na het overlijden van Molster in 1936 trad P.W. Kamphuisen (1897-1961), hoogleraar in het staats- en administratief recht in Nijmegen, echter een civilist in hart en nieren en hoofd van de juridische afdeling van de Algemeene Kunstzijde Unie (een van de voorlopers van AkzoNobel), aan als voorzitter. Onder zijn leiding krabbelde de Vereeniging 'Handelsrecht' weer op. Niet onterecht en met een zekere trots merkte een commissie uit de Vereeniging in 1936 weer op: 'Het gelukte haar tal van wijzigingen in onze wetgeving aangebracht te zien.'²⁶ Kamphuisen hervatte de bezoeken aan de minister van Justitie. De steeds moeilijker lopende reeks van vlugschriften werd in 1938 afgesloten.²⁷ Het dagelijks bestuur ging over tot het uitschrijven van prijsvragen. Het honorarium voor de winnaar bedroeg f. 1000, vanaf het begin van de oorlog f. 500.²⁸ Tussen 1941 en 1948 (met uitzondering van de jaren 1944-1945) verschenen zes antwoorden op prijsvragen. Daarna stierf ook de prijsvraag een stille dood: in 1954 en in 1966 verschenen er nog twee.²⁹ De belangrijkste publicatievorm van de Vereeniging 'Handelsrecht'

22. 'Ons wisselrecht', *Het Vaderland* 2 December 1922, Avondblad (voorpagina).

23. Wet van 5 juni 1925, *Stb.* 224, aangepast bij Wet van 2 juli 1928, *Stb.* 217. Zie H.R. Ribbius, *Het Nederlandsche wisselrecht*, Leiden: S.C. van Doesburgh 1925.

24. Zie L. Petram, *De vergeten bankencrisis*, Amsterdam/Antwerpen: Atlas Contact 2016.

25. NA, AVHan, inv. nr. 1; Notulen vergadering Algemeen Bestuur 30 mei 1922. In 1931 en 1932 verschenen twee preadviezen over art. 1793 BW en de gulden-is-gulden-theorie.

26. *Jaarverslag over 1936*, p. 11. Ook W.C. Mees in het *Jaarverslag over 1943*. Westerman jr. en Mees kregen na de oorlog problemen vanwege hun houding in de oorlog. Over de Rotterdamse juristen: G.Chr. Kok, *Rotterdamse juristen uit vijf eeuwen*, m.m.v. F.A. Arnbak-d'Aulnis de Bourouill, Hilversum: Verloren 2009.

27. Jansen, *Vereeniging Handelsrecht 1918-1993*, p. 11. Het laatste vlugschrift was van J.R. Schaafsma, *Richtige heffing. Enkele beschouwingen naar aanleiding van het wetsontwerp tot aanvulling van de wet tot bevordering van de richtige heffing der directe belastingen* (1938).

28. De eerste winnaars waren A.D. Belinfante & W.H. Ariëns, *De hoofdbezwaren tegen de huidige Burgerlijke Procesorde* (1940).

29. C. Berkhouwer & H.M. Voetelink, *Toelaatbare en ontoelaatbare reclame* (1954), een onderwerp gesuggereerd door R. von Geldern, bedrijfsjurist bij Philips, en F. Molenaar, *Orde op zaken. Verdient het (...) aanbeveling de eenmanszaak in de Nederlandse wet te regelen, en zo ja, in welke zin?* (1966). Voor een overzicht van de prijsvragen: Jansen, *Vereeniging Handelsrecht 1918-1993*, p. 46. F.J. Brevet (1893-1983), directeur

werd vanaf 1950 het preadvies. Sinds 1971 is – op één uitzondering in 1985 na, toen de Vereniging een concreet wetsvoorstel met toelichting liet schrijven – geen andersoortige publicatie meer verschenen. De preadviezen werden meestal 'uitgelokt', dat wil zeggen een jurist werd gevraagd een betoog te schrijven. Vanaf 1953 verschenen verslagen van de inbreng tijdens de vergaderingen naar aanleiding van de preadviezen.

De bedoeling van deze bijdrage is niet een volledig overzicht op te stellen van de besturen van na de oorlog tot nu toe. Wij geven slechts een zeer beknopte 'externe' geschiedenis van de Vereniging en de namen van de voorzitters en secretarissen, in het volle besef dat andere leden van het dagelijkse bestuur vaak ook hebben bijgedragen aan het beleid van de Vereniging 'Handelsrecht', met name het selecteren van geschikte onderwerpen voor preadviezen en prijsvragen. Kamphuisen werd in 1956 opgevolgd door L.J. Hijmans van den Bergh (1901-1974), hoogleraar Burgerlijk recht te Utrecht. De secretaris van de Vereniging was de Rotterdamse advocaat I.J. Dutilh (1915-1998). Hij was advocaat geweest op het Rotterdamse advocatenkantoor van Blom & Hijmans van den Bergh. Ook Hijmans van den Bergh en Dutilh maakten een weinig florissante periode van de Vereniging 'Handelsrecht' mee. Na 1961 werd het een tijdje doodstil. Zowel Dutilh als Hijmans voelden zich bezwaard over deze situatie. 'Overigens heb ik al lang een kwaad geweten. De administratie is prima bij, maar de overige activiteit van de vereniging is nihil.' Hijmans van den Bergh schreef Dutilh terug: 'Wat de activiteiten van de Vereniging betreft: ook mijn geweten moppert sinds enigen tijd.'³⁰ Het 50-jarige bestaan van de Vereniging 'Handelsrecht' in 1968 heeft dan ook niet tot noemenswaardig feestgedruis of tot een publicatie geleid.

In 1970 trad een bijna geheel vernieuwd dagelijks bestuur van de Vereniging aan. B. Wachter (geb. 1927), die in 1969 het handelsrecht was gaan doceren in Utrecht, trad op als voorzitter. H. Beekhuis (geb. 1936), op dat moment bedrijfsjurist bij Philips, werd secretaris. In 1978 werd – na enige snelle wisselingen – C.A.V. Aalders (geb. 1952), bedrijfsjurist bij Akzo, secretaris-penningmeester. In verband met de invoering van Boek 2 BW had de Vereniging 'Handelsrecht' in 1976 haar Statuten aangepast. De belangrijkste verandering betrof haar doelstelling, die gelet op de oude omschrijving werd verruimd. Art. 3 luidde sindsdien als volgt:

'De vereniging heeft ten doel het bevorderen van belangstelling voor en de kennis van het handelsrecht en andere gedeelten van het recht, die voor het economisch leven van belang zijn, alsmede het bevorderen van een wetgeving welke op die terreinen aan de eisen der samenleving voldoet.'

De Nijmeegse hoogleraar J.M.M. Maeijer (1932-2018) volgde in 1980 Wachter op. Hij trof in een wervingsbrief uit 1981 de werkzaamheid van de Vereniging 'Handelsrecht' misschien wel het meest treffend: 'de vereniging is werkzaam op het wetenschappelijke terrein van het handelsrecht en schrijft daartoe ledenvergade-

van het Algemeen Administratie en Trustkantoor te Rotterdam, heeft zich als lid van het algemeen en het dagelijks bestuur al voor de oorlog sterk gemaakt voor de prijsvragen.

30. NA, AVHan, inv. nr. 20: brief van Dutilh aan Hijmans van den Bergh 29 november 1962 en brief van Hijmans van den Bergh aan Dutilh 6 december 1962.

ringen uit ter bespreking van preadviezen.³¹ In 1987 kreeg hij notaris D.F.M.M. Zaman (geb. 1955) als secretaris naast zich. Maeijer bleef aan tot 1992, toen hij werd opgevolgd door prof. L. Timmerman (geb. 1950), hoogleraar Ondernemingsrecht te Groningen.

Het jaar 1985 deed oude tijden herleven. Naar aanleiding van de preadviezen van P.C. Maas, J. van Schaik en T. Blokland uit 1983 over de in haar continuïteit bedreigde onderneming heeft een commissie (Insolventierecht) uit de Vereeniging 'Handelsrecht' onder de bezielende leiding van J. van Rijn van Alkemade aan de minister van Justitie een wetsvoorstel met toelichting geschreven met betrekking tot bedrijven in moeilijkheden (het concept-Wetsvoorstel reorganisatie en herstel van ondernemingen). Het dagelijks bestuur van de Vereeniging heeft op 5 december 1984 het rapport met daarin het voorstel aan de minister van Justitie, F. Korthals Altes (geb. 1931), aangeboden.³² Het 75-jarige bestaan van de Vereeniging 'Handelsrecht' werd gevierd met een jubileumboekje over de lotgevallen van de vereniging, geschreven door Corjo Jansen (geb. 1961), een van de auteurs van dit artikel. Het droeg de prozaïsche titel: *Vereeniging Handelsrecht 1918-1993*. Timmerman vertrok in 2001 als voorzitter. Zijn opvolger werd P.J. Dortmond (geb. 1944), op dat moment notaris en hoogleraar te Leiden. In 2007 nam de Amsterdamse advocaat en hoogleraar H.J. de Kluiver (geb. 1956) de voorzittershamer van hem over (waarbij zijn Nijmeegse collega M.P. Nieuwe Weme (geb. 1965) wel schertsend aantekende dat een 'stropdasloze' voorzitter brak met de mores van de Vereeniging Handelsrecht). In het vervolg van deze bijdrage staan wij stil bij een aantal thema's uit de preadviezen voor de Vereeniging 'Handelsrecht' over de afgelopen honderd jaar. Naast het algemene thema 'de integratie van het handelsrecht in het burgerlijke recht' (zie par. 1.3 hierna), bespreken wij voornamelijk onderwerpen met een ondernemingsrechtelijk tintje. Hiermee willen wij geen afbreuk doen aan de belangrijkheid van andere rechtsgebieden en de op die terreinen verschenen preadviezen, maar houden wij ons bij onze leest.

1.3 De integratie van het handelsrecht in het burgerlijk recht

De Nederlandse Juristen-Vereeniging (NJV) was in 1883 in overgrote meerderheid van oordeel dat een rechtvaardiging voor het bestaan van het handelsrecht als een van het burgerlijke recht afwijkend geheel van regelingen ontbrak. Preadviseurs waren twee advocaten: A.F.K. Hartogh (1844-1901) en Molengraaff. Zij kwamen beiden — na uitvoerige historische beschouwingen — tot deze zelfde conclusie. Voor Hartogh speelde een legistisch argument: 'In onze maatschappij moet het recht geacht worden in de wet belichaamd te zijn.' Hij verwees daarmee het argument dat het handelsrecht vanwege de aparte rechtsbron het gewoonterecht een zelfstandig bestaan verdiende, naar de prullenmand.³³ Molengraaff verdiepte zich eerst in de vraag wat handelsrecht nu eigenlijk was. Zijn antwoord was: het handelsrecht regelde een aantal voor de handel belangrijke onderwerpen. Het was recht van exceptioneel karakter. Dit betekende dat de regels van het algemene

31. Archief Vereeniging 'Handelsrecht', brief van J.M.M. Maeijer en C.A.V. Aalders van 15 mei 1981 aan de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Broederschap.

32. Jansen, *Vereeniging 'Handelsrecht' 1918-1993*, p. 41-42. Zie *Rapport van de Commissie Insolventierecht, Vereeniging 'Handelsrecht'*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.

33. *HNJV 1883-I*, p. 189-190.

burgerlijk recht deze onderwerpen beheersten. Het handelsrecht was dus aan het burgerlijke recht ondergeschikt, niet nevengeschiedt. De scheiding tussen het burgerlijke recht en het handelsrecht was het gevolg van een historische speling van het lot. De Code de Commerce (1807) en ons WvK in navolging van dit Franse wetboek bevatten een mengeling van zuiver 'beroepsrecht', aan de Romeinen onbekende overeenkomsten (wissel, assurantie, bodemerij, e.d.) en procesrecht. Daarop kon een bijzonder handelsrecht in tegenstelling tot het burgerlijke recht niet langer worden gestoeld. Molengraaff schreef:

'Het is onhoudbaar en zonder zin, om nog in den tegenwoordigen tijd de aan de Romeinen bekende contracten-typen, als het burgerlijke recht, te stellen tegenover de contracten-typen van het moderne verkeer, als vormende een bizonder handelsrecht.'³⁴

Molengraaff stond vervolgens kort stil bij het Zwitserse Obligationenrecht van 1883, waarin voor het eerst een hereniging van het burgerlijk recht en handelsrecht tot stand was gebracht. 'Het toont ons een systeem van het verkeersrecht, waarin alle contractentypen in een organisch verband zijn opgenomen.'³⁵

Het eerste vlugschrift van de Vereeniging 'Handelsrecht', van de hand van Molengraaff, ging over de opheffing van het handelsrecht en burgerlijk recht. Hij herhaalde hierin zijn bezwaren uit 1883. Talloos waren volgens hem de processen over de vraag, of een rechtsbetrekking al dan niet een handelszaak betrof en of de partijen in het proces al dan niet kooplieden waren. Het ging om chronische controverses, die telkens opnieuw leidden tot veel tijd- en geldverspilling. De onderscheiding tussen burgerlijke en handelszaken spotte met de werkelijkheid en de praktijk des levens. 'Daarom vordert het belang van den handel luide de afschaffing van dit sterk verouderd recht.'³⁶ Het heeft toen nog vijftien jaren geduurd, voordat het onderscheid tussen het burgerlijke recht en het handelsrecht bij Wet van 2 juli 1934 (*Stb.* 347) definitief werd opgeheven.³⁷

E.M. Meijers (1880-1954) heeft — nadat hij in 1947 de taak had gekregen een nieuw Burgerlijk Wetboek (BW) te ontwerpen — voor het stelsel gekozen het handelsrecht geheel in het BW te doen opgaan, omdat volgens hem eigen van het burgerlijke recht afwijkende regels ontbraken en het zijns inziens ook wenselijk was in de vorm de eenheid van het burgerlijke recht te doen uitkomen. Hij schreef zelfs dat

34. HNJV 1883-I, p. 363.

35. HNJV 1883-I, p. 367. Zie J.H.A. Lokin & C.J.H. Jansen, *Tussen droom en daad. De Nederlandse Juristen-Vereeniging 1870-1995*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 137 e.v.; R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht. Over de aard en de positie van het handelsrecht – in het bijzonder in verhouding tot het burgerlijk recht – in Nederland in de negentiende en twintigste eeuw*, Nijmegen: Ars Aequi 1998, p. 89 e.v., p. 165 e.v.; M.C. Bijl, 'Over de "ondergang" van het handelsrecht en eerherstel voor de tekstuele uitleg van commerciële contracten', in: M.C. Bijl e.a. (red.), *Molengraaff 150 jaar: terugkijken en vooruitzien*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 121 e.v.

36. *Burgerlijke en handelszaken, kooplieden en niet-kooplieden* (1919), p. 3-7. Zie ook R.J.Q. Klomp, *Het eigen gezicht van het handelsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 3 e.v., p. 37 e.v. en R.J.Q. Klomp, in: *Verslag van de vergaderingen van de Vereeniging 'Handelsrecht' van 29 September 1999 & 29 September 2000*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 30.

37. Zie bijv. E.M. Meijers, 'De uitbanning der kooplieden en der handelsdaden uit ons recht', *WPNR* 1935/3393, p. 1-3; 3394, p. 13-16; 3395, p. 29-31.

het handelsrecht als een bijzonder recht met afwijkende regels dood was.³⁸ Voor de Vereeniging 'Handelsrecht' betekende de integratie van het handelsrecht in het BW een oriëntatie op een 'nieuw' wetboek. Zij zag zichzelf niet als een 'specialistische' vereniging, die zich moest toeleggen op specifieke gebieden als het vervoersrecht of het binnenvaartrecht, maar zij kende zichzelf bij voorkeur een meer 'algemene' taak toe, vanuit het perspectief van het algemene burgerlijke recht.³⁹ Meteen in 1947 had het dagelijks bestuur van de Vereeniging 'Handelsrecht' daarom Meijers zijn medewerking aangeboden met betrekking tot onderwerpen, die in het bijzonder het arbeidsveld van de Vereeniging raakten.⁴⁰

De publicatie van de derde reeks van Vraagpunten betreffende het nieuw BW en de antwoorden van de minister van Justitie daarop deed Kamphuisen naar de pen grijpen. Hij meldde op 21 januari 1953 zijn medebestuurleden, dat een groot aantal van deze vraagpunten betrekking had op handelsrechtelijke onderwerpen. In september 1953 wilde hij de leden van de Tweede Kamer verrassen met een aantal door deskundigen bewerkte rapporten, die als preadviezen van de Vereeniging waren te beschouwen. 'Zo ooit, dan is het m.i. thans gewenst, dat onze vereniging haar stem laat horen', aldus Kamphuisen in een brief van 21 januari 1953. 'Immers dit is nu juist het doel, waarvoor zij werd opgericht.'⁴¹ Hij slaagde in zijn opzet: in de zomer van 1953 ploften op de mat van de leden van de Tweede Kamer de preadviezen van de Vereeniging over standaardcontracten, het merkenrecht, de commanditaire vennootschap en de levensverzekering.⁴² Naar Kamphuisens mening zou overigens de inwerkingtreding van het BW de zwanenzang van 'Handelsrecht' vormen: 'als het nieuwe BW eenmaal is ingevoerd', was er gedurende een vrij lange tijd geen taak meer weggelegd voor de Vereeniging.⁴³ Kamphuisen zat mis met deze constatering. Het nieuw BW zou een bron worden van nieuwe onderwerpen. In het begin van de jaren zeventig liet de Vereeniging 'Handelsrecht' (in samenwerking met twee gespecialiseerde verenigingen) preadviseren over drie onderwerpen uit het nieuw BW.⁴⁴ Zoals Maeijer bij de herdenking van het 150-jarig bestaan van het Wetboek van Koophandel betoogde: het handelsrecht verdwijnt

38. 'Toelichting van Prof. Meijers. Algemene inleiding,' in: *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Algemeen deel*, Deventer/Antwerpen: Kluwer 1961, p. 126. Zie ook A. Hartkamp, 'Het nieuwe BW en de eenheid van het privaatrecht', *NJB* 1983, p. 1069 e.v.

39. Zie Jansen, *Vereeniging Handelsrecht 1918-1993*, p. 21.

40. Jaarverslag over 1947.

41. NA, AVHan, inv. nr. 24: Dossier 'Vraagpunten nieuw Burgerlijk Wetboek', brief van Kamphuisen van 21 januari 1953. Zie ook Jansen, *Vereeniging Handelsrecht 1918-1993*, p. 24 en p. 31. Hijmans van den Bergh onderhield contacten met het 'driemanschap' (De Jong, Drion en Eggens) dat Meijers na diens dood in 1954 was opgevolgd.

42. [C. Croon, W.C.L. van der Grinten, W.L. Haardt, E.A. van Nieuwenhoven Helbach, W.A. van Ravesteijn, L. Salomonson & J.C.G. Tolck], *Prae-adviezen over de Vraagpunten 24, 26, 27, 28, 31, 33, 34 en 35 inzake het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, 's-Gravenhage 1953.

43. NA, AVHan, inv. nr. 24: Dossier 'Vraagpunten nieuw Burgerlijk Wetboek', brief van Kamphuisen 21 januari 1953 en inv. nr. 2, Notulen vergadering Algemeen Bestuur 26 mei 1954.

44. *Scheepsraad. Een bundel opstellen, gewijd aan Boek 8 Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973 (samen met de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Luchtrecht); P. van Schilfgaarde & A.G. van Solinge, *De vennootschap volgens het Ontwerp B.W.*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974 en F. baron van der Feltz, *Beschouwingen over titel 17 van Boek 7 van het Ontwerp van een Nieuw Burgerlijk Wetboek*, 's-Gravenhage 1975 (samen met de Vereniging voor Verzekeringswetenschap) en A.J.M. Nuytinck, C.C. van Dam, W.M.A. Kalkman & H. Cousy, *Verzekering naar komend recht* (1995). Het vervoersrecht in Boek 8 BW werd in 1997 opnieuw onderwerp van preadvisering (W.J.G. Oosterveen, M.A. van de Laarschot, e.a.). Zie ook het preadvies over Rotterdam Rules en Boek 8 BW uit 2010 (G.J. van der Ziel, M.A.I.H. Hoeks, e.a.).

niet in het burgerlijke recht, maar juist een groot deel van het burgerlijke recht wordt bij het handelsrecht (of het ondernemingsrecht) en economisch recht betrokken.⁴⁵

Het 'eigen gezicht' van het handelsrecht kwam nog één keer expliciet ter sprake in de preadviezen van de Vereeniging 'Handelsrecht', en wel in die voor het jaar 2000. Het uitgangspunt voor de verhouding tussen het burgerlijk recht en het handelsrecht is in de woorden van Timmerman dat beide rechtsgebieden eenzelfde fundament hebben: de systematiek en de dogmatiek van het privaatrecht. Uit de preadviezen kwam voorts als strekking naar voren dat algemeen geformuleerde normen van burgerlijk recht niet voor alle situaties voldoen. Hoedanigheid van partijen (particulier, onderneming of overheid) kan een relevante factor zijn bij deelname aan het rechtsverkeer. Dit betekent bijvoorbeeld dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ook in het 'zakenleven', de verhoudingen tussen ondernemers, een rol kunnen spelen. Een te sterke differentiatie tussen normen van burgerlijk recht en die van handelsrecht ligt dus niet voor de hand, een inkleuring van normen van burgerlijk recht door specifieke factoren (zoals mate van deskundigheid, een verschil in onderhandelingsmogelijkheden of de mate van financiële armslag) in handelsrechtelijke situaties wel.⁴⁶ Preadviseur Klomp concludeerde in 2000:

'Het is daarom veel beter slechts te onderscheiden naar de hoedanigheid waarin iemand aan het rechtsverkeer deelneemt, als particulier, als ondernemer of als overheid. (...) Het eigen gezicht van het handelsrecht komt dan tot uitdrukking in de afwijkende maatstaven aangelegd in het rechtsverkeer tussen ondernemers onderling.'⁴⁷

1.4 De permanente aandacht voor de herziening van het vennootschapsrecht

Een van de onderwerpen, waarmee de Vereeniging Handelsrecht zich vanaf haar oprichting in 1918 indringend had beziggehouden, was de herziening van het naamloze vennootschapsrecht, geregeld in art. 36 e.v. WvK. Er lag een wetsontwerp uit 1910 van minister A.P.L. Nelissen (1851-1921), dat volgens velen een grote onbekendheid verraadde met de eisen van de praktijk.⁴⁸ Dit ontwerp bleef even liggen. In de woorden van Van der Heijden: 'De Tweede Kamer, welke onophoudelijk op het indienen van het wetsontwerp had aangedrongen, was minder vlug bij het afdoen van het eigen werk dan zij te voren dringend was geweest bij het richten van

45. J.M.M. Maeijer, 'De ontwikkeling van het begrip onderneming', in: *150 jaar Wetboek van Koophandel*, Deventer: Kluwer 1989, p. 32.

46. R.J.Q. Klomp, M.M. Mendel, C.E. du Perron & A.C. van Schaick, *Het eigen gezicht van het handelsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000; L. Timmerman, in: *Verslag van de vergaderingen van de Vereeniging 'Handelsrecht' van 29 September 1999 & 29 September 2000*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 74. Van Schaick pleitte als enige voor een sterke differentiatie tussen handelsrecht en burgerlijk recht. C.J.H. Brunner (p. 59) zei droogjes: eigen Nederlands handelsrecht heeft nauwelijks bestaansrecht.

47. R.J.Q. Klomp, M.M. Mendel, C.E. du Perron & A.C. van Schaick, *Het eigen gezicht van het handelsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 81-82.

48. Zie al L.E. Visser, 'Enkele kanttekeningen op het Ontwerp 1910', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1911, p. 68 e.v. en de opmerkingen binnen de Vereeniging Handelsrecht: Jansen, *Vereeniging Handelsrecht*, p. 16-17. Zie over dit thema ook Timmerman in zijn bijdrage aan onderhavige jubileumbundel.

aansporingen tot de regeering.⁴⁹ In 1924 liet de Vereeniging 'Handelsrecht' twee vlugschriften verschijnen. De auteurs waren beiden ondernemers: D.L. Uyttenboogaart (1872-1947), vooral actief in Rotterdam in de graanhandel, en G.H. Crone (1884-1961), vooral werkzaam in Amsterdam in de handel en lid van de Raad van Commissarissen van Rotterdamsche Lloyd en de Koninklijke Nederlandsche Stoomboot Maatschappij. Crone wenste geen al te strenge wetgeving op het terrein van de naamloze vennootschappen, omdat zij niet in het belang was van het handelsverkeer. Hij verzette zich tegen de goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten door de AVA, omdat zij de in dit verkeer gewenste snelheid beperkte. Ook was hij tegen de mogelijkheid dat een minderheid van aandeelhouders bepaalde rechtshandelingen ongedaan kon maken. Hij richtte zich bovendien tegen een te vergaande hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders.⁵⁰ Uyttenboogaart liet zich vooral uit over de positie van de AVA. Volgens hem moest de wet bepalen dat de AVA de hoogste macht binnen de vennootschap was en vond ieder van dit uitgangspunt afwijkend beding nietig. Hij was ook voorstander van de bevoegdheid van een kleine minderheid van aandeelhouders om een AVA bijeen te roepen.⁵¹

In 1925 verscheen een Gewijzigd Ontwerp-Heemskerk. Het bleef stil van de kant van de Vereeniging 'Handelsrecht'. De Nijmeegse hoogleraar Van der Heijden greep zijn kans. Hij stortte zich op de beoordeling van dit wetsvoorstel.⁵² In het bijzijn van een vertegenwoordiger van de wetgever, enkele leden van de Hoge Raad en zijn leermeester Molengraaff kreeg hij ruim baan voor zijn kritiek tijdens de Accountantsdag van het Nederlandsch Instituut van Accountants op 26 september 1925. Van der Heijden stemde in met de grondgedachten van het Gewijzigd Ontwerp; hij vond dat het de vergelijking met buitenlandse wetgevingen uitstekend kon doorstaan. Desondanks had hij het nodige op te merken. De techniek van het Ontwerp was voor vereenvoudiging vatbaar. De regeling van de oprichting was omslachtig. De mogelijkheid tot statutenwijziging was te ruim getrokken. De wijze van levering van aandelen op naam werd ten onrechte beperkt. De nietigheid van de inkoop van eigen aandelen achtte hij ongewenst. De taak van de commissaris behoorde te worden aangeduid. De aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen vond hij te ver uitgebreid. Etc. etc.⁵³

Een jaar later, in 1926, rolde het Nader Gewijzigd Ontwerp-Donner, genoemd naar de minister van Justitie, J. Donner (1891-1981) van de drukpers. In 1927 kwam een commissie uit de Vereeniging 'Handelsrecht' met een tamelijk uitvoerig rapport over dit voorstel. Het rapport kwam eigenlijk te laat om veel invloed te kunnen uitoefenen, namelijk na het beraad in de Tweede Kamer. De commissie wees erop dat het aan vooroverleg met de belanghebbenden vrijwel geheel had ontbroken. Zij achtte – gezien de grote variëteit aan ondernemingen – een sobere, minder

49. E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de Naamloze Vennootschap naar Nederlandsch recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1931, nr. 19 (p. 17).

50. G.H. Crone, *Is een 'strenge' wetgeving op de naamloze vennootschappen gewenst?* (1924), p. 4 e.v. en p. 11 e.v.

51. D.L. Uyttenboogaart, *Is een 'strenge wetgeving' op de naamloze vennootschappen gewenst?* (1924), p. 11 e.v.; zie over de preadviezen van Crone en Uyttenboogaart: J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas. De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief*, Deventer: Kluwer 2014, p. 286-288.

52. Hij was niet de enige. Zie Van der Heijden, *Handboek voor de Naamloze Vennootschap*, nr. 21.

53. 'Ned. Instituut van Accountants. Accountantsdag', *Algemeen Handelsblad* 27 September 1925, Och-tendblad, p. 9-10 (28 stellingen); 'Het wetsontwerp op de Naamloze Vennootschappen. Het oordeel van Prof. mr. E.J.J. van der Heijden', *Tilburgsche Courant* 16 October 1925, voorpagina (10 stellingen).

gedetailleerde regeling wenselijk. Zij adviseerde de vervanging van het dwingende recht uit het ontwerp door aanvullend recht. Veel dwingende wetsvoorschriften met betrekking tot een besloten NV waren misplaatst. De regeling van de aansprakelijkheid van oprichters en bestuurders jegens de aandeelhouders ging naar de mening van de commissie veel te ver. In redelijkheid kon niet meer verlangd worden dan dat een bestuurder al datgene deed en naliet wat een goed bestuurder in gelijke omstandigheden behoorde te doen of na te laten.⁵⁴

Het Nader Gewijzigd Ontwerp van Donner werd – mede dankzij de inspanningen van L.E. Visser (1871-1942), lid en de latere president van de Hoge Raad – uiteindelijk in 1928 wet.⁵⁵ Was de handelsrechtelijke wereld tevreden over het resultaat? Van der Heijden was enerzijds opgelucht dat de NV eindelijk haar wettelijke regeling kreeg en dat daarmee grotendeels een einde kwam aan de ‘ontstellende onbruikbaarheid van het samenstel van versteeningvormen, dat als ons handelsrecht wordt aangeduid’. Anderzijds wees hij op de feilen die nog aan de wet kleefden. Hij wond zich in het bijzonder op over het gebrek aan belangstelling dat in het parlement – what’s new – voor dit onderwerp bestond. ‘De Schoone Slaapster heeft de oogen opgeslagen! Maar, dat zij verrukt geweest is over haren prins, zullen alleen kinderen gelooven.’⁵⁶ Molengraaff reageerde gelaten op de inwerkingtreding van de wet. Namens de commissie deelde hij de vergadering mede, dat men het niet raadzaam had gevonden tot verder optreden van de Vereeniging te adviseren. De strijd diende voorlopig als beëindigd te worden beschouwd. Het woord was aan de praktijk.⁵⁷ De nieuwe wet vormde de grondslag van een ‘nieuwe’ discipline binnen het handelsrecht: het vennootschaps- en ondernemingsrecht. Deze ‘dochter’ overvleugelde vanaf eind jaren zeventig van de vorige eeuw steeds meer de ‘moeder’. Het vennootschaps- en ondernemingsrecht kwamen centraal te staan in het wetenschappelijke onderwijs en het wetenschappelijke onderzoek; het handelsrecht versplinterde in deelgebieden (zoals het vervoersrecht, het verzekeringsrecht en het recht van intellectuele eigendom).

Niet alleen de wettelijke regeling voor de naamloze vennootschap, ook de komst van de besloten vennootschap jaren later hield de gemoederen binnen de Vereeniging bezig. Het wetsontwerp dat moest leiden tot een BW-wet was in 1971 aanleiding voor één preadvies, opgesteld door twee preadviseurs, A.G. Lubbers (1918-1993), notaris en (buiten)gewoon hoogleraar Privaatrecht aan de UvA van 1974 tot 1983, en Y. Scholten (1918-1994), advocaat en politicus.⁵⁸ Zij memoreerden aan het feit

54. [W.L.P.A. Molengraaff, F.A. Molster, A.S. Oppenheim, G. Nauta, B.C. Slotemaker], *Rapport over het gewijzigd ontwerp op de naamloze vennootschappen* (1927), p. 6 e.v., p. 9, p. 12, p. 38 e.v. Het rapport werd bijna letterlijk weergegeven in *De Naamloze Vennootschap 1926-1927*, p. 346-347 en p. 377-379. De kritiekpunten van de commissie vertoonden veel overeenkomsten met de kritiek van Van der Heijden. Zie De Jongh, *Tussen societas en universitas*, p. 288-291.

55. Wet van 2 juli 1928, *Stb.* 216, in werking te treden op 1 april 1929. Zie H.R. Ribbuis, ‘De Lex N[elissen]-H[ee]mskerk-D[onner] ingevoerd’, *W.* 1929/1947, p. 1.

56. E.J.J. van der Heijden, ‘Doornroosje’, *De NV 1927/1928*, p. 1-3. Zie C.J.H. Jansen & G. van Solinge (red.), *Verspreide Geschriften van E.J.J. van der Heijden*, Deventer: Kluwer 2001, p. 75. Van der Heijden werd op 26 juli 1928 benoemd tot lid van een commissie die tot opdracht had te bestuderen of de nieuwe wet gewijzigd moest worden ten aanzien van de openbaarmaking van de balans en de verlies- en winstrekening.

57. Jaarverslag over 1929, p. 5.

58. A.G. Lubbers & Y. Scholten, *De Besloten Vennootschap*, Preadvies uitgebracht voor de Vereeniging ‘Handelsrecht’, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971.

dat de Eerste Richtlijn van 9 maart 1968 leidde tot deze wetgeving.⁵⁹ De andere vijf lidstaten Duitsland, Frankrijk, Italië, België en Luxemburg kenden al zo'n vennootschapsvorm met beperkte aansprakelijkheid, die niet onderworpen was aan de openbaarmakingsplicht van de balans en de winst- en verliesrekening. Lubbers en Scholten voorspelden dat het NV-recht onder invloed van de Europese regels minder flexibel zou worden. In de toekomst is er een apart NV-recht en een apart BV-recht, was hun gedachte.⁶⁰ De preadviseurs waren overigens positief over het wetsontwerp, de kritiek zag enkel op details, zoals de bepalingen over de blokkeringsregeling en de rechterlijke ontbinding op verzoek van een minderheid van aandeelhouders. Deze ontbindingsmogelijkheid vinden wij in de wet dan ook niet terug. Lubbers en Scholten maakten niet een keuze tussen een naamloze en een besloten vennootschap. De vraag welke vennootschapsvorm te kiezen, lag volgens hen op de tafels van directeuren en commissarissen van ondernemingen: 'Het legislatieve schip is in de vaart genomen, het hangt thans van de praktijk af hoe de vaart zal zijn.'⁶¹

Lubbers en Scholten waren in 1971 hun tijd (te) ver vooruit. De gedachte van een separaat NV- resp. BV-recht kreeg pas meer vorm met de 'wet Flex BV' in 2012. Het doel hiervan was een flexibel en vereenvoudigd BV-recht. Zes jaar voor de inwerkingtreding verscheen in 2006 het preadvies van de Vereniging over 'De vereenvoudigde BV'.⁶² Vier preadviseurs lieten hun licht schijnen over de ambtelijke voorontwerpen die in drie tranches ('de orgaanstructuur en bevoegdheden, aandelen en certificaten', 'de beslotenheid en de geschillenregeling' en 'vermogen en schuldeisersbescherming') waren verschenen. T.P. van Duuren (notaris te Amsterdam) behandelde de voorgestelde structuur en interne organisatie van de flexibele BV. Hij zag flexibiliteit, maar hij sprak de wens uit dat de BV meer een overgangsvorm tussen NV en personenvennootschap kon zijn.⁶³ De wetgever vond dat de hele BV-operatie al ingewikkeld genoeg was. De door Van Duuren gewenste fundamentele herbezinning op een mogelijke overgangsvorm bleef daarom uit. Een tweede notaris, H.J. Portengen (notaris te Rotterdam), boog zich over de vraag of er (in voldoende mate) sprake was van contractsvrijheid voor de BV en haar statutaire inrichting. De flexibiliseringsgedachte werd volgens hem ingeperkt, enerzijds door de ongewijzigde structuurregeling en anderzijds door het uitgangspunt dat het BV-recht dwingend recht is en blijft (art. 2:25 BW). Hij wenste 'contractsvrijheid', zowel ten aanzien van statutaire regelingen als ten aanzien van aandeelhoudersovereenkomsten.⁶⁴ Die wens vervulde de wetgever later ten dele, evenwel zonder aan het uitgangspunt van dwingend recht te tornen. De Tilburgse hoogleraar E.P.M. Vermeulen schreef het derde onderdeel van het preadvies over de plaats en de inrichting van een nieuw BV-recht in een innovatieve economie. Hij pleitte tevens voor het loslaten van het dwingendrechtelijke karakter van veel BV-bepalingen. Nederland moest verscheidene effectieve rechtsvormen krijgen om een basis te

59. Het BV-wetsontwerp maakte onderdeel uit van een complex van wetsontwerpen op het terrein van het ondernemingsrecht. Deze andere ontwerpen worden eveneens besproken door Lubbers en Scholten, maar slechts een enkele keer van een kanttekening voorzien.

60. Lubbers & Scholten, Preadvies 1971, p. 34.

61. Lubbers & Scholten, Preadvies 1971, p. 86.

62. T.P. van Duuren, H.J. Portengen, E.P.M. Vermeulen & B. Bier, *De vereenvoudigde BV*, Deventer: Wolters Kluwer 2006.

63. Van Duuren, Preadvies 2006, p. 32.

64. Portengen, Preadvies 2006, p. 105-106.

bieden aan de top-kenniseconomie die het land kon worden. Vermeulen wees op Japan, waar een ‘geheel nieuw menu van vennootschapsvormen’ de economische groei moest stimuleren.⁶⁵ Ook de wensen van Vermeulen nam de wetgever niet over, het bleef bij de aanpassing van het BV-recht. Tot slot nam prof. Barbara Bier de kapitaalbescherming voor haar rekening, het onderwerp van de derde tranche. Dit was een van majeure wijzigingen in het BV-recht, met de afschaffing van het minimumkapitaal en de gewijzigde regels voor uitkeringen aan aandeelhouders. Waarschijnlijk was haar preadvies het ‘snelst geschreven en verschenen preadvies ooit’ in de geschiedenis van de Vereniging ‘Handelsrecht’. Twee weken na het verschijnen van de derde tranche met de tekstvoorstellen voor de wijziging van het kapitaalbeschermingsrecht leverde zij haar onderdeel in bij de uitgever.⁶⁶

Ook voor deelonderwerpen van het rechtspersonenrecht was de afgelopen jaren ruim aandacht. De nieuwe algemene bepalingen van Boek 2 BW waren onderwerp van het preadvies uit 1991, opgesteld door C.W. de Monchy, advocaat, en L. Timmerman, toen nog hoogleraar in Groningen.⁶⁷ Zij bespraken de in te voeren bepalingen artikelsgewijs, maar meenden dat de aangebrachte veranderingen niet schokkend waren. Het regiem voor kerkgenootschappen bleef buiten beschouwing: ‘Hiervoor is de Vereniging Handelsrecht niet het aangewezen forum.’⁶⁸ Over het (nieuwe) art. 2:8 BW waarin de redelijkheid en billijkheid staan, merkte Timmerman op dat zowel de corrigerende als de aanvullende werking ervan bijdroegen aan de flexibiliteit van het vennootschapsrecht.⁶⁹ Hij illustreerde zijn observatie met enkele uitspraken die de gehele breedte van het vennootschapsrecht bestreken. Zijn opmerking heeft niet aan kracht ingeboet, integendeel: de lijst met uitspraken waarin de redelijkheid en billijkheid een belangrijke of zelfs doorslaggevende rol spelen is vandaag de dag bladzijden lang.⁷⁰

Daarna bleef het druk op vennootschapsrechtelijk terrein. In 1994 bespraken Van Olffen en Zaman (beiden notaris te Amsterdam) een net ingevoerde wettelijke regeling en een ontwerptekst die nog niet de status van wetsvoorstel had.⁷¹ Het ging om de bepalingen inzake de uitgifte en levering van (beperkte rechten op) aandelen op naam en de voorgestelde wijziging van de regeling van het aandeelhoudersregister. Deze laatste heeft overigens het stadium van wet nooit gehaald, ook al vonden de preadviserende notarissen een opwaardering van het aandeelhouders-

65. Vermeulen, Preadvies 2016, p. 179-180. Zoals wij hiervoor reeds schreven, handhaafde de wetgever het dwingendrechtelijke karakter, maar biedt het tot stand gekomen BV-recht op onderdelen meer ruimte voor maatwerk (lees: de wensen van partijen/aandeelhouders).

66. Bier, Preadvies 2016, p. 184. De korte termijn belette Bier niet om het langste onderdeel te schrijven: maar liefst 102 pagina's.

67. C.W. de Monchy & L. Timmerman, *De nieuwe algemene bepalingen van boek 2 BW*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

68. De Monchy & Timmerman, Preadvies 1991, p. iv.

69. Timmerman, Preadvies 1991, p. 52.

70. Zie bijv. Hof Amsterdam 29 juli 2014, *JOR* 2014/300 m.nt. Doorenbos (Fortis), waarin de Ondernemingskamer in r.o. 5.2.6 oordeelt dat in casu art. 2:107a BW toepassing mist, omdat het ‘in de gegeven omstandigheden naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar [is] dat het bestuur van Fortis gehouden zou zijn het bedoelde besluit aan de ava ter goedkeuring voor te leggen’.

71. M. van Olffen & D.F.M.M. Zaman, *Nieuwe bepalingen omtrent uitgifte en levering van aandelen op naam*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

register zoals het voorstel dat voor ogen had, wel op zijn plaats.⁷² Dat verbaast niet, nu de opwaardering zag op het zorgdragen voor iedere aantekening in het aandeelhoudersregister dat werd gehouden en bijgehouden door... de notaris.

In 2007 lag er geen wetsvoorstel voor, maar gaf de praktijk als het ware aanleiding voor een preadvies. Met de cryptische omschrijving 'Achter de schermen van de beursaandeelhouders' beschreef het preadvies zowel de (verhulde) vormen van aandeelhouderschap als de wijze waarop beleggers hun stemrecht invullen.⁷³ Riens Abma, directeur van Eumedion, gaf een kijkje in de keuken en besprak het stemproces van de institutionele beleggers. Geert Raaijmakers (toen nog hoogleraar in het Europees effectenrecht aan de Universiteit Maastricht en advocaat te Amsterdam) ging in op wat hij noemde 'synthetische aandelenbelangen in beursvennootschappen'. De bijna spannend klinkende ondertitel van zijn bijdrage luidde: empty voting, vote stripping, hidden ownership, en vote trading. Raaijmakers zag dat het vennootschaps- en effectenrecht gebaseerd was op de vooronderstelling dat economisch belang en juridische eigendom van aandelen in beursvennootschappen in één hand zijn. Maar de praktijk was anders: door ontwikkelingen op de financiële markten werden economisch belang en juridisch eigendom op grote schaal eenvoudig gesplitst. Raaijmakers signaleerde diverse knelpunten, met de transparantielacune als grootste.⁷⁴ In zijn dissertatie uit 2017 stelde Oosterhoff dat het vennootschapsrecht nog steeds aanknoopt bij de juridische gerechtigdheid tot aandelen.⁷⁵ Ook al waren er inmiddels aanvullende transparantieregels, de door Raaijmakers gesignaleerde knelpunten zoals het sneller gebruik maken van aandeelhoudersrechten en het kunnen beïnvloeden van de uitslag van een stemming op de aandeelhoudersvergadering, en de toegang tot het enquêterecht bestonden nog steeds. Oosterhoff ging op zoek naar antwoorden, tien jaar na het preadvies van Raaijmakers. Laatstgenoemde bleek zijn tijd ver vooruit.

Tot slot keren wij in deze paragraaf nog even terug naar 1969. Er lag destijds ook geen wetsvoorstel voor, maar het preadvies ging in op de voorvraag of er een specifieke wettelijke regeling voor concerns zou moeten komen. W. Westbroek (notaris te Rotterdam) beantwoordde de vraag of wettelijke bepalingen gewenst waren in verband met concernverhoudingen, negatief. Misstanden typisch eigen aan concerns konden zich immers ook buiten concernverband voordoen. Westbroek definieerde het concern als volgt: 'Van een concern is sprake, indien meer dan een, in vermogensrechtelijk opzicht zelfstandig georganiseerde onderneming, met behulp van haar interne structuur aan een gemeenschappelijke leiding onderworpen is.'⁷⁶ Enkele elementen keerden (enigszins anders geformuleerd) later (in 1988) terug in het concernrechtelijke begrip 'groep' van art. 2:24b BW. Westbroek moet hier tevreden over zijn geweest: 'Indien de hier geformuleerde gedachten iets nuttigs

72. Van Olffen & Zaman, Preadvies 1994, p. 109, 111 en 116.

73. G.T.M.J. Raaijmakers & R. Abma, *Achter de schermen van beursaandeelhouders*, Deventer: Wolters Kluwer 2007.

74. Raaijmakers, Preadvies 2007, p. 71-72.

75. G.P. Oosterhoff, *Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang* (diss.), Serie VHI deel 144, Deventer: Wolters Kluwer 2017, i.h.b. par. 4.4 (meldingsplichten).

76. Westbroek, Preadvies 1969, p. 83.

mogen bijdragen aan de verdere gedachtenwisseling, zal ik mij rijkelijk beloond achten.⁷⁷

1.5 Het internationale karakter van het handelsrecht

Beoefenaren van het handelsrecht zagen het internationale karakter en de internationale gerichtheid als een ‘karaktertrek’ van het handelsrecht.⁷⁸ Het handelsrecht is onmiskenbaar vanouds sterk internationaal met een belangrijke rol voor het internationaal privaatrecht. Molengraaff zag zelfs een toekomst voor een handelswereldrecht, hoewel hij wel degelijk beseftte dat het aanwakkerende nationaliteitsgevoel van zijn tijd een groot obstakel kon gaan vormen. Naar zijn mening was het internationaal privaatrecht het terrein bij uitstek waarop een poging tot eenmaking van het recht moest plaatsvinden (zoals ten aanzien van wissels, bevrachtingscontracten of handelskoop).⁷⁹ De behoefte aan unificatie vormde volgens Kisch dan ook een wezenstrekk van het handelsrecht. ‘Heeft zij nu ook betekenis voor de autonomie, voor het bestaan van het handelsrecht als positieve categorie? Naar ik meen déze: dat het handelsrecht niet, tegelijk een eenheid kan vormen met het nationale recht en met het internationale recht van den handel. Het burgerlijke recht is functie van de nationale gemeenschap, het handelsrecht is, of ontwikkelt zich als functie van internationale verschijnselen. Elk trekt in een andere richting; in één tuig gaan zij niet samen.’⁸⁰ Veel preadviezen van de Vereeniging ‘Handelsrecht’ kenden daarom een internationaal privaatrechtelijke en een Europeesrechtelijke invalshoek. In 1948 verscheen, uitgelokt door een prijsvraag van de Vereeniging ‘Handelsrecht’, van de in de oorlog iets te Duitsgezinde Haagse advocaat H.F.A. Völlmar (1895-1966) bij wijze van antwoord het geschrift *Unificatie van handelsrecht in Nederland en België*.⁸¹ In 1966 vergaderde de Vereeniging ‘Handelsrecht’ over eenvormig kooprecht en internationaal privaatrecht en in 1983 over internationale koop van roerende zaken naar materieel en internationaal privaatrecht.⁸²

Het eerste Europeesrechtelijke preadvies van de Vereeniging ‘Handelsrecht’ stamt uit 1960. Zij droeg als titel: *De kartelbepalingen in het E.E.G.-verdrag* en was geschreven door M. Bos (1916-2004), hoogleraar Volkenrecht in Utrecht, en B. Baardman (geb. 1928), op dat moment bedrijfsjurist bij Unilever te Rotterdam en later lid van de Hoge Raad. De Vereeniging had besloten de grootste perscampagne uit haar bestaan te organiseren rondom de beraadslagingen over de preadviezen. Zij stuurden die

77. Westbroek, Preadvies 1969, p. 85.

78. Een markant voorbeeld was I. Kisch, *Rechtsvergelijking en handelsrecht*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1935; ook J. Wiarda, ‘Het nieuwe Burgerlijk Wetboek, de eenheid van het nieuw B.W. en van den wetgeving buiten het tegenwoordige B.W.’, *WPNR* 1953/4287, p. 135 e.v.; zie ook Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, p. 169-170 en A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, vijfde druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 12 (p. 23).

79. Zie W.L.P.A. Molengraaff, ‘De dageraad van het Wereldrecht’, in: *Molengraaff Bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 713 e.v. (p. 737); zie E.H. Hondius, ‘De dageraad van het wereldrecht. Molengraaffs visie op de ontwikkeling van internationaal en eenvormig privaatrecht’, in: Bijl e.a. (red.), *Molengraaff 150 jaar: terugkijken en vooruitzien*, p. 23 e.v.

80. Kisch, *Rechtsvergelijking en handelsrecht*, p. 24-25.

81. Zie over Völlmar: C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht tussen 1940 en 1992*, Deventer: Wolters Kluwer 1996, p. 34.

82. Preadvies geschreven door C.D. van Boeschoten en D.C. Fokkema resp. H. de Vries, R.S. Meijer en G.M.M. den Drijver.

niet alleen toe aan de leden, alle redacties van grote dagbladen en van juridische tijdschriften en alle juridische bibliotheken, maar ook alle juridische hoogleraren en universitaire medewerkers in Nederland in het privaat-, staats-, volken- en bestuursrecht, alle leden van de Hoge Raad, de president van het Hof van Justitie te Luxemburg, de minister van Justitie en de presidenten van de gerechtshoven en de rechtbanken. De actie van het bestuur van de Vereeniging 'Handelsrecht' slaagde: ruim 160 personen kwamen af op de vergadering in Café-restaurant Esplanade aan het Lucas Bolwerk te Utrecht, wel vaker de locatie van de vergaderingen van de Vereeniging.⁸³ Volgens Bos behoorde de interpretatie van het E.E.G.-verdrag door de nationale en de Europese rechter volgens dezelfde methode recht te spreken. Zij maakten deel uit van één en hetzelfde 'systeem', namelijk dat van het E.E.G.-recht. De nationale rechter vervulde in dit verband een gemeenschapsfunctie. Bos betoogde vervolgens uitvoerig dat de verbodsbepalingen in art. 85 en 86 E.E.G.-verdrag naar hun inhoud een ieder konden verbinden en dat dus met art. 85 strijdige overeenkomsten of besluiten in beginsel (op enkele uitzonderingen na) van rechtswege nietig zijn. Bos hekelde overigens in het kader van art. 177 E.E.G.-verdrag (het stellen van prejudiciële vragen) het feit dat het de nationale rechter was die moest beoordelen of hij een prejudiciële vraag zou uitlokken of niet.⁸⁴ Baardman kwam in zijn preadvies voor de lange termijn tot dezelfde conclusie als Bos. Op de korte termijn – wat hij de *aanloopperiode* noemde – trachtte hij de Nederlandse juristen gerust te stellen door te overwegen dat art. 85 en 86 niet bindend waren voor Nederlandse bedrijven.⁸⁵

Na deze eerste succesvolle preadviezen over de beïnvloeding van het handels- of ondernemingsrecht door het Europese recht zouden er nog vele volgen. Over de wijze van totstandkoming van Europese richtlijnen waarbij de nationale parlementen en destijds het Europees Parlement er eigenlijk niet aan te pas kwamen, was er vanuit de Vereeniging de nodige kritiek. In hun preadvies over De Besloten Vennootschap uit 1971 sloten Lubbers en Scholten zich aan bij de toenmalige minister van Justitie Polak: 'Minister Polak vatte de wijze van wetgeving in één woord samen: "beroerd."'⁸⁶

De gestage stroom van Europeesrechtelijke wet- en regelgeving leidde tot eenzelfde stroom van publicatie van de Vereeniging, te beginnen met een discussiestuk over het Europees Faillissementsverdrag in 1971 van W.G. Belinfante.⁸⁷ Kort daarna volgde in 1979 het preadvies over de Tweede EEG-Richtlijn van J.H. Maschhaupt

83. Jansen, *De Vereeniging Handelsrecht 1918-1993*, p. 26-27.

84. M. Bos, in: *De kartelbepalingen in het E.E.G.-verdrag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 23 e.v. en p. 30 e.v. Zie I.P.M. Ligteringen, *Privaatrechtelijke gevolgen van een schending van het mededingingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

85. B. Baardman, in: *De kartelbepalingen in het E.E.G.-verdrag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 97.

86. A.G. Lubbers & Y. Scholten, *De Besloten Vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971, p. 11 (aldaar noot 8). Zie ook de preadviseurs Maschhaupt en Storm uit 1978 (p. 7, zie hierna), die vonden dat het de EG in zeer belangrijke mate aan democratische legitimatie ontbreekt. Zij hekelden de 'geheime procedure' van onderhandelen die leidde tot ingrijpende wijziging van het vennootschapsrecht der Lidstaten, zie p. 18-20.

87. W.G. Belinfante, 'Europees Faillissementsverdrag', *WPNR* 1971/5133 en 5134 (discussiestuk voor de ledenvergadering).

en P.M. Storm.⁸⁸ Zij zagen dat er in de jaren zeventig veel Europese initiatieven op het terrein van het ondernemingsrecht werden ontplooid:

‘De Tweede Richtlijn (...) is de tweede vrucht van de inspanningen der instellingen van de Europese Gemeenschappen om te komen tot harmonisatie van het vennootschapsrecht der Lid-Staten. De eerste vrucht was – het zal de lezer niet verbazen – de Eerste Richtlijn die op 9 maart 1968 werd vastgesteld. Inmiddels is nog een derde vrucht van de met concepten zwaar beladen boom gevallen. Deze kreeg de wat minder voor de hand liggende naam Vierde Richtlijn mee.’⁸⁹

Maschhaupt en Storm waren kritisch over de harmonisatie van het vennootschapsrecht. Van een homogeen beeld van de NV in Europa was geen sprake. ‘Het lijkt meer op een soort legpuzzel waarvan de stukken of stukjes met tussenpozen van vele jaren worden vrijgegeven.’⁹⁰ Zij stelden voor om het hele vennootschapsrecht in een of twee Richtlijnen onder te brengen, al zagen zij dat dat politiek moeilijk ‘haalbaar’ zou zijn. Uiteindelijk nam de Europese wetgever deze gedachte uit het preadvies van 1978 in 2017 over. Er kwam er een heuse Verzamelrichtlijn, ‘ter wille van de duidelijkheid en een rationele ordening van de tekst’.⁹¹

De preadviezen over de Europese Richtlijnen gingen niet zozeer over die richtlijnen zelf, als wel de concept-implementatiewetgeving of de invloed op het nationale Nederlandse recht. Wij memoreren kort de drie preadviezen die ieder een onderwerp behandelden dat voortvloeide uit een Europese Richtlijn. In 1980 schreven P.J. Dortmond (hoogleraar in Leiden) en M.J.G.C. Raaijmakers (hoogleraar in Tilburg) over ‘De juridische fusie naar wordend recht’.⁹² In 1996 was het de beurt aan het spiegelbeeld van fusie, namelijk de splitsing. F.K. Buijn, R. Nieuwdorp en P.H.M. Simonis bespraken achtereenvolgens de civielrechtelijke aspecten, de Belgische wetgeving en de fiscale aspecten van de splitsing van rechtspersonen.⁹³ De op handen zijnde implementatie van de Dertiende Richtlijn over het openbaar bod leidde in 2000 tot een terreinverkenning door L.J. Hijmans van den Bergh (advocaat in Amsterdam, later bestuurder van Ahold NV) en G. van Solinge (hoogleraar te Nijmegen).⁹⁴

Naast de Europese richtlijnen waren er ook (concept-)Verordeningen. In 1976 preadviseerden C.A.V. Aalders, F. van Brunchot en F.J.W. Löwensteyn over de Europese

88. J.H. Maschhaupt & P.M. Storm, *De Tweede EEG-Richtlijn inzake vennootschapsrecht*, Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging ‘Handelsrecht’ en de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978.

89. Maschhaupt & Storm, Preadvies 1978, p. 1. Zie p. 2-3 voor een opsomming van de vele Europese initiatieven.

90. Maschhaupt & Storm, Preadvies 1978, p. 4.

91. Preamble (1) Richtlijn 2017/1132/EU.

92. P.J. Dortmond & M.J.G.C. Raaijmakers, *De juridische fusie naar wordend recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980.

93. F.K. Buijn, R. Nieuwdorp & P.H.M. Simonis, *Splitsing van rechtspersonen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

94. L.J. Hijmans van den Bergh & G. van Solinge, *Implementatie van de Dertiende Richtlijn*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Groepering tot Samenwerking (EGS).⁹⁵ Dat er voor de ‘beroerde’ totstandkoming van de Europese wet- en regelgeving een flink portie geduld nodig was, liet deze EGS zien. Een eerste ontwerp lag er al in 1974, maar het zou ruim tien jaar duren voordat uiteindelijk de Verordening tot instelling van Europese economische samenwerkingsverbanden (EESV) werd vastgesteld. Geduld was tevens vereist ten aanzien van de Europese NV. Net als de EGS/EESV begon de ontstaansgeschiedenis van deze rechtsvorm in de jaren zeventig. Er lag toen al een ontwerp-statuuut voor een Societas Europaea (SE). Het duurde vervolgens tot 2001 voordat de SE daadwerkelijk het licht zag. Haar geboorte was voor de Vereeniging voldoende reden om in 2004 een preadvies uit te brengen, omdat de ‘bouwtekeningen eenvoudig nog eenduidig’ waren. Die bouwtekeningen betroffen het wetsvoorstel dat de Uitvoeringswet van de SE-verordening moest worden. De onderwerpen die aan de orde kwamen, waren legio: H.J. de Kluiver (hoogleraar en advocaat te Amsterdam) schreef over diverse vennootschapsrechtelijke SE-aspecten zoals de zetelverplaatsing, de structuurregeling, de one tier board, de vijf wijzen (van ontstaan), omzetting, fusie en splitsing van een SE; S.H.M.A. Dumoulin (juridisch adviseur Unilever NV en hoogleraar in Groningen) boog zich over de organisatie van de in zijn ogen ‘kameleontische figuur’ SE, met een nadere beschouwing over het monistische en dualistische bestuursmodel; P.A.M. Witteveen (advocaat te Amsterdam) schonk aandacht aan de rol van de medezeggenschap; de fiscale aspecten werden tot slot behandeld door J.W. Bellingwout (hoogleraar te Amsterdam). Over de SE was lang nagedacht en gedebatteerd. Was het resultaat bevredigend en ging de SE in een behoefte voorzien? De Kluiver was niet positief over het resultaat:

‘In zekere zin geldt bij de SE het bekende gezegde: “what you see is what you get”. En wat men aanstonds ziet is een ingewikkelde en lapidaire regeling die onmiskenbaar het resultaat is van een lange serie compromissen.’⁹⁶

Ten aanzien van de behoefte had hij dezelfde scepsis als waarmee in binnen- en buitenlandse literatuur de SE werd gezien. Van een dominante vennootschapsvorm zou geen sprake zijn. Maar: de regeling van de SE kon invloed hebben op de vormgeving van het nationale recht en daarmee op de toekomst van het vennootschapsrecht in Europa. Een van de meest aansprekende voorbeelden van die invloed was de komst van de one tier board, besproken door Dumoulin.⁹⁷ Het monistische bestuursmodel kwam via de SE ons land binnen; staat sinds 2013 voor NV en BV in Boek 2 BW en is in de toekomst zelfs voor iedere rechtspersoon (wettelijk) bruikbaar.⁹⁸

95. C.A.V. Aalders, F. van Brunchot & F.J.W. Löwensteyn, *De Europese groepering tot samenwerking*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976.

96. De Kluiver, Preadvies 2004, p. 80.

97. Saillant detail: Dumoulin was werkzaam bij Unilever, destijds al een vennootschap met een one tier board, dus ver voor de invoering van dat bestuursmodel in Boek 2 BW. De reden was de ‘dubbele thuisbasis’: zowel in Nederland als Engeland. Het bestuursmodel in Engeland is (enkel) het monistische model.

98. Zie het voorgestelde art. 9a in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, *Kamerstukken* 34 491.

Het voorlopig laatste preadvies over Europese wetgeving en invloedssfeer dateerde uit 2012. Al in de titel namen de preadviseurs stelling: Europa! Europa? Maar liefst zes preadviseurs dachten na over de invloed van het Europese vennootschaps- en effectenrecht nu en in de toekomst.⁹⁹ M.L. Lennarts (hoogleraar te Groningen) en J. Roest (universitair hoofddocent te Amsterdam) waren aan het slot van hun gezamenlijke preadvies niet altijd even positief over het Europees vennootschapsrecht: 'Uit het voorgaande overzicht volgt dat wij van mening zijn dat de EU bescheiden ambities zou moeten koesteren op het terrein van het vennootschapsrecht.'¹⁰⁰ Een Europese BV noch een *Single Member Company Template* zagen zij zitten. De lange termijn met rechtsvergelijkende studies naar de kernthema's van het vennootschapsrecht moest het uitgangspunten worden, maar: 'Het is echter de vraag of een dergelijk lange termijn project een goede voedingsbodem vindt in de burelen van de Europese Commissie, waar het short *termism*-virus telkens weer de kop opsteekt.'¹⁰¹ Preadviseur S.F.G. Rammeloo (universitair hoofddocent te Maastricht) riep op het voorstel voor een 14^e Richtlijn over grensoverschrijdende zetelverplaatsing uit 1997 nieuw leven in te blazen. E. Schmiemann (wetgevingsjurist) ging nader in op de contouren voor een wet inzake de grensoverschrijdende omzetting van vennootschappen, nu Europese regelgeving 'vooralsnog niet binnen afzienbare termijn te verwachten valt'.¹⁰² Hij was van mening dat grensoverschrijdende omzettingen niet mogelijk waren, de Europese jurisprudentie op dit punt ten spijt. Zijn visie bleek tijdens de behandeling van het preadvies een minderheidsstandpunt te zijn. R.P. Raas (advocaat te Amsterdam, hoogleraar in Leiden) boog zich over een aanpalend onderwerp: de stand van zaken in het Europese effectenrecht. Hij signaleerde dat de bereidheid om de bevoegdheden ten aanzien van toezicht of regelgeving over te dragen aan 'Brussel' nog nooit zo groot was geweest.¹⁰³ En Brussel maakte en maakt dankbaar gebruik van die bereidheid: vele verordeningen en richtlijnen op het terrein van het financiële recht zijn inmiddels verschenen, nog los van de gegroeide invloed van de ECB. Een goed voorbeeld is de AIFM Richtlijn (Alternative Investment Fund Managers), wier effecten N.B. Spoor (advocaat te Amsterdam) besprak in het vijfde en laatste onderdeel van het preadvies uit 2012.

De door Lennarts en Roest gewenste bescheiden ambities koestert de Europese wetgever niet. Er liggen al weer voorstellen voor nieuwe Europese Richtlijnen, zoals een waarin de grensoverschrijdende omzetting (toch) Europeesrechtelijk geregeld wordt en een over het gebruik van digitale instrumenten en processen in het ondernemingsrecht. Een gedachte is dat de eerste stap in de levenscyclus van een vennootschap (oprichting en registratie) volledig online moet kunnen worden afgehandeld. Daarnaast loopt een Europees traject voor overheidstoezicht op overnames van vennootschappen die van belang zijn voor de (nationale) veiligheid. De invloed van Europa op ons ondernemingsrecht blijft dus onverminderd groot, of we nu willen of niet. Onze voorspelling ligt voor de hand: het preadvies uit 2012 is niet het laatste Europeesrechtelijk getinte preadvies.

99. M.L. Lennarts, J. Roest, S.F.G. Rammeloo, E. Schmiemann, R.P. Raas & N.B. Spoor, *Europa! Europa?*, Deventer: Wolters Kluwer 2012.

100. Lennarts & Roest, Preadvies 2012, p. 50.

101. Lennarts & Roest, Preadvies 2012, p. 50.

102. Schmiemann, Preadvies 2012, p. 90.

103. Raas, Preadvies 2012, p. 141.

1.6 Corporate litigation

De term ‘corporate litigation’ duidt niet op een nieuw rechtsgebied, maar is de benaming voor procedures in het ondernemingsrecht die in de praktijk veelvuldig gebruikt (kunnen) worden. In de regel denkt men dan aan de enquêteprocedure, de mogelijkheid om bestuurders aansprakelijk te stellen en de geschillenregeling, al is deze laatste weinig populair. Het is dan ook niet verwonderlijk dat juist op deze drie terreinen preadviezen verschenen, al dan niet naar aanleiding van een (op handen zijnde) wetswijziging.

Met de mogelijkheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen (art. 2:349a lid 2 BW, ingevoerd in 1994), werd het enquêterecht ongekend populair. Velen wisten de Ondernemingskamer te vinden. Het aantal procedures is in bijna 25 jaar ongekend gegroeid. Een preadvies op dit belangrijke terrein kon daarom niet uitblijven. In 2004, tien jaar na de invoering van art. 2:349a lid 2 BW, verscheen van de hand van M.W. Josephus Jitta (advocaat te Amsterdam) en M.R. Mok (em. hoogleraar te Groningen, hoogleraar te Amsterdam en A-G bij de Hoge Raad) ‘Het recht van enquête onderzocht’.¹⁰⁴ Zij verdeelden de taken: Josephus Jitta beschreef enkele formele aspecten van de procedure, terwijl Mok zich richtte op het materiële begrip ‘wanbeleid’. Josephus Jitta stelde zich de essentiële vraag: ‘Het enquêterecht, hoe verder?’ Hij vond dat het belang van het formele recht in het (destijds) geldende enquêterecht onvoldoende tot zijn recht kwam en het ontbreken van procesrechtelijke waarborgen in sommige opzichten ten koste ging van rechtszekerheid. Volgens hem bestond behoefte aan een duidelijke procesgang, juist op dit rechtsgebied dat werkte met open materieelrechtelijke normen.¹⁰⁵ Hij pleitte voor een behandeling in twee feitelijke instanties. Indien de procedure echter tot een feitelijke instantie beperkt zou blijven, was herbezinning op de procedure noodzakelijk.¹⁰⁶ De Ondernemingskamer moest in ieder geval de mogelijkheid krijgen om aan ‘actief case management’ te doen. Dit betekende uitbreiding van de (mens)kracht van de Ondernemingskamer, een betere voorbereiding van de mondelinge behandeling door meer schriftelijke stukken, en uitgebreidere sturing ten aanzien van het onderzoek. Hij achtte wetswijziging noodzakelijk: ‘Kortom, als het aan mij ligt is er werk aan de winkel.’¹⁰⁷

De aanpassing van het enquêterecht in 2013 vervulde het wensenlijstje van Josephus Jitta deels. Twee feitelijke instanties kwamen er niet, het onderzoek bleef de kern van de procedure. De verhouding tussen de onmiddellijke voorzieningen en het onderzoek werd wel verduidelijkt: eerst met de DSM-beschikking uit 2007, en nadien met de codificering van de regel uit die beschikking in art. 2:349a lid 3 BW. ‘Actief case management’ kwam er, gedeeltelijk dankzij de Ondernemingskamer zelf. Zij gaf in haar beschikkingen met enige regelmaat opdrachten, bijvoorbeeld ten aanzien van de maximale lengte van de onderzoeksperiode. Daarnaast publiceerde zij sinds 2011 ‘Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers’. Dit waren en zijn – zoals de titel zegt – geen regels of voorschriften, maar *guidance* voor

104. M.W. Josephus Jitta & M.R. Mok, *Het recht van enquête onderzocht*, Deventer: Wolters Kluwer 2004.

105. Josephus Jitta, Preadvies 2004, p. 5-6.

106. Josephus Jitta, Preadvies 2004, p. 17, 20-21.

107. Josephus Jitta, Preadvies 2004, p. 42.

onderzoeker en procespartij.¹⁰⁸ ‘Wettelijk actief case management’ kwam er in 2013 ook in de persoon van de raadsheer-commissaris. Hij geeft aanwijzingen over het uit te voeren onderzoek ex art. 2:350 lid 4 BW.

De tweede preadviseur Mok was eveneens kritisch. Hij vond het enquêterecht een stukje *lawyer’s paradise* en pleitte voor een restrictieve en voorzichtige hantering van het begrip wanbeleid. Mok zag bovendien dat een kernpunt van de wanbeleid-problematiek de beoordeling van beleidsbeslissingen achteraf was. Hij schreef dat het niet altijd mogelijk was de voorzienbaarheid van de gevolgen van een besluit te bepalen. ‘Dan geldt: *in dubiis abstine*.’¹⁰⁹ De gedachte van Mok dat een beoordeling achteraf beïnvloed wordt of kan worden door ‘het kennen van de gevolgen’ kreeg in de loop der jaren langzaam meer aandacht. Wij wijzen in het bijzonder op het proefschrift van Hermans. Hij wijdde een uitgebreid hoofdstuk aan het voorkomen van *hindsight bias* bij het beoordelen van het handelen van (rechts)personen.¹¹⁰

In het verleden werd niet vaak geprocedeerd over het handelen of nalaten van een bestuurder of commissaris en de daaruit voortvloeiende schade voor vennootschap of crediteur. Min of meer tegelijk met de opkomst van het enquêterecht kwam ook het procederen tegen een bestuurder in zwang. In de jaren negentig van de vorige eeuw – de onmiddellijke voorziening werd juist ingevoerd – wees de Hoge Raad het *Staleman/Van de Ven*-arrest.¹¹¹ Een uitspraak die is gaan gelden als hét standaard-arrest. De daarin geformuleerde norm ‘ernstig verwijt’ voor onbehoorlijke taakvervulling werd niet alleen in 2013 gecodificeerd (zie art. 2:9 lid 2 BW), maar is ook het criterium voor de externe aansprakelijkheid van de bestuurder. De crisis in het financiële systeem en de ingrijpende economische effecten daarvan gaven in 2009 aanleiding tot een preadvies op het terrein van de bestuurdersaansprakelijkheid, of beter: gericht op het voorkomen van aansprakelijkheid. De twee preadviseurs reikten handvatten aan om verantwoord beleid van ondernemingen te kunnen versterken met een specifieke gerichtheid op het functioneren van bestuur en toezicht.¹¹² De tijd van vlugschriften of dunne preadviezen bleek definitief voorbij want de adviezen waren (zeer) omvangrijk: 166 resp. 170 pagina’s. Assink (hoogleraar in Rotterdam en advocaat te Amsterdam) onderzocht het begrip ‘verantwoordelijkheid’. Hij keek onder meer naar de taakopdracht van de bestuurder, de eisen aan verantwoord gedrag en het afleggen van verantwoording. Speciale aandacht was er voor het monistische bestuursmodel, nu er een wetsvoorstel lag dat voorzag in de invoering van de one tier board in Boek 2 BW. Assink was van mening dat regelmakers (wetgever én rechter) op het complexe gebied van ondernemingsbestuur niet te veel mochten meedelen op de actualiteit. Het bestaande model van ondernemingsbestuur moest niet steeds telkens worden bijgesteld. In zijn ogen was het de rechter die een centrale rol vervult bij de toetsing van verantwoord gedrag van de bestuurders, de commissarissen maar ook de aandeelhouders. Hierbij was het

108. Zie <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Aandachtspunten-aanbevelingen-en-suggesties-voor-onderzoekers.pdf>. Het meest recente document is van 2013.

109. Mok, Preadvies 2004, p. 88-89.

110. Zie hoofdstuk 8 in R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure* (diss.), Serie VHI deel 145, Deventer: Wolters Kluwer 2017. Zie tevens de aldaar geciteerde literatuur.

111. HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 m.nt. Ma (*Staleman/Van de Ven*).

112. Voorwoord Preadvies 2009, p. V; B.F. Assink & D.A.M.H.W. Strik, *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse*, Deventer: Wolters Kluwer 2009.

belangrijk dat ‘de menselijke maat niet uit het oog verloren dient te worden.’¹¹³ De preadviseur sloot af met verwachtingen:

‘Ten derde dat bij beide aspecten toenemende aandacht vanuit de juridische discipline voor relevante inzichten uit buitenlandse vennootschaps-systemen en andere disciplines — waaronder de gedragswetenschappen en de bedrijfseconomie (bijvoorbeeld in het kader van risicobeheer) — onvermijdelijk is. Het ondernemingsrecht zal in toenemende mate grens-en disciplineoverschrijdend beoefend moeten worden. Ook dat is een mooie uitdaging, niet iets om beducht voor te zijn.’¹¹⁴

Tweede preadviseur Strik (advocaat te Amsterdam) boog zich over de aansprakelijkheid voor falend risicomanagement.¹¹⁵ Hoe kon de hoogte van de aansprakelijkheidsdrempel worden bepaald? Haar (voor de hand liggende) antwoord was dat er niet een eenduidig antwoord was. Uit de risicofilosofie van de Nederlandse rechtsorde volgde wel dat de drempel hoog moet zijn, ‘omdat de samenleving niet is gediend met regelgeving die hen [de bestuurders] stimuleert om steeds de voorkeur te geven aan risicomijdende beslissingen met weinig economisch voordeel. Dat is het algemene uitgangspunt.’¹¹⁶ Voor de in het wetsvoorstel opgenomen niet-uitvoerende bestuurders van een one tier board vond zij de interne aansprakelijkheid zoals verwoord in art. 2:9 BW minder geschikt. Dit artikel had ongewenste punitatieve effecten voor individuele bestuurders. Strik zag tot slot dat er op bestuurders en commissarissen ter zake van risicobeheersing geen resultaatsverplichting rustte. Dit zou ook de kern van ondernemen aantasten: het nemen van risico’s hoort bij ondernemerschap. ‘Aansprakelijkheid voor falend risicomanagement zou immers geen risicoaansprakelijkheid moeten zijn!’¹¹⁷

Met het preadvies over bestuurdersaansprakelijkheid plaatste de Vereeniging zich nadrukkelijk in een juridisch debat, dat heden ten dage nog steeds gevoerd wordt en dus uiterst actueel blijft. De Hoge Raad wijst regelmatig een arrest over een deelaspect van dit onderwerp, terwijl de gedachten over andere aspecten nog niet uitgekristalliseerd zijn (bijv. de vraag of de klachtplicht van art. 3:69 BW geldt voor een vordering ex art. 2:9 BW).¹¹⁸ In 2017 verscheen er zelfs een vuistdik boek met de veelzeggende ondertitel ‘Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied’.¹¹⁹

In zijn preadvies over het enquêterecht merkte Josephus Jitta al op dat de geschillenregeling niet functioneerde.¹²⁰ Dat onderkende de wetgever later eveneens. Hij stelde voor de regeling tegelijk met de aanpassing van het BV-recht te wijzigen,

113. Assink, Preadvies 2009, p. 169.

114. Assink, Preadvies 2009, p. 170-171.

115. Strik schreef later een dissertatie over bestuurdersaansprakelijkheid, D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de Board Room* (diss.), Serie IVO deel 73, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

116. Strik, Preadvies 2009, p. 367.

117. Strik, Preadvies 2009, p. 371.

118. Zie bijv. M.J. Kroeze, ‘Klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid’, *RMThemis* 2015-5, p.185.

119. J. van Bekkum e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Serie VHI deel 140, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

120. Josephus Jitta, Preadvies 2004, p. 29 e.v.

omdat hij vond dat de geschillenregeling een noodzakelijk sluitstuk was van een vereenvoudigde en flexibele BV. Het wetsvoorstel was aanleiding voor het preadvies uit 2011, simpelweg getiteld 'De nieuwe geschillenregeling'.¹²¹ Bulten (hoogleraar in Nijmegen) schonk aandacht aan de uittreding, een regeling waarvan volgens haar het nut buiten kijf stond.¹²² Kritiek had zij wel, opgesomd in acht concrete aanbevelingen aan de wetgever. De tweede preadviseur, Van Eck (notaris te Rotterdam) borduurde voort op de in art. 2:337 BW genoemde eigen regeling. Moest deze regeling in de statuten worden opgenomen of volstond een overeenkomst? Van Eck koos voor de statuten, mede in verband met de vennootschappelijke werking en de directe binding. Hiermee raakte hij aan de discussie omtrent de doorwerking van (aandeelhouders)overeenkomsten in de vennootschap. Die discussie werd met de wijziging van het BV-recht in 2013 niet beslecht, eenduidige jurisprudentie ontbreekt tot op heden. Het onderwerp van Van Eck is nog immer actueel. Een vraag verwant aan het vorige onderwerp, was of de geschillenregeling in arbitrage een 'kansrijke optie' was. De Mol van Otterloo (advocaat te Amsterdam) was enthousiast en zag enkel voordelen van het buiten de civiele rechter om oplossen van aandeelhoudersgeschillen. Tot slot schreef Willems (hoogleraar in Groningen, tevens oud-voorzitter van de Ondernemingskamer) over twee onderwerpen: de mogelijkheid de vorderingen uitvoerbaar bij voorraad te verklaren en de verhouding met het enquêterecht. Van het eerste was hij geen voorstander, het tweede was en bleef problematisch. Willems vond dat de gedwongen overdracht van aandelen als definitieve voorziening (art. 2:356 BW) in het enquêterecht thuishoorde. Ruziënde aandeelhouders kozen in groten getale voor de enquêteprocedure in plaats van de geschillenregeling, maar dit leidde niet altijd tot een oplossing van het conflict. Voor de uittreding of uitstoting diende men dan toch weer terug te keren naar de geschillenregeling. Willems betwijfelde echter of de nieuwe voorgestelde geschillenregeling per saldo een verbetering liet zien. De gedwongen overdracht en overname hoorden daarom thuis in het enquêterecht: 'En bovenal en ten derde, recht is geen speeltje van juristen, recht moet effectief, gemakkelijk hanteerbaar, nuttig en praktisch zijn.'¹²³

De wetgever nam de aanbevelingen en suggesties van de vier preadviseurs niet over. Er was haast, de praktijk zat op de gewijzigde BV te wachten. Ook de wijzigingen in het enquêterecht in 2013 leidden niet tot de door Willems vurige gewenste definitieve voorziening van overdracht van aandelen. In plaats daarvan kondigde de wetgever, als doekje voor het bloeden, een herziening van de geschillenregeling aan.¹²⁴ Die herziening blijft overigens tot op heden uit.

1.7 Slotbeschouwingen

De Vereniging 'Handelsrecht' heeft de eerbiedwaardige leeftijd van 100 jaar bereikt. Het is de vraag of oprichter Molengraaff een 100-jarig bestaan van de Vereniging voor ogen heeft gestaan. Haar oprichting was urgent en noodzakelijk, omdat de wetgever op handelsrechtelijk terrein dramatisch tekortschoot. Molengraaff

121. C.D.J. Bulten, G.C. van Eck, H.M. de Mol van Otterloo & J.H.M. Willems, *De nieuwe geschillenregeling*, Deventer: Wolters Kluwer 2011.

122. Bulten, Preadvies 2011, p. 35.

123. Willems, Preadvies 2011, p. 174-175.

124. *Kamerstukken* 32 887, 6 (Nota n.a.v. het Verslag), p. 6 (Wetsvoorstel aanpassing enquêterecht).

hoopte en verwachtte dat die tijd dankzij de inzet van de Vereeniging 'Handelsrecht' snel voorbij zou gaan. Zij zou zichzelf overbodig maken. Na de eerste bloeiperiode en het overlijden van Molengraaff was de Vereeniging dan ook zoekende. Zij slaagde in de loop van de tijd erin een nieuwe rol te vinden: minder aanjager van de wetgever en meer stimulator van het wetenschappelijk debat.

Het handelsrecht is in de twintigste eeuw gegroeid en uitgebreid. Naast traditionele terreinen als vervoer, verzekering, waardepapieren en faillissement werd de rechtspersoon en de onderneming steeds meer voorwerp van bestudering en regelgeving. Het rechtspersonen-, het vennootschaps- en het ondernemingsrecht verdrongen zelfs het klassieke handelsrecht in aandacht en groeiden en bloeiden. Dat leverde nieuwe disciplines op als het jaarrekeningenrecht en het ondernemingsprocesrecht (corporate litigation). Daarnaast nam het belang van het Europese recht langzaam maar zeker toe voor het handels- en het ondernemingsrecht. Dit betekent dat de Vereeniging 'Handelsrecht' actief is op een terrein waarop zich inmiddels meer verenigingen manifesteren. Een belangrijke nieuwkomer is de Vereniging *Corporate Litigation*, opgericht in 2001. Wij zien dat zij elkaar niet beconcurreren, maar aanvullen. Zij publiceren beide in de regel jaarlijks, maar hun publicaties verschillen van aard. De Vereniging *Corporate Litigation* publiceert ieder jaar haar Geschriften in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, een boek met onder meer kronieken op verscheidene litigation-terreinen en een schriftelijke weergave van gehouden voordrachten. Er is dus geen sprake van overlap, auteurs maken over en weer dankbaar gebruik van de inzichten die de preadviezen enerzijds en de geschriften anderzijds bieden.

En wat brengt de toekomst? De Vereeniging digitaliseert, heeft een (werkende) website waarop enkele preadviezen te downloaden zijn, en heeft het voornemen deze website meer volledig te doen maken. Publicaties enkel in boekvorm zijn niet meer van deze tijd, een digitale databank is onontbeerlijk. De Vereeniging is druk doende om aan de eisen van deze tijd te voldoen. Voor een honderdjarige is dat een hele prestatie.

Na onze 'cherry picking in preadviezen' zien wij dat de preadviezen van de Vereeniging 'Handelsrecht' maatgevend waren voor het juridisch debat in hun tijd. De preadviezen hadden vaak invloed op de wetsontwerpen, de wetgever nam regelmatig de kritiek en de opmerkingen ter harte. Zo bezien voldeden de preadviezen aan de slotpassage van de statutaire doelstelling van de Vereeniging, waarin het bevorderen van een wetgeving 'die aan de eisen der samenleving' voldoet, centraal staat. Wij zien dat de aard en de inhoud van de preadviezen in de loop der jaren wat zijn opgeschoven. Eerst waren de preadviezen vooral bedoeld als commentaar voor de wetgever. Die commentaren werden later meer algemeen van aard. Niet ieder preadvies volgde op een wetsontwerp, soms was er net een wetswijziging geweest of dacht men in Den Haag (of in Brussel) nog na over mogelijke aanpassingen. Deze tendens past onzes inziens goed bij de Vereeniging. De doelstelling rept immers niet alleen over wetgeving, maar ook het bevorderen van de kennis van het handelsrecht. Dit laatste maakt bovendien dat soms tientallen jaren oude preadviezen inzichtelijke passages bevatten die leiden tot een beter begrip van het recht van

nu. Zo schreef Timmerman in 2014 over het preadvies van Van Schilfgaarde uit 1974:

‘Ik ga een oude koe uit de sloot halen. Een belangrijk geschrift in die tijd was het preadvies van prof. mr. P. van Schilfgaarde “Vennootschap volgens het ontwerp BW”. In dat nog steeds zeer leesbare, ja briljante preadvies dat over nieuwe regels voor de personenvennootschappen gaat, geeft Van Schilfgaarde zijn visie op de institutionele opvatting.’¹²⁵

Timmerman citeerde veertig jaar later (!) met instemming de visie van Van Schilfgaarde op de institutionele opvatting. Eerstgenoemde vond dat die visie heden ten dage nog steeds de juiste is. Het frappante is dat het preadvies van Van Schilfgaarde zag op het wetsontwerp over personenvennootschappen van Van der Grinten. Dit wetsontwerp bereikt nooit de wettelijke status.¹²⁶ Maar dat stond volgens Timmerman aan de leesbaarheid van het preadvies van Van Schilfgaarde niet in de weg. En zo is het volgens ons met veel preadviezen: lezenswaardig, een document van die tijd, maar met passages die immer actueel blijven.

De Vereniging ‘Handelsrecht’ heeft een bijna niet meer weg te denken plaats in ondernemingsrechtelijk Nederland verworven. Haar preadviezen hebben gezag. Zij stimuleert het wetenschappelijke debat en is veel minder de activiste, zoals Molengraaff haar had opgericht. Bestuurders van de Vereniging ‘Handelsrecht’ lopen de deur van de minister van Justitie en die van de Kamerleden ook niet meer plat. In deze nieuwe rol kan zij met gemak nog eens 100 jaar mee. De band met de rechtspraktijk is gebleven. Veel wetenschappelijke betogen kennen een kruisbestuiving vanuit de praktijk. Dat maakt de werkzaamheden van de Vereniging nuttig, aantrekkelijk en profijtelijk voor het ondernemingsrecht en het handelsrecht. Deze rechtsgebieden zijn de onverdeelde aandacht van een eerbiedwaardige dame als de Vereniging ‘Handelsrecht’ dan ook meer dan waard.

125. L. Timmerman, ‘Oude koeien met actualiteitswaarde’, *Ondernemingsrecht* 2014/111.

126. Vandaar dat wij het preadvies onbesproken hebben gelaten. P. van Schilfgaarde & A.G. van Solinge, *De vennootschap volgens het ontwerp B.W.*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Ondernemingsrecht

Hoofdstuk 2

Het Nederlandse vennootschapsrecht tussen 1918 en 2018, enkele schetsmatige opmerkingen

Prof. mr. L. Timmerman *

‘Zo is het geheele recht betreffende de naamlooze vennootschap in beweging en gisting, doordat het instituut zelf in een tijdperk verkeert van eene ontwikkeling en een verandering welke nog in geen deele zijn afgesloten en waarvan het eindpunt nog niet is te zien’¹

Inleiding

In het navolgende probeer ik een indruk te geven van de gang van het Nederlandse vennootschapsrecht vanaf 1918 aan de hand van een paar evenementen en thema's. Ik behandel de Vennootschapswet van 1928,² de groei naar de institutionele opvatting, het rapport van de Commissie Verdam uit 1964 met de instelling van de Ondernemingskamer en de verbetering van het enquêterecht, de invoering van de besloten vennootschap in 1971 met in 2012 de flexibilisering daarvan, de totstandkoming van Boek 2 BW in 1976, de ontwikkeling van de bestuurdersaansprakelijkheid en de internationalisering van het Nederlandse vennootschapsrecht. Ik sluit af met een paar observaties.

De keuze van evenementen en thema's is persoonlijk gekleurd. Mijn betoog is een uitnodiging tot discussie over hoe het Nederlandse vennootschapsrecht zich na 1918 heeft ontwikkeld. *‘L'essentiel est de faire réfléchir’*.

Ieder van de evenementen en thema's bespreek ik tot de huidige tijd, zodat een paar lange lijnen zichtbaar worden. Mij fascineert de verwevenheid van maatschappelijke en juridische verandering. Daarop is het betoog toegespitst. Ik beperk mij tot de dingen die echt verandering hebben gebracht. Bijvoorbeeld belangrijke rechtspraak die per saldo weinig heeft veranderd, komt niet aan de orde.³

Door de beperkte ruimte is de beschrijving van het Nederlandse vennootschapsrecht vanaf 1918 schetsmatig. Ik heb selectief moeten winkelen. Het betoog heeft in hoofdzaak betrekking op de naamloze en besloten vennootschap. Deze zijn de basis van het huidige vennootschapsrecht. In de negentiende eeuw waren dat nog de personenvennootschappen. De bordjes zijn verhangen. We hebben in 2018 meer dan 950.000 besloten vennootschappen tegenover 220.000 personenvennootschappen. In 1870 waren er 456 naamloze vennootschappen, in 1917 11.668. De personenvennootschappen komen beperkt aan bod, ook omdat de ontwikkeling van de naamloze en besloten vennootschap in de afgelopen eeuw opzienbarender is geweest dan die van de personenvennootschappen. De medezeggenschap van werknemers

* Prof. mr. L. Timmerman is advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden.

1. Citaat uit W.L.P.A. Molengraaff, 'Verwachtingen', opgenomen in de Molengraaff bundel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 358-361. Dat stuk schreef Molengraaff ter gelegenheid van de oprichting van het tijdschrift *De Naamlooze Vennootschap* in 1922.
2. Wet van 8 juli 1928, *Stb.* 216.
3. Voorbeelden van dergelijke arresten zijn volgens mij HR 2 december 1994, *NJ* 1995/288 (*Poot/ABP*) en HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000/698 (*Rainbow*).

wordt zijdelings behandeld. Ik besteed weinig aandacht aan ontwikkelingen in het buitenland en de Europese Unie. Daarop legt Bart Bootsma in zijn verhandeling de nadruk. Ik heb gekozen voor een accent op de Nederlandse wetgeving en rechtspraak.⁴

2.1 De nieuwe Vennootschapswet van 1928

2.1.1 *Treurige stand van zaken.* Molengraaff richtte met anderen op 16 april 1918 de Vereniging 'Handelsrecht' op.⁵ Zijn gedachte was om de Vereniging als pressiegroep te laten fungeren teneinde de handelsrechtelijke wetgeving te verbeteren. Die wetgeving was toentertijd in treurige staat. Deze was grotendeels (alleen het faillissementsrecht was dankzij Molengraaff in 1893 gemoderniseerd) verouderd. Zij dateerde van 1838. De wetgeving voor de naamloze vennootschap bestond uit 21 artikelen. Vooral over de wettelijke regels voor de naamloze vennootschap was Molengraaff ontevreden. In 1917 typeerde hij deze als volgt:

‘Het beste, althans voor de praktijk meest waardevolle van de verouderde regeling van het WvK is wel dit dat deze regeling zo gebrekkig en vol leemten is dat zij eigenlijk een regeling niet mag heten’.⁶

2.1.2 *Summiere regeling.* Dat oordeel van Molengraaff is begrijpelijk, wanneer je de 21 wetsartikelen doorneemt.⁷ Er was niets bepaald over voor de hand liggende zaken, zoals de aandeelhoudersvergadering en de jaarrekening. Die gebrekkigheid kan worden verklaard met de omstandigheid dat in 1838 de rechtsvorm van de naamloze vennootschap weinig werd gebruikt. Het was verspilde moeite om de naamloze vennootschap uitgebreid in de wet te regelen. Wel is het verrassend dat in die 21 artikelen een aantal kwesties hetzelfde was geregeld als in ons huidige vennootschapsrecht. Zo was bepaald dat een naamloze vennootschap bij notariële akte dient te worden opgericht (art. 38 K en art. 2:64 lid 2 BW) en door de vennoten in een openbaar register dient te worden ingeschreven (art. 38 K en art. 2:69 lid 1 BW). Zolang die inschrijving niet heeft plaatsgevonden, zijn de bestuurders persoonlijk aansprakelijk voor de door de naamloze vennootschap aangegane verbintenissen (art. 39 K en art. 2:69 lid 2 BW). De vennoten zijn slechts gehouden hun aandelen vol te storten (art. 41 K en art. 2:81 BW). Van het maatschappelijke kapitaal dient ten minste 1/5 te worden geplaatst (art. 50 K en art. 2:67 lid 4 BW).

4. Zie voor een mooi, beknopt overzicht: H.J.M.N. Honée, 'De ontwikkeling van het vennootschapsrecht', rede uitgesproken op 11 november 1988 op een mede door de Vereniging 'Handelsrecht' georganiseerd symposium over 150 jaar Wet van Koophandel, het verleden en de toekomst, opgenomen in de *Harry Honée-bundel*, p. 17-25.

5. Zie hierover F.A. Molster, 'Molengraaff en de oprichting van de Vereniging Handelsrecht', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1931, p. 419-425.

6. 'Eene terugblik' (8 juni 1917), opgenomen in de *Molengraaff-bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 81.

7. In de bibliotheek van de Hoge Raad vond ik een officiële uitgave van die wettelijke regeling uit het Wetboek van Koophandel uit 1838. Een mooi commentaar op die regeling schreef L.E. Visser in: *Beginselen van handelsrecht volgens de Nederlandsche wet, Derde Deel*, derde herziene en vermeerderde druk, 's-Gravenhage 1914, p. 391-565. Toen de Vennootschapswet van 1928 was aangenomen, schreef Visser in 1929 een supplement op het derde deel dat in de plaats trad van het commentaar uit 1914.

2.1.3 *Toenemende populariteit van de kapitaalvennootschap.* Het gebruik van de naamloze vennootschap veranderde in de negentiende eeuw. In de tijd waarin Molengraaff zijn oordeel over de destijds geldende vennootschapswetgeving gaf, werd van de naamloze vennootschap meer dan daarvoor gebruik gemaakt. De oorzaak hiervan is de opkomst van het industriële grootbedrijf. Bijvoorbeeld Philips (lampen), Van den Bergh en Jurgens (margarine), de Koninklijke Petroleum Maatschappij (olie) en Enka (kunstvezels) werden toen opgericht en na enige tijd ondergebracht in een naamloze vennootschap. Ook nam het belang van het bank- en verzekeringsbedrijf (onder andere De Rotterdamsche Bank) en van transportbedrijven (onder andere de Holland-Amerika Lijn) toe.⁸ Kleine ondernemers begonnen de voordelen van de aan de naamloze vennootschap inherente beperkte aansprakelijkheid te zien. Zo stapten ook zij in de naamloze vennootschap.⁹ De naamloze vennootschap was gemakkelijk toegankelijk omdat er geen minimumkapitaal gold. Wel was Koninklijke bewilliging tot de oprichting vereist. Die werd soepeler gegeven dan voor 1900.

2.1.4 *Geen haastige speed.* In het oprichtingsjaar van de Vereniging 'Handelsrecht' lag het ontwerp-Nelissen, dat een grondige herziening van het recht voor de naamloze vennootschap beoogde, *acht jaar* in de Tweede Kamer. De Vereniging heeft na haar oprichting bijgedragen aan een snelle behandeling van dit wetsvoorstel. Zo zond zij in de loop van 1919 een rapport aan de Tweede Kamer dat mede door Molengraaff was opgesteld.¹⁰ Het verslag van de Tweede Kamer verscheen op 12 december 1919. Minister van Justitie (toen nog niet ook van veiligheid) Heemskerk bracht in 1925 een gewijzigd ontwerp uit dat met medewerking van Visser – toentertijd raadsheer in en later president van de Hoge Raad¹¹ – was opgesteld.¹² Ook over dit ontwerp publiceerde de Vereniging 'Handelsrecht' een rapport. Daarna kwam Minister van Justitie Donner met een nader gewijzigd ontwerp.¹³ De Tweede Kamer aanvaardde na een uitgebreide mondelinge behandeling (overigens

8. Zie hierover Gerarda Westerhuis & Abe de Jong, *Over geld en macht, Financiering en corporate governance van het Nederlandse bedrijfsleven*, Amsterdam: Boom Uitgevers 2015, p. 31 en Keetie E. Sluiterman, *Kerende kansen, het Nederlandse bedrijfsleven in de twintigste eeuw*, Amsterdam: Boom Uitgevers 2003, p. 25-87. Mevrouw Sluiterman geeft een fraai overzicht van de opkomst van het Nederlandse bedrijfsleven rond 1900 en de verdere gang daarvan in de twintigste eeuw. Van het boek van mevrouw Sluiterman verscheen een enigszins gewijzigde vertaling in het Engels onder de titel *Dutch Enterprise in the Twentieth Century, Business strategies in a small open economy*, London: Taylor and Francis Ltd. 2016 (paperback).
9. Kist-Visser, *Supplement van 1928*, p. 9; zie ook J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas, De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 204. Molengraaff wijst op dit verschijnsel in zijn uit 1903 stammende Beschouwingen over de herziening van het verenigingsrecht, opgenomen in de Molengraaff bundel, p. 309-310 (1978).
10. Zie hierover B.Th.W. van Hasselt, *De literatuur over het wetsontwerp op de naamloze vennootschap, kritisch samengevat* (diss. Leiden), Leiden: Vilders 1919, p. 4. Zie ook de preadviezen voor de Vereniging 'Handelsrecht' uit 1924 van D.L. Uyttenboogert en H. Crone over de vraag: Is een strenge wetgeving op de naamloze vennootschappen gewenscht?
11. Zie over Visser, Corjo Jansen met medewerking van Derk Venema, *De Hoge Raad en de Tweede Wereldoorlog, recht en rechtsbeoefening in de jaren 1930-1950*, Amsterdam: Boom Uitgevers 2012, p. 155-163; J.A. Polak, *Leven en werken van Mr L.E. Visser*, Amsterdam: Athenaeum 1974 en C.J.H. Jansen, *Het verhaal van de rechter. Over de plaats van de rechter in literatuur en samenleving*, Liber amicorum Hans den Tonckelaar, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 143-159.
12. Zie hierover Zitting 1924-1925-69, Verslag, nr. 1, p. 2.
13. Zie hierover Zitting 1926-1927-27, Nota van wijzigingen.

bij gebrek aan ander werk;¹⁴ dat waren nog eens tijden) op 1 april 1927 het wetsvoorstel. De Eerste Kamer nam op 19 juni 1928 na opnieuw een uitvoerige discussie het wetsvoorstel aan. Die wet trad op 1 april 1929 in werking en bevatte een uit 122 artikelen bestaande, meer dwingende¹⁵ regeling van de naamloze vennootschap. Op die wet kom ik zo dadelijk terug. Eerst nog iets over Molengraaff.

2.1.5 *Held van het handelsrecht.* Molengraaff is in 1858 geboren. Hij werd op 26-jarige leeftijd hoogleraar aan de Universiteit van Utrecht. Molengraaff heeft veel aan de modernisering van het Nederlandse privaatrecht bijgedragen.¹⁶ Hij is voor mij de held van het Nederlandse handelsrecht. Als het woord vernieuwer op iemand van toepassing is, dan geldt dit voor Molengraaff. Zo heeft hij in 1887 het concept van de buitenwettelijke zorgplicht (later door de Hoge Raad overgenomen in het arrest *Lindenbaum/Cohen*¹⁷) bedacht¹⁸ en hij was een pleitbezorger van de toepassing van de redelijkheid en billijkheid, bijvoorbeeld in gevallen waaraan de wetgever niet heeft gedacht (zie het huidige art. 2:8 BW).¹⁹ Hij wilde in een rechtsgeding geen onredelijke uitkomsten ondanks beperkende wettelijke bepalingen.²⁰ Hij was een aanhanger van een betrekkelijk vrije rechtsvorming door de rechter. Van Oven noemt Molengraaff de grondlegger van het twintigste-eeuwse handelsrecht.²¹ Een leerling van Molengraaff was Van der Heijden. De laatste beïnvloedde Van der Grinten.²²

2.1.6 *De tweede gouden eeuw.* In de tweede helft van de negentiende eeuw kwam de gedachte op dat de mens in staat is om zijn levensomstandigheden te verbeteren. Dat inzicht is het begin van de modernisering van de samenleving.²³ Het idee was dat we ons niet hoeven neer te leggen bij een onbevredigende stand van zaken. De toekomst werd iets om zelf te maken. Dat leidde tot de oprichting van grote onder-

14. Zie hierover: E.J.J. van der Heijden, die zich in 'Doornroosje', in: *Verspreide Geschriften van E.J.J. van der Heijden*, Deventer: Wolters Kluwer 2001, p. 75-78, nogal vrolijk maakt over het gebrek in die tijd aan werk in het parlement.
15. Zie art. 37d K: 'Van de bepalingen dezer afdeling mag slechts worden afgeweken, indien en voor zoverre, dit uit die bepalingen zelve blijkt'.
16. Zie over zijn grote betekenis van Molengraaff voor het Nederlandse recht de fraaie opstellen van J. Wiarda en M.W. ter Horst in de *Molengraaff-bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978 met veel literatuurverwijzingen.
17. HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161, m.nt. W.L.P.A. Molengraaff.
18. De 'oneerlijke concurrentie' voor het Forum van den Nederlandschen rechter, tevens een bijdrage tot de uitlegging van art. 1401 BW en van de Wet op de handels- en fabrieksmerken, opgenomen in de *Molengraaff-bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 101-164. Zie over deze verhandeling: P. Scholten, 'Molengraaff en de onrechtmatige daad', *Rechtsgeleerd Magazijn* 1931, p. 399-413.
19. Zie het prachtige opstel van Molengraaff, 'Summum jus, summa injuria', opgenomen in de *Molengraaff-bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. 169-206. Dit visionaire opstel is nog steeds een genoegen te lezen. Zie voor een moderne verwoording van het redelijkheids- en billijkheidspostulaat: P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
20. Vergelijk op een later moment (1972): H.C.F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen*, Deventer: Kluwer 1972, p. 19 en 45.
21. A. van Oven, *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland in de 19de eeuw*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Mij 1968, p. 55.
22. Zie bijvoorbeeld de rede van Van der Grinten over moraal en billijkheid als bron van verbintenis, opgenomen in C.J.H. Jansen, S.J.J. Kortmann & G. van Solinge, *Verspreide Geschriften van W.C.L. van der Grinten*, Deventer: Wolters Kluwer 2004, p. 3-20.
23. Zie hierover Auke van der Woud, *Een nieuwe wereld, het ontstaan van het moderne Nederland*, Amsterdam: Bert Bakker 2006, p. 12.

nemingen die zich toelagden op de massaproductie van consumentengoederen (bijvoorbeeld Philips werd met lampen in korte tijd wereldmarktleider), maar ook tot de roep om meer democratische rechten. Er kwamen met het oog op de verkoop van massagoederen etalages in winkelstraten. Het woord ‘winkelen’ ontstond toen.²⁴ Nederland verstedelijkte. Tussen 1870 en 1914 steeg het inkomen per hoofd van de bevolking met 40%.²⁵ Tussen 1880 en 1910 gingen de rijksuitgaven met 44% omhoog.²⁶ De levensverwachting nam toe van 39 jaar in 1880 naar 56 jaar in 1910. De eerste Elfstedentocht werd in 1909 gereden. De luchtband werd uitgevonden. Het vervoer en de infrastructuur werden verbeterd.²⁷ De periode tussen 1890 en 1914 wordt wel *de tweede gouden eeuw* genoemd.²⁸

Dat vooruitgangsidee sprak Molengraaff aan. Hij behoorde tot een groep juristen die meende dat de maatschappij door wetgeving beter gemaakt kan worden. Zo besteedde hij in zijn oratie uit 1885 aandacht aan wat toentertijd ‘de sociale quaestie’ (d.w.z. het grote verschil tussen rijk en arm) heette. Hij wilde dat het werkelijke leven van mensen de basis van het recht was.²⁹

Molengraaff bepleitte over een breed front verbetering van wetgeving. Zo zette hij zich in voor de versterking in de wet van de rechtspositie van buiten het huwelijk geboren kinderen. In die vooruitgangsbeweging past ook de herziening van het wettelijke vennootschapsrecht van 1928. Daarvan was Molengraaff pleitbezorger.³⁰ De wet van 1928 kwam moeizaam tot stand. Een eerste poging werd in 1871 ondernomen.³¹ Visser verzuchtte eens dat bij de wettelijke regeling van de naamloze vennootschap niet gerekend moest worden met jaren, maar met lustra.

2.1.7 *Mooie arresten van de Hoge Raad.* De omstandigheid dat de wetswijziging van 1928 zo lang uitbleef, betekent niet dat het vennootschapsrecht in die tijd minder goed werd beoefend. Zo wees de Hoge Raad in de jaren twintig van de vorige eeuw een aantal arresten dat nog van belang is. Op 4 juni 1920, NJ 1920/712 bracht de Hoge Raad het zogeheten *Stroman*-arrest uit: de rechten en plichten die aan het aandeel zijn verbonden kunnen slechts worden uitgeoefend door degene die daarvan eigenaar is. Bekend is het arrest *Perlak/Deen* (HR 17 juni 1921, NJ 1921/737): Een décharge strekt zich alleen uit over die handelingen en verzuimen die uit de overgelegde gegevens blijken en dus aan de algemene vergadering bekend zijn.³² In HR 25 november 1927, NJ 1928/364 (het *Kretzschmar*-arrest) legde de Hoge Raad de basis voor het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid: De bestuurder is

24. Zie hierover Auke van der Woud, *De nieuwe mens, de culturele revolutie in Nederland rond 1900*, Amsterdam: Prometheus-Bert Bakker 2015, p. 36.

25. Zie James C. Kennedy, *Een beknopte geschiedenis van Nederland*, Amsterdam: Bert Bakker 2017, p. 281.

26. Piet de Rooy, *Republiek van rivaliteiten*, zesde druk, Amsterdam: Wereldbibliotheek 2014, p. 129.

27. Zie hierover uitvoerig: Auke van der Woud, *Een nieuwe wereld, het ontstaan van het moderne Nederland*, Amsterdam: Bert Bakker 2006, p. 197-409.

28. Zie James C. Kennedy, *Een beknopte geschiedenis van Nederland*, Amsterdam: Bert Bakker 2017, p. 293-297.

29. Zie hierover C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19de eeuw*, Serie onderneming en recht, deel 87, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 132-133.

30. Zie hierover: E.J.J. van der Heijden, ‘Molengraaff en het verenigingsrecht’, *Rechtsgeleerd Magazijn* 1931, p. 322-336.

31. Zie voor verklaringen hiervoor: L.E. Visser, ‘De Naamloze Vennootschap en de wetgever’, *WPNR* 1926, 2947.

32. Later nog verduidelijkt in HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (*Staleman/Van de Ven*): De décharge strekt zich ook niet over informatie waarover een individuele aandeelhouder uit andere hoofde – buiten het verband van de algemene vergadering van aandeelhouders – de beschikking heeft gekregen.

persoonlijk uit onrechtmatige daad aansprakelijk, indien zijn handeling in strijd is met eigen, persoonlijke rechtsplichten of hij zich aan kwade trouw of onachtzaamheid heeft schuldig gemaakt. Tot dat moment had de Hoge Raad hierover anders geoordeeld.

2.1.8 *Start van het tijdschrift De Naamlooze Vennootschap.* Een teken dat ook wijst op een gezonde beoefening van het vennootschapsrecht, is de oprichting in 1922 van *De Naamlooze Vennootschap* door Van der Heijden en Volmer (een in die tijd bekende bedrijfseconoom). *De Naamlooze Vennootschap* was het eerste Nederlandse juridische tijdschrift met een gespecialiseerd onderwerp. Men kende tot dan toe tijdschriften met een algemene strekking, zoals het *WPNR*, het *Rechtsgeleerd Magazijn* en *Themis*. De openingswoorden van het eerste nummer van *De Naamlooze Vennootschap* luiden als volgt:

‘Er is behoefte aan een tijdschrift waarin de vraagstukken, die verband houden met het bedrijfsleven van alle zijden worden beschouwd en waarin getracht wordt die vraagstukken tot een wetenschappelijke oplossing te brengen. Daarbij kan, noch mag uitsluitend worden gelet op de rechtsgronden en juridische gevolgen der verkeershandelingen maar evenmin de aandacht worden beperkt tot hare bedrijfseconomische consequenties of haren invloed op de samenleving’.

De Naamlooze Vennootschap bleek een gat in de markt te vullen. Wanneer je de eerste jaargangen doorneemt, krijg je de indruk dat men graag voor het blad schreef. Er staan veel enthousiaste verhandelingen in. Er werd ook op bijdragen gereageerd. Met *De Naamlooze Vennootschap* begon de Nederlandse traditie van vennootschapsrechtelijke tijdschriften. Het ene initiatief lokte het andere uit. We hebben nu de luxe van veel tijdschriften. Ik som ze niet op en noem alleen Ondernemingsrecht dat in 1999 uit een fusie tussen *De Naamlooze Vennootschap* en *TVVS* ontstond en een succesvol blad is, net zoals *De Naamlooze Vennootschap* in de jaren twintig van de vorige eeuw.

2.1.9 *De inhoud van de Vennootschapswet van 1928.* Ik keer terug naar de Vennootschapswet van 1928. Die wet legde de basis voor belangrijke onderdelen van het huidige vennootschapsrecht, zoals voor de oprichting en de aandeelhoudersvergadering. Van de 122 artikelen zijn er 43 min of meer ongewijzigd opgenomen in Boek 2 BW. Een centrale rol in ons vennootschapsrecht spelen de volgende bepalingen: art. 43 K en 47 K en art. 2:107 BW en 2:129 BW over de verhouding tussen de bevoegdheden van de aandeelhoudersvergadering en die van het bestuur (de restbevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering is in 1928 uitgevonden), art. 43 K-46b K en art. 2:107-2:128 BW over het houden van een aandeelhoudersvergadering³³ en art. 48a K en art. 2:133 lid 1 en 2 BW over (het doorbreken van) de bindende voordracht van bestuurders.³⁴ De systematiek van de regels voor de naamloze vennootschap in oprichting is sinds 1928 dezelfde gebleven (art. 40 K-40b K en art.

33. Ik kreeg met die regels onlangs te maken bij het samenstellen van de conclusie in de *Fugro*-zaak; zie HR 20 april 2018, *JOR* 2018, 142.

34. Zie over art. 48a K en art. 2:133 lid 1 en 2 BW: L. Timmerman, ‘De carrousel van beschermingsmaatregelen (ofwel: on and on and on)’, *Ondernemingsrecht* 2018, p. 456-459.

2:93 BW en 2:94 BW). Art. 2:136 BW bepaalt, evenals art. 48e K dat deed, dat het bestuur niet zonder opdracht van de aandeelhoudersvergadering het faillissement van de vennootschap mag aanvragen. Ingeval van faillissement mag de curator nog niet gedane stortingen opeisen (art. 38e K en art. 2:84 BW). De aandeelhouder is niet tot meer gehouden dan het volstorten van zijn aandeel (art. 38b K en art. 2:81 BW; zie overigens het enigszins andere art. 2:191 BW voor de besloten vennootschap). De huidige bepaling dat een wijziging van de statuten geen nadeel aan een derde mag toebrengen (art. 2:122 BW) is ontleend aan art. 45a K. Art. 2:139 BW inzake de aansprakelijkheid van bestuurders voor een misleidende jaarrekening vindt zijn oorsprong in art. 49b K. Ook is er in 1928 een regeling geïntroduceerd voor besluitvorming buiten vergadering bij een besloten naamloze vennootschap (art. 46b K en art. 2:238 BW).

Last, but zeker not least: er werd een begin gemaakt met de regeling van het enquête-recht (art. 53 K-54c K). Daarin kon wel een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de betrokken vennootschap door de rechter gelast worden, maar er konden geen voorzieningen worden opgelegd. De wetgever startte in 1928 ook met de regeling van de bestuurdersaansprakelijkheid (art. 47c K, 47d K en 49a K).

2.1.10 *Nog steeds het fundament.* In 1928 is het fundament gelegd voor de huidige wetgeving voor de naamloze (en de besloten) vennootschap. Bijzonder is dat de Wet van 1928 de volle breedte van het vennootschapsrecht bestreek. Daarna heeft de wetgever deelonderwerpen opgepakt. Van der Grinten merkte in 1953 in een bijzonder nummer van *De Naamloze Vennootschap* dat was gewijd aan het 25-jarig jubileum van de Wet van 1928 op dat die wet goed was. ‘Zij is helder en duidelijk’.³⁵ Deze heeft ook – zo stelt hij – tot weinig rechtspraak aanleiding gegeven. In datzelfde nummer van *De Naamloze Vennootschap* is een beschouwing van Haardt te vinden met de titel *Hervormingswensen* waarin hij een enquêterecht voorstelt met voorzieningen en hij centralisatie van de rechtsmacht over het enquêterecht suggereert bij één rechterlijke instantie, zoals een rechtbank of hof. Haardt lijkt deze ideeën die bij de herziening van het vennootschapsrecht in 1971 zo belangrijk zijn uit de losse pols te hebben geuit. Aardig is nog de volgende opmerking van Haardt over de Vennootschapswet van 1928:

‘Over de telg die bij zijn geboorte met zo weinig enthousiasme werd ontvangen, kunnen de ouders en degenen die met hem in aanraking kwamen, bij zijn 25^{ste} verjaardag in gepaste mate tevreden zijn’.

2.1.11 *Inmiddels nieuwe betere wetgeving.* Er is na 1928 veel (ten goede) veranderd in onze vennootschapswetgeving als gevolg van EG/EU-richtlijnen,³⁶ maar ook door nieuwe inzichten. Ik wijs op een paar dingen. In twee stappen (1976³⁷ en 1992³⁸) is er een betere regeling gekomen voor de geldigheid van besluiten (vergelijk het oude art. 46a K met art. 2:13-16 BW). Art. 2:13-16 BW dekken de stof van de nietig-

35. ‘Het zilveren jubileum van de Wet op de n.v.’, opgenomen in *Verspreide Geschriften van W.C.L. van der Grinten*, Deventer: Wolters Kluwer 2004, p. 350. Het bijzondere nummer van *De Naamloze Vennootschap* verscheen in 1953 en was bijzonder dik, p. 181-244.

36. Zie *Preadvies Vereniging ‘Handelsrecht’, Europa! Europa?* van M.L. Lennarts en J. Roest van 2012.

37. Wet van 8 april 1976, *Stb.* 1976, 228 en 229.

38. Wet van 15 november 1989, *Stb.* 1989, 541.

heid van besluiten beter af dan art. 46a K.³⁹ Art. 46a K was door zijn onduidelijke tekst een van de weinige zwakke wetsartikelen in de Wet van 1928.⁴⁰ Art. 2:13-16 BW hebben het Nederlandse vennootschapsrecht eenvoudiger gemaakt.

De nu geldende regels voor de vertegenwoordiging van de naamloze vennootschap (art. 2:130 BW)⁴¹ zijn beter dan die van 1928. In 1971 is door verplichtingen uit de Eerste EG-richtlijn de vertegenwoordigingsbevoegdheid aan het bestuur dwingend toegekend en is er een eind gemaakt aan de tot dan toe toegelaten doorwerking van statutaire beperkingen op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders. Hiermee kon een streep worden gezet door de onbevredigende jurisprudentie die draaide om de vraag of functionarissen van de vennootschap de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders hadden gewekt.⁴² Ook deze nieuwe wettelijke regels hebben het Nederlandse vennootschapsrecht simpeler gemaakt. In de loop van de jaren wordt een aantal onderwerpen die van oudsher van belang waren minder relevant. Een voorbeeld hiervan is het statutaire doel van de vennootschap (art. 2:7 BW). Aan het statutaire doel komt in de huidige praktijk van het vennootschapsrecht nauwelijks nog normatieve kracht toe voor de interne normering van het gedrag van bestuurders.⁴³ Van der Heijden schreef in 1928 nog:

‘In dezen ruimen zin opgevat, is het doel het belangrijkste deel der vennootschappelijke constructie. Het doel vormt de spil van de onderlinge verhouding der vennoten’.⁴⁴

Zo'n uitspraak doet niemand meer. Normering van het gedrag van bestuurders vindt momenteel plaats via bijvoorbeeld het vennootschappelijk belang, de bestuurdersaansprakelijkheid en de regels voor tegenstrijdig belang. Deze leerstukken hebben sinds 1928 aan gewicht gewonnen en normeren het gedrag van bestuurders fijnmaziger dan het statutaire doel, dat doorgaans of onduidelijk is of heel ruim is.⁴⁵

In 1928 heeft men nog niet gedacht aan wettelijke regels voor juridische (grensoverschrijdende) fusie,⁴⁶ splitsing⁴⁷ en omzetting⁴⁸ en aan geschillen tussen aandeelhouders.⁴⁹ De daarvoor in respectievelijk 1984/2008, 1998, 1992 en 1988 geïntroduceerde regels hebben het vennootschapsrecht voor de praktijk beter bruikbaar gemaakt. Ten slotte biedt Boek 2 BW faciliteiten voor de digitale afhandeling van vennoot-

39. Zie het *Preadvies Vereniging 'Handelsrecht'* van Timmerman 1991.

40. Zie over de regeling van art. 46a K: S.H.M.A. Dumoulin, *Besluitvorming in rechtspersonen* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 1999, p. 27-44.

41. Wet van 29 april 1971, *Stb.* 1971, 285.

42. Zie bijvoorbeeld HR 24 juni 1949, *NJ* 1949, p. 750 (*Fokker/Spanje*) en HR 2 maart 1956, *NJ* 1956, 151 (*Gennep/Continental*).

43. Zie over de betekenis van doeloverschrijding: Th. Groenewald, *Doeloverschrijding bij NV en BV* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2001.

44. E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht*, eerste druk, nr. 78, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1929.

45. Zie over dit thema, L. Timmerman, 'Van digitaal naar analoog vennootschapsrecht en de gevolgen daarvan voor de concurrentie van vennootschapssystemen', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 38-42.

46. Dortmund & Raaijmakers, *Preadviezen Vereniging 'Handelsrecht'* 1980. Wet van 19 januari 1993, *Stb.* 59.

47. Buijn, Nieuwkamp & Simonis, *Preadviezen Vereniging 'Handelsrecht'* 1996. Wet van 24 december 1997, *Stb.* 1997, 776.

48. Zie De Monchy, *Preadviezen Vereniging 'Handelsrecht'* 1991.

49. Wet van 10 november 1988, *Stb.* 1988, 516.

schappelijke aangelegenheden (zie bijvoorbeeld art. 2:10 lid 4, art. 2:24 lid 1, art. 2:113 lid 4 en lid 5, art. 2:117a en art. 2:117 b BW).

2.1.12 *Waarom in 1928 zo'n moeizame totstandkoming?* Dat kwam doordat er meningsverschil was over de vraag of er een aparte rechtsvorm, zoals de besloten vennootschap, voor familievennootschappen diende te komen. De Vereniging 'Handelsrecht' pleitte hiervoor in een advies van 1927.⁵⁰ De opeenvolgende Ministers van Justitie wilden hier niet aan. Ik vermoed dat zij de toename in de twintigste eeuw van het gebruik van de kapitaalvennootschappen hebben onderschat en daarom het nut van twee soorten kapitaalvennootschappen niet inzagen.⁵¹ Daarbij kwam dat het wetsvoorstel wel een zekere mate van differentiatie tussen open en besloten naamloze vennootschappen kende. Zo werd het enquêterecht alleen dwingend voorgeschreven voor kapitaalvennootschappen met aandelen aan toonder.

In de Tweede Kamer en Eerste Kamer waren er veel voorstanders van de invoering van de besloten vennootschap. Daarbij speelde een rol dat de betrokken kamerleden ervan uitgingen dat een besloten vennootschap geen jaarrekening zou behoeven te publiceren. Over deze kwestie kon geen overeenstemming worden bereikt tussen de politici in de Tweede en Eerste Kamer en de opeenvolgende Ministers van Justitie. Het wetsvoorstel dreigde op de valreep in de Eerste Kamer te worden verworpen. Volgens Van der Heijden was de Eerste Kamer een slagveld.⁵² Uiteindelijk is een compromis via een novelle bereikt: meer regels dan aanvankelijk voorgesteld, zouden niet worden toegepast op naamloze vennootschappen met een besloten karakter. Zo werd de publicatie van de jaarrekening beperkt tot bepaalde categorieën van naamloze vennootschappen (art. 42c K).⁵³ Overigens heeft de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging in 1953 in overeenstemming met het daar besproken preadvies van Van der Grinten⁵⁴ de wenselijkheid van een eigen rechtsvorm voor besloten vennootschappen unaniem verworpen.⁵⁵ Van der Grinten was van oordeel dat de toen geldende wettelijke regeling van de naamloze vennootschap meer geschikt was voor de besloten vennootschap dan voor een open naamloze vennootschap met beursnotering.

2.2 Naar de institutionele opvatting

2.2.1 *Verandering van standpunt.* Van der Heijden richtte niet alleen *De Naamlooze Vennootschap* op. In 1929 publiceerde hij ook de eerste (en later de tweede en derde) druk van het *'Handboek voor de naamlooze vennootschap naar Nederlandsch recht'*. Het Handboek werd door Van der Grinten voortgezet. In 2013 verscheen de dertiende

50. Vereniging 'Handelsrecht', Het gewijzigd ontwerp van de wet op de naamlooze vennootschappen, p. 13-14.

51. Zie de m.i. niet erg sterke argumenten van minister Donner: Eerste Kamer der Staten-Generaal, nr. 30a, Memorie van Antwoord, p. 10.

52. E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamlooze vennootschap naar Nederlandsch recht*, eerste druk, nr. 330, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992. In de laatste door Van der Grinten bewerkte druk van het Handboek uit 1992 is te lezen dat de betekenis van het doel van de vennootschap voor de praktijk niet groot is (nr. 78).

53. Wet van 25 juni 1929, *Stb.* 1929, 363.

54. W.C.L. van der Grinten, 'Is het wenselijk voor de zogenaamde besloten naamloze vennootschap in de civielrechtelijke wetgeving bijzondere voorzieningen te treffen, al dan niet met de invoering van een afzonderlijke rechtsvorm', *Preadvies Nederlandse Juristen Vereniging* 1953, p. 43-101.

55. P. 97 van het preadvies.

druk, bewerkt door Dortmund. Met het Handboek startte Van der Heijden de traditie van gespecialiseerde Nederlandse commentaren op het vennootschapsrecht. Daarvan bestaan er inmiddels vele met elk eigen accenten. Ik ga naar de eerste druk van het Handboek. Daarin schreef Van der Heijden:

‘De n.v. is een contractuele rechtsbetrekking. Zij ontstaat door overeenkomst. ... Uit het contractueel karakter der n.v. vloeit voort dat de bij de oprichtingsovereenkomst toegekende of daarop steunende rechten te goeder trouw d.i. naar redelijke opvatting van billijkheid moeten worden uitgeoefend (artt. 1374, 1375 BW)’.⁵⁶

In de uit 1962 daterende zevende druk van het Handboek merkte Van der Grinten op:

‘Ten gevolge van de rechtspersoonlijkheid verkrijgt de vennootschappelijke betrekking een eigen dimensie. De vennootschappelijke betrekking is niet een contractuele betrekking tussen de vennoten, doch is een betrekking binnen de N.V. zelf, waarvan de N.V. het middelpunt is. De vennoten — aandeelhouders — staan in een lidmaatschapsverhouding tot de N.V. Tussen de aandeelhouders onderling bestaat niet een contractuele band’.⁵⁷

In deze passage onderschrijft Van der Grinten de zogeheten institutionele kijk op de vennootschap: de vennootschap is een institutie⁵⁸ die door rechtsregels van eigen aard wordt geregeerd. Die regels zijn niet van contractuele aard.⁵⁹ Wat is het belang van de institutionele opvatting? In die benadering wordt het idee van de naamloze vennootschap (en ook van de besloten vennootschap) als vennootschapscontract tussen aandeelhouders losgelaten. De verhoudingen in een vennootschap behoeven niet in de mal van een contract tussen aandeelhouders geperst te worden. Dat loslaten van het contractsidee maakt een open vennootschapsrecht dat meer losstaat van de aandeelhouders gemakkelijker. Het samenwerkingsverband waaraan de naamloze en besloten vennootschap vorm geeft, kan sterk aandeelhoudersgericht zijn, maar ook meer zijn georiënteerd op uiteenlopende belangen. De institutionele opvatting opent de vennootschap naar de feitelijke ondernemingsorganisatie waaraan de vennootschap juridisch vorm geeft. Het bestuur kan ten opzichte van de aandeelhouders meer of minder zelfstandig zijn, bijvoorbeeld naar gelang de omvang van de onderneming. Je moet hier in glijdende schalen denken. Ook laat de institutionele benadering toe om (zonder wetswijziging) de naamloze of besloten vennootschap aan te passen aan de in de tijd soms veranderende visies op de rol van de vennootschap in de samenleving. Voor een dergelijke buigzaamheid biedt Boek 2 BW ruimte. Boek 2 laat veel over aan de statuten en kent open begrip-

56. E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht*, nr. 42, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

57. E.J.J. van der Heijden & W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze vennootschap*, zevende druk, nr. 49.

58. Men zou ook kunnen spreken over een instelling of entiteit.

59. Zie ook Asser/Maeijer & Kroeze, 2-1*, 2015, nr. 31. Zie voor een beschouwing over verschillende aspecten en achtergronden van het institutionele denken: J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas, De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 295-365.

pen, zoals de redelijkheid en billijkheid en het vennootschappelijk belang. Anders gezegd: de institutionele opvatting verdraagt zich met een ‘*Funktionswandel*’⁶⁰ van de naamloze en besloten vennootschap⁶¹ en is een voorbeeld van een activerend rechtsconcept. Zij kan beter dan de contractuele opvatting, die meer conserverend is, nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen absorberen.⁶² Ik verduidelijk een paar van die ontwikkelingen aan de hand van twee leerstukken: de invulling van het vennootschappelijk belang en de zelfstandigheid van het bestuur.

2.2.2 *Het tijdperk van het vennootschappelijk belang.* Eerst dus iets over het vennootschappelijk belang. De Hoge Raad heeft in 1949 beslist:

‘dat evenwel commissarissen, rechten uitoefenende, die hun als orgaan der vennootschap zijn toegekend, zich hebben te richten naar het belang der vennootschap en dit moeten doen overwegen, indien dit naar hun oordeel in botsing komt met belangen van welken aandeelhouder ook’.⁶³

De Hoge Raad noemt in deze uitspraak (het *Doetinchemse IJzergieterij*-arrest) voor de eerste keer het vennootschappelijk belang. Daarmee begon het tijdperk van het vennootschappelijk belang als gedragsnorm voor de raad van commissarissen (en het bestuur).⁶⁴ Uit dit arrest is af te leiden dat het vennootschappelijk belang niet zonder meer met het belang van de gezamenlijke aandeelhouders samenvalt. Van der Grinten vond indertijd (in 1949) de beslissing van de Hoge Raad onjuist, onder andere omdat het vennootschappelijk belang wel met het belang van de aandeelhouders samenviel.⁶⁵ In de zevende druk van het Handboek uit 1962 vond hij dat nog. In de van 1968 daterende achtste druk is Van der Grinten van standpunt veranderd:

‘Wat als vennootschappelijk belang kan gelden, is de resultante van afweging van belangen van allen die bij de vennootschappelijke werkzaamheid zijn betrokken. Hoe deze afweging dient te geschieden, welk gewicht eventueel contrasterende belangen in de schaal behoren te leggen, hangt af van de concrete situatie’.⁶⁶

60. Lang geleden vond ik die term in een opstel van de in zijn tijd befaamde jurist Ludwig Raiser over ‘Die Zukunft des Privatrechts’, opgenomen in *Die Aufgabe des Privatrechts* 1977, p. 208.

61. Zie voor eenzelfde invulling van de institutionele opvatting: P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 140-145.

62. T. Koopmans, ‘Conserverende en activerende rechtsbegrippen’, opgenomen in *Juridisch stippelwerk*, Deventer: Wolters Kluwer 1991, p. 166-172.

63. HR 1 april 1949, NJ 1949/465 (*Doetinchemse IJzergieterij*).

64. Zie voor een beschouwing waarin, voor zover ik heb kunnen nagaan, een eerste poging wordt ondernomen om het vennootschappelijk belang in een wetenschappelijke verhandeling te omkaderen: W.C.L. van der Grinten, ‘Het belang van de n.v.’, opgenomen in *Verspreide Geschriften van W.C.L. van der Grinten*, p. 341-348. Van der Grinten schreef zijn verhaal over het vennootschappelijk belang in 1952.

65. W.C.L. van der Grinten, *Uitgifte van nieuwe aandelen en voorkeursrecht*, De N.V. 1949, p. 121-124. De feitelijke situatie bij de Doetinchemse IJzergieterij was enigszins bijzonder. De commissarissen plaatsten de nieuw uitgegeven aandelen bij zichzelf. Hierom liep de Hoge Raad wel gemakkelijk heen, zie hierover ook H.J.M.N. Honée, ‘Commissarissen, gezanten uit niemandsland?’, opgenomen in de *Harry Honée-bundel*, Deventer: Wolters Kluwer 2011, p. 85-87.

66. Van der Heijden & Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze vennootschap*, achtste druk, nr. 233. Het woord vennootschappelijk belang komt overigens niet in het trefwoordenregister van de achtste druk voor.

2.2.3 *Oratie van Maeijer*. Van der Grinten verwijst voor zijn wijziging van standpunt niet naar het arrest inzake *Doetinchemse IJzergieterij* (dat arrest bleef hij onjuist vinden), maar naar de oratie van Maeijer uit 1964 over het belangenconflict in de naamloze vennootschap.⁶⁷ Hierin merkte Maeijer op:

‘Ik meen dat niet langer kan worden ontkend dat het vennootschappelijk belang iets anders is, meer is dan het geldelijke belang van de gezamenlijke aandeelhouders’.

Maeijer definieert het vennootschappelijk belang als ‘het belang dat de vennootschap heeft bij haar eigen gezonde bestaan, uitgroei en voortbestaan met het oog op het door haar te bereiken doel’. Later heeft Maeijer verduidelijkt dat onder het vennootschappelijk belang ook valt de continuïteit van de door de vennootschap gedreven onderneming.⁶⁸ Hiermee heeft hij dat belang in tweeërlei opzicht opengebroken. Hij breidt het belangenpatroon van een vennootschap uit naar andere belangen dan die van de aandeelhouders. Ook laat hij via het vennootschappelijk belang de door de vennootschap gedreven onderneming van invloed zijn op hetgeen de vennootschap dient te doen. Wat voor de onderneming nodig is, gaat het vennootschappelijk belang en de vennootschap mede bepalen. De onderneming wordt daarmee een belangrijke factor in het vennootschapsrecht.

Het vennootschappelijk belang wordt door Maeijer in de context van de redelijkheid en billijkheid geplaatst en hij verdedigt dat het vennootschappelijk belang vereist dat conflicterende belangen tegen elkaar worden afgewogen. Maeijer voorspelt dat het vennootschappelijk belang na 1964 een steeds grotere rol zal gaan spelen, omdat de economische verhoudingen om zo’n eigen belang van de vennootschap vragen. Iedere zichzelf respecterende Nederlandse vennootschapsjurist heeft zich na 1964 op een bepaald moment met de rede van Maeijer verstaan. Aan die rede is meer dan een boekenplank (misschien wel een boekenkast(je)) beschouwingen gewijd. Er is nooit eerder en ook daarna niet een vennootschappelijke verhandeling verschenen waarover zoveel is geschreven als over de oratie van Maeijer. Na de rede van Maeijer was het vennootschapsrecht anders. Het smalle, op de aandeelhoudersbelangen gerichte vennootschappelijk belang had in Nederland afgedaan. Het vennootschappelijk belang was verbreed. De onderneming wandelde als facet van het vennootschappelijk belang het vennootschapsrecht binnen.

Het vennootschappelijk belang is ook bij de wetgever populair geworden. In 1971 is dat belang (en dat van de daarmee verbonden onderneming⁶⁹) voor het eerst in de wet opgenomen en wel in de voorganger van het huidige art. 2:140-250 lid 2 BW. Daarna heeft het begrip een snelle opmars door allerlei onderdelen van Boek 2 BW gemaakt.⁷⁰

67. ‘Het belangenconflict in de naamloze vennootschap’, opgenomen in *Verspreide Geschriften van J.M.M. Maeijer*, Deventer: Wolters Kluwer 2009, p. 141-162.

68. 25 jaar belangenconflict in de naamloze vennootschap, p. 6 (1989).

69. Hiermee wilde de wetgever aangeven dat de raad van commissarissen ook op het werknemersbelang diende acht te slaan.

70. Art. 2:129/239 lid 5 BW, art. 2:336 lid 1 BW, art. 2:342 lid 1 BW en art. 2:349a lid 2 BW.

2.2.4 *Synthese van het vennootschappelijk belang.* Ik maak een sprong naar 2014. In dat jaar wees de Hoge Raad de *Cancun*-beschikking. Daarin heeft ons hoogste rechtscollege in een ‘overzichtsarrest’ zijn leer over het vennootschappelijk belang samengevat.⁷¹ Je kunt die beschikking een synthese noemen. Ik citeer:

‘4.2.1: Bij de vervulling van hun taak dienen de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten (vgl. thans art. 2:239 lid 5 BW). Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschappelijk belang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. In geval van een joint venture-vennootschap wordt het belang voorts bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking. (...)’

‘4.2.2: Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken... Deze zorgvuldigheidsplicht kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad.’

De Hoge Raad laat bij de invulling van het vennootschappelijk belang ruimte voor variëteit. Hij prikt door naar de door de vennootschap gedreven onderneming. De Raad sluit – zo denk ik – niet uit dat bij bepaalde typen vennootschappen en ondernemingen het vennootschappelijk belang voornamelijk het aandeelhoudersbelang omvat. Bij anders geaarde vennootschappen en ondernemingen kan dit anders liggen. Als de vennootschap insolvent is, kan het vennootschappelijk belang nog weer een andere kleur aannemen (in zo’n geval wegen de belangen van onbetaalde schuldeisers zwaar).⁷² Aan variëteit bestaat in de vennootschapspraktijk behoefte, omdat een kenmerk daarvan is dat vennootschappen verschillend worden ingericht en in verschillende levensfasen kunnen verkeren. De *Cancun*-beschikking heeft door haar brede bewoordingen zowel op de besloten als de naamloze vennootschap betrekking.

De Hoge Raad legt in de *Cancun*-beschikking ook uit dat zich de situatie kan voordoen dat conflicterende belangen om voorrang strijden. Kennelijk wil de Hoge Raad (r.o. 4.2.2) dat de leiding van een vennootschap met behulp van het proportionaliteitsbeginsel aan de verschillende belangen recht doet.⁷³ Het idee dat uiteenlopende belangen tegen elkaar dienen te worden afgewogen, is in overeenstemming met de Nederlandse (polder)traditie. Die komt erop neer dat niet een bepaald belang bij voorbaat voorrang heeft, maar er na overleg pragmatische compromissen over

71. HR 4 april 2014, NJ 2014/286.

72. Zie hierover verhelderend: B.F. Assink, *De januskop van het ondernemingsrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2010, p. 43.

73. Zie over het proportionaliteitsbeginsel in het ondernemingsrecht: M.J. van Ginneken & L. Timmerman, ‘De betekenis van het evenredigheidsbeginsel’, *Ondernemingsrecht* 2011, p. 601-607.

die uiteenlopende belangen gesloten moeten worden.⁷⁴ Ik verwacht dat de Hoge Raad met de *Cancun*-beschikking voor vele jaren heeft aangeduid hoe in de rechtspraak met het vennootschappelijk belang omgegaan dient te worden.

2.2.5 *Nog een ander tijdperk vangt aan: dat van de managers.* Nu iets over de bestuurszelfstandigheid. Vanaf de jaren twintig van de vorige eeuw krijgen professionele bestuurders een grotere rol in ondernemingen (er blijven natuurlijk ondernemingen zonder professionele managers, het gaat dan vooral om (kleine) familieondernemingen, maar ook die schakelen soms professionele managers in).⁷⁵ Daarmee breekt voor het Nederlandse bedrijfsleven het *tijdperk van de managers* met eigen professionele standaarden, zoals het gebod van efficiency, aan.⁷⁶ De bedrijfseconomie kwam tot ontwikkeling.⁷⁷ Dat tijdperk van de bestuurder/manager duurt nog voort, hoewel de ideeën over de wijze waarop bedrijven bestuurd dienen te worden in de loop van de tijd zijn veranderd.⁷⁸ Professionele bestuurders krijgen soms met zulke complexe problemen te maken dat zij zich laten bijstaan door (een) legertje(s) consultants. Bestuurders/managers oefenen hun taak vaak zelfstandig uit met eigen ambities. Die zelfstandigheid wordt gerechtvaardigd met het idee dat bestuurders in woelige economische tijden een slagvaardig beleid moeten kunnen voeren. Ook hebben zij aan een zelfstandige positie behoefte om de onderneming overeenkomstig hun expertise te leiden. Er is in de praktijk van het leiden van een grote vennootschap een scheiding ontstaan tussen bestuur en aandeelhouders: ieder op een eigen eiland waarbij het bestuur op het grootste en machtigste eiland woont.⁷⁹

2.2.6 *Beschermingsmaatregelen.* Bestuurders van Nederlandse beursvennootschappen hebben hun zelfstandige positie (en daarmee hun macht) kunnen versterken door beschermingsconstructies op te (doen) zetten.⁸⁰ Deze beschermingsmaatregelen maken bestuurders min of meer immuun voor kattenkwaad dat aandeelhouders willen begaan, zoals het medewerken aan een vijandige overname.⁸¹ Vanaf de jaren

74. Zie hierover Maarten Prak & Jan Luiten van Zanden, *Nederland en het poldermodel, Sociaal Economische Geschiedenis van Nederland, 1000-2000*, Amsterdam: Bert Bakker 2013, p. 272-274.

75. Zie over de grotere rol van de professionele bestuurders vanaf de jaren twintig van de vorige eeuw: Keetie E. Sluyterman, *Kerende kansen, het Nederlandse bedrijfsleven in de twintigste eeuw*, Amsterdam: Boom Uitgevers 2003, p. 138-144 en 191-202.

76. Zie voor een vroege beschouwing door een jurist over het opkomende management: Jb. Zeylemaker, *Verleden, heden en toekomst van de naamloze vennootschap*, Zwolle: Tjeenk Willink 1946, p. 36-50.

77. Zie hierover Gerarda Westerhuis & Abe de Jong, *Over geld en macht, Financiering en corporate governance van het Nederlandse bedrijfsleven*, Amsterdam: Boom Uitgevers 2015, p. 71-72 en 128-134.

78. Iemand die kritisch schrijft over de rol van managers in het huidige vennootschapsrecht is de Engelse hoogleraar Lorraine Talbot. Zie haar prikkelende beschouwing in *Progressive corporate governance for the 21st century*, p. 103-117 (2013). Haar kritiek is dat managers uiteindelijk te eenzijdig zijn gericht op aandeelhoudersbelangen. Zie voor een boek waarin in een historisch betoog wordt uiteengezet hoe de besturing van ondernemingen in de loop van de tijd veranderde: A.D. Chandler jr., *Scale and scope. The dynamics of industrial capitalism*, Harvard: Harvard University Press 1990. Verhelderend over het bestuur van ondernemingen is ook John Kay, *Foundations of corporate success*, Oxford: Oxford University Press 1993.

79. Hierop is het eerst gewezen door A.A. Berle en G.C. Means in hun beroemde studie *The modern corporation and private property*, Abingdon: Taylor and Francis Inc. 1932.

80. Zie hierover: L. Timmerman, 'De carroussel van beschermingsmaatregelen (ofwel: on and on and on)', *Ondernemingsrecht* 2018, p. 456-459.

81. Een mooi recent overzicht van beschermingsmaatregelen in de loop van de tijd is te vinden in R.A.F. Timmermans, *Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 11-130.

tachtig van de vorige eeuw verandert er het een en ander. De bestuurders komen onder druk te staan van (buitenlandse) professionele aandeelhouders. Deze zaaien onrust onder andere met behulp van het goedkope – de vennootschap draait immers voor de onderzoekskosten op – enquêterecht met onmiddellijke voorzieningen. De grillige macht van globale kapitaalmarkten en die van de kapitaalverschaffers nemen toe.⁸² Er doet zich een soort opstand van kapitaalverschaffers voor die resulteert in een aantal geruchtmakende zaken, zoals de *ABN Amro-zaak*,⁸³ de *Asmi-zaak*⁸⁴ en de *Akzo-affaire*.⁸⁵ De Nederlandse beschermingsmaatregelen worden een controversieel verschijnsel. Daaraan dragen gezaghebbende economen bij die vaak aandeelhouders georiënteerd zijn en zich – dat doet het altijd goed – op inzichten van Amerikaanse auteurs beroepen.⁸⁶ Deze verdedigen dat het bestuur niet meer dan een ‘agent’ is van de aandeelhouders die zijn ‘principal’ zijn. De beursvennootschap dreigt de slaaf van de kapitaalmarkten te worden.⁸⁷

Ik maak weer een sprong naar een beschikking van de Hoge Raad, de RNA-beschikking uit 2003. In die beschikking is de effectiviteit van beschermingsmuren gerelativeerd.⁸⁸ Ons hoogste rechtscollege oordeelde dat een beschermingsmaatregel bij een redelijke afweging van de in het geding zijnde belangen binnen de marges van een adequate en proportionele reactie op het dreigende gevaar van een ongewenste overname dient te vallen. Het gedurende onbepaalde tijd handhaven van een beschermingswal is in het algemeen niet gerechtvaardigd. Niet alles mag dus op beschermingsgebied. Het oordeel van de Hoge Raad maakt, afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de aard van de getroffen beschermingsmaatregel, een gevarieerde beoordeling van beschermingsmaatregelen mogelijk. Ons hoogste rechtscollege volgt naar mijn indruk een middenweg en is op zoek naar balans.

2.2.7 *Forumbank*. De Hoge Raad heeft de nieuwe economische werkelijkheid van de zelfstandige bestuurders/managers in het *Forumbank*-arrest van 1955⁸⁹ erkend: een algemene vergadering van aandeelhouders mag niet de bij wet en statuten getrokken grenzen van haar bevoegdheid overschrijden. Dit betekent dat, als het bestuur een bepaalde bevoegdheid heeft, de aandeelhouders voor deze bevoegdheid aan de bestuurders geen bindende instructie kunnen geven, tenzij de statuten voor die bevoegdheid zo’n instructierecht aan de aandeelhoudersvergadering hebben toegekend.⁹⁰ Het *Forumbank*-arrest erkent dus weliswaar de zelfstandige positie van het bestuur, maar doet dit slechts deels. Het voorbehoud zit in het statutaire in-

82. Zie hierover onder andere Gerarda Westerhuis & Abe de Jong, *Over geld en macht, Financiering en corporate governance van het Nederlandse bedrijfsleven*, Amsterdam: Boom Uitgevers 2015, p. 157-200.

83. HR 13 juli 2007, NJ 2007/434.

84. HR 9 juli 2010, NJ 2010/544.

85. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 29 mei 2017, JOR 2017, 216.

86. Zie voor een precieze weergave van de discussie over beschermingsmaatregelen van de jaren zeventig: R.A.F. Timmermans, *Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 34-47.

87. K. Geens, ‘Overpeinzingen bij bijna een halve eeuw vennootschapsrecht’, *Tijdschrift voor privaatrecht* 2001, p. 71.

88. HR 18 april 2003, NJ 2003/286.

89. HR 21 januari 1955, NJ 1959/43. Zie voor een diepgaande bespreking van het *Forumbank*-arrest: F.G.K. Overkleef, *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen, een analyse van recht, gebeurtenissen en ideeën* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 51-57.

90. Zie hierover ook: HR 21 december 2001, NJ 2005/96 (*Sobi/Hurks*): ‘Tenzij de statuten van de dochtermaatschappij daaromtrent enige andersluidende regeling bevatten, heeft het bestuur van de moedermaatschappij niet de bevoegdheid bindende instructies te geven aan het bestuur van de dochter.’

structierecht. Voor de naamloze en besloten vennootschap openen art. 2:129-239 lid 4 BW⁹¹ de mogelijkheid van zo'n statutair instructierecht voor de aandeelhoudersvergadering. Art. 2:129-239 lid 4 BW sluiten beide goed aan bij het *Forumbank*-arrest. Deze artikelen staan toe om de positie van het bestuur via de statuten per vennootschap op verschillende manieren te regelen. Evenals in de *Cancun*-beschikking en de *RNA*-beschikking volgde de Hoge Raad in het *Forumbank*-arrest een middenkoers met ruimte voor variatie.

2.2.8 *Het vennootschappelijk belang beperkt het instructierecht.* De Hoge Raad heeft in zijn *Cancun*-beschikking zijn visie op de bestuursautonomie verduidelijkt ingeval de statuten van een besloten vennootschap een bindend instructierecht bevatten: het bestuur is dan uiteindelijk gehouden om zich te richten naar het vennootschappelijk belang, ook al bepalen de statuten dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van de aandeelhoudersvergadering. Dit oordeel is in overeenstemming met de tekst van art. 2:239 lid 4 BW. De Hoge Raad heeft in de *Cancun*-beschikking niet meer gegeven dan een parafrase van art. 2:239 lid 4 BW. Daarin is immers bepaald dat het bestuur instructies dient op te volgen, tenzij die in strijd met het vennootschappelijk belang zijn.

De beslissing van de Hoge Raad is bekritiseerd.⁹² De lijn van ons hoogste rechtscollege is mijns inziens dat hij ruimte wil geven voor een afhankelijk van de inhoud van de statuten gevarieerde relatie tussen aandeelhouders en het bestuur, maar daarbij een ondergrens hanteert: het bestuur mag geen zetbaas worden van de aandeelhouders zonder enige eigen verantwoordelijkheid en dient ervoor te waken dat de diverse belangen die in de vennootschap een rol spelen niet onnodig of onevenredig worden geschaad. Die lijn komt mij juist voor: Ik ben tegen vennootschappelijke functionarissen die veel in de vennootschap (moeten) doen, maar daarvoor geen vennootschapsrechtelijke verantwoordelijkheid dragen.⁹³ De benadering van de Hoge Raad laat ruimte om aan instructies die op de statuten berusten een zwaar gewicht te geven. Overigens vindt het oordeel van de Hoge Raad in de *Cancun*-beschikking zijn pendant in oudere uitspraken over moeder-dochterverhoudingen in medezeggenschapskwesties: daar leerde de Ondernemingskamer dat uitoefening van instructiemacht steeds zijn grens vindt in de eigen rechten en plichten van de dochter.⁹⁴ Ik zie in het *Cancun*-oordeel van de Hoge Raad over de zelfstandigheid van het bestuur een lange lijn. Ik merk nog op dat dit alles betekent

91. Art. 2:239 lid 4 BW is in zijn huidige vorm ingevoerd in 2012 (Wet van 12 juni 2012, *Sib.* 2012, 299).

92. Zie bijvoorbeeld: M.J.G.C. Raaijmakers, 'De institutionele opvatting: grondslag en inhoud?', *Ondernemingsrecht* 2015/28 en Kid Schwarz, *De impact van het vennootschappelijk belang: machtsverhoudingen en aansprakelijkheid* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2018, p. 61-71. Mijns inziens kon de Hoge Raad moeilijk anders beslissen dan hij heeft gedaan, gelet op de tekst van art. 2:239 lid 4 BW. Ik vind de opvattingen van Raaijmakers en Schwarz, die in bepaalde omstandigheden tegen de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur zijn, beter passen in een nieuw te creëren rechtsvorm van een bv zonder bestuur met daarbij behorende zwaardere verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor aandeelhouders.

93. B.F. Assink, 'Familievennootschap en vennootschappelijk belang, over de trits "vennootschap", "vennootschappelijk belang" en "bestuursautonomie"', in: B.F. Assink e.a., *Familievennootschappen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 40-45.

94. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 juni 1983, *NJ* 1984/571. Zie over deze medezeggenschapsrechtspraak: M. Holtzer, *De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 166-177.

dat aandeelhouders onder het Nederlandse vennootschapsrecht het vennootschappelijk belang niet als iets dat voor hen niet van belang is kunnen negeren.

2.2.9 Strategie opgenomen in de bevoegdheidsverdeling. De Hoge Raad heeft nog een dimensie aan de zelfstandigheid van het bestuur toegevoegd. Voor professionele managers is het ‘best practice’ dat zij voor de door hen geleide onderneming een strategie ontwikkelen.⁹⁵ Die gedachte is erkend in principe 1.1 van de Corporate Governance Code: Het bestuur ontwikkelt een visie op de lange termijn-waardecreatie van de vennootschap en formuleert een daarbij passende strategie. Een strategie is een weloverwogen plan met het oog op de beste manier waarop de door de vennootschap gedreven onderneming vooruit kan komen.⁹⁶ De wijze waarop professionele bestuurders in de praktijk hun bestuurstaak invullen, heeft geleid tot een hernieuwde doordenking van art. 2:129-239 lid 1 BW. De Hoge Raad oordeelde dat het vaststellen van de strategie behoort tot de bestuurstaak, zoals deze in art. 2:129-239 lid 1 BW is aangeduid.⁹⁷ Ik wijs erop dat art. 2:129-239 lid 1 BW het mogelijk maakt de bestuursbevoegdheid te beperken. Als gevolg hiervan is het toegelaten in de statuten te bepalen dat de bevoegdheid tot het vaststellen van de strategie bij de aandeelhoudersvergadering (bijvoorbeeld bij een joint venture-vennootschap) berust.⁹⁸ Ook op dit punt zien we dat de zelfstandigheid van het bestuur betrekkelijk is.

2.3 Het rapport Verdam uit 1964⁹⁹

2.3.1 Herziening van het vennootschapsrecht, neen van het ondernemingsrecht. Na het einde van de Tweede Wereldoorlog kwam het idee op om het vennootschapsrecht te herzien. In 1948 vroeg het toenmalige kabinet advies aan de Stichting van de Arbeid over herziening van het vennootschapsrecht. De Stichting slaagde er niet in een advies uit te brengen. Uiteindelijk werd in 1960 de Commissie Verdam ingesteld. Minister van Justitie Beerman legde in zijn rede bij de installatie van de Commissie de nadruk op de publieke verantwoording van de vennootschap en de medezeggenschap van werknemers. Vandaar dat de minister niet sprak over herziening van het vennootschapsrecht, maar over herziening van het ondernemingsrecht. Zijn

95. Zie hierover uitvoerig Keetie E. Sluyterman, *Kerende kansen, het Nederlandse bedrijfsleven in de twintigste eeuw*, Amsterdam: Boom Uitgevers 2003, p. 12-15 en 138-143.

96. Keetie E. Sluyterman, *Kerende kansen, het Nederlandse bedrijfsleven in de twintigste eeuw*, Amsterdam: Boom Uitgevers 2003, p. 13.

97. HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (*Asmi*). Zie ook uitvoerig: HR 20 april 2018, JOR 2018, 142 (*Fugro*). Zie overigens de uitspraak van Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) inzake *Stork* van 17 januari 2007, JOR 2007, 42 waarin de Ondernemingskamer eerder in deze zin heeft beslist.

98. B.F. Assink, ‘Kanttekeningen bij Boskalis/Fugro’, *Maandblad voor ondernemingsrecht* 2018, p. 192-193.

99. Het rapport heeft als titel ‘Herziening van het ondernemingsrecht’. Het rapport Verdam bevat concepten voor wetsvoorstellen met toelichtingen. De commissie bestond uit 16 mannen onder wie Van der Grinten en de latere premier Den Uyl. Verdam was voorzitter van de commissie. Hij was een veelzijdig man. Hij was hoogleraar rechtsgeschiedenis aan de VU, maar in 1940 op een vennootschapsrechtelijk proefschrift over nietigheid van besluiten gepromoveerd. Hij is bedrijfsjurist bij de Bijenkorf en ook minister geweest en had de reputatie een verzoener te zijn. Hij was befaamd om zijn gevoel voor droge humor. Over hem doet een anekdote de ronde. Toen hij eens uiteengezet had dat een vennootschap een onderneming was, maar ook een onderneming kon hebben, merkte Maeijer op dat je niet tegelijk iets kan hebben en dat ook kan zijn: je kunt niet tegelijkertijd een olieboll hebben en olieboll zijn. Verdam repliceerde: ik vind dat u een knappe kop hebt, maar ook dat u een knappe kop bent.

bedoeling was dat het 'klassieke' vennootschapsrecht met ondernemings- en medezeggenschapsserum zou worden geïnjecteerd.¹⁰⁰

Het accent op medezeggenschap en publieke verantwoording moet worden begrepen tegen de achtergrond van het beëindigen van de Tweede Wereldoorlog. Die oorlog was een ingrijpende ervaring voor veel Nederlanders.¹⁰¹ Lowe schrijft: '*After the war was over, the one thing that almost everyone craved for was a sense of belonging.*'¹⁰² De historicus Kennedy neemt na de Tweede Wereldoorlog voor Nederland een krachtig besef waar van nationale solidariteit en een streven naar consensus.¹⁰³ Er kwam in die tijd in overleg met de sociale partners een gecoördineerd economisch beleid tot stand. Het gehavende Nederland — de materiële oorlogsschade bedroeg in guldens van toen 25 miljard — ging, zoals dat werd genoemd, op de schop. Er werd nieuwe sociale wetgeving (onder andere de AOW en de Bijstandswet) van kracht die Nederland voor altijd (?) in een verzorgingsstaat veranderde. Als je over de jaren vijftig van de vorige eeuw leest of de foto's van Ed van der Elsken uit die tijd bekijkt, dan valt op dat er een spanning bestond tussen conservatisme (puriteinse moraal, braafheid en conformisme) en moderniteit¹⁰⁴ (Karel Appel, Cobra, de Vijftigers, Annie M.G. Schmidt en nozems). Die spanning komt in de turbulente jaren zestig van de vorige eeuw op het Spui in Amsterdam bij het Lieverdje en in het Maagdenhuis tot uitbarsting. Daarna is Nederland een minder volgzaam en minder verzuilde samenleving.¹⁰⁵ In die tijd gaat er ook een grote bezorgdheid ontstaan over de macht van grote ondernemingen. Het idee vatte post dat een kleine elitegroep (een old boys network) in Nederland de dienst uitmaakte.¹⁰⁶ De polarisatie tussen links en rechts groeide. De vakbeweging radicaliseerde. Er ontstaat een ondernemersonvriendelijk klimaat. Later in de jaren tachtig van de vorige eeuw zal dit omslaan. Dan gaan we ondernemen verheerlijken en krijgt iedere Nederlander de raad om

100. Zie voor dit leuke beeld: B.C. de Die, 'Vennootschapsrecht als ondernemingsrecht', *SEW* 1970, p. 491.

101. Zie hierover het onlangs verschenen boek van Keith Lowe, *The fear and the freedom, how the second world war changed us*, London: Penguin Books Ltd 2017.

102. P. 157 van het boek Keith Lowe.

103. James Kennedy, *Een beknopte geschiedenis van Nederland*, Amsterdam: Bert Bakker 2017, p. 337. Zie voor een beeld van de desolate toestand waarin Nederland na de Tweede Wereldoorlog verkeerde: Ad van Liempt, *Na de bevrijding, de loodzware jaren 1945-1950*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2014.

104. Zie hierover de beschouwing van Hans Rigthart, *De eindeloze jaren zestig, geschiedenis van een generatieconflict*, Amsterdam: Singel Uitgeverijen 1995, p. 70. Zie over de jaren zestig van de vorige eeuw ook het boek van Geert Buelens, *De jaren zestig, een cultuurgeschiedenis*, Amsterdam: Ambo Anthos uitgevers 2018. Lezing van dit boek vergt een zekere tijdsinvestering. Het telt meer dan 1000 pagina's. Maar het is een geweldige leeservaring. Een aardige anekdote uit die tijd betreft Harold MacMillan, premier van Groot-Brittannië. Hij nam in 1957 die onderstroom van een zeker onbehagen en van een drang tot verandering waar. Hij reageerde hierop met een zekere vertwijfeling: 'Most of our people had never had it so good'. Zie voor een uitgebreide analyse van die uitspraak Dominic Sandbrook, *Never had it so good, a history of Britain from Suez to the Beatles*, London: Little, Brown Book Group 2005.

105. Piet de Rooy, *Republiek van rivaliteiten, Nederland sinds 1813*, zesde druk, Amsterdam: Mets & Schilt Uitgevers, p. 16.

106. Zie hierover bijvoorbeeld de uit 1975 daterende studie *Graven naar macht, op zoek naar de kern van de Nederlandse economie* (H.M. Helmers, R.J. Mokken, R.C. Plijter en F.N. Stokman). In die studie wordt de elite die het bedrijfsleven zou besturen in kaart gebracht. Zie voor een boek waarin beschreven wordt hoe deze elite weer uit elkaar valt: Elke Heemskerk, *Decline of the corporate community. Network dynamics of the Dutch corporate elite*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007.

ondernemer te worden (ik heb die raad niet opgevolgd, desondanks heeft Nederland per inwoner het hoogste aantal ondernemers in de wereld).¹⁰⁷

2.3.2 *Groots wetgevend werk.* De nieuwe ‘sense of belonging’ verklaart de Nederlandse naoorlogse tendens om de vennootschap en de onderneming als één geheel te zien waarvan de werknemers deel uitmaken. De Commissie Verdam stelde een herziening van de Wet op de ondernemingsraden voor met meer inspraak voor de werknemers en die kwam er ook.¹⁰⁸ Het idee van maatschappelijke verantwoording door ondernemingen kreeg vorm in voorstellen voor nieuwe regels voor de jaarrekening van vooral naamloze vennootschappen.¹⁰⁹ Het recht op inlichtingen voor de aandeelhoudersvergadering werd met succes voorgesteld (art. 2:107-217 lid 2 BW).¹¹⁰ De Commissie wilde met haar voorstellen het vennootschapsrecht laten beantwoorden aan nieuwe behoeften en verlangens van de samenleving.¹¹¹ De twee meest succesvolle onderdelen van het rapport Verdam waren de instelling van de Ondernemingskamer en de verbetering van het enquête-recht. Minder succesvol waren de voorstellen voor de structuurregeling. Maar het rapport Verdam werd over het algemeen goed ontvangen.¹¹² Alle voorstellen werden in 1971 op één uitzondering (de structuurregeling) na zonder problemen in wetgeving omgezet. Er werd in die tijd iets groots tot stand gebracht. Niet alleen de Verdam-voorstellen werden van kracht, maar ook werd de vennootschapswetgeving aan de Eerste EG-richtlijn aangepast en de besloten vennootschap kwam er uiteindelijk.

2.3.3 *Vennootschapsrecht maatschappelijk relevant.* Er brak voor het vennootschapsrecht een nieuw tijdperk aan. Het werd minder een technisch vakgebied en meer gezien als relevant voor de inrichting van de maatschappij. Aan de juridische faculteit van de Universiteit van Nijmegen onderkende men de toenemende maatschappelijke relevantie van het vennootschapsrecht. In 1966 werd door Van der Grinten en Maeijer een studiecentrum opgericht voor het vennootschaps- en rechtspersonenrecht, het Van der Heijden-instituut.¹¹³ Dat instituut diende door het organiseren van congressen en het uitgeven van boeken een goede beoefening van het vennootschapsrecht te bevorderen. Later zijn er aan andere universiteiten vergelijkbare instituten gekomen. Deze mooie infrastructuur van instituten heeft aan het hoge niveau van beoefening van het vennootschapsrecht bijgedragen.

2.3.4 *De eerste gouden greep.* Zoals we hebben gezien (zie 2.1.10 hiervoor), heeft Haardt in 1953 het idee van een gespecialiseerd rechterlijk college voor het ondernemingsrecht geopperd. De Commissie Verdam heeft dit idee overgenomen. De Ondernemingsrechtelijke Raad heeft het college in 1954 ingesteld. Het college heeft in 1954-1955 en 1956-1957 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 1957 uitgegeven. Het tweede verslag is in 1958 uitgegeven. Het college heeft in 1957-1958 en 1959-1960 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 1960 uitgegeven. Het tweede verslag is in 1961 uitgegeven. Het college heeft in 1961-1962 en 1963-1964 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 1964 uitgegeven. Het tweede verslag is in 1965 uitgegeven. Het college heeft in 1965-1966 en 1967-1968 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 1968 uitgegeven. Het tweede verslag is in 1969 uitgegeven. Het college heeft in 1969-1970 en 1971-1972 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 1972 uitgegeven. Het tweede verslag is in 1973 uitgegeven. Het college heeft in 1973-1974 en 1975-1976 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 1976 uitgegeven. Het tweede verslag is in 1977 uitgegeven. Het college heeft in 1977-1978 en 1979-1980 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 1980 uitgegeven. Het tweede verslag is in 1981 uitgegeven. Het college heeft in 1981-1982 en 1983-1984 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 1984 uitgegeven. Het tweede verslag is in 1985 uitgegeven. Het college heeft in 1985-1986 en 1987-1988 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 1988 uitgegeven. Het tweede verslag is in 1989 uitgegeven. Het college heeft in 1989-1990 en 1991-1992 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 1992 uitgegeven. Het tweede verslag is in 1993 uitgegeven. Het college heeft in 1993-1994 en 1995-1996 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 1996 uitgegeven. Het tweede verslag is in 1997 uitgegeven. Het college heeft in 1997-1998 en 1999-2000 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 2000 uitgegeven. Het tweede verslag is in 2001 uitgegeven. Het college heeft in 2001-2002 en 2003-2004 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 2004 uitgegeven. Het tweede verslag is in 2005 uitgegeven. Het college heeft in 2005-2006 en 2007-2008 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 2008 uitgegeven. Het tweede verslag is in 2009 uitgegeven. Het college heeft in 2009-2010 en 2011-2012 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 2012 uitgegeven. Het tweede verslag is in 2013 uitgegeven. Het college heeft in 2013-2014 en 2015-2016 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 2016 uitgegeven. Het tweede verslag is in 2017 uitgegeven. Het college heeft in 2017-2018 en 2019-2020 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 2020 uitgegeven. Het tweede verslag is in 2021 uitgegeven. Het college heeft in 2021-2022 en 2023-2024 twee verslagen uitgegeven. Het eerste verslag is in 2024 uitgegeven. Het tweede verslag is in 2025 uitgegeven.

107. James Kennedy meent dat een kenmerk van Nederland is dat zich plotselinge grote verschuivingen in het denken voordoen. Wellicht is dat verschijnsel van het in de jaren tachtig van de vorige eeuw radicaal anders gaan denken over ondernemerschap hiervan een voorbeeld. Zie zijn opstel ‘Radicaler bekeerling’, in: *Bezielde verbanden, Gedachten over religie, politiek en maatschappij in het moderne Nederland*, Amsterdam: Bert Bakker 2009, p. 147-151.

108. Wet van 28 januari 1971, *Stb.* 1971, 54.

109. Wet van 10 september 1970, *Stb.* 1970, 414.

110. Wet van 6 mei 1971, *Stb.* 1971, 289.

111. Zie W.C.L. van der Grinten, ‘De aandeelhoudersvergadering en de nv’, in: de bundel *Uit het recht die aan Verdam werd aangeboden toen hij afscheid nam als hoogleraar aan de Vrije Universiteit*.

112. Zie bijvoorbeeld het bijzondere nummer gewijd aan het rapport Verdam van *De naamloze vennootschap*, *De NV* 1965, p. 1-33.

113. Zie hierover *50 jaar Van der Heijden Instituut 1966-2016* (2017).

mingskamer gaat op 1 januari 1971 van start.¹¹⁴ Onorthodox is de samenstelling ervan. De wetgever durfde toen. Art. 66 RO bepaalt dat zij bestaat uit drie rechterlijke ambtenaren en twee zogeheten raden. De laatsten zijn geen rechterlijk ambtenaar, maar bijvoorbeeld accountant of een persoon die functies in het bedrijfsleven heeft bekleed. De Ondernemingskamer heeft sinds haar instelling ongeveer 5000 uitspraken gedaan; ongeveer 4500 daarvan hadden betrekking op het enquête-recht.¹¹⁵ Het enquête-recht is de core business van de Ondernemingskamer. Het idee van een Ondernemingskamer paste in een tijd waarin in het Nederlandse vennootschapsrecht de ambitie opkwam om zich met het reilen en zeilen van ondernemingen te bemoeien. Geen ander land in de Europese Unie kent een met de Ondernemingskamer vergelijkbaar rechterlijk college. Een verklaring kan zijn dat men nergens een figuur als het enquête-recht kent waarmee de rechter met behulp van (onmiddellijke) voorzieningen diep in het functioneren van de onderneming kan ingrijpen. Ik vermoed ook dat een rechterlijk college als de Ondernemingskamer eerder in een kleine jurisdictie als de Nederlandse wordt geaccepteerd dan in een grote als de Duitse. Amsterdam is voor iedereen in Nederland dichtbij. Ook is de Ondernemingskamer inmiddels belast met aangelegenheden die heel specialistisch zijn, zoals pensioenkwesies en de vaststelling van schadeloosstelling na onteigening van aandelen in een financiële instelling. Het zou te kostbaar zijn om over dit soort onderwerpen kennis in alle rechtbanken en hoven op te bouwen.

Voor het Nederlandse ondernemingsrechtwereldje was de instelling van de Ondernemingskamer een gouden greep. Advocaten stappen graag naar de Ondernemingskamer. Zij wordt doorgaans als deskundig gezien. Beschikkingen worden binnen een redelijk korte termijn gegeven en zijn meestal uitgebreid en ook goed gemotiveerd. Ook worden geschillen regelmatig door een schikking zonder rechterlijk oordeel beëindigd.¹¹⁶ Ik vermoed dat niemand in Nederland van de Ondernemingskamer af wil. Voor de zaken die de Ondernemingskamer behandelt, is zij meestal de enige feitelijke instantie met steeds de mogelijkheid van cassatieberoep.¹¹⁷ In ieder geval bevordert het recht spreken in één feitelijke instantie de snelheid van de procedure.

2.3.5 *De tweede gouden greep.* Haardt had in 1953 ook ideeën gelanceerd voor een verbeterde regeling van het enquête-recht. Van der Grinten borduurde in zijn NJV-preadvis uit datzelfde jaar hierop voort. Ik citeer uit dit preadvies (p. 72-73):

‘Voorts zou de rechter bevoegd dienen te worden verklaard, gezien de resultaten van de enquête, bijzondere voorzieningen ten aanzien van de n.v. te treffen. Hierbij ware te denken aan schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen en benoeming van een beheerder over een n.v. De omvang van de bevoegdheden van de beheerder zou door de rechter bepaald kunnen worden waarbij hij mede bevoegdheden zou

114. Art. 41 van de Wet 10 september 1970, *Stb.* 1970.

115. Ik mocht tellen bij de Ondernemingskamer, maar daarvan heb ik uit tijdgebrek moeten afzien.

116. Zie over deze praktijk P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, tweede druk, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, p. 349-353.

117. Zie voor een overzicht van het type van zaken dat bij de Ondernemingskamer aanhangig gemaakt kan worden: P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, tweede druk, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, p. 27-28.

moeten kunnen opdragen die normaliter aan de aandeelhoudersvergadering toekomen. De toestand van onder beheerstelling zou gehandhaafd moeten kunnen worden tot het tijdstip, dat naar het oordeel van de rechter een redelijke zekerheid bestaat, dat gezonde verhoudingen in de n.v. aanwezig zullen zijn. Voorts zou de rechter bevoegd moeten zijn hangende de enquête voorlopige voorzieningen van soortgelijke aard te treffen, wanneer gevaar bestaat, dat gedurende deze periode schade wordt toegebracht aan de belangen der n.v.’.

Zie hier de grote lijn van het verbeterde enquêterecht, zoals dat later werd voorgesteld door de Commissie Verdam en in 1971 in de wet werd opgenomen¹¹⁸ met een klein aantal varianten: vakbonden kregen ook het enquêterecht (art. 2:347 BW). Dat had Van der Grinten niet voorgesteld. De door hem wel voorgestelde voorlopige voorzieningenregeling werd pas in 1994 (meer dan veertig jaar na zijn preadvies) ingevoerd (art. 2:349a BW),¹¹⁹ toen bij toepassing van het enquêterecht gebleken was dat daaraan behoefte bestond. De gang daarna van het enquêterecht is er één van uitbreiding door de wetgever en de rechtspraak en van een geringer aantal beperkingen.¹²⁰ Het Ministerie van Justitie en Veiligheid heeft ook het belang van het enquêterecht gezien. Dit heeft twee onderzoeken (in 2009 en 2018) laten uitvoeren naar het feitelijk functioneren van het enquêterecht.¹²¹ Daaruit bleek brede tevredenheid.

2.3.6 Het spel van uitbreidingen en beperkingen van het enquêterecht. Het enquêterecht wordt in de Nederlandse vennootschapspraktijk vaak in stelling gebracht. Drie factoren verklaren dit. Willems heeft eens opgemerkt dat het enquêterecht zowel een aspirientje als een zwaar medicijn is.¹²² Inderdaad is een sterk punt van het enquêterecht dat de Ondernemingskamer door het opleggen van (sinds 1994 onmiddellijke) voorzieningen echt iets aan de gezondheid van ondernemingen kan doen. Daarbij komt dat de Ondernemingskamer ook bereid is om van deze bevoegdheid gebruik te maken. Rechters kunnen hun bevoegdheden ook terughoudend benutten. Dat doet de Ondernemingskamer niet. Hierboven hebben we gezien dat het bestuur van een vennootschap in het Nederlandse vennootschapsrecht doorgaans een sterke positie heeft. Het enquêterecht is een middel om het bestuur (en de raad van commissarissen) via het onderzoekverslag en het wanbeleidoordeel tot verantwoording jegens aandeelhouders en werknemers te dwingen.

Deze positieve effecten van het enquêterecht verklaren waarom de toegang van het enquêterecht werd verruimd in vergelijking met wat in 1971 in de wet was bepaald. Zo heeft de Hoge Raad beslist dat economisch gerechtigden op aandelen

118. Wet van 10 september 1970, *Stb.* 1970, 411.

119. Wet van 29 juni 1994, *Stb.* 1994, 597.

120. Zie over het enquêterecht: het preadvies voor de Vereniging ‘Handelsrecht’ van Josephus Jitta en Mok, *Het enquêterecht onderzocht*, Deventer: Wolters Kluwer 2004.

121. K. Cools, P.G.F.A. Geerts, M.J. Kroeze & A.C.W. Pijls, *Het recht van enquête, een empirisch onderzoek*, Deventer: Wolters Kluwer 2009 en A.J.F. Lafarre, B.C.J. Schippers, S.F.W. van den Bosch, C.F. van der Elst & G.J.H. van der Sangen, *Doelbereiking en effectiviteit van de wet aanpassing enquêterecht in de praktijk* 2018.

122. J.H.M. Willems, ‘De enquêteprocedure: een efficiënte dienstmaagd’, in: *Conflicten rondom de rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2000, p. 45.

of certificaten enquêtegerechtigd zijn.¹²³ In 2013¹²⁴ zijn de curator en de vennootschap (het zogenaamde 'selfie') enquêtegerechtigd geworden (art. 2:346 lid 1 onder d en lid 3 BW). Belangrijk is ook dat enquêtegerechtigden diverse mogelijkheden hebben gekregen om enquêtes te laten plaatsvinden bij tot een concern behorende vennootschappen, ook al nemen de enquêtegerechtigden niet direct deel in de concernvennootschap die voorwerp van onderzoek is.¹²⁵ Het oplossend vermogen van het enquêterecht is versterkt doordat de Ondernemingskamer sinds 1994 de bevoegdheid heeft onmiddellijke voorzieningen op te leggen.¹²⁶ Met die onmiddellijke voorzieningen kan worden gestuurd in de richting van een oplossing van het probleem dat in de vennootschap speelt.

De wetgever schrok kennelijk van het uitbundige gebruik dat de Ondernemingskamer van onmiddellijke voorzieningen is gaan maken. Sinds 2013 bepaalt art. 2:349a lid 3 BW dat ingeval nog geen onderzoek is gelast een onmiddellijke voorziening niet kan worden getroffen voordat de Ondernemingskamer voorlopig heeft geoordeeld dat toewijzing van het enquêteverzoek kan plaatsvinden.¹²⁷ Ook bepaalde de wetgever dat aan het opleggen van een onmiddellijke voorziening een redelijke afweging van belangen vooraf dient te gaan.

Ook bij de Hoge Raad vatte het idee post dat de Ondernemingskamer het niet te gek met het enquêterecht moest maken. De Hoge Raad is eisen gaan stellen aan de door de Ondernemingskamer in acht te nemen processuele zuiverheid. Zo besliste ons hoogste rechtscollege dat een onvoldoende gesubstantieerd wanbeleidverzoek niet ontvankelijk verklaard dient te worden.¹²⁸ De Ondernemingskamer mag ook geen verrassingsbeslissing nemen.¹²⁹ Wanbeleid kan alleen uitgesproken worden in geval van *ernstige* tekortkoming in het beleid van de vennootschap.¹³⁰ Ook oordeelde de Hoge Raad dat tot de doeleinden van het enquêterecht niet behoort het beslechten van geschillen van vermogensrechtelijke aard.¹³¹ Er kunnen geen definitieve voorzieningen worden opgelegd zonder onderzoek.¹³² Ten slotte heeft de Hoge Raad bepaald dat de Ondernemingskamer een wanbeleidoordeel kan uitspreken zonder voorzieningen op te leggen.¹³³ Deze bekritiseerde uitspraak heeft in het licht van de wetsgeschiedenis een zekere logica. Voor 1971 kenden we immers een enquêterecht zonder voorzieningen. In 1971 is er een aanbouw bijgekomen. De wetgever wilde het enquêterecht met voorzieningen versterken, maar mijns inziens geen 'oude' schoen (de afloop van een enquête zonder voorzieningen) wegwerpen.

2.3.7 *Een zijsprongetje*. Ik maak een zijsprong naar de Wet op de ondernemingsraden. Niet alleen het enquêterecht is door het daaraan toevoegen van voorzieningen ef-

123. HR 11 april 2014, NJ 2014/296 (Slotervaartziekenhuis).

124. Wet van 18 juni 2012, Stb. 2012, 274.

125. Zie voor een analyse van de genuanceerde rechtspraak hierover: P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, tweede druk, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2018, p. 106-117.

126. Wet van 29 juni 1994, Stb. 1994, 597.

127. Wet van 18 juni 2012, Stb. 2012, 274.

128. HR 8 april 2005, NJ 2006/43 (Laurus).

129. HR 30 maart 2007, NJ 2007/293 (ATR Leasing).

130. HR 21 februari 2003, NJ 2003/181 (Viba).

131. HR 8 november 2005, NJ 2006/173 (Unilever).

132. HR 27 september 2000, NJ 2000/653 (Gucci).

133. HR 10 januari 1990, NJ 1990/446 (OGEM).

fectiever geworden. Dat geldt ook voor het in art. 25 Wet op de ondernemingsraden geregelde adviesrecht over economische aangelegenheden. Dat adviesrecht heeft in 1979 tanden gekregen door de mogelijkheid voor de ondernemingsraad om onder andere ingeval de ondernemer het advies van de ondernemingsraad niet opvolgt beroep tegen het besluit van de ondernemer in te stellen bij de Ondernemingskamer (art. 25 en 26 Wet op de ondernemingsraden).¹³⁴ Bij gegrondbevinding van dat verzoek kan de Ondernemingskamer aan de ondernemer in de wet opgesomde voorzieningen opleggen. Ook bevat art. 26 lid 8 Wet op de ondernemingsraden een regeling voor het treffen van voorlopige voorzieningen. Het beroepsrecht heeft geleid tot belangwekkende rechtspraak van de Ondernemingskamer. Zo brak de Ondernemingskamer de staf over het onvoldoende afwegen van de werknemersbelangen tegen het belang van de ondernemer bij winstmaximalisatie in geval van sluiting van een vestiging.¹³⁵ Het beroepsrecht, evenals het enquêterecht, biedt, zeker als we de Nederlandse regels met die in het buitenland vergelijken, opmerkelijke mogelijkheden om via de rechter te proberen uitgezet ondernemersbeleid bij te stellen.

2.3.8 Een wonder of een 'strange animal'. Het rapport Verdam heeft voorstellen gedaan voor de bevoegdheden en de samenstelling van de raad van commissarissen voor grote vennootschappen. Het was een slecht voorteken dat de Commissie over dit onderwerp verdeeld was. Over de andere onderwerpen waarover de Commissie adviseerde, bestond wel eensgezindheid. Er is op een later moment (in 1969) in de Sociaal Economische Raad alsnog overeenstemming bereikt over een systeem waarin de commissarissen zichzelf mogen benoemen en er rechten van aanbeveling en van geclausuleerd bezwaar kwamen voor zowel de aandeelhoudersvergadering als de ondernemingsraad.¹³⁶ De wetgever nam dit compromis over. Volgens sommigen was dit compromis 'het wonder van Den Haag',¹³⁷ volgens anderen een 'strange animal'.¹³⁸ Ook Verdam had bedenkingen bij het in de SER bereikte compromis:

‘Met die coöptatie ben ik niet erg gelukkig ... Coöptatie is in het algemeen een geplaveide weg naar verstarring en een vorm van persoonskeuze die volstrekt uit de tijd is’.¹³⁹

Dit nieuwe wettelijke benoemingssysteem is nooit echt geliefd geworden. Het had voor mijn gevoel iets verhullends en was te afwijkend van hetgeen in andere landen gold. Ik zit dus op de 'strange animal'-lijn. In 2004 is een wetwijziging in werking getreden waarin geprobeerd werd het benoemingssysteem voor commissarissen

134. Wet van 5 september 1979, *Stb.* 1979, 448.

135. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 7 juli 1988, *NJ* 1989/845 (*Fluke*). Zie hierover in een brede context M. Holtzer, *De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2014.

136. Zie over de achtergrond van dit compromis: F.G.K. Overkleeft, *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen, een analyse van recht, gebeurtenissen en ideeën* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 77-78. Er heerste in 1968 angst voor maatschappelijke opstanden in Nederland.

137. Zie over de totstandkoming van dit wonder G.H.A. Schut, 'Het wonder van Den Haag', in: de bundel *Uit het recht* 1971, p. 307.

138. Uitgave van de SER 1969, nr. 14.

139. Het SER-advies over de ondernemingsstructuur, *De Naamloze Vennootschap* 1969/1970, p. 140.

meer in overeenstemming te brengen met wat in internationale corporate governance-kringen gebruikelijk is.¹⁴⁰ Na enige tijd bleek dat deze bijstelling van de benoemingsprocedure (zie art. 2:158-268 BW) nog minder geliefd was dan het oude systeem. Het betrokken wetsartikel is een hutsput van aanbevelingsrechten, een bindend voordrachtsrecht dat afgewezen kan worden en van benoemings- en bezwaarrechten. De procedure voor de benoeming van commissarissen bleef dus een raar beest. Ik heb de indruk dat het bedrijfsleven het huidige structuursysteem ondanks vrijstellingen en verlichtingen (zie 2.7.1 hierna) zo veel mogelijk mijdt. Het aantal structuurvennootschappen schommelt al vele jaren rond de 400. Dit is een relatieve teruggang, omdat het bedrijfsleven sinds 1971 enorm is gegroeid.

2.3.9 *Verschuiving*. Er heeft zich in de aandacht voor de raad van commissarissen een verschuiving voltrokken. Aanvankelijk (in de Verdam-tijd) was er veel aandacht voor de wijze van benoeming van commissarissen. Inmiddels is die naar mijn indruk verschoven naar het adequaat functioneren en de professionaliteit van de raad van commissarissen. Dit komt vooral tot uitdrukking in de verschillende versies van de Code Corporate Governance. In de laatste versie daarvan uit 2016 is een groot deel van de principes en bepalingen gewijd aan het goed doen functioneren van de raad van commissarissen. Hierbij speelt de perceptie een rol dat in een aantal geruchtmakende affaires de raad van commissarissen niet adequaat heeft gefunctioneerd.

2.4 Van de invoering van de besloten vennootschap in 1971 naar de flex-bv

2.4.1 *Een nieuwe rechtsvorm: de besloten vennootschap*. Zoals ik hierboven in 2.1.12 releveerde, was Van der Grinten van oordeel dat de wettelijke regeling voor de naamloze vennootschap, zoals die tot 1971 gold, geschikt was voor besloten verhoudingen. Dit standpunt is ook terug te vinden in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot invoering van de besloten vennootschap.¹⁴¹ Daarin is te lezen:

‘Het geldende Nederlandse N.V.-recht voldoet in het algemeen voor de naamloze vennootschap van het besloten type. Wetswijziging verdient veeleer overweging voor de open N.V. dan voor de besloten N.V.’.

Deze visie maakt het begrijpelijk dat de besloten vennootschap in 1971 werd ingevoerd met slechts als afwijkingen van het gewone naamloze vennootschapsrecht het toestaan van alleen aandelen op naam, het verbod om aandeelbewijzen uit te geven en de verplichte blokkering.¹⁴² De wetgever heeft de besloten vennootschap in 1971 geen eigen karakter gegeven. Aan hem heeft zoiets voor ogen gestaan als een niet-open naamloze vennootschap.¹⁴³ Opnieuw zorgde het idee dat de besloten vennootschap geen jaarrekening hoeft te publiceren voor onenigheid.¹⁴⁴ Er werd

140. Wet van 9 juli 2004, *Stb.* 2004, 307.

141. *Kamerstukken II* 1969/70, 10689, 3, p. 3.

142. Zie hierover *Preadvies Vereniging ‘Handelsrecht’* 1971 van A.G. Lubbers en Y. Scholten.

143. F.J.W. Löwensteyn, ‘De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid’, in: *Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, p. 62.

144. Zie hierover Minister van Justitie Polak in de *Handelingen II* 1970/71, p. 2999.

met uitzondering van de grote besloten vennootschap van de publicatieplicht voor een besloten vennootschap afgezien. De vreugde was van korte duur. Als gevolg van de Vierde EG-richtlijn werd de plicht tot publicatie van de jaarrekening op de besloten vennootschap in 1983 alsnog van toepassing.¹⁴⁵

2.4.2 *Verbouwing van de nieuwe rechtsvorm.* De rechtsontwikkeling is anders verlopen dan de wetgever in 1971 verwachtte. Niet de naamloze vennootschap werd grondig verbouwd, maar de besloten vennootschap. Hierbij speelden niet voorziene ontwikkelingen een rol. In de eerste plaats werd duidelijk dat het Europese Hof van Justitie het recht op vrije vestiging zo uitlegde dat overeenkomstig het recht van een EU-lidstaat geldig opgerichte vennootschappen overal in de EU hoofd- en nevenvestigingen konden opzetten.¹⁴⁶ In Nederland kwam de vrees op dat veel Nederlandse ondernemers (bijvoorbeeld een in die tijd befaamde glazenwasser uit Appingedam die een Engelse private company had opgericht) het Nederlandse b.v.-recht zouden gaan mijden ten gunste van soepeler regimes van andere lidstaten, zoals vooral het Engelse. Er ontstond druk om het b.v.-recht te versoepelen. Die tendens kreeg de wind in de rug doordat ongeveer tegelijkertijd in de politiek het idee werd omarmd dat er gedereguleerd diende te worden. De overheid moest terugtreden en loslaten. Het geloof in de markt maakte opgang. Burgers moesten zelf meer verantwoordelijkheid gaan dragen.¹⁴⁷

Het eerste gevolg van deze klimaatverandering was dat het oude systeem van de verklaring van geen bezwaar van de Minister van Justitie bij oprichting of statutenwijziging van een kapitaalvennootschap in twee stappen¹⁴⁸ werd ontmanteld. Er is nu dus geen overheidsbemoeienis meer met de oprichting van kapitaalvennootschappen. Hiermee werd een wens van Molengraaff uit 1903 vervuld.¹⁴⁹

Het tweede gevolg was een streven om de wettelijke regels voor de besloten vennootschap te vereenvoudigen en soepeler te maken. Om dit streven geordend uit te voeren heeft het Ministerie van Justitie een expertgroep ingesteld onder leiding van De Kluiver. Die groep kwam in 2004 met creatieve en onorthodoxe voorstellen. Het rapport viel goed en de wetgever nam de meeste ideeën van de expertgroep over. Na uitgebreide beraadslagingen in de Tweede en Eerste Kamer werd het betrokken wetsvoorstel op 12 juni 2012 door de Eerste Kamer aangenomen.¹⁵⁰ De wetgever vergrootte de vrijheid voor de aandeelhouders. Onder andere de blokkeringsregeling was niet langer verplicht (art. 2:195 BW). Stemrechtloze en winstrechtloze aandelen werden toegestaan (art. 2:228 lid 5 BW). Houders van een bepaald soort aandelen mogen via een daartoe strekkende statutaire regeling een eigen bestuurder of commissaris benoemen (art. 2:242 en 253 BW).¹⁵¹ De structuur van de besloten vennootschap is door de wetswijziging van 2012 minder star geworden. De wetgever maakte wel duidelijk dat deze revolutionaire versoepelingen

145. Wet van 7 december 1983, *Stb.* 1983, 663.

146. Hof van Justitie 30 september 2003, *NJ* 2004/394 (*Inspire Art*).

147. James Kennedy, *Een beknopte geschiedenis van Nederland*, Amsterdam: Bert Bakker 2017, p. 367.

148. Wet van 22 juni 2000, *Stb.* 2000, 283 en Wet van 7 juli 2010, *Stb.* 2010, 280.

149. W.L.P.A. Molengraaff, 'Beschouwingen over de herziening van het vereeningsrecht', opgenomen in de *Molengraaff-bundel* 1978, p. 311.

150. Wet van 12 juni 2012, *Stb.* 2012, 299.

151. Een dergelijke vrijheid bepleitte Löwensteyn al in 1970 in zijn *Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, p. 64-68.

voor aandeelhouders geen afbreuk doen aan een beginsel van Nederlands vennootschapsrecht. In de memorie van toelichting¹⁵² is het volgende te lezen:

‘Ook in het herziene bv-recht blijft het belang van de vennootschap onverminderd gelden. Wel zal de grote flexibiliteit die de wet gaat bieden aan de oprichters en aandeelhouders de invulling van dit begrip kunnen kleuren. Bij kleine vennootschappen met een beperkt aantal aandeelhouders zal het vennootschappelijk belang dichter liggen bij het belang van de aandeelhouders dan bij een grote vennootschap met veel werknemers en maatschappelijke belangen. In een wettelijke regeling die meer differentiatie tussen bv’s mogelijk zal maken, kan aldus iedere bv op de eigen merites worden beoordeeld’.

Het vergroten van de vrijheid voor aandeelhouders was een trendbreuk. Voordien werd de vennootschapsrechtelijke wetgeving in stappen (1928, 1971 en de invoering van diverse EG-richtlijnen) juist strenger en dwingender gemaakt. De Hoge Raad heeft die in de trendbreuk vastgestelde lijn nog een duwtje gegeven door in de *Cancun*-beschikking te overwegen dat de aard en de inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking het vennootschappelijk belang mede kunnen bepalen.¹⁵³ Een door aandeelhouders afgesloten samenwerkingsovereenkomst (dus niet slechts statuten) kan de invulling van het vennootschappelijk belang beïnvloeden. Dit is een opmerkelijke uitspraak omdat in het verleden een scherp onderscheid werd gemaakt tussen een overeenkomst tussen de aandeelhouders waar de vennootschap buiten stond en de statuten van de vennootschap. Dat zijn geen principieel gescheiden circuits meer.

Op voorstel van de expertgroep De Kluiver werd ook het mes gezet in het kapitaalbeschermingsrecht, zoals het minimumkapitaal, de storting op aandelen en de inkoop van aandelen (zie de versoepelde art. 2:204a, 2:204b, 2:204c en 2:207-2:209 BW). In plaats van het kapitaalbeschermingsrecht kwam een nogal ingewikkelde regeling voor bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid in geval van onverantwoorde uitkeringen aan aandeelhouders (art. 2:216 lid 2-4 BW).¹⁵⁴ We zien in art. 2:216 BW een voorbeeld van wat ik eens heb genoemd de tendens naar een gedragsrechtelijke benadering van het vennootschapsrecht. Dat houdt in dat er een verschuiving plaatsvindt van voorschriften die voor de vennootschap als zodanig gelden naar regels die zich richten op (het gedrag van) functionarissen binnen de vennootschap. Het vennootschapsrecht wordt minder op de structuur geënt en komt meer in de sleutel van het sturen en het beoordelen van het gedrag van de daarin opererende functionarissen.¹⁵⁵

De door de expertgroep De Kluiver op gang gebrachte heroriëntering van het vennootschapsrecht is goed uitgekapt. Men was in 2012 kennelijk toe aan vereenvoudiging en versoepeling na decennia van toenemende dwang. Overigens is het profiel

152. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 3.

153. HR 4 april 2014, NJ 2014/286. Zie ook het bijzondere nummer van het WPNR 2014, 7028.

154. Zie het rechtsvergelijkende voorbereidende rapport van Hanny Schutte-Veenstra, Hylda Boschma & Marie Louise Lennarts, *Alternative systems for capital protection*, Deventer: Wolters Kluwer 2005.

155. L. Timmerman, ‘Gedragsrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht – Wat moet dwingend blijven in het vennootschapsrecht van de toekomst’, *Ondernemingsrecht* 2005, p. 2-8.

van de besloten vennootschap ook na 2012 niet scherp. Zelfs een beurs-b.v. lijkt door het schrappen van de verplichte blokkering van aandelenoverdrachten binnen handbereik.¹⁵⁶ We hebben in 2012 de besloten vennootschap nog steeds geen eigen karakter gegeven: grotere vrijheid leidt niet zonder meer tot meer profiel. Daarom is het begrijpelijk dat we — anders dan in Duitsland — geen aparte handboeken hebben voor de besloten vennootschap. Ik zie overigens ook niets in een apart Wetboek voor de beurs-n.v. Het recht voor de naamloze en besloten vennootschap is in Nederland zeer verweven. De naamloze en besloten vennootschap zijn historisch loten van dezelfde stam. Dat is in Duitsland anders.

Mogelijk heeft de vermoeidheid met dwingend recht ook een rol gespeeld bij het vastlopen van de herziening van het personenvennootschapsrecht. Volgens sommigen ademde het destijds daartoe voorliggende wetsvoorstel teveel de ‘oude’ sfeer van dwingend vennootschapsrecht.¹⁵⁷

2.5 De invoering van Boek 2 BW

2.5.1 *Back to Molengraaff?* Boek 2 BW begint bij Molengraaff. In 1903 bepleitte hij alle associatievormen in één wetboek onder te brengen.¹⁵⁸ Buiten dit wetboek zouden de stichtingen vallen. De associatievormen zouden — zo wilde Molengraaff — in samenhang geregeld moeten worden. Meijers koos voor een andere opzet. Hij wilde na de regeling van de natuurlijke personen in Boek 1 BW in het nieuwe Burgerlijk Wetboek een Boek opnemen dat gewijd is aan de rechtspersoon. Hij koos dus niet voor de associatie als centraal begrip van het nieuwe (wet)boek, maar voor rechtspersoonlijkheid. De personenvennootschappen vielen buiten Boek 2 BW. En zo geschiedde ook. Van der Grinten tekende in 1956 aan dat het ongelukkig was om in Boek 2 BW de maatschap en de vennootschap onder firma niet te regelen.¹⁵⁹ Hierdoor dreigt samenhang in het vennootschapsrecht verloren te gaan en hij wees op de ideeën van Molengraaff uit 1903. Deze ideeën hadden zijn voorkeur boven het systeem-Meijers. Niettemin schrijft Van der Grinten dat de keuze is gemaakt en hij merkt vervolgens op:

‘Hoewel ik dus de argumentatie van het gekozen systeem weinig overtuigend acht, zou ik te deze aanzien geen wijziging willen voorstellen’.

Van der Grinten zet zich daarna als loyaal staatsburger in om Boek 2 BW te verwezenlijken. In 1957 schrijft hij dat de rechtspersoon het organisatiebeginsel van de

156. Zie hierover H.J. de Kluiver, ‘De flexibele kapitaalvennootschap van de flex- naar de beurs-b.v.’, in: *Flexibele rechtsvormen*, Deventer: Wolters Kluwer 2008, p. 17-20.

157. Zie hierover Chr.M. Stokkermans, *Sluutels voor personenvennootschapsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 4-5.

158. ‘Beschouwingen over de herziening van het verenigingsrecht’, opgenomen in de *Molengraaffbundel*, p. 288-324 (1978). Zie voor een variatie op de verhandeling van Molengraaff: F.G. Scheltema, ‘Beschouwingen omtrent de grondslagen van het verenigingsrecht’, opgenomen in F.G. Scheltema, *Verspreide Geschriften*, Groningen: Wolters 1953, p. 307-335. Zie voor moderne variëteiten van de ideeën van Molengraaff: P. Sanders ‘Op weg naar ondernemingsrecht’, in: *Met eerbiedigende werking, opstellen aangeboden aan L.J. Hijmans Van den Bergh*, Deventer: Wolters Kluwer 1971, p. 221-232 en M.J.G.C. Raaijmakers, *Naar een wetboek van ondernemingsrecht?*, Afscheidscollege KUB, Den Haag: Boom Uitgevers 2009.

159. W.C.L. van der Grinten, ‘De rechtspersoon, Enkele vragen betreffende de regeling van de rechtspersoon in het nieuwe Burgerlijk Wetboek’, *Preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen* 1956, p. 3-4.

samenleving is.¹⁶⁰ Hij ging ook de grote constructieve mogelijkheden van de rechtspersoon zien: er kunnen allerlei wettelijke regels aan de rechtspersoonlijkheid worden vastgeknoopt, zoals die voor de juridische fusie en splitsing en natuurlijk ook een aantal algemene bepalingen voor de rechtspersoon. Hij beveelt aan dat er in de wetenschap meer aandacht komt voor de rechtspersoon.¹⁶¹ Van der Grinten heeft door zijn geschriften en zijn werk voor het Ministerie van Justitie¹⁶² eraan bijgedragen dat de rechtspersoon in het maatschappelijk en juridisch leven is geëmancipeerd. Uiteindelijk is rechtspersoonlijkheid een volwaardig onderdeel van het positieve (privaat)recht geworden. Dat was in de negentiende eeuw nog anders. Toen was rechtspersoonlijkheid nog een controversieel concept. De Hoge Raad besliste pas in 1901 dat de naamloze vennootschap rechtspersoon was.¹⁶³ Het past in de tendens tot emancipatie van de rechtspersoon dat rechtspersonen mensenrechten kunnen hebben.¹⁶⁴ Niettemin is gelijkstelling van de rechtspersoon met een natuurlijk persoon niet zonder bedenkingen. In de Verenigde Staten kunnen rechtspersonen op dezelfde voet als een natuurlijk persoon verkiezingscampagnes van onder andere presidentskandidaten financieren. Krijgen rechtspersonen/ondernemingen die diepere zakken kunnen hebben dan natuurlijke personen zo niet een te grote invloed op de politiek?¹⁶⁵

In Nederland laten we toe dat een rechtspersoon bestuurder van een vennootschap is. Dat gebeurt op grote schaal (vooral in concernverhoudingen). Dat is geen vanzelfsprekendheid. Andere landen kennen een verbod. De Nederlandse wetgever heeft de nadelige effecten van de rechtspersoon/bestuurder geprobeerd te mitigeren door in art. 2:11 BW te bepalen dat de aansprakelijkheid van de rechtspersoon als bestuurder ook rust op de bestuurder van de rechtspersoon die als bestuurder fungeert. Door deze bepaling kan een natuurlijk persoon zijn aansprakelijkheid als bestuurder niet ontlopen door een of meer rechtspersonen (denk aan het Droste-effect) in te zetten. Deze bepaling heeft geleid tot controversiële jurisprudentie over de reikwijdte van art. 2:11 BW.¹⁶⁶ Was ons vennootschapsrecht niet eenvoudiger geweest door simpelweg de rechtspersoon als bestuurder te verbieden? Is de rechtspersoon/bestuurder nu werkelijk een sieraad voor ons vennootschapsrecht? Zijn we op dit punt niet te ver gegaan met het gelijkstellen van de rechtspersoon met de natuurlijke persoon?

2.5.2 Ieder nadeel heb zijn voordeel. Is de keus van de wetgever in 1976 voor een wettelijke regeling van het rechtspersonenrecht in een apart boek juist gebleken nu

160. W.C.L. van der Grinten, 'Collectievering in het privaatrecht', opgenomen in *Verspreide Geschriften W.C.L. van der Grinten*, Deventer: Wolters Kluwer 2004, p. 38.

161. De inmiddels zeer uitgebreide leer van de rechtspersoon wordt mooi uiteengezet in het kloeke (1135 p.!) Asser/Maeijer & Kroeze 2-1*, 2015.

162. Zie bijvoorbeeld zijn 'Collectievering in het privaatrecht', opgenomen in *Verspreide Geschriften W.C.L. van der Grinten*, Deventer: Wolters Kluwer 2004, p. 37-57.

163. HR 1 januari 1901, W. 7553.

164. Zie hierover A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2012. Deze ontwikkeling heeft niet slechts goede kanten. Mensenrechten kunnen de macht van almachtige ondernemingen vergroten.

165. Zie over deze problematiek: Adam Winkler, *We, the corporations, how American businesses won their civil rights*, New York: W.W. Norton 2018.

166. Zie bijvoorbeeld HR 14 maart 2008, NJ 2008/466 (Lammers/Aerts) en HR 17 februari 2017, NJ 2017/275 (Le Roux). Zie over deze problematiek, B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deel 1, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 267-277.

we meer dan veertig jaar verder zijn? Het sterke punt ervan is dat er veel aandacht is geweest voor typisch rechtspersonenrechtelijke leerstukken, zoals de kwestie van gebreken in de oprichting van een rechtspersoon en de nietigheid van besluiten. We hebben voor de rechtspersoon goed doordachte algemene bepalingen in Boek 2 BW gekregen. Hiertegenover staat dat een aantal andere vraagstukken minder belangstelling heeft gekregen. Zo kennen we geen wettelijke regeling voor een gefaciliteerde overstap van een personenvennootschap naar een naamloze of besloten vennootschap en omgekeerd. Dat soort voor de praktijk nuttige regels zouden er – zo denk ik – wel zijn geweest, als we een wetboek voor vennootschappen zouden hebben. Het blijkt maar weer: *‘Ieder nadeel heb zijn voordeel’*. Wel moet worden opgemerkt dat bij het ontstaan van dit hiaat waarschijnlijk ook een rol heeft gespeeld dat Nederland er jammer genoeg tot nu toe niet in geslaagd is om een voor de personenvennootschappen nieuwe wetgeving tot stand te brengen.

2.5.3 Toerekening aan een rechtspersoon. Een belangrijk rechtspersonenrechtelijk leerstuk is de toerekening van onrechtmatige handelingen en kennis aan een rechtspersoon. Dit leerstuk heeft zo’n groot belang, omdat er steeds frequenter vanuit rechtspersonen wordt gehandeld en dan komt de vraag van toerekening van handelingen en kennis aan de rechtspersoon vanzelfsprekend op. Wanneer kan je onrechtmatig handelen aan de rechtspersoon toerekenen? Hiervoor bestond tot 1979 een leerstuk met dogmatische trekjes. Een onrechtmatige daad werd – zo oordeelde de Hoge Raad in 1955 – aan een rechtspersoon toegerekend wanneer bij degene die voor de rechtspersoon heeft gehandeld zich de bijzondere omstandigheid voordoet waarin hij als orgaan tot de rechtspersoon staat en hij binnen de formele kring van zijn bevoegdheid heeft gehandeld.¹⁶⁷

Van der Grinten schreef in 1959 dat de leer van de Hoge Raad onbevredigend is.¹⁶⁸ Deze laat de aansprakelijkheid van de rechtspersoon afhangen van wat hij destijds een zwevend orgaan-begrip noemde. Het begrip orgaan heeft immers geen vaste inhoud. Dat begrip is volgens Van der Grinten niet bruikbaar als maatschappelijk aanvaardbaar criterium voor het antwoord op de vraag of een rechtspersoon onrechtmatig heeft gehandeld.¹⁶⁹ Hij stelt voor dat het onrechtmatige handelen van een functionaris van een rechtspersoon overeenkomstig de verkeersopvattingen aan de rechtspersoon wordt toegerekend. Het fraaie van deze maatstaf is dat deze het mogelijk maakt om de vraag van de toerekening aan de rechtspersoon dicht tegen de realiteit van het functioneren van de betrokken rechtspersoon te beantwoorden.

Na enige tijd (in 1979) heeft de Hoge Raad de Van der Grinten-maatstaf overgenomen: de Raad oordeelde dat ook onrechtmatige gedragingen van een ander dan een orgaan aan een rechtspersoon kunnen worden toegerekend wanneer zij in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de rechtspersoon kunnen worden beschouwd.¹⁷⁰ Van belang zal daarbij zijn wat de feitelijke plaats van de betrokken

167. HR 10 juni 1955, NJ 1955/552 (*Het Noorden/Noord Hollandse*).

168. Asser/Van der Grinten I, *Personenrecht*. Tweede stuk. ‘Vertegenwoordiging en rechtspersoon’, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 150.

169. ‘Organen van rechtspersonen’, opgenomen in *Verspreide Geschriften van W.C.L. van der Grinten*, Deventer: Wolters Kluwer 2004, p. 374.

170. HR 6 april 1979, NJ 1980/34 (*Kleuterschool Babel*).

functionaris in de organisatie van de rechtspersoon is en wat de gerechtvaardigde indruk van de derde jegens wie onrechtmatig is gehandeld van die plaats is.¹⁷¹ Voor het antwoord op uiteenlopende vragen (bijvoorbeeld: was de rechtspersoon te goeder trouw? Heeft de rechtspersoon gedwaald?) is toerekening van bepaalde kennis van een functionaris van de rechtspersoon aan de betrokken rechtspersoon van belang. Breed wordt aangenomen dat ook voor dit soort gevallen de toerekening met inachtneming van de maatschappelijke verkeersopvattingen dient plaats te vinden.¹⁷² Het al dan niet zijn van orgaan speelt ook voor deze vorm van toerekening geen doorslaggevende rol. Juist bij de toerekening van kennis aan de rechtspersoon komt de vraag op of bepaalde kennis bij een functionaris van de rechtspersoon niet zozeer feitelijk aanwezig was, maar aanwezig had behoren te zijn. Je stuit dan op zoiets als de plicht van de rechtspersoon om ervoor zorg te dragen dat deze zo is georganiseerd dat kennis op een bepaalde plaats in de organisatie aanwezig is. Als aan die kennisorganisatieplicht niet is voldaan, dan kan de betrokken kennis die er had behoren te zijn aan de rechtspersoon worden toegerekend. Tekorten in de feitelijke organisatie van de rechtspersoon gaan dan de beantwoording van een rechtsvraag mede bepalen.

2.5.4 *De verleiding van rechtspersoonlijkheid.* Een van de aardige aspecten van rechtspersoonlijkheid is dat dit het juridisch denken vergemakkelijkt.¹⁷³ Dat is een reden waarom rechtspersoonlijkheid zo'n verleidelijk concept is. Een voorbeeld van zo'n makkelijke, uit de rechtspersoonlijkheid voortvloeiende regel is de leer dat het vermogen dat aan de rechtspersoon toekomt exclusief verhaalsobject voor de schuldeisers van de rechtspersoon is en privé-schuldeisers van aandeelhouders zich niet op dat vermogen kunnen verhalen (op zijn Engels heet dit fenomeen *entity shielding*). Met behulp van dit concept kan het vermogen van een rechtspersoon simpel worden afgewikkeld, bijvoorbeeld als deze in financiële problemen is geraakt. Er bestaat een tendens om aspecten van rechtspersoonlijkheid over te planten naar de personenvennootschappen die geen rechtspersoonlijkheid hebben, maar wel in het rechtsverkeer als een soort eenheid functioneren.¹⁷⁴ Die tendens zou het als lastig ervaren recht voor de personenvennootschappen kunnen vergemakkelijken. Een mooi voorbeeld daarvan is een arrest uit 2013.¹⁷⁵ Daarin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat aan de maatschap een afgescheiden vermogen toekomt, ongeveer zoals we dit ook bij rechtspersoonlijkheid kennen. Voor de maatschap (en de vennootschap onder firma) geldt dus onder het Nederlandse recht ook *entity shielding*.¹⁷⁶ Ik vind dat een goede tendens. Deze maakt het leven voor de vennootschapsjurist gemakkelijker.

171. Zie hierover Asser/Kortmann 3-III 2017/147 en uitvoerig en verhelderend: Asser/Maeijer & Kroeze, 2-1*, 2015, nr. 87-91.

172. Zie hierover de interessante beschouwingen B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017 en Asser/Maeijer & Kroeze, 2-1*, 2015, nr. 93-94.

173. Een mooie beschouwing hierover is te vinden in A.G. van Solinge, 'De vennootschap volgens het ontwerp B.W.', *Preadvies Vereniging 'Handelsrecht'*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976, p. 94-100.

174. Zie voor een eerder arrest: HR 5 november 1976, NJ 1977/586 (Moret).

175. HR 15 maart 2013, NJ 2013/290 (*Biek Holdings*).

176. Zie over het *Biek Holdings*-arrest diepgravend: Chr.M. Stokkermans, *Sleutels voor personenvennootschapsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 111-118.

2.6 Bestuurdersaansprakelijkheid

2.6.1 *Recessie*. Nederland raakte in de jaren tachtig van de vorige eeuw in een zware recessie. Begin jaren tachtig was 13,5% van de beroepsbevolking werkloos.¹⁷⁷ Veel vennootschappen gingen failliet met achterlating van grote aantallen onbetaalde schulden. De wetgever reageerde hierop in 1986 met verzwaarde wettelijke regels voor de bestuurdersaansprakelijkheid ingeval een vennootschap failliet gaat.¹⁷⁸ In de oude regeling speelde grove schuld of grove nalatigheid een rol. In een modern vennootschapsrecht passen dergelijke subjectieve maatstaven voor de aansprakelijkheid van bestuurders niet meer. Aansprakelijkheid van een bestuurder moet met behulp van objectieve maatstaven worden gevestigd waarbij uitgegaan moet worden van een maatman-bestuurder. Anders gezegd: het moet doorgaans gaan om de vraag wat een op zijn taak berekende bestuurder in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs behoort te doen of na te laten en niet om wat een niet zo slimme bestuurder wist. De nieuwe regels komen erop neer dat de bestuurder aansprakelijk is voor het tekort in faillissement, wanneer kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Kennelijk onbehoorlijk bestuur wordt onweerlegbaar vermoed, wanneer de administratie van de vennootschap niet op orde is of de jaarrekening van de vennootschap niet op tijd is gepubliceerd (art. 2:138/248 BW). Deze nieuwe wetsbepaling heeft zeer veel rechterlijke uitspraken met veel aansprakelijke bestuurders tot gevolg gehad en heeft daarmee – zo vermoed ik – zijn doel bereikt. Een bestuurder en degene die zich als ware hij bestuurder heeft gedragen kan zich niet zomaar van zijn failliete vennootschap distantieëren. Het is hier niet de geschikte plek om deze rechtspraak te bespreken. Ik wil één punt eruit lichten: de wetgever werpt voor art. 2:138-248 BW-aansprakelijkheid een hoge drempel op: er moet sprake zijn van *kennelijk* onbehoorlijk bestuur, niet slechts van onbehoorlijk bestuur. Als die drempel is gepasseerd, dan is de positie van de curator versterkt op het punt van het aantonen van het causaal verband en van de omvang van de schade. Ik vermoed overigens dat het frequente gebruik van art. 2:138-248 BW ook verklaard kan worden uit de tendens dat falen vaak zichtbaarder is (denk aan onderzoekverslagen in het enquêterecht) en minder gemakkelijk wordt geaccepteerd. De vennootschapselite wordt kritischer bejegend.

2.6.2 *Niet optrekken van de hoge drempel, maar het doortrekken ervan*. In overeenstemming met wat de wetgever voor de toepassing van art. 138-248-aansprakelijkheid – een bijzondere vorm van onrechtmatige-daad-aansprakelijkheid – wenste, heeft de Hoge Raad voor de bestuurdersaansprakelijkheid uit art. 2:9 BW en uit art. 6:162 BW ook gezocht naar een hoge aansprakelijkheidsdrempel voor deze vormen van bestuurdersaansprakelijkheid. De Hoge Raad vond deze in het ernstig verwijt-vereiste.¹⁷⁹ Hiermee heeft het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid over de gehele linie een zekere mate van consistentie gekregen. Dat lijkt mij een juiste lijn. Het is mijns inziens een belangrijke taak voor de Hoge Raad te zorgen voor consistentie in het recht. Naast art. 2:138-248 BW worden art. 2:9 BW en art. 6:162 BW met een zekere regelmaat met succes in stelling gebracht om *ernstig* falende bestuur-

177. James Kennedy, *Een beknopte geschiedenis van Nederland*, Amsterdam: Bert Bakker 2017, p. 362.

178. Wet van 16 mei 1986, Stb. 1986, 275.

179. Zie HR 1 januari 1997, NJ 1997/360 (*Staleman/Van de Ven*), HR 20 juni 2008, NJ 2009/21 (*Willemsen/NOM*) en HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (*Ontvanger Roelofsen*).

ders tot schadevergoeding aan te spreken. Daarbij is het vaste rechtsspraak dat de aansprakelijkheid van bestuurder onder art. 2:9 BW en art. 6:162 BW objectief wordt vastgesteld.

2.7 Internationalisering van het (Nederlandse) bedrijfsleven

2.7.1 Open economie en haar gevolgen. Nederland is als handelsnatie vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw een open, vrije economie met lage tariefmuren. Die openheid is verdiept doordat Nederland vanaf 1957 deel ging uitmaken van de Europese Economische Gemeenschap (later de Europese Unie). Nederland heeft als traditioneel open economie van dat lidmaatschap goed kunnen profiteren.

Het lidmaatschap van de Europese Unie heeft tot gevolg gehad dat het Nederlandse vennootschapsrecht aan Europese richtlijnen moest voldoen. Daardoor verloor de Nederlandse wetgever geleidelijk zijn greep op delen van het vennootschapsrecht. De invloed van Europa op het Nederlandse vennootschapsrecht is omvangrijk. Niettemin heeft dit mijns inziens voor Nederland niet tot grote fricties geleid. Het Europese vennootschapsrecht is naar mijn indruk zonder problemen in ons vennootschapsrecht verwerkt. Dit wijst op het soepele karakter van het Nederlandse vennootschapsrecht. Op bepaalde punten is dit zelfs verrijkt. Hierbij denk ik aan de juridische fusie en splitsing. Deze instrumenten tot herstructurering van vennootschappen zijn dankzij Europese richtlijnen in ons vennootschapsrecht terechtgekomen.

De openheid van de Nederlandse economie heeft ertoe geleid dat Nederland van oudsher relatief veel multinationals kent met het hoofdkantoor in Nederland en vrij veel vestigingen van buitenlandse multinationals.¹⁸⁰ De Nederlandse vennootschapswetgever heeft voor multinationals altijd een enigszins vriendelijk beleid gevolgd. Men beschouwde multinationals kennelijk als belangrijke ‘assets’ voor een kleine economie als de Nederlandse. Voor de Nederlandse multinationals kent het Nederlandse vennootschapsrecht een vrijstelling van de structuurregels voor de topholding als de meerderheid van de werknemers van het gehele concern buiten Nederland werkt (art. 2:153-263 lid 3, onder b BW) en een verlichte variant van de structuurregels voor zijn Nederlandse (top)dochter (art. 2:155-265 lid 1 sub a BW). Ook de Nederlandse dochter van een buitenlandse multinational met de meerderheid van de werknemers buiten Nederland komt in aanmerking voor de verlichte variant van het structuurregime (art. 2:155-265 lid 1 sub a BW).

2.7.2 Fricties. De Nederlandse dochters van buitenlandse multinationals hebben soms problemen om zich aan te passen aan het overlegmodel dat Nederland kent bijvoorbeeld als er wijzigingen in de personeelsbezetting (bijvoorbeeld een massaoontslag) bij de dochter dienen plaats te vinden. De Nederlandse rechter heeft geen coullance met deze aanpassingsproblemen voor de buitenlandse multinationals. Befaamd was indertijd de *Batco*-uitspraak van de Ondernemingskamer uit 1979 waarin deze oordeelde dat Batco Nederland de onderhandelingen met de vakbonden

180. Zie voor cijfers over de betekenis van multinationals voor de Nederlandse economie Keetie Sluyterman & Ben Wubs, *Over grenzen, multinationals en de Nederlandse markteconomie*, Amsterdam: Boom Uitgevers 2009. Uit die cijfers blijkt dat het belang van multinationals in de twintigste eeuw voortdurend is toegenomen.

over de sluiting van een fabriek te vroeg had afgebroken.¹⁸¹ Na deze in die tijd veel aandacht trekkende uitspraak heeft dit type fricties zich minder in de rechtspraak aangediend.

Vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw krijgen Nederlandse beursvennootschappen steeds meer te maken met buitenlandse professionele aandeelhouders die zeggenschap in die vennootschappen over strategische kwesties willen uitoefenen en die vennootschappen naar hun hand willen zetten. Het gaat dan om buitenlandse pensioenfondsen, private equity fondsen en hedge-fondsen.¹⁸² Deze bezitten zo ongeveer 80% van de aandelen in grotere Nederlandse beursvennootschappen. In de rechtspraak van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad is, naarmate de tijd voortschrijdt, naar mijn indruk de tendens te onderkennen dat de rechter de handelwijze van aandeelhouders, vooral als zij ingrijpende beleidswijzigingen wensen, kritisch beoordeelt.¹⁸³ Hun wordt gewezen op typisch Nederlandse waarden, zoals het vennootschappelijk belang, de bevoegdheidsverdeling over strategie en de redelijkheid en billijkheid. Hierdoor is naar mijn indruk de handelsvrijheid van aandeelhouders in beursvennootschappen enigszins ingeperkt.

2.8 Slotopmerkingen

2.8.1 *Geen eind in zicht.* De Amerikaan Kent Greenfeld publiceerde in 2006 het mooie boek *'The failure of corporate law, fundamental flaws and progressive possibilities.'* Hij bepleit in afwijking van het Amerikaanse vennootschapsrecht voor Amerika een stakeholdersmodel. Nederland laat dat model wel toe met meer belangen dan die van aandeelhouders. De verwerking van dit model in het Nederlandse vennootschapsrecht is – zo denk ik – de belangrijkste verandering van het kapitaalvennootschapsrecht in de twintigste eeuw. Daardoor kreeg de Nederlandse kapitaalvennootschap een ander karakter (geen contract meer en minder aandeelhoudersgericht).

In een stakeholdersmodel bestaat behoefte aan het vennootschappelijk belang. In dat belang kunnen immers uiteenlopende belangen op één noemer, die van het vennootschappelijk belang, worden gebracht. Het stakeholdersmodel kan bijdragen aan een inclusieve samenleving. Mijns inziens moet het vennootschapsrecht uiteenlopende belangen proberen te verbinden.¹⁸⁴ Vennootschapsrecht is in zo'n benadering meer dan het toepassen van een aantal economische principes en biedt een zekere weerstand tegen ongebreideld kapitalisme. De stakeholdersgedachte is in overeenstemming met het van oudsher pluralistisch karakter van de Nederlandse samenleving. Daarin wordt gestreefd naar het verstandig omgaan met verschillen en samenwerking.¹⁸⁵

181. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 21 juni 1979, NJ 1980/71. Zie ook Hof Amsterdam 23 juni 1983, NJ 1984/571 (*Hyster*).

182. Sommige van die fondsen maken zich schuldig aan minder prettig gedrag. Een voorbeeld hiervan geeft Sheelah Kolhatkar, 'The doomsday investor, Paul Singer's hedge fund always wins', *The New Yorker* van 27 augustus 2018, p. 44-55. Het gaat in dit zeer interessante artikel over Elliott.

183. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 29 mei 2017, JOR 2017, 216 (Akzo).

184. Zie L. Timmerman, 'Verbindend vennootschapsrecht, Variatie op een thema', in: *Verbindend recht, Feestbundel K.F. Haak*, Deventer: Wolters Kluwer 2012, p. 511-524.

185. Zie hierover James Kennedy, *Een beknopte geschiedenis van Nederland*, Amsterdam: Bert Bakker 2017, p. 383-387.

Het stakeholdersmodel is voor mij geen vanzelfsprekend einddoel voor het Nederlandse vennootschapsrecht.¹⁸⁶ Het model lijkt in zijn huidige vorm hier en nu goed te voldoen. Maar je kunt dat model op nogal wat verschillende manieren uitwerken. Er is voor het vennootschapsrecht geen eind in zicht. Het blijft *'work in progress'*. Er komen steeds nieuwe uitdagingen op het vennootschapsrecht af. In reactie daarop moet je steeds voor specifieke, duidelijk vastgestelde knelpunten nagaan of verandering van het (wettelijke) vennootschapsrecht nodig is.

2.8.2 *Bad capitalism*. Uiteraard kent het huidige vennootschapsrecht zwakke kanten. Dat is onvermijdelijk. Een zwak punt is dat we voor de naamloze vennootschap uitgebreide wettelijke regels kennen voor de bezoldiging van bestuurders (art. 2:135 en 2:383c-e BW en Hoofdstuk 3 van de Code Corporate Governance).¹⁸⁷ Maar als het gaat om het beperken van de hoogte daarvan, hebben deze regels niets opgeleverd.¹⁸⁸ Deze toestand draagt niet bij aan de geloofwaardigheid van het vennootschapsrecht en is een voorbeeld van wat je *'bad capitalism'* kan noemen.

Hetzelfde kan worden gezegd over het ontbreken van wettelijke of jurisprudentiële regels voor de situatie waarin aandeelhouders (met zekerheden versterkte) leningen aan hun vennootschap verstrekken. Er hebben zich gevallen voorgedaan waarin aandeelhouders in vergelijking met andere stakeholders met het uitbaten van hun dubbelrol van aandeelhouder/(gesecureerde) schuldeiser wel heel gunstig wegkwamen en zich (onder dekking van hun zekerheden) weinig hoefden aan te trekken van de belangen van anderen.¹⁸⁹ Ook dit draagt niet bij aan de geloofwaardigheid van het vennootschapsrecht. Vennootschapsrecht kan alleen met succes blijven voortbestaan, als velen in de samenleving zien dat dat efficiënt bijdraagt aan de welvaart, maar ook fair is.

Jammer vind ik dat de Nederlandse wetgever tot dusverre aan het fenomeen van ondernemers met idealistische motieven voorbij is gegaan. Ik zou graag zien dat voor dergelijke ondernemers een rechtsvorm ter beschikking komt waarin zij in de aanduiding van de rechtsvorm tot uitdrukking kunnen brengen dat de onderneming ideële doeleinden nastreeft.¹⁹⁰ Zo'n rechtsvorm kan aan de evenwichtige opzet van ons vennootschapsrecht bijdragen. Er dient in het vennootschapsrecht ruimte te zijn voor verschillende typen ondernemers en die mogen dat van mij ook uitdragen.

2.8.3 *'Events, dear boy, events'*, schijnt de eerder genoemde (zie voetnoot 104) Engelse premier MacMillan te hebben gezegd, toen een journalist hem vroeg wat lastig is

186. Henry Hansmann en Reinier Kraakman zien wel zo'n eindtoestand van het vennootschapsrecht voor zich in hun verhandeling *The end of history for corporate law in convergence and persistence in corporate governance*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 33-68. Uiteraard beschouwen zij als hardcore Amerikanen het stakeholdersmodel zeker niet als einddoel voor het vennootschapsrecht. Zij richten zich meer op het aandeelhoudersbelang als einddoel.

187. Daarbij komen nog de bepalingen 3.1.1-3.2.3 van de Corporate Governance Code.

188. Zie hierover E.C.H.J. Lokin, *De bezoldiging van bestuurders van beursvennootschappen* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2018. Lokin bepleit de beloning van bestuurders meer te relateren aan de beloning van werknemers.

189. Hof Amsterdam (Ondernemerskamer) 27 mei 2010, JOR 2010, 189. Zie ook R.J. de Weijs, *Wanorde? Hoe het faillissementsrecht zich tegen de schuldeisers dreigt te keren* (oratie Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016.

190. Zie voor ideeën hierover: J.M. de Jongh, A.J.P. Schild & L. Timmerman, 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW', *Preadvies* 2010, p. 191-252.

voor een politicus. Op ‘events’ heeft de Nederlandse wetgever voor het vennootschapsrecht doorgaans adequaat gereageerd. Ik noem de brede herziening van het vennootschapsrecht in 1928 (met vertraging, dat wel), de grote wetswijzigingen van 1971 (met als toppers de instelling van de Ondernemingskamer en de versterking van het enquêterecht), de verscherping van de bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement in 1986, de vereenvoudiging en versoepeling van het b.v.-recht in 2012 en de regeling van de ‘one-tier board’ in 2013.¹⁹¹ Deze wetswijzigingen sloten aan bij in de samenleving gevoelde behoeften. Maar ‘events’ doen zich vaak plotseling en zonder voorbericht voor. Deze maken de toekomst van het vennootschapsrecht moeilijk te voorspellen. Ik citeer een favoriete auteur van mij: ‘Trends don’t continue. They produce backlashes and reshufflings of the social deck... History is somersaults all the way to the end. That is why it’s so hard to write and so hard to predict.’¹⁹² Het citaat van Molengraaff uit 1922 aan het begin van deze verhandeling is in 2018 nog even waar als in 1922. We weten niet wat de toekomst is van de Nederlandse kapitaalvennootschappen. Quo vadis ius societatum?¹⁹³ Wel weten we dat het vennootschapsrecht vanaf 1918 een spons is geweest. Nieuwe maatschappelijke en juridische ontwikkelingen zijn met een zeker gemak geabsorbeerd.

2.8.4 Economische werkelijkheid. Positief is dat de Nederlandse rechter bereid is om rekening te houden met de economische werkelijkheid waarin vennootschappen werkzaam zijn. Zo geeft de Hoge Raad in de *Cancun*-beschikking de rechter ruimte om bij de invulling van het vennootschappelijk belang de gevarieerde economische werkelijkheid in aanmerking te nemen. Van gevoeligheid voor die werkelijkheid geeft ook blijk de wijze waarop de Hoge Raad de vaststelling van de strategie in de bevoegdheidsverdeling van een vennootschap heeft ondergebracht. De toegang tot het enquêterecht is verruimd door de gelijkstelling van het belang van een verschaffer van risicodragend kapitaal met dat van een aandeelhouder of certificaathouder, voor zover de aard van dat belang zo’n gelijkstelling rechtvaardigt. Ten slotte stimuleert de maatstaf voor het toerekenen van een onrechtmatige daad en kennis aan de rechtspersoon (de opvattingen in het maatschappelijk verkeer) de rechter om oordelen te geven die goed aansluiten bij de werkelijkheid. Door het richten van ons vennootschapsrecht op de economische werkelijkheid beoefenen we meer ondernemingsrecht dan vennootschapsrecht. In het Nederlandse vennootschapsrecht/ondernemingsrecht zijn vennootschap en onderneming (rechts)realiteiten die elkaar over en weer beïnvloeden.

2.8.5 Soepelheid en proportionaliteit. Het Nederlandse vennootschapsrecht heeft van oudsher de reputatie soepel te zijn. Die soepelheid bestaat nog, hoewel deze inmiddels meer voor de besloten vennootschap geldt dan (mede door de invloed van het strikte financiële recht) voor de naamloze vennootschap. Er kan op vrij grote schaal op het wettelijke vennootschapsrecht in de statuten (en inmiddels ook via aandeelhoudersovereenkomsten) gevarieerd worden. Een ander symptoom van soepelheid is dat de Hoge Raad over een breed front onderwerpen er bij de feitelijke rechters

191. Wet van 6 juni 2011, *Sib.* 2011, 275.

192. Louis Menand, ‘The end of the end of history’, *The New Yorker* van 3 september 2018, p. 64-69.

193. Dat is de titel van een feestbundel, aangeboden aan prof. mr. P. Sanders in 1972 bij zijn zestigste verjaardag.

op aandringt om rekening te houden met de bijzondere omstandigheden van het geval (denk aan de jurisprudentie over de bestuurdersaansprakelijkheid en het vennootschappelijk belang).

De wetgever heeft de mogelijkheid voor de rechter om met de bijzondere omstandigheden van het geval rekening te houden bevorderd door in Boek 2 BW open normen, zoals het vennootschappelijk belang, de redelijkheid en billijkheid, wanbeleid, (kennelijk) onbehoorlijk bestuur, op te nemen. Deze open normen brengen voor de rechter de verplichting mee om uiteenlopende belangen tegen elkaar af te wegen¹⁹⁴ en geven de rechter ruimte om bij te dragen aan evenwichtige verhoudingen in de vennootschap. Daarbij is voor de Hoge Raad toepassing van het proportionaliteitsbeginsel een belangrijk hulpmiddel om die evenwichtigheid binnen ondernemingen te bereiken. Ik verwijs naar de genoemde *Cancun*-beschikking, de *RNA*-beschikking en het nog niet genoemde *Katterug*-arrest¹⁹⁵ waarin deze proportionaliteitslijn duidelijk tot uitdrukking is gebracht. Door toepassing van het proportionaliteitsbeginsel bewandelt de Hoge Raad vaak een middenweg.

2.8.6 Pragmatisme. Als gevolg van dit alles is het Nederlandse vennootschapsrecht eerder pragmatisch d.w.z. gericht op de maatschappelijke realiteit dan dogmatisch. Door het pragmatische karakter ervan zijn zowel de naamloze als de besloten vennootschap (denk aan de beurs-b.v.) manusjes van alles geworden.¹⁹⁶ We zijn ver afgeraakt van het door Meijers bedachte systeem van materiële kenmerken waarin iedere Boek 2 BW-rechtspersoon een eigen werkteerrein heeft.¹⁹⁷ Elke activiteit kan in een bepaald type rechtspersoon worden ondergebracht, als de rechtspersoon zich maar houdt aan de voor de betrokken rechtspersoon geldende voorschriften.¹⁹⁸ Een pragmatisch vennootschapsrecht heeft ook geen bezwaar tegen een vervagende grens tussen statuten en aandeelhoudersovereenkomsten.

2.8.7 Juridisch-technische vooruitgang. In het vennootschapsrecht is technische vooruitgang geboekt. Dat is vooral gebeurd in de algemene bepalingen van Boek 2 BW. Ik vind de regeling voor de oprichtingsgebreken (art. 2:4 BW), die voor de nietigheid van besluiten (art. 2:13-16 BW) en ook die voor vertegenwoordiging (art. 2:130/240 BW) voorbeelden van goede wetgeving. De wettelijke regels voor juridische fusie en splitsing hebben het inzicht in wat voor soort juridisch-technische constructie een vennootschap/rechtspersoon is vergroot.

2.8.8 Oplossend vermogen. Sterk aan het Nederlandse vennootschapsrecht is dat het in het enquêterecht over een goed en goedkoop instrument beschikt om conflicten in een vennootschap op te lossen. Deze behoeven daardoor niet te blijven doorzie-

194. Zie hierover B.F. Assink, *De januskop van het ondernemingsrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2010, p. 25.

195. HR 29 mei 2015, NJ 2015/380.

196. Zie voor een oudere beschouwing waarin de naamloze vennootschap alleen voor een bepaald soort ondernemingsactiviteit geschikt werd geacht: Jb. Zeylemaker Jzn., *Verleden, heden en toekomst van de naamloze vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1946. Dat is een benadering die volgens mij definitief voorbij is. Zie over de beurs-b.v.: H.J. de Kluiver, 'De flexibele kapitaalvennootschap van de flex- naar de beurs-bv', in: *Flexibele rechtsvormen*, Deventer: Wolters Kluwer 2008, p. 17-20.

197. Zie W.C.L. van der Grinten in zijn *Preadvies voor de Broederschap van Candidaat-Notarissen* van 1956: 'De realiteit van het maatschappelijk leven laat zich echter niet in zulk een schema dringen', p. 11.

198. Zie L. Timmerman, 'Zijn de materiële kenmerken van de rechtspersonsvormen verdwenen', *WPNR* 1991, p. 877-879.

ken. Het enquêterecht en de Ondernemingskamer bieden vaak, uiteraard niet altijd, een uitweg.

2.8.9 Drie trendbreuken en twee lange lijnen. In het vennootschapsrecht vanaf 1918 hebben zich drie trendbreuken voorgedaan. Zonder twijfel was een trendbreuk de overstap van het contractuele model op het institutionele model. De tweede fundamentele verandering was de instelling in 1971 van de Ondernemingskamer in combinatie met de verzwaring van het enquêterecht. Als gevolg hiervan is de rol van de rechter over de gehele linie van het ondernemingsrecht (dus ook buiten de Ondernemingskamer om) vergroot. Men is in het ondernemingsrecht gewend geraakt aan een grote rol van de rechter. De derde trendbreuk is de vereenvoudiging en versoepeling van het b.v.-recht. Hiermee werd de tendens van een steeds dwingender vennootschapsrecht omgebogen. Bij twee van die trendbreuken hebben voorstellen van twee breed samengestelde commissies (de Commissie Verdam en de Expertgroep De Kluiver) een goede rol gespeeld.

De eerste lange lijn staat voor de tendens dat het vennootschapsrecht steeds meer een bron wordt voor gedragsregels voor functionarissen van vennootschappen. Ik verwijs naar de rechterlijke uitspraken die bij de toepassing van het enquêterecht en de bestuurdersaansprakelijkheid zijn gedaan en naar de Code Corporate Governance. De focus van het vennootschapsrecht is meer dan in het verleden gericht geraakt op het reguleren van het gedrag van personen die in de vennootschap functies vervullen. De vrijheid van vennootschap is toegenomen. Maar geldt dit ook voor de vrijheid van de functionarissen in de vennootschap? De tweede lange lijn houdt in dat aansprakelijkheid van bestuurders en andere functionarissen van de vennootschap niet meer subjectief, maar objectief wordt vastgesteld.

2.8.10 Zwak punt. Zwak is dat we geen wettelijke regeling voor de personenvennootschappen hebben die bij de tijd is. Dat is des te meer moeilijk te verdragen, omdat het vennootschapsrecht in Nederland doorgaans op een hoog niveau wordt beoefend. Kennelijk moeten we — om met Visser te spreken; zie 2.1.6 hierboven — net als toen we in 1928 het recht voor de naamloze vennootschap van 1838 wilden wijzigen ook voor de herziening van het recht van 1838 inzake de personenvennootschappen niet in jaren, maar in lustra rekenen.

Hoofdstuk 3

Over de toekomst van het vennootschapsrecht

Mr. drs. A.A. Bootsma^{*}

‘Wat in dit laatste hoofdstuk is getekend, is een toekomstbeeld. Het zal niet in een dag werkelijkheid worden, misschien eist het een ontwikkeling van vele tientallen jaren. Maar als de aandelenmaatschappij blijft bestaan, en dat zal zij als niet revolutionair de huidige maatschappelijke structuur wordt vernietigd, zal het werkelijkheid worden, want het getekende beeld is geen voorspelling en geen utopie, het is een voortbouwen langs zichtbare ontwikkelingslijnen uit de werkelijkheid van het heden en het verleden.’¹

3.1 Inleiding

1. Vossen en egels. In de zomer las ik het boek *Superforecasting: The Art and Science of Prediction*.² In dat boek worden, in navolging van Berlin,³ twee soorten mensen onderscheiden: vossen en egels. Dit onderscheid heeft Berlin op zijn beurt gebaseerd op een aan de Griekse dichter Archilochus toegedicht gezegde: ‘de vos weet vele dingen, maar de egel weet één groot ding’. De egel staat voor een persoon die uitgaat van een vast denkbeeld (‘Big Idea’), daarop zijn standpunten baseert en niet snel bereid is zijn standpunten te herzien als de theorie niet (meer) juist blijkt te zijn. De vos is eclectisch. De vos gebruikt interdisciplinaire kennis en past zijn benadering van een probleem aan de omstandigheden aan. Hij is bovendien bereid van standpunt te veranderen en zelfkritisch te zijn. De vos onderkent de complexiteit van de wereld waarin we leven en baseert zich meer op empirie en minder op een vastomlijnde theorie. In het boek worden de resultaten gepresenteerd van het zogenoemde *Good Judgment Project*,⁴ waarin amateurvoorspellers het opnemen tegen deskundigen op uiteenlopende gebieden. Verrassend of niet — een van de schrijvers haalde al eens het nieuws met de bevinding dat deskundigen slechter voorspellen dan een aap die willekeurig dartpijltjes gooit naar een bord met scenario’s⁵ — blijken de amateurvoorspellers het beter te doen dan de deskundigen. De voorspellingen van de top 2% van de amateurs, aangeduid als *Superforecasters*, zijn zelfs 30% accurater dan van de experts. De *Superforecasters* hebben gemeen dat ze onder de vossen zijn te scharen.

^{*} Bart Bootsma is werkzaam als wetenschappelijk medewerker voor de Hoge Raad der Nederlanden en als buitenpromovendus verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven en reflecteert geenszins standpunten van de Hoge Raad.

1. J.B. Zeylemaker Jzn., *Verleden, heden en toekomst van de naamloze vennootschap*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1946, p. 85.
2. P.E. Tetlock & D. Gardner, *Superforecasting: The Art and Science of Prediction*, Londen: Random House Books 2015.
3. I. Berlin, *The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History*, Londen: Weidenfeld & Nicolson 1953.
4. Zie <http://goodjudgment.com> en www.gjopen.com.
5. P.E. Tetlock, *Expert Political Judgment: How Good Is It?*, Princeton: Princeton University Press 2005.

2. *Superforecasting in het vennootschapsrecht*. Met deze inleiding wil ik wijzen op de betrekkelijkheid van deze bijdrage over toekomstige ontwikkelingen in het vennootschapsrecht. Het lezen van *Superforecasting* is een les in bescheidenheid. Het boek laat echter ook zien dat het niet onmogelijk is om met een gedegen voorbereiding iets te kunnen zeggen over nabije toekomstige ontwikkelingen. Onder de beoefenaren van het vennootschapsrecht kunnen eveneens vossen en egels worden onderscheiden. Wetenschappelijke beoefenaren van het vennootschapsrecht lijken goed te beseffen dat ‘egel’-uitspraken hun boodschap beter onder de aandacht weten te brengen. Ik noem ter illustratie de voorspelling – overigens van een econoom – dat beursvennootschappen in verband met de opkomst van private equity zullen verdwijnen onder de sprekende titel *Eclipse of the Public Corporation*,⁶ dat het aandeelhoudersmodel wereldwijd zal zegevieren onder het uitroepen van *The End of History for Corporate Law*⁷ of het doemscenario van *The Death of Corporate Law*⁸ als gevolg van de toename van institutioneel aandeelhouderschap. Dergelijke voorspellingen moeten dus met een korreltje zout genomen worden, al schuilt er, ontdaan van het ‘egel’-sausje soms wel een kern van waarheid in.⁹

3. *Timmerman over de toekomst van het vennootschapsrecht*. Het onderscheid tussen vossen en egels is niet zwart-wit, maar op te vatten als een glijdende schaal.¹⁰ Een vos die zich nadrukkelijk met de toekomst van het Nederlandse vennootschapsrecht heeft beziggehouden, is Timmerman.¹¹ Wie de egels van het Nederlandse vennootschapsrecht zijn, laat ik aan de lezer.¹² Ik sta wat uitgebreider stil bij Timmerman’s artikel in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*. Aan dat artikel is de titel voor de onderhavige bijdrage ontleend. Veel voorspellingen uit het artikel – geschreven in december 1998 – zijn intussen uitgekomen, zoals ‘dat in de regelgeving een steeds scherper onderscheid zal worden gemaakt tussen aan de beurs genoteerde en niet aan de beurs genoteerde vennootschappen’,¹³ ‘ruimte om voor de niet-beursvennootschappen een zekere mate van deregulering tot stand te brengen’,¹⁴ ‘voor Nederlandse ven-

6. M.C. Jensen, ‘Eclipse of the Public Corporation’, *Harvard Business Review* 1989, 67, p. 61-74.
7. H. Hansmann & R.R. Kraakman, ‘The End of History for Corporate Law’, *The Georgetown Law Journal* 2001, 89, p. 439-468.
8. Z. Goshen & S. Hannes, ‘The Death of Corporate Law’, *ECGI Law Working Paper* No. 402/2018, beschikbaar via www.ssrn.com.
9. Vgl. bijv. B.R. Cheffins, ‘Rumours of the Death of the American Public Company are Greatly Exaggerated’, *Company Lawyer* 2018 (te verschijnen), beschikbaar via www.ssrn.com.
10. Tetlock & Gardner 2015, p. 79 onderscheiden bijvoorbeeld ook ‘vosegels’ en ‘egelvossen’ die zich minder aan de uiteinden van het spectrum bevinden.
11. Zie o.a. L. Timmerman, ‘Over de toekomst van het vennootschapsrecht’, *RMThemis* 1999/2, p. 43-51; L. Timmerman, ‘Gedragrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht’ (oratie Leiden), *Ondernemingsrecht* 2005/2; L. Timmerman, ‘Twee sleutels voor vernieuwing van het ondernemingsrecht’, in: *Piet Sanders: een honderdjarige vernieuwer*, Den Haag: Bju 2012, p. 165-169; en L. Timmerman, ‘The happy lawyer en de toekomst van het ondernemingsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2014/5. Zie ook B.F. Assink e.a. (red.), *De toekomst van het ondernemingsrecht – Het ondernemingsrecht van de toekomst*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 99, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
12. Tetlock & Gardner 2015, p. 298 merken overigens op dat egels de benaming eerder als een compliment dan als een belediging beschouwen: ‘They [hedgehogs, AAB] are more incisive and decisive than those equivocating foxes’.
13. Timmerman 1999, p. 48. Zie recent bijv. J.B.S. Hijink, ‘Regulering van de beursvennootschap: over Deel 5 Wft als rommelkamer en ontwikkelingen buiten Boek 2 BW’, *Ondernemingsrecht* 2017/146.
14. Timmerman 1999, p. 48. Zie de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (*Stb.* 2012, 299).

nootschappen het 'one tier-system' in te voeren¹⁵ of dat 'de grenslijn tussen vennootschapsrecht en economie minder scherp aan het worden [is]'.¹⁶ Andere voorstellingen zijn (nog) niet (helemaal) uitgekomen, zoals 'dat op de langere termijn het klassieke fenomeen van de aandeelhoudersvergadering ter discussie komt te staan',¹⁷ 'bij toetsing van vennootschapsbesluiten het accent steeds sterker op formele zorgvuldigheid komt te liggen en minder op de inhoud van de genomen besluiten'¹⁸ of 'dat het niet zonder meer voor de hand liggend [lijkt] om een wijziging van het structuurregime te bepleiten'.¹⁹ Het vergt soms een lange adem voordat een voorspelling werkelijkheid wordt.²⁰

4. *Een methodologische noot.* Timmerman gebruikt in het artikel een deductieve methode om tot voorspellingen over de toekomst van het vennootschapsrecht te komen. Aan de hand van een aantal ontwikkelingen in de omgeving van het vennootschapsrecht zet hij uiteen wat de te verwachten gevolgen van die buitenvennootschapsrechtelijke tendensen zijn.²¹ In deze bijdrage hanteer ik een vergelijkbare aanpak. Om relevante ontwikkelingen in de 'macrofeer' aan het licht te brengen, start ik vanuit de 'microfeer' bij het onderwerp waarover ik een proefschrift in voorbereiding heb: loyaliteitsaandelen. Loyaliteitsaandelen bieden een aanvullend dividend, stemrecht en/of ander voordeel aan bepaalde ('loyale') aandeelhouders van beursvennootschappen. Loyaliteitsaandelen vormen in deze bijdrage het vertrekpunt om een aantal ontwikkelingen breder te trekken. Loyaliteitsaandelen worden anders gezegd aangegrepen om bredere ontwikkelingen in het (beurs)vennootschapsrecht op het spoor te komen.²² Deze aanpak leidt ertoe dat de nadruk ligt op de beurs-NV (en beurs-BV). Personenvennootschappen en andere rechtsvormen blijven in deze bijdrage buiten beschouwing. Consequentie van deze persoonlijk gekleurde inkadering van het onderwerp is ook dat andere relevante ontwikkelingen, zoals technologische,²³ onderbelicht blijven in deze bijdrage.

15. Timmerman 1999, p. 49-50. Zie de Wet bestuur en toezicht (*Stb.* 2011, 275). Vgl. reeds Zeylemaker 1946, p. 83.
16. Timmerman 1999, p. 51. Zie voor voorbeelden L. Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.8.4.
17. Timmerman 1999, p. 47. Vgl. H.M. Vletter-van Dort, 'De aandeelhoudersvergadering: reliquie of innovatief forum voor dialoog?', *Ondernemingsrecht* 2017/55.
18. Timmerman 1999, p. 50. Vgl. B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag: binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss. Rotterdam), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 59, Deventer: Kluwer 2007.
19. Timmerman 1999, p. 45. Vgl. de Wet aanpassing structuurregeling (*Stb.* 2004, 370).
20. Zie bijv. Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.3.5, over de lange periode tussen het opmeren van het idee van onmiddellijke voorzieningen in het enquête-recht (in 1953) en de wettelijke invoering daarvan (in 1994). Zie ook Zeylemaker 1946, p. 82-83.
21. Timmerman 1999, p. 43, onder verwijzing naar E.W. Orts, 'The Future of Enterprise Organization', *Michigan Law Review* 1998, 96, p. 1948.
22. De Vereniging 'Handelsrecht' heeft sinds haar ontstaan belangstelling voor dit deel van het vennootschapsrecht. Zie enkele van de eerste preadviezen: G.H. Crone, *Is een 'strengere' wetgeving op de naamloze vennootschappen gewenst?* (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht), 1924; D.L. Uyttenboogaart, *Is een 'strengere' wetgeving op de naamloze vennootschappen gewenst?* (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht), 1924; en W.L.P.A. Molengraaff e.a., *Het gewijzigd ontwerp van wet op de naamloze vennootschappen* (Rapport door een commissie ingesteld door de Vereniging Handelsrecht), 1927. Zie van recentere datum met name R. Abma & G.T.M.J. Raaijmakers, *Achter de schermen van beursaandeelhouders* (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht), Deventer: Kluwer 2007.
23. Zie daarover indringend J.B.S. Hijink, 'De invloed van financiële toezichthouders op intern toezicht: over dynamiek in de praktijk en de robo-commissaris', in: G. van Solinge e.a., *Toezicht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 151, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 108-122. Zie ook reeds J.W. Winter, 'Vennootschapsrecht en moderne technologie', in: R.E. van Esch, J.W. Winter & G.J.

5. *Het perspectief van de wetgever.* Ik richt mij in deze bijdrage, evenals Timmerman in *Themis*, op het feitelijk in kaart brengen van een aantal belangrijke veranderingen in het Nederlandse vennootschapsrecht. Dat is iets anders dan het uitspreken van een aantal *wenselijke* veranderingen voor het Nederlandse vennootschapsrecht, al is de grens daartussen (*is-ought*) dun. Het perspectief van de wetgever wordt tot uitgangspunt genomen. Dat past in de traditie van de Vereniging Handelsrecht.²⁴

6. *Opbouw.* Het vervolg van deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 3.2 beschrijf ik een viertal ontwikkelingen van onderop, aan de hand van loyaliteitsaandelen. In paragraaf 3.3 analyseer ik of, en hoe, die ontwikkelingen in bredere zin (kunnen) doorwerken in het vennootschapsrecht.

3.2 Ontwikkelingen van onderop – aan de hand van loyaliteitsaandelen

3.2.1 Ontwikkeling I: loyaliteitsaandelen als *legal transplant* uit Frankrijk

7. *De bakermat van loyaliteitsaandelen.* Loyaliteitsaandelen vinden hun oorsprong in Frankrijk.²⁵ In een Franse wet uit 1933²⁶ werd het gebruik van meervoudig stemrecht wettelijk ingekaderd door maximaal een dubbel stemrecht (*droit de vote double*) toe te laten en een minimale houdtermijn in de wet op te nemen alvorens het aanvullende stemrecht kon worden toegekend.²⁷ Ook in de Nederlandse vennootschapsrechtelijke literatuur van rond die tijd bestond aandacht voor deze ontwikkelingen in Frankrijk.²⁸

Loyaliteitsdividend (*prime de fidélité*) is eveneens een Franse vinding. Het loyaliteitsdividend heeft in Frankrijk een wettelijke basis gekregen in 1994.²⁹ Op dat moment bestond naar mijn indruk weinig belangstelling in het Nederlandse vennootschapsrecht voor deze ontwikkeling in Frankrijk.³⁰ Een mogelijke verklaring daarvoor is dat het Nederlandse vennootschapsrecht zich midden jaren negentig van de vorige eeuw meer op Anglo-Amerikaanse ontwikkelingen oriënteerde.³¹

van der Ziel, *Afscheid van papier: handelsrecht en moderne technologie* (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 55-136.

24. Zie nader C.J.H. Jansen, *Vereniging Handelsrecht 1918-1993*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

25. Zie bijv. J.M. de Jongh, 'Het loyaliteitsstemrecht', *Ondernemingsrecht* 2009/105 en A.A. Bootsma, 'Het loyaliteitsstemrecht in het Franse wetsvoorstel-Florange', *Ondernemingsrecht* 2014/43.

26. Loi du 13 novembre 1933 réglementant le droit de vote dans les assemblées d'actionnaires des sociétés par actions (*JORF* 15 november 1933, p. 11494).

27. Zie naar huidig recht art. L225-123 en L225-124 Code de Commerce (CdC).

28. Zie bijv. P.M.H. Snel, 'Het vraagstuk van de meerstemmige aandelen in Frankrijk', *NV* 1930; E.L. Kayenbergh, 'Aandelen met meervoudig stemrecht', *NV* 1933; en M.J. Denijs, *Het stemrecht in de naamloze vennootschap naar Nederlandsch recht*, Amsterdam: H.J. Paris 1936, p. 59-68.

29. Loi n° 94-578 du 12 juillet 1994 autorisant le versement de primes de fidélité à certaines actions nominatives des sociétés commerciales (*JORF* 13 juli 1994, p. 10082). Zie naar huidig recht art. L232-14 CdC.

30. In de vennootschapsrechtelijke literatuur van de jaren negentig van de vorige eeuw trof ik slechts een korte vermelding aan in M. Koelemeijer, *Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen. Beschouwingen rond aandeelhouders en bestuurders in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1999, p. 189-190.

31. Zie J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas. De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief* (diss. Rotterdam), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 94, Deventer: Kluwer 2014, p. 426. Zie bijv. ook H.J. de Kluiver, 'Het vennootschapsrecht dient te worden versoepeld ... en verscherpt. Een rechtseconomisch perspectief', *TVVS* 1994, p. 174-179; H.J. de Kluiver,

8. *Loyaliteitsaandelen getransplanteerd*. Nederlandse beursvennootschappen met loyaliteitsaandelen hebben in latere jaren niettemin inspiratie geput uit het Franse wettelijke systeem. Dat geldt zowel voor de uiteindelijk in 2007 gestrande poging van DSM N.V. om een loyaliteitsdividend in te voeren³² als voor de vier aan elkaar gelieerde vennootschappen — CNH Industrial N.V., Fiat Chrysler Automobiles N.V., Ferrari N.V. en EXOR N.V. — die in de afgelopen jaren (2013-2016) loyaliteitsstemsrecht hebben ingevoerd.³³

Loyaliteitsaandelen bij Nederlandse beursvennootschappen kunnen worden beschouwd als *legal transplant* uit Frankrijk.³⁴ Deze medische metafoor wordt sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw in de rechtsvergelijkende literatuur gebruikt.³⁵ Het gaat bij een *legal transplant* om ‘the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one person to another’.³⁶ *Legal transplants* kunnen worden opgenomen in de wet of, zonder wettelijke grondslag, in de praktijk worden ontwikkeld. Dat laatste is het geval bij de toepassing van loyaliteitsaandelen door Nederlandse beursvennootschappen. Het Franse systeem hoeft daarbij niet letterlijk overgenomen te worden. De voorwaarden voor toepassing van loyaliteitsaandelen kunnen, binnen de betrekkelijk ruime grenzen van het Nederlandse vennootschapsrecht,³⁷ bij Nederlandse beursvennootschappen verschillen. Dit aanpassen wordt wel aangeduid als ‘hybridisering’.³⁸ Zowel bij het loyaliteitsdividendplan van DSM als bij het loyaliteitsstemsrecht van de Fiat-vennootschappen is van die vrijheid dankbaar gebruikgemaakt om de loyaliteitsaandelen aan te passen aan de behoeften van de desbetreffende vennootschappen.³⁹

‘Mag het ietsje meer zijn? Over tekort, overvloed en onbehagen in het ondernemingsrecht’, *NJB* 1996/35, p. 1439-1451; en H.J. de Kluiver, ‘Kort Amerikaans in het vennootschapsrecht. Corporate Governance in de VS en in Nederland’, *AA* 1998, p. 407-416, waarover F.G.K. Overkleef, *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen* (diss. Rotterdam), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 103, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 204-206.

32. Zie nr. 3.18 van de conclusie van A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2007:BB3523) voor HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523, *NJ* 2008/105 m.nt. J.M.M. Maeijer (DSM). Zie ook M. van Olffen, ‘Loyaliteitsaandelen’, *WPNR* 2006/6687, p. 779.

33. Zie daarover M. van Olffen, ‘Nederlandse loyaliteitsaandelen met een Frans sausje’, *Ondernemingsrecht* 2013/67, onder 13 en A.A. Bootsma, ‘Loyaliteitsstemsrecht naar Italiaans recht en bij Fiat Chrysler Automobiles NV’, *Ondernemingsrecht* 2015/5.

34. Zie in die zin A.A. Bootsma, ‘Nederland, het Delaware van Europa? Verslag van het Van der Heijden Congres 2015’, *Ondernemingsrecht* 2016/84, p. 424 (voetnoot 56).

35. Zie over de achtergrond van het begrip J.W. Cairns, ‘Watson, Walton, and the History of Legal Transplants’, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 2013, 41, p. 637-696. Zie voor een beknopte weergave van het wetenschappelijke debat over *legal transplants*: M. Gelter & G. Helleringer, ‘Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law’, *ECGI Law Working Paper No. 378/2017*, beschikbaar via www.ssrn.com, p. 9-11.

36. A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Charlottesville: University of Georgia Press 1974, p. 21.

37. Zie over die soepelheid ook Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.8.5.

38. Zie bijv. A.A. Rasheed & T. Yoshikawa, *The Convergence of Corporate Governance: Promise and Prospects*, New York: Palgrave Macmillan 2012, p. 27. Zie daarover Bootsma 2014, par. 4. Vgl. ook Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.2.1 over een ‘Funktionswandel’.

39. Zie voor voorbeelden van ‘hybridisering’ van loyaliteitsdividend bijv. A.A. Bootsma, *Financiële prikkels voor aandeelhouders. Tot waar mag het gelijkheidsbeginsel worden gebogen?*, Den Haag: Bju 2011 en voor loyaliteitsstemsrecht Van Olffen 2013 en Bootsma, *Ondernemingsrecht* 2015/5.

9. *Een wettelijke regeling?* Ik verwacht dat op termijn, in het kader van de plannen voor modernisering van het NV-recht,⁴⁰ een wettelijke regeling voor loyaliteitsaandelen zal ontstaan.⁴¹ Daarmee breekt een volgende fase in het transplantatieproces aan. Het ligt immers voor de hand om bij een wettelijke regeling aan te sluiten bij de ervaringen die onder meer⁴² in Frankrijk met het reguleren van loyaliteitsaandelen zijn opgedaan.

3.2.2 Ontwikkeling II: loyaliteitsaandelen als *control enhancing mechanism*

10. *Achterliggend motief voor invoering van loyaliteitsaandelen.* De tweede ontwikkeling die ik signaleer aan de hand van loyaliteitsaandelen is het gebruik als *control enhancing mechanism*. *Control enhancing mechanisms* vormen afwijkingen van het proportionaliteitsbeginsel (*one share, one vote*).

DSM streefde met het loyaliteitsdividend het belonen van langetermijnaandeelhouders en het versterken van de communicatie met deze groep aandeelhouders na.⁴³ Bij de vier Fiat-vennootschappen worden deels vergelijkbare motieven voor invoering van loyaliteitsaandelen genoemd.⁴⁴ De achterliggende reden voor invoering van loyaliteitsaandelen bij de Fiat-vennootschappen is echter dat daarmee bereikt wordt dat controlerende aandeelhouders, althans grootaandeelhouders, de mogelijkheid wordt geboden hun invloed op de vennootschap te vergroten door uitbreiding van hun stemrecht (*leveraging voting power*).⁴⁵ Deze achtergrond voor invoering van loyaliteitsaandelen wordt in de literatuur ook onderkend.⁴⁶

11. *Twee soorten control enhancing mechanisms.* Nederlandse beursvennootschappen kennen deze vorm van *control enhancing mechanisms* van oudsher niet of nauwelijks.⁴⁷ De nadruk lag, en ligt nog steeds, op een andere vorm van *control enhancing mecha-*

40. Kamerstukken II 2016/17, 29752, 9.

41. Zie o.a. A.A. Bootsma & J.B.S. Hijink, 'De beurs-NV in den vreemde', *Ondernemingsrecht* 2014/15, par. 5.3.

42. Zie over de wettelijke regeling van Italië Bootsma, *Ondernemingsrecht* 2015/5, met verdere verwijzingen. De plannen voor herziening van het Belgische vennootschapsrecht bevatten eveneens een voorstel voor een wettelijke regeling van loyaliteitsaandelen. Zie art. 7:53 van het Wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen van 4 juni 2018 (DOC 54 3119/02), beschikbaar onder nummer 54K3119 via www.dekamer.be. Zie voor eerste kritische reflecties J. Delvoie, 'Een demarrage voor dubbel stemrecht in het nieuwe WVV: goeie benen of doping?', blog van 8 juni 2018; T. Vos, 'Verplicht bod en meervoudig stemrecht. Hoe het WVV de Overnamerichtlijn schendt en het verplicht bod uitholt', blog van 4 juli 2018; en T. Vos, 'Are loyalty voting rights efficient? Some reflections on the Belgian proposals', blog van 13 juli 2018. De blogs zijn beschikbaar via <https://corporatefinancelab.org/>.

43. Zie nr. 1.9 van de conclusie van A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2007:BB3523) voor HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523, NJ 2008/105 m.nt. J.M.M. Maeijer (DSM).

44. De doelstelling van de invoering van loyaliteitsaandelen is telkens opgenomen in artikel 2 van de desbetreffende *Terms and conditions for special voting shares*, beschikbaar via www.cnhindustrial.com, www.fcagroup.com, <http://corporate.ferrari.com> en www.exor.com.

45. Zie over deze vorm van *control enhancing mechanisms* ISS/Shearman & Sterling/ECGI, *Report on Proportionality in the European Union* 2007, p. 7, waarover J.B.S. Hijink, 'Report on the Proportionality Principle in the European Union', *Ondernemingsrecht* 2007/146, p. 505-509.

46. Zie naar aanleiding van CNH Industrial N.V. Van Olffen 2013, par. 5 en naar aanleiding van Fiat Chrysler Automobiles N.V. Bootsma, *Ondernemingsrecht* 2015/5.

47. Bekende voorbeelden van andere *leveraging voting power devices* zijn de piramidestructuur van Heineken N.V. en Heineken Holding N.V. en *dual-class* aandelen bij enkele Nederlandse beursvennootschappen. Zie ook M. van Olffen, *Beschermingsmaatregelen in de 21e eeuw* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2000.

nisms, waarbij de zeggenschap feitelijk blijft voorbehouden aan zittende aandeelhouders (*lock-in control*).⁴⁸ Het onderscheid tussen beide typen *control enhancing mechanisms* laat zich treffend als volgt beschrijven:

‘There is a fundamental difference between (a) mechanisms that primarily protect the large shareholders’ interests by separating ownership from control, like dual-class shares, pyramiding, and cross-shareholding, and (b) other devices like the *administratiekantoor*, preference shares, the X rule, voting limits, and so on that entrench management control by diluting and limiting the value of shareholder control. The first type of defenses implies reinforced shareholder control via separation of ownership and control, while the latter type opens up for and supports managerial control by weakening shareholder control [curs. in origineel, AAB].’⁴⁹

Het gebruik van type (a) *control enhancing mechanisms*, de zogenoemde *leveraging voting power devices*, is in opkomst onder Nederlandse beursvennootschappen.⁵⁰ Naast het gebruik van loyaliteitsaandelen kan bijvoorbeeld worden gewezen op bijzondere goedkeuringsrechten voor vertegenwoordigers van grootaandeelhouders in de raad van commissarissen,⁵¹ *dual-class* aandelen (*high/low voting stock*)⁵² en andere vormen van meervoudig stemrecht.

12. *Toenemende concentratie van het aandelenbezit*. De achtergrond van deze verschuiving van *managerial control* naar *reinforced shareholder control* is een toenemende concentratie van het aandelenbezit onder Nederlandse beursvennootschappen, in het bijzonder bij, maar niet beperkt tot, beurs-NV’s in den vreemde.⁵³ Uit onderzoek is gebleken dat vennootschappen met een meer verspreid aandelenbezit — een kleiner aantal grootaandeelhouders — gemiddeld vaker beschermingsmaatregelen van het type (b), *lock-in devices* kunnen inzetten.⁵⁴ Omgekeerd vertrouwen sommige vennootschappen die geen (traditionele) beschermingsmaatregelen hebben op de beschermende werking die uitgaat van het hebben van een grootaandeelhouder,

48. Zie over dat onderscheid ook G.N.H. Kemperink, *Vennootschappelijk toezicht op de doelvennootschap bij openbare biedingen* (diss. Rotterdam), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 92, Deventer: Kluwer 2013, p. 74-75.

49. P. Högfeldt in reactie op A. de Jong & A. Röell, ‘Financing and Control in the Netherlands: A Historical Perspective’, in: R.K. Morck (red.), *A History of Corporate Governance Around the World*, Chicago: University of Chicago Press 2005, p. 511. Zie daarover ook A.A. Bootsma, ‘Monitoring Commissie Corporate Governance Code — Rapport monitoring boekjaar 2014’, *Ondernemingsrecht* 2016/36, par. 3.

50. Zie in meer detail A.A. Bootsma, A. Gruntfest, J.B.S. Hijink & L. in ’t Veld, *Bescherming bij Nederlandse beursvennootschappen*, Onderzoek in opdracht van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code, Erasmus Universiteit Rotterdam 2015, beschikbaar via www.mccg.nl.

51. Zie bijv. R. Abma, ‘Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2015’, *Ondernemingsrecht* 2015/105 en H.H. Kersten, ‘De relationship agreement’, *Ondernemingsrecht* 2017/70.

52. Zie bijv. M.P. Buirma, ‘High/Low Voting Stock. Een nieuwe trend?’, *TOP* 2016, afl. 1, p. 43-47.

53. Zie de gegevens vermeld in Eumedion, *Position paper d.d. 28 juni 2016, Positie minderheidsaandeelhouders in ondernemingen met een controlerend aandeelhouder*, beschikbaar via www.eumedion.nl, p. 3-4. Zie ook Bootsma & Hijink 2014. Vgl. voorts A. de Jong e.a., *Large Shareholders in Corporate Governance*, Onderzoek in opdracht van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code, Erasmus Universiteit Rotterdam 2017, beschikbaar via www.mccg.nl.

54. Zie het slotdocument van december 2017 van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code, beschikbaar via www.mccg.nl, p. 29, op basis van De Jong e.a. 2017.

waarbij de grootaandeelhouder zijn positie soms versterkt met een type (a) — *leveraging voting power device*.⁵⁵

3.2.3 Ontwikkeling III: loyaliteitsaandelen als *regulatory competition-instrument*

13. *Opkomende regulatory competition bij beursvennootschappen.* De Fiat-vennootschappen die loyaliteitsaandelen hebben ingevoerd naar Nederlands recht hebben dat gedaan in het kader van een statutaire zetelverplaatsing vanuit Italië. Dit vormt een indicatie dat de concurrentie tussen vennootschapsrechtssystemen (*regulatory competition*) ook voor beursvennootschappen op gang is gekomen. Deze concurrentie had aanvankelijk vooral betrekking op vennootschappen van het BV-type.⁵⁶ Tien jaar geleden werd al de verwachting uitgesproken dat ook voor beursvennootschappen enige concurrentie zal gaan ontstaan.⁵⁷ Dat is overigens niets nieuws. Aan het begin van de vorige eeuw waren er al (beurs)vennootschappen die hun zetel verplaatsten.⁵⁸ Ook in Frankrijk werd rond die tijd uitgeweken naar de Engelse Limited. Illustratief is een zaak waarin de zetelverplaatsing van de Moulin Rouge (The Moulin-Rouge Attractions, Ltd.) aan de orde was.⁵⁹ Deze poging strandde in verband met de opkomst van de *siège réel*-leer in Frankrijk.⁶⁰

14. *Loyaliteitsaandelen in de concurrentiestrijd.* Dat loyaliteitsaandelen een rol spelen in de tegenwoordige concurrentiestrijd heeft er mijns inziens mee te maken dat, ondanks een voorzichtige poging daartoe in het kader van herziening van de Richtlijn aandeelhoudersrechten, de mogelijkheid tot het invoeren van loyaliteitsaandelen niet Europeesrechtelijk is geharmoniseerd.⁶¹ In sommige EU-lidstaten, waaronder Nederland, bestaat wel de mogelijkheid tot invoering van loyaliteitsaandelen, in andere niet of nog niet. De mogelijkheden tot invoering van loyaliteitsaandelen zijn in de ongeregelde Nederlandse situatie ook ruimer dan in landen waar een wettelijke regeling bestaat, zoals Frankrijk of Italië.⁶²

Loyaliteitsaandelen in de vorm van aanvullend stemrecht beïnvloeden de zeggenschap (*control*) over de vennootschap. Dat legt kennelijk voldoende gewicht in de

55. Bootsma e.a., *Beschermingsonderzoek* 2015, p. 36-37.

56. Zie voor cijfermatige onderbouwing M. Becht, C. Mayer & H.F. Wagner, 'Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry', *Journal of Corporate Finance* 2008, 14(3), p. 241-256.

57. Zie M.A. Verbrugh, 'Concurrentie van vennootschapssystemen in Europa', *SEW* 2008, p. 278.

58. Zie bijv. E. Tekenbroek, *De verhouding tussen de aandeelhouders en de bestuurders bij de publieke naamloze vennootschap in Nederland. Een onderzoek naar de ontwikkeling der publieke naamloze vennootschap in Nederland* (diss. Rotterdam), Delft: Universiteits-Boekencentrale 1923, p. 122 over Stokvis Ltd. Zie voor andere voorbeelden J. Jonker, *Merchants, Bankers, Middlemen. The Amsterdam money market during the first half of the 19th century* (diss. Utrecht), Amsterdam: NEHA 1996, p. 280.

59. *Tribunal Correctionnel de la Seine* van 2 juli 1912, waarover E.R. Latty, 'Pseudo-Foreign Corporations', *Yale Law Journal* 1955, 65, p. 166 (voetnoot 130).

60. Zie M. Pargendler, 'The Grip of Nationalism on Corporate Law', 20 maart 2018, beschikbaar via www.ssrn.com, p. 11. Zie over deze vroege vorm van *regulatory competition* ook De Jongh 2014, p. 207-210.

61. Zie daarover M.L. Lennarts & J. Roest, 'Europees vennootschapsrecht: waar staan we en waar moeten we naar toe?', in: *Europa! Europa? De invloed van het Europese vennootschaps- en effectenrecht in de toekomst* (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht), Deventer: Kluwer 2012, p. 44. Zie ook A.A. Bootsma, 'Loyaliteitsaandelen via een Europeesrechtelijke (om)weg?', *Ondernemingsrecht* 2015/19.

62. Zie in vergelijking met respectievelijk Frankrijk en Italië Bootsma 2014 en Bootsma, *Ondernemingsrecht* 2015/5.

schaal voor sommige beursvennootschappen om de ingrijpende stap van een statutaire zetelverplaatsing te ondernemen. Ook bij andere vennootschappen die hun statutaire zetel naar Nederland hebben verplaatst, spelen zeggenschapsinstrumenten van het Nederlandse vennootschapsrecht mede een rol, zoals *dual-class* aandelen bij onder andere Altice N.V. of de mogelijkheid tot uitgifte van beschermingspreferente aandelen bij onder andere Mylan N.V.⁶³

15. *Gevolgen van de Brexit?* Het is niet ondenkbaar dat in het licht van de Brexit het Verenigd Koninkrijk de optie van loyaliteitsaandelen nadrukkelijker gaat betrekken bij het aantrekken van zetelverplaatsingen vanuit EU-lidstaten.⁶⁴ Bij mijn weten is er op dit moment één beursvennootschap die mede vanwege de mogelijkheid om loyaliteitsaandelen in te voeren de statutaire zetel vanuit (eveneens) Italië naar het Verenigd Koninkrijk heeft verplaatst.⁶⁵ Het Engelse vennootschapsrecht laat een dergelijke afwijking van het proportionaliteitsbeginsel toe,⁶⁶ al bevatten de Listing Rules nog belemmeringen.⁶⁷ Het huidige flexibele Nederlandse vennootschapsrecht kan op dit punt de concurrentie met het Verenigd Koninkrijk aan. In het kader van de eventuele modernisering van het NV-recht (zie nr. 9) vormt deze *regulatory competition* een belangrijk aandachtspunt.

3.2.4 Ontwikkeling IV: loyaliteitsaandelen als protectionistisch instrument

16. *The end of the golden age of corporate cosmopolitanism?* Als vierde en laatste ontwikkeling die mede verband houdt met de opkomst van loyaliteitsaandelen signaleer ik een opleving van de bevordering van nationale belangen in het vennootschapsrecht (en daarbuiten).⁶⁸ Begin jaren negentig van de vorige eeuw werd ‘the coming irrelevance of corporate nationality’ aangekondigd.⁶⁹ Deze ‘egel’-uitspraak werd overigens meteen de kop ingedrukt als ‘at best, premature’.⁷⁰ Inmiddels is het voor veel grote beursvennootschappen vanwege *multiple corporate citizenship* lastig geworden hun nationale identiteit te bepalen.⁷¹ Over de gevolgen van deze ontwikkeling

63. Uiteraard kunnen ook andere, met name fiscale, motieven bij die keuze een rol spelen.

64. Aldus A.M. Paces, ‘Hedge Fund Activism and the Revision of the Shareholder Rights Directive’, *ECGI Law Working Paper No. 353/2017*, beschikbaar via www.ssrn.com, p. 23. Zie ook E. Ferran, ‘Corporate Mobility and Company Law’, *The Modern Law Review* 2016, p. 835.

65. Het gaat om International Game Technology PLC, voortgekomen uit Gtech SpA na een overname door Gtech van het Amerikaanse International Game Technology. Zie D. Myles, ‘GTECH-IGT tests EU Merger Directive’, *International Financial Law Review* 2015, 34(24).

66. Zie bijv. M. Moore & P. Gillyon, ‘“Loyalty Shares” and Weighted Voting Rights in Companies Formed and Registered Under the Companies Acts’, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 2015, 334.

67. Zie Ferran 2016, p. 833-834, met verwijzingen. International Game Technology PLC heeft, wellicht mede daarom, geen Engelse beursnotering, maar een notering aan de NYSE.

68. Zie ook C.D.J. Bulten & B.J. de Jong, ‘Toezicht op vitale vennootschappen’, in: G. van Solinge e.a., *Toezicht, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 151*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 180, waarover A.A. Bootsma & E.V.A. Eijkelenboom, ‘Toezicht – Verslag van het Van der Heijden Congres 2017’, *Ondernemingsrecht* 2018/102, par. 13.

69. R.B. Reich, *The Work of Nations. Preparing Ourselves for 21st Century-Capitalism*, New York: Alfred A. Knopf 1991, p. 136. Zie ook reeds R.B. Reich, ‘Who is Us’, *Harvard Business Review* 1990, p. 53-64.

70. L.D. Tyson, ‘They Are Not Us. Why American Ownership Still Matters’, *The American Prospect* 1991-4, p. 38-39.

71. Zie bijv. ‘Here, there and everywhere. Why some businesses choose multiple corporate citizenships’, *The Economist* 22 februari 2014 en ‘Flags of inconvenience’, *The Economist* 15 mei 2014, waarin een zogenoemde ‘domestic density’-index wordt ontwikkeld. Zie ook A.A. Bootsma, J.B.S. Hijink & L. in ‘t Veld, ‘Multiple corporate citizenship’, *Ondernemingsrecht* 2015/120, met verdere verwijzingen.

voor de toepassing van het Nederlandse vennootschapsrecht bestaat discussie.⁷² Een beweging in de richting van de werkelijke zetelleer lijkt voorlopig niet aan de orde.⁷³ Recent lijkt mede onder invloed van nationale sentimenten wel een kentering in de ontwikkeling naar *multiple corporate citizenship* te zijn opgetreden. In de Schumpeter-column van *The Economist* van eerder dit jaar wordt al weer gesproken van ‘The end of the golden age of corporate cosmopolitanism’.⁷⁴ Dat lijkt mij evenzeer prematuur.

17. *Loyaliteitsaandelen en protectionisme in het heden en verleden.* Dat de trend van nationale sentimenten⁷⁵ ook het vennootschapsrecht beïnvloedt, laat zich illustreren aan de hand van het gebruik van loyaliteitsaandelen.⁷⁶ Meervoudig stemrecht is in Frankrijk in zwang geraakt in de jaren twintig van de vorige eeuw als middel om buitenlandse overnames van Franse vennootschappen te voorkomen.⁷⁷ Het protectionistische element komt ook duidelijk terug in de Franse wet-Florange uit 2014,⁷⁸ waarin het loyaliteitsstemrecht zelfs de *default*-regel is geworden. Waar het loyaliteitsstemrecht aanvankelijk op de algemene vergadering kon worden ingevoerd via een statutenwijziging met een twee derde stemmenmeerderheid, werd dat door de wet-Florange bij beursvennootschappen gewijzigd in automatische toekenning, tenzij een twee derde meerderheid op de algemene vergadering tegen invoering van het loyaliteitsstemrecht stemde.⁷⁹ De Franse Staat heeft door bij een aantal beursvennootschappen extra aandelen te nemen zelf(s) weten te verhinderen dat de toekenning van het loyaliteitsstemrecht door een twee derde stemmenmeerderheid op de algemene vergadering teruggedraaid kon worden.⁸⁰

18. *De effectieve Franse lobby.* Naar mijn indruk heeft Frankrijk door effectief lobbywerk het voor het Franse vennootschapsrecht kenmerkende *droit de vote double* steeds weten te behouden. Ik noem twee voorbeelden ter illustratie.

72. G.N.H. Kemperink & K.H.M. de Roo, ‘Mylan and beyond: de positie van de Nederlandse beschermingsstichting van de beursgenoteerde vennootschap met meervoudige nationaliteit’, *Ondernemingsrecht* 2016/55, met reactie A.A. Bootsma, J.B.S. Hijink & L. in ‘t Veld, ‘Een bom onder het Nederlandse incorporatiestelsel?’, *Ondernemingsrecht* 2016/91 en reactie P.D. Olden & L.F. Groothuis, ‘Delaware aan de Noordzee moet inversions verwelkomen’, *Ondernemingsrecht* 2016/92 en naschrift G.N.H. Kemperink & K.H.M. de Roo, ‘De bom, de gifpil en het incorporatiestelsel’, *Ondernemingsrecht* 2016/93.
73. Zie HvJEU 25 oktober 2017, ECLI:EU:C:2017:804, NJ 2018/54 (*Polbud-Wykonawstwo*). Zie in dit verband ook p. 15-16 van de memorie van toelichting (DOC 54 3119/01) bij het wetsontwerp (voetnoot 42) waar de Belgische keuze voor de statutaire zetelleer wordt toegelicht.
74. ‘Corporate citizens of somewhere. A golden age of companies having fistfuls of different passports is over’, *The Economist* 22 maart 2018.
75. Vgl. bijv. Yuval Noah Harari & Chris Anderson, ‘Nationalism vs. Globalism: The New Political Divide’, *TED Dialogues*, februari 2017, beschikbaar via www.ted.com.
76. Pargendler 2018. Zie ook J. Armour, L. Enriques e.a., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 271.
77. Zie over deze achtergrond ook Snel 1930 en Kayenbergh 1933.
78. Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l’économie réelle (*JORF* 1 april 2014, p. 622).
79. Zie recent M. Becht, Y. Kamisarenka & A. Pajuste, ‘Loyalty Shares with Tenure Voting — A Coasian Bargain? Evidence from the Loi Florange Experiment’, *ECGI Law Working Paper* No. 398/2018, beschikbaar via www.ssrn.com.
80. Bij Renault betrof het een uitbreiding van het aandelenbelang van 15% tot 19,7% (*FD* 9 april 2015) en bij Air France-KLM SA van 15,88% tot 17,58%. Zie naar aanleiding van Air France-KLM ook *Kamerstukken II* 2014/15, Aanhangsel 2445, *Kamerstukken II* 2014/15, 28165, 195 en *Kamerstukken II* 2014/15, 28165, 226.

19. *Voorbeeld 1: de uitzonderingsregel voor loyaliteitsstemrecht in de Overnamerichtlijn.* In de Overnamerichtlijn⁸¹ zijn effecten met meervoudig stemrecht gedefinieerd als ‘effecten die tot een onderscheiden, afzonderlijke soort behoren en waaraan meer dan één stem is verbonden’.⁸² Met die definitie is beoogd het Franse loyaliteitsstemrecht ongemoeid te laten.⁸³ Het kenmerkende van de Franse loyaliteitsaandelen is immers dat de aandelen tot *dezelfde* soort blijven behoren.⁸⁴ Nu aandelen met loyaliteitsstemrecht naar Frans recht niet als een ‘onderscheiden, afzonderlijke soort’ onder de definitie van ‘effecten met meervoudig stemrecht’ vallen, vallen ze buiten de reikwijdte van de doorbraakregel van art. 11 van de Overnamerichtlijn, op grond waarvan aan effecten met meervoudig stemrecht onder omstandigheden slechts één stem is verbonden. Het had niet veel gescheeld of Nederland had om deze reden in het kader van de implementatie van de Overnamerichtlijn ook een wettelijke regeling voor loyaliteitsstemrecht geïntroduceerd. Enigszins opportunistisch is door de Nederlandse wetgever overwogen van deze voor het Franse loyaliteitsstemrecht in het leven geroepen uitzondering van de doorbraakregel gebruik te maken door een vergelijkbare wettelijke regeling voor loyaliteitsstemrecht in Nederland te introduceren.⁸⁵ Mede op advies van de Commissie vennootschapsrecht is hiervan afgezien.⁸⁶

20. *Voorbeeld 2: het ongewijzigde indexgewicht van loyaliteitsaandelen.* Een voorbeeld van recenter datum zijn de voorstellen om *dual-class* aandelenstructuren te weren uit aandelenindices. Ik wijs specifiek op het voorstel van MSCI om bij de samenstelling van haar indices rekening te houden met de mate waarin wordt afgeweken van *equal voting structures*.⁸⁷ De gedachte is om aandelen met *unequal voting structures* een lager gewicht in de indices te geven.⁸⁸ In het plan van MSCI worden loyaliteitsaandelen uitgezonderd bij het berekenen van de herweging in de index.⁸⁹ Deze uitzondering wordt niet nader toegelicht.⁹⁰ Het is voorstelbaar dat door Frankrijk, althans van de zijde van Franse beursvennootschappen, is gelobbyd om een dergelijke uitzondering voor het loyaliteitsstemrecht te bewerkstelligen.⁹¹ Het indexgewicht van Franse beursvennootschappen — gelet op het veelvuldig gebruik van loyaliteits-

81. Richtlijn 2004/25/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende het openbaar overnamebod (PbEU L 142/12).

82. Art. 2 lid 1 aanhef en sub g van Richtlijn 2004/25/EG.

83. *Kamerstukken II* 2005/06, 30419, 3, p. 10-11 en *Kamerstukken II* 2005/06, 30419, 8, p. 33. Zie bijv. ook P.D. Culpepper, *Quiet Politics and Business Power: Corporate Control in Europe and Japan*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 67-70, met verwijzingen en De Jongh 2014, p. 526.

84. Zie hierover ook nr. 3.11 e.v. van de conclusie van A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2007:BB3523) voor HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523, NJ 2008/105 m.nt. J.M.M. Maeijer (DSM).

85. Zie ook *Kamerstukken II* 2005/06, 30419, 3, p. 11.

86. Het advies van 23 december 2004 is opgenomen als bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 30419, 3. Vgl. ook de uiteindelijke implementatie van de doorbraakregel in art. 2:359b BW.

87. *Zie Consultation on the treatment of unequal voting structures in the MSCI Equity Indexes* van januari 2018, met een update per juni 2018, beschikbaar via www.msci.com.

88. Zie J.M. de Jongh, ‘Aanpassing MSCI-indices bij dual class shares’, *Ondernemingsrecht* 2018/47 en T.A. Keijzer, ‘Having your cake and eating it too. Over het weren van dual-class structuren uit aandelenindices’, *MvO* 2018-8/9.

89. Zie het MSCI-consultatiedocument van juni 2018, p. 10.

90. Zie ook De Jongh 2018, p. 295.

91. De consultatiereacties zijn niet, althans nog niet, openbaar gemaakt. Vgl. van de zijde van institutionele beleggers bijv. de reactie van Eumedion op het MSCI-consultatiedocument beschikbaar via www.eumedion.nl: ‘We urge MSCI not to exempt loyalty shares.’

teitsstemrecht door Franse beursvennootschappen⁹² – zou anders aanzienlijk verminderen.⁹³ Mochten de voorstellen van MSCI de eindstreep halen, wordt het relatief aantrekkelijker voor vennootschappen om in plaats van *dual-class* aandelen te kiezen voor loyaliteitsaandelen.⁹⁴

3.3 Ontwikkelingen in breder vennootschapsrechtelijk verband

3.3.1 *Legal transplants* in het Nederlandse vennootschapsrecht

21. *Niets nieuws onder de zon.* De wijze waarop loyaliteitsaandelen als *legal transplant* uit Frankrijk naar sommige Nederlandse beursvennootschappen – en daarmee naar het Nederlandse vennootschapsrecht – zijn overgewaaid, staat mijns inziens voor een bredere ontwikkeling. *Legal transplants* zijn overigens niet nieuw in het Nederlandse vennootschapsrecht. Vennootschapsrechtelijke modaliteiten die wij tegenwoordig als ‘typisch’ Nederlands beschouwen, zijn oorspronkelijk ook geïnspireerd door buitenlandse rechtsstelsels.

22. *Voorbeeld: het enquêterecht als legal transplant.* Het enquêterecht is ontleend aan het Engelse recht.⁹⁵ Dat het enquêterecht zo’n belangrijk element van het Nederlandse vennootschapsrecht is geworden, houdt verband met wat Timmerman heeft aangeduid als ‘gouden grepen’: de instelling van de Ondernemingskamer en de mogelijkheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen (art. 2:349a BW).⁹⁶ Het enquêterecht heeft zich met andere woorden in de loop der tijd goed weten aan te passen aan de behoeften van de Nederlandse rechtspraktijk. Een voorbeeld van succesvolle ‘hybridisering’ (zie nr. 8).

23. *Legal transplants via de rechtspraktijk.* Het proces bij de *legal transplants* waarop ik het oog heb, verloopt iets anders dan bij het enquêterecht is gebeurd. Daarbij wordt niet een figuur uit een buitenlands rechtsstelsel overgenomen en in aangepaste vorm in het Nederlandse recht neergelegd waarmee de rechtspraktijk vervolgens uit de voeten moet zien te kunnen, maar gaat het eerder andersom: een uit het buitenland overgewaaide figuur wordt aanvankelijk door enkele vennootschappen succesvol in de Nederlandse rechtspraktijk toegepast, waarna de Nederlandse wet- en regelgever voor de vraag wordt gesteld in hoeverre die praktijk al dan niet wet-

92. Zie Becht e.a. 2018, tabel 1.

93. Aldus ook Keijzer 2018, par. 3.3.

94. Vgl. A.M. Paces, ‘Exit, Voice and Loyalty from the Perspective of Hedge Funds Activism in Corporate Governance’, *ELR* 2016, 9(4), p. 199 over ‘dual-class shares in disguise’.

95. Zie bijv. J. Salomonson & J. Coert, *Rapport uitgebracht aan het bestuur der Nederlandsche Advocaten-Vereeniging, over de naamloze vennootschap volgens het ontwerp-Nelissen-Heemskerk*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1926, p. 11 en G.H.A. Grosheide, ‘Het ontwerp van wet op de naamloze vennootschap’, *ARS* 1927/09, p. 352. Zie meer recent P.J. Dortmond, ‘Het beruchte recht van enquête (van 1910 tot 1928)’, in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems’ Wegen*, Deventer: Kluwer 2010, p. 91-96 en J.M. de Jongh, ‘Over het Britse enquêterecht en palmen aan de oever van het IJ’, in: G.C. Makkink e.a. (red.), *Ik ben niet overtuigd* (Ingelse-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 247-254.

96. Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.3.4-2.3.5.

telijk gefaciliteerd of gereguleerd moet worden. Dit patroon komt bijvoorbeeld ook terug bij het *executive committee*.⁹⁷

24. *Voorbeeld: het executive committee*. Er bestaat enige discussie over de vraag waar het *executive committee* (exco) vandaan komt. Sommige auteurs veronderstellen een Anglo-Amerikaanse oorsprong.⁹⁸ Kemperink wijst er recent terecht op dat ook in landen als België en Frankrijk bestuursmodellen met een directiecomité (België) of *direction générale*, ook wel genoemd *comité exécutif* (Frankrijk), bestaan.⁹⁹ Kemperink stelt in die bijdrage voorts: 'Anders dan in Nederland het geval is, gaat het hierbij in deze landen wel degelijk om een rustig bezit. Over het bestaan of bestaansrecht van het directiecomité of het *comité exécutif* bestaat geen discussie, hetgeen bevestigd wordt door het feit dat beide organen een plaats in de wet gevonden hebben.'¹⁰⁰ De juistheid van die stelling waag ik te betwijfelen. Ik sta daartoe stil bij de plaats van het directiecomité in het Belgische vennootschapsrecht. In België was het directiecomité evenals in Nederland een in de praktijk gegroeide figuur die door de meeste grote Belgische beursvennootschappen werd toegepast.¹⁰¹ De juridische status van het directiecomité was echter onduidelijk.¹⁰² Het bestond evenals de exco bij Nederlandse beursvennootschappen veelal uit een of meer bestuurders aangevuld met functionarissen die geen lid waren van het bestuur.¹⁰³ Om aan de rechtsonzekerheid een einde te maken is in 2002 door de Belgische wetgever een wettelijke basis voor het directiecomité gecreëerd.¹⁰⁴ De wettelijke regeling heeft de praktijk echter niet overtuigd, de feitelijke directiecomités zijn vaak blijven bestaan.¹⁰⁵ Tegen deze achtergrond verbaast het niet dat in het Wetsontwerp tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende

97. Meer voorbeelden zijn denkbaar, zoals de *one-tier board*. Vgl. voetnoot 15 en F.J. van den Ingh, 'De bestuursstructuur van Fortis', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 138, preambule onder 10 en Hoofdstuk III.8 van de Corporate Governance Code 2003.

98. Zie bijv. C.D.J. Bulten, 'De vennootschap en de geconstrueerde werkelijkheid' (oratie Nijmegen), *Ondernemingsrecht* 2014/94, par. 5.2 en Ch.E. Honée, 'De executive committee', in: G. van Solinge e.a., *Nederland, het Delaware van Europa?*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 135, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 93 en p. 97.

99. G.N.H. Kemperink, '“Ik hoor u wel, maar luister niet...”: de raad van commissarissen en het executive committee bij de beursgenoteerde vennootschap', *Ondernemingsrecht* 2018/94, p. 535, met verwijzingen.

100. Kemperink 2018, p. 535-536.

101. Zie bijv. J.-P. Blumberg, 'Het directiecomité in het corporate governance debat', *V&F* 1998, p. 143. Zie ook de overzichten bij C.F. van der Elst, 'Corporate governance: een wettelijke (r)evolutie. De gevolgen van de wet "corporate governance" op de organisatie van genoteerde vennootschappen', *TRV* 2004, p. 70-76 en M. Wyckaert & K. Geens, '200 jaar ervaring met het Belgische monistische model: wat te nemen, wat te laten?', in: M.J. Kroeze e.a., *Bestuur en toezicht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 67, Deventer: Kluwer 2009, p. 82-91.

102. Zie bijv. Blumberg 1998, p. 142 en 144; H. De Wulf, 'De Wet Corporate Governance en het bestuur: directiecomité en intra-groepsverrichtingen', in: M. Tison, C. van Acker & J. Cerfontaine (red.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, Antwerpen: Intersentia, 2003, Volume I, p. 210-211. Zie ook S. de Geyter, I. de Poorter & E. Leroux, *Delegatie en taakverdeling in de NV*, Brussel: Larcier 2016, p. 60.

103. Zie daarover ook De Wulf 2003.

104. Zie art. 524bis van het Wetboek van Vennootschappen, ingevoerd bij de Wet van 2 augustus 2002 houdende wijziging van het Wetboek van Vennootschappen alsook van de Wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurze genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnamebiedingen, *BS* 22 augustus 2002, ed. 2. Zie over deze zogenoemde Wet Corporate Governance uitgebreid K. Byttebier, A. François & J. Delvoie (red.), *De Wet Corporate Governance ont(k)leed*, Mechelen: Kluwer 2004.

105. Zie Wyckaert & Geens 2009, p. 75-76 en De Geyter e.a. 2016, p. 61.

diverse bepalingen van 4 juni 2018 wordt voorgesteld het wettelijke directiecomité af te schaffen.¹⁰⁶ Waar de *law in the books* een rustig bezit van het Belgische directiecomité doet veronderstellen, blijkt de *law in action* met een veelvoorkomend feitelijk directiecomité dat niet onder de wettelijke regeling valt, weerbarstiger.

25. *Een les uit België over regulering van de exco*. In de Nederlandse Corporate Governance Code 2016 – de Code kan overigens op zichzelf ook als een *legal transplant*, uit Engeland, worden opgevat¹⁰⁷ – is een voorzichtig begin gemaakt met de regulering van de exco.¹⁰⁸ In de literatuur zijn de meningen verdeeld over de vraag of het ontbreken van een wettelijke basis voor de exco een leemte is die moet worden opgevuld.¹⁰⁹ Ik verwacht dat op enig moment, bijvoorbeeld in het kader van de aangekondigde modernisering van het NV-recht, stemmen zullen opgaan voor een wettelijke basis voor de exco. Op de vormgeving van een wettelijke regeling voor de exco zal ik hier niet vooruitlopen. De ervaringen met het wettelijke directiecomité in het Belgische vennootschapsrecht kunnen in ieder geval een les voor Nederland zijn. Die les is wat mij betreft dat we voorzichtig moeten zijn met het reguleren van het feitelijk management van de onderneming.¹¹⁰ Los daarvan staat dat het mijns inziens niet ondenkbaar is om de niet-statutaire leden van de exco onder het toepassingsbereik van bepaalde regels, bijvoorbeeld inzake remuneratie of diversiteit,¹¹¹ te brengen. Dat is in 2010 in het Belgische vennootschapsrecht gebeurd voor de leden van de feitelijke directiecomités (niet zijnde bestuurders)¹¹² en blijft gehandhaafd in het voorstel voor aanpassing van het Belgische vennootschapsrecht.¹¹³

26. *De wettelijke bedenktijd: géén legal transplant*. Dat bij de wetgever op enig moment de neiging ontstaat bepalingen uit de Code tot wet te verheffen, is eerder gebleken.¹¹⁴ Het meest recente voorbeeld daarvan is het plan voor een wettelijke bedenktijd van 250 dagen voor het bestuur als een aandeelhouder een strategiewijziging wenst.¹¹⁵ Op het moment van schrijven van deze bijdrage is nog geen wetsvoorstel voor de wettelijke bedenktijd ingediend.¹¹⁶ Met Timmerman verwacht ik, als het

106. Zie p. 14 van de memorie van toelichting (DOC 54 3119/01) bij het wetsontwerp (voetnoot 42).

107. Zie recent bijv. H.M. Vletter-van Dort & T.A. Keijzer, 'Herziening Britse Corporate Governance Code: stof tot nadenken', *Ondernemingsrecht* 2018/56, p. 321.

108. Best-practice-bepaling 2.1.3 van de Code 2016.

109. Zie in die zin bijv. Bulten 2014 en Honée 2016, p. 97. Zie voor een krachtig tegengeluid S.H.M.A. Dumoulin, 'Het Executive Committee; over bestuur en toezicht, vennootschap en onderneming', *Ondernemingsrecht* 2017/63, par. 1 en S.H.M.A. Dumoulin, 'Toezicht op executive committees', in: G. van Solinge e.a., *Toezicht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 135, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 83, waarover ook Bootsma & Eijkelenboom 2018, par. 8.

110. Zie daarover in meer detail Dumoulin 2017, par. 5, met verwijzingen.

111. Vgl. B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deel I, Deventer: Kluwer 2013, p. 893.

112. Zie art. 96, § 3, laatste lid van het huidige Wetboek van Vennootschappen. Zie over de bepaling ook De Geyter e.a. 2016, p. 61-62.

113. Zie art. 3:6, § 3, laatste lid van het wetsontwerp van 8 juni 2018 (voetnoot 42).

114. Zie over dit *cherry picken* bijv. H.E. Boschma e.a., *Evaluatie Wet bestuur en toezicht. Wetenschappelijk evaluatieonderzoek naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 110, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 283, met verwijzingen.

115. Vgl. bepaling 4.1.6-4.1.7 van de Code 2016.

116. Zie over de plannen daartoe bijv. H.J. de Kluiver, 'Modernisering Ondernemingsrecht; waarheen, waarvoor?', *Ondernemingsrecht* 2017/118 en R. Abma, 'Extra bescherming van Nederlandse beursvennootschappen: noodzaak of hypocrisie?', *TvOB* 2018-1, p. 1-5, met verdere verwijzingen naar de relevante Kamerstukken.

tot een wetsvoorstel komt, 'een eindresultaat van een aan allerlei beperkingen (...) onderworpen bedenktijd.'¹¹⁷ Op de inhoudelijke merites van een wettelijke bedenktijd ga ik op deze plaats niet in.¹¹⁸ Ik constateer slechts dat de wettelijke bedenktijd, voor zover ik heb kunnen nagaan, géén *legal transplant* is.¹¹⁹ In vergelijking met wat in internationaal verband gebruikelijk is, is een wettelijke bedenktijd een 'strange animal'.¹²⁰

27. *De wachttermijn als alternatief voor een wettelijke bedenktijd.* Ik maak op dit punt een uitstapje naar het *ius constituendum* (vgl. nr. 5), door een idee te opperen voor een alternatief voor de wettelijke bedenktijd in de vorm van een wachttermijn voor toegang tot bepaalde aandeelhoudersrechten.¹²¹ In het Nederlandse vennootschapsrecht is de omvang van het aandelenbezit bepalend voor de toegang tot wettelijke aandeelhoudersrechten, niet tevens de duur van het aandelenbezit. Zo geldt voor het agenderingsrecht in de zin van art. 2:114a BW een drempel van 3% van het geplaatste kapitaal,¹²² voor het convocatierecht van art. 2:110 BW een drempel van 10% van het geplaatste kapitaal¹²³ en voor de toegang tot het enquêterecht bij beursvennootschappen in beginsel¹²⁴ in de zin van art. 2:346 lid 1 aanhef en sub c BW een drempel van 1% van het geplaatste kapitaal of een beurswaarde van € 20 miljoen.¹²⁵ Voor zover ik in de parlementaire geschiedenis heb kunnen nagaan, is bij de toegangsdrempels van deze wetsbepalingen niet overwogen tevens een minimale houdtermijn van de aandelen te vereisen. Een dergelijke aanvullende voorwaarde, inhoudende dat een aandeelhouder zijn aandelen gedurende een bepaalde periode ononderbroken gehouden moet hebben alvorens hij van bijvoorbeeld het agenderingsrecht, convocatierecht en/of het recht van enquête gebruik zou kunnen maken, zou een *legal transplant* zijn.

28. *De wachttermijn in Frankrijk en de VS.* In het Franse vennootschapsrecht heeft lange tijd de zogenoemde *clause de stage* bestaan, waarmee toegang tot en stemrecht op de algemene vergadering afhankelijk kon worden gemaakt van een minimale

117. L. Timmerman, 'De carrousel van beschermingsmaatregelen (ofwel: on and on and on)', *Ondernemingsrecht* 2018/78, p. 459. Vgl. voor een recent Amerikaans voorbeeld van deze carrousel L.A. Bebchuk & K. Kastiel, 'The Untenable Case for Perpetual Dual-Class Stock', *Virginia Law Review* 2017, 103, p. 585-631, waarin wordt gepleit voor 'sunset provisions' om de werking van *dual-class* aandelen minder absoluut te maken.

118. Vgl. daarover de uiteenlopende opvattingen van Abma en De Kluiver, kenbaar uit E.J. Breukink, 'Seminar Van der Heijden Instituut: "Bescherming van beursvennootschappen en vitale vennootschappen"', *Ondernemingsrecht* 2018/88, par. 3. Zie ook voetnoot 115.

119. Aldus ook J.W. Winter: 'Ik ken geen land in de wereld waar er een bedenktijd is van een jaar', kenbaar uit 'Is de aandeelhouder altijd een geldwolf?', *FD* 3 juni 2017, p. 20.

120. Zie over die beeldspraak Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.3.8.

121. Vgl. L. Timmerman, 'De rol van het vennootschappelijk belang en strategie bij het beschermen van beursvennootschappen', *TvOB* 2018-1, p. 14-18. Vgl. voorts Lennarts & Roest 2012, p. 44 (voetnoot 170), onder verwijzing naar J. Fox & J.W. Lorsch, 'What Good Are Shareholders?', *Harvard Business Review* 2012, 90, p. 48-57; en Breukink 2018, par. 3, onder verwijzing naar § 122 Aktiengesetz (AktG). § 122 lid 1 derde zin AktG vereist voor het agenderingsrecht een minimale houdtermijn van 90 dagen (naast een kapitaalbelang van 5% op grond van § 122 lid 1 eerste zin AktG).

122. Bij de Wet van 15 november 2012 (*Stb.* 2012, 588) is de drempel verhoogd van 1% naar 3% van het geplaatste kapitaal.

123. Deze drempel geldt al sinds de invoering van Boek 2 BW (*Stb.* 1976, 395) en is ongewijzigd overgenomen uit de Wet van 2 juli 1928 (*Stb.* 216).

124. Vgl. Q. Bongaerts, 'Ge(mis)plaatst kapitaal', *Ondernemingsrecht* 2016/110.

125. Zoals gewijzigd bij de Wet van 18 juni 2012 (*Stb.* 2012, 274).

omvang of tijdsduur van het aandelenbezit.¹²⁶ Een dergelijke clause is ook de Verenigde Staten niet vreemd.¹²⁷ Voor aandeelhouders die een bestuurder willen benoemen via *proxy access* geldt bij veel Amerikaanse beursvennootschappen een zogenoemde 3%/3years-regel. Over *proxy access* bestaat al lange tijd discussie in de VS.¹²⁸ In de Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act) is een wettelijk haakje opgenomen dat de positie van de Securities and Exchange Commission (SEC) verstevigt om *proxy access*-regels te kunnen uitvaardigen.¹²⁹ Van Ginneken sprak de verwachting uit dat de SEC snel van deze bevoegdheid gebruik zou gaan maken.¹³⁰ De SEC heeft inderdaad gretig gebruikgemaakt van dit wettelijke haakje door twee maanden na inwerkingtreding van de Dodd-Frank Act Rule 14a-11 Securities and Exchange Act uit te vaardigen, op grond waarvan kort gezegd een (groep) aandeelhouder(s) die gedurende minimaal drie jaar heeft beschikt over ten minste 3% van het aandelenkapitaal (stemrecht- en kapitaalbelang) de bevoegdheid zou krijgen om maximaal een kwart van het totale aantal bestuurders voor benoeming voor te dragen.¹³¹ Op formele gronden heeft de United States Court of Appeal van het District Columbia Rule 14a-11 vernietigd.¹³² De door de SEC voorgestelde *mandatory proxy access rule* was daarmee van de baan. De mogelijkheid voor aandeelhouders bleef echter bestaan om bij individuele vennootschappen *proxy access* af te dwingen via een voorstel tot aanpassing van de *bylaws*. De New York City Comptroller heeft namens een aantal New York City pensioenfondsen, waarbij ook andere pensioenfondsen zoals CalPERS zich aansloten, een campagne gestart om *proxy access* te bewerkstelligen via *private ordering*.¹³³ Dit is niet zonder effect gebleven.¹³⁴ Bij de aangenomen *proxy access*-voorstellen wordt vrijwel zonder uitzondering aangesloten bij de criteria van Rule 14a-11, een stemrechtbelang van 3% en een minimale houdtermijn van drie jaar.¹³⁵ Een minimale houdtermijn van de aandelen alvorens bepaalde aandeelhoudersrechten uitgeoefend kunnen worden, heeft mijns inziens het voordeel boven een wettelijke bedenktijd voor het bestuur dat onder andere Amerikaanse beleggers met een dergelijke houdtermijn bekend zijn.¹³⁶ De potentiële aantasting van het beleggingsklimaat in Nederlandse beursvennootschappen is daardoor wellicht minder groot.¹³⁷

126. Zie daarover bijv. C. Clottens, *Proportionaliteit van stemrecht en risico in kapitaalvennootschappen* (diss. Leuven), Antwerpen: Biblio 2012, p. 36, met vele verwijzingen.

127. Vgl. voor Duitsland § 122 AktG (zie voetnoot 120).

128. Zie bijv. J. Fisch, 'The Destructive Ambiguity of Federal Proxy Access', *Emory Law Journal* 2012, 61, p. 441-447.

129. Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376 (2010). Zie § 971, 124 Stat. 1915.

130. M.J. van Ginneken, *Vijandige overnames. De rol van de vennootschapsleiding in Nederland en de Verenigde Staten* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2010, p. 300.

131. Facilitating Shareholder Director Nominations, 75 Fed. Reg. 56,668, 56,677–93 (Sept. 16, 2010).

132. Business Roundtable v. SEC, 647 F3d 1144 (D.C. Cir. 2011).

133. Zie <https://comptroller.nyc.gov/services/financial-matters/boardroom-accountability-project/overview/>.

134. Zie www.cii.org/files/publications/misc/02_02_17_proxy_access_private_ordering_final.pdf.

135. Zie p. 2 van het in de vorige noot aangehaalde rapport.

136. Zie over het belang van de perceptie in dit verband ook Bootsma e.a., *Beschermingsonderzoek* 2015, p. 24 en Bootsma, *Ondernemingsrecht* 2016/84, p. 428.

137. Vgl. daarover R. Abma, 'Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2017', *Ondernemingsrecht* 2017/126, par. 4.

29. *De wachttermijn toegepast op de AkzoNobel-casus.* De werking van de wachttermijn laat zich illustreren aan de hand van de *AkzoNobel-casus*.¹³⁸ Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen de *market for corporate control* en de *market for corporate influence*.¹³⁹ De *AkzoNobel-casus* laat de verwevenheid tussen beide markten zien. Het is niettemin belangrijk analytisch onderscheid tussen beide markten te maken. PPG Industries was als vijandige bidder actief op de *market for corporate control*. Het Nederlandse vennootschapsrecht biedt uitgebreide beschermingsmogelijkheden tegen een (ongewenst) overnamebod. Zo bestaat bij AkzoNobel al sinds 1926 een stichting die prioriteitsaandelen houdt.¹⁴⁰ Door een aantal overgangsbepalingen kan de bindende voordracht niet worden doorbroken door de algemene vergadering.¹⁴¹ Dat is een effectieve beschermingsmaatregel.

Elliott was in de *AkzoNobel-casus* actief op de *market for corporate influence*. Op deze markt gaat het om ‘attempts to use a sizeable minority stake in a public company as a platform to press for change’.¹⁴² Het plan voor een wettelijke bedenktijd richt zijn pijlen naar mijn idee op deze markt. De ‘hijgerigheid’, zoals Hommen het in de krant uitdrukte, lijkt vooral vanuit de *market for corporate influence* te komen.¹⁴³ Een wachttermijn kan effectief zijn om de hijgerigheid uit de *market for corporate influence* te halen. Hedgefondsen zoals Elliott zijn ‘event driven’.¹⁴⁴ De eerste melding in het AFM-register substantiële deelnemingen door Elliott, in de persoon van de heer Singer, dateert van na het eerste informele bod door PPG op 2 maart 2017.¹⁴⁵ Uitgaande van een wachttermijn van bijvoorbeeld twee jaar zou dat betekenen dat Elliott pas in 2019 had kunnen verzoeken om agendering van het ontslag van de voorzitter van de raad van commissarissen van AkzoNobel. De rem die zodoende op de werking van de *market for corporate influence* wordt gezet, is niet absoluut. Een hedgefonds kan langetermijnaandeelhouders van de vennootschap overtuigen van zijn voorstellen. In dat geval is het echter een langetermijnaandeelhouder die actief gebruik zou moeten maken van zijn aandeelhoudersrechten.¹⁴⁶

30. *Europeesrechtelijke bezwaren en hoe die te ondervangen.* Een wachttermijn zoals hiervoor is geopperd, kent uiteraard ook bezwaren. Het stellen van de voorwaarde van een minimale houdtermijn voor het kunnen uitoefenen van aandeelhoudersrechten, in het bijzonder het agenderingsrecht van art. 2:114a BW, zou mogelijk

138. Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965, JOR 2017/261 m.nt. C.D.J. Bulten (*AkzoNobel*).

139. Zie B.R. Cheffins & J. Armour, ‘The Past, Present, and Future of Shareholder Activism by Hedge Funds’, *Journal of Corporation Law* 2011, 37, p. 51-103.

140. Zie R. Abma e.a., *De algemene vergadering van Nederlandse beursvennootschappen* (Recht en Praktijk nr. ONR9), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 100.

141. Art. XVIII van de overgangsbepalingen van de Wet van 2 juli 1928 (*Stb.* 216), art. IV van de Wet van 3 mei 1971 (*Stb.* 286) en art. 52 lid 3 van de Wet van 2 juni 1976 (*Stb.* 320). Zie daarover R.P. Voogd, *Statutaire beschermingsmiddelen bij beursvennootschappen* (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 32, Deventer: Kluwer 1989, p. 55-56.

142. Cheffins & Armour 2011.

143. “Bedenktijd voor bedrijven bij vijandig overnamebod”. Jan Hommen bepleit wettelijke time-out van zeker een jaar’, *FD* 28 maart 2017, p. 1. Zie ook *Kamerstukken II* 2016/17, 29826, 70, p. 3. Zie voorts De Kluiver 2017, par. 7 en H.M. Vletter-van Dort & T.A. Keijzer, ‘De veilige toekomst van de Nederlandse beursvennootschap’, *Ondernemingsrecht* 2017/73.

144. Zie over de werkwijze van Elliott ook Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.7.2.

145. Zie de melding van 20 maart 2017 van een belang van 3,25%, beschikbaar via www.afm.nl.

146. Vgl. daarover R.J. Gilson & J.N. Gordon, ‘The Agency Costs of Agency Capitalism: Activist Investors and the Revaluation of Governance Rights’, *Columbia Law Review* 2013, 113, p. 863-927.

in strijd kunnen komen met EU-recht.¹⁴⁷ Dergelijke bezwaren spelen evenzeer bij de wettelijke bedenktijd.¹⁴⁸ Timmerman wijst erop dat de werking van art. 6 van de Aandeelhoudersrichtlijn niet absoluut is. Uitzonderingen in bijzondere omstandigheden zijn volgens hem toegelaten.¹⁴⁹ Over de lengte van de wachttermijn kan worden gediscussieerd. In Duitsland bestaat bijvoorbeeld een termijn van 90 dagen en in de VS een termijn van drie jaar (zie nr. 28). Om de wachttermijn te laten voldoen aan de vereisten van proportionaliteit zou bijvoorbeeld aansluiting kunnen worden gezocht bij het criterium van art. 2:118a lid 2 sub a BW voor het weigeren van stemvolmachten aan certificaa houders. Alleen als zich het *event* voordoet dat de vennootschap *in play* komt, dus vanaf het moment dat de gerechtvaardigde verwachting bestaat dat een ongewenst openbaar bod zal worden gedaan ('oorlogstijd'), zou een beroep gedaan kunnen worden op de wachttermijn voor de toegang tot bepaalde aandeelhoudersrechten. Dit illustreert de verwevenheid die kan bestaan tussen de *market for corporate influence* en de *market for corporate control* (zie nr. 29).

31. *De wachttermijn in opmars.* De wachttermijn is weliswaar geen panacee,¹⁵⁰ maar deze *legal transplant* verdient mijns inziens wel overdenking als alternatief voor een wettelijke bedenktijd, die volstrekt uniek in de wereld zou zijn (zie nr. 26). Boelens heeft het treffend als volgt verwoord: 'Wel kan de wetgever de aandeelhouders niet in het hart kijken om hun motieven te doorgronden waarom ze tot het verwerven van aandelen overgingen. Dus moeten naar uitwendige criteria bedoelde categorieën worden aangeduid, hetgeen slechts een grove begrenzing kan opleveren'.¹⁵¹ De houdtermijn van de aandelen is zo'n uitwendig criterium. De houdtermijn van de aandelen heeft al zijn intrede gedaan in het Nederlandse vennootschapsrecht bij de Fiat-vennootschappen met loyaliteitsstemrecht. Ik acht het voorstelbaar dat het criterium ook in toekomstige wetgeving wordt toegepast. Dat kan in de hiervoor bedoelde zin als alternatief voor een wettelijke bedenktijd, maar bijvoorbeeld ook als aanvullende toegangsdrempel voor het enquête-recht bij beursvennootschappen (zie nr. 42 hierna).

32. *Franse of Anglo-Amerikaanse oorsprong van legal transplants?* Vanuit de gedachte van wereldwijde convergentie naar het aandeelhoudersmodel — de uitkomst van de door Hansmann en Kraakman voorspelde *end of history for corporate law*¹⁵² — zou verwacht kunnen worden dat de *legal transplants* in het Nederlandse vennootschaps-

147. Zie met name art. 6 van de Richtlijn 2007/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen (*PbEU* L 184/17).

148. Zie daarover bijv. J.W. Winter, 'In de delta van het Rijnland', *ESB* 2017/451, p. 334 en G.N.H. Kemperink, 'Nederlandse kroonjuwelen en buitenlandse bidders', *NJB* 2017/1512. Zie voorts L.F. Groothuis, 'Hijgerig of een kwestie van lange adem? Beschouwingen bij het Plan Hommen', *Ondernemingsrecht* 2018/15 en R. Traas, 'De invoering van een wettelijke bedenktijd: bedenkt de wetgever zich?', *Ondernemingsrecht* 2018/97.

149. Timmerman, *TvOB* 2018, p. 18, onder verwijzing naar overweging 7 van de preambule van Richtlijn 2007/36/EG.

150. Zie in meer detail Clottens 2011.

151. G.J. Boelens, *Oligarchische clauses in statuten van naamloze vennootschappen* (diss. VU Amsterdam), Kampen: J.H. Kok 1946, p. 38. Dit is een letterlijke verwijzing naar E. Gaillard, *La société anonyme de demain. La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme* (diss.), Parijs: Librairie du Recueil Sirey 1932, p. 67: 'La législateur ne pouvant pénétrer la pensée de l'actionnaire, doit pour reconnaître l'"affectio societatis", s'en remettre aux signes extérieurs.'

152. Hansmann & Kraakman 2001. Vgl. Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.8.1.

recht vooral een Anglo-Amerikaanse oorsprong hebben. Dat beeld lijkt niet bevestigd te worden door de aangehaalde voorbeelden. Ik wees al op de Franse oorsprong van loyaliteitsaandelen. Waar sommigen de exco een Anglo-Amerikaanse oorsprong toedichten, heeft Kemperink er recent terecht op gewezen dat ook in Frankrijk en België dergelijke figuren bestaan.¹⁵³ Overigens kent België al een lange historie met een monistisch bestuursmodel.¹⁵⁴ De *one-tier board* heeft aanvankelijk, voordat er een wettelijke regeling was, als *legal transplant* ook zijn intrede gedaan in Nederland bij Fortis, een Belgisch-Nederlandse vennootschap.¹⁵⁵

33. *Nog een voorbeeld: de gifpil bij Gemalto N.V.* Een ander, nog pril, voorbeeld van een *legal transplant* is de *deal protection* zoals die was ingebouwd bij het openbare bod van Thales op de aandelen in Gemalto N.V.¹⁵⁶ Zittende aandeelhouders krijgen in dat plan extra aandelen bij gestanddoening van een concurrerend bod. De waarde van deze extra aandelen is gelijk aan het verschil tussen 109% van het oorspronkelijke bod en de waarde van het concurrerende bod. De extra aandelen vervallen als het concurrerende bod wordt verhoogd tot meer dan 109% van het oorspronkelijke bod. De gedachte hierachter is dat een concurrerende bieder gedwongen is minimaal 9% hoger te bieden dan het oorspronkelijke bod. Van Olffen wijst erop dat deze vorm van *deal protection* gebaseerd is op de Franse praktijk en Franse wetgeving (de wet-Florange¹⁵⁷). De Franse praktijk en wetgeving op dit punt lijken op hun beurt weer gebaseerd op een Amerikaans Shareholder Rights Plan (*poison pill*).¹⁵⁸ Deze constructie was mogelijk omdat de algemene vergadering van Gemalto in 2017 een machtiging aan het bestuur had verleend om met beperking of uitsluiting van het voorkeursrecht nieuwe aandelen uit te geven.¹⁵⁹ Deze machtiging was beperkt tot 5% van het geplaatste kapitaal wanneer aandelen zouden worden uitgegeven voor algemene doeleinden of voor een fusie, overname of (strategische) alliantie.¹⁶⁰ Met Van Olffen meen ik dat het een relatief kleine stap is om deze figuur in de toekomst in meer algemene zin in te zetten als beschermingsmaatregel.¹⁶¹

34. *Sterkere oriëntatie op Frankrijk.* Ik verwacht dat het Nederlandse vennootschapsrecht zich in de nabije toekomst, naast Anglo-Amerikaanse invloeden,¹⁶² meer op Frankrijk zal oriënteren. Die verwachting houdt verband met de hier genoemde *legal transplants*, maar ook met de geconstateerde trend van sterkere protectionistische sentimenten in het vennootschapsrecht.

153. Kemperink 2018.

154. Wyckaert & Geens 2009.

155. Zie over die achtergrond Van den Ingh 2000.

156. Zie daarover Van Olffen, kenbaar uit Breukink 2018. Zie ook P.L. Hezer & B. Kemp, 'Het gifpilletje van Gemalto', *MvO* 2018-7, p. 215-221.

157. Zie voetnoot 77.

158. Zie daarover Van Ginneken 2010, p. 101-103.

159. Zie art. 2:96 lid 1 BW.

160. Zie Abma 2017, par. 5.

161. Kenbaar uit Breukink 2018, par. 7. In die zin ook Hezer & Kemp 2018, p. 221.

162. De invloed van de Amerikaanse praktijk moet nog steeds niet worden onderschat, zie Van Ginneken 2010, p. 14.

3.3.2 Geconcentreerd aandeelhouderschap in het Nederlandse vennootschapsrecht

35. De *Berle-Means Corporation op zijn retour*. In nr. 12 signaleerde ik een toegenomen concentratie van het aandelenbezit bij Nederlandse beursvennootschappen. In andere landen wordt een vergelijkbare trend waargenomen.¹⁶³ In ‘egel’-termen wordt in dit verband in Amerikaanse literatuur gesproken van de *Rise and Fall of the Berle-Means Corporation*.¹⁶⁴ De term ‘Berle-Means Corporation’ is gemunt als aanduiding voor een grote beursvennootschap met wijdverspreid aandelenbezit waarbij sprake is van *separation of ownership and control*.¹⁶⁵ Het ‘Berle & Means-model’ wordt ook in de Nederlandse ondernemingsrechtelijke literatuur wel gebruikt als aanduiding voor de ‘open’ beurs-NV.¹⁶⁶ De Berle-Means Corporation bestaat nog steeds in de VS, maar het aandelenbezit is in de afgelopen jaren veel meer geconcentreerd geraakt. Vertegenwoordigers van de grootste institutionele aandeelhouders, die aan één bestuurstafel zouden passen, hebben tegenwoordig bij veel Amerikaanse beursvennootschappen gezamenlijk overwegende zeggenschap of zelfs een controlerend belang.¹⁶⁷ Naar mijn indruk hebben zich bij Nederlandse beursvennootschappen vergelijkbare tendensen voorgedaan. Een aantal AEX-vennootschappen kan nog worden beschouwd als Berle-Means Corporation.¹⁶⁸ Binnen de Berle-Means Corporation is echter het aandelenbezit in toenemende mate in handen van – veelal buitenlandse – institutionele beleggers.¹⁶⁹ Daarnaast is, met name maar niet beperkt tot beurs-NV’s in den vreemde, de vennootschap met een controlerende aandeelhouder, zoals een oprichter of familie, in opkomst.¹⁷⁰ In *The Anatomy of*

163. Zie bijv. Paces 2016, met verwijzingen.

164. Zie in die zin bijv. Gilson & Gordon 2013, p. 865 en G.F. Davis, ‘The Twilight of the Berle and Means Corporation’, *Seattle University Law Review* 2011, p. 1122. Vgl. echter B.R. Cheffins, ‘The Rise and Fall(?) of the Berle-Means Corporation’, *Seattle University Law Review* 2018 (te verschijnen), beschikbaar via www.ssrn.com, p. 72.

165. M.J. Roe, ‘A Political Theory of American Corporate Finance’, *Columbia Law Review* 1991, 91, p. 11, onder verwijzing naar het standaardwerk A.A. Berle & G.C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Harcourt, Brace & World, Inc, 1932, waarover ook Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.2.5.

166. In die zin bijv. Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Pitlo-serie nr. 2, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

167. Zie bijv. Gilson & Gordon 2013, p. 874-875 waar in 2009 bij de 1000 grootste Amerikaanse beursvennootschappen een percentage institutioneel aandeelhouderschap van gemiddeld 73% wordt gerapporteerd: ‘Put graphically but not metaphorically, representatives of institutions that collectively represent effective control of many large U.S. corporations could fit around a boardroom table.’ Vgl. ook D.S. Lund, ‘The Case Against Passive Shareholder Voting’, *The Journal of Corporation Law* 2018, 43(3), p. 104.

168. In Eumedion 2016, p. 3 wordt gerapporteerd dat per 27 juni 2016 38% van de AEX-vennootschappen een grootste aandeelhouder met een stemrechtbelang van tussen de 5% en 10% heeft. Een derde van de AEX-vennootschappen heeft per die datum een grootste aandeelhouder met een stemrechtbelang tussen de 10% en 30%, de overige AEX-vennootschappen hebben een grootste aandeelhouder met een stemrechtbelang van meer dan 30%.

169. Zie Abma e.a. 2017, p. 8-9, waar voor 2014 bij AEX-vennootschappen een percentage van 87 buitenlandse (meest) institutionele beleggers wordt gerapporteerd. In 1995 lag dat percentage nog op 37. In 1995 werd nog 24 van de aandelen in AEX-vennootschappen gehouden door Nederlandse institutionele beleggers, in 2014 was dat percentage teruggelopen tot 6.

170. Zie Eumedion 2016, p. 4, waar per 27 juni 2016 wordt gerapporteerd dat 48% van in totaal 155 beurs-NV’s een grootste aandeelhouder met een stemrechtbelang van meer dan 30% heeft en nog eens 37% van de in totaal 155 beurs-NV’s een grootste aandeelhouder met een stemrechtbelang tussen de 10% en 30% heeft. Vgl. C.F. van der Elst, A. de Jong & M.J.G.C. Raaijmakers, *Een overzicht van juridische en economische dimensies van de kwetsbaarheid van Nederlandse beursvennootschappen*, Onder-

Corporate Law wordt in dit verband treffend opgemerkt: 'While there is a certain degree of convergence in ownership structures across jurisdictions, there is arguably a greater variance in the shareholder patterns of different firms within any given jurisdiction'.¹⁷¹

36. *Sceptische geluiden over aandeelhoudersbetrokkenheid*. Het corporate governance-denken is, ook in Nederland, sterk beïnvloed door het beeld van de Berle-Means Corporation.¹⁷² Tegen de achtergrond van dit beeld — van de beursvennootschap met (wijd)verspreid aandelenbezit — begrijp ik de recente sceptische geluiden in de literatuur over betrokkenheid van aandeelhouders in de governance van beursvennootschappen.¹⁷³ Vletter-van Dort grijpt terug op Sanders die in 1952 stelde dat de algemene vergadering bij de publieke NV niet in staat is gebleken haar controlerende rol te vervullen, met name vanwege het wijdverbreide gebruik van oligarchische regelingen. Sanders merkte op: '[o]ok al zou de wetgever alle oligarchische regelingen met één pennestreek afschaffen, dan zou daarmee de "corporate democracy" nog niet functioneren, daar hiermede de lauwheid der aandeelhouders nog niet is weggenomen'.¹⁷⁴ De strekking van deze conclusie is mijns inziens beperkt tot de Berle-Means Corporation.¹⁷⁵ Bij vennootschappen met een controlerende aandeelhouder is het beeld anders. Grootaandeelhouders of controlerende aandeelhouders zijn wel in staat en bereid zich actief met de governance van de beursvennootschap te bemoeien.¹⁷⁶ In de analyse is het daarom van belang onderscheid te maken tussen de Berle-Means Corporation en de vennootschap met een controlerende aandeelhouder. Ter illustratie van toegenomen aandeelhoudersbetrokkenheid wordt wel gewezen op de participatie van aandeelhouders aan de besluitvorming in de algemene vergadering. Bij Nederlandse beursvennootschappen (AEX en AMX) is de participatiegraad de afgelopen jaren toegenomen tot rond de 70%, waar die in 2010 nog rond de 50% schommelde.¹⁷⁷ Ik meen dat de toegenomen participatiegraad in ieder geval voor een deel samen-

zoeksrapport ten behoeve van de SER Commissie Evenwichtig Ondernemingsbestuur, 2007, beschikbaar via www.ser.nl.

171. Armour, Enriques e.a. 2017, p. 26.

172. Zie bijv. J.W. Winter, 'Tunneltjes graven', *Ondernemingsrecht* 2001, p. 217: 'In Nederland is het debat over corporate governance volledig op het eerste type van corporate governance gericht.' Met het eerste type doelt Winter op het marktgeoriënteerde systeem ofwel de Berle-Means Corporation: 'de vooral in de VS en Engeland voorkomende situatie dat het aandelenbezit van een beursvennootschap wijdverspreid is'.

173. Zie bijv. G.T.M.J. Raaijmakers, 'Toezicht door aandeelhouders', in: G. van Solinge e.a., *Toezicht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 151, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 157-167 en H.M. Vletter-van Dort, 'De aandeelhouder als hoeksteen van de beursvennootschap?', *Ondernemingsrecht* 2018/45. Zie hierover ook Bootsma & Eijkelenboom 2018, par. 12.

174. P. Sanders, 'Verantwoording van het bestuur in de publieke naamloze vennootschap', in: *Rechtskundige opstellen* (Cleveringa-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1952, p. 350.

175. Zie Winter 2001, p. 217 over de beperkte rol van aandeelhouders in het marktgeoriënteerde systeem en J.W. Winter, 'Aandeelhouder engagement en stewardship', in: L. Timmerman e.a., *SamenWerken in het ondernemingsrecht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 80, Deventer: Kluwer 2011, p. 39-56. Zie ook A.A. Bootsma, 'L-warrants', in: *Piet Sanders: een honderdjarige vernieuwer*, Den Haag: Bju 2012, p. 38 en Bootsma & Eijkelenboom 2018, par. 12.

176. Zie de typering van (groot)aandeelhouders in het controlegeoriënteerde systeem bij Winter 2001, p. 217. Zie ook *Kamerstukken II* 2016/17, 29752, 9, p. 14.

177. Abma 2017, par. 3. Zie grafiek 1 aldaar. Zie ook Abma e.a. 2017, p. 9-10.

hangt met de gesignaleerde toegenomen concentratie van het aandelenbezit.¹⁷⁸ Bij een meer geconcentreerd aandelenbezit ligt een hogere participatiegraad in de rede; van een grootaandeelhouder kan eerder verwacht worden dat het stemrecht wordt uitgeoefend dan van een kleine individuele aandeelhouder.¹⁷⁹ Dat neemt overigens niet weg dat stappen kunnen worden genomen om de participatiegraad verder te verhogen door de algemene vergadering het digitale tijdperk in te loodsen.¹⁸⁰ In het kader van modernisering van het NV-recht zou dat in de toekomst bijvoorbeeld kunnen leiden tot het loslaten van het wettelijke voorschrift in art. 2:116 BW dat de algemene vergadering fysiek in Nederland dient te worden gehouden.¹⁸¹ Het is daarbij steeds de kunst een juist evenwicht tussen faciliteren en reguleren te vinden.¹⁸²

37. *Terughoudende toetsing?* Het Nederlandse vennootschapsrecht lijkt nog niet volledig ingespeeld op de problematiek bij vennootschappen met een controlerende aandeelhouder.¹⁸³ In de VS – meer in het bijzonder het vennootschapsrecht van de staat Delaware – wordt een transactie van de vennootschap met een controlerende aandeelhouder in beginsel terughoudend, onder toepassing van de *business judgment rule*, getoetst als (i) de transactie is goedgekeurd door (een commissie bestaande uit) *independent (disinterested) directors* en/of (ii) de meerderheid van (*disinterested*) aandeelhouders voor heeft gestemd (*majority of minority vote*).¹⁸⁴ De gedachte hierachter is dat de betrokken partijen – het deel van de *board* en de aandeelhouders dat niet bij de transactie of het besluit is betrokken – beter in staat zijn de inhoud te beoordelen dan rechters dat kunnen. Terughoudende toetsing is vanuit die gedachte aangewezen ‘so long as the parties involved had the opportunity to exercise their control rights’.¹⁸⁵

178. Zie Eumedion 2016, p. 3 voor gegevens over de verschuiving naar meer geconcentreerd aandelenbezit die bij AEX-vennootschappen tussen 2010 en 2016 heeft plaatsgevonden.

179. Zie bijv. H.J. de Kluiver, ‘Goede trouw en rechtspersonenrecht’, in: *A-T-D* (Van Schilfgaarde-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 239. Zie ook J. Biesheuvel-Hoitinga, A.A. Bootsma & H.M. Vletter-van Dort, ‘De relatie tussen de raad van commissarissen en aandeelhouders(vergadering) bij beursvennootschappen. Een aanzet tot nadere afbakening en inkleuring’, *Ondernemingsrecht* 2012/29, par. 8, met verwijzingen.

180. Aldus ook Abma 2017, par. 3. Zie voorts A. Lafarre & C.F. van der Elst, ‘Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism’, *ECGI Law Working Paper* No. 390/2018, beschikbaar via www.ssrn.com en D. Yermack, ‘Corporate Governance and Blockchains’, *Review of Finance* 2017, 21(1), p. 7-31.

181. In die zin reeds A. van der Krans, *De virtuele aandeelhoudersvergadering* (diss. Utrecht), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 64, Deventer: Kluwer 2009.

182. Vgl. over het belang van de (fysieke) locatie van de algemene vergadering Y. Li & D. Yermack, ‘Evasive Shareholder Meetings’, *Journal of Corporate Finance* 2016, 38(6), p. 318-334.

183. Zie vanuit wetgevingsperspectief bijv. Bootsma & Hijink 2014 en Bootsma e.a., *Ondernemingsrecht* 2015/120. Zie voor enkele voorbeelden uit de rechtspraak: Hof Amsterdam (OK) 8 april 2014, *Ondernemingsrecht* 2015/18 m.nt. A.A. Bootsma & J.B.S. Hijink (*AAA Auto Group N.V.*); Hof Amsterdam (OK) 24 april 2017, *JOR* 2017/163 m.nt. M.W. Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2017/80 m.nt. A.A. Bootsma (*Fortuna Entertainment Group N.V.*); en Hof Amsterdam (OK) 14 juli 2017, *JOR* 2018/7 m.nt. J.L. van der Schrieck, *Ondernemingsrecht* 2017/122 m.nt. A.A. Bootsma (*Fortuna Entertainment Group N.V. II*).

184. Zie daarover mede in rechtsvergelijkend perspectief bijv. L.A. Bebchuk & A. Hamdani, ‘Independent Directors and Controlling Shareholders’, *University of Pennsylvania Law Review* 2017, 165, p. 1271-1315 en N. Hallemeesch, ‘Belangenconflicten van meerderheidsaandeelhouders. Zoektocht naar betere minderheidsbescherming en rechtsvergelijkend perspectief’, *TRV-RPS* 2017/1, p. 6-41. Zie daarover ook Bootsma, *Ondernemingsrecht* 2017/80.

185. Goshen & Hannes 2018, p. 22.

De Ondernemingskamer lijkt tot op heden geen bijzonder gewicht toe te kennen aan deze omstandigheden bij het beoordelen van transacties van de vennootschap met een grootaandeelhouder.¹⁸⁶ Als de Nederlandse rechter in de toekomst een sterker accent gaat leggen op formele zorgvuldigheid en minder inhoudelijk wordt getoetst,¹⁸⁷ is het voorstelbaar dat zoals in Delaware bij het toetsen van vennootschapsbesluiten juridisch betekenis wordt toegekend aan de standpunten van onafhankelijke commissarissen en minderheidsaandeelhouders. Daarmee is overigens niet gezegd dat de *business judgment rule* wordt aanvaard in het Nederlandse vennootschapsrecht, maar dat past wel in de gedachte die aan de *business judgment rule* ten grondslag ligt.¹⁸⁸ *Legal transplants* kunnen niet alleen via de rechtspraak en wetgeving hun intrede in het recht doen, maar ook via de rechtspraak, waarbij rechters zich, al dan niet uitdrukkelijk kenbaar,¹⁸⁹ laten inspireren door uitspraken van buitenlandse collega's.¹⁹⁰ Ook via de rechtspraak als transplantatiekanaal kan 'hybridisering' (zie nr. 8) plaatsvinden.¹⁹¹

38. *Het vennootschappelijk belang als rem.* Ik veronderstel dat een van de redenen waarom de terughoudende wijze van rechterlijke toetsing, gericht op formele zorgvuldigheid van vennootschapsrechtelijke besluiten, nog weinig ingang heeft gevonden in het Nederlandse vennootschapsrecht verband houdt met onze toepassing van het vennootschappelijk belang als richtsnoer voor alle functionarissen in de vennootschap.¹⁹² Bestuurders en commissarissen die zijn benoemd op voordracht van een bepaalde groep – of dat nu (groot)aandeelhouders,¹⁹³ werknemers¹⁹⁴ of de overheid zijn/is¹⁹⁵ – mogen zich niet vereenzelvigen met dat bijzondere belang, maar dienen zich ook te richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Die benadering heeft al een lange traditie in het Nederlandse vennootschapsrecht.¹⁹⁶ Met deze benadering waarbij alle functionarissen, ook degenen die een bijzonder belang vertegenwoordigen, naar hetzelfde richtsnoer

186. Zie Bootsma, *Ondernemingsrecht* 2017/80, onder 3.7, onder verwijzing naar M.J. van Ginneken, 'De onafhankelijke commissaris (oratie Rotterdam)', *Ondernemingsrecht* 2012/134.

187. Vgl. reeds Timmerman 1999, p. 50. Zie ook Bootsma, *Ondernemingsrecht* 2017/80, onder 3.7.

188. Zie recent nr. 3.12 van de conclusie van A-G Timmerman (ECLI:NL:PHR:2018:578) voor HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1210, onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 20-21.

189. Zie over dat laatste bijv. M. Siems & M. Gelter, 'Citations to Foreign Courts – Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe', *American Journal of Comparative Law* 2014, 62(1), p. 35-85.

190. Zie bijv. Van Ginneken 2010, p. 7, p. 14, p. 417, met verwijzingen.

191. Aldus ook B.F. Assink, 'Een Nederlandse business judgment rule in de context van het enquêterecht en bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW – Quo vadis?', *Ondernemingsrecht* 2013/50, par. 5 over een Nederlandse variant op de *business judgment rule*.

192. Een andere reden waarom de Ondernemingskamer minder moeite lijkt te hebben met inhoudelijk toetsen houdt verband met de samenstelling van het rechterlijke college, waarvan twee deskundige leden ('raden') deel uitmaken. Zie art. 66 lid 2 RO, waarover ook Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.3.4.

193. Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Roovers/Cancun Holding I*).

194. Vgl. over de structuurregeling, waarin anders dan in Duitsland niet voor 'werknemerscommissarissen' is gekozen P. Sanders, 'Medezeggenschap bij de besluitvorming in grote ondernemingen', in: *Aspecten van Arbeidsrecht* (jubileumbundel Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1971), Alphen aan den Rijn: Samson 1971, p. 228 en W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 1973, p. 247. Zie ook Zeylemaker 1946, p. 82-83.

195. Vgl. voor overheidscommissarissen bijv. H.M. Vletter-van Dort, in: M.J. Kroeze e.a., *Bestuur en toezicht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 67, Deventer: Kluwer 2009, p. 144.

196. Zie ook Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.2.4.

van het vennootschappelijk belang hebben te handelen, verdraagt zich minder goed dat aan het oordeel van bepaalde – onafhankelijke – functionarissen een bijzonder juridisch gewicht toegedicht zou worden. Dan wordt immers juist weer een onderscheid gemaakt tussen verschillende groepen in hetzelfde orgaan die zich hebben te richten naar hetzelfde belang.

39. *Het vennootschappelijk belang als olievlek.* Tegen deze achtergrond zou de benadering waarbij het richtsnoer van het vennootschappelijk belang zich uitbreidt tot andere actoren, waaronder (groot)aandeelhouders, wel eens aan belang kunnen winnen. Zo acht Assink het naar aanleiding van het *Boskalis/Fugro*-arrest¹⁹⁷ in het licht van art. 2:129 lid 1 BW denkbaar dat bij een beursvennootschap met een controlerende aandeelhouder de strategiebepaling in de statuten van de vennootschap primair wordt toebedeeld aan de algemene vergadering.¹⁹⁸ Gezien deesignaleerde toegenomen concentratie van het aandelenbezit lijkt het mij een kwestie van tijd alvorens een beursvennootschap met een controlerende aandeelhouder tot een dergelijke statutenwijziging zal overgaan. De logische consequentie daarvan is dat ook de aandeelhouder zich heeft te richten naar het richtsnoer van het vennootschappelijk belang.¹⁹⁹ Het uitgangspunt dat aandeelhouders in beginsel, binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 2:8 BW, het recht hebben hun eigen belang te dienen, wordt dan verlaten.²⁰⁰ Het loslaten van dit uitgangspunt geldt mijns inziens niet alleen voor zover aandeelhouders zich inlaten met de strategiebepaling in vorenbedoelde zin, maar kan, en zal naar mijn verwachting in de toekomst, (veel) breder worden getrokken.²⁰¹

40. *De grote vlucht naar (buitenlands) institutioneel aandeelhouderschap.* Ik maak nog enkele opmerkingen over het toegenomen aandelenbezit in handen van (veelal buitenlandse) institutionele beleggers, welk fenomeen bij Nederlandse beursvennootschappen de laatste jaren een grote vlucht heeft genomen. Ik zou niet zo ver willen gaan als Goshen en Hannes die deze ontwikkeling doortrekken tot de ‘death of corporate law’, maar in hun inzicht ‘the more competent shareholders become, the less important corporate law will be’²⁰² schuilt mijns inziens wel een kern van waarheid. Goshen en Hannes geven verschillende voorbeelden ter illustratie van dit inzicht. Een van die voorbeelden is de discussie over het indexgewicht van *dual-class* aandelenstructuren (zie nr. 20).²⁰³ Het vennootschapsrecht laat in beginsel *unequal voting structures* toe.²⁰⁴ Als *unequal voting structures* een lager indexgewicht krijgen of zelfs uit aandelenindices worden geweerd, wordt buiten het vennoot-

197. HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:652, *JOR* 2018/142 m.nt. A.F.J.A. Leijten, *NJ* 2018/331 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Boskalis/Fugro*).

198. B.F. Assink, ‘Kanttekeningen bij Boskalis/Fugro’, *MvO* 2018-7, p. 192-193. Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.2.9 lijkt dit eveneens mogelijk te achten.

199. Zie over die realiteit al M. van Olfen, ‘Toezicht in overnamesituaties’, in: G. van Solinge e.a., *Toezicht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 151, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 143-144, waarover Bootsma & Eijkelenboom 2018, par. 11.

200. Zie daarover ook Van Schilfgaarde in zijn noot onder HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, *NJ* 2014/286 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Roovers/Cancun Holding I*), sub 8.

201. Aldus ook Assink 2018, p. 193. Zie in die richting ook Biesheuvel-Hoitinga e.a. 2012, p. 159-161.

202. Goshen & Hannes 2018, p. 44.

203. Goshen & Hannes 2018, p. 16-17.

204. A.A. Bootsma & T.A. Keijzer, ‘Snap Inc.’, *Ondernemingsrecht* 2017/68, par. 3.1.

schapsrecht om een beperking van het gebruik daarvan bereikt.²⁰⁵ De discussie over *proxy access* biedt een ander voorbeeld (zie nr. 28). Daar hebben beursvennootschappen, verenigd in de Business Roundtable, een *mandatory proxy access rule* weliswaar weten af te wenden, maar hebben institutionele beleggers via *private ordering* alsnog bij veel Amerikaanse beursvennootschappen hun doel van *proxy access* weten te bereiken. Deze voorbeelden illustreren dat institutionele beleggers het speelveld weten te verleggen buiten het vennootschapsrecht.

41. *Sanders revisited: een grotere rol voor extern toezicht op beursvennootschappen.* Sanders dacht in 1952 in verband met ‘de lautheid der aandeelhouders’ (zie nr. 36) in de richting van extern toezicht op beursvennootschappen — *private power under public control*. Hij stelde de oprichting van een Vennootschapskamer voor.²⁰⁶ Dat zou overigens een *legal transplant* zijn, naar het voorbeeld van de Amerikaanse SEC. De Vennootschapskamer is er niet gekomen, sinds 1971 wel de Ondernemingskamer²⁰⁷ en sinds 2002 de Stichting Autoriteit Financiële Markten (als rechtsopvolger van de Stichting Toezicht Effectenverkeer).²⁰⁸ Vletter-van Dort stelt recent ‘dat een vorm van toezicht van buitenaf voor de beursvennootschap wellicht het meest geschikte model is’ en wijst er voorts op dat dat ‘thans de facto al in belangrijke mate realiteit is’.²⁰⁹ De rol van de AFM bij het toezicht op ‘gewone’ beursvennootschappen — niet financiële ondernemingen — lijkt sluipenderwijs toe te nemen. Zo heeft Hijink beschreven hoe financiële toezichthouders door toetsing van commissarissen bij banken en verzekeraars en het monitoren van de prestaties van auditcommissies van beursvennootschappen in toenemende mate het interne toezicht bij gewone beursvennootschappen (kunnen) beïnvloeden.²¹⁰ De trend van meer invloed van met name de AFM op het interne toezicht van gewone beursvennootschappen zou in de toekomst nog verder kunnen doorzetten, bijvoorbeeld in de richting van een geschiktheidstoets voor commissarissen (en bestuurders) bij beursvennootschappen.²¹¹ Het voorzichtig uitdijende externe toezicht op beursvennootschappen lijkt te botsen met de gesignaleerde toegenomen concentratie van het aandelenbezit (zie nr. 42 hierna). De competentieverdeling tussen de Ondernemingskamer en de AFM zal verder in de belangstelling komen te staan.

42. *Beursvennootschappen uitzonderen van het enquêterecht?* Enkele schrijvers zien mede in de hiervoor geschetste ontwikkeling aanleiding om voor beursvennootschappen uitzondering van de toepassing van het ‘internationaal unieke’ enquêterecht te

205. Zie in dit verband ook Bootsma & Hijink 2014, par. 6 over een primair faciliterend vennootschapsrecht en regulerend financieel recht.

206. Sanders 1952. Zie ook P. Sanders, ‘Iets over de naamloze vennootschap’, in: *Goed en trouw* (Van der Grinten-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 201-215.

207. Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.3.4.

208. In die zin ook G.J. Meijer, P.M. Storm & L. Timmerman, ‘Piet Sanders: een honderdjarige vernieuwer’ (Portret), in: *Piet Sanders: een honderdjarige vernieuwer*, Den Haag: BJu 2012, p. 30.

209. Vletter-van Dort 2018, p. 290. Vletter-van Dort toont zich overigens in die bijdrage, onder verwijzing naar Confucius (‘Alleen de allerwijsten en de allerwaasten veranderen nooit van mening’), een vos.

210. Zie Hijink 2018, p. 99-106, waarover ook Bootsma & Eijkelenboom 2018, par. 9. Meer voorbeelden zijn denkbaar, zie bijv. Hijink 2018, p. 95-96 (voetnoot 7), met verdere verwijzing.

211. Zie ook Hijink 2018, p. 106.

bepleiten.²¹² Dat gaat mij te ver.²¹³ Het onderscheid tussen de Berle-Means Corporation en gecontroleerde vennootschappen is ook in dit verband relevant. Als het externe toezicht van met name de AFM op de Berle-Means Corporation (verder) toeneemt, gaat wellicht minder behoefte bestaan aan toepassing van het enquête-recht. Bij vennootschappen met een controlerende aandeelhouder is het beeld echter juist omgekeerd. Bij dat type vennootschappen bestaat minder behoefte aan een vorm van extern toezicht, nu de controlerende aandeelhouder in de woorden van Sanders niet van 'lauwheid' beticht zal kunnen worden en zich zelf actief met het interne toezicht zal bezighouden. Ik zou menen dat zeker bij dit type vennootschappen behoefte kan bestaan aan toepassing van het enquêterecht, ter bescherming van de belangen van minderheidsaandeelhouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de controlerende (of groot)aandeelhouder.²¹⁴ Ik verwacht daarom dat er, ook bij een verder uitdijend extern toezicht op beursvennootschappen door met name de AFM, behoefte blijft bestaan aan toepassing van het enquêterecht. Om tegemoet te komen aan de bezwaren tegen een (te?) actief gebruik van het enquêteverzoek door actieve aandeelhouders²¹⁵ zou bijvoorbeeld gedacht kunnen worden aan het voorschrijven van een minimale houdtermijn van de aandelen als aanvullende drempel voor toegang tot het enquêterecht in de zin van art. 2:346 BW (zie nr. 27).

3.3.3 *Regulatory competition* en het Nederlandse vennootschapsrecht

43. *Regulatory competition als drijfveer voor wetgeving.* In nr. 14 plaatste ik loyaliteitsaandelen in de sleutel van *regulatory competition* tussen vennootschapsrechtssystemen. Van deze *regulatory competition* gaat een constante prikkel uit voor de Nederlandse wetgever om het vennootschapsrecht bruikbaar en in internationale verhoudingen herkenbaar te houden.²¹⁶ Deze *regulatory competition* vormt mijns inziens ook een belangrijke (maar niet de enige) drijfveer voor het moderniseren van het NV-recht.²¹⁷ In de woorden van Lennarts en Roest: 'Het ligt (...) voor de hand dat lidstaten elkaars wetgevende activiteit op het terrein van vennootschapsrecht nauwlettend in de gaten zullen houden en competitieve elementen uit andere rechtsstelsels in het eigen vennootschapsrecht implementeren.'²¹⁸

44. *Uitblijvende Europeesrechtelijke harmonisatie 'van bovenop'.* De *regulatory competition* houdt verband met het uitblijven van verdergaande harmonisatie van de kern van het vennootschapsrecht. Een van de redenen die ten grondslag liggen aan de Europese harmonisatie van vennootschapsrecht sinds de eerste EEG-richtlijn van 1968 is het voorkomen van een concurrentiestrijd tussen lidstaten om het meest

212. Zie Pitlo/Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Pitlo-serie nr. 2, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 392. Zie bijv. ook G.T.M.J. Raaijmakers & M.J.G.C. Raaijmakers, 'De NV in 2020', *Ondernemingsrecht* 2014/12, par. 3.2.4. Vgl. voorts in dezelfde zin o.a. M.J.G.C. Raaijmakers & G.J.H. van der Sangen, 'Beleggersbescherming tussen Wft en NV-recht', *Ondernemingsrecht* 2015/112.

213. Zie ook Bootsma, *Ondernemingsrecht* 2017/80, par. 3.3.

214. Zie ook Bootsma & Hijink, *Ondernemingsrecht* 2015/18, p. 114.

215. Zie de bronnen aangehaald in voetnoot 211.

216. Zie over *regulatory competition* ook Lennarts & Roest 2012, p. 31-36, met verwijzingen.

217. *Kamerstukken II* 2016/17, 29752, 9.

218. Lennarts & Roest 2012, p. 35.

aantrekkelijke vennootschapsrecht.²¹⁹ Nederland werd in die tijd met zijn flexibele vennootschapsrecht al beschouwd als het Delaware van Europa.²²⁰ De Europese harmonisatie van de kern van het vennootschapsrecht ligt inmiddels echter al enkele decennia stil.²²¹ Ook de Europeesrechtelijke rechtsvormen zijn weinig succesvol gebleken en leiden een marginaal bestaan.²²² Ik verwacht niet dat daar in de nabije toekomst verandering in zal komen.²²³ Met de naderende Brexit is er weliswaar één reden minder voor het falen van de ‘top-down’-harmonisatie van het vennootschapsrecht: de grote verschillen tussen de Angelsaksische en continentaal-Europese rechtscultuur.²²⁴ Anderzijds kan de Brexit juist druk leggen op een concurrerend vennootschapsrecht van continentaal-Europese landen, vanwege dreigende zetelverplaatsingen naar het Verenigd Koninkrijk (zie nr. 15).

45. *Harmonisatie ‘van onderop’: de European Model Company Act.* Verdergaande harmonisatie zal mijns inziens met name *bottom-up* plaatsvinden. Vermeldenswaard in dat opzicht is de Europese modelwet voor het vennootschapsrecht (European Model Company Act, EMCA). De eerste editie van de EMCA is in 2017 gepubliceerd.²²⁵ Geconcludeerd kan worden dat: ‘[e]en dergelijk project gebaseerd op rechtsvergelijkende studies (...) de enige weg [is] waarop kan worden geprobeerd schier onoverbrugbare meningsverschillen tussen de lidstaten over kernthema’s van het vennootschapsrecht te overwinnen.’²²⁶

46. *Binnenlandse competitie tussen rechtsvormen: de opkomst van de beurs-BV.* Naast *regulatory competition* tussen nationale vennootschapsrechtssystemen is ook op het binnenlandse speelveld – tussen de verschillende rechtsvormen van het Nederlandse vennootschapsrecht – een competitie gaande.²²⁷ Voor het beursvennootschapsrecht komt die competitie met name tot uiting in de keuze tussen de NV en BV. Fastned is de eerste beurs-BV wier certificaten van aandelen in 2016 zijn toegelaten tot de gereguleerde markt van Nxchange.²²⁸ Inmiddels zijn er ook enkele beurs-BV’s toegelaten tot de handel op de multilaterale handelsfaciliteit van NPEX.²²⁹ Ik ver-

219. Zie bijv. Verbrugh 2008, p. 267, met vele verwijzingen.

220. Zie bijv. C.W.A. Timmermans, ‘De tweede golf: de Europese onderstroom’, TVVS 1983, p. 166. Zie daarover Bootsma, *Ondernemingsrecht* 2016/84, par. 1.

221. Zie bijv. Hijink, *Ondernemingsrecht* 2017/146, par. 7.2, met verdere verwijzingen. Vgl. ook L. Enriques, ‘A harmonized European company law: Are we there already?’, *International and Comparative Law Quarterly* 2017, 66, p. 763-777.

222. Een telling op Company.info per 17 september 2018 levert 52 EESV’s, 33 SE’s en twee SCE’s met statutaire zetel in Nederland op. Zie over de geringe praktische betekenis van de Europese rechtsvormen in breder verband *Asser/Rensen 2-III* 2017/403 en 454. Zie ook reeds E.D.G. Kiersch & G.M. ter Huurne, ‘Het statuut van de Europese vennootschap’, *Ondernemingsrecht* 2001, p. 183.

223. Zie Lennarts & Roest 2012, p. 50. Zie voor daaraan ten grondslag liggende redenen ook reeds K. Geens, ‘Overpeinzingen bij bijna een halve eeuw vennootschapsrecht’, *TPR* 2001, p. 76-79.

224. Zie daarover bijv. Geens 2001, p. 76. Vgl. ook Enriques 2017.

225. Beschikbaar als *Nordic & European Company Law Working Paper* No. 16-26, via www.ssrn.com. Zie naast Lennarts & Roest 2012 ook J. Roest, ‘Harmonisatie van Europees vennootschapsrecht: de EMCA’, *MvO* 2018-1/2, p. 33-35 en M.A. Verbrugh, ‘De “European Model Company Act” (EMCA)’, *Ondernemingsrecht* (te verschijnen). Zie in internationaal verband het omvangrijke themanummer van *ECFR* 2016, 13(2).

226. Lennarts & Roest 2012, p. 50.

227. H.E. Boschma, *De rechtsvorm van de onderneming in beweging* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 2014, p. 6.

228. Zie A.A. Bootsma, J.B.S. Hijink & L. in ‘t Veld, ‘De eerste beurs-BV’, *Ondernemingsrecht* 2016/111.

229. Dat zijn Green Vision Holding B.V. (Hygear) en Quest Photonic Devices B.V.

wacht dat het aantal beurs-BV's in de nabije toekomst verder zal toenemen.²³⁰ Dat houdt verband met de flexibiliteit die het vennootschapsrecht biedt bij de keuze van een beurs-BV in vergelijking met de beurs-NV.

47. *Het antwoord van de wetgever: rechtsvorm-neutrale wetgeving.* De wetgever heeft er, uiteindelijk,²³¹ voor gekozen de beurs-BV wettelijk te faciliteren.²³² Deze reactie van de wetgever was wellicht te verwachten in het licht van wat door Boschma 'rechtsvorm-neutrale' wetgeving wordt genoemd.²³³ De wetgever kiest er slechts bij wijze van uitzondering voor om rechtsvormdwang toe te passen.²³⁴ Het staat beursondernemingen in beginsel vrij om te kiezen voor de NV- of de BV-vorm.²³⁵ Het gevolg van deze pragmatische aanpak van de wetgever is dat de BV-vorm een 'manusje van alles' is geworden.²³⁶ Dit was al voordat de eerste beurs-BV een feit was, voorzien door De Kluiver. Enigszins in 'egel'-termen meende hij zelfs dat de NV door de wetgever zou kunnen worden afgeschaft, zodra de beurs-BV wettelijk gefaciliteerd zou worden.²³⁷ Ik verwacht niet dat de wetgever in het kader van de modernisering van het NV-recht die richting opgaat. Het lijkt er meer op dat de wetgever het NV-recht naar het voorbeeld van de BV verder gaat flexibiliseren. Er zullen niettemin verschillen tussen de (beurs-)NV en (beurs-)BV blijven bestaan. Zo is art. 2:118a BW niet in de voor de beurs-BV ontworpen schakelbepaling van art. 2:187 BW opgenomen.²³⁸ Anderzijds zitten er Europeesrechtelijke belemmeringen aan de flexibilisering van het NV-recht. Er zullen daardoor twee soorten regelingen blijven bestaan: een flexibele beurs-BV en een iets strakker gereguleerde beurs-NV. Wellicht wordt de beurs-BV met name aantrekkelijk voor gecontroleerde vennootschappen zoals Fastned B.V., bijvoorbeeld door het altijd kunnen uitsluiten van het geven van een stemvolmacht aan certificaa houders of de mogelijkheid tot uitgifte van stemrechtloze aandelen, en blijft de NV-vorm aantrekkelijker voor de Berle-Means Corporation. De wetgever zou ook recht kunnen doen aan de verschil-

230. Zie ook Van Olffen, kenbaar uit Breukink 2018, par. 7.

231. Vgl. de voorspellende woorden van H.J. de Kluiver, 'De flexibele kapitaalvennootschap van de Flex-naar de Beurs-BV', in: J.M.M. Maeijer e.a., *Flexibele rechtsvormen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 98, Deventer: Kluwer 2008, p. 21.

232. Zie de voorgestelde schakelbepaling, art. 2:187 BW, in het Wetsontwerp Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet op het financieel toezicht en de Wet giraal effectenverkeer ter uitvoering van Richtlijn 2017/828/EU van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft (*PbEU* L 132), beschikbaar via www.internetconsultatie.nl. Zie daarover ook A.A. Bootsma, 'Thinking, fast and slow. Over de totstandkoming van wetgeving over de beurs-BV', *Ondernemingsrecht* 2018/55.

233. Boschma 2014, p. 7. Zie over dit pragmatisme ook Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.8.6.

234. Zie voor pleidooien voor een wettelijk verbod op de beurs-BV bijv. B.J. de Jong, *Modernisering van het NV-recht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 123, Deventer: Kluwer 2014, p. 13-14 en B.J. de Jong, 'De scheidslijn tussen NV en BV vanuit rechtsvergelijkend perspectief', in: G. van Solinge e.a., *50 jaar Van der Heijden Instituut (1966-2016)*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 148, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 53-55. Zie ook J.W. Winter, 'BV, NV en beursvennootschap', in: P. van Schilfgaarde e.a., *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 51, Deventer: Kluwer 2005, p. 115 en 117.

235. De beurs-SE en de beurscoöperatie laat ik hier buiten beschouwing. Zie Bootsma e.a., *Ondernemingsrecht* 2016/111.

236. Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.8.6.

237. De Kluiver 2008, p. 21.

238. Zie voetnoot 231.

lende typen beursondernemingen in een Wetboek op de beursvennootschap.²³⁹ Het succes van de beurs-BV zal overigens in belangrijke mate door buitenvennootschapsrechtelijke tendensen worden bepaald. Fastned B.V. is als enige beurs-BV op de nieuwe gereguleerde markt Nxchange nu nog een anomalie. Enerzijds gaan andere gereguleerde markten zoals Euronext onder druk van het aantrekken van noteringen wellicht ook beurs-BV's toelaten tot de handel. Anderzijds is denkbaar dat institutionele beleggers ernaar zullen streven het gebruik van de beurs-BV beperkt te houden (vgl. nr. 40).

3.3.4 Protectionisme en het Nederlandse vennootschapsrecht

48. *Publiek recht of toch ook vennootschapsrecht?* Er is op dit moment zowel op nationaal als op EU-niveau een aantal voorstellen aan de orde die 'vitale vennootschappen' beogen te beschermen.²⁴⁰ Daar kan ik op deze plaats niet uitgebreid op ingaan. Deze ontwikkelingen spelen zich deels buiten het vennootschapsrecht af. Het gaat dan om publiekrechtelijke bevoegdheden. Een probleem daarbij is dat deze bevoegdheden moeilijk juridisch zijn af te bakenen en in te kaderen.²⁴¹

49. *Stealth protectionism in het vennootschapsrecht.* Het vennootschapsrecht blijkt een aantrekkelijk rechtsgebied voor *stealth protectionism*:

'Countries typically want to insulate national champions from foreign takeover threats while encouraging their own business corporations to pursue targets abroad, but it is hard to justify having it both ways. Corporate law thus appears as an effective, but less obvious, form of protectionist intervention. Rules of corporate law and ownership structures serve multiple purposes and are often non-discriminatory on their face, but can work as a potent tool to shield local firms against foreign threats.'²⁴²

Stealth protectionism komt naar mijn idee ook in het Nederlandse vennootschapsrecht voor. Een voor de hand liggend voorbeeld is het meewegen van het publiek belang door de beschermingsstichting van KPN.²⁴³ Mede gelet op de gesignaleerde sterkere

239. Zie voor die suggestie Hijink, *Ondernemingsrecht* 2017/146, met vele verwijzingen. In die richting ook Bootsma 2018. Vgl. Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.4.2.

240. Zie over die voorstellen E.J. Breukink, C.D.J. Bulten & B.J. de Jong, 'De bescherming van vitale vennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2018/16; C.D.J. Bulten, B.J. de Jong & E.J. Breukink, 'De wet voorkoming ongewenste telecom', *Ondernemingsrecht* 2018/17; en B.J. de Jong, C.D.J. Bulten & E.J. Breukink, 'De conceptverordening voor screening van buitenlandse overnames en investeringen', *Ondernemingsrecht* 2018/18. Zie ook uitgebreid C.D.J. Bulten e.a., *Vitale vennootschappen in veilige handen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 142, Deventer: Wolters Kluwer 2017 en Bulten & De Jong 2018, p. 169-180, waarover Bootsma & Eijkelenboom 2018, par. 13.

241. Zie ter illustratie de wijze waarop T.M. Stevens de reikwijdte van het Wetsontwerp ongewenste zeggenschap telecommunicatie fileert, kenbaar uit Breukink 2018, par. 4. Zie ook Bulten e.a., *Ondernemingsrecht* 2018/17.

242. Pargendler 2018, p. 27. Zie bijv. ook Culpepper 2011, p. 69, onder verwijzing naar H. Callaghan, 'Constrain-Thy-Neighbor Effects as a Determinant of Transnational Interest Group Cohesion', *Comparative Political Studies* 2011, 44(7), p. 910-931; 'French corporate leaders wanted to make takeovers in Europe easier, but they did not want to lose double-voting rights or voting pacts that helped protect some French managers from international challengers.'

243. Zie daarover bijv. G.N.H. Kemperink, 'Van geluk gesproken: over KPN, het bod van América Móvil en de rol van de Raad van Commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2014/67.

oriëntatie op Frankrijk (nr. 34) zijn andere vormen van *stealth protectionism* in het Nederlandse vennootschapsrecht denkbaar. De Staat zou er naar Frans voorbeeld voor kunnen kiezen zijn zeggenschap in staatsdeelnemingen zoals ABN AMRO via dubbel stemrecht te versterken.²⁴⁴

50. *De volgersrol van het vennootschapsrecht*. Hiervoor wees ik al op de afnemende autonomie van het vennootschapsrecht.²⁴⁵ Geens, huidig minister van Justitie in België en trekker van de herziening van het vennootschapsrecht aldaar,²⁴⁶ heeft deze volgersrol van het vennootschapsrecht eens treffend als volgt verwoord:

‘Het vennootschapsrecht loopt doorgaans niet voorop. Het geeft structuur aan nieuwe ambities (...). Gedurende de voorbije halve eeuw, heeft het vennootschapsrecht zijn volgersrol voluit bevestigd: aanvankelijk werd het gevoed door nieuwe maatschappelijke verlangens op het stuk van werknemersmedezeggenschap, vanaf de jaren '90 werd het vennootschapsrecht de slaaf van de financiële markten: in de eerste fase was het al ondernemingsrecht dat de klok sloeg, in de tweede fase wordt het vennootschapsrecht ingepalmd door de noties en de eisen van het financieel recht, (...)’.²⁴⁷

Ik acht het voorstelbaar dat inmiddels een derde fase is aangebroken, waarin *stealth protectionism* als een nieuwe – of teruggekeerde – ambitie van het vennootschapsrecht kan worden aangewezen. Dat beïnvloedt de vormgeving van toekomstig vennootschapsrecht.²⁴⁸ De extra dimensie van *stealth protectionism* vereist een eclectische – ‘vossige’ – beoefening van het vennootschapsrecht.²⁴⁹ Hier ligt een uitdaging voor de rechtswetenschap.²⁵⁰

51. *Tot slot*. Ik eindig met het citaat waarmee Timmerman zijn bijdrage in *Themis* begon:

‘Everything is very difficult to predict, particularly the future’.²⁵¹

244. Zie voor die suggestie J.M. de Jongh, ‘Overname en algemeen belang’, *WPNR* 2015/7048, p. 124.

245. Goshen & Hannes 2018.

246. Zie voetnoot 41.

247. Geens 2001, p. 71.

248. Armour, Enriques e.a. 2017, p. 271: ‘[T]he interests of the state as a shareholder may continue to play a role in the political economy of corporate law reforms.’

249. Pargendler 2018, p. 62: ‘The grip of nationalism on corporate law shows how governance structures matter in ways that far surpass the agency cost considerations that dominate the literature.’

250. Zie voor een eclectisch perspectief op loyaliteitsaandelen A.A. Bootsma, ‘An eclectic approach to loyalty-promoting instruments in corporate law: Revisiting Hirschman’s Model of Exit, Voice and Loyalty’, *ELR* 2013, 2, p. 111-130. Zie ook Bootsma & Keijzer 2017, onder verwijzing naar Z. Goshen & R. Squire, ‘Principal costs: A new theory for corporate law and governance’, *Columbia Law Review* 2017, 117. Zie over die theorie ook Goshen & Hannes 2018.

251. Timmerman 1999, p. 43, onder verwijzing naar Oskar Morgenstern geciteerd door L. Lowenstein in: *Aspects of corporate governance*, Stockholm 1994, p. 27. Zie voor woorden van gelijke strekking Timmerman, *Preadvies in deze bundel*, par. 2.8.3.

Insolventierecht

Hoofdstuk 4

130 jaar insolventierecht: verslag van een rondetafelgesprek tussen curatoren uit 1918, 1958, 1988, 2018 en 2048

Mr. A.M. Mennens en mr. S.H. de Ranitz *

Ons werd gevraagd ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan van de Vereniging Handelsrecht terug te kijken op ontwikkelingen in het insolventierecht van de afgelopen 100 jaar, en daarnaast een blik in de toekomst te werpen. Nu is de curator bij uitstek een spilfiguur die inzicht kan geven in deze ontwikkelingen. Daarom organiseerden wij een fictief rondetafelgesprek met vijf curatoren uit vijf verschillende tijdperken.¹

Ernst Jansz werd als net afgestudeerd jurist in 1918 voor het eerst benoemd als curator. Cornelis Kuypers vertelt over zijn ervaringen als curator in 1958. Freek Smits werd in 1988 in het faillissement van een groot transportbedrijf benoemd en beschrijft het krachtenveld in die tijd. Adrie Meijer is in 2018 op 'de lijst' gezet en vertelt wat hij in zijn insolventie- en herstructureringspraktijk tegenkomt. Ten slotte schoof Femke Dekkers aan, als curator actief in 2048. De vijf curatoren spraken over de spanningen tussen banken, fiscus en curator (§ 4.1), de verschuivende focus van liquidatie naar reorganisatie (§ 4.2), de positie van werknemers van financieel noodlijdende ondernemingen (§ 4.3) en de opkomst en ontwikkeling van het grensoverschrijdend insolventierecht (§ 4.4). Ten slotte bespreken zij de fenomenen specialisatie en professionalisering in het insolventierecht (§ 4.5).

4.1 Fiscus, bank en curator

Jansz (1918): 'Ik werd onlangs, zoals veel gebeurt bij beginnende stagiaires, benoemd in een faillissement. Leuk, maar de fietstocht naar het bedrijf was wel lang. Het ging om een klompenfabriek genaamd "De gouden klomp", gevestigd in een mooi gebouw dat ook nog eens eigendom was van de gefailleerde. Op het gebouw rustte een hypotheek van de Spaarbank van het Noorden. De bank heeft kort voor het faillissement geëxecuteerd en dacht zich geheel gedekt. Maar daar kwam de fiscus tussen met een vordering hoger in preferentie dan die van de hypotheekhouder.² De bank viste dus bijna helemaal achter het net. Maar ik kon de openstaande vorderingen op de klanten innen en de voorraad verkopen en zo mijn voor een beginnende advocaat toch wel forse salaris voldoen. Mooi vak, dat van curator.'

* Anne Mennens is promovenda bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Radboud Universiteit. Sijmen de Ranitz is adviseur bij RESOR N.V.

1. Hetgeen door de curatoren uit 1918, 1958, 1988 en 2018 wordt verteld, is gebaseerd op wetgeving, literatuur en jurisprudentie uit het bijbehorende tijdperk. Bij monde van Femke Dekkers, curator in 2048, ventileren wij onze visie op de toekomst van het insolventierecht. Vanwege de enorme hoeveelheid voorhanden literatuur (die overigens sterk in omvang toeneemt naarmate men dichter bij het heden komt), hebben wij in het voetnotenapparaat volstaan met illustratieve literatuurverwijzingen uit het besproken tijdvak en dus geenszins uitputtend willen zijn. De tekst van deze bijdrage is afgesloten op 1 september 2018.
2. Art. 12 Invorderingswet 1845.

Kuypers (1958): ‘Fiscaal voorrecht boven hypotheek? In mijn tijd ondenkbaar. Die superpreferentie op onroerend goed is in 1922 afgeschaft.³ Dat was ook nodig, want de bancaire financiering kwam in het gedrang doordat de hoger in rang geschikte fiscale vorderingen het hypotheekrecht uitholden door de “zeer groote toeneming van de directe belastingen”.⁴ Bankfinanciering is nu veruit de grootste bron van externe financiering van het Nederlandse MKB, de motor van onze economie.⁵ De bank wenst vaak alle mogelijke zekerheden waaronder hypotheek, fiduciaire eigendomsoverdracht van roerende zaken en fiduciaire cessie van vorderingen. Sedert de Hoge Raad in 1929 de fiduciaire eigendomsoverdracht heeft goedgekeurd⁶ heeft deze vorm van zekerheid een enorme vlucht genomen. Het bodemrecht van de fiscus op basis van art. 16 Invorderingswet 1845 is daardoor enorm in belang gestegen.⁷ Immers, de concurrente vordering uit hoofde van geldlening van de bank wordt nu ook gezekeerd door de fiduciaire eigendomsoverdracht. Zonder het bodemrecht zou de bank dus voor haar concurrente vordering op deze zogenaamde bodemgoederen⁸ verhaal kunnen nemen en zou de fiscus met zijn hoog preferente vordering het nakijken hebben. Maar dat lost het bodemrecht nu gedeeltelijk op. Op bodemgoederen kan de fiscus, mits hij bodembeslag heeft gelegd op de fiduciair aan de bank overgedragen bodemgoederen, zich vóór de bank verhalen. Voor mij als curator wel vervelend, want de fiscus mag die bodemgoederen gewoon buiten de boedel om veilen. Immers, die goederen zijn fiduciair eigendom van de bank en vallen dus buiten de boedel. De fiscus verhaalt zich rechtstreeks, en mijn salaris komt in de knell!’

Smits (1988): ‘Nu, dat bodemrecht is wel omstreden en leidt tot allerlei gedoe. Banken proberen echt van alles om het bodemrecht te omzeilen.⁹ Zo kwam ik on-

3. Met de invoeging van art. 115bis in de Wet op de Inkomstenbelasting 1914 (wet van 19 mei 1922, *Stb.* 1922, 327). Sinds de inwerkingtreding van de wet van 17 maart 1923, *Stb.* 1923, 91 in art. 12 Invorderingswet 1845 opgenomen.

4. Zie *Kamerstukken II* 1921/22, 367, 3, p. 2. De Minister van Financiën schrijft dat ‘(...) menig schuldeischer, die vroeger het voorrecht van den fiscus met een onverschillig oog kon aanzien, zich onder de huidige omstandigheden bekropen gevoelt door de vrees, dat de vordering des ontvangers de zijne wel eens voor een deel of zelfs geheel illusoir zou kunnen maken.’ Zie echter voor een andere redengeving: P.A. Stein, *Is het wenselijk de huidige positie van bedrijfsverenigingen en werknemers, financiers en leveranciers en de fiscus bij surseance van betaling en faillissement van een onderneming te wijzigen?*, Preadvies Nederlandse Juristen Vereniging 1986, p. 15-16.

5. J. de Vries, W. Vroom & T. de Graaf, *Wereldwijd bankieren. ABN AMRO 1824-1999*, Amsterdam: ABN AMRO Bank N.V. 1999, p. 342. Zie voor recente cijfers: CPB Achtergronddocument 27 augustus 2017, *De Nederlandse financieringsstructuur in perspectief*. Zie ook: CPB Policy Brief 2015/14 ‘Een wereld zonder banken? Marktfinanciering en bankfinanciering in perspectief’.

6. HR 25 januari 1929, *NJ* 1929/616 m.nt. Scholten (*Bierbrouwerij*) en HR 21 juni 1929, *NJ* 1929/1096 (*Hakkers/Van Tilburg*).

7. De derde zin van art. 16 Invorderingswet 1845 luidde: ‘Behoudens het recht van terugvordering, toegekend bij art. 2014 van het burgerlijk wetboek en bij art. 230 en volgende van het wetboek van koophandel, kunnen derden echter nimmer verzet in rechten doen tegen de inbeslagneming ter zake van belastingen, uitgezonderd de grondbelasting, indien de ingeooogste of nog niet ingeooogste vruchten, of roerende goederen tot stoffeering van een huis of landhoeve, of tot bebouwing of gebruik van het land, zich tijdens de inbeslagneming op den bodem van den belastingsschuldige bevinden.’ Zie voor een historisch overzicht van het bodemrecht: S.H. de Ranitz, ‘Faillissement, fiscus en (een klein beetje) bedrijfsvereniging’, in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, Preadvies Vereniging Handelsrecht 1993.

8. Zie voor een definitie van bodemgoederen voorgaande voetnoot, anno 2018 neergelegd in art. 22 lid 3 slot Invorderingswet 1990.

9. Zie A. van Eijdsen e.a., *Invorderingsgids 2013*, Wijchen: Involon 2013, p. 164-166 en J.J. Vetter & A.J. Tekstra, *Invordering van belastingen*, Deventer: Kluwer 2016, p. 258 e.v.

langs voor het eerst bij mijn failliete transportbedrijf. En wie schetst mijn verbazing? In het gehuurde kantoorpand, vol met kantoormeubilair, rekenmachines e.d. en met een prachtige antieke vrachtauto in de ontvangsthal, tref ik niet mijn failliete onderneming aan, maar een dochter-bv'tje van een taxatiebureau dat veel voor de banken werkt! Die waren sinds een week huurder! "Weg bodem", zo riep men triomfantelijk. Alleen een bijgebouwtje, waarin men alle administratie had geplaatst, was nog voor mij toegankelijk. "Ja, zo omzeilen we het bodemrecht", zei de bankman die ook aanwezig was. En die mooie oldtimer vrachtauto brengt vast veel op. Maar dit faillissement bracht mij haast niets op.'

Meijer (2018): 'Na de introductie van het fiduciaverbod bij de invoering van het nieuw BW in 1992 en de creatie van het vuistloos pandrecht is er heel veel gebeurd op dit gebied.¹⁰ Vanzelfsprekend hebben de banken gebruik gemaakt van de mogelijkheid om alle activa van hun debiteur tot zekerheid voor hen te verbinden. Vorderingen, roerende zaken, alles werd direct geheel onder het pandrecht gebracht. En voor wat betreft het pandrecht op vorderingen heeft de Hoge Raad de banken zeer geholpen. Allereerst heeft de Hoge Raad het bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW fors opgerekt.¹¹ Een aan de pandakte gehechte lijst met de te verpanden vorderingen was niet meer nodig, als de pandakte maar zodanige gegevens bevatte dat eventueel achteraf kon worden vastgesteld om welke vorderingen het ging. In het arrest *Mulder q.q./Rabobank* zet de Hoge Raad de deur nog verder open: een pandakte met een generieke omschrijving zonder specificatie van de verpande goederen is rechtsgeldig.¹² De volgende stap was dat de banken hun debiteuren onherroepelijke volmachten lieten tekenen waarmee zij dagelijks aan zichzelf alle vorderingen konden verpanden. De Hoge Raad vond dit goed,¹³ maar de curatoren zagen de boedels leger en leger worden.¹⁴

Het fiscale bodemrecht is nog steeds van kracht maar treft niet alle vuistloos verpande zaken. Immers, die vuistloos verpande goederen zijn en blijven eigendom van de debiteur, en zijn dus geen (fiduciaire) eigendom van een derde. Bij faillissement vervallen alle beslagen op de goederen van de gefailleerde, dus ook een beslag van de fiscus op die goederen. Met de opkomst van het vuistloze pandrecht is het belang van het "oude" bodemrecht dus sterk afgenomen. Maar niet verdwenen. Want de Hoge Raad heeft het fiduciaverbod wel wat afgezwakt in het *Sogelease*-arrest.¹⁵ Daarbij werd een *sale and lease back*-constructie goedgekeurd. Omdat het uitgangspunt van het bodemrecht is en was dat reële eigendom niet door het bodemrecht wordt getroffen, moest er duidelijkheid komen wanneer dit het geval zou zijn. Nu in de wet IB en de wet Vpb al regels waren opgenomen over wanneer

10. Zie uitgebreid over de afschaffing van zekerheidseigendom, de invoering van het fiduciaverbod en de introductie van het vuistloze pandrecht: V.J.M. van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, nr. 86, Deventer: Kluwer 2015, hoofdstuk 9 en 10.

11. HR 14 oktober 1994, NJ 1995/447 m.nt. Kleijn (*Spaarbank Rivierenland/Gispen q.q.*).

12. HR 20 september 2002, NJ 2004/182 m.nt. Kleijn; JOR 2002/211 (*Mulder q.q./Rabobank*). Zie ook: T.H.D. Struycken, 'Dagelijkse verpanding door middel van een verzamelpandakte', in: *Bancaire zekerheid* (Liber Amicorum J.H.S.G.K. Timmermans), Serie Onderneming en Recht, nr. 58, Deventer: Kluwer 2010.

13. HR 3 februari 2012, NJ 2012/261 m.nt. Verstijlen; JOR 2012/200 m.nt. Schuijling (*Dix/ING*) en HR 1 februari 2013, NJ 2013/156 m.nt. Verstijlen; JOR 2013/155 m.nt. Schuijling (*Van Leuveren/ING*).

14. Zie Struycken 2010, p. 327.

15. HR 19 mei 1995, NJ 1996/119 m.nt. Kleijn (*Keereweel/Sogelease*).

zaken uit fiscaal oogpunt off- of on-balance behoorden te staan, is die regeling naar de Invorderingswet gekopieerd. Zo ontstond de Leaseregeling,¹⁶ die duidelijkheid biedt wanneer de Ontvanger wel en wanneer hij niet het bodemrecht kan uitoefenen op geleaseerde bodemzaken. Ook het eigendomsvoorbehoud op bodemzaken kan door het bodembeslag worden getroffen. Voor het bodemrecht blijft gelden dat beslag moet worden gelegd terwijl de goederen zich op de bodem van de belastingplichtige bevinden.

Het bodemrecht heeft dus aan belang ingeboet, maar het bodemvoorrecht is in het leven geroepen om dat te compenseren. Om te voorkomen dat de banken door middel van vuistloos pandrecht op bodemzaken zich toch met voorrang zouden verhalen op bodemzaken boven de preferente fiscale vordering is in 1992 het bodemvoorrecht ingevoerd.¹⁷ De Ontvanger kan zich boven de pandhouder verhalen op de opbrengst van uitgewonnen vuistloos verpande bodemgoederen indien hij tijdig beslag legt of indien de goederen zich nog op de bodem van de belastingplichtige bevonden ten tijde van de faillissementsuitspraak.¹⁸ De uitwinning is echter aan de pandhouder voorbehouden en indien deze uitwint is het aan de curator om het hogere recht van de Ontvanger te bewaken en diens vordering te innen.¹⁹ De algemene faillissementskosten, waaronder het salaris van de curator, zijn hoger in rang dan de fiscale preferentie,²⁰ hetgeen voor curatoren gunstig kan uitpakken. Om aan het bodemrecht en bodemvoorrecht van de fiscus te ontkomen werd nog steeds van alles verzonnen: bodemverhuur aan een bevriende derde, operational lease-achtige constructies vlak voor faillissement, verkoop van machines aan een bevriende derde met terug-huur en ga zo maar door. Een verbeterde strijd tussen fiscus en banken. Een wetsvoorstel waarin wordt voorgesteld het bodemrecht te laten vervallen ligt al ruim twee decennia in een diepe parlementaire slaap.²¹ Maar de fiscus zit niet stil. Telkens blijkt er verborgen in het Belastingplan, zogenaamde verzamelwetgeving die elk jaar weer vlak voor Kerst door het parlement wordt gesluisd, weer een tegenzet op te duiken. Zo is per 1 april 2013 art. 22bis Invorderingswet ingevoerd en moeten pandhouders en overige derden die geheel of gedeeltelijk recht hebben op een bodemzaak en voornemens zijn die bodemzaak buiten de normale bedrijfsuitoefening om tot een niet-bodemzaak te maken (en daarmee aan het fiscale bodem(voor)recht te onttrekken) dit tevoren aan de Ontvanger melden ("de meldingsregeling"). Deze kan dan gedurende vier weken (bodem)beslag leggen en zijn voorrecht uitoefenen.²² Deze wijziging leidde tot grote

-
16. De Leaseregeling is sinds 1 januari 2000 opgenomen in de Leidraad Invordering, Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 23 december 1999, *Stcrt.* 1999, 251, nadien gewijzigd met het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 28 juni 2001, *Stcrt.* 2001, 122. Zie Vetter & Tekstra 2016, p. 265 e.v.
 17. Wet van 2 april 1991, *Stb.* 1991, 199. Zie verder: De Ranitz 1993, p. 65-78.
 18. Art. 21 lid 2, tweede zin jo. art. 22 lid 3 Invorderingswet 1990.
 19. Art. 57 lid 3 Fw.
 20. HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305 m.nt. Van Schilfgaarde (*De Ranitz/Ontvanger*).
 21. *Kamerstukken II* 1992/93, 22942, 2. Zie ook over het niet-intrekken van dit wetsvoorstel wegens 'redenen van wetgevingstechnische aard': *Kamerstukken II* 2010/211, 22942, 10.
 22. Belastingplan 2013, *Stb.* 2012, 668.

verontwaardiging en woede bij financiers én curatoren²³ en hevige discussies in de literatuur.²⁴ Recent is ook nog een meldingsplicht voor de eigenaar ingevoerd!²⁵ Doordat de banken een zeer ruime mogelijkheid hebben tot het vestigen van zekerheidsrechten en daarnaast ook nog eens separatist zijn als pand- of hypotheekhouder is hun positie in faillissement ijzersterk. Tot nu toe hebben ze iedere aantasting van die separatistenpositie weten af te weren.²⁶ Een vervelende consequentie van de sterke positie van de banken in faillissement is dat curatoren vaak slechts lege boedels aantreffen en dus voor niets of bijna niets aan de slag moeten.²⁷ De Hoge Raad onderkent de onredelijkheid hiervan, althans bij faillissementen van rechtspersonen op eigen aangifte. De curator pro se kan dan als belanghebbende ex art. 10 Fw in verzet komen tegen de faillietverklaring.²⁸ Maar hij moet wel onderzoek doen naar activa, dus een fraaie oplossing is dit niet. Bovendien moet er sprake zijn van misbruik van bevoegdheid door de aanvrager om het faillissement te kunnen vernietigen. Een erg hoge norm.²⁹ Maar ik heb begrepen dat er weer overleg is tussen de fiscus, de banken en de curatoren om te zien of we eindelijk betere oplossingen hebben voor het eeuwige getouwtrek tussen fiscus en bank over bodemzaken en het probleem van de lege boedels.’

Dekkers (2048): ‘Tjonge tjonge, wat een macho gedoe en wat inefficiënt. Maar goed dat er nu meer vrouwen werken als curator, en er meer diversiteit is ook aan de top van de banken en van Financiën. Dat overleg tussen banken, fiscus en curatoren heeft lang geduurd, maar de oplossing is er gekomen! De curatoren konden als er bodemzaken waren via de toepassing van art. 57 lid 3 Faillissementswet (“Fw”) hun salaris uit de opbrengst van de bodemgoederen voldoen, immers, de bevoorrechte vordering van de Ontvanger op bodemzaken werd via de boedel geïnd, en in de rangorde gaat het salaris en de verschotten van de curator boven de rang van de fiscus. Maar vaak waren boedels gewoon leeg. En dan doen curatoren niet veel want zij moeten ook omzet draaien.

23. De posities van NVL, NVB en INSOLAD zijn niet langer online beschikbaar op de websites, maar zijn ten dele kenbaar uit: A.J. Tekstra, ‘Het nieuwe bodemrecht (vervolg): het gaat van kwaad tot erger’, *FIP* 2012/8, p. 286-290.
24. Zie bijvoorbeeld: F.E.J. Beekhoven van den Boezem, ‘Wetsvoorstel wijziging bodem(voor)recht: Overheid, bezint eer ge begint’, *Tvl* 2012/26; A.J. Tekstra 2012 en de discussie tussen Tekstra en A. van Eijdsen in *Tvl* 2013/2, *Tvl* 2013/15 en *Tvl* 2013/21. Zie voor een beschrijving van de door NVB en INSOLAD voorgestelde omslagregelingen als alternatief voor het bodemvoorrecht: A.M. Mennens, ‘Over het verdelen van de taart in faillissement door middel van carve-out regelingen’, *Tvl* 2013/38.
25. Art. 22bis lid 3 Invorderingswet 1990. Op grond van het negende lid van art. 22bis draagt de pandhouder of de overige derde de financiële consequenties indien de belastingschuldige verzuimt deze mededeling te doen. Wet overige fiscale maatregelen 2018, *Stb.* 2017, 518.
26. Behoudens de in 1992 ingevoerde mogelijkheid tot afkondiging van een afkoelingsperiode in surseance en faillissement, vgl. art. 63a-e en 241a-e Fw. Het Voorontwerp Insolventiewet voorzag in een belangrijke beperking van de separatistenpositie, vgl. art. 3.6.7 en 3.6.9 in S.J.C.C. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Serie Onderneming en Recht, deel 2-IV, Deventer: Kluwer 2007.
27. In de jaren 2004, 2006, 2008, 2010 en 2015 werden respectievelijk 81,1, 72,5, 65,3, 68,3 en 73% van de uitgesproken faillissementen opgeheven wegens een gebrek aan baten. CBS, *Faillissementen: oorzaken en schulden* 2015, p. 18-19. Daarnaast is in 70% van de faillissementen sprake van een salaristekort: G. van Dijk, ‘Biedt een basisvergoeding soelaas? Empirisch onderzoek naar salaristekorten in faillissement’, *Tvl* 2013/3.
28. HR 18 december 2015, *NJ* 2016/172 m.nt. F.M.J. Verstijlen; *JOR* 2016/145 m.nt. Jansen (*Hoeksma q.q./R.M. Trade*).
29. HR 22 december 2017, *ECLI:NL:HR:2017:3269* (*Boersen q.q./Stichting bedrijfstakpensioenfonds voor het levensmiddelenbedrijf*).

Nu lijkt er een stijgende tendens te zijn in faillissementsfraude. Van de in 2015 beëindigde faillissementen bleek in 17,3% van de gevallen sprake van zekere strafbare en of onrechtmatige benadeling van crediteuren en in nog eens 12,8% was sprake van waarschijnlijke strafbare en of onrechtmatige benadeling. Een toename van 6,5% ten opzichte van 2010.³⁰ En ook al zijn dit soort cijfers nooit helemaal betrouwbaar, veel is het wel! In totaal was in de in 2015 beëindigde faillissementen 4,9 miljard euro onbetaald gebleven, waarvan 754 miljoen aan fiscale schulden.³¹ De fiscus heeft dus waarschijnlijk belasting over miljarden euro's aan inkomsten of winsten verloren, naast de niet geïnde 754 miljoen! Beter fraudeonderzoek in alle faillissementen leek daarom nodig om fiscale en maatschappelijke verliezen te beperken. De Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst ("FIOD") heeft een team voor de bestrijding van faillissementsfraude maar de onderzoeken beginnen toch vaak bij wat de curatoren bij hen aanleveren. Curatoren moeten daarom altijd betaald worden zodat ze goed onderzoek kunnen doen. Ook uit maatschappelijk oogpunt is gewenst dat curatoren voor hun werk betaald worden omdat de kwaliteit anders dreigt te verslechteren. Nu bleek uit een in 2004 verschenen rapport van het Centraal Planbureau dat de financiële gevolgen van het afschaffen van het bodem(voor)recht lastig precies vast te stellen waren. Maar de negatieve gevolgen zouden minder dan 600 miljoen belopen,³² terwijl er ook positieve financiële gevolgen zijn zoals minder verliezen bij andere belastingbetalers die dus meer belasting gaan betalen.³³

Er zijn dus afspraken gemaakt. De fiscus heeft zijn bodemvoorrecht ten faveure van de banken en leasemaatschappijen prijs gegeven, maar de banken moeten een jaarlijks vast te stellen percentage van de verkoopwaarde van bodemzaken waarop zij gedurende een faillissement of in de twee maanden daaraan voorafgaand verhaal hebben genomen aan het Curatorenfonds afstaan. Dat fonds, bestuurd door twee leden van INSOLAD,³⁴ twee rechters-commissaris en twee ambtenaren van de FIOD, betaalt dan automatisch het voorlopige fraudeonderzoek van de curator en, indien naar hun oordeel nuttig en nodig, de kosten van vervolgonderzoek. En het werkt! De fraudegevallen dalen! Ook de database van het Curatorenfonds, met de nieuwste algoritmen, draagt aan die fraudesignalering bij! Daarnaast is de Separatistenregeling³⁵ verder aangepast. De regeling schrijft nu bindend voor dat de bij een faillissement betrokken banken naast de bijdrage aan het Curatorenfonds een percentage van hun opbrengsten uit de zekerheden van de debiteur aan de boedel afstaan, welk percentage afhangt van de omvang van het geïnde bedrag. Deze afdrachtsverplichting geldt ook indien in de twee maanden voorafgaande aan het faillissement wordt uitgewonnen. Daarmee kunnen de overige werkzaamheden van de curatoren ook worden betaald. Ook is een snelle geschillenbeslechting afgesproken voor juridische geschillen tussen curatoren en banken. Een snelle arbitrage met zeer deskundige arbiters.

30. CBS 2015, p. 52-54.

31. CBS 2015, p. 34.

32. CPB Document No 53, *Afschaffen of niet? Analyse van de fiscale verhaalrechten bij faillissementen*, februari 2004.

33. Zie ook Stein 1986, p. 20 e.v.

34. Vereniging Insolventierecht Advocaten, zie daarover meer in § 4.5.

35. Zie voor de versie uit 2018, bijlage E bij de Recofa-richtlijnen. Te raadplegen op www.rechtspraak.nl.

Maar het bodemvoorrecht diende niet alleen tot versterking van de verhaalpositie van de fiscus. Het was ook het welhaast enige middel van de fiscus om ondernemingen die fiscale schulden gewoon lieten oplopen, die doordraaiden en de banken en gewone crediteuren betaalden maar de fiscus niet en zo de concurrentie vervalsen, tot stoppen te dwingen. Via het bodemvoorrecht en art. 22bis kon de fiscus een plaats aan tafel bij de ondernemer en banken afdwingen. Zonder dat bodemvoorrecht restte de fiscus slechts het aanvragen van het faillissement van de debiteur, maar pluraliteit ontbrak of was niet aantoonbaar. Dat is opgelost door een marginale wetswijziging: als de fiscus faillissement aanvraagt staat de pluraliteit vast. Zo wordt onverantwoord doorondernemen gestopt.

De fiscus is ook overigens gebaat bij deze oplossing: hij wint de inkomsten die verloren gingen door het opgeven van het bodemvoorrecht grotendeels via de IB en Vpb en het afnemende aantal fraudegevallen terug. En de curatoren kunnen ook de kleine en lege boedels goed afwikkelen en fraude signaleren. Het kostbare kat-en-muisspel is voorbij.'

Smits (1988): 'Hoe zit het met de omzetbelasting bij executieverkoop? Daar is toch veel over te doen geweest. In het *Rentekas*-arrest besliste de Hoge Raad dat een hypotheekhouder zich bij de uitwinning van zijn zekerheidsrecht ook mag verhalen op de omzetbelasting die onderdeel uitmaakt van de verkoopopbrengst.³⁶ De fiscus dreigde daardoor de boot in te gaan. Immers, de omzetbelastingvordering moest op de uitgewonnen, meestal failliete hypotheekgever verhaald worden, en dat leverde dan niets op. Sinds een poging van de ontvanger om aan de consequenties van het *Rentekas*-arrest te ontkomen mislukte,³⁷ werd er aangestuurd op wetgeving. Men broedt op een regeling om de BTW in geval van executie van onroerende zaken te verleggen naar de koper.'

Meijer (2018): 'In 1989 is inderdaad een verleggingsregeling voor de executieverkoop van onroerende zaken aan ondernemers ingevoerd, in 2008 één die de omzetbelasting verlegt in geval van de executieverkoop van roerende zaken aan ondernemers. In die gevallen wordt de omzetbelasting niet bij de verkoper maar bij de koper geheven en maakt dus geen deel meer uit van de "opbrengst" waarop de hypotheekhouder of pandhouder zich kan verhalen.³⁸ Het was niet duidelijk hoe het zat met omzetbelasting over de verkoop van roerende zaken die aan consumenten zijn verkocht. Die vraag was van groot belang in recente faillissementen in de retail. Vroom & Dreesman, Perry Sport en soortgelijke ondernemingen gingen failliet. De verpande voorraden werden, met toepassing van art. 3:251 lid 2 BW onderhands in de uitverkoop gedaan door de curatoren en de kopers waren particulieren. De verleggingsregeling geldt alleen indien de koper ondernemer is, dus de omzetbelastingcomponent was in deze zaken een heikel punt.

36. HR 6 mei 1983, NJ 1984/228 m.nt. Kleijn (*De Rentekas*).

37. HR 13 maart 1987, NJ 1988/556 m.nt. Kleijn (*Ontvanger/Spruijt q.q.*): de Ontvanger verzocht de R-C aan de toestemming tot onderhandse verkoop de voorwaarde te verbinden dat de levering onbelast zou plaatsvinden.

38. Art. 12 lid 5 Wet OB 1968 jo. art. 24 ba lid 1 onder d en e Uitvoeringsbesluit OB. Zie daarover Vetter & Tekstra 2016, p. 230-233.

De Hoge Raad behandelt deze vraag uitvoerig in het arrest *Roeffen q.q./Ontvanger*.³⁹ Daaruit blijkt dat de executant zich ook op de omzetbelastingcomponent mag verhalen en dat de omzetbelastingsschuld die op de boedel komt te rusten geen boedelschuld is. Een mooie overwinning voor de banken. Maar het plezier is van korte duur, want per 1 januari 2018 is art. 42d Invorderingswet ingevoerd, wederom door middel van een Belastingplan.⁴⁰ Zoals de Hoge Raad al in *Roeffen q.q.* aangaf, is dan de fiscus weer de winnaar: de pandhouder is hoofdelijk aansprakelijk voor de omzetbelastingsschuld en de pandhouder die de omzetbelasting als hoofdelijke schuldenaar heeft betaald, krijgt, indien zijn vordering niet geheel is voldaan, slechts een concurrente vordering op de faillissementsboedel.⁴¹

4.2 Van liquidatie naar reorganisatie

Meijer (2018): ‘De tijdschriften en congressen gaan al járen over de zogenaamde *rescue culture*. Het insolventierecht heeft anno 2018 niet meer louter simpele liquidatie van het vermogen van failliete schuldenaren ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers tot doel, maar streeft binnen dat kader ook naar het behouden van levensvatbare ondernemingen. Dat zou veel schade aan de economie voorkomen en leiden tot behoud van banen.

De Hoge Raad heeft ook erkend dat de curator in een concreet geval maatschappelijke belangen, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid, mag laten prevaleren boven het belang van een individuele crediteur.⁴² Het belang van de gezamenlijke crediteuren staat echter steeds voorop. Zowel de Nederlandse en Europese wetgever zijn druk bezig met voorstellen om de Faillissementswet met de voor herstructurerings benodigde wettelijke grondslagen uit te breiden.⁴³ De

39. HR 15 december 2017, NJ 2018/194 m.nt. Verstijlen; JOR 2018/159 m.nt. Faber (*Roeffen q.q./Ontvanger*).

40. Zie over deze wetgevingstechniek: R. van den Bosch & M.L. Tuil, ‘Wetgeving door een belastingplan, een goed idee?’, *MvV* 2018, p. 101-111.

41. Zie r.o. 3.5 van het arrest. Dat zou anders kunnen zijn wanneer pandhouder en pandgever overeenkomen dat de regresvordering terstond onder opschortende voorwaarde zal ontstaan: C.D.J. Warren, ‘BTW toch niet weg ermee? Art. 42d Iw 1990 en het regresrecht van de pandhouder’, *FIP* 2018/182. Vgl. ook de annotatie bij dit arrest van de hand van R.M. Leeuwenburgh & J.O. Bijloo in *TvI* 2018/38.

42. HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 m.nt. Kleijn (*Sigmacon II*) en HR 19 april 1996, NJ 1996/727 m.nt. Kleijn (*Maclou*). Van Hees en Ourhris stellen dat evenzeer behartigenswaardig zijn: belangen van ‘werkgelegenheid, voortzetting van (zorg/nuts)diensten, behoud van kapitaal en kennis, kosten van kredietverlening, milieubelangen, bevrijding van overmatige schulden, vertrouwen van het publiek, het belang van een goed functionerende markt en fraudebestrijding’. J.J. van Hees & A. Ourhris, ‘Kroniek van het insolventierecht’, *NJB* 2016/748.

43. De wetgevingsoperatie ‘Herijking Faillissementsrecht’ werd in 2012 aangekondigd. Het wetgevingsprogramma bestaat uit drie pijlers, te weten: fraudebestrijding, modernisering en versterking van het reorganiserend vermogen. De drie wetsvoorstellen uit de eerste pijlers zijn reeds in werking getreden: Wet versterking positie curator (*Stb.* 2017, 124), Wet herziening strafbaarstelling curator (*Stb.* 2016, 154) en de Wet Civielrechtelijk bestuursverbod (*Stb.* 2016, 153). De Wet Modernisering Faillissementsprocedure treedt op 1 januari 2019 in werking (*Stb.* 2018, 299 en *Stb.* 2018, 348). In 2014 verscheen de Aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie, COM(2014) 1500 final. Omdat deze niet-bindende aanbeveling niet tot het gewenste effect leidde, volgde op 22 november 2016 een voorstel voor een richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, COM(2016) 723 final (hierna: ‘Ontwerp Herstructureringsrichtlijn’).

surseanceregeling werkt in de praktijk niet als een reorganisatieprocedure maar is slechts het voorportaal van een faillissement.⁴⁴

Jansz (1918): ‘Surseance werkte in mijn tijd al niet als instrument om een faillissement te voorkomen! Ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet is er trouwens veel gesoebat over de vraag of het instituut ‘surseance van betaling’ überhaupt behouden moest blijven.⁴⁵ Surseance, verleend op grond van het Wetboek van Koophandel, kwam in die periode nauwelijks voor.⁴⁶ Kooplieden konden dan ook pas uitstel van betaling krijgen, wanneer er sprake was van buitengewone omstandigheden, zoals oorlog of andere onvoorziene rampen.⁴⁷ Bovendien kon alleen de Hoge Raad definitieve surseance verlenen.⁴⁸ De in 1896 ingevoerde surseanceregeling is toegankelijk voor schuldenaren die voorzien dat ze met het betalen van hun opeisbare schulden niet zullen kunnen voortgaan. Zo’n schuldenaar moet wel een levensvatbare zaak hebben: de problemen moeten slechts tijdelijk zijn.⁴⁹ Deskundigen moesten onderzoek doen of het vooruitzicht bestaat dat de schuldenaar in staat zal zijn alle schulden volledig te betalen, een lang en duur proces. Ik hoor zelden over verleende surseances: een schuldenaar die verwacht aan *al* zijn verplichtingen te kunnen voldoen, kan normaal gesproken krediet krijgen!’⁵⁰

Kuypers (1958): ‘De wetgever heeft dat ook ingezien, en heeft in 1925 dit vereiste vervangen door de eis dat er vooruitzicht op bevrediging van de schuldeisers moet bestaan.⁵¹ Bovendien wordt sindsdien de surseance “dadelijk” verleend. Hoewel de wetgever in 1925 nog aangaf daar niet aan te willen,⁵² is tien jaar later de mogelijkheid voor een dwangakkoord binnen de surseance opgenomen in de wet.⁵³ Hoewel de surseance nu vaker gebruikt wordt dan voorheen, komt het sluitstuk van een geslaagde surseance nog steeds heel weinig voor.⁵⁴

Toch biedt de rechtspraak enige hoop voor de redding van ondernemingen. De Hoge Raad heeft art. 101 Fw zó ruim uitgelegd dat de curator alle goederen van

44. In de periode 2006-2010 werd gemiddeld 8% van de verleende voorlopige surseances definitief verleend. Gemiddeld werd in de periode 2006-2010 bijna 90% van de voorlopige surseances omgezet in een faillissement. Zie R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 61.

45. *Van der Feltz II*, p. 335.

46. Zwaardemaker schrijft in zijn proefschrift uit 1878 dat er in de periode 1838-1877 slechts 33 definitieve surseances zijn verleend: zie M. Polak, *Handboek voor het Nederlandsche Handels- en faillissementsrecht*, Groningen, Den Haag: J.B. Wolters U.M. 1927, p. 740.

47. Art. 900 WvK.

48. Art. 901 WvK.

49. *Van der Feltz II*, p. 336.

50. M. Polak, *Handboek voor het Nederlandsche Handels- en faillissementsrecht, eerste deel (vierde druk)*, J.B. Wolters U.M. Groningen, Den Haag 1927, p. 740. Zie ook MvT (1923-1924, 333) en VV II (1924-1925, 76).

51. De wet van 16 mei 1925, *Stb.* 191 bracht een wijziging aan in art. 217 Fw. De tekst van de bepaling luidde sindsdien: ‘Surséance kan nimmer worden verleend, indien blijkt, dat de schuldenaar te kwader trouw is of dat het vooruitzicht niet bestaat, dat hij na verloop van tijd zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen’.

52. *Kamerstukken II* 1923/24, 333, 3.

53. Wet van 7 februari 1935, *Stb.* 41. In 1931 vergaderde de NJV over de vraag: ‘Is wettelijke regeling van het akkoord buiten faillissement gewenscht, en zoo ja, op welke wijze?’. Preadviseurs waren Star Busman en Grosheide. De gestelde vraag werd door 42 aanwezigen bevestigend beantwoord. De andere 28 aanwezigen stemden tegen. Zie *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1931, Den Haag: F.J. Belinfante 1931.

54. In 1958 werden 145 verzoeken tot uitstel van betaling gedaan en werden 24 akkoorden gehomologeerd. Zie: CBS, *Faillissementsstatistiek 1962*, Zeist: Uitgeversmaatschappij W. de Haan N.V. 1963, p. 11-12.

een onderneming kan doorverkopen, nog vóórdat de verificatievergadering heeft plaatsgevonden!’⁵⁵

Smits (1988): ‘De doorstartpraktijk is inderdaad tot bloei gekomen. Met een activa-transactie vanuit faillissement kunnen gezonde delen van een onderneming worden voortgezet, doorgaans in afgeslankte vorm. Inmiddels is immers duidelijk dat de Richtlijn Overgang van Onderneming niet van toepassing is in faillissement.’⁵⁶ De doorstarter kan daarmee de krenten uit de pap pikken. Het personeel en de vakbonden bekijken een doorstart dan ook argwanend, zeker wanneer het oude bestuur of aandeelhouder de onderneming voortzet. Sinds kort is de term “technisch faillissement” in zwang gekomen.⁵⁷

Daarnaast worden in de praktijk inventieve constructies gehanteerd om “de weinige krenten uit de pap te halen en daarna alle pap weg te gooien”.⁵⁸ Deze sterfhuisconstructie, maar ook de constructie van de doorstart, de doorzakmethode en de ziekenhuisconstructie hebben veel pennen in beweging gebracht over de vraag of de constructies voldoende waarborgen voor de crediteuren en de werknemers boden.⁵⁹

Ook is de overheid in de jaren ’70 bijgesprongen door noodsteun te verlenen aan noodlijdende bedrijven. Aanvankelijk op individuele basis, later werd dit steuninstrumentarium verder geformaliseerd.⁶⁰ In de nasleep van de economische crisis werd door diverse wetenschappers en praktijklieden geschreven over de noodzaak tot wettelijke mechanismen om bedrijven in nood tegemoet te komen.⁶¹ Ook in de politiek leefde dit onderwerp: de Pacifistisch-Socialistische Partij kwam met een “Noodwet bedrijven in moeilijkheden”, een betoog voor offensief steunbeleid en progressieve wetgeving.

In 1983 presenteerden Maas, Van Schaik en Blokland hun preadviezen over de “in haar continuïteit bedreigde onderneming” voor de Vereniging Handelsrecht.⁶² Zij stelden dat het tijd was om naast de belangen van de crediteuren ook rekening te gaan houden met economische en sociale belangen. Naar aanleiding van de levendige discussie op die vergadering werd op aandringen van Van Rijn van Alkemade⁶³

55. HR 27 augustus 1937, NJ 1938/9 (*Nieuw Plancius*).

56. Zie § 4.3.

57. Zie de rechtbank in haar vonnis dat uiteindelijk leidde tot HR 30 oktober 1987, NJ 1988/191 (*Hap-pé/Scheepstra*). Zie voor verdere discussie over ‘misbruik van faillissementsrecht’, § 4.3.

58. W.J. Slagter, ‘De sterfhuis-constructie’, TVVS 1983-2, p. 27.

59. Zie bijvoorbeeld: H.P.J. Ophof, *Faillissement, surséance van betaling en de continuïteit van de onderneming*, Preadvies Vereniging Handelsrecht 1993, p. 3-52, Slagter 1983; G.H. de Soeten, ‘Sterfhuisconstructie’, AA 1983, p. 540-545; R. van den Bosch, ‘Betrokkenheid van banken bij sterfhuisconstructies’, AA 1988, p. 828-834; Deel 3 van R.J. de Folter (red.), *Overdracht van een onderneming*, Serie Recht en Praktijk, deel 39, Deventer: Kluwer 1983, met bijdragen van W.J. Slagter, H.P.J. Ophof, J.J. Nagelkerke, B.M. Prins & J.C.K.W. Kwartel.

60. Aanvankelijk: ‘Regeling Bijzondere Financiering’. Beschikking Minister Economische Zaken, 7 maart 1980: ‘Regeling steun aan individuele bedrijven’, Stcrt. 11 maart 1980, nr. 50 en Kamerstukken II 1982/83, 15306, 25 (Brief van de Minister en van de Staatssecretaris van Economische Zaken, 8 september 1983).

61. Zie bijvoorbeeld: J. Wiarda, ‘Failliet of niet’, in: *Bedrijven in moeilijkheden*, uitgave van het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht te Utrecht, nr. 7, 1980, p. 37.

62. P.C. Maas, J. van Schaik & T. Blokland, *De in haar continuïteit bedreigde onderneming*, Preadvies Vereniging Handelsrecht 1983.

63. Zie Verslag van de Vergadering van de Vereniging Handelsrecht, gehouden op 11 maart 1983 over de preadviezen inzake ‘De in haar continuïteit bedreigde onderneming’, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 56-57. Van Rijn van Alkemade roept op ‘een soort brainstorming’ op te zetten. De voorzitter reageerde aanvankelijk wat terughoudend maar zegde toe dat het bestuur zou beraadslagen over het voorstel, maar het bestuur besloot positief op het voorstel.

een commissie gevormd onder leiding van Maas, die in 1985 een schets voor een “Wet houdende regelen tot bevordering van de tijdige reorganisatie van ondernemingen die in hun voortbestaan worden bedreigd en wier herstel na reorganisatie met redelijke zekerheid kan worden verwacht”.⁶⁴ Men stelde voor dat ondernemingen met meer dan 100 werknemers die in hun voortbestaan werden bedreigd, onder toezicht van een “beheerder tot bijstand” tot een reorganisatie- en herstelplan konden komen, dat vervolgens goedkeuring van de rechter zou behoeven.⁶⁵ Het voorstel werd op 5 december 1984 aangeboden aan de Minister van Justitie. Tijdens de vergadering van de Vereniging konden de voorstellen echter op veel kritiek rekenen.⁶⁶

Meijer (2018): ‘Na de commissie Maas volgden nog de commissie Mijnsen,⁶⁷ de commissie Raaijmakers,⁶⁸ nog meer preadviezen⁶⁹ en onnoemelijk veel literatuur over dit onderwerp. Tot een integrale herziening van de Faillissementswet kwam het tot op heden niet.⁷⁰ Zelfs een kant-en-klaar voorontwerp voor een nieuwe Insolventiewet, die voorzag in een unitaire procedure die zowel tot liquidatie als tot reorganisatie kon leiden, belandde in de bureaula op het ministerie.⁷¹

Wél is er wetgeving gekomen om natuurlijke personen die “te goeder trouw” in een problematische schuldsituatie zijn beland, een tweede kans te geven. De invoering van de Wet Schuldsanering Natuurlijke Personen opende de mogelijkheid een schone lei te verkrijgen.⁷² Hoewel deze mogelijkheid op zichzelf lovenswaardig is, blijkt in de praktijk met name de toegangsdrempel problematisch. In 2018 hebben nog steeds bijna 1,4 miljoen Nederlandse huishoudens risicovolle of problematische schulden.⁷³ De regering is dan ook bezig met allerlei plannen om deze problematische schulden aan te pakken.⁷⁴

64. Zie ook over dit bijzondere initiatief: C.J.H. Jansen, *Vereniging Handelsrecht 1918-1993*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 41-42.

65. Rapport van de Commissie Insolventierecht, Vereniging Handelsrecht 1985.

66. Verslag van de Vergadering van de Vereniging Handelsrecht op 15 februari 1985, Vereniging Handelsrecht 1985. Zie voor een kort verslag: P. Tuit, ‘De Vereniging Handelsrecht en het Rapport van de Commissie Insolventierecht’, *TVVS* 1985-6, p. 150-153.

67. Rapport van de Commissie ter advisering omtrent eventuele herziening van de Nederlandse Faillissementswet (commissie Mijnsen), NIBE-Bankjuridische reeks, nr. 5, Amsterdam, 1990.

68. Eindrapport van de MDW-werkgroep Modernisering Faillissementsrecht tweede fase, 2001. Zie voor een overzicht van de voorstellen van de commissie: A.J. Berends, ‘MDW-Werkgroep Modernisering Faillissementsrecht Broedt Ei Uit; Kabinet Adopteert Kuiken’, *Tvl* 2002/1, p. 50-55.

69. Preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereniging van P.A. Stein, Ch.P.A. Geppaart & W.M. Levelt-Overmars, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986; J.H. Dalhuisen, *Modern insolventierecht*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 1986; D.H. Beukenhorst, S.C.J.J. Kortmann, H.P.J. Ophof & S.H. de Ranitz, *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, Preadviezen van de Vereniging Handelsrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993; S.C.J.J. Kortmann, J.J. van Hees & N.E.D. Faber, ‘Continuïteit van ondernemingen in moeilijkheden (preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland)’, *TVP* 1998-4.

70. Dat wil niet zeggen dat er geen wijzigingen van de Faillissementswet zijn geweest. Zie voor een overzicht van de tientallen wijzigingen: J.M. Hummelen & M.S. Breeman, ‘De parlementaire geschiedenis van de Faillissementswet 1896-2017: trends en ontwikkelingen’, *Tvl* 2018/37.

71. Voorontwerp Commissie Insolventierecht 2007. Zie voor de motivering van minister Opstelten om af te zien van een integrale herziening van de faillissementswetgeving op basis van het voorontwerp: Aanhangsel van de Handelingen 2010/11, nr. 1014.

72. *Stb.* 1998, 445, 446 en 448.

73. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 24515, 431, p. 2.

74. Zo bestaat sinds 1 april 2017 het ‘Breed Moratorium’; Besluit Breed Moratorium, *Stb.* 2017, 83. Verder is er een actieplan om problematische schulden te voorkomen, mensen te ontzorgen en te ondersteunen en om tot zorgvuldig en maatschappelijk verantwoord incassobeleid te komen. Zie

Ondanks decennialange discussies is er echter tot op heden weinig veranderd in de Faillissementswet om de redding van noodlijdende bedrijven te helpen. Maar dat betekent niet dat er niet geherstructureerd wordt. Sterker nog: Nederland scoort de achtste plek in de *Doing Business*-rapporten van de Wereldbank. Niet dat dat rapport alleszeggend is. Het Verenigd Koninkrijk, waar we op het gebied van *business rescue* veel inspiratie aan ontleen, staat op plek 14.⁷⁵

De Nederlandse praktijk is creatief en inventief. De door mijn collega beschreven doorstartpraktijk is verder ontwikkeld. Men heeft aan de Engelse praktijk de figuur van de *pre-packaged* activatransactie ontleend: al vóór het uitspreken van het faillissement kijkt een zogenaamd “beoogd curator” mee om te bezien of er een doorstart mogelijk is. Indien er een goede deal kan worden gemaakt, kan die snel na het uitspreken van het faillissement worden beklonken.⁷⁶ Op die manier komt de onderneming niet stil te liggen en wordt er zoveel mogelijk waarde behouden voor de gezamenlijke schuldeisers. Een wettelijke grondslag is er echter nog niet.⁷⁷

Daarnaast probeert men tegenwoordig zoveel als mogelijk buiten de surseance- en de faillissementsprocedure tot een redding te komen. Deze informele reorganisatiepraktijk drijft grotendeels op de “bijzonder beheer”-afdelingen van de banken. Deze afdelingen signaleren financiële moeilijkheden in een vroegtijdig stadium en proberen de ondernemer in de juiste richting te duwen, door in de kosten te snijden bijvoorbeeld, of door bepaalde bedrijfsonderdelen af te stoten.⁷⁸ De slagingspercentages van deze trajecten zijn naar verluidt groot: er circuleren succesratio's tussen 75 en 80%.⁷⁹ Een financiële herstructurering kan plaats vinden door middel van een deal met de betrokken crediteuren. En daar geldt nog steeds het uitgangspunt dat het partijen vrij staat niet mee te werken, tenzij er sprake is van misbruik van bevoegdheid.⁸⁰ Sinds de laatste crisis is weer een hernieuwde roep om een dwangakkoord buiten faillissement, een pre-insolventieakkoord, ontstaan.⁸¹ Het

Kamerstukken II 2017/18, 24515, 431 (Kamerbrief brede schuldenaanpak en het bijbehorende actieplan).

75. World Bank, *Doing Business* 2018. Nederland is achtste op de lijst 'Resolving Insolvency', en moet daarbij Japan, Finland, de Verenigde Staten, Duitsland, Korea, Noorwegen en Denemarken voor laten gaan.

76. N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack!', *Tvl* 2011/23.

77. De Wet Continuïteit Ondernemingen I is reeds aangenomen in de Tweede Kamer, maar is nu ahangig in de Eerste Kamer. Zie de brief van Minister Dekker, *Kamerstukken I*, 34218, J. Zie over het wetsvoorstel: A.M. Wolfram-van Doorn & E. Schmieman, 'De Wet Continuïteit Ondernemingen I: een stevige eerste steen voor de nieuwe reorganisatiepijler', *Tvl* 2015/34, p. 220-225, zie ook § 4.3 hierna.

78. Vgl. J.A.A. Adriaanse, N.J.H. Huls, J.G. Kuijl & P. Vos, *Informele reorganisatie in het perspectief van surséance van betaling, WSNP en faillissement*, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, nr. 224, Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 40-43; A.M. Van Amsterdam, *Insolventie in economisch perspectief*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, hoofdstuk 6; O. Couwenberg & A. de Jong, 'De "black box" van de stille reorganisatie geopend', *Ondernemingsrecht* 2005/139 en AFM, Rapportage Bijzonder Beheer Een verkennend onderzoek naar de werkwijze van de afdeling bijzonder beheer van banken voor mkb-kredieten, 26 maart 2015.

79. Van Amsterdam 2004, p. 229.

80. HR 12 augustus 2005, NJ 2006/230 m.nt. Van Schilfgaarde (*Payroll*) en HR 24 maart 2017, NJ 2017/466 m.nt. Verstijlen; JOR 2017/209 m.nt. Mennens (*Mondia Investments/V&D*).

81. Zie bijvoorbeeld: R.D. Vriesendorp, R.M. Hermans & K.A.J. de Vries, 'Herijking faillissementsrecht en het informeel akkoord: gemiste kans of opportunity voor een Nederlandse scheme of arrangement?', *Tvl* 2013/12; J.T. Jol, 'Wettelijk faciliteren van (financiële) herstructureringen: het dwangakkoord', in: *Herstructurering en insolventie: naar een Scheme of Arrangement?* (ZIFO-reeks, deel 9), Deventer: Kluwer 2013, p. 37-53.

feit dat Nederlandse ondernemingen actief zochten naar mogelijkheden om gebruik te kunnen maken van de Engelse *scheme of arrangement*, is een teken aan de wand.⁸²

Kuypers (1958): ‘Bijzonder om te horen. Ik heb in mijn eerste jaren als advocaat een cliënt kunnen helpen door middel van de Wet op de vergadering van houders van schuldbrieven aan toonder.⁸³ De wet zag alleen op aan toonder luidende schuldbrieven met een bedrag van minstens 50.000 gulden, die bovendien vóór 6 juni 1934 zijn uitgegeven.⁸⁴ De gekwalificeerde meerderheid⁸⁵ van obligatiehouders kon de minderheid binden aan bijvoorbeeld een renteverlaging,⁸⁶ de omzetting van obligaties in aandelen⁸⁷ of de conversie van dollarobligaties naar guldenobligaties.⁸⁸ Tegenover het offer van de obligatiehouders moest ofwel tenminste een even groot voordeel staan, ofwel met het offer zou een even groot nadeel worden voorkomen, bijvoorbeeld de nadelige consequenties van liquidatie.⁸⁹ Die wet is ingetrokken in 1981,⁹⁰ maar lijkt precies te regelen waar jullie anno 2018 behoefte aan hebben: een manier om buiten surseance en faillissement om tot een akkoord te komen. Is dat dwangakkoord buiten faillissement er uiteindelijk gekomen?’

Dekkers (2048): ‘Uiteindelijk wel. De Europese wetgever is een belangrijke katalysator geweest in dit wetgevingstraject. De Herstructureringsrichtlijn was wel op veel punten een compromis, dat de lidstaten relatief veel ruimte liet voor eigen invulling. Van een echt *level playing field* binnen Europa was daarom aanvankelijk geen sprake. Bij de evaluatie van de richtlijn⁹¹ bleek dat de opvattingen van lidstaten wat nader tot elkaar waren gekomen. Daarom zijn enkele onderdelen verder uitgewerkt. Zo zijn de voorwaarden voor afkondiging en opheffing van de afkoelingsperiode verder aangescherpt en is de positie van de aandeelhouder een stuk minder

82. Zie bijvoorbeeld: High Court of Justice 3 december 2013, JOR 2014/181 m.nt. Declercq (Magyar), High Court of Justice 6 september 2012, JOR 2013/59 m.nt. Declercq (NEF Telecom) en Re Van Gansewinkel Groep BV [2015] EWHC 2151 (Ch). Over de erkenning van schemes of arrangement hier te lande: L.P. Kortmann & P.M. Veder, ‘The Uneasy Case for Schemes of Arrangement under English Law in Relation to non-UK Companies in Financial Distress: Pushing the Envelope?’, *Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal* 2015, p. 239-261 en H.L.E. Verhagen & J.J. Kuipers, ‘De erkenning van een Engelse scheme of arrangement door de Nederlandse rechter’, in: *Overeenkomsten en Insolventie*, Serie Onderneming en Recht, nr. 72, Deventer: Kluwer 2013, p. 335-357.

83. Wet 31 mei 1934, *Stb.* 193, 279.

84. Zie hierover: P. Cleveringa, *Maatregelen ter voorkoming van faillissement en surséance van betaling*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1955 en zeer uitgebreid: H. Emmerich & W.S. Wolff de Beer, *De Saneering*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1937, hoofdstuk III.

85. Art. 7 van de wet op de vergadering van houders van schuldbrieven aan toonder vereiste een meerderheid van drie vierden van de uitgebrachte stemmen. Op grond van art. 5 konden er slechts besluiten worden genomen indien meer dan de helft van het schuldbedrag van de gezamenlijke schuldbrieven vertegenwoordigd is. Voor zover deze opkomstdrempel niet werd gehaald, kon er een tweede vergadering worden gehouden. Tijdens deze tweede vergaderingen konden besluiten worden genomen – met de vereiste ¾ meerderheid – zonder dat de opkomstdrempel werd behaald: vgl. art. 5, laatste zin.

86. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage, 25 maart 1935, *NJ* 1935, p. 559 en Hof Amsterdam 30 juni 1936, *NJ* 1937/319.

87. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 12 februari 1936, *NJ* 1936/496; Hof Amsterdam 24 juni 1936, *NJ* 1937/302 en Rb. Amsterdam 8 februari 1940, *NJ* 1940, p. 270.

88. Zie bijvoorbeeld HR 10 oktober 1935, *NJ* 1936/124.

89. HR 10 oktober 1935, *NJ* 1936/124.

90. *Stb.* 1981, 420.

91. Art. 33 Ontwerp Herstructureringsrichtlijn.

ambivalent geregeld dan in het oorspronkelijke richtlijnvoorstel.⁹² Dankzij de Richtlijn is er voor schuldenaren – waar dan ook gevestigd in Europa – een preventief herstructureringsstelsel voor handen.

De Nederlandse implementatie heet de “Wet Homologatie Onderhands Akkoord”, waarvan de voorontwerpen meer dan eens besproken werden tijdens de vergaderingen van de Vereniging Handelsrecht.⁹³ Deze “WHOA” heeft regelmatig dienst bewezen in de Dollarcrisis die in 2021 uitbrak.⁹⁴ De tijden waarin de drie grootbanken de touwtjes bij stille surseances in handen hadden, zijn definitief voorbij als gevolg van de zogenaamde *fragmentation of debt*. Tegenwoordig worden ondernemingen gefinancierd door kredietverschaffers van allerlei pluimage met verschillende (al dan niet synthetische) belangen. Deze ontwikkeling kwam in een stroomversnelling door de Europese kapitaalmarktunie.⁹⁵ Bij een herstructurering heb je bijvoorbeeld stevast van doen met *distressed debt investors*.⁹⁶ Europa heeft deze laatste categorie investeerders een steuntje in de rug gegeven met de richtlijn *non performing loans*.⁹⁷ De belangen van al deze verschillende kredietverschaffers lopen lang niet altijd parallel, waardoor het stukken lastiger is overeenstemming te bereiken over een informele *workout*.⁹⁸ Dat is wat mij betreft de belangrijkste waarde van de WHOA: de onderhandelingen worden gekleurd door de wetenschap dat partijen bij onredelijk dwarsliggen onverbiddelijk gebonden kunnen worden aan een deal. *Hold outs* kunnen hun *nuisance value* dus moeilijk verzilveren.

De richtlijn heeft ook op een ander punt een cruciale bijdrage geleverd aan het volwassen worden van de reddingscultuur: lidstaten dienen informatie te vergaren over uitkeringspercentages, het aantal geopende (pre-)insolventieprocedures en de lengte daarvan, maar ook over de “recidivekans” van ondernemingen die een bepaald reorganisatieproces hebben doorlopen.⁹⁹ Deze dataverzamelingen ontsloten een schat aan informatie die voorheen niet of nauwelijks beschikbaar was. Deze

92. Vgl. P.M. Veder & A.M. Mennens, ‘Preventive Restructuring Frameworks’, in: D. Busch, E. Avgouleas & G. Ferrarini (red.), *Capital Markets Union for Europe*, Oxford: Oxford University Press 2018, § 25.34-25.44, 25.47 en 25.87.

93. In 2014 schreef Vriesendorp een preadvies over het eerste wetsontwerp, getiteld ‘Wet Continuïteit Ondernemingen II’. In 2017 werden er maar liefst zes preadviezen gewijd aan het voorontwerp voor de ‘Wet Homologatie Onderhands Akkoord’. Deze werden geschreven door A.C.P. Bobeldijk, J.J. van Hees, M.W. Josephus Jitta, H.J. de Kluiver, N.W.A. Tollenaar, P.M. Veder, F.M.J. Verstijlen en M.H.F. van Vugt.

94. Vgl. *Het Financieel Dagblad* 28 augustus 2018, ‘Grootste alarmsignaal van markten dreigt af te gaan’.

95. Action Plan on Building a Capital Markets Union, COM(2015) 468 final. Zie voor een overzicht van de initiatieven die binnen dit plan worden ontwikkeld: D. Busch, ‘Een kapitaalmarktunie voor een verdeeld Europa’, *Ondernemingsrecht* 2017/12.

96. Investeerders die vorderingen kopen voor een prijs beneden de nominale waarde, in de hoop op een hogere opbrengst. F.A. Jiménez, ‘Distressed debt trading’, *Tvl* 2001/1, p. 3. Zie voor een bespreking van de rol van dit type investeerders bij herstructureringen: E.L. Altman, ‘The role of distressed debt markets, hedge funds and recent trends in bankruptcy on the outcomes of chapter 11 reorganizations’, *ABI Law Review*, Vol. 22:75, 2013, p. 85.

97. Voorstel voor een richtlijn van het Europees parlement en de Raad inzake kredietsservicers, kredietkopers en de uitwinning van zekerheden, COM(2018) 135 final. Zie over de ontwerpverplichting: S. Timmerman & F.E.J. Beekhoven van den Boezem, ‘De ontwerpverplichting voor de aanpak van Non-Performing Loans’, *Tvl* 2018/28.

98. Zie hierover S. Paterson, ‘Bargaining in financial restructuring: market norms, legal rights and regulatory standards’, *Journal of Corporate Law Studies* 2014, p. 333-365 en R. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, London: Sweet & Maxwell 2011, p. 15-17.

99. Art. 29 Ontwerp Herstructureringsrichtlijn.

harde cijfers, in plaats van op casestudies en vragenlijsten gebaseerde getallen,¹⁰⁰ hebben het wetenschappelijk debat over de reddingscultuur aangescherpt. Economen hebben zich gemengd in onze “juristendiscussie”. Er gaan steeds meer stemmen op om de reddingscultuur niet verder te faciliteren dan nu het geval is. Macroeconomisch is al dat redden niet per se goed: het leidt tot concurrentievervalsing,¹⁰¹ bovendien blijkt een groot gedeelte van de door curatoren ontslagen werknemers na drie maanden een nieuwe baan te hebben!

Het is ongelooflijk dat de Faillissementswet uit 1893 anno 2048 nog steeds functioneert, ondanks het feit dat de wetgever de wet slechts op enkele punten heeft bijgeschaafd. Er heeft nog steeds geen fundamentele herbezinning plaatsgevonden over het doel en de functie van het faillissement.¹⁰² Desalniettemin lijkt er een mooie balans te zijn ontstaan: zowel in geval van herstructurering als bij liquidatie van het vermogen staan de belangen van de crediteuren voorop. Daarbij wordt echter steeds acht geslagen op belangen van maatschappelijke aard, waaronder fraudebestrijding en het milieu.’

4.3 De werknemers van financieel noodlijdende ondernemingen

Meijer (2018) steekt van wal: ‘Ik heb dit jaar een spraakmakende maar ook spectaculair mislukte reddingspoging van een grote retailer begeleid. De eerste vestiging van het bedrijf werd een paar jaar voor de inwerkingtreding van onze huidige Faillissementswet geopend, en groeide uit tot een landelijk opererende keten met ruim 30 vestigingen. De onderneming wist haar bedrijfsmodel echter niet aan te passen aan de eisen van de 21^{ste} eeuw, zo begon zij bijvoorbeeld véél te laat met het exploiteren van een webshop. Ik heb geprobeerd een deal te maken met de aandeelhouders, de financierende banken en de fiscus. Die stelden onder meer als voorwaarde voor medewerking dat er op korte termijn structureel bezuinigd zou moeten worden op de personeelskosten. Deze kostenpost vormde al jarenlang een problematisch onderdeel van de kostenstructuur van de onderneming. Niet alleen was er minder personeel nodig omdat de winkels veel minder druk werden bezocht, ook werd het personeel – vergeleken bij concurrenten – vér bovengemiddeld betaald.

We hebben geprobeerd een collectief loonoffer te bewerkstelligen, om zo te bezuinigen op de factor arbeid. Ontslag van de werknemers was al geen optie meer omdat ontslag via het UWV¹⁰³ te veel tijd zou innemen, niet in de laatste plaats

100. De methode waarop de Wereldbank – bij gebrek aan harde data – tot haar ‘Resolving Insolvency’-ranglijst komt: <http://www.doingbusiness.org/Methodology/Resolving-Insolvency>.

101. Zie daarover S.H. de Ranitz, ‘De voortzetting van de onderneming tijdens insolventie, nu en straks’, in: *De bewindvoerder, een octopus*, Serie Onderneming en Recht, nr. 44, Deventer: Kluwer 1996, p. 187 e.v., H.P.J. Ophof, ‘Doorstart van ondernemingen’, *TVVS* 1997-7, p. 199-200 en over de om herstructurering te rechtvaardigen vereiste levensvatbaarheid ook: Ophof 1993, p. 16-20.

102. Zie voor een oproep daartoe: J.J. van Hees, ‘Het faillissement als achterhaald concept’, in: *Vertrouwen in het burgerlijke recht*, Serie Onderneming en Recht, nr. 100, Deventer: Wolters Kluwer 2017 en R.J. van Galen, ‘Inleiding ter gelegenheid van de heruitgave van der Feltz’ geschiedenis van de faillissementswet’, *FIP* 2016/272.

103. Voor ontslag wegens bedrijfseconomische redenen is schriftelijke toestemming van het UWV vereist: art. 7:669 lid 1 en 3 sub a jo 7:671a BW. Het UWV gaat na of de arbeidsplaatsen daadwerkelijk moeten vervallen en bekijkt of de werkgever zich voldoende heeft ingespannen voor herplaatsing, vgl. art. 7:669 lid 1 BW.

door het vereiste overleg met de vakbonden¹⁰⁴ en de ondernemingsraad.¹⁰⁵ Boven-dien zou de onderneming het afspiegelingsbeginsel¹⁰⁶ in acht moeten nemen en een transitievergoeding,¹⁰⁷ begroot op ruim € 3 miljoen, dienen te betalen. Zoveel tijd en liquiditeit was helaas niet voorhanden en de banken waren niet bereid deze transitievergoeding te financieren. Het loonoffer strandde en de iconische winkel in huishoudelijke artikelen kwam ten val.

Daags na het faillissement heb ik alle werknemers moeten ontslaan op grond van art. 40 Fw. De werknemers krijgen dan maximaal 6 weken loon doorbetaald. Het UWV betaalt dit loon uit en subrogeert vervolgens in de vordering op de boedel.¹⁰⁸

Ik heb na moeizame onderhandelingen een beperkte doorstart kunnen realiseren. De doorstarter was bereid de helft van het personeel mee over te nemen. De koper maakte optimaal gebruik van de mogelijkheid tot *cherry-picking*: hij is volledig vrij te kiezen wie hij mee wilde nemen en tegen welke voorwaarden.¹⁰⁹ De bescherming van werknemers in faillissement steekt schril af tegen hun met royale waarborgen omklede positie buiten faillissement.'

Jansz (1918): 'In mijn tijd liep de mate van bescherming van werknemers in en buiten faillissement niet zo vreselijk uiteen. Tijdens de parlementaire behandeling van de Faillissementswet werd zelfs nog door de Tweede Kamer opgemerkt dat het "weinig logisch voorkwam het lot der hier bedoelde personen na het faillissement te regelen, terwijl de wetgever tot heden zich hunnen belangen vóór het faillissement zo weinig heeft aangetrokken."¹¹⁰ Het BW van 1838 bevatte immers slechts drie bepalingen (van regelend recht) over "de huur van dienstboden en werklie-den!"¹¹¹ Ten tijde van de inwerkingtreding van de Faillissementswet kon een meester zijn dienst- en werkboden te allen tijden wegsturen, zonder daarvoor een reden te hoeven aanvoeren. Hij was dan wel verplicht om zes weken schadeloosstelling te betalen.¹¹² Met deze regeling beoogde de wetgever talloze processen over ontslagen te voorkomen: deze openbare behandelingen zouden een aanleiding voor schandalen kunnen vormen, omdat de huisvader tijdens het proces "verwij-

104. Art. 3 Wet Melding Collectief Ontslag, aangescherpt per 1 maart 2012: de werkgever dient het voorgenomen (bedrijfseconomisch) ontslag niet alleen te melden bij de vakbonden en het UWV, ook dient er daadwerkelijk raadpleging plaats te vinden vooraleer het UWV de verzoeken in behandeling neemt. Zie hierover (en voor de consequenties van deze wijziging voor de curator, die eveneens de verplichtingen uit de WMO moet naleven): R.J.A. Herstel & R.W.J.M. Schuurman, 'Gewijzigd collectief ontslagrecht: (ook) de curator op scherp!', *Tvl* 2012/22.

105. Art. 25 lid 1 WOR.

106. Art. 7:669 lid 5 sub b BW jo. art. 11-16 Ontslagregeling (*Stcrt.* 2015, 12685).

107. Art. 7:673 BW.

108. Hoofdstuk IV Werkloosheidswet.

109. Zie echter over de vraag of de doorstarter volledig vrij is of zou mogen zijn om slechts jong personeel te selecteren: F.B. Bosvelt & M.E. ten Brinke, 'Retailfaillissementen', *Tvl* 2017/29 en WODC Onderzoek Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers, par. 3.3.3.5 en 4.3.3.

110. *Van der Feltz I*, p. 428.

111. Art. 1637-1639 OBW.

112. Art. 1639 OBW. Deze bepaling is terug te voeren op oud-vaderlandse dienstbodenrechten. Zie daarover: M.G. Levenbach, 'Het honderdjarig burgerlijk wetboek en het arbeidsrecht' en 'B.W. en de maatschappelijke verhoudingen van 1838 tot heden', in: *Arbeidsrecht, een bundel opstellen*, Alphen aan de Rijn: M. Samsom N.V. 1951. Deze schadevergoeding was alleen verschuldigd in geval van overeenkomsten voor een bepaalde tijd. De rechtspraak was verdeeld over de vraag of bij de opzegging van een dienstbetrekking voor onbetaalde tijd een redelijke termijn in acht moest worden genomen, zie daarover Levenbach in voornoemde bijdrage, p. 269 e.v.

tingen zouden moeten hooren, die hetzij waar, hetzij ongegrond, de rust der huisgezinnen zouden storen en de achtenswaardigste menschen blootstellen aan de bespotting, ligtgeloovigheid en de bedilzucht hunner meedeburgers”...¹¹³

In 1907 veranderde het krachtenveld met de inwerkingtreding van de Wet op de Arbeidsovereenkomst 1907.¹¹⁴ Ook onder het nieuwe recht bleef het ontslagrecht echter vrij summier geregeld. Een werkgever kon op grond van art. 1639i OBW een arbeidsovereenkomst op elke grond opzeggen, mits de opzegtermijn maar in acht werd genomen. Die was gelijk aan de periode tussen twee loonbetalingen. Van een verplichte gang naar de rechter of naar een overheidsinstantie was geen sprake. Ontslagvergoedingen en ontslagverboden bestonden niet, laat staan een beperking ten aanzien van wie je mocht ontslaan.

Ik zag wel steeds vaker ondernemingen met personeelskernen of fabrieksraden, waarmee de ondernemer overlegt over het sociale beleid. Ook de vakbonden hebben sinds de eeuwwisseling stevige voet aan de grond gekregen.¹¹⁵ Als curator had je weinig van doen met de vakbonden of werknemersinspraak. Ik kon als curator – met machtiging van de rechter-commissaris¹¹⁶ – de arbeidsbetrekking op grond van art. 40 Fw opzeggen tegen de gebruikelijke of overeengekomen termijn, maar een termijn van zes weken gold in elk geval als voldoende. De weekloners hoefde ik dus maar één week salaris als boedelschuld te betalen!¹¹⁷ Bijzonder om te horen dat de werknemer anno 1918 in faillissement nog steeds wordt afgescheept met een boedelvordering van maximaal 6 weken loon, net zoals in 1918,¹¹⁸ terwijl de bescherming buiten faillissement blijkbaar een stuk uitgebreider is geworden?!

Kuypers (1958): ‘In de jaren na de Tweede Wereldoorlog is de bescherming van de werknemers sterk uitgebouwd. Zo werd de inspraak van werknemers definitief volwassen toen in 1951 de Wet op de Ondernemingsraden in werking trad.¹¹⁹ Verder markeerde de inwerkingtreding van het Buitengewone Besluit Arbeidsverhoudingen (“BBA”) 1945 een fundamentele wijziging van het ontslagrecht. Voortaan was een *iusta causa dimissionis*¹²⁰ en een preventieve toets vereist voor ontslag: een

113. Zie: M.G. Levenbach, ‘Het honderdjarig burgerlijk wetboek en het arbeidsrecht’, in: *Arbeidsrecht, een bundel opstellen*, Alphen aan de Rijn: M. Samsom N.V. 1951, p. 269-270. Zie ook J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche Wetboeken*, deel V, Utrecht 1938, p. 243-246.

114. *Stb.* 1907, 193. Zie over de ontwikkeling van het arbeidsovereenkomstenrecht, C.J.H. Jansen & C. Loonstra, *Opstellen over de historische ontwikkeling van het arbeidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, in het bijzonder p. 15-30.

115. Zie hierover: G. van den Bergh, *De medezeggenschap der arbeiders in de partikuliere onderneming* (diss. UvA), Amsterdam: Ontwikkeling 1924, p. 52-59 en 171-178.

116. Art. 68 lid 2 Fw.

117. Vgl. *Van der Feltz I*, p. 429.

118. Art. 40 Fw luidde in 1893: ‘Alle bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde, kunnen hunne betrekking opzeggen en hun kan wederkeerig door den curator hunne betrekking opgezegd worden, met inachtneming van de gebruikelijke of overeengekomen termijnen, met dien verstande echter dat een termijn van zes weken in elk geval voldoende zal zijn. Van den dag der faillietverklaring af is het salaris boedelschuld.’ Anno 1918 luidt art. 40 lid 1 Fw: ‘Werknemers in dienst van de gefailleerde kunnen de arbeidsovereenkomst opzeggen en hun kan wederkerig door de curator de arbeidsovereenkomst worden opgezegd, en wel met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke termijnen, met dien verstande echter dat in elk geval de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd met een termijn van zes weken’. Lid 2 luidt: ‘Van de dag der faillietverklaring af zijn het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden boedelschuld.’

119. Wet houdende regelen omtrent ondernemingsraden, *Stb.* K 174.

120. Zie daarover als eerste M.G. Levenbach, *Arbeidsrecht als deel van het recht (openbare les ten gevolge van zijn Amsterdamse benoeming tot lector in het arbeidsrecht)*, Amsterdam: Paris 1926, p. 20: ‘Niet gerechtvaardigde ontslagen zijn in onze positieve wet onbekend. Doch de overtuiging wint meer en meer

werkgever kon een werknemer slechts ontslaan, indien hij daaraan voorafgaand toestemming heeft verkregen van de Directeur van de Gewestelijke Arbeidsbureaus. Toestemming werd slechts verleend indien er een geldige reden bestond voor opzegging.¹²¹ De Hoge Raad oordeelde niet veel later dat óók de curator het BBA moest naleven.¹²² In 1953 werd naast de basisopzegtermijn een verlengde opzegtermijn ingevoerd. Bovendien werden twee opzegverboden ingevoerd: werknemers mochten niet gedurende de eerste twee ziektejaren of gedurende militaire dienst worden ontslagen.¹²³ De wetgever besliste uitdrukkelijk dat deze bescherming niet zou gelden tijdens faillissement, omdat de belangenafweging na faillissement niet meer op de verhouding werkgever-werknemer ziet, maar op de verhouding crediteuren-werknemer. Indien als gevolg van de opzegverboden niet zou kunnen worden opgezegd, zouden de boedelschulden te zeer oplopen.¹²⁴

Smits (1988): ‘Het palet “werknemersvriendelijke regelingen” werd in 1968 uitgebreid met hoofdstuk IIIa van de Werkloosheidswet.¹²⁵ Doel van de regeling was te garanderen dat een werknemer bij betalingsonmacht van zijn werkgever het achterstallige loon, het loon over de opzegtermijn en het vakantiegeld en de vakantie-toeslag betaald kreeg. Werknemers konden op grond van de regeling uitkering verlangen van de bedrijfsvereniging. De laatste subrogeert in de vorderingen op de failliete boedel.¹²⁶

Per 1 januari 1989 wordt echter het toestemmingsvereiste in geval van faillissement geschrapt uit het BBA.¹²⁷ De Hoge Raad oordeelde in 1976 dat de Directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau zijn beslissing niet moet stoelen op een afweging van de belangen van de bij de arbeidsverhouding betrokken partijen, de werkgever en werknemer. In plaats daarvan moet hij het belang van de werknemer en de crediteuren wegen, met inachtneming van het feit dat de salarissen op grond van art. 40 Fw vanaf het moment van faillietverklaring boedelschuld zijn.¹²⁸ Die afweging kan dus slechts in het nadeel van de werknemer uitvallen, waardoor de toestemming in de praktijk dus altijd verleend werd. Men wilde een einde maken aan deze administratieve rompslomp.¹²⁹ Bovendien moest de r-c ook al machtiging verlenen

veld, dat voor ieder ontslag een objectief geldige reden aanwezig moet zijn. Een justa causa dimissionis, welke hetzij het subjeet betreft, dus in daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer bestaat, hetzij op het niet langer nodig zijn van deze arbeider voor het onderhavige werk betrekking heeft.’ Zie over de ontwikkeling van het ontslagrecht in de periode van 1907 tot 1945: Ringeling 1953, p. 11-31.

121. Art. 6 jo. art. 9 BBA 1945 (oud), want sinds 1 juli 2015 opgenomen in art. 7:671 jo. 7:671a jo. 7:681 BW.

122. HR 13 februari 1951, NJ 1951/371 m.nt. Scholten. Zie daarover M.B. Vos, ‘B.B.A. en B.W.’, *Sociaal maandblad* 1952, p. 210-214.

123. Wet van 17 december 1953, *Stb.* 1953, 619.

124. Zie ten aanzien van de verlengde opzegtermijnen: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Serie Onderneming en Recht, deel 2-III, p. 105, en in dezelfde zin p. 106-107. Ten aanzien van de opzegverboden: p. 106-107, en in dezelfde zin op p. 108-109.

125. Wet van 10 juli 1968, *Stb.* 375. De wet was gebaseerd op het advies van de SER van 22 februari 1967 en is inmiddels neergelegd in hoofdstuk IV van de Werkloosheidswet.

126. Art. 42e WW. Zie zeer uitgebreid over de loongarantieregeling: preadvies L.H. van den Heuvel, *Rechten van werknemers bij faillissement* (preadvies Vereniging voor Arbeidsrecht), Alphen aan de Rijn: Samsom 1981, p. 91-143.

127. Zie *Kamerstukken II* 1986/187, 19810, 2 en 3, uitmondend in de Wet van 20 december 1988, *Stb.* 1988, 573.

128. HR 5 december 1975, NJ 1976/269 m.nt. Scholten (*Algemeen Sociaal Fonds voor de Grafische Bedrijven/Hoek*).

129. R.P.W. Frima, ‘Ontslag van werknemers bij faillissement’, *NJB* 1974, p. 620-622.

voor het ontslag!¹³⁰ In surseance zal toestemming echter vereist blijven, niet bepaald bevorderlijk voor de surseance als reorganisatieprocedure, als je het mij vraagt. De spelregels voor ontslagen tijdens een reorganisatie buiten faillissement zijn in de jaren '70 verder uitgebreid met de nieuwe Wet op de Ondernemingsraden 1971¹³¹ en de Wet Melding Collectief Ontslag.¹³² Daarnaast is het rijtje opzegverboden uitgebreid.¹³³ De curator heeft daar weinig hinder van, maar door enkele arbeidsrechtjuristen is betoogd dat ook de curator gebonden is aan de opzegverboden en een billijke vergoeding als ontslagvergoeding moet betalen.¹³⁴

Al met al is de positie van werknemers sinds 1945 dus geleidelijk aan met veel meer waarborgen omkleed. In 1983 schreef Van Schaik in zijn preadvies dat al die goedbedoelde wetgeving om werknemers te beschermen in tijden van recessie wel eens averechts zou kunnen werken voor het te saneren bedrijf en de daarmee verbonden werkgelegenheid.¹³⁵ Dat was een pijnlijke vaststelling. De commissie Maas stelde onder meer voor om deze inspraakrechten in te kapselen wanneer er een herstelplan werd voorgesteld en er ontslagen nodig waren om de reorganisatie rond te krijgen.¹³⁶ Haar voorstel voor een "Wet reorganisatie en herstel van ondernemingen" werd echter met bar weinig enthousiasme ontvangen tijdens de jaarvergadering.¹³⁷

In mijn tijd werd trouwens ook de invloed van het Europese recht op het Nederlandse arbeidsrecht voor het eerst voelbaar: Richtlijn 75/129/EEG werd in art. 1639aa e.v. in het BW geïmplementeerd.¹³⁸ In geval van overgang van onderneming ("ovo") zijn alle werknemers automatisch in dienst bij de overnemende partij. De onzekerheid of "ovo" ook zou gelden in een faillissement, heeft in die tijd menig doorstart genekt.¹³⁹ Nadat de crisis enigszins was afgenomen volgde in 1985 duidelijkheid uit de mond van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap in het

130. Art. 68 lid 2 Fw.

131. *Stb.* 1971, 54.

132. *Stb.* 1976, 223.

133. *Stb.* 1976, 295.

134. Daar is later het nodige over geschreven: A.M. Luttmer-Kat, 'Opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens insolventie van de werkgever', in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?* (INSOLAD-jaarboek 1999), Deventer: Kluwer 2000, p. 8-13; R.M. Beltzer & J. Van der Pijl, 'De rechtspositie van werknemers bij surseance van betaling en faillissement', in: L.G. Verburg & W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 217; F.B.J. Grapperhaus, 'De aanspraak van de werknemer van een failliete werkgever jegens de boedel op (schade)vergoeding wegens het eindigen van het dienstverband na de faillietverklaring', in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?* (INSOLAD-jaarboek 1999), Deventer: Kluwer 2000, p. 61-71; L.G. Van Eeghen, 'Geen ontslagvergoeding in faillissement: een "historische" vergissing (?)', *ArbeidsRecht* 2001/7, E. Loesberg, 'De historische vergissing van Van Eeghen: een reactie', *ArbeidsRecht* 2001/29 en L.G. van Eeghen, 'Historische vergissing? Een naschrift', *Arbeids-Recht* 2001/32.

135. J. van Schaik, 'Tijdige aanpassing en gedwongen sanering', in: *De in haar continuïteit bedreigde onderneming*, Preadvies Vereniging Handelsrecht 1983, p. 93.

136. Zie art. 37-39 van de schets voor de Wet reorganisatie en herstel van ondernemingen, Vereniging Handelsrecht 1985, p. 25-26 en 125-127.

137. Verslag van de vergadering van de Vereniging Handelsrecht, 15 februari 1985. Zie voor een samenvatting Tuit 1985.

138. Wet van 15 mei 1981, *Stb.* 1981, 400.

139. Zie bijvoorbeeld: Adviescommissie Faillissementsrecht Nederlandse Orde van Advocaten, 'Art. 1639aa-dd. De gevolgen bij faillissement-surséance', *Advocatenblad* 1982, p. 479 e.v.; S.C.J.J. Kortmann, 'Artikel 1639aa e.v. BW, De boemerang van sociale zaken', *NV* 1982, p. 182-189; Van Schaik 1983, p. 90-94; B.F.M. Knüppe, 'De naderende ontknoping', *Advocatenblad* 1985, p. 130-133; R.P.W. Frima, 'Artikel 1639 b.b. BW en Faillissement', *NJB* 1981, p. 1180 en E.W.J.H. de Liagre Böhl, 'De artikelen 1639aa e.v. BW, het Kind en het Badwater', *NJB* 1982, p. 1005-1012.

Abels-arrest: de lidstaten waren niet verplicht om de richtlijn toe te passen in geval van faillissement, maar mochten dat wel doen.¹⁴⁰ De Hoge Raad oordeelde vervolgens in *Happé/Scheepstra* dat door de Nederlandse wetgever was gekozen de regels niet van toepassing te laten zijn in faillissement.¹⁴¹ De insolventiepraktijk haalde opgelucht adem.’

Meijer (2018): ‘Die opluchting is anno 2018 omgeslagen in grote ongerustheid! Art. 7:666 lid 1 sub a BW bepaalt dat de bepalingen inzake “ovo” niet van toepassing zijn in geval van faillissement. De bescherming van de richtlijn is namelijk niet van toepassing “wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.”¹⁴² Van deze ruimte werd dankbaar gebruik gemaakt in de doorstartpraktijk. Een eenmaal failliet verklaarde onderneming kon een doorstart maken en daarbij tevens een gedeelte van het personeel achterlaten. In 2010 ontwikkelde de praktijk de zogenaamde *pre-pack*: een voorbereide doorstart vanuit faillissement. Een beoogd curator bereidt in alle stilte een doorstart voor, om die direct na het uitspreken van het faillissement te bewerkstelligen.¹⁴³ Bij vrijwel alle *pre-packs* werd dankbaar gebruik gemaakt van de mogelijkheid die art. 7:666 lid 1 sub a Fw bood: de doorstarter was vrij in het al dan niet overnemen van werknemers. Dat leidde tot grote maatschappelijke onrust over “flitsfaillissementen” en wakkerde de discussie over misbruik van faillissementsrecht aan.¹⁴⁴ De vakbonden maakten in de voorbereide doorstart van kinderdagverblijfketen Estro een zaak aanhangig tegen de doorstarter, *Smallsteps*. De rechtbank stelde prejudiciële vragen aan het Europese Hof van Justitie.¹⁴⁵ Het Hof vond dat art. 5 van de Richtlijn zo moest worden uitgelegd dat er sprake is van “ovo” wanneer “de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde *pre-pack*, in het kader waarvan een door een rechtbank aangestelde “beoogd curator” met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken.”¹⁴⁶ Het was echter een rommelig arrest, dat “liquidatie van het vermogen” en “liquidatie van de onderneming” door elkaar lijkt te halen. Het arrest heeft heel veel pennen in beweging gebracht. In de literatuur bestaat geen overeenstemming over de implicaties van dit arrest voor de *pre-pack* en voor de “gewone” doorstart uit faillissement.¹⁴⁷ De

140. HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985/900 m.nt. Stein onder NJ 1985/902.

141. HR 30 oktober 1987, NJ 1988/191 m.nt. Stein (*Happé/Scheepstra*).

142. Art. 5 lid 1 van de herziene richtlijn, Richtlijn 2001/23/EG. Dit keuzeregime was ook al in de tweede versie van de richtlijn (Richtlijn 98/50/EG) opgenomen, als een codificatie van het hiervoor genoemde *Abels*-arrest.

143. Zie ook § 4.2 hiervoor.

144. Zie bijvoorbeeld ‘Maandag failliet, dinsdag open’, *de Volkskrant* 5 juli 2013; ‘Aanpak met stille curator heeft ook nadelen’, *FD* 25 oktober 2013, ‘Is doorstart ondernemersanarchie’, *de Volkskrant* 1 juli 2014; ‘De stiekeme overname van de crèche’, *NRC Handelsblad* 16 augustus 2014 en ‘FNV: bij flits-faillissement moeten werknemers worden beschermd’, *de Volkskrant* 14 februari 2014.

145. Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, *JOR* 2016/147 m.nt. Bouwens.

146. HvJ EU 22 juni 2017, NJ 2017/369 m.nt. Verstijlen en *JOR* 2017/217 m.nt. Verburg.

147. Zie onder meer: L.G. Verburg, ‘Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft’, *FIP* 2017/334, P.R.W. Schaïnk, ‘Het arrest van het Hof van Justitie inzake FNV c.s./Smallsteps’, *Tvl* 2017/22, N.W.A. Tollenaar, ‘De implicaties van Estro voor de *pre-pack* en WCO I’,

stemming over het wetsvoorstel dat een wettelijke basis beoogt te introduceren voor de *pre-pack* praktijk is al tijden opgeschort...¹⁴⁸ Er is inmiddels recente lagere rechtspraak waarin rechters aan durven te nemen dat in de door hen beoordeelde (in meer of mindere mate voorbereide) doorstarts van Heiploeg,¹⁴⁹ Bogra¹⁵⁰ en Tuunte¹⁵¹ geen sprake is van een ‘Smallsteps-situatie’. Zij oordelen dat de richtlijn daarom niet van toepassing is!

Hoe dit ook moge aflopen, er bestaat inmiddels consensus dat het contrast tussen de uitgebreide bescherming buiten faillissement en de vrijwel geheel afwezige rechtsbescherming in faillissement te groot is. Die mening wordt gedeeld door insolventie- én arbeidsrechtjuristen. Sinds enkele jaren staat het kruisvlak tussen arbeidsrecht en faillissementsrecht continu in de schijnwerpers en wordt er meer dan ooit over gediscussieerd en gedebatteerd.¹⁵² Laatst heeft de Hoge Raad zich gebogen over de vraag wat de rol van de ondernemingsraad is gedurende een faillissement.¹⁵³ Een vraag die in de jaren '50 niet opkwam in de hoofden van curatoren, als ik het wel heb.

Het is te hopen dat de wetgever het aandurft de positie van de werknemer van financieel noodlijdende ondernemingen aan te pakken. Minister Asscher heeft in 2015 met de Wet Werk en Zekerheid beoogd het ontslagrecht te versoepelen, maar al vrij snel na inwerkingtreding van de wet werd duidelijk dat de nieuwe regelgeving ondernemingen in financiële nood weinig soelaas bood. Sterker nog, ongeacht de gekozen ontslagroute zouden ontslagen werknemers een transitievergoeding moeten krijgen.¹⁵⁴ Een grotere barrière voor ontslag in geval van financiële moeilijkheden is moeilijk voorstelbaar. Ook is er veel sneller sprake van opvolgend werkgeverschap, waardoor een doorstarter die personeel mee overneemt ook over het gehele arbeidsverleden van de werknemer transitievergoeding zal moeten betalen als hij de werknemer ooit wil ontslaan.¹⁵⁵ Dat doet denken aan het paard van

TvI 2018/6, W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Het voetspoor van Smallsteps’, TvI 2018/4, J.F. Flik & F.M.J. Verstijlen, ‘De eerste stappen voorbij Estro’, TvI 2018/7, S.C.J.J. Kortmann & L.P. Kortmann, ‘Doorstarten post-Estro: Smallsteps vooruit of een giant leap achteruit?’, in: *Nijmeegs Europees Privaatrecht*, Serie Onderneming en Recht, nr. 102, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

148. Daags vóór het verschijnen van de conclusie van A-G Mengozzi werd het eindverslag in de Eerste Kamer uitgebracht, en stelde de commissie voor Veiligheid en Justitie voor het wetsvoorstel af te doen als hamerstuk. De stemming is echter uitgesteld. Sindsdien zijn er vele schriftelijke vragen gesteld. De minister heeft in een brief van 11 april 2018 verzocht om de behandeling van het wetsvoorstel voort te zetten. *Kamerstukken I* 2017/18, 34218, J.

149. Hof Amsterdam 19 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539.

150. Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339.

151. Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447.

152. Zie bijvoorbeeld de gecombineerde editie van het *Tijdschrift voor Insolventierecht* en het *Tijdschrift Recht en Arbeid*, TvI 2018/1 en TRA 2018/2 en het INSOLAD-jaarboek *De curator en het personeel*, Deventer: Kluwer 2018.

153. HR 2 juni 2017, NJ 2017/453 m.nt. Barentsen; JOR 2017/248 m.nt. Kortmann (DA Retailgroup). Zie over de rol van de ondernemingsraad tijdens faillissement: S.C.J.J. Kortmann, ‘De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en onderneming’, in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

154. Art. 7:673 BW.

155. Vgl. art. 7:673 lid 4 BW. Vóór inwerkingtreding van de WWZ was er (slechts) sprake van opvolgend werkgeverschap indien de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist als de vorige overeenkomst, en daarnaast tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever ‘zodanige banden bestaan’ dat het inzicht in de geschiktheid van de werknemer van de oude werkgever moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. HR 11 mei 2010, NJ 2013/171 m.nt. Verhulp; JOR 2012/111 m.nt. Loesberg (Van Tuinen/Taxicentrale Wolters), waarin de Hoge Raad een correctie aanbracht op HR 14 juli 2006, NJ 2007/101 m.nt. Verhulp; JOR 2006/227 (Boekenvoordeel/Isik).

Troje!¹⁵⁶ Alle hoop is gevestigd op de laatste nog te ontwerpen wet binnen het Herijkingsprogramma.¹⁵⁷ Het momentum is daar.’

Dekkers (2048): ‘Er is destijds cassatie ingesteld in de *Heiploeg*-zaak. De Hoge Raad stelde prejudiciële vragen aan het Europese Hof, maar de uitspraak van het Europese Hof dreef de insolventierechtjuristen tot wanhoop: het arrest leidde tot nóg meer onduidelijkheid en het Hof leek zich aan doelredeneringen schuldig te maken om werknemers te beschermen. Hoe deze houding ten opzichte van voorbereide doorstarters zich verhoudt tot de Europese regelgeving die bestuurders verplicht zodra er een “kans op insolventie” is redelijke stappen te zetten om insolventie te vermijden en maatregelen te nemen om het verlies voor crediteuren, werknemers en aandeelhouders te beperken, is onduidelijk.¹⁵⁸

Uiteindelijk heeft de Nederlandse wetgever de handschoen opgepakt. WCO I werd aangenomen, waardoor de *pre-pack* een wettelijke basis kreeg. Art. 7:666 lid 1 sub a BW is afgeschaft. In geval van een (al dan niet) voorbereide doorstart uit faillissement is het personeel dus automatisch in dienst van de doorstartende partij. Dat is echter niet meer zo’n probleem als vroeger omdat de wetgever gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid die art. 5 lid 2 van de Richtlijn biedt om de scherpe kantjes van deze regel af te halen. Ten eerste hoeft de doorstarter de schulden van de oude werkgever niet te betalen.¹⁵⁹ Daarnaast is het mogelijk om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen via een CAO of met instemming van de werknemers.¹⁶⁰

Ook is het stukken eenvoudiger geworden om personeel te ontslaan in geval van aantoonbare financiële moeilijkheden: de bonden, het UWV en werkgeversorganisaties konden het uiteindelijk eens worden over een snelle en efficiënte procedure voor ontslag wegens “economische, technische of organisatorische” redenen.¹⁶¹ Deze ‘ETO’-procedure staat open in een fase van serieuze financiële moeilijkheden, maar waarin er geen insolventieprocedure is geopend. Daarnaast kunnen de bewindvoerder in surseance en de curator in faillissement personeel op deze wijze ontslaan. In surseance en faillissement worden de bedrijfseconomische redenen vermoed aanwezig te zijn, waardoor een gang naar het UWV niet nodig is.¹⁶² De

156. Zie J. van der Pijl, ‘De Wet Werk en Zekerheid en de gevolgen voor de insolventierechtspraktijk’, *Tvl* 2015/22.

157. Het wetsvoorstel bevordert doelmatigheid van het faillissementsprocesrecht (voorheen aangekondigd als ‘WCO III’). Volgens de minister zal deze wet onder meer betrekking hebben op de positie van de werknemer, in het bijzonder de medezeggenschap. Zie Voortgangsbrief 28 september 2017, *Kamerstukken II* 2017/18, 33695, 15. Naar aanleiding van het *Smallsteps*-arrest is een schrijfgroep opgericht, die de mogelijkheden voor een nieuwe regeling gaat verkennen: zie *Kamerstukken I* 2017/18, 34218, J.

158. Art. 18 Ontwerp Herstructureringsrichtlijn.

159. Deze oude schulden vallen echter wel onder het loongarantiestelsel. Zie art. 5 lid 2 sub a Richtlijn 2001/23/EG. Werknemers zijn dus niet de dupe van deze regeling.

160. Art. 5 lid 2 sub b Richtlijn 2001/23/EG.

161. Art. 4 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG bepaalt uitdrukkelijk dat de overgang van onderneming ‘op zichzelf’ geen reden vormt voor ontslag, maar dat de richtlijn niet in de weg staat aan ontslagen wegens ‘economische, technische of organisatorische redenen’. Zie reeds over deze mogelijkheid: M.L. Lennarts & P.W. van Straalen, ‘Toepassing van de artt. 7A:1639aa e.v. BW, ook in faillissement?’, *TVVS* 1997-1, p. 1-6. Zie voor voorstellen in deze richting ook: W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Het voetspoor van Smallsteps’, *Tvl* 2018/4 en Ph.W. Schreurs, ‘Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden’, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2017, p. 3-13.

162. Vgl. het INSOLAD-voorstel voor een nieuwe surseanceregeling uit 2015, art. 251 en de toelichting, paragraaf 74. INSOLAD stelt echter voor dat het commune ontslagrecht onverkort gehandhaafd moet worden in die gevallen waarin geen sprake is van een openbare insolventieprocedure. Het wetsontwerp en de toelichting daarbij zijn te raadplegen op www.insolad.nl.

rechter-commissaris moet toestemming geven voor het ontslag. Buiten faillissement of surseance is toestemming van het UWV wel noodzakelijk maar zijn de doorlooptijden aanzienlijk verkort, waardoor een *turnaround* wat sneller gemaakt kan worden. Ook de inspraak van de ondernemingsraad – en een enkele keer een grijs vakbondsvertegenwoordiger¹⁶³ – is aan kortere termijnen gebonden. In dit verlichte ontslagregime geldt het afspiegelingsbeginsel in afgezwakte vorm: voor twee derde van het aantal personeelsleden waarvan afscheid wordt genomen, moet het afspiegelingsbeginsel worden toepast. Voor het verval van de overige arbeidsplaatsen dient de werkgever uiteraard wel een objectieve reden te hebben. De wettelijke dan wel contractueel overeengekomen opzegtermijn moet in alle gevallen in acht worden genomen. Werknemers die ontslagen worden op grond van deze ETO-procedure, hebben recht op transitievergoeding. De wet bepaalt dat de transitievergoeding in alle gevallen als een concurrente vordering heeft te gelden.¹⁶⁴ Voor zover er bij de CAO geen afspraken gemaakt zijn over versobering van de transitievergoeding bij ETO-ontslagen,¹⁶⁵ wordt deze transitievergoeding echter gematigd tot 25% van het verschuldigde bedrag. Indien een werknemer reeds vóór faillissement of surseance was ontslagen, blijft de verplichting om (de gematigde) transitievergoeding te betalen gewoon bestaan bij een eventueel opvolgend faillissement.¹⁶⁶ Ik heb me altijd afgevraagd hoe de (oude) regel van art. 7:673c lid 1 BW zich verhiel met het de gelijkheid van crediteuren.¹⁶⁷

Strategisch gebruik van een insolventieprocedure om goedkoop van personeel af te komen is nu definitief uitgesloten. De waarborgen voor werknemers zijn immers gelijk in alle situaties waarin er wegens ETO-redenen ontslagen vallen. In zekere zin lijkt dit op de regeling van de wetgever van 1893, die in feite aansloot bij hetgeen werknemers buiten faillissement tegemoet zouden kunnen zien. In alle gevallen waarin een onderneming wegens bedrijfseconomische redenen personeel ontslaat kan het personeel rekenen op een transitievergoeding. Vóór faillissement krijgt de werknemer 25%, in faillissement kan hij voor 100% opkomen maar is het afwachten of en wanneer hij krijgt uitgekeerd. De aanspraken tot betaling van het loon tijdens faillissement zijn boedelschuld, net zoals de aanspraken vanwege niet-genoten vakantiedagen. Achterstallig loon is preferent en wordt bovendien gegarandeerd door het UWV. Op die manier worden werknemers niet méér in hun rechten gekort

163. De organisatiegraad neemt geleidelijk af, in de periode 1995-2011 daalde de organisatiegraad van 28 naar 20% (CBS, 2012). Ook is het ledenbestand van de vakbonden aan het vergrijzen. Zie uitgebreid: CBS, 'Wie is er nog lid van een vakbond? Inzicht in lidmaatschap, belang en tevredenheid', juni 2018.

164. Dus ook in het geval waarin de curator de werknemers ontslaat.

165. Vgl. *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, 2 (Voorstel van wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid), op 5 juli 2018 aangenomen. Dit wetsvoorstel maakt het mogelijk om bij CAO de verplichte transitievergoeding te vervangen door een voorziening die bijdraagt aan het beperken van werkloosheid, op een redelijke financiële vergoeding, of op een combinatie daarvan. Zo kan er een financiële vergoeding worden toegekend die lager is dan het niveau van de transitievergoeding indien 'de financieel-economische situatie dusdanig is dat het omwille van de continuïteit van een bedrijf of van bedrijven in een sector niet verantwoord is om vergoedingen van het niveau van de transitievergoeding te verstrekken', *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, 3, p. 8-10.

166. En valt deze onder het loongarantiestelsel van art. 64 WW.

167. Vgl. H.H. Kreikamp, 'Transitievergoeding werknemer vervalt bij faillissement en surseance: een nieuwe ontsnappingsroute voor werkgevers?', *FIP* 2015/226 en E. Loesberg, 'Enige opmerkingen over de Wet werk en zekerheid en de positie van de werknemer', *FIP* 2015/313.

dan andere crediteuren,¹⁶⁸ en genieten zij door de combinatie van gedeeltelijke preferentie en het loongarantiestelsel enige bestaanszekerheid. Overigens heeft de transitie van werknemer naar ondernemer zich sterk voortgezet. De echte werknemer is een *rara avis* geworden.’

4.4 Grensoverschrijdend insolventierecht

Smits (1988): ‘Een van de problemen die ik in toenemende mate ervaar zijn die van in Nederland uitgesproken insolventies met internationale tintjes, bijvoorbeeld met haast alle activa of activiteiten in het buitenland.¹⁶⁹ Er spelen dan twee vragen: wanneer heeft de Nederlandse rechter rechtsmacht om zo’n faillissementsprocedure te openen en in hoeverre wordt een Nederlandse uitspraak erkend door de buitenlandse rechter en met welke gevolgen?

Art. 2 Faillissementswet leert dat voor de bevoegdheid van de Nederlandse rechter om een faillissement uit te spreken de woonplaats van de debiteur beslissend is, niet de plaats waar de meeste activa gelegen zijn. Is die woonplaats in Nederland, dan is de Nederlandse rechter bevoegd. En voor vennootschappen geldt dat de plaats van statutaire vestiging beslissend is.¹⁷⁰ Ook blijft de Nederlandse rechter bevoegd als de schuldenaar naar het buitenland verhuist, of verdwijnt, mits de schuld die leidt tot de faillissementsaanvraag toen reeds bestond. En een schuldenaar die in Nederland geen woonplaats heeft maar wel een beroep of bedrijf uitoefent valt ook onder die rechtsmacht. Zelfs de schuldenaar die hier geen woonplaats heeft maar wel een kantoor had en dat heeft opgedoekt met achterlating van onbetaalde schulden, kan door de Nederlandse rechter failliet verklaard worden.¹⁷¹

Maar wat is dat vonnis waard in het buitenland? De Faillissementswet lijkt in art. 20 wel uit te gaan van een allesomvattende werking van het Nederlandse faillissement, het zogenaamde universaliteitsbeginsel, maar dat bindt vanzelfsprekend de buitenlandse rechter niet.¹⁷² Ook de afdeling “bepalingen van internationaal recht”¹⁷³ ademt universaliteit, maar bepaalt eigenlijk slechts dat in Nederland gevestigde crediteuren die zich in het zicht van of tijdens faillissement via een uitstapje naar het buitenland weten te verhalen op buitenlandse activa, of via een hier niet toegestane verrekening, de opbrengst aan de boedel moeten vergoeden.¹⁷⁴

De Hoge Raad spreekt zich aanvankelijk nog zeer territoriaal uit, omdat “(...) zoowel de geschiedenis der Faillissementswet, in het bijzonder het vervallen der in het Ontwerp der Staatscommissie opgenomen bepalingen 211-213, als de inhoud der thans geldende artt. 203-205 aantoont, dat de wet in haar geheel bestemd is alleen in Nederland te werken, terwijl bovendien de nadere regeling, welke omtrent de toepassing van art. 37 wordt gegeven, duidelijk doet blijken, dat aan zoodanige

168. Vgl. art. 37a Fw. De grondslag van de transitievergoeding is hybride: enerzijds bedoeld als compensatie voor het ontslag, en anderzijds om de werknemer te helpen bij zijn transitie naar een nieuwe baan. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 38.

169. Zie HR 28 januari 1983, NJ 1983/465 m.nt. Wachter (*Fastwin*).

170. Beukenhorst 1993, p. 169.

171. HR 1 juli 1976, NJ 1977/263 m.nt. Wachter. Zie ook D. Josephus Jitta, ‘De rechtskracht van vreemde vonnissen van faillietverklaring in Nederland’, *RMThemis* 1888, p. 416.

172. P.M. Veder, *Cross border insolvency proceedings and security rights*, Law of Business and Finance serie, deel 8, Deventer: Kluwer 2004, p. 86 e.v.

173. Art. 203-205 Fw.

174. *Van der Feltz II*, p. 294.

toepassing in een buitenlandsch faillissement zelfs niet is gedacht”.¹⁷⁵ In 1955 bekeert hij zich tot universaliteit, overwegende dat de Faillissementswet niet verbiedt dat de Nederlandse curator buitenlandse vermogensbestanddelen van de gefailleerde in het Nederlandse faillissement betreft. De territoriale werking van het Nederlandse faillissement berust enkel “op de grenzen der soevereiniteit en niet op de bedoeling van de wetgever”.¹⁷⁶ Maar of ik als curator in het buitenland kan opereren hangt toch echt af van wat dat buitenlandse recht zegt over de erkenning van mijn positie als curator en de toepasselijkheid van het Nederlandse faillissementsrecht als *lex concursus*.

Nu zijn er wel twee verdragen die helpen: het verdrag tussen Nederland en België uit 1925¹⁷⁷ en het verdrag uit 1962 met Duitsland.¹⁷⁸ Dat eerste verdrag beperkt zich weliswaar tot het faillissement van kooplieden of vennootschappen van koophandel, maar regelt wel in art. 20-25 de gevolgen van een faillissementsuitspraak in het ene land in het andere. Zo bepaalt art. 21 lid 1 dat de gevolgen van een faillissementsuitspraak in het ene land zich uitstrekken tot het andere land, mits door een volgens het verdrag bevoegde rechter uitgesproken. Deze bepaling heeft goederenrechtelijke werking: beslagen vervallen ook in het andere land.¹⁷⁹ Het verdrag met Duitsland ging veel minder ver; de werking van het verdrag is uitdrukkelijk uitgesloten voor beslissingen waarbij een faillietverklaring is uitgesproken, maar wel werkt het bijvoorbeeld voor vorderingen tegen of door de curator ingesteld en erkenning van vorderingen in een faillissement. Ook worden gehomologeerde akkoorden erkend. Het verdrag met Duitsland is daarom slechts beperkt tot hulp.¹⁸⁰

Het (eerste) Verdrag van Rome uit 1957 schreef voor dat de lidstaten moesten werken aan verdragen om de tenuitvoerlegging van vonnissen te vereenvoudigen.¹⁸¹ En zo ontstond in 1968 het EEX-verdrag, dat zich richtte op burgerlijke zaken, maar toepasselijkheid op faillissementen en wat daarmee samenhang uitdrukkelijk uitsloot.¹⁸² Een ongewenste situatie nu er meer grensoverschrijdende activiteiten, en dus ook meer grensoverschrijdende faillissementen zijn!

Meijer (2018): ‘Wij curatoren hebben het nu vaak eenvoudiger. Laat ik beginnen met zaken die zich binnen Europa afspelen. Het heeft na het EEX-verdrag nog lang geduurd voordat er zicht kwam op een multilateraal faillissementsverdrag. Maar eind 1995 was er toch een verdragstekst die alle, destijds vijftien, lidstaten van de Europese Gemeenschap in orde leek. Alle lidstaten tekenden, behoudens het Verenigd Koninkrijk. Niet omdat het verdrag niet in orde was, maar, naar verluidt,

175. HR 5 november 1915, NJ 1916, p. 12 (*Faillissement Mees & Moens*).

176. HR 15 april 1955, NJ 1955/542 (*Kallir/Comfin*); HR 24 april 1959, NJ 1959/580 m.nt. Rutten; HR 8 juni 1971, NJ 1971/414; HR 11 januari 1980, NJ 1980/563 m.nt. Wachter (*Aalburgse Bandencentrale/Emmerig*).

177. Verdrag van 28 maart 1929 tussen Nederland en België, met name art. 20-25; *Stb.* 1929, 405. Zie hierover J.H.P. Bellefroid, *Toelichting van het Nederlands-Belgisch Verdrag van 28 maart 1925*, Nijmegen: Dekker & Van de Vegt en Van Leeuwen 1931, B. Wessels, *International Insolvency Law Part 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 128 en T.M. Bos, *Grensoverschrijdend faillissementsrecht in Europees perspectief: een studie naar het faillissement in het internationaal privaatrecht van Nederland, België en Duitsland*, Deventer: Wolters Kluwer 2000, p.157 e.v.

178. Verdrag van 30 augustus 1962, *Trb.* 1963, 50.

179. Bellefroid 1931, p. 144 en Bos 2000, p. 170.

180. Veder 2004, p. 213. Zie ook Bos 2000, p. 77 e.v.

181. Art. 220 sub 4 Verdrag van Rome, 25 maart 1957, *Trb.* 1957, 91 en 249.

182. Art. 1 sub 2 EEX-Verdrag 1968, *Trb.* 1969, 101.

omdat de overige lidstaten geen rundvlees uit het door de gekke koeienziekte geteisterde Verenigd Koninkrijk wilden importeren en men ruzie had met Spanje over Gibraltar.¹⁸³ Door de niet tijdige ondertekening verviel het Verdrag.¹⁸⁴

Maar, voortvarend, wist de Raad van Ministers de regeling als een Europese Verordening het levenslicht te laten zien.¹⁸⁵ Deze Europese Insolventie Verordening ("EIV") voorzag in onmiddellijke werking in alle lidstaten¹⁸⁶ van insolventieprocedures uitgesproken in een lidstaat, zonder verdere formaliteiten, mits uitgesproken in een lidstaat waarin de debiteur zijn centrum van voornaamste belangen (*centre of main interests* ofwel "COMI") had ten tijde van de uitspraak.¹⁸⁷

Deze EIV regelde de internationale bevoegdheid van de rechter in insolventieprocedures en de bevoegdheid van die rechter in procedures die rechtstreeks voortvloeien uit faillissementsprocedures of er nauw verband mee houden.¹⁸⁸ De bevoegdheid van de rechter werd nu gekoppeld aan het centrum van de voornaamste belangen van een debiteur. Is deze COMI in een lidstaat, dan is de EIV van toepassing en is de rechter van de lidstaat waarin zich de COMI bevindt, bevoegd de hoofdprocedure te openen. De EIV kent namelijk twee soorten insolventieprocedures: hoofdprocedures, uitgesproken door de rechter van het land waar de COMI van de schuldenaar zich bevindt en die directe werking hebben in de hele EU, en secundaire procedures die kunnen worden aangevraagd en uitgesproken in de lidstaat waar de schuldenaar een vestiging heeft. Die secundaire procedure is dan territoriaal, anders dan de hoofdprocedure.¹⁸⁹

Deze EIV is op zijn werking beoordeeld en naar aanleiding van het Verslag van de Europese Commissie¹⁹⁰ heeft men besloten de regeling te vernieuwen en aan te passen. Zo ontstond de Herschikte Verordening betreffende insolventieprocedures ("HEIV").¹⁹¹

Deze herschikte verordening wijkt op een aantal plaatsen sterk af van de oude. Zo vallen er nu niet alleen echte insolventieprocedures onder waarbij het vermogen van de debiteur geheel of gedeeltelijk te gelde wordt gemaakt door een curator of waarbij de debiteur zijn beschikkingsbevoegdheid over zijn activa verliest, maar ook, mits aan enkele voorwaarden wordt voldaan, reddingsprocedures waarbij de debiteur het beheer en de beschikking over zijn activa behoudt. Het door Brussel zo gehate forumshoppen wordt verder ontmoedigd.¹⁹² Ook is er nu een regeling voor concernfaillissementen, voor gevallen dat verschillende rechtspersonen in verschillende EU lidstaten faillieren en tot een groep ondernemingen behoren. De

183. R. Bork & K. van Zwieten (red.), *Commentary on the European Insolvency Regulation*, Oxford University Press 2016, p. 21, voetnoot 142.

184. G. Moss, I.F. Fletcher & S. Isaacs (red.), *The EC Regulation on insolvency proceedings*, Oxford: Oxford University Press 2002, hoofdstuk 1.

185. Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures.

186. Behoudens Denemarken; dat land doet aan de EIV en haar opvolger de HEIV niet mee, zie considerans 33 van de EIV en considerans 88 van de HEIV.

187. Art. 16 EIV.

188. HvJ EU 12 februari 2009, C-339/07 (*Seagon*). Zie Bork & Van Zwieten 2016, p. 27 en voetnoot 190.

189. Art. 27 e.v. EIV.

190. Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de toepassing van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, COM(2012) 743 final.

191. Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures. Zie over het totstandkomingsproces: P.M. Veder, 'Europese ontwikkelingen in het insolventierecht', *Tvl* 2013/32.

192. Zie considerans 5 HEIV.

HEIV schrijft dan samenwerking tussen insolventiefunctionarissen voor, evenals samenwerking tussen de diverse betrokken rechters.¹⁹³ En, echt vernieuwend, de insolventiefunctionaris kan de rechter vragen een groepscoördinatieprocedure te starten en dan kan er een coördinator¹⁹⁴ benoemd worden. Maar ik meen te weten dat dat tot nu toe nog nooit is gebeurd.

Dus voor zaken waarin de debiteur zijn COMI heeft in een lidstaat van de EU¹⁹⁵ is er een redelijk werkende regeling. Maar is de COMI van de gefailleerde niet in een lidstaat dan is de HEIV niet van toepassing. Het zal telkens van het nationale recht van het land waar je als curator je werk wilt doen afhangen of dat wordt toegelaten. Maar de globalisering heeft wel enige vooruitgang op dit gebied gebracht. De United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) heeft met Working Group V veel werk verzet op faillissementsgebied. Voor internationale oftewel *cross border* insolventies verscheen in 1997 de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (hierna “Model Law”).¹⁹⁶ Landen kunnen de Model Law ofwel geheel incorporeren in hun eigen wetgeving, of alleen die onderdelen of artikelen die de wetgever van dat land opportuun acht. Inmiddels is de Model Law in essentie opgenomen in de wetgeving van ongeveer 45 landen, waaronder de Verenigde Staten van Amerika, het Verenigd Koninkrijk, Australië, Canada, Polen, Slovenië en Roemenië.¹⁹⁷

De Model Law verschilt systematisch zeer van de HEIV.¹⁹⁸ Het uitgangspunt is niet automatische erkenning van buitenlandse faillissementen. De Model Law regelt de toegang tot de rechter voor de buitenlandse insolventiefunctionaris en de eventuele erkenning van het buitenlandse faillissement, en het staat de rechter in de ontvangende staat toe al dan niet tijdelijke maatregelen te nemen om de goede afwikkeling van het faillissement te bevorderen. Er is geen sprake van harmonisatie van faillissementsrecht, de Model Law geeft slechts procedurele regels. De bouwstenen van de Model Law zijn: “Access, Recognition, Relief and Cooperation”.¹⁹⁹ Inmiddels is er veel jurisprudentie verschenen in met name de Verenigde Staten over de toepassing van de Model Law, die als Chapter 15 in de US Bankruptcy Act is opgenomen.²⁰⁰

Nederlandse curatoren kunnen dus in veel landen terecht mede dankzij de Model Law. Maar Nederland heeft de Model Law niet in haar wetgeving opgenomen. Voor het zogenaamde *inbound* verkeer heeft Nederland zijn eigen(wijze) systeem. De Nederlandse wet kent geen bepalingen die betrekking hebben op de erkenning van buitenlandse, niet onder de HEIV vallende, faillissementsuitspraken en de gevolgen daarvan binnen Nederland.’

193. Hoofdstuk 5 HEIV.

194. Indien groepsleden buiten de lidstaten eveneens failliet zijn gelden deze regels ook met betrekking tot die faillissementen; het omgekeerde geldt niet. Zie Bork & Van Zwieten 2016, p. 593.

195. Wederom: behoudens Denemarken.

196. Alle door Working Group V vastgestelde teksten zijn te raadplegen op http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency.html.

197. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html.

198. Zie hierover Veder 2004, p. 244 e.v. en 377 e.v.

199. Wessels 2015, p. 178 e.v.

200. Zie Wessels 2015, p. 195 e.v. Zie ook ‘US Bankruptcy court Southern District of New York 4 december 2017’, JOR 2018/57 m.nt. Wessels.

Jansz (1918): ‘Wat dat betreft is het erg jammer dat het ontwerp van de Staatscommissie voor de afdeling “bepalingen van internationaal recht” voor onze Faillissementswet gedeeltelijk is geschrapt. In dit voorstel bepaalden art. 211-213 de erkenning van in het buitenland uitgesproken faillietverklaringen met goederenrechtelijk effect! Voorwaarden voor die erkenning waren slechts de bevoegdheid van de buitenlandse rechter, de onbevoegdheid van de Nederlandse rechter naar Nederlands recht (art. 212 ontwerp) en publicatie, zij het onder enkele voorwaarden.²⁰¹ Maar de regering nam dit voorstel niet over. De Raad van State constateert dan ook: “Dit punt [erkenning buitenlandse vonnissen tot faillietverklaring, toev. ME/RA] zal dus in deze wet niet worden geregeld.”²⁰² De Raad verenigt zich daarmee, ook omdat aanvaarding van het voorgestelde art. 211 Fw met zich mee zou brengen “dat ook eene in Turkije of Tunis uitgesproken faillietverklaring hier te lande rechtskracht zoude hebben.”²⁰³ Wel wees de Raad van State op de wenselijkheid van het sluiten van internationale overeenkomsten, met goedkeuring van de Staten-Generaal.’²⁰⁴

Meijer (2018): ‘Precies 125 jaar ná het aannemen van de Faillissementswet ontbreken wettelijke regelingen nog steeds. We zijn daarom op de rechtspraak aangewezen.²⁰⁵ Een buitenlands vonnis houdende faillietverklaring wordt hier erkend indien die uitspraak niet als strijdig met de openbare orde moet worden aangemerkt.²⁰⁶ Maar wat die erkenning met zich brengt, is niet zonder meer duidelijk. Uitgangspunt lijkt daarbij voor de Nederlandse rechter thans te zijn dat het goederenrechtelijk element, het beslag, zich niet uitstrekt tot het Nederlands grondgebied omdat de macht van de vreemde rechter zich daartoe niet uitstrekt. Maar wel wordt het declaratoire element erkend, de beschikkingsonbevoegdheid van de gefailleerde indien hij dat naar de *lex concursus* na de uitspraak is geworden. De rechtspraak heeft dus enige duidelijkheid geschapen.²⁰⁷ De Hoge Raad moest echter nog in 2013 de omstrede vraag beantwoorden of een buitenlandse curator bevoegd was om in Nederland gelegen activa te verkopen. De Hoge Raad vat in het *Yukos*-arrest²⁰⁸ de drie regels samen die gelden voor de gevolgen van buitenlandse faillissementen in Nederland indien die niet tot stand zijn gekomen op een wijze strijdig met de Nederlandse openbare orde en geen sprake is van een Nederland bindende internationale regeling:

a. een buitenlands faillissementsbeslag omvat niet mede de activa in Nederland;

201. Zie Josephus Jitta 1880, p. 412 en *Van der Feltz II*, p. 466 e.v.

202. *Van der Feltz II*, p. 290 en Bos 2000, p. 45.

203. *Van der Feltz II*, p. 290.

204. De wederzijdse uitvoerbaarheid van faillissementsvonnissen was – met het oog op ‘de eenheid tussen het Rijk en zijne koloniën en bezittingen’ – reeds geregeld in art. 104 Reglement op het beleid der Regeering van Nederlandsch-Indië, art. 140 Reglement op het beleid der Regeering in de kolonie Suriname en art. 161 Reglement van de Regeering in de kolonie Curaçao: *Van der Feltz II*, p. 291.

205. Vgl. het regeringsantwoord in *Van der Feltz II*, p. 292.

206. Hof ’s-Gravenhage 26 maart 1986, NJ 1987/952. Zie ook het hierna te bespreken *Yukos*-arrest.

207. HR 2 juni 1967, NJ 1968/16 m.nt. Hijmans van den Bergh (*Hiret/Chiotakis*), HR 31 mei 1996, NJ 1998/108 m.nt. De Boer (*Coppoolse/De Vleeschmeesters*), HR 24 oktober 1997, NJ 1999/316 m.nt. De Boer (*Gustavsen/Mosk*).

208. HR 13 september 2013, NJ 2014/454 m.nt. De Boer; JOR 2014/50 m.nt. Bertrams (*Yukos*). Zie hierover ook J.R. Berkenbosch, ‘De bijdrage van de Hoge Raad aan het Nederland-Rusland jaar: de automatische erkenning van een niet-EU faillissement’, *TvI* 2014/6.

- b. de rechtsgevolgen van het buitenlandse faillissementsrecht kunnen in Nederland niet worden ingeroepen voor zover zij ertoe zouden leiden dat onvoldane crediteuren zich, tijdens dat faillissement of erna, niet meer kunnen verhalen op in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen van de (ex)gefaillieerde; en
 - c. aan de werking in Nederland van andere gevolgen van een in het buitenland uitgesproken faillissement staat dit territorialiteitsbeginsel niet in de weg.
- Dit impliceert, aldus de Hoge Raad, dat de buitenlandse curator hier te lande gelegen activa kan vervreemden indien zijn *lex concursus* hem die bevoegdheid toekent. Hiermede borduurt de Hoge Raad voort op zijn arresten uit 1967, 1996 en 1997.²⁰⁹ Van het territorialiteitsbeginsel is dus niet veel over. Slechts het beslag-element wordt niet erkend. Maar hiermede zijn niet alle vragen opgelost, zoals die of voor de toepassing van dit arrest de COMI nog relevant is.²¹⁰

Jansz (2018): ‘Maar is het niet heel gek dat Nederland in 2018 nog geen goede wettelijke regeling heeft voor buitenlandse faillissementen die niet onder de HIEV vallen? Lopen we niet erg uit de pas?’

Meijer (2018): ‘Er zijn voorstellen gedaan om de Model Law op te nemen in de HEIV.²¹¹ Maar daartegen bestaan ook bezwaren.²¹² Allereerst is het COMI-begrip dat de Model Law hanteert niet noodzakelijkerwijs identiek aan hoe dit begrip zich onder de HEIV ontwikkelen zal. Daarnaast is de Model Law al op verschillende manieren in enkele nationale wetten van Lidstaten opgenomen. En na 20 jaar is ook de Model Law mogelijk aan een nadere analyse toe. Brussel noch de Nederlandse wetgever lijkt zich er erg druk over te maken. Met de naderende Brexit, en in gedachten dat het Verenigd Koninkrijk een zeer belangrijke handelspartner van Nederland is, is te hopen dat Brussel of Den Haag toch nog snel een regeling treft voor erkenning van cross-border faillissementen die niet onder de HEIV vallen...’

Dekkers (2048): ‘Gelukkig heeft de Nederlandse overheid het belang van een goede wettelijke regeling uiteindelijk ingezien. Dat is niet de incorporatie van de Model Law geworden, maar, in iets aangepaste vorm de regeling zoals voorgesteld door de Commissie Kortmann in haar Concept Insolventiewet 2007.²¹³ Titel 10 van het Voorontwerp²¹⁴ is met een enkele aanpassing aangenomen.’

209. Zie noot 207 hiervoor.

210. Zie P.M. Veder, ‘Bob’s “Unvollendete”?’, in: *Perspectives in International Insolvency Law: a tribute to Bob Wessels*, Deventer: Kluwer 2014, p. 142 e.v.

211. Zie o.a. Revision of the European Insolvency Regulation, Proposals by INSOL Europe, p. 109 e.v.

212. Zie P.M. Veder, ‘Bob’s “Unvollendete”?’, in: *Perspectives in International Insolvency Law: a tribute to Bob Wessels*, Deventer: Kluwer 2014, p. 143 e.v. en I.F. Fletcher & B. Wessels, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe* (Preadvises Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2012, par. 179-185.

213. S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Serie Onderneming en Recht, deel 2-IV, Deventer: Kluwer 2007.

214. Zie daarover B. Wessels, ‘Internationaal Insolventierecht in het Voorontwerp’, in: *Het Voorontwerp Insolventierecht nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 283-299.

4.5 Specialisatie en professionalisering

Jansz (1918): ‘Het laatste onderwerp dat wij zullen bespreken, is “specialisatie en professionalisering binnen het insolventierecht”. Ik ben erg benieuwd wat jullie daarover te vertellen hebben. In mijn praktijk is immers absoluut geen sprake van specialisatie of professionalisering. De wet bepaalt niets over wie er tot curator kan worden benoemd. Volgens de parlementaire geschiedenis moet de curator “iemand van rechtsgeleerde kennis wezen”²¹⁵ en “genoegzame kennis van boeking en handelsbedrijf”²¹⁶ hebben, maar in de praktijk kan elke advocaat – ook iemand die nét de eed heeft afgelegd – benoemd worden tot curator.²¹⁷ De curator moet boven de partijen staan en de wet schrijft dus niet langer voor dat de curator wordt gekozen uit de schuldeisers.²¹⁸ Het vak van curator werd gezien als een mooie leerschool voor jonge advocaten.²¹⁹

Smits (1988): ‘Sinds de economische crisis aan begin van de jaren ’80, met de neergang en ontvlechting van enorme concerns, zie ik een zekere specialisatie ontstaan. Complexe of grote faillissementen roepen nu eenmaal de nodige vragen op bij de curator én zijn kantoorgenoten. Naast de dogmatische juridische vraagstukken worstelen curatoren ook met praktische vragen, hoe ze bijvoorbeeld om moeten gaan met grote aantallen schuldeisers en massaontslagen. Ik zie om me heen steeds meer ‘groepsvorming’ ontstaan: curatoren die met regelmaat benoemd worden zoeken elkaar op om zaken te bespreken of om een borrel te drinken. Eenzelfde ontwikkeling zie ik bij rechters-commissarissen. Zo is er in 1975 een werkgroep opgericht die onderzoekt of “meer eenheid tot stand kon worden gebracht in de normen die ten aanzien van faillissementen bij de verschillende rechtbanken in acht worden genomen”.²²⁰ In 1979 werd in overleg met de Orde de Richtlijn Salarissen Curatoren en Bewindvoerders opgesteld.²²¹ In die werkgroep zaten vertegenwoordigers van alle negentien rechtbanken. Die verschillen bleken niet mis,²²² waardoor besloten werd de ‘werkgroep faillissementen’ te laten voortbestaan.²²³ Anno 1988 wordt er gewerkt aan een rolbeleid voor faillissementen en surseances en richtlijnen voor curatoren.²²⁴

Het besef dat in onze complexer wordende samenleving en economie ook de afwikkeling van faillissementen méér vraagt van de spelers in de praktijk, krijgt voet aan de grond. Die ontwikkeling zie je ook buiten het insolventierecht. Zo is drie

215. *Van der Feltz II*, p. 20.

216. *Van der Feltz II*, p. 11.

217. Art. 14 en 68 -73a Fw stellen geen kwaliteitseisen aan curatoren.

218. Art. 787 lid 2 WvK luidde: ‘De curator zal bij voorkeur uit de schuldeisers gekozen worden’, maar werd in de praktijk zelden toegepast, *Van der Feltz II*, p. 20.

219. Bekkers schrijft dat de insolventiepraktijk aanvankelijk een ‘bijwagen in de advocatenpraktijk voor minder juridisch geïnteresseerde beroepsbeoefenaren’ was, W.M.J. Bekkers, ‘De veranderende rol van de curator in de praktijk’, *Tvl* 2004/43.

220. Werkgroep van de afdeling Burgerlijke Rechtspraak van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak. Zie B.J. Engberts, ‘Recofa dertig jaar: oprichting, betekenis en ontwikkeling’, *Trema* 2010, p. 30.

221. *Advocatenblad* 1979, nr. 11 (bijlage).

222. Zie voor de ‘colour locale’ ten aanzien van de afhandeling van faillissementsaanvragen: R.J. Verschoof, ‘De afhandeling van de faillissementsaanvraag; vergelijking tussen rechtbanken hier te lande’, *Advocatenblad* 1986, p. 397-409.

223. Engberts 2010, p. 30.

224. Engberts 2010, p. 31-32.

jaar geleden de Grotius Academie opgericht. Het bestuur van de stichting bestaat uit bedrijfsjuristen, advocaten, notarissen en hoogleraren van de diverse faculteiten. De Grotius Academie is een postacademische, op de praktijk gerichte opleiding voor een selecte groep studenten. In de opleiding wordt de op de universiteit verworven kennis verdiept en verbreed, ook leren de studenten over “de attitude die voor een goede uitoefening van hun latere functies nodig is”. De opleiding vult de door de oprichters gesignaleerde leemte tussen de academische opleiding en de praktijk.²²⁵ De oprichting van de Grotius Academie is overigens niet onverdeeld positief ontvangen, onder meer vanwege haar wat exclusieve karakter.²²⁶ Zo stelde Van Maanen dat de Grotius Academie een “nieuw netwerk voor de bourgeoisie” vormt, dat noodzakelijk zou zijn omdat door de “proletarisering van het universitaire onderwijs” niet langer “diskrete handlangers van het kapitaal” worden afgeleverd door de juridische faculteiten.²²⁷

Meijer (2018): ‘Die specialisatieopleidingen genieten nu veel aanzien en zijn zelfs in zekere zin verplicht! Een heel belangrijke ontwikkeling voor de professionalisering van het curatorenvak is de oprichting van de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten (“INSOLAD”) op 29 oktober 1991 geweest. De vereniging heeft het bevorderen van de deskundige beroepsuitoefening door de advocaten op het terrein van het insolventierecht tot doel, alsmede het onderhouden en de bevordering van de onderlinge betrekkingen tussen aangesloten leden alsmede de behartiging van hun belangen.²²⁸ De vereniging pakte dit na een aarzelende start serieus aan. Na enig morren onder de leden ging de Grotius INSOLAD specialisatieopleiding van start. Het bestuur volgde de opleiding en legde – met goed gevolg – het mondelinge examen af. Het met goed gevolg doorlopen van deze opleiding werd een vereiste om volwaardig lid te worden van de vereniging, naast de eis dat de advocaten tenminste zeven jaar als advocaat zijn ingeschreven en de nodige uren per jaar aan het insolventierecht hebben besteed.²²⁹ Leden moeten na hun toelating ook nog minstens 400 declarabele uren per jaar in het insolventierecht maken en bovendien binnen vier jaar na het behalen van het Grotius-examen de opleiding “Financiële Economie voor Insolventieadvocaten” volgen. Elke twee jaar dient een Grotius vervolgopleiding doorlopen te worden en ten slotte verwacht het bestuur dat leden minstens twee door INSOLAD georganiseerde bijeenkomsten of congressen per jaar bijwonen.²³⁰ Sinds de oprichting van het *Tijdschrift voor Insolventierecht* in 1995²³¹

225. Twee Ars Aequi-redacteurs vragen zich af ‘of de oprichters van de Grotius Academie niet zozeer een leemte willen opvullen als wel een gat in de markt ontdekt denken te hebben’, AA 1987, p. 2.

226. De kritiek centreert zich op het voorgestelde collegegeld en het selectieproces. Zie Redactie, ‘Grotius Academie: een modern Loevestein’, AA 1987, p. 2, met de reactie van W.C.L. van der Grinten, ‘Grotius academie: een geavanceerde juridische vervolgopleiding’, AA 1987, p. 195-196 en het naschrift van de redactie, AA 1987, p. 166. Ook heel kritisch: G. van Maanen, ‘Restauratie: de Grotius Academie’, *Recht en Kritiek* 1987, p. 3-5.

227. Van Maanen 1987.

228. Art. 2 lid 1 Statuten Vereniging Insolventierecht-Advocaten ‘INSOLAD’, d.d. 29 oktober 1991.

229. Vgl. art. 3.2 Statuten INSOLAD 8 oktober 2008.

230. Zie <https://www.insolad.nl/lidmaatschap> en art. 5.2 Statuten INSOLAD 8 oktober 2008.

231. Het *Tijdschrift voor Insolventierecht* (Tvl) was het eerste gespecialiseerde tijdschrift met praktische en wetenschappelijke informatie omtrent verschillende rechtsgebieden op het terrein van onderneming, financiering en reorganisatie. Tvl werd opgericht om de belangrijkste ontwikkelingen bijeen te brengen en te analyseren, en om meer aandacht te kunnen geven aan een thematische samenhang. De redactie hoopte dat het tijdschrift een ‘effectieve en betrouwbare steun kan zijn bij het oplossen van vraagstukken in de juridische, fiscale en financiële praktijk, in faillissementen, surséances en reorganisaties’. Redactie, Tvl 1995/1, p. 1.

zijn alle INSOLAD-leden hier automatisch op geabonneerd en is de INSOLAD-nieuwsbrief in dit blad opgenomen. Sinds 2004 houdt INSOLAD ook toezicht op haar leden: leden die niet aan de opleidingsvereisten (blijven) voldoen, worden geroyeerd.²³²

De taak van de curator is er in de loop van de jaren niet makkelijker op geworden. Ondernemingen en hun financieringsstructuur zijn veel complexer geworden, en de curator staat midden in de publicitaire schijnwerpers. Een curator is wel als “octopus” gekenschetst: hij moet niet alleen juridisch, maar ook financieel-economisch onderlegd zijn, kennis van bedrijfsprocessen en markten hebben, maar ook goed kunnen managen, onderhandelen en *last but not least*: communiceren.²³³ Die taken zijn met de fraudepijler van de Herijkingsoperatie nog wat verder uitgebouwd: de wetgever heeft de curator een “fraudesignalerende rol” toegedicht.²³⁴ Bovendien kan de curator een bestuursverbod vorderen.²³⁵ De door INSOLAD opgestelde praktijkregels helpen curatoren in die gevallen waarin wet en jurisprudentie geen of weinig richting geven.²³⁶ Ook deze richtsnoeren dragen bij aan kwaliteitsverbetering en professionalisering. Hoewel niet alle curatoren (aspirant-)lid zijn van INSOLAD,²³⁷ heeft de Vereniging tot een grote professionalisering van de beroepsgroep geleid. Daarnaast is een flink aantal Nederlandse insolventie- en herstructureringsadvocaten lid van INSOL Europe, de Europese evenknie van INSOLAD. Als INSOL Europe lid zijn zij automatisch lid van INSOL International, de mondiale vereniging van bij het insolventierecht betrokken specialisten met zo’n 10.000 leden. Ook zijn enkelen *fellow* van INSOL International, zij hebben het Global Insolvency Practice Programme²³⁸ doorlopen en zijn daarmee echte specialisten op het gebied van grensoverschrijdende insolventies.

De zojuist aangestipte werkgroep rechters-commissarissen (inmiddels omgedoopt tot “Recofa” (Rechters-Commissarissen in Faillissementen))²³⁹ heeft ook bijgedragen aan de professionalisering: de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling bevatten bijvoorbeeld voorschriften over de verslaglegging en het sa-

232. TvI-nieuwsbrief 2004, p. 51, R. Mulder, TvI 2005/41.

233. Het thema van het congres ter ere van het eerste jubileum van INSOLAD was getiteld ‘De curator, een octopus’, zie: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Serie Onderneming en Recht, nr. 6, Deventer: Kluwer 1996. Zie verder over het takenpalet van de curator: J.J. van Hees, ‘De schone schijn van toezicht in het insolventierecht’, in: *Toezicht tegen het licht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 158-163 en Bekkers 2004.

234. Volgens de wetgever is de taak van een curator om fraude te traceren redresseren ‘inherent aan en ligt in het logische verlengde van zijn primaire taak om de belangen van de gezamenlijke crediteuren te behartigen. De curator heeft een fraudesignalerende rol die een bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid reflecteert.’ *Kamerstukken II*, 34253, 3, p. 3. Kritisch over deze fraudesignalerende rol: E.M. Moerman, ‘De nieuwe rol van de curator in de fraudebestrijding: knelpunt in de aanloop naar een eventueel strafproces?’, *TBSH* 2017, p. 110-117 en H.J. de Kloe & F. Ortiz Aldana, ‘Wet versterking positie curator: is de positie van de curator daadwerkelijk versterkt?’, *MvO* 2018, p. 50-60.

235. Art. 106a Fw.

236. INSOLAD-praktijkregels 2004 (gepubliceerd in INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren en Recofa Richtlijnen 2005, Deventer: Kluwer 2005), de in 2011 herziene versie is te raadplegen op <https://www.insolad.nl/regelgeving>.

237. Vgl. Ph. W. Schreurs, ‘Op weg naar transparant toezicht’, *TvI* 2018/26, voetnoot 11.

238. Deze opleiding is in 2008 gestart, zie daarover <https://faculty.insol.org>.

239. Zie over het doel en de werkwijze van Recofa: M.H.F. van Vugt, ‘Gevolgen WHOA voor de rechtspraak’, *Preadvies Vereniging Handelsrecht* 2017, § 6.5.4-6.5.5.

laris van de curator.²⁴⁰ Ook bestaat sinds 2005 het “centraal insolventieregister”. De bedoeling is dat insolventies binnenkort binnen enkele minuten na het uitspreken ervan op internet gepubliceerd worden!²⁴¹ Een programma gericht op de digitalisering van rechtspraak in handelszaken heeft echter een vrij gênante vertraging opgelopen, dus het is nog afwachten hoe snel dat “real time” insolventieregister er komt.²⁴² En zolang de invoering handmatig is leidt het kleinste tik- of vormfoutje al tot problemen.²⁴³

Ook een andere belangrijke speler bij faillissementen heeft zich de afgelopen decennia veel meer toegelegd en verdiept in zijn bijzondere rol in de *twilight zone* en na het uitspreken van een faillissement: de financier. Eind jaren '70 ontstonden bij de banken afdelingen “bijzonder beheer”, die zich volledig toelagen op de afwikkeling van probleemkredieten. Door de jaren heen — door schade en schande wijs geworden — zijn deze afdelingen zich niet alleen gaan richten op afwickelen, maar wordt ook geprobeerd in een eerder stadium de schade voor de bank zoveel mogelijk te beperken. Deze afdelingen zijn dan ook wel de “intensive care”-afdelingen genoemd.²⁴⁴ Zoals eerder besproken spelen deze afdelingen een niet te onderschatten rol bij informele reorganisaties. De afdelingen “bijzonder beheer”, “intensief beheer” of “*restructuring and recovery*” worden bezet door een combinatie van ervaren juristen (veelal oud-advocaten) en economisch goed onderlegde personen. De bankiers kregen, als gevolg van de INSOLAD-opleiding, steeds meer te maken met professionele curatoren. In het streven naar een kwaliteit van bankmedewerkers die “op zijn minst gelijke tred houdt met de kwaliteit van de leden van de vereniging INSOLAD”,²⁴⁵ is het ontstaan van de specialisatieopleiding “Insolventierecht voor banken” goed te verklaren. Maar dat het ondanks de opleiding toch nog wel eens fout gaat en bijzonder beheer het belang van de klant geheel uit het oog verliest blijkt uit recente rechtspraak.²⁴⁶

Eén belangrijke schakel blijft vooralsnog echter achter in deze specialisatietrend. Dat is een partij die voor het evenwicht tussen alle actoren van groot belang is: de rechter-commissaris. Daar is veel kritiek op. De rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel.²⁴⁷ In het huidige systeem is het echter vrijwel onmogelijk voor een r-c om deugdelijk toezicht te houden. In de eerste plaats omdat hij honderden, soms wel meer dan duizend insolventies onder zich heeft!²⁴⁸ Sinds de invoering van de WSNP is de werkdruk enorm toege-

240. De meest recente versie van deze richtlijnen is te raadplegen op www.rechtspraak.nl. De eerste versie van de richtlijnen werd in juni 1990 in *Trema* gepubliceerd, in september 1990 in het *Advocaatenblad*: Engberts 2010, p. 32.

241. Wet modernisering faillissementsprocedure, *Stb.* 2018, 299 en *Stb.* 2018, 348. Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34740, 3, p. 17 en B. Wessels, ‘Naar real-time raadpleging van het Centraal Insolventieregister’, *WPNR* 2018/7202.

242. <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Nieuwe-ontwikkelingen-rond-digitalisering-Rechtspraak.aspx>.

243. In de private sector zijn er wel goed functionerende mogelijkheden voorhanden, om vorderingen digitaal ter verificatie in te dienen: www.crediteuren.nl.

244. P. Vos, *Kredietoprvaging en insolventierisico*, Deventer: Kluwer 2009, p. 33-35.

245. H. Visser, ‘De curator en de financier’, *TvI* 1999/5, p. 112-115.

246. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 maart 2018, *JOR* 2018/156 m.nt. Van Thiel (*Midreth*), zie ook S.H. de Ranitz ‘Faillissement van de vennootschap, de vordering ex artikel 2:9 BW en het pandrecht van de bank’, in: *Kort Juridisch* (Liber Amicorum Peter Wakkie), Deventer: Kluwer 2018, p. 145.

247. Art. 64 Fw.

248. Van Hees 2015, p. 164-165.

nomen.²⁴⁹ Daarnaast is het door Molengraaff bedachte systeem van toezicht imperfect. De rechter-commissaris heeft verschillende petten. Hij is naast toezichthouder ook klachtbehandelaar en geschillenbeslechter. Voor sommige rechtshandelingen heeft de curator machtiging van de r-c nodig, terwijl hij anderzijds ook een gesprekspartner voor de curator is. Ook een lastig punt is dat de r-c voor zijn informatie aangewezen is op curatoren, en eenzijdige informatievervalsing dus dreigt. Het meest prangende punt is echter het ontbreken van specialistische kennis. Rechter-commissarissen rouleren zeer regelmatig, meestal zitten ze zo'n drie tot vijf jaar op hun post. In die korte tijd kunnen de rechters natuurlijk niet de ervaring, kennis en expertise opdoen die de partijen waar zij toezicht ophouden wél in huis hebben! Er wordt dan ook al jarenlang gepleit voor verdergaande specialisatie én concentratie van het rechterlijk toezicht in insolventies.²⁵⁰ De opleidingsstandaard voor rechter-commissarissen moet minstens even hoog zijn als die voor curatoren. Er zijn tekenen dat die specialisatie er daadwerkelijk gaat komen! Binnen de rechtspraak is men bezig met het formuleren van zogenaamde "professionele standaarden" insolventierecht.²⁵¹ Het is echt te hopen dat er voldoende geld wordt vrijgemaakt, ook omdat de rechters vaker voor complexe financiële en waarderingsvraagstukken komen te staan, zeker als er een wettelijke basis komt voor de *pre-pack* en het *pre-insolventie*akkoord.

Een laatste waarneming nog. Zeker sinds de kredietcrisis van 2008 is de nichevorming nog duidelijker zichtbaar. Het is insolventierecht is "hot". Zo is in 2009 is het tijdschrift *Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk* ("FIP") opgericht, in 2014 het *Tijdschrift voor Curatoren*. In 2010 is de Vereniging voor Jonge InsolventieRecht Advocaten ("JIRA") opgericht, voor advocaten die affiniteit met insolventierecht hebben maar minder dan zeven jaar staan ingeschreven als advocaat.²⁵² Dit is een actieve club, met bijna 250 leden! In 2011 is de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkend en Internationaal Insolventierecht opgericht, een bloeiende vereniging met bijna 200 leden.²⁵³ De insolventiepraktijk is uitgegroeid tot een volwaardig, volwassen en vooraanstaand specialisme.'

Dekkers (2048): 'De professionalisering en specialisatie heeft zich voortgezet. Voor de advocaten ontstond er een nieuwe *business*, die met name in tijden van laagconjunctuur voor veel werk zorgde: zij konden benoemd worden als "herstructureringsdeskundige" of "monitor" in het kader van pre-insolventieprocedures. Omdat die rol verschilt van die van curator (en omdat het moest van de Europese wetgever²⁵⁴), werden nieuwe opleidingen opgetuigd om ook deze *restructuring professionals* goed te scholen. Ook accountants volgden deze opleidingen, hun bedrijfseconomische kennis is natuurlijk instrumenteel voor een geslaagde herstructurering! Een ander pijnpunt dat eindelijk is opgelost, is het benoemingsbeleid van curatoren. Voorheen was onduidelijk welke curatoren op "de lijst" stonden, waar je als curator

249. M.P.P.M. van Vonderen, 'Recoba, van het oude liedje naar toekomstmuziek', *Tvl* 2004/50.

250. Zie voor uitgebreide literatuurverwijzingen: J.J. van Hees, 'Op zoek naar een Professionele Standaard Insolventie', *Tvl* 2016/2, voetnoot 5.

251. M.H.F. van Vugt, 'Gevolgen WHOA voor de rechtspraak', Preadvies Vereniging Handelsrecht 2017, § 6.5.9 en Jaarplan 2018 De Rechtspraak (te raadplegen op www.rechtspraak.nl).

252. Het minimumvereiste om lid te kunnen worden van INSOLAD, zie art. 3.2.a Statuten INSOLAD 2008.

253. <http://www.nvrii.nl/over-nvrii>.

254. Art. 25 Ontwerp Herstructureringsrichtlijn.

aan moet voldoen om op deze lijst te komen en in welke gevallen je van deze lijst af werd gehaald. “Schrappingen” kwamen regelmatig voor, en hoewel dat een enorme impact heeft op de praktijk van deze curatoren, was het onduidelijk in hoeverre zij daar bezwaar tegen konden maken.²⁵⁵ Ook was onduidelijk hoe de rechtbank bepaalde wie in een concreet faillissement zou worden benoemd.²⁵⁶ Gesteund door art. 26 van de Herstructureringsrichtlijn, dat lidstaten verplicht tot transparant en duidelijk benoemingsbeleid, is er anno 2048 een uniform benoemingsbeleid. De te vrijblijvende “Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling” uit 2013²⁵⁷ zijn omgevormd tot een soort aanbestedingsstelsel. Curatoren kunnen elke vijf jaar “solliciteren” naar een plek op de lijst, onder vermelding van de beschikbare kwaliteit en capaciteit binnen de organisatie. De curator kan een indicatie van zijn gewenste uurtarief opgeven en daarbij voorsorteren op een plek op de lijst in ofwel het kleine, het middelgrote of het grote segment. Indien de curator eenmaal een plek heeft verworven op deze lijst, blijft hij daar vijf jaar op staan, tenzij hij ondermaats presteert of zelf verzoekt om van de lijst geschrapt te worden. Tegenwoordig worden ook regelmatig niet-advocaten tot curator benoemd. Volgens de nieuwe richtlijnen is vereist dat de curator aan bepaalde opleidingsvereisten voldoet. Een accountant die zijn kennis van het financiering, zekerheden- en insolventierecht op peil heeft gebracht, kan eveneens benoemd worden als curator.²⁵⁸

De professionele standaarden voor rechters-commissarissen schrijven voor dat zij niet meer zo snel “rouleren”, en dat zij bovendien een specialisatiecursus insolventierecht én een op het gebied van waarderingen en financiële analyse moeten volgen. Bovendien is er een splitsing gekomen bij de rechtbanken: een gedeelte van de insolventieteams houdt zich uitsluitend bezig met schuldsaneringen van natuurlijke personen, terwijl het andere gedeelte zich richt op surseances en faillissementen. De echt complexe zaken worden behandeld door de insolventiekamer van het Gerechtshof Amsterdam.²⁵⁹ De rechtbanken beslissen ambtshalve of de zaak dusdanig complex is dat behandeling door de Insolventiekamer gewenst is. De Insolventiekamer kan ook zelf bepaalde zaken naar zich toe trekken. Deze kamer wordt bemand door een handvol personen die zich fulltime bezighouden met herstructureren en faillissementen. Het betreft niet alleen juristen, maar ook accountants en waarderingsdeskundigen. Deze kamer is daarom het beste uitgerust om over waarderingsgeschillen in het kader van herstructureren, of over een voorbereide *pre-pack* te beslissen. Bovendien kan in die kamer desgewenst in het Engels gepro-

255. Zie voor een aantal procedures van advocaten tegen de schrapping van ‘de lijst’ of de niet-benoeming: B. Wessels, *Insolventierecht IV (Bestuur en beheer na faillietverklaring)*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 4091d.

256. B. Wessels, ‘Transparantie bij de benoeming van de faillissementscurator’, *AA* 2017, p. 969 en Ph. W. Schreurs 2018, p. 163-164.

257. Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling, 15 maart 2013, te raadplegen op www.rechtspraak.nl.

258. Vgl. W.J.M. van Andel, ‘Doorbreking monopoliepositie van de advocatuur ten aanzien van benoemingen in insolventies gewenst?’, *AA* 1994, p. 175-177.

259. Vgl. de ‘Experimentenwet rechtspleging’, die in 2018 in internetconsultatie ging: www.internetconsultatie.nl/experimenten. Op grond van deze wet kan ‘met het oog op het bevorderen van innovatie in de rechtspraak ten behoeve van eenvoudige, snelle, flexibele en effectieve gerechtelijke geschilbeslechting’, bij wijze van experiment gedurende maximaal drie jaar worden afgeweken van regels van (onder andere) de Faillissementswet. Als na evaluatie blijkt dat de uitkomst van het experiment positief is, kan dit worden omgezet in wetgeving. Vgl. Concept MvT, p. 12.

cedeed worden. Daarmee is Nederland een echte *hub* voor grensoverschrijdende herstructureringen en faillissementen geworden. Nederland vormt het *red light district* voor faillissementen en herstructureringen, tot ongenoegen van de Engelsen!²⁶⁰

4.6 Slotbeschouwing

Ruimtegebrek noopte ons het rondetafelgesprek te beperken tot vijf thema's. Vele andere belangwekkende onderwerpen bleven onbesproken. Zo hebben wij bijvoorbeeld niet stilgestaan bij de opkomst van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht en de bedreiging die *hind sight bias* in dat kader vormt.²⁶¹ Tevens kwam nauwelijks aan bod hoe zeer de insolventiepraktijk zal veranderen als gevolg van innovatieve *legal tech* en kunstmatige intelligentie. Ook de positie van de aandeelhouder kwam niet ter sprake.

Zoals naar voren kwam tijdens het gesprek is op een aantal punten een wettelijke regeling wenselijk. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat het insolventierecht geen middel is om ethische problemen op te lossen of hogere doelen na te streven, maar slechts een instrument dat ordentelijke snelle afwikkeling en waardebehoud tot doel moet hebben, in de eerste plaats voor crediteuren. Daarvoor is heldere regelgeving vereist die het mogelijk maakt een redelijke inschatting van de uitkomst van een procedure te maken, waardoor tijd- en geldverslindende procedures zo veel als mogelijk worden voorkomen.

260. Vgl. 'London risks becoming "brothel" for bankruptcy tourists', *The Guardian*, 31 januari 2010 en 'International firms flock to "bankruptcy brothel" UK', *The Times*, 8 maart 2010.

261. Zie hierover R.D. Vriesendorp, '[**]it happens, then and now', *TvI* 2017/23.

Vervoerrecht

Hoofdstuk 5

Ontwikkeling van het zee- en vervoerrecht in de afgelopen 100 jaar

Prof. mr. M.H. Claringbould*

5.1 Inleiding

Het is een groot genoegen en een eer om door de honderdjarige Vereniging 'Handelsrecht' gevraagd te worden iets te schrijven over de ontwikkeling van het zee- en vervoerrecht in die afgelopen honderd jaar. Als bestuurslid van de dertien jaar oudere Nederlandse Vereniging voor Vervoerrecht, opgericht in 1905, doe ik dat graag. Mijn toezegging om de historie van het zee- en vervoerrecht te belichten is wel gemaakt onder het voorbehoud dat ik gebruik kan maken van de tekst van mijn afscheidsrede 'Het schip en zijn verdragen' die ik op 7 december 2017 in Leiden heb uitgesproken.¹ Ik wil later niet van 'eigen plagiaat' beschuldigd worden. Het is wel zo dat die afscheidsrede veel meer gericht is op Cleveringa en zijn op 7 december 1927 gehouden oratie 'Zeerechtelijke bijzonderheden' terwijl het onderhavige preadvies meer aandacht geeft aan Molengraaff, in feite de oprichter van de Vereniging 'Handelsrecht'. Het is mijn overtuiging dat Molengraaff die Vereniging 'Handelsrecht' met name heeft opgericht met het doel om op korte termijn zijn 'nieuwe zeerecht' eindelijk tot wet verheven te laten worden. Daarin is Molengraaff volledig geslaagd (par. 5.2). Kennelijk kon hij de al bestaande Nederlandsche Vereniging voor Zeerecht² hier niet warm voor krijgen...

Bij het schrijven van dit preadvies kwam ik ook de naam van Loder tegen (par. 5.2.1). Loder, de eerste president van het net opgerichte Permanente Hof van Internationale Justitie, was een groot kenner van het zeerecht én supporter van Molengraaff; ook Loder verdient aandacht wat betreft de ontwikkeling van het zeerecht. In dit preadvies is de nadruk gelegd op de drie gezamenlijke vergaderingen die de Vereniging 'Handelsrecht' en de Nederlandse Vereniging voor Vervoerrecht hebben gehouden: i) Scheepsraad in 1973 (par. 5.5.1); ii) Evaluatie van Boek 8 na 5 jaar in 1997 (par. 5.6); iii) de Rotterdam Rules in 2010 (par. 5.7).

Bij de bespreking van die vergaderingen ga ik in op een aantal vrij willekeurig gekozen onderwerpen die laten zien hoe dat zee- en vervoerrecht zich gaandeweg heeft ontwikkeld. Namen van belangrijke kenners van dat 'natte' recht worden genoemd. Naast Molengraaff ook Cleveringa (par. 5.4) en natuurlijk ook Schadee (par. 5.5.1.1). In die paragraaf wordt tussen neus en lippen door de wetgever opgeroepen art. 3:93 BW aan te passen om de levering van elektronische cognosementen

* Prof. mr. M.H. Claringbould is emeritus hoogleraar zeerecht aan de Universiteit Leiden en advocaat bij Van Traa Advocaten Rotterdam.

1. Die tekst van de afscheidsrede wordt waarschijnlijk in dezelfde tijd gepubliceerd als de preadviezen ter ere van het honderdjarig bestaan van de Vereniging 'Handelsrecht'. Ik verwijs naar die rede met 'Afscheidsrede' nu de publicatiegegevens nog niet bekend zijn.
2. De oprichtingsakte van deze vereniging, goedgekeurd bij Koninklijk Besluit van 4 October 1905, nr. 37, is afgedrukt in *Nederlandse Vereniging voor Zee- en Vervoerrecht, een gedenkboekje ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan*, Den Haag: sVa/Stichting Vervoeradres 2005, p. 4-6 (hierna: NVZV 100 jaar).

aan order of aan toonder mogelijk te maken. Ook memoreer ik een anekdote van Dorhout Mees (par. 5.5.1.2) en schrijf over de kritische opmerkingen van Loeff over de totstandkoming van Boek 8 BW (par. 5.5.1.3). In par. 5.6.1 laat ik zien hoe de Hoge Raad in de 'Mathilda' een stilzittende wetgever corrigeert. Daarna nog een blik in de toekomst. Komen de Rotterdam Rules er wel of niet (par. 5.7)? Wat mij betreft wel! Ik sluit af met de vraag: Waar staan wij nu na 100 jaar? (par. 5.8). Het antwoord op die vraag is nog niet zo gemakkelijk te geven.

5.2 Molengraaff

W.P.L.A. Molengraaff (1858-1931) kreeg in 1905 de opdracht van minister Van Raalte om de herziening voor te bereiden van het Tweede Boek van het Wetboek van Koophandel (Zeerecht) en van de wettelijke bepalingen betreffende de binnenschipperij.³ Tevens wordt aan Molengraaff, Hoogleraar Handelsrecht en Burgerlijke Rechtsvordering aan de Rijksuniversiteit te Utrecht (1885-1917), met ingang van 17 november 1905 studieverlof⁴ verleend om zich geheel te kunnen wijden aan dit wetsontwerp plus Memorie van Toelichting. Slechts twee jaar later levert hij het *Ontwerp Zeerecht* bij de minister in en op 12 december 1907 wordt het ontwerp aan de Raad van State ingezonden. De Raad van State bracht pas in januari 1910 zijn advies uit.⁵ En daarna jarenlange stilte.

Vrij plotseling nam Molengraaff, na meer dan 30 jaar als hoogleraar colleges handelsrecht, zeerecht en burgerlijke rechtsvordering te hebben gegeven, in 1917 ontslag: op 8 juni 1917 hield hij zijn afscheidscollege onder de titel 'Een terugblik'.⁶ Molengraaff wijdt maar liefst twee pagina's aan zijn terugblik op het verouderde zeerecht. Hij noemt dat zeerecht uit 1838 'eens geprezen als de beste codificatie van het *zeerecht*, thans de meest achterlijke en verouderde, een droevig getuigenis van plichtsverzaking en onvermogen op wetgevend gebied'.⁷ Zijn punten van kritiek zijn het lezen waard; in 1838 ging het over houten zeilschepen, nu – in 1917 – over stalen schepen met een lengte van 250 tot 300 meter. Interessant zijn de nieuwe ontwikkelingen die Molengraaff schetst, zoals tijdsbevrachting, lijndiensten en doorcognossementen.⁸ Die onderwerpen heeft Molengraaff natuurlijk wel uitgebreid behandeld in zijn *Ontwerp Zeerecht*. Na opgemerkt te hebben dat minister Van Raalte het *Ontwerp Zeerecht* in 1907 bij de Raad van State aanhangig had gemaakt, vervolgt Molengraaff met de – mijns inziens verbitterde – woorden:⁹ 'Zijne opvolgers in het ambt (van minister Van Raalte; M.H.C.) wisten echter niet

3. M.W. ter Horst, 'Leven en werken van W.P.L.A. Molengraaff', *Molengraaff Bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978, p. XXXVI (hierna: *Molengraaff Bundel* 1978). Voor een biografie over Molengraaff, geschreven door W.M. Peletier, zie <http://resources.huygens.knaw.nl/bwn1880-2000/lemma-ta/bwn1/molengraaff>.

4. Dat studieverlof duurde maar tot september 1907; *Molengraaff Bundel* 1978, p. LVIII.

5. Voor een gedetailleerd overzicht van de totstandkomingsgeschiedenis van het 'Nieuwe Zeerecht' zie: R.P. Cleveringa, *Zeerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1961, p. 13-20 (hierna: Cleveringa 1961).

6. De volledige tekst van dit afscheidscollege is opgenomen in de *Molengraaff Bundel* 1978, p. 77-100.

7. *Molengraaff Bundel* 1978, p. 88.

8. Doorcognossementen zijn in feite de voorlopers van de huidige CT-documenten (art. 8:44 BW) ofwel de Multimodal Transport Bill of Lading.

9. Over deze bittere aanklacht tegen de wetgever, zie uitgebreid M.W. ter Horst, *Molengraaff Bundel* 1978, p. XXXVII-XXXIX.

beter te doen dan dit ontwerp bij te zetten in de archieven van het Departement. De zorg voor goed recht schijnt te onzent nooit haast te hebben.¹⁰

Maar Molengraaff laat het er niet bij zitten en hij slaat terug. Molengraaff gaat in Rotterdam, Rozenburglaan 13, wonen en hij wordt commissaris en consulent bij de Rotterdamse Bank Vereniging.¹¹ Hij accepteert niet dat men in Den Haag zijn *Ontwerp Zeerecht* en de verschillende rapporten over het verzekeringsrecht¹² in een la laat verstoffen. Zodra Molengraaff in Rotterdam aankomt, doet hij een beroep op de mensen uit zijn uitgebreide – wat wij nu noemen – netwerk om – wederom een term uit de huidige tijd – een pressiegroep te vormen om het Departement van Justitie wakker te schudden. Deze actie van Molengraaff leidde binnen een half jaar tot de oprichting op 16 april 1918 van de Vereeniging ‘Handelsrecht’. Tot zijn dood in 1931 zou Molengraaff voorzitter van de Vereeniging ‘Handelsrecht’ blijven. Binnen een jaar waren er 525 leden (natuurlijke personen) en 97 begunstigers (rechtspersonen). Waarlijk een pressiegroep van gewicht.¹³

Dat Molengraaff succes had met zijn pressiegroep, blijkt wel uit het feit dat minister Heemskerk binnen een jaar na oprichting van de Vereeniging ‘Handelsrecht’ Molengraaff samen met enige leden van het bestuur uitnodigt om op het Departement een hervorming van het handelsrecht te bespreken.¹⁴ Op 10 februari 1919 heeft dat onderhoud plaats en als eerste komt het uit 1909 daterende *Ontwerp Zeerecht* aan de orde. En dan gaat het snel. Het ontwerp wordt enigszins gecorrigeerd en bijgewerkt, het antwoord aan de Raad van State wordt ingezonden en vervolgens wordt het *Ontwerp Zeerecht* op 8 mei 1920 ingediend bij de Tweede Kamer. Na een uitgebreide behandeling in de Tweede en Eerste Kamer in 1924 wordt de wet betreffende het nieuwe zeerecht door de Koningin op 22 december 1924 ondertekend (*Stb.* 1924, 573), maar de wet treedt nog niet in werking. Er komt nog een ronde aan te pas om een aantal oneffenheden weg te werken en correcties aan te brengen. De Wijzigingswet (*Stb.* 1926, 324) trad uiteindelijk op 1 februari 1927 in werking. Het nieuwe zeerecht, waarmee Molengraaff al in 1905 was begonnen, was eindelijk een feit!

De parlementaire geschiedenis van dat nieuwe zeerecht met een omvangrijke Memorie van Toelichting (112 pagina’s) omvat in feite een kloek boekwerk van zeker 400 pagina’s, waarvan meer dan de helft van de hand van Molengraaff.¹⁵ Voor een helder overzicht van de parlementaire geschiedenis van het nieuwe zeerecht, zie Loeff in 1930¹⁶ en ook Cleveringa in 1961.¹⁷

10. Molengraaff Bundel 1978, p. 90.

11. Zie over die bankierswerkzaamheden nader Molengraaff Bundel 1978, p. XXXIX-XL.

12. Molengraaff Bundel 1978, p. XXXV.

13. Molengraaff Bundel 1978, p. XL.

14. Molengraaff Bundel 1978, p. XLI.

15. Alle parlementaire stukken kunnen met enige moeite worden gedownload van <https://www.staten-generaaldigitaal.nl/>; zelf kon ik beschikken over een gedrukte versie van deze stukken die nog door Schadee zijn gebruikt.

16. J.A.L.M. Loeff, *Zerecht*, eerste stuk, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1930, p. 9-13.

17. Cleveringa 1961, p. 13-20.

Binnen een jaar nadat het nieuwe zeerecht tot wet is geworden, schrijft Molengraaff zijn *Kort begrip van het nieuwe Nederlandsche zeerecht*, gepubliceerd in 1928.¹⁸ In feite is dit boek te beschouwen als een semiofficiële toelichting op het nieuwe zeerecht. Tot slot over de zeerechtelijke werkzaamheden van Molengraaff verwijs ik graag naar de uitgebreide bibliografie van Molengraaff met betrekking tot het vervoerrecht en zeerecht; het is een omvangrijke lijst met boeken, noten en boekbesprekingen.¹⁹ Overigens ging zijn eerste boek, zijn dissertatie uit 1880, over een typisch zeerechtelijk onderwerp: de *Internationale Avarij-Grosse Regeling*.²⁰ Kortom, Molengraaff was niet alleen de man van het nieuwe faillissementsrecht, hij was ook de ontwerper van het nieuwe zeerecht.

Opvallend is dat de Vereeniging 'Handelsrecht' met haar invloedrijke leden en met Molengraaff aan het roer, de aanjager was om dat nieuwe zeerecht tot stand te brengen,²¹ terwijl de Nederlandse Vereeniging voor Zeerecht uit 1905, waarvan Molengraaff ook vanaf het eerste uur²² bestuurslid was, op dat punt weinig van zich liet horen. Deze vereniging hield zich toen meer bezig met de unificatie van het zeerecht samen met het Comité Maritime International.²³

5.2.1 Loder

Lid van het dagelijks bestuur van de nieuwe Vereeniging 'Handelsrecht' was B.C.J. Loder, vanaf 1908 raadsheer in de Hoge Raad. Begonnen als advocaat in Rotterdam gold ook hij als een specialist van het zeerecht.²⁴ Gevraagd door Molengraaff wat Loder van het *Ontwerp Zeerecht* vond, liet hij weten dat hij de omvangrijke arbeid met buitengewoon grote belangstelling, sympathie en bewondering gelezen had: 'Het geheel heeft de charme van iets geheel nieuws en oorspronkelijks.'²⁵

Minstens zo interessant om te vermelden is het feit dat Loder al sinds 1909 voorzitter was van de in 1905 opgerichte 'Nederlandsche Vereeniging voor Zeerecht'; hij bleef dat tot zijn dood in 1936.²⁶ Zeker ook van belang is om te vermelden dat Loder samen met T.M.C. Asser in 1897 in Antwerpen deel nam aan de oprichting van het Comité Maritime International.²⁷ Uiteindelijk werd Loder's carrière bekroond met zijn benoeming in 1921 tot de eerste president van het Permanente Hof van Inter-

18. W.L.P.A. Molengraaff, *Kort begrip van het nieuwe Nederlandsche zeerecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1928 (hierna: Molengraaff 1928).

19. Molengraaff Bundel 1978, p. 766-768.

20. W.P.L.A. Molengraaff, *Internationale Avarij-Grosse Regeling* (diss. Leiden), Leiden: S.C. van Doesburgh 1880.

21. C.J.H. Jansen, *Vereeniging Handelsrecht 1918-1993*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 3-8 (hierna: Jansen 1993).

22. Zie: art. 7 van de Oprichtingsakte, ondertekend op 4 oktober 1905 door de Minister van Justitie E.E. van Raalte, NVZV 100 jaar, p. 6.

23. NVZV 100 jaar, p. 19.

24. De publicaties uit 1885, 1886 en 1896 van Loder over het doorcognossement, het zeerecht en het binnenvaartrecht worden genoemd in: Jansen 1993, p. 4.

25. Jansen 1993, p. 5.

26. Over de geschiedenis van wat nu de 'Nederlandse Vereniging voor Vervoerrecht' heet, zie: NVZV 100 jaar, p. 10-16.

27. De biografie van Loder is opgenomen in het Biografisch Woordenboek van Nederland; zie <http://resources.huygens.knaw.nl/bwn1880-2000/lemmata/bwn2/loder>.

ationale Justitie, voor de periode 1922-1924; hij was lid van dit Hof van 1922 tot 1930.

Een aardig ‘weetje’ is het volgende: in augustus 1921 werd de dertigste conferentie van de International Law Association gehouden in het na de Eerste Wereldoorlog net heropende Vredespaleis. De openingsspeech voor deze conferentie werd gehouden door Loder. Als sub-comité van de ILA kwam ook de Maritime Law Committee daar bijeen om verder te spreken over de ontwerptekst voor ‘*Model rules to govern ocean bills of lading*’. Omdat men toen in Den Haag tot min of meer een eindtekst kwam, besloot men deze *model rules* aan te duiden met de naam ‘the Hague Rules 1921’. De term ‘Hague Rules’ werd uiteindelijk de korte naam voor het verdrag met de lange titel ‘Verdrag van 25 augustus 1924 ter vaststelling van enige eenvormige regelen betreffende het cognossement, met bijbehorend Protocol van ondertekening’.

Kortom, hoewel Loder ‘zeerechtelijk’ gezien²⁸ in de schaduw stond van Molengraaff, moeten wij zijn invloed op de ontwikkeling van het nieuwe zeerecht niet onderschatten. Juristen als Loder beschouwden het zeerecht als een prominent onderdeel van het recht. Ook op internationaal niveau stimuleerde Loder de totstandkoming van zeerechtelijke verdragen. Ik noem nu slechts het Aanvaringsverdrag 1910, dat nu als oudste zeerechtelijk verdrag nog steeds en ongewijzigd in vijftig landen in werking is.²⁹

5.3 Het nieuwe zeerecht

Het is hier niet de plek om in detail aan te geven wat het nieuwe zeerecht aan nieuws heeft gebracht ten opzichte van het tweede Boek van het Wetboek van Koophandel 1838 ‘Van de regten en verplichtingen uit scheepvaart voortspuitende’. In feite behelst dat tweede Boek het zeerecht in volle omvang. De belangrijkste onderwerpen zijn de bepalingen over: schepen, reders en rederijen, kapitein, vrachting en bevrachting, vervoer van goederen (zeer uitgebreid), aanvaring, hulpverlening en tot slot verjaring.

Een bijzonderheid is het ongewijzigd gebleven art. 748 WvK van 1838. Dat artikel bepaalt:

‘Schepen en vaartuigen welke rivieren en binnenwateren bevaren, en tevens van buiten ’s lands komen of naar buiten ’s lands bestemd zijn, worden als zeeschepen beschouwd (...)’.

Dat betekent dat in principe de bepalingen van het nieuwe zeerecht in het Wetboek van Koophandel op deze binnenschepen van toepassing zijn.³⁰ Molengraaff vindt overigens dit onderscheid tussen ‘internationale’ en ‘nationale’ binnenschepen

28. Uit de biografie van Loder blijkt dat hij zich op latere leeftijd vooral bezighield met het internationale recht en het volkenrecht.

29. Voor gegevens over het ‘Verdrag tot het vaststellen van enige eenvormige regelen betreffende aanvaring’ zie <https://verdragenbank.overheid.nl>.

30. Molengraaff 1928, p. 19 en p. 322-325.

niet wenselijk en hij acht het daarom nauwelijks denkbaar dat bij een herziening van het binnenvaartrecht deze onderscheiding tussen categorieën van binnenschepen zal worden gehandhaafd.³¹ Gek genoeg heeft Molengraaff het zelf in 1924 niet aangedurfd dat onderscheid tussen verschillende binnenschepen te schrappen. De nationale binnenvaart bleef toen vallen onder de bepalingen van ‘vervoer te land en op binnenlandse wateren’, art. 91-99 WvK en 749-763 WvK.³² Het nieuwe binnenvaartrecht kwam pas tot stand bij Wet van 24 juni 1939 (*Stb.* 1939, 201), maar het heeft tot 1 november 1952 geduurd, voordat het nieuwe binnenvaartrecht in werking trad.³³

5.3.1 Verjaring, dwingend recht en toepasselijkheid CMR

Even terzijde. In dat ‘oude vervoerrecht’ stond de verraderlijke verjaringstermijn van zes maanden (art. 95 WvK), welke termijn 150 jaar later nog de hoofdrol speelde in ‘*Zerstegen-Van der Harst/Norfolk Line*’.³⁴

In die zaak ging het om de vraag of de korte verjaringstermijn van zes maanden van art. 95 WvK, welke termijn in 1980 (het jaar dat de lading in de vrachtwagen in Scheveningen door brand verloren ging) van toepassing was, of dat de CMR-verjaringstermijn van één jaar moest worden toegepast. De Hoge Raad koos voor het laatste omdat het hier internationaal CMR-vervoer betrof van Engeland naar Leiden, hoewel de door de CMR-vervoerder Norfolk Line aangesproken ondervervoerder Zerstegen-Van der Harst alleen het nationale wegtraject Scheveningen-Leiden zou uitvoeren. Dus niet die zes maanden verjaringstermijn voor het nationale wegvervoer welke termijn nog uit 1838 stamde, maar de éénjaartermijn van art. 32 lid 1 CMR. Norfolk Line had nu wel op tijd gedagvaard.

In het verlengde van deze verjaringsproblematiek een kwestie waarbij ik destijds zijdelings was betrokken. Het gaat om het dwingendrechtelijke karakter van het wegvervoerrecht in Boek 8 BW en de mogelijke toepasselijkheid van de bepalingen van het CMR-verdrag op grond van keuze van de contractspartijen.

Art. 8:1102 BW luidt:

‘Nietig is ieder beding, waarbij de ingevolge artikel 1095 op de vervoerder drukkende aansprakelijkheid of bewijslast op andere wijze wordt vermeerderd of verminderd dan in deze afdeling is voorzien, tenzij dit beding uitdrukkelijk en *anders dan door een verwijzing naar in een ander geschrift voorkomende bedingen* (cursief; M.H.C.), is aangegaan bij een in het bijzonder ten aanzien van het voorgenomen vervoer aangegane en in een afzonderlijk geschrift neergelegde overeenkomst.’

31. Molengraaff 1928, p. 20.

32. W.P.L.A. Molengraaff, *Leidraad van het Nederlandse Handelsrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1930, p. 520-558. Zie ook J. Verhoeve, *Het nieuwe Binnenvaartrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954, p. 5-16 (hierna: Verhoeve 1954).

33. Verhoeve 1954, p. 17-27. Molengraaff was tot zijn overlijden in 1931 voorzitter van de Commissie tot herziening van het binnenvaartrecht.

34. Hoge Raad 26 mei 1989, NJ 1992/105, m.nt. J.C. Schultsz, *S&S* 1989/94.

Je kunt niet van het dwingende wegvervoerrecht afwijken door toepasselijkverklaring van algemene voorwaarden met daarin een lagere of hogere limiet dan € 3,40 per kg of een kortere dan wel langere verjaringstermijn dan één jaar.³⁵ Maar destijds, in 1986, vroeg ik aan Schadee, de ontwerper van Boek 8 BW, of onder de tekst als hierboven gecursiveerd ('anders dan door een verwijzing naar in een ander geschrift voorkomende bedingen') ook de bepalingen van het CMR-verdrag begrepen zouden kunnen worden; ook dat zijn bedingen die in een ander geschrift voorkomen, zo dacht ik althans.

In de Memorie van Toelichting (19 979) bij de Invoeringswet Boek 8 BW, tweede gedeelte, van 29 mei 1987 antwoordt de minister (lees: Schadee) dat een beding, waarbij bijvoorbeeld de CMR met haar sterk afwijkende regeling van de verjaring (art. 32 CMR) toepasselijk wordt verklaard, geldig is. De minister (Schadee) vervolgt met de volzin: 'Een verwijzing naar een verdrag, dat door Nederland is geratificeerd en rechtstreekse werking heeft, is niet te zien als een in dit artikel bedoelde verwijzing naar algemene voorwaarden.'³⁶

Ik heb het altijd jammer gevonden dat de Hoge Raad, noch de Advocaat-Generaal, noch annotator Schultsz in het uit 1989 daterende arrest '*Zerstegen-Van der Harst/Norfolk Line*' niet verwezen hebben naar boven aangehaalde passage uit de Memorie van Toelichting uit 1987 als een mooi voorbeeld van de anticiperende werking van nota bene het inmiddels sinds 1983 al in werking zijnde (maar op deze zaak uit 1980 nog niet van toepassing) nationale wegvervoerrecht.³⁷ Maar ja, toen was er nog niet die handige Parlementaire Geschiedenis van Boek 8 BW, die pas in 1992 verscheen...

5.3.2 Geen toepasselijkheid van Hague Rules in het nieuwe zeerecht

Weer terug naar dat nieuwe zeerecht. In mijn afscheidsrede³⁸ heb ik uitgebreid aandacht besteed aan de aansprakelijkheid van de zeevervoerder, zoals neergelegd in art. 468 WvK alsmede het dwingendrechtelijke karakter van die vervoerdersaansprakelijkheid (art. 470 WvK). Molengraaff voelde er in 1924, toen de Wijzigingswet in de Tweede Kamer werd behandeld en de tekst van de Hague Rules van 25 augustus 1924³⁹ bekend was, niets voor om het aansprakelijkheidsregime van de vervoerder zoals neergelegd in art. 3 en 4 HR in zijn geheel over te nemen in zijn – in feite al door Molengraaff in 1907 opgeschreven – nieuwe zeerecht. Op halfslachtige wijze werden de twee hoofdverplichtingen van de vervoerder van art. 3 lid 1 HR (zorg voor zeewaardigheid van het schip) en van art. 3 lid 2 HR (zorg voor

35. De wijziging van een wettelijke verjaringstermijn wordt aangemerkt als een wijziging van de aansprakelijkheid (art. 8:1700 BW).

36. M.H. Claringbould, *Parlementaire Geschiedenis van Boek 8 BW*, Deventer: Kluwer 1992, MvT (19979) bij art. 8:1700 BW, p. 1177 (hierna: Parl. Gesch. Boek 8).

37. Dat was de Wet Overeenkomst Wegvervoer (*Stb.* 1983, 671), die als een voortrein (beter: voortrekker) van Boek 8 BW op 1 september 1983 in werking was getreden.

38. Afscheidsrede, par. 3.1.

39. De 'Hague Rules' is de korte naam voor: het Verdrag van 25 augustus 1924 ter vaststelling van enige eenvormige regelen betreffende het cognossement (*Trb.* 1953, 109), ook wel genoemd: het Brussels cognossementverdrag.

het behoud van het goed) tot dwingend recht verklaard in art. 470 WvK van het Wetsontwerp van 1924.⁴⁰

Maar de lange lijst met excepties van art. 4 lid 2 HR vinden we niet in het nieuwe zeerecht.⁴¹

Nu weer terug naar de lange rij excepties van art. 4 lid 2 a tot en met q HR, die met name op aandrang van de Engelsen aan de Hague Rules werden toegevoegd. Zou de Nederlandse vervoerder zich dan niet op de navigatiefout, inclusief de verkeerde behandeling van het schip, exceptie (art. 4 lid 2a HR) of op de brandexceptie (art. 4 lid 2b HR) kunnen beroepen? Dat was niet de bedoeling van Molengraaff. In de Memorie van Toelichting bij art. 470 staat met zoveel woorden: ‘Onverlet blijft bijv. de vrijheid, de aansprakelijkheid uit te sluiten zowel voor verborgen gebreken van de romp of de machinerie, — mits blijkt dat het onderhoud voldoende is geweest, m.a.w. dat voor de zeewaardigheid behoorlijk is gezorgd — , als voor de zgn. nautische fouten van den kapitein en de bemanning, de fouten begaan in het bestuur en de behandeling van het schip.’⁴²

Dat betekent in feite dat het de vervoerder ook vrij stond om voor alle andere excepties van art. 4 2a t/m 2q HR vrij te tekenen, met dien verstande dat hij dat wel daadwerkelijk diende te doen in zijn cognossement of bevrachtingsovereenkomst.

Dat Molengraaff niet erg enthousiast was over de Hague Rules die hij immers op een ‘eigen wijze’ had opgenomen in zijn nieuwe zeerecht, was nog niets vergeleken met de kritiek die de 36 jaar jongere Cleveringa⁴³ had op dat art. 470 WvK. Al in 1921 had Cleveringa ernstige kritiek geuit op het dwingendrechtelijke karakter van het nieuwe art. 470 WvK: ‘Voor de rest doet art. 470 zich voor als een voedzaam ei, dat niet meer blijkt te zijn dan een grote dop met lucht.’⁴⁴

En vele jaren later, tegen het eind van zijn zeerechtelijke carrière schrijft Cleveringa in de vierde druk van zijn *Zeerecht*: ‘Nederland bleef desalniettemin tot 18 februari 1957 buiten het tractaat (de Hague Rules; M.H.C.). In de eerste jaren na 1924 was dit begrijpelijk; te meer, omdat het verdrag op zichzelf als rechtskundig werkstuk zeker geen bewondering verdient.’⁴⁵

5.3.3 Nederland eindelijk partij bij de Hague Rules

Nederland heeft als toenmalig belangrijk zeevarend land inderdaad lang gewacht met het toetreden tot de Hague Rules. Het cognossementverdrag ging Nederland binden vanaf 18 februari 1957.⁴⁶ Inmiddels was wel het nieuwe zeerecht uit 1927 aangepast aan het verdrag door het aansprakelijkheidsregime van de art. 3 en 4

40. Over art. 470 WvK: Afscheidsrede, par. 3.2.

41. Afscheidsrede, par. 3.1.2.

42. MvT bij art. 470 WvK (zitting 1920, 448, nr. 3, p. 13 onderaan).

43. Rudolph Pabus Cleveringa (1894-1980); een goed overzicht van zijn levensloop, beschreven door W. Otterspeer, is te vinden op <http://resources.huylens.knaw.nl/bwn1880-2000/lemmata/bwn3/cleveringa>. Het is de verwachting dat een zeer uitgebreide biografie van Cleveringa, geschreven door K. Schuyt, in de loop van 2019 zal verschijnen.

44. R.P. Cleveringa, ‘Art. 470 van het Ontwerp Zeerecht’, *WPNR*, nr. 2691, 23 juli 1921, p. 313-315.

45. Cleveringa 1961, p. 429. Hierover meer in: Afscheidsrede, par. 5.1.

46. Nederland trad toe tot de Hague Rules op 18 augustus 1956, zodat het verdrag zes maanden later op 18 februari 1957 voor Nederland in werking trad (art. 14 HR).

HR, vertaald in het Nederlands, over te nemen in de vernieuwde art. 468, 469, 504 en 506 WvK bij wet van 15 augustus 1955 (*Stb.* 398) die al in werking trad op 26 augustus 1956.⁴⁷ Overigens was men toen van mening dat het Cognossementverdrag 1924 geen rechtstreekse werking had.⁴⁸ Waar Cleveringa niet zoveel aandacht aan besteedt, is het feit dat het 'Hague Rules aansprakelijkheidsregime', zoals in 1956 opgenomen in bovengenoemde wet, niet alleen dwingendrechtelijk van toepassing was op vervoer onder cognossement maar ook op het chartervervoer. Loeff vermeldt in zijn boek *Vervoer ter zee* uit 1981 dat vooral de Nederlandse kustvaart hiermee niet tevreden was; op haar aandrang is deze afwijking opgeheven en wel bij wet van 11 december 1968 (*Stb.* 658), die op 1 januari 1969 in werking is getreden.⁴⁹ Al met al heeft het meer dan veertig jaar geduurd voordat Nederland het Cognossementverdrag 1924 op de juiste wijze in zijn wetgeving had opgenomen. Die 'vertraging' is mijns inziens vooral te wijten aan het feit dat de twee grote zeerechtgeleerden van die tijd, Molengraaff en Cleveringa, geen — om het in huidige termen te zeggen — *fans* van het aansprakelijkheidsregime van het Cognossementverdrag waren.

De in de jaren vijftig van de vorige eeuw naam makende zeerechtgeleerde Schadee dacht daar anders over. Zie daartoe zijn heldere betoog over het Nieuwste Zeerecht, dat hij in 1956 hield voor de Koninklijke Nederlandse Redersvereniging.⁵⁰ Na een bondige uiteenzetting van het aansprakelijkheidsregime, gebaseerd op art. 3 en 4 Hague Rules, laat Schadee zien dat de incorporatie van de Hague Rules in het Wetboek van Koophandel geen revolutionaire vernieuwing teweegbracht ten opzichte van het bestaande zeerecht uit 1926. Integendeel, de oude jurisprudentie van vóór 1956 blijft grotendeels van kracht.⁵¹ Schadee eindigt zijn boeiende voordracht met de woorden: 'Het nieuwste zeerecht brengt weinig nieuws'.

5.4 Molengraaff v. Cleveringa

Alvorens over te stappen naar Schadee en Boek 8 BW wil ik eerst een controverse tussen Molengraaff en Cleveringa schetsen. Die juridische strijd is overigens in 1996 glansrijk gewonnen door Molengraaff; dat was 65 jaar na diens dood; ook Cleveringa was in 1980 al overleden.

Het ging over de uitleg van het begrip 'gevaar' bij hulpverlening.

Cleveringa was van mening dat er sprake is van 'gevaar': (...) waar met de normaal beschikbare hulpmiddelen de dreigende vernietiging of uitschakeling of zeer ernstige beschadiging (van schip en lading, voeg ik er aan toe) niet binnen betrekkelijk korte tijd afdoende kan worden gekeerd.⁵² Als voorbeeld van *geen* gevaar noemt Cleveringa de situatie dat het schip in de nabijheid van een goed uitgeruste haven vast raakt op een plaats in de rivier, waar op bestelling spoedig een sleepboot

47. Cleveringa 1961, p. 433.

48. Daarover nader: Cleveringa 1961, p. 433-437.

49. J.A.L.M. Loeff, *Vervoer ter zee*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 4.

50. H. Schadee, *Het Nieuwste Zeerecht*, uitgave van de Koninklijke Nederlandse Redersvereniging 1956 (hierna: Schadee 1956).

51. Schadee 1956, p. 6.

52. Cleveringa 1961, p. 866.

aanwezig zal zijn om het schip zonder overdreven kosten lost te trekken.⁵³ Dus geen gevaar ook al kan het schip zich niet zelf bevrijden.

Dit is exact de situatie die zich op 28 december 1991 voordeed. De 'Frio Alaska' die motorproblemen had, wilde de buitenhaven van Vlissingen invaren, maar het schip kwam onvoldoende naar bakboord en is na enige manoeuvres met het voorschip aan de grond geraakt ter plaatse van de oostelijke oever van de buitenhaven. Gevaar voor plooiën of breken van het schip bestond toen niet; de 'Frio Alaska' kon op dat moment niet zelf loskomen. De sleepboten 'Boxer' en 'Drado' waren er snel bij en binnen drie kwartier hadden zij de 'Frio Alaska' losgetrokken en veilig afgemeerd in de haven van Vlissingen.

Volgens Molengraaff is onder 'gevaar' te verstaan een toestand van dreigend verlies, althans van ernstig nadeel, waaruit het schip zich niet door eigen kracht, niet zonder hulp van buiten, kan redden.⁵⁴

De Hoge Raad haalt de ruime opvatting van Molengraaff en de beperkte opvatting over het begrip 'gevaar' zoals geformuleerd door Cleveringa letterlijk aan.⁵⁵ De Hoge Raad is van mening dat de ruime opvatting in het buitenland de heersende leer is. De Hoge Raad is van oordeel dat de ruime opvatting de voorkeur verdient en wat de doorslag geeft is dat deze ruime opvatting meer recht doet aan het algemeen belang van de veiligheid van de scheepvaart, welk belang zou worden geschaad indien het aanschaffen en gereedhouden van hulpmiddelen (lees: sleepboten; M.H.C.), bestemd voor het doeltreffend verlenen van hulp aan in moeilijkheden verkerende schepen, zou worden ontmoedigd door de enkele aanwezigheid van dergelijke hulpmiddelen aan te merken als een omstandigheid die het aannemen van 'gevaar' in de weg staat (r.o. 3.3.3).

Later heeft de Hoge Raad die ruime opvatting van Molengraaff (er moet sprake zijn van dreigend verlies, althans van ernstig nadeel) nog eens 'verzacht' tot: een reële dreiging van het oplopen van schade. In de 'Frio Alaska' ging het nog om 'dreigend verlies, althans ernstig nadeel', in de 'Sioux' was het voldoende dat er de reële dreiging moest zijn dat het schip verloren gaat of aanzienlijke schade lijdt.⁵⁶ De reële dreiging van het oplopen van schade is voldoende om over 'gevaar' te spreken. Het begrip 'gevaar' is dus niet in de wet of in het rechtstreeks werkende Hulpverleningsverdrag 1989 nader gedefinieerd. En pas als er met gunstig gevolg hulp is verleend aan het schip dat in gevaar verkeert, is er recht op een hulploot (art. 8:551 sub 1 BW jo. art. 8:561 BW; art. 1 jo. art. 12 Hulpverleningsverdrag 1989).

5.5 Boek 8 BW

Het betoog van Schadee over het nieuwste zeerecht (par. 5.3.3) ging nog niet eens over het door Schadee te ontwerpen Boek 8 BW, maar alleen over de incorporatie van de Hague Rules in het nieuwe zeerecht van 1927. Schadee werd in december 1961 benoemd tot regeringscommissaris met de opdracht om in het kader van het Nieuw Burgerlijk Wetboek het zeerecht te ontwerpen, later uitgebreid met het

53. Cleveringa 1961, p. 867.

54. Molengraaff 1928, p. 305.

55. Hoge Raad 9 februari 1996, ECLI:NL:HR:196:ZC1985, NJ 1996/667 m.nt. R.E. Japikse, S&S 1996 'Frio Alaska', r.o. 3.3.2.

56. Hoge Raad 2 oktober 1998, NJ 1998/832, S&S 2000, 1 'Sioux'.

binnenvaartrecht en het wegvervoerrecht, zeg maar het gehele Boek 8 BW ‘Verkeersmiddelen en Vervoer’. Dat wordt een klus waar Schadee al met al dertig jaar aan heeft gewerkt.⁵⁷ Op 1 april 1991 treedt Boek 8 BW in zijn geheel in werking, en is, wat ik nu maar gemakshalve het nieuwste zee- en vervoerrecht noem, een feit.⁵⁸

Schadee ging vanaf 1962 voortvarend aan de slag. In 1972 werd het ‘Ontwerp Boek 8 BW, eerste stuk’ met bijbehorende ontwerp Memorie van Toelichting gepubliceerd in boekvorm met een groene kft, en derhalve door Schadee altijd aangeduid als het ‘Groene boek’. Als hommage aan Schadee heb ik deze ontwerptekst in de Parlementaire Geschiedenis van Boek 8 BW genoemd ‘het Ontwerp Schadee (O.S.)’ en de ‘Toelichting Schadee (T.S.)’.⁵⁹ Dat Ontwerp Schadee bevatte drie onderdelen: I. Algemene Bepalingen, II. Zeerecht en III. Binnenvaartrecht.

5.5.1 Scheepsraad

De publicatie van deze ‘Groene boeken’ (Ontwerp en Toelichting Schadee) in 1972 was reden voor de Vereniging ‘Handelsrecht’ en de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Luchtrecht⁶⁰ om in de vorm van een gezamenlijke vergadering een ‘scheepsraad’ te beleggen. Aan de hand van dertien opstellen van twaalf ‘natte’ juristen werd over dat Ontwerp Schadee gesproken.⁶¹ Op welke dag in 1973 die ‘Scheepsraad’ is gehouden is niet meer te achterhalen, maar van hetgeen toen door achttien sprekers is gezegd is een verslag gepubliceerd.⁶² Uit het vele dat toen is besproken wil ik drie sprekers naar voren halen.

5.5.1.1 Schadee

Van harte beveel ik aan om de voordracht van Schadee, gelardeerd met veel beeldspraak, nog eens te lezen.⁶³ Schadee benadrukt dat hij als regeringscommissaris niet mag reageren op de punten van degelijke en opbouwende kritiek die reeds zijn geuit op het voorontwerp, waar Schadee aan toevoegt dat zijn vingers jeuken om dat wel te doen.

Vervolgens geeft Schadee weer hoe dit voorontwerp in tien jaar tijd (een eerste tekst lag er al in 1964) in overleg met velen uit het bedrijfsleven tot stand is geko-

57. Voor een nauwkeurige levensbeschrijving van Schadee tot 1980, zie *Recht door zee, Liber Amicorum H. Schadee*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980, p. IX-XII. Zie ook het levendige interview met Schadee onder de titel ‘Het zeerecht is het oudste recht’ in het bijzonder nummer van *Ars Aequi*, ‘Vervoerrecht’, mei 1993, AA 42 (1993) 5.

58. De geschiedenis van de totstandkoming van Boek 8 BW wordt weergegeven in: Parl. Gesch. Boek 8, p. XIII-XLI.

59. Parl. Gesch. Boek 8, p. XIII.

60. Korte tijd was de naam van de vereniging: ‘Nederlandse Vereniging voor Zee- en Luchtrecht’; nadien werd het ‘Nederlandse Vereniging voor Zee- en Vervoerrecht’ en na de fusie met de Vereniging Publiek Vervoerrecht werd het vanaf 2016 ‘Nederlandse Vereniging voor Vervoerrecht’.

61. Die opstellen zijn gepubliceerd in: *Scheepsraad*, met lichtgroene kft!, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973 (hierna: *Scheepsraad* 1973).

62. *Verslag van de vergadering in 1973 gehouden door de Vereniging ‘Handelsrecht’ en de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Luchtrecht over Scheepsraad*, eveneens met lichtgroene kft, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974 (hierna: *Verslag Scheepsraad* 1974).

63. *Verslag Scheepsraad* 1974, p. 2-7.

men. Met name noemt hij de commissie der ‘Zwoegers’, samengesteld uit vervoerders, assuradeuren en verscheperen. De ‘Zwoegers’ hebben er volgens Schadee voor gezorgd dat de oorspronkelijke nogal dogmatische opzet werd vervangen door minder afdelingen en grovere lijnen. Schadee spreekt de verwachting uit dat het nu snel zal gaan. Spoedig zal het ontwerp voor de ‘Vaststellingswet voor Boek 8, eerste stuk’ worden ingediend.⁶⁴ Schadee wekt de indruk dat het Boek 8 BW over enkele jaren wel gereed zal zijn. Schadee noemt nog wel een paar onderwerpen die omgewerkt moeten worden, waarbij hij denkt aan het CT-document, het verhandelbare Combined Transport document (zie art. 8:44-52 BW). Juist omdat het belang van de CT-documenten zal toenemen vervolgt Schadee met de mooie volzin: ‘Maar andere documenten — vrachtbrieven en cognossementen — schijnen van minder belang te worden en langzaamaan te gaan wijken voor het moderne reken-tuig — de computer.’

Tja, ik vrees dat Schadee op dit punt zijn tijd tenminste een halve eeuw vooruit was, want ook heden ten dage, in 2018, gaat het nog maar heel langzaam met de invoering van ‘echte’ elektronische cognossementen.⁶⁵ Toegegeven, veel sea waybills worden elektronisch verzonden en ook veel cognossementen, maar dan worden zij niet gebruikt als verhandelbare documenten. Ook bij de ontwikkeling van de digitale vrachtbrieven in het wegvervoer gaat het langzaam, maar daar hebben we het TransFollow platform, ondersteund door de Europese wegvervoerdersorganisaties, dat een zeer geavanceerde digitale AVC- en CMR-vrachtbrief heeft ontwikkeld met veel extra functionaliteiten.⁶⁶

Nu ik toch bezig ben met elektronische cognossementen: volgens Martius, Van Maanen en mij staat art. 3:93 BW eraan in de weg dat naar Nederlands recht levering en verpanding van een elektronisch cognossement aan toonder of aan order kan plaatsvinden.⁶⁷ Immers de levering,⁶⁸ vereist voor de overdracht van een recht aan toonder, geschiedt door de levering van *dit papier* (cursief; M.H.C.). Hetzelfde geldt voor de overdracht van een recht aan order, waarvan het *orderpapier* (cursief; M.H.C.) in de macht van de vervreemder is, met dien verstande dat voor levering tevens endossement vereist is.

Wij allen zijn van mening dat ter bevordering van de elektronische handel de tekst van art. 3:93 BW moet worden aangepast!

Schadee eindigt zijn betoog met het aanstippen van enkele internationale ontwikkelingen. Hij vermeldt — in 1973 — dat het Beperkingsverdrag voor de binnenvaart (CLN) al klaar is. Maar het heeft tot 1988 geduurd voordat dat beperkingsverdrag, CLNI 1988, er werkelijk was. Inmiddels is er het CLNI 2012, dat op 1 juli 2019 voor

64. Dat gebeurde uiteindelijk bij K.B. van 14 september 1975; dit ontwerp werd na een zeer korte behandeling in de Tweede en Eerste Kamer de ‘Wet van 28 maart 1979, houdende vaststelling van Boek 8, eerste stuk, etc.’; zie Parl. Gesch. Boek 8, p. XVIII-XIX.

65. Kort over de e-B/L: M.A.W. van Maanen & M.H. Claringbould, ‘Aspecten van pandrecht op cognossementen’, *NTHR* 2017-1, par. 6 (hierna: Van Maanen 2017).

66. www.transfollow.org of <https://www.beurtvaartadres.nl/vrachtbriefdigitaal>.

67. Van Maanen 2017, p. 10.

68. De levering van art. 3:93 BW is ook vereist voor de vestiging van een pandrecht op een vordering aan toonder of aan order.

Hongarije, Luxemburg, Servië, Nederland en waarschijnlijk ook Duitsland in werking zal treden.⁶⁹

5.5.1.2 *Dorhout Mees*

Nu even de aardige anekdote van Dorhout Mees.⁷⁰

In het groene boek luidde de definitie van een schip: 'In dit wetboek worden onder schepen verstaan alle zaken, die blijkens hun *bouw* (cursief; M.H.C.) bestemd zijn om te drijven en drijven of hebben gedreven.'

Ik haal de geestige woorden van Dorhout Mees letterlijk aan: 'Daaronder (Dorhout Mees refereert aan 'alle zaken'; M.H.C.) vallen ook — de naam duidt het al aan — de drééffinkies (zo noemt men in Amsterdam de watervogels). Hetzelfde geldt voor de vissen, watervlooien, muggenlarven enzovoort.'⁷¹

Schadee wist niet hoe snel hij het woord 'bouw' moest wijzigen in 'constructie'. In de Memorie van Toelichting van de Vaststellingswet bij art. 8:1 BW staat het volgende: 'Door het woord 'constructie' te bezigen wordt tevens verwarring tussen 'bouw' en 'schepping' vermeden: de door Dorhout Mees (Verslag Scheepsraad p. 7) vermelde eend is tot drijven geschapen, niet geconstrueerd.'⁷²

Nu begrijpt u waarom ik mijn colleges zeerecht altijd begon met het tonen van een badeend, die door mij in een bakje met water werd gelaten. Zie, daar drijft een schip; immers een zaak die *geconstrueerd* is om te drijven en daadwerkelijk drijft!⁷³

Overigens, dat het niet zo gemakkelijk is om een zeeschip (art. 8:2 BW) te onderscheiden van een binnenschip (art. 8:3 BW) laat het Hof Den Haag zien in zijn uitvoerige arrest over het ponton '*Sea Camel*'.⁷⁴ Het hof komt uiteindelijk tot de conclusie dat dit ponton blijkens zijn constructie noch uitsluitend noch in hoofdzaak is bestemd voor drijven in zee en derhalve voldoet dit ponton aan de definitie van binnenschip in art. 8:3 BW en wordt de '*Sea Camel*' aangemerkt als binnenschip (r.o. 8.5). Bij twijfel of een schip een zeeschip of een binnenschip is, zal door de 'negatieve' formulering van art. 8:3 BW de balans al snel doorslaan naar het binnenschip.

5.5.1.3 *Loeff*

Serieuzer wordt het wanneer de Rotterdamse advocaat Loeff, de naamgever van het huidige kantoor Loyens & Loeff, aan het woord komt.⁷⁵ Hij is geschrokken van de manier waarop het wetsontwerp zal worden ingediend terwijl Schadee in zijn voordracht van zojuist heeft aangegeven nog allerlei wijzigingen aan te brengen. Loeff vindt dit een buitengewoon zonderlinge manier van wetgeven. Het mag dan

69. Zie voor nadere informatie over opzeggingen van het CLNI 1988 en ratificaties van het CLNI 2012: <https://verdragenbank.overheid.nl>, zoek op CLNI.

70. Verslag Scheepsraad 1974, p. 7.

71. Dorhout Mees kon natuurlijk niet op de hoogte zijn van het pas in 2011 ingevoerde art. 3:2a lid 1 BW: 'Dieren zijn geen zaken'.

72. Parl. Gesch. Boek 8, p. 30 (MvT 14049).

73. Zie ook: Asser-Japikse 7-I, nr. 16, p. 11.

74. Hof Den Haag 15 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1114, S&S 2018/105 '*Sea Camel*'.

75. Verslag Scheepsraad 1974, p. 29-32.

zo zijn dat het bedrijfsleven geraadpleegd is (Loeff doet hier op de Zwoegers), van juridische kant is er weinig raadpleging geweest.

Vervolgens somt Loeff een hele lijst van punten op waarom hij het niet eens is met de constructie van met name de afdeling 8.5.2 'Overeenkomst van goederenvervoer over zee'. Loeff gaat door met zijn ongezouten kritiek⁷⁶ door te zeggen dat de algemene opzet enorme gebreken vertoont. Hij is van mening dat wij werkelijk op de verkeerde weg zijn. Loeff maakt vooral bezwaar dat er van juridische kant veel te weinig invloed is geweest op het ontwerp.

Dat er nog maar weinig reacties van 'natte' juristen op dit voorontwerp 'zee- en binnenvaartrecht plus algemeen deel' waren, klopt op zich wel, ware het niet dat juist Loeff in het oktobernummer van het NJB een maar liefst 27 pagina's tellend artikel onder de titel 'Bijzonder zeerecht' had gepubliceerd waarin hij dit ontwerp scherp bekritiseert.⁷⁷ Loeff bepleit niet een nieuw zee- en binnenvaartrecht in te voeren voordat de boeken 3 en 6 van kracht zullen zijn geworden. Loeff vraagt zich zelfs af of er überhaupt wel een apart Boek 8 BW moet komen. Kan het zee- en binnenvaartrecht niet beter in de boeken 3 en 6 BW worden opgenomen?⁷⁸

Opvallend is wel dat Loeff in 1973 niet gevraagd is een opstel te schrijven voor *Scheepsraad*. In zijn betoog tijdens de vergadering verwijst Loeff wel naar zijn artikel in het NJB en zegt: 'Ik hoop dat in dit artikel ook voldoende tot uiting is gekomen mijn appreciatie (voor het voorontwerp; M.H.C.)'.⁷⁹ Ik vrees dat die appreciatie van Loeff voor het *Ontwerp Zeerecht* niet helemaal is opgepikt door de andere aanwezigen bij die gezamenlijke vergadering van de Vereeniging 'Handelsrecht' en de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Luchtvaart.

Toch had Loeff een punt. Schadee dacht in 1973 echt dat hij binnen enkele jaren klaar zou zijn met Boek 8 BW. En dat Boek 8 BW echt het werk was van alleen Schadee, schrijft ook Dorrestein in hetzelfde nummer van het NJB:⁸⁰ '(...) en hoezeer Schadee ook vermeldt zijn "zeer nauw contact met (vertegenwoordigers van) het bedrijfsleven" en de "tientallen vergaderingen, (waarin) ieder artikel met toelichting" met hen is doorgenomen, het is al even duidelijk dat tekst en toelichting van Schadee zijn.'⁸¹

Overigens eindigt Dorrestein deze passage met de mooie volzin: 'In elk geval derhalve een duidelijk en krachtig: alle hulde, Schadee!'

Zoals wij allen weten, heeft het veel langer dan enkele jaren geduurd voordat Boek 8 BW in werking trad. Het werd 1 april 1991,⁸² negen maanden voordat het NBW (de Boeken 3, 5 en 6 en een enkele titel van Boek 7) op 1 januari 1992 in werking trad. Als je in de Parlementaire Geschiedenis van Boek 8 BW kijkt, zie je dat in de

76. In NVZV 100 jaar, p. 14, memoreert de voormalige secretaris van de Vereniging Zee- en Vervoerrecht, Hardenberg, dat Loeff in de vergadering ongezouten kritiek leverde, waarin hij het voor Molengraaff en tegen Schadee opnam.

77. J.A.L.M. Loeff, 'Bijzonder zeerecht', *NJB* 1973, p. 1085-1112 (hierna: Loeff 1973).

78. Loeff 1973, p. 1112.

79. Verslag Scheepsraad 1974, p. 29.

80. Th.H.J. Dorrestein, 'Verkeersmiddelen en vervoer', *NJB* 1973, p. 113-1128 (hierna: Dorrestein 1973).

81. Dorrestein 1973, p. 1114.

82. Besluit van 4 maart 1991, *Stb.* 1991, 100.

periode 1973-1991 onnoemelijk veel veranderingen en vooral veel nieuwe gedeeltes zijn toegevoegd. En regelmatig wordt in de Toelichting of bij de Kamerbehandeling verwezen naar (kritische) literatuur over de verschillende ontwerpen van Boek 8 BW. In het Voorwoord bij de Parlementaire Geschiedenis van Boek 8 BW staat dat Boek 8 een samenstel is van vijftien wetten en nog eens elf besluiten. In totaal gaat het om meer dan 250 Kamerstukken!⁸³

Met andere woorden, de kritische Loeff heeft op dit punt gelijk gekregen. Boek 8 BW is niet het 'vluggertje' geworden dat Schadee wel eens eigenhandig door de Tweede en Eerste Kamer zou loodsen.

Gelukkig kreeg Loeff op het punt van het wachten tot de Boeken 3 en 6 BW van kracht waren, geen gelijk. Boek 8 BW is een zelfstandig wetboek geworden, met een eigen idioom en zonder al te veel dogmatiek. En de Aanpassingswet Boek 8 BW aan de Boeken 3 en 6 BW is een kleine wet gebleven met betrekkelijk weinig aanpassingen.⁸⁴

Nog een anekdote over hoe zwaar Schadee het vond om 'zijn' tekst te moeten aanpassen. In art. 48 van de Wet Overeenkomst Wegvervoer⁸⁵ werd het recht om ladingschade te vorderen *uitsluitend* (cursief; M.H.C.) toegekend aan de geadresseerde, zoals dat ook het geval was bij het zee- en binnenvaartrecht ten aanzien van de recht- en regelmatig cognossementhouder.

Bij de besprekingen voor de nieuwe AVC 1983 waaraan ik mocht deelnemen, werd mij duidelijk gemaakt dat in het wegvervoer met name de afzender, in zijn hoedanigheid van verkoper, over dat vorderingsrecht moest beschikken. Ik vertelde dat aan Schadee. Enkele weken later kreeg ik een korte notitie van Schadee met als onderwerp: 'De gang naar Canossa'. In de notitie stond: 'In art. 8.13.2.25 BW (nu art. 8:1126 BW; M.H.C.) wordt het woord "uitsluitend" vervangen door "ook".' Door deze wijziging kan nu *ook* de afzender de ladingschade claimen.⁸⁶ Schadee vond het misschien niet prettig om zijn tekst te moeten wijzigen, maar als het bedrijfsleven dat wilde, deed hij dat wel.

5.6 De gezamenlijke vergadering in 1997

Haak memoreerde in zijn voorwoord van het Preadvies 'Vervoersrecht in Boek 8 BW'⁸⁷ dat de Tweede Kamer had afgezien van een behandeling van het Ontwerp Vaststellingswet Boek 8, eerste stuk (1975), omdat noodzakelijke aanpassingen nog konden worden aangebracht én 'dat op een termijn van 5 jaar ná de invoering overleg zal plaats vinden over eventueel in de praktijk wenselijk gebleken wijzigingen'.⁸⁸ Welnu, hoog tijd om in een gezamenlijke vergadering van de Vereniging 'Handelsrecht' en de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Vervoerrecht in 1997

83. Parl. Gesch. Boek 8, p. V.

84. Wet van 2 december 1991, *Stb.* 1991, 664.

85. *Stb.* 1982, 670, in werking getreden als voortrein per 1 september 1983 (Besluit van 15 juli 1983, *Stb.* 354).

86. Parl. Gesch. Boek 8 BW, p. 1096-1097 en p. 896.

87. Preadvies 'Vervoersrecht in Boek 8 BW', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997 (hierna: Preadvies 1997).

88. Parl. Gesch. Boek 8 BW, 'Verslag Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer', 29 oktober 1976, p. 12.

aandacht te besteden aan Boek 8 BW dat immers per 1 april 1991 in werking was getreden. Wederom waren een aantal 'natte' auteurs uitgenodigd hun licht te laten schijnen over Boek 8 BW. Veel van deze auteurs hielden zich bezig met de soms moeizame relatie tussen het 'droge' recht (Boeken 3, 6 en 7 BW) en het 'natte' recht (Boek 8 BW). Van de Laarschot schreef over de samenloopperiodes bij voortijdige beëindiging van vervoerovereenkomsten,⁸⁹ Teunissen over de lastgeving die niet van toepassing is op vervoer en expeditie,⁹⁰ Haak houdt een kritische beschouwing over het retentierecht in Boek 8 BW,⁹¹ Van Beelen laat het lastige onderwerp van multimodaal vervoer de revue passeren,⁹² Claringbould merkt op dat er geen definitie van cognossement in Boek 8 voorkomt en hij beschrijft de bijzondere positie van de derde-cognossementhouder die deze cognossementhouder in Boek 8 inneemt.⁹³

Japikse sluit af met een overzicht van de voorrechten en verhaalsrechten op zeeschepen (art. 8:210-219 BW) en het feit dat de Wet IPR Zee- en Binnenvaart van 1993⁹⁴ die regeling uit Boek 8 BW veelal tot een dode letter zal maken.⁹⁵ Immers, de *lex registrationis* alsmede de *lex causae* zijn van toepassing op de vraag of een vordering op een zeeschip bevoorrecht en verhaalbaar is (art. 10:160 BW). Dus bij buitenlandse schepen niet meer de bijzondere voorrechten en verhaalsrechten van Boek 8 BW.

In 1994 sprak ik ter gelegenheid van het afscheidssymposium ter ere van prof. mr. R.E. Japikse over voorrechten en verhaalsrechten.⁹⁶ Toen ik mijn voordracht had gehouden dankte prof. mr. M.M. Mendel mij maar hij merkte op dat ik bij de opsomming van de verhaalsrechten één verhaalsrecht was vergeten. Ik zakte door de grond... Dat verhaalsrecht was het recht dat mijn kinderen hebben op een verhaal bij het naar bed gaan!

Schadee heeft zich trouwens verre gehouden van het internationaal privaatrecht omdat hij heel goed wist dat Boek 8 BW maar al te vaak zou moeten wijken voor buitenlands recht en meer nog voor de rechtstreeks werkende zeerecht en vervoerrecht verdragen.

Onder leiding van de voorzitter van de Vereniging 'Handelsrecht', prof. mr. L. Timmerman, zijn al deze preadviesen in een drukbezochte vergadering op 19 september 1997 besproken. Er werd stevig gediscussieerd en ik moet bekennen dat ik gedeeltes van het Verslag⁹⁷ weer met rode oortjes heb gelezen; 'natte' juristen nemen geen blad voor de mond.

89. Preadvies 1997, p. 23-48.

90. Preadvies 1997, p. 49-78.

91. Preadvies 1997, p. 79-100.

92. Preadvies 1997, p. 101-126.

93. Preadvies 1997, p. 127-150.

94. Sinds 2012: Titel 15 van Boek 10 BW.

95. Preadvies 1997, p. 151-166.

96. M.H. Claringbould, 'Over voorrechten en verhaalbaarheid', in: *Vergelijkend Zeerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 93-112.

97. *Verslag van de vergaderingen van de Vereniging 'Handelsrecht' en de Nederlandse Vereniging voor zee- en vervoersrecht over 'Vervoersrecht in boek 8 BW'*, 19 september 1997, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Ik heb nog niet genoemd het preadvies van Oosterveen ‘Boek 8 BW; de stand van zaken’.⁹⁸ In een opstel van 22 pagina’s inventariseert Oosterveen de wijzigingen of aanvullingen van Boek 8 die sinds de inwerkingtreding in 1991 hun beslag hebben gekregen of in voorbereiding zijn. Het is een lange lijst van onderwerpen waarvan de belangrijkste zijn: registratie zeeschepen, ‘global limitation’, aansprakelijkheid gevaarlijke stoffen, hulpverlening vernieuwd, luchtrecht, en vervoer over spoorwegen.

Die lange lijst met aanvullingen in Boek 8 BW dateert al uit 1997. Inmiddels zijn we twintig jaar verder en is er weer het nodige bijgekomen. Ik noem: Aansprakelijkheid voor schade door verontreiniging door bunkerolie (Afd. 8.6.5) en Aansprakelijkheid voor de kosten van het lokaliseren, markeren en opruimen van een wrak (Afd. 8.6.6).

Kortom, Boek 8 BW is geen rustig bezit en dat zal het nooit worden.

5.6.1 De Hoge Raad verhoogt de personenvervoerlimiet in de binnenvaart

Even tussendoor. Graag vermeld ik een interessant voorbeeld waar de wetgever van Boek 8 BW opzettelijk stil is blijven zitten, en de Hoge Raad dat stilzitten corrigeert met het toepassen van de inflatiecorrectie op de limiet uit 1991 voor het personenvervoer in de binnenvaart.⁹⁹ Een passagier raakt in 2007 tijdens een zeiltocht met de ‘Mathilda’ door het afbreken van de giek ernstig gewond; schade tenminste € 620.000. De limiet voor het personenvervoer in de binnenvaart was in 1991 vastgesteld op (nu) € 137.000. In 2008 zijn een aantal personenvervoerlimieten verhoogd, maar niet de personenvervoerlimiet in de binnenvaart.¹⁰⁰ In de Nota van Toelichting bij het Besluit 2008 geeft de regering aan dat zij die limiet voor de binnenvaart niet wil verhogen in afwachting van komende internationale ontwikkelingen met betrekking tot verhoging van de limieten. Het ziet er thans – in 2018 – niet naar uit dat er een Verdrag voor personenvervoer in de binnenvaart komt met daarin hoge aansprakelijkheidslimieten. Jammer is dat de regering in haar Nota van Toelichting verwijst, en rechtbank, hof en Hoge Raad doen dat ook in de ‘Mathilda’, naar de te verwachten verhoging van het passagiersfonds in het CLNI 2012.¹⁰¹ *Global limitation*, het passagiersfonds, heeft niets te maken met de personenvervoerlimiet die mogelijk de aansprakelijkheid van een binnenvaartvervoerder beperkt tegenover één passagier (art. 8:983 BW). De *global limitation*, het passagiersfonds en de andere fondsen, zoals het personenfonds en het zakenfonds, bepaalt alleen de maximale aansprakelijkheid van de scheepseigenaar¹⁰² bij een groot incident ten opzichte van al zijn crediteuren. De hoogte van de limitatiefondsen en de personenvervoerlimieten of goederenvervoerlimieten zijn volstrekt niet aan elkaar gerelateerd! Wat er van dit alles zij, de Hoge Raad is van mening dat de regering in 2008 niet had mogen blijven stilzitten. Mede op gronden van redelijkheid

98. Preadvies 1997, p. 1-22.

99. Hoge Raad 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, *S&S* 2018, 85 ‘Mathilda’. Uitgebreid besproken in Afscheidsrede, par. 4.3.

100. Besluit van 24 november 2008 (*Stb.* 2008, 505).

101. Het CLNI 2012 treedt in werking op 1 juli 2019; <https://verdragenbank.overheid.nl/nl>, zoek op CLNI.

102. Onder ‘scheepseigenaar’ vallen tevens de bevrachter, de huurder of andere gebruiker van een schip met inbegrip van degene in wiens handen de exploitatie van het schip is gelegd (art. 8:750 en art. 8:1060 BW).

en billijkheid oordeelt de Hoge Raad dat de vervoerder zich weliswaar op die personenvervoerlimiet mag beroepen, maar dan moet deze limiet vanaf 1991 jaarlijks per 1 januari worden verhoogd met de inflatiecorrectie (r.o. 3.11.2). De Hoge Raad formuleert dit in algemene bewoordingen, dus telkens als de personenvervoerlimiet in de binnenvaart aan de orde komt, moet deze verhoogd worden met de inflatiecorrectie over de periode 1991 tot het jaar van het ongeval.¹⁰³ Wat mij betreft mag de wetgever op dit specifieke punt blijven stilzitten. Met de Hoge Raad in de 'Mathilda' krijgen we nu ieder jaar een 'automatische' verhoging van de personenvervoerlimiet in de binnenvaart met de inflatiecorrectie. In de 'Mathilda' wordt de limiet van € 137.000 over de periode 1991-2007 verhoogd tot € 198.787. Over de periode 1991-2017 wordt de € 137.000 verhoogd tot € 230.065.

5.7 De Rotterdam Rules

Dan maken we nu de grote sprong voorwaarts naar de in 2008 tot stand gekomen Rotterdam Rules.¹⁰⁴ Ook daaraan hebben de Vereniging 'Handelsrecht' en de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Vervoerrecht op 11 november 2010 een gezamenlijke vergadering gewijd.¹⁰⁵ Ook hier weer een aantal opstellen van 'natte' juristen. Het verbatim weergegeven verslag van de vergadering omvat maar liefst 96 bladzijden tekst en is een goede weergave van de levendige discussie die die dag, onder voorzitterschap van Haak, is gevoerd.¹⁰⁶

Uit die preadviezen¹⁰⁷ die veel inzicht geven hoe er met de Rotterdam Rules moet worden omgegaan en waarin toch een aantal knelpunten worden genoemd, wil ik alleen het preadvies van mijn huidige kamergenoot Jan Teunissen aanstippen over de implementatie van de Rotterdam Rules in Boek 8 BW.¹⁰⁸ Na een rondgang langs de wijze waarop de Hague(-Visby) Rules, het Verdrag van Montreal, het CMNI en het COTIF-CIM al dan niet in Boek 8 BW zijn geïncorporeerd, behandelt Teunissen de argumenten pro en contra om de Rotterdam Rules al dan niet in Boek 8 BW op te nemen. Op voorzichtige wijze concludeert Teunissen (p. 186) dat het geen aanbeveling verdient rechtstreeks werkende verdragsbepalingen in de nationale wet om te zetten. Maar op welke manier moet dan – wat ik nu noem – het zeerecht van Schadee met daarin verwerkt de Hague-Visby Rules in Boek 8 BW aangepast (lees: verwijderd) worden?

103. Die inflatiecorrectie kan eenvoudig worden berekend op:
<http://visualisatie.cbs.nl/nl-NL/visualisation/prijzenToenenNu>.
104. De Nederlandse vertaling van dit verdrag luidt: Verdrag van de Verenigde Naties inzake de overeenkomsten voor het internationaal vervoer van goederen geheel of gedeeltelijk over zee (Trb. 2011, 222).
105. Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' en de Nederlandse Vereniging voor zee- en vervoersrecht', *Rotterdam Rules en Boek 8 BW*, Deventer: Kluwer 2010 (hierna: Preadvies Rotterdam Rules).
106. *Verslag van de vergadering van de Vereniging 'Handelsrecht' en de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Vervoerrecht over de Rotterdam Rules en Boek 8 BW*, Deventer: Kluwer 2011 (hierna: Verslag Rotterdam Rules). Wij waren die dag te gast bij AKD in de vergaderzaal boven in het gebouw 'Wilhelminakade 1' met een prachtig uitzicht over Rotterdam en zijn havens.
107. G.J. van der Ziel 'De Rotterdamse regels', M.A.I.H. Hoeks 'De Actieradius van de Rotterdam Rules', H. Boonk 'Het aansprakelijkheidsregime van de vervoerder in de Hague-Visby Rules en de Rotterdam Rules', M.H. Claringboud 'Het transportdocument en het "right of control"', P.A.M. van Schouwenburg-Laan 'Aansprakelijkheid van de afzender onder de Rotterdam Rules' en J.H.J. Teunissen 'Rotterdam Rules: implementatie in Boek 8 BW?'.
108. Preadvies Rotterdam Rules 2010, p. 171-188.

In opdracht van het Ministerie van Justitie heeft Teunissen daar een uitgebreid rapport over geschreven. Per artikel van Afdeling 8.5.1 BW (met name de paardensprongregeling) en Afdeling 8.5.2 BW (Overeenkomst van goederenvervoer over zee) geeft Teunissen aan of het artikel (of één of meer leden daarvan) geschrapt, gehandhaafd of aangepast moet worden. Aan de hand van dit rapport is een eerste concept van een wetsontwerp voor de uitvoering van de Rotterdam Rules door het Ministerie van Justitie opgesteld. Op 24 maart 2014 ontving de Nederlandse Vereniging voor Zee- en Vervoerrecht een verzoek van het ministerie om commentaar.

De NVZV heeft een commissie samengesteld bestaande uit leden die de verschillende belangen bij de materie vertegenwoordigen en onafhankelijke leden uit de advocatuur en de wetenschap; zeg maar de ‘Zwoegers.2’ (met het verschil dat er nu ook ‘natte’ juristen bij betrokken waren die – ik spreek uit eigen ervaring – bij de bijeenkomsten het hoogste woord voerden...). Onder voorzitterschap van Van der Ziel, een van de *founding fathers* van de Rotterdam Rules, is deze commissie in 2014-2015 een aantal keren bijeengekomen en zij heeft in het voorjaar van 2015 haar rapport over het concept wetsontwerp Uitvoeringswet Rotterdam Rules bij het Ministerie van Justitie ingediend. Met name mevrouw mr. K. Redeker van het ministerie, die alle commissievergaderingen heeft bijgewoond, heeft zich beziggehouden met een vernieuwd Ontwerp Uitvoeringswet Rotterdam Rules en ook de Goedkeuringswet Rotterdam Rules. In 2016 is dit ontwerp gepubliceerd voor internetconsultatie en hierop zijn zeven reacties gekomen.¹⁰⁹ Deze reacties van de brancheorganisaties waren over het algemeen positief met enkele kritische kanttekeningen op detailpunten.

Na het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 8 juni 2017 ontvangen te hebben is bij Koninklijk Besluit van 9 juli 2018 het voorstel van wet voor de Uitvoeringswet Rotterdam Rules met een tamelijk uitgebreide Memorie van Toelichting ingediend bij de Tweede Kamer.¹¹⁰ Twee dagen later, op 11 juli 2018 is bij de Tweede Kamer ingediend het voorstel van rijkswet tot goedkeuring van de Rotterdam Rules.¹¹¹ De Memorie van Toelichting bij de goedkeuringswet geeft een kort overzicht van de inhoud van het Verdrag.

Als die Rotterdam Rules ooit in werking treden (er moeten immers twintig staten ratificeren/goedkeuren) zullen zij rechtstreekse werking krijgen. Dat betekent dat in die Uitvoeringswet met name alle artikelen in Boek 8 die het aansprakelijkheidsregime van de Hague-Visby Rules weergeven, zullen vervallen.¹¹² Kortom, veel van de noeste zeearbeid van Schadee zal uit Boek 8 BW verdwijnen. Er is trouwens uitdrukkelijk voor gekozen om het aansprakelijkheidsregime van de Rotterdam Rules (art. 17-23 en 59-61 RR) niet in Boek 8 BW op te nemen, zoals Schadee wel heeft gedaan met de Hague-Visby Rules.

Dat betekent dat als de Rotterdam Rules in werking zijn getreden, de Nederlandse rechter de authentieke tekst van het Verdrag moet toepassen. Die rechter kan dan

109. www.internetconsultatie.nl/rotterdamrules/berichten. De reacties zijn ook te vinden op <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/07/04/tk-nader-rapport-inzake-uitvoeringswet-rotterdam-rules>.

110. *Kamerstukken II* 2017/18, 34991, 1-4; www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen-34991.

111. *Kamerstukken II* 2017/18, 34992 (R2106), 1-4; www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen-34992.

112. Uitvoeringswet onder letter I.

kiezen uit de volgende talen die gelijkelijk authentiek zijn: Arabisch, Chinees, Engels, Frans, Russisch of Spaans!¹¹³ Overigens is er een uitstekende Nederlandse vertaling van de Rotterdam Rules in het Tractatenblad (*Trb.* 2011, 222) verschenen. Enkele ‘Rotterdam Rules specialisten’ hebben Buitenlandse Zaken geassisteerd met het opstellen van die vertaling.¹¹⁴

De Memorie van Toelichting bij de Uitvoeringswet (30 pagina’s tekst) geeft een schat aan informatie over de Rotterdam Rules, de belangrijkste verschillen tussen de Rotterdam Rules en de bestaande verdragen, de wijze van uitvoering van de Rotterdam Rules in de nationale wetgeving en — belangrijk — het toepassingsgebied van de Rotterdam Rules in relatie tot Boek 8 BW. Daarnaast wordt per artikel helder toegelicht waarom een fors aantal artikelen zijn vervallen (onderdeel I), dan wel de betreffende artikelen zijn gewijzigd of geheel vernieuwd; dat laatste geldt met name art. 8:371 BW over het toepassingsgebied van de Rotterdam Rules (onderdeel H).

Er zijn twee onderwerpen die ik naar voren wil halen en die volgens mij een verbetering zijn ten opzichte van de huidige regeling in Boek 8 BW.

Ten eerste: Art. 8:441 BW bepaalt dat uitsluitend de recht- en regelmatig cognossementhouder — en dus niemand anders — ladingschade bij de vervoerder onder cognossement mag claimen. Dus geen claimrecht voor de ladingeigenaar die de schade heeft geleden wanneer zijn ontvangstexpediteur als de recht- en regelmatig cognossementhouder moet worden aangemerkt. Deze ‘harde’ lijn is door de Hoge Raad bevestigd in de ‘Brouwersgracht’.¹¹⁵ In het nieuw voorgestelde art. 8:441 BW worden ook claimgerechtigd de volmachtgever of lastgever van de recht- en regelmatig cognossementhouder.¹¹⁶ Ik ben van mening dat zelfs als die Rotterdam Rules er niet komen, art. 8:441 BW in die zin moet worden aangepast.

Ten tweede: Art. 8:461 BW waarin meer personen tot vervoerder onder cognossement worden gebombardeerd, waaronder met name de ‘formulant’ (hij wiens cognossementsformulier is gebruikt), wordt geschrapt. In de Rotterdam Rules worden de nodige personen als vervoerder aangemerkt, waaronder ook de ‘maritieme uitvoerende partij’. In de Memorie van Toelichting (onderdeel I, bij art. 442 en 461, p. 18 en 19) staat: ‘Hierdoor is er altijd een persoon jegens wie een vordering kan worden ingesteld.’

Daarmee verdwijnt de ‘formulant’ van het toneel en dat is maar goed ook. Overigens komt die ‘formulant’ in de huidige praktijk nog maar zelden voor; wij kunnen makkelijk zonder hem.

Ook in mijn afscheidsrede (par. 9) heb ik aandacht besteed aan de Rotterdam Rules en meer in het bijzonder aan een onderwerp dat mij zeer ter harte gaat: de *both-to-*

113. Zie onder art. 96 RR.

114. Onder anderen: G.J. van der Ziel en J.H.J. Teunissen.

115. Hoge Raad 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0404, NJ 1993/609, m.nt. J.C. Schultsz, *S&S* 1992/37 ‘Brouwersgracht’. De ‘Brouwersgracht’ vormde de hoofdmoot van mijn oratie *Het schip en zijn cognossementen*, Deventer: Kluwer 1996. Voor meer literatuur en jurisprudentie over art. 8:441 BW zie de conclusie van A-G Vlas bij Hoge Raad 12 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:866, *S&S* 2017/130 ‘Bunga Kesumba’.

116. Zie de uitgebreide toelichting bij dit art. 8:441, onderdeel U.

blame collision (par. 9.1). Ik eindig met een warm pleidooi voor de invoering van die Rotterdam Rules (par. 9.2), maar of die Rotterdam Rules ooit in werking zullen treden hangt in grote mate af van China en van de Verenigde Staten van Amerika. Zolang in die VS een president aan het roer van het mijns inziens zwalkende schip staat die roept ‘America first!’, zal het van de inwerkingtreding van de Rotterdam Rules niet komen. Tenzij China om politieke redenen besluit om de Rotterdam Rules wel te ratificeren, want dan moeten de Aziatische en Europese landen wel volgen omdat de Rotterdam Rules met name geschikt zijn voor het multimodale containervervoer van het ene continent naar het andere. Een ander belangrijk pluspunt van de Rotterdam Rules is dat zij het gebruik van elektronische vervoerdocumenten mogelijk maken (art. 8-10 RR). Denk aan e-bills of lading met aanvullende blockchaintechnologie.¹¹⁷

En als het er niet van komt met het in werking treden van de Rotterdam Rules, is er veel noeste zeerechtelijke arbeid¹¹⁸ voor niets verricht, en zullen we het de komende tientallen jaren moeten blijven doen met de Hague-Visby Rules die over zes jaar al weer honderd jaar oud zijn.

5.8 Waar staan wij nu na 100 jaar?

In de jaren twintig van de vorige eeuw leefde het zeerecht veel meer bij de bekende rechtsgeleerden en de ondernemers uit het bedrijfsleven van die tijd dan nu het geval is. De actieve rol die de pas opgerichte Vereeniging ‘Handelsrecht’ daarin heeft gespeeld, laat dat overduidelijk zien.¹¹⁹ Het zee- en vervoerrecht, lees Boek 8 BW, is een typisch eigen-aardig specialisme voor die ‘natte’ juristen uit Rotterdam en Amsterdam. Slechts weinig rechtenstudenten weten nog dat er een Boek 8 BW bestaat, laat staan dat zij enig idee hebben van de inhoud van dat Boek 8 BW ‘Verkeersmiddelen en vervoer’. Grappig is wel dat als die studenten eenmaal kennis nemen van dat zee- en vervoerrecht, velen van hen geboeid worden door dat ‘natte’ recht met zijn particularismen als de paardensprongregeling, de limieten in het goederenvervoer en het personenvervoer, de limitatiefondsen, de schadevaring waaronder iedere onrechtmatige daad valt wanneer de schade is veroorzaakt door een schip,¹²⁰ om maar enkele onderwerpen te noemen. Maar dat neemt niet weg dat het zee- en vervoerrecht heden ten dage door een steeds kleiner clubje enthousiastelingen wordt beoefend.

Hoe komt dat?

Het vervoer van goederen en personen neemt nog steeds – en zeker ten opzichte van 100 jaar geleden – exponentieel toe. Daar staat tegenover dat naar verhouding het aantal schadegevallen afneemt (denk aan het veilige containervervoer, betere technische voorzieningen en beter preventief beleid tegen diefstal). En, voor de ‘natte’ juristen van belang, er wordt – wederom naar verhouding – minder geprocedeerd bij ladingschades. We weten nu wel hoe we de Hague-Visby Rules, de CMR, het Verdrag van Montreal et cetera moeten toepassen. Nogmaals, voor de

117. Over elektronische cognosementen en blockchain, zie in deze bundel: M.A.W. van Maanen & I.J. van Baren, par. 7.7.5-7.7.8 alsmede S.H.L. Niessen, par. 6.3.1 en de door hen genoemde literatuur.

118. Het nieuwe zee-arbeidsrecht is per 2013 toch opgenomen in Boek 7 BW, afdeling 7.10.12 BW, maar dat geldt voor zeevarenden en dat zijn wij ‘natte’ juristen geen van allen...

119. Par. 5.2 en Jansen 1993, p. 3-8.

120. Over aanvaring en schadevaring zie: Afscheidsrede, par. 5.3.

natte praktijk blijft nog genoeg werk over, maar het wordt anders. Meer geschillen tussen de logistieke bedrijven, meer gedoe bij *global limitation* en vooral meer procederen over bevoegdheid van de rechter¹²¹ en toepasselijk recht in verband met het Europese recht.¹²²

Dat wordt allemaal anders als die Rotterdam Rules er komen. Dan beginnen we van voren af aan, en niet alleen bij ladingschades in het zeevervoer (die zich in de praktijk steeds minder voordoen) maar met name bij ladingschades bij multimodaal vervoer, want op het land wil het nog wel eens misgaan (met name diefstal). Immers, de Rotterdam Rules zijn vooral van betekenis voor het multimodaal vervoer. Zullen die Rotterdam Rules daadwerkelijk in werking treden? Op dit punt heeft de Nederlandse Vereniging voor Vervoerrecht zich wel actief opgesteld. Maar of het echt gaat gebeuren? Ik weet het niet. Ik bepleit van wel.¹²³ Het is echter afwachten wat China doet.

Nu in juli 2018 de Goedkeuringswet en de Uitvoeringswet Rotterdam Rules bij de Tweede Kamer zijn ingediend, is het wellicht een goed idee om weer een gezamenlijke vergadering van de Vereeniging 'Handelsrecht' en de Nederlandse Vereniging voor Vervoerrecht te beleggen om een pressiegroep te vormen om de Rotterdam Rules er in ieder geval in Nederland door te drukken. Wellicht volgt China dan vanzelf...

121. Legal Intelligence leert ons dat het trefwoord 'rechtsmacht' in *S&S* in de periode 2010-2018 160 keer, in 2000-2010 183 keer, in 1990-2000 83 keer en in 1980-1990 41 keer voorkomt.

122. EEX-II, Rome I en Rome II.

123. Afscheidsrede, par. 9.2.

Hoofdstuk 6

Dwingend recht vs. contractsvrijheid: vervoerrecht in de toekomst

Mr. dr. S.H.L. Niessen *

6.1 Inleiding

Ten tijde van de oprichting van de Vereeniging Handelsrecht in 1918, waren de huidige internationale vervoerrechtverdragen nog niet in werking en in veel landen bestond ook geen nationale wetgeving over de verplichtingen en aansprakelijkheden van de vervoerder.¹ Machtige (zee)vervoerders hadden vrij spel en door hun sterke onderhandelingspositie konden zij in hun vervoerovereenkomsten bedingen opnemen die ervoor zorgden dat zij maar zelden met succes tot schadevergoeding konden worden aangesproken in het geval van verlies of beschadiging van goederen tijdens het vervoer. Vervoerders konden bijvoorbeeld hun aansprakelijkheid uitsluiten voor opzet of roekeloosheid van hun ondergeschikten of verjaringstermijnen bepalen die het praktisch onmogelijk maakten om een vordering in te stellen. Om deze misstanden te beteugelen bestaan nu honderd jaar later in het vervoerrecht talloze verdragen met dwingendrechtelijke bepalingen over de aansprakelijkheid van vervoerders. De dwingendrechtelijke aard van de bepalingen is een karakteristiek kenmerk van het vervoerrecht. Vervoerders kunnen door deze bepalingen geen bedingen opnemen in hun vervoerovereenkomsten die hun aansprakelijkheid verminderen in afwijking van de dwingendrechtelijke bepalingen, en ladingbelanghebbenden worden beschermd. Daar staat tegenover dat vervoerders zich op voor hen gunstige bepalingen kunnen beroepen, zoals aansprakelijkheidslimieten.

Tegenwoordig is de verhouding tussen vervoerders en ladingbelanghebbenden echter niet meer hetzelfde als honderd jaar geleden. Het zijn niet meer altijd de ladingbelanghebbenden tegenover de vervoerders die bescherming nodig hebben. Zo komt het voor dat een kleine zelfstandige vervoerder de zwakste schakel in de keten is. Deze vervoerder die als laatste in een keten van (onder)vervoerders de goederen feitelijk vervoert, kan met een enorme schadevergoedingsvordering worden geconfronteerd als goederen verloren gaan, beschadigd raken of niet tijdig op de plaats van bestemming aankomen en de vervoerder geen beroep toekomt op aansprakelijkheidslimieten. De aansprakelijkheid van deze laatste vervoerder in een keten van (onder)vervoerders staat vaak in geen verhouding tot de geringe

* S.H.L. Niessen is medewerker bij het wetenschappelijk bureau, sectie civiel, van de Hoge Raad der Nederlanden. De bijdrage is op persoonlijke titel geschreven en geeft niet het standpunt van de Hoge Raad weer. De auteur dankt Michiel Spanjaart voor de gedachtewisseling over dit onderwerp en zijn commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1. Uitsluitend in het spoorvervoer bestond een verdrag met bepalingen over de aansprakelijkheid van de vervoerder. Dit verdrag staat bekend als de Bernsche Conventie van 1886. Zie hierover: C.D. Asser jr., *Internationaal goederenvervoer langs spoorwegen: de Bernsche Conventie van 1886* (diss. Amsterdam), 's-Gravenhage: Belinfante 1887.

vrachtprijs die de vervoerder voor dat vervoer heeft gekregen.² Deze veranderende verhouding tussen vervoerders en verladers en daarnaast ontwikkelingen in de transportsector zoals vervoersintegratie,³ logistieke dienstverlening waarbij de gehele ‘supply chain management’ wordt uitbesteed,⁴ terminal operators of stuwadors die ook naar het achterland vervoeren,⁵ elektronische cognossementen,⁶ onbemande schepen en andere voertuigen⁷ doen de vraag rijzen of het bestaande juridische kader en het dwingendrechtelijke karakter daarvan nog passend is. De genoemde ontwikkelingen vragen veelal om aanpassing of om een flexibelere houding ten opzichte van de toepasselijke regelgeving.

In deze bijdrage zal eerst worden stilgestaan bij enkele ontwikkelingen, i.e. elektronische cognossementen, digitale vrachtbrieven, onbemande verkeersmiddelen en pakketvervoer, en daarbij zal de vraag aan bod komen of het huidige (dwingende) recht nog passend is. Vervolgens zal in de rest van het stuk de nadruk worden gelegd op ontwikkelingen in het zeevervoerrecht. Wat betreft het zeevervoerrecht zal worden nagegaan in hoeverre contractsvrijheid onder het huidige recht bestaat en zal aan bod komen de vraag of het huidige recht voldoende ruimte biedt voor contractsvrijheid waar dat wenselijk is gelet op de veranderende verhoudingen tussen ladingbelanghebbenden en vervoerders. Ik richt mij voornamelijk op de vervoerrechtelijke verdragen die op dit moment in werking zijn of in de toekomst mogelijkerwijs in werking zullen treden (i.e. de Rotterdam Rules⁸) en daarnaast op het Nederlandse recht.

6.2 Dwingend recht in het algemeen

Om tot een bespreking van het dwingend vervoerrecht te komen, zal allereerst worden stilgestaan bij het dwingend recht in het algemeen privaatrecht. Het privaatrecht, en dus ook het vervoerrecht, is bij uitstek het domein van de autonomie van partijen. Dit principe van contractsvrijheid wordt ook benadrukt in art. 1 van de Unidroit principles of international commercial contracts 2010. Art. 1.1 van de Unidroit principles bepaalt:

2. Zie bijv. de zaak die ten grondslag ligt aan: HR 11 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2528, NJ 2016/219, m.nt. K.F. Haak; *S&S 2016/1 (CEJ Veldhuizen Holding/Beurskens Allround Cargo)*.
3. W. Verheyen, *Contractuele aansprakelijkheid van vervoersintegratoren* (diss. Leuven), Brugge: Die Keure 2014, p. 605-607.
4. V. Ulfbeck, ‘Contracts of logistics under the Rotterdam Rules’, *JIML* 2011, p. 219-225.
5. S.H.L. Niessen, *The Legal Position of Terminal Operators in Hinterland Networks: Mixed contracts and third parties* (diss. Rotterdam), Zutphen: Paris Legal Publishers 2017 (hierna: Niessen 2017).
6. M.A.W. van Maanen & M.H. Claringbould, ‘Aspecten van pandrecht op cognossementen’, *NTHR* 2017/1, p. 9-11 (hierna: Van Maanen 2017).
7. F.G.M. Smeele, ‘De methodiek van herziening van het zeerecht voor autonome schepen’, *TVR* 2018/3, p. 52-57 (hierna: Smeele 2018); E. van Hooydonk, ‘The law of unmanned merchant shipping — an exploration’, *JIML* 2014-20, p. 418-422 (hierna: Van Hooydonk 2014); F. Unz, ‘The commercial use of unmanned aerial vehicles under the current legal framework. A comparative analysis of the applicable international, European, UK and US laws regarding authorization to use, insurance and liability’, *TVR* 2016/4, p. 119-126 (hierna: Unz 2016); M.K. Kolacz & G. Hopster, ‘When Technology takes the Wheel’, *EJCCL* 2017-1/2, p. 41-48 (hierna: Kolacz 2017).
8. Verdrag van de Verenigde Naties inzake de overeenkomsten voor het internationaal vervoer van goederen geheel of gedeeltelijk over zee, tot stand gekomen op 11 december 2008 te New York, (ook voor de Nederlandse vertaling: *Trb.* 2011, 222; *Trb.* 2013, 42). Dit verdrag is nog niet in werking getreden.

‘The parties are free to enter into a contract and to determine its content’.

Deze bepaling wordt als volgt toegelicht:

‘The principle of freedom of contract is of paramount importance in the context of international trade. The right of business people to decide freely to whom they will offer their goods or services and by whom they wish to be supplied, as well as the possibility for them freely to agree on the terms of individual transactions, are the cornerstone of an open, market-oriented and competitive international economic order’.

Toch kent het privaatrecht talloze regelingen van dwingend recht, die van toepassing zijn indien er redenen zijn om de vrijheid van partijen bij het aangaan van overeenkomsten in te perken. Dwingend recht komt alleen voor indien de wetgever aan één van de contractspartijen of aan een derde een bijzondere bescherming wil bieden. Het algemeen belang speelt hierbij een rol.⁹ Hierbij kan gedacht worden aan de bescherming van werknemers, huurders, consumenten, verzekeringnemers, vervoerders en ladingbelanghebbenden.

Dwingend recht kan worden onderscheiden van aanvullend recht. Het onderscheid heeft betrekking op het functioneren van rechtsregels. Regels van aanvullend recht zijn van toepassing in situaties waarin partijen geen afwijkende regeling hebben getroffen. Regels van dwingend recht zijn daarentegen van toepassing ongeacht de inhoud van de overeenkomst tussen partijen. In het geval van aanvullend recht prevaleert de contractuele regeling indien partijen een afwijkende regeling hebben getroffen, terwijl het dwingend recht ook prevaleert indien partijen een afwijkende regeling hebben getroffen.¹⁰

Wat betreft dwingend recht bestaan bepalingen waarvan afwijking ten nadele van één partij is uitgesloten en bepalingen waarvan afwijking ten nadele van beide partijen is uitgesloten. In het eerste geval beschermt de bepaling slechts een van de partijen en in het laatste geval dient het de belangen van beide partijen. Het onderscheid hiertussen wordt ook wel aangeduid als eenzijdig of meerzijdig dwingend recht.

Dit onderscheid speelt een belangrijke rol in het vervoerrecht. De bestaande vervoerrechtverdragen, behalve het CMR-verdrag voor vervoer over de weg, bevatten in beginsel eenzijdig dwingend recht.¹¹ De verdragen geven minimum standaarden voor aansprakelijkheid. De vervoerder mag dus geen bepalingen opnemen in zijn overeenkomst of algemene voorwaarden die in strijd zijn met de verdragsbepalingen,

9. M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*. Mon. BW A19 (2de druk), Deventer: Kluwer 2009, p 15-16 (hierna: Loth 2009). Zie ook: T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 14-15 waarin de paradox wordt beschreven dat de vrijheid wordt beperkt ter bevordering van de vrijheid. De beperking van de vrijheid van de één kan worden gerechtvaardigd door de bescherming van de vrijheid van de ander.

10. Loth 2009, p. 2.

11. Art. 5 COTIF-CIM; art. 25 CMNI; Rule III (8) Hague-Visby Rules; art. 26, 27, 47, 49 Verdrag van Montreal.

tenzij de vervoerder een grotere aansprakelijkheid op zich neemt.¹² In de vervoerovereenkomst kunnen dus geen bepalingen worden opgenomen die een lagere aansprakelijkheidslimiet of meer omvangrijke exoneraties beogen, of bepalingen die de bewijslastverdeling omkeren of de verjaringstermijn verkorten.¹³

Het CMR-verdrag bevat daarentegen bepalingen van meerzijdig dwingend recht. Art. 41 CMR bepaalt dat alle contractuele bedingen die afwijken van de bepalingen van het verdrag nietig zijn. Dit geldt zowel voor bepalingen die de aansprakelijkheid van de vervoerder verminderen als vermeerderen.

6.3 Ontwikkelingen in het vervoerrecht: is het huidige (dwingende) recht passend?

Decennia geleden kon bij het opstellen van de vervoerrechtverdragen geen rekening worden gehouden met ontwikkelingen die zich op dit moment voltrekken. De verdragen zijn echter dwingendrechtelijk van toepassing en vormen daarmee de basis waarop zaken die nu of in de toekomst voor de rechter komen worden beslist. Het kan dus voorkomen dat de tekst van een verdrag niet aansluit bij de technologische ontwikkelingen en de veranderende samenleving. In deze paragraaf zullen een aantal ontwikkelingen aan bod komen die de vraag doen rijzen of het huidige (dwingende) vervoerrecht toekomstbestendig is.

6.3.1 Elektronische cognossementen en digitale vrachtbrieven

Een van die ontwikkelingen is de opkomst van elektronische transportdocumenten, zoals het elektronisch cognossement en de digitale vrachtbrief. Wat betreft het elektronisch cognossement zijn initiatieven genomen door onder andere Bolero¹⁴ en Electronic Shipping Solutions (ESS)¹⁵ en voor de digitale vrachtbrief in het wegvervoer bestaat het TransFollow platform.¹⁶ Hoewel de internationale handel steeds meer behoefte heeft aan de vervanging van papier door elektronische transportdocumenten, door onder andere de snelheid waarmee deze in de keten kunnen worden overgedragen en de vermindering van de daarbij gemaakte kosten, wordt in de praktijk nog maar weinig gebruik gemaakt van elektronische documenten die als verhandelbare transportdocumenten worden gebruikt. Door Claringbould wordt in deze bundel reeds gemeld dat het langzaam gaat met de ontwikkeling daarvan en dat een aanpassing van art. 3:93 BW zal leiden tot een bevordering van het gebruik.¹⁷ Een andere reden dat het langzaam gaat met de ontwikkeling van elektronische cognossementen is dat bij de huidige initiatieven belanghebbenden bij hetzelfde systeem met een neutrale ‘Trusted Third Party’ aangesloten moeten

12. Een voorbeeld van een dergelijke bepaling is art. 5 COTIF-CIM: ‘Unless provided otherwise in these Uniform Rules, any stipulation which, directly or indirectly, would derogate from these Uniform Rules shall be null and void. The nullity of such a stipulation shall not involve the nullity of the other provisions of the contract of carriage. Nevertheless, a carrier may assume a liability greater and obligations more burdensome than those provided for in these Uniform Rules.’

13. Art. 25 lid 2 CMNI bevat echter enkele uitzonderingen op deze regel.

14. www.bolero.net.

15. www.essdocs.com.

16. www.transfollow.org.

17. Zie M.H. Claringbould in deze bundel onder 5.1.1.

zijn.¹⁸ Dit vormt een obstakel indien een verscheidenheid aan partijen deel neemt aan de handel van de goederen die vervoerd worden. Ook het vertrouwen in de (cyber)veiligheid speelt een rol. Van Maanen en Regtien menen dat de ‘blockchain’ technologie voor deze problemen een oplossing kan bieden. Deze technologie achter de ‘Bitcoin’ zorgt ervoor dat het systeem voor iedereen toegankelijk en controleerbaar is.¹⁹

Daarnaast is de onzekerheid over het toepasselijke aansprakelijkheidsregime een obstakel. Wat betreft het toepasselijke juridische kader geldt dat de Hague(-Visby) Rules,²⁰ die van toepassing zijn op het vervoer onder cognossement, niet zijn toegesneden op vervoer onder een elektronisch cognossement. Dit is logisch omdat het verdrag ver voor de ontwikkeling van elektronische cognossementen is opgesteld. Omdat het dwingendrechtelijk aansprakelijkheidsregime van dit verdrag uitsluitend van toepassing is op het zeevervoer waarvoor een cognossement of een soortgelijk document als vervoerdocument is afgegeven, rijst de vraag of een elektronisch cognossement wel als zodanig kan worden aangemerkt of dat het vervoer onder elektronisch cognossement moet worden gezien als documentloos vervoer waarop het aansprakelijkheidsregime van de Hague-Visby Rules niet van toepassing is.²¹ De Rotterdam Rules (nog niet in werking) voorzien in tegenstelling tot de Hague-Visby Rules wel in de mogelijkheid tot het gebruik van ‘elektronische vervoerbestanden’ en verdient reeds om die reden aanbeveling.²²

Voor het wegvervoer is de onzekerheid wat betreft het toepasselijk juridische kader in het geval van het gebruik van digitale vrachtbrieven reeds weggenomen. In 2008 is een aanvullend protocol bij de CMR tot stand gekomen met bepalingen over het gebruik van digitale vrachtbrieven.²³ Het CMR-verdrag is op dit punt dus al toekomstbestendig.

6.3.2 Onbemande verkeersmiddelen

Momenteel wordt hard gewerkt aan de ontwikkeling van onbemande verkeersmiddelen. Hierbij kan gedacht worden aan onbemande vrachtauto's in het wegvervoer, aan onbemande schepen in het zeevervoer en aan onbemande vliegtuigen, oftewel ‘drones’, in het luchtvervoer.

18. Van Maanen 2017, p. 9-10.

19. M. van Maanen & I. Regtien, ‘Shipping E-Bills of Lading and the Blockchain Technology Revolution’, *Tort Trial & Insurance Practice* 2018, p. 13-16 (hierna: Van Maanen 2018).

20. Verdrag ter vaststelling van enige eenvormige regelen betreffende het cognossement, tot stand gekomen op 25 augustus 1924 te Brussel (*Trb.* 1953, 109), voor Nederland in werking getreden op 18 februari 1957 (Hague Rules). Protocol tot wijziging van het Internationale Verdrag ter vaststelling van enige eenvormige regelen betreffende het cognossement, tot stand gekomen op 23 februari 1968 te Brussel (*Trb.* 1979, 26), voor Nederland in werking getreden op 26 juli 1982 (Hague-Visby Rules). Voor de volledigheid wijs ik erop dat op 21 december 1979 een Protocol is ondertekend tot omzetting van de gebruikte rekeneenheid van goudfrank naar SDR (*Trb.* 1985, 122), voor Nederland in werking getreden op 14 februari 1984.

21. Van Maanen 2018, p. 14.

22. Zie hoofdstuk 3 Rotterdam Rules.

23. Aanvullend Protocol bij het Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (CMR) inzake de digitale vrachtbrief, tot stand gekomen op 20 februari 2008 te Genève (*Trb.* 2008, 130), voor Nederland in werking getreden op 5 juni 2011.

Het is denkbaar dat in de nabije toekomst onbemande vrachtauto's zullen worden ingezet voor het vervoer van goederen over de weg. Het CMR-verdrag dat van toepassing is op internationaal vervoer van goederen over de weg is in 1956 tot stand gekomen en heeft dus geen rekening gehouden met deze technologische ontwikkeling.²⁴ Toch kunnen de bepalingen van het verdrag op een zodanige wijze worden geïnterpreteerd dat het gebruik van onbemande voertuigen kan worden ingepast in het juridische kader. Ondanks de dwingendrechtelijke aard van het verdrag, laten de bepalingen voldoende ruimte voor een interpretatie die de technologische ontwikkelingen ondersteunt.²⁵ Allereerst is van belang dat het verdrag van toepassing is op vervoer over de weg door middel van voertuigen, waarbij het begrip voertuigen niet vereist dat een bestuurder aan boord is.²⁶ Vervolgens kan afhankelijk van de mate van automatisering – wordt het voertuig op afstand menselijk bestuurd of wordt de besturing geheel overgelaten aan een computer? – de aansprakelijkheid van de vervoerder op verschillende manieren worden ingevuld. Ongeacht hoe het systeem waarmee het voertuig wordt aangestuurd wordt aangemerkt, de vervoerder is aansprakelijk voor verlies en voor beschadiging van goederen tijdens het vervoer, tenzij er redenen zijn om de vervoerder te ontheffen van deze aansprakelijkheid.²⁷ De vervoerder is namelijk verantwoordelijk voor het door hem gebruikte voertuig,²⁸ voor de door hem gebruikte inrichtingen ('equipment'),²⁹ en voor de door hem aangestelde ondergeschikten en andere personen.³⁰ De laatste categorie is van belang indien het voertuig opereert als een robot en kan worden aangemerkt als een rechtspersoon.³¹ In principe is de aansprakelijkheid van de vervoerder gelijk in het geval schade optreedt door een falende onbemande vrachtauto en in het geval gebruik wordt gemaakt van een bemand voertuig. Een flexibele houding ten opzichte van de interpretatie van het CMR-verdrag zorgt er dus voor dat dit verdrag ook passend is bij het gebruik van onbemande voertuigen in het wegvervoer.

Vervolgens komt aan bod de ontwikkeling van onbemande zeeschepen. Sinds vele decennia zijn de Hague(-Visby) Rules de standaard aansprakelijkheidsregeling voor vervoer van goederen over zee. Hoewel het systeem van de Hague(-Visby) Rules

24. Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (CMR), tot stand gekomen op 19 mei 1956 te Genève (*Trb.* 1957, 84), voor Nederland in werking getreden op 2 juli 1961.

25. Dit is grondig onderzocht door Kolacz & Hopster in: Kolacz 2017, p. 41 e.v.

26. Art. 1 lid 2 CMR verwijst voor een omschrijving van het begrip voertuig naar art. 4 van het Verdrag nopens het wegverkeer, tot stand gekomen op 19 september 1949 te Genève (*Trb.* 1951, 81), voor Nederland in werking getreden op 19 oktober 1952. Art. 4 van dit verdrag omschrijft het begrip voertuig als volgt: 'ieder voertuig, voorzien van een mechanisch voortbewegingsmiddel en gewoonlijk gebruikt voor het vervoer van personen of goederen langs de weg, voor zover niet rijdend langs spoorstaven of verbonden met een elektrische geleiding.'

27. Art. 17 CMR.

28. Art. 17 lid 3 CMR.

29. Art. 18 lid 4 CMR.

30. Art. 3 CMR. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de aansprakelijkheid van de vervoerder voor onbemande voertuigen: Kolacz 2017, p. 46-47.

31. Zie voor de vraag of een robot kan worden aangemerkt als een rechtspersoon onder andere: B. Kortmann, 'Intelligente systemen en rechtssubjectiviteit', *NJB* 2018/1363; T. Hartlief, 'Van knappe koppen en hun uitvindingen', *NJB* 2018/878; J.B.S. Hijink, 'De invloed van financiële toezichthouders op intern toezicht: over dynamiek in de praktijk en de robo-commissaris', in: G. van Solinge e.a., *Toezicht. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op 10 en 11 november 2017* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 151), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 120-121; A.C. van Schaick, 'Robot als rechtssubject', *NTBR* 2018/7, afl. 2.

uitgaat van schepen die bemand zijn, kan ook dit verdrag een passend aansprakelijkheidsregime bieden indien een flexibele houding wordt aangenomen bij de interpretatie van de verdragsbepalingen. Op die manier kunnen problemen worden voorkomen bij het in gebruik nemen van onbemande zeeschepen in de toekomst. Het verdrag definieert het begrip schip als 'any vessel used for the carriage of goods by sea'.³² Hieruit volgt dat het aan boord hebben van bemanning, met inbegrip van een kapitein, geen essentieel onderdeel is van het begrip schip. Tevens behoeft de uitgifte van een cognossement niet door een kapitein te worden gedaan, maar volstaat ook de uitgifte door een vervoerder of vertegenwoordiger.³³ Een bepaling die echter wel een progressieve interpretatie behoeft, is Rule III (1) (b) Hague(-Visby) Rules. Deze bepaling verlangt van de vervoerder dat hij redelijke zorg aanwendt voor het voldoende bemannen van het schip. Dit lijkt op het eerste gezicht uit te sluiten dat een onbemand schip zeewaardig kan worden geacht. Toch kan gelet op de strekking van deze bepaling aan de eisen van het verdrag worden voldaan indien het besturingssysteem of een bestuurder aan de wal naar tevredenheid functioneert.³⁴ De vervoerder kan aansprakelijk worden gesteld voor de fouten die worden gemaakt door de besturing aan de wal. De Hague(-Visby) Rules die stammen uit het begin van de twintigste eeuw, vormen aldus geen obstakel voor het in gebruik nemen van onbemande zeeschepen.

In tegenstelling tot het gebruik van onbemande vrachtauto's of schepen heeft het gebruik van drones al een enorme vlucht genomen. Drones worden niet meer uitsluitend gebruikt door defensie, maar ook onder meer door de politie, door de brandweer, door makelaars en daarnaast in de bouw en in de landbouw.³⁵ Je kunt je tevens voorstellen dat drones in de transportsector steeds meer zullen worden ingezet voor het vervoer van goederen. Denk daarbij aan het bezorgen van pakketten die online zijn besteld. Indien het internationaal vervoer betreft, is op dit vervoer het Verdrag van Montreal van toepassing.³⁶ Het verdrag is van toepassing op vervoer door middel van een luchtvaartuig en onder dit begrip valt ook een onbemand luchtvaartuig.³⁷ Het verdrag bevat bepalingen omtrent de aansprakelijkheid van de vervoerder en toepasselijke aansprakelijkheidslimieten in het geval van schade. Ingevolge art. 18 Verdrag van Montreal is de vervoerder aansprakelijk voor schade die wordt geleden in geval van vernieling, verlies of beschadiging van goederen, op grond van het enkele feit dat de gebeurtenis die de schade heeft veroorzaakt,

32. Rule I (d) Hague(-Visby) Rules.

33. Rule III (3) Hague(-Visby) Rules.

34. Van Hooydonk 2014, p. 419; Smeele 2018, p. 55.

35. B.H.M. Custers, 'Aansprakelijkheid voor drones. Technologische ontwikkelingen en de toepasbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht', *MvV* 2018/7-8, p. 235.

36. Verdrag tot het brengen van eenheid in enige bepalingen inzake het internationaal luchtvervoer, tot stand gekomen op 28 mei 1999 te Montreal (*Trb.* 2000, 32), voor Nederland in werking getreden op 28 juni 2004.

37. Het verdrag bevat geen definitie van het begrip luchtvaartuig, maar in het algemeen wordt aangenomen dat kan worden aangesloten bij het Verdrag van Chicago 1944 (Verdrag inzake de internationale burgerluchtvaart, tot stand gekomen op 7 december 1944 te Chicago (*Stb.* 1947, H 165), voor Nederland in werking getreden op 25 april 1947). Zie: I. Koning, *Aansprakelijkheid in het luchtvervoer: goederenvervoer onder de verdragen van Warschau en Montreal*, Zutphen; Paris 2007, p. 64-65 (hierna: Koning 2007). Dit verdrag definieert in Bijlage VII een luchtvaartuig als: 'ieder toestel dat zich in de atmosfeer kan voortbewegen als gevolg van een reactie door de lucht'. Hieronder kan dus ook een drone worden verstaan. Zie: K. Bernauw, 'Drones: The Emerging Era of Unmanned Civil Aviation', *Zbornik PFZ* 2016/66-2-3, p. 231, 246.

plaats heeft gehad tijdens het luchtvervoer. Als goederen worden beschadigd tijdens het vervoer, dan is de vervoerder dus in beginsel aansprakelijk ongeacht of gebruik is gemaakt van een onbemand luchtvaartuig. De toepasselijke aansprakelijkheidslimiet is dan 19 SDR per kilogram, hetgeen neerkomt op ongeveer € 23 per kilogram.³⁸

6.3.3 Pakketvervoer

Het voorgaande laat tevens zien dat bij het vervoer van pakketten, die vaak een gering gewicht hebben en waardevol zijn, de limiet van 19 SDR per kilogram onder het Verdrag van Montreal al gauw tekortschiet. Indien bijvoorbeeld tijdens het vervoer door een drone een gloednieuwe camera met een gewicht van 400 gram verloren gaat, dan kan de vervoerder slechts tot een bedrag van ongeveer € 9 worden aangesproken. Daarbij komt dat deze limiet onder dit verdrag ondoorbreekbaar is, zelfs in het geval van eigen opzet van de vervoerder.³⁹ Een oplossing zou zijn om contractueel een hogere aansprakelijkheidslimiet overeen te komen of volledige compensatie overeen te komen door het opgeven van de waarde van het vervoerde goed.⁴⁰ Het verdrag ondersteunt deze mogelijkheid en laat partijen hierin vrij.⁴¹

Dat limieten in het vervoerrecht te laag zijn als het gaat om pakketvervoer, wordt ook door Verheyen betoogd ten aanzien van het wegvervoer onder het CMR-verdrag.⁴² De limiet onder het CMR-verdrag bedraagt 8,33 SDR per kilogram, hetgeen neerkomt op ongeveer € 10 per kilogram, in het geval van verlies en beschadiging van goederen⁴³ en de limiet in het geval van vertraging, die gebaseerd is op de vrachtprijs, is vaak nog lager.⁴⁴ Deze lage limieten staan in geen verhouding tot de waarde van de goederen die vaak in pakketten worden vervoerd. Deze limieten kunnen tevens tot zorgelijke situaties leiden aan de zijde van de vervoerder, omdat de limieten onder het CMR-verdrag wel kunnen worden doorbroken in het geval van opzet of met opzet gelijk te stellen grove schuld.⁴⁵ De vervoerder zal in dat geval de volledige schade dienen te vergoeden. Net als in het luchtvervoer geldt ook in het wegvervoer dat partijen vrij zijn om contractueel volledige compensatie overeen te komen door het opgeven van de waarde van de goederen. Voor het opgeven van de waarde zal waarschijnlijk wel een toeslag moeten worden betaald.⁴⁶ Een hogere aansprakelijkheidslimiet kan echter niet overeen worden gekomen, omdat de bepalingen tweezijdig dwingend recht bevatten.

Door gebruik te maken van de mogelijkheid om de waarde van de goederen overeen te komen of een verhoging van de limiet af te spreken (hetgeen echter niet in het

38. Art. 22 Verdrag van Montreal.

39. Koning 2007, p. 17.

40. Unz 2016, p. 124; W. Verheyen, 'Onbemande luchtvaartuigen. Vogelvrij of (nu al) gekooid?', *NjW* 2015/322, p. 338 e.v.

41. Art. 22 en 25 Verdrag van Montreal.

42. Zie onder meer: W. Verheyen, 'Is the CMR fit as the applicable regime for B2C e-commerce deliveries?', *EJCCL* 2017-1/2, p. 32.

43. Art. 23 lid 3 CMR.

44. Art. 23 lid 5 CMR.

45. Art. 29 CMR.

46. Art. 26 CMR.

wegvervoer wordt toegelaten), kan door partijen worden ingespeeld op de veranderende aard van de goederen die worden vervoerd.

6.4 Ontwikkelingen in het zeevervoerrecht: is het huidige (dwingende) recht passend?

6.4.1 Ongelijkheid: De totstandkoming van dwingend zeevervoerrecht

Na deze bespreking van de (technologische) ontwikkelingen ten aanzien van verschillende modaliteiten, zal de aandacht gericht worden op contractsvrijheid in het zeevervoerrecht en de vraag of de huidige regelgeving voldoende ruimte biedt voor de veranderende verhoudingen tussen ladingbelanghebbenden en vervoerders.

Wat betreft het zeevervoer bestaat een aantal dwingendrechtelijke verdragen over de aansprakelijkheid van de zeevervoerder. Zoals in de inleiding al aan bod kwam, was de aanleiding voor de totstandkoming van deze verdragen over de zeevervoerovereenkomst en de aansprakelijkheid van de zeevervoerder de contractsvrijheid die leidde tot vergaande exonerationen die zeevervoerders aan het einde van de negentiende eeuw veelvuldig in hun cognossementen bedongen. Door middel van contractuele bedingen wentelden vervoerders de ingevolge de vervoerovereenkomst op hen rustende verantwoordelijkheid ten aanzien van hun zorg voor de lading af op hun wederpartijen. Vervoerders konden in die tijd maar zelden met succes worden aangesproken tot vergoeding van schade. Zij benutten ten volle de vrijheid die zij hadden om hun aansprakelijkheid uit te sluiten. Vervoerders gebruikten uitsluitend standaard voorwaarden waarin hun aansprakelijkheid in een dergelijke mate was uitgesloten dat op de ladingbelanghebbende elk risico rustte. Door de sterke onderhandelingspositie van vervoerders hadden de ladingbelanghebbenden slechts de keuze om hun goederen onder die voorwaarden te vervoeren of helemaal niet. Zoals H. Craandijk in zijn preadvies over de wettelijke regeling van de binnenvaart voor de Vereeniging Handelsrecht in 1924 het treffend omschreef, waren de zeevervoerders er in die tijd ‘in geslaagd (...) de rugzijde van hun cognossementen te vullen met talrijke bewijzen van rechteloosheid harer medecontractanten’ en was net als in de zeevaart ook in de binnenvaart ‘het inladerspubliek voorzien van boekjes en imprimés, die het als de catalogi van zijn volslagen afhankelijkheid kan beschouwen’.⁴⁷ Partijen die goederen wensten te vervoeren hadden geen inspraak in de voorwaarden waaronder dat gebeurde.⁴⁸ Over de zwakkere positie van inladers ten opzichte van vervoerders schreef H. Craandijk in zijn preadvies uit 1924 het volgende:

‘In de tegenstelling van belangen tusschen vervoerders en inladers waren de eersten de sterkere. Juist als bij het zeevervoer stonden bij het binnenslandsch verkeer krachtige organisaties tegenover een ongeorganiseerde massa, waarvan de individuele leden niet in staat waren voor hun belan-

47. H. Craandijk, *Wettelijke regeling van de binnenvaart* (Preadvies Vereeniging Handelsrecht) 1924, p. 19 (hierna: Craandijk 1924).

48. S.D. Girvin, *Carriage of goods by sea*, New York: Oxford University Press 2011, p. 214 (hierna: Girvin 2011).

gen op te komen. En naar mate de vervoerdersorganisaties in kracht toenamen, werd de positie van inladers zwakker.⁴⁹

In reactie op deze ongelijkheid is rond de vorige eeuwwisseling nationale wetgeving tot stand gekomen in onder meer de Verenigde Staten om de vergaande exoneraties in cognossementen te beteugelen. De Amerikaanse Harter Act van 1893 heeft vervolgens model gestaan voor het eerste verdrag waarin bepalingen zijn neergelegd over de aansprakelijkheid van de vervoerder — de Hague Rules van 1924. Daarnaast werd ook in het Nederlandse Wetboek van Koophandel wetgeving geïntroduceerd die het belangenconflict tussen vervoerders en inladers op een vergelijkbare wijze oploste als de Amerikaanse Harter Act van 1893.⁵⁰ De Hague Rules zijn vervolgens in 1956 in het Wetboek van Koophandel geïncorporeerd.⁵¹

De risicoverdeling die sinds het einde van de negentiende eeuw in deze regelingen is neergelegd, is nog steeds actueel. De risicoverdeling tussen de vervoerder en diens wederpartij is aldus vormgegeven dat de vervoerder aansprakelijk is behoudens overmacht of (de toepasselijkheid van een gesloten stelsel van) excepties.⁵² Dit geldt zowel voor het maritieme als voor het niet-maritieme vervoer.

De afgelopen eeuw zijn meerdere verdragen over het zeevervoer tot stand gekomen. Allereerst komt aan bod het zojuist genoemde verdrag dat in 1924 tot stand is gekomen en bekend werd als de Hague Rules. Bij dit verdrag is in 1968 een Protocol gevoegd om de Hague Rules op een beperkt aantal punten te moderniseren. Het verdrag en het Protocol worden samen aangeduid als de Hague-Visby Rules. De Hague-Visby Rules bevatten voornamelijk bepalingen over de aansprakelijkheid van de vervoerder in geval van verlies of beschadiging van lading. Daarnaast bevat het verdrag een aantal bepalingen over het cognossement en de aansprakelijkheid van de wederpartij van de vervoerder. Sinds vele decennia zijn de Hague-(Visby) Rules de standaard aansprakelijkheidsregeling.

Vervolgens zijn in de jaren zeventig van de vorige eeuw de Hamburg Rules tot stand gekomen.⁵³ Dit verdrag vormt een modernisering van het aansprakelijkheidsrecht in het zeevervoer en bevat een uitvoerige regeling over de risicoverdeling tussen de vervoerders en ladingbelanghebbenden. Dit verdrag is echter niet geratificeerd door belangrijke handels- of maritieme landen en wordt om die reden dan ook niet als succesvol gezien. Het zal in deze bijdrage verder slechts zijdelings aan bod komen.

49. Craandijk 1924, p. 18-19.

50. Stb. 1924, 573 en gewijzigd bij Stb. 1926, 171, in werking getreden op 1 februari 1927. Zie de bijdrage van M.H. Claringbould in deze bundel onder 2 voor een beschrijving van het totstandkomingsproces van deze wetgeving. Zie voorts: C.W. Star Busman, *Het wetsontwerp tot herziening van het zeerecht* (Pre-advies Vereniging Handelsrecht) 1920, p. 7-8. In art. 470 e.v. WvK (1927) werd de vrijheid van de vervoerder om zijn aansprakelijkheid uit te sluiten in beginsel niet aangetast, maar het gebruik van bepaalde exoneraties werd ingeperkt.

51. Stb. 1955, 398, in werking getreden op 26 augustus 1956. Zie hiervoor ook de bijdrage van M.H. Claringbould in deze bundel onder 3.2 en 3.3.

52. M. Spanjaart, *Vorderingsrechten uit cognossement*, Zutphen: Paris 2012, p. 276.

53. United Nations Convention on the Carriage of Goods By Sea, tot stand gekomen op 31 maart 1978 te Hamburg.

Wel zal enige aandacht worden besteed aan het in december 2008 in New York tot stand gekomen verdrag waarvan de ondertekeningsceremonie op 23 september 2009 in Rotterdam plaatsvond en dat om die reden bekend staat als de Rotterdam Rules.⁵⁴ Dit zeer omvangrijke verdrag, dat uitvoerige bepalingen bevat over de verplichtingen en aansprakelijkheden van een verscheidenheid van personen die betrokken zijn bij de vervoerovereenkomst, zal mogelijk in de toekomst in werking treden. Het verdrag heeft als voornaamste doel het moderniseren en uniformeren van de bestaande verdragen inzake goederenvervoer over zee en is opgesteld in de verwachting dat het de plaats zal innemen van alle zojuist besproken verdragen. Van belang daarbij is dat het verdrag ook bepalingen bevat voor multimodaal vervoer, om welke reden het als een ‘maritime plus’ verdrag wordt aangeduid. Het gebruik van andere modaliteiten in aanvulling op het zeevervoer, zoals wegvervoer en spoorvervoer, valt binnen het toepassingsgebied van het verdrag. Dit is het meest onconventionele aspect van de Rotterdam Rules. De Hague(-Visby) Rules en de Hamburg Rules zijn uitsluitend van toepassing op zeevervoer. Het verdrag zal pas in werking treden een jaar nadat het door 20 staten is geratificeerd. Bij het schrijven van deze bijdrage staat de teller pas op vier.⁵⁵ Nederland heeft het verdrag ondertekend, maar nog niet geratificeerd. Recentelijk zijn wel enkele stappen ondernomen in die richting. Op 9 en 11 juli 2018 zijn bij de Tweede Kamer twee wetsvoorstellen ingediend tot goedkeuring van de Rotterdam Rules en tot aanpassing van Boek 8 BW.⁵⁶ Toch kan het zijn dat de ratificatie door Nederland nog een tijd op zich laat wachten.⁵⁷ In de memorie van toelichting bij de wetsvoorstellen wordt aangegeven dat Nederland voor de ratificatie van het verdrag eerst de ratificatie door andere staten, waaronder zijn belangrijkste handelspartners, wenst af te wachten.⁵⁸ Het verdrag is voor deze bijdrage toch relevant, omdat het in de toekomst mogelijk in werking zal treden en in ieder geval een bestaande algemene opvatting weergeeft.

6.4.2 Contractsvrijheid onder de internationale verdragen en Boek 8 BW

6.4.2.1 *Hague(-Visby) Rules en Boek 8 BW*

De Hague(-Visby) Rules zijn tot stand gekomen om de excessieve contractsvrijheid die toentertijd bestond in te perken en zij laten in bepaalde situaties contractsvrijheid toe. Om aan te geven in hoeverre contractsvrijheid onder deze regels bestaat, zal allereerst de achtergrond van het toepassingsgebied van het verdrag worden geschetst. Bij de onderhandelingen voor de Hague Rules stonden de belangen van de ladingbelanghebbenden lijnrecht tegenover die van de vervoerders. De ladingbelanghebbenden waren uit op dwingendrechtelijke bepalingen die vervoerders minimumstandaarden zouden opleggen en de vervoerders wilden daarentegen onbeperkte contractsvrijheid. De verdragsopstellers bereikten een commercieel compromis. De vervoerders gaven hun contractsvrijheid op wat betreft de lijnvaart in de periode vanaf het moment van inladen tot na het lossen. Door de Deense reder

54. Art. 88 lid 1 Rotterdam Rules.

55. Op dit moment is het verdrag door Spanje (op 19 januari 2011), Togo (op 17 juli 2012), de Republiek Congo (op 28 januari 2014) en Kameroen (op 11 oktober 2017) geratificeerd.

56. *Kamerstukken II 2017/18, 34992 (R2106), 2; Kamerstukken II 2017/18, 34991, 2.*

57. Zie hiervoor ook de bijdrage van M.H. Claringbould in deze bundel onder 7 en 8.

58. *MvT, Kamerstukken II 2017/18, 34992 (R2106), 3, p. 1.*

A.P. Møller⁵⁹ werd tijdens de CMI-conferentie in oktober 1922 over het onderscheid lijnvaart en wilde vaart het volgende aangegeven:⁶⁰

‘[T]he liner bill-of-lading is full of clauses in small print that few people have the good eyes to read and no one has time to read. Merchants could justly say that there was no freedom of contract in liner bills-of-lading, and ... the whole agitation for reform arose through that circumstance.’

Over de zogenaamde wilde vaart merkte hij daarentegen het volgende op:

‘Tramp shipping (...) is done on a basis of free contract. The bill of lading is not the primary document; the primary document is the charter party, and the charter party is gone through by both parties and signed by both parties. It is generally signed by the merchants and signed over by a representative of the shipowner, at any rate he acts for the owner and the owner must abide by what he does. Therefore the cargo interests are as regards tramp shipping in a much better position to protect their interests, and as there are so many trades in the world it is natural that there will be different charter parties, and it is possible for both parties, and convenient for both parties to be able to do so, to put such special conditions into any given charter party that any given special trade may demand. Therefore I do not really see any need, and as far as my knowledge goes, I never heard of any call, for reform of the present condition of things as regards tramp shipping.’

Deze opmerkingen hebben een zekere invloed gehad. De uitkomst van de verdrags-onderhandelingen is dat de bepalingen van de Hague-(Visby) Rules dwingendrechtelijk van toepassing zijn op het zeevervoer waarvoor een *cognossement* of een soortgelijk document als vervoerdocument is afgegeven en dat charterparties zijn uitgesloten van het toepassingsgebied.⁶¹ Toch moet hierbij vermeld worden dat ook veelal naar de Hague- of de Hague-Visby Rules wordt verwezen in charterparties, waarop deze regels niet rechtens van toepassing zijn.⁶²

59. A.P. Møller heeft in 1904 samen met zijn vader Kapitein Peter Maersk Møller de onderneming opgericht die later A.P. Møller – Maersk werd (inmiddels bekend als Maersk). Zie: www.maersk.com/about/our-history/a-p-moller.

60. F. Berlingieri (red.), *The Travaux Préparatoires of the Hague Rules and of the Hague-Visby Rules*, Antwerpen: CMI 1997, p. 94-95.

61. Charterparties en *cognossementen* zijn beide vervoerdocumenten. In een charterparty wordt een bevrachtingsovereenkomst neergelegd. Dit is een overeenkomst waarbij de vervoerder (een gedeelte van) het schip ter beschikking stelt aan de bevrachter. In het algemeen wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen tijd-, reis- of rompbefrachtiging, maar andere vormen van bevrachting komen ook voor. Een overeenkomst van tijd- of reisbefrachtiging wordt onder het Nederlandse recht tevens aangemerkt als een overeenkomst van vervoer, waarbij de vervoerder (tevens vervoerder) zich jegens de afzender (tevens bevrachter) verbindt tot het vervoer aan boord van een schip (art. 8:373 BW). Daarnaast kan door of namens de vervoerder een *cognossement* (als waardepapier) worden uitgegeven (art. 8:399 BW).

62. Girvin 2011, p. 283; Michael F. Sturley, Tomotaka Fujita & Gertjan van der Ziel, *The Rotterdam Rules*, Londen: Sweet & Maxwell 2010, p. 365 (hierna: Sturley 2010); G.J. van der Ziel, ‘De jongste ontwikkelingen in het zeevervoer’, in: F. de Ly, K.F. Haak & W.H. van Boom (red.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 204-205.

Het dwingendrechtelijk aansprakelijkheidsregime van de Hague-Visby Rules is thans in Boek 8 BW geïncorporeerd.⁶³ Boek 8 BW bevat in afdeling 2 van titel 5 bepalingen over de exploitatie van zeeschepen. De bepalingen van het verdrag zijn terug te vinden in de bepalingen over het cognossementsvervoer en in sommige algemene bepalingen die voor zeevervoer in het algemeen gelden. Boek 8 bevat dus zowel nationale bepalingen als bepalingen ter uitvoering van de Hague-Visby Rules. Hoewel de wet waarbij de Hague Rules in het Wetboek van Koophandel werden geïncorporeerd nog bepaalde dat de aansprakelijkheidsregeling van de Hague Rules op elk vervoer over zee toepasselijk is, wordt in de Nederlandse wet sinds 1968 onderscheid gemaakt tussen vervoer onder cognossement en chartervervoer.⁶⁴ Het dwingendrechtelijke karakter van de bepalingen is thans beperkt tot vervoerovereenkomsten die zijn neergelegd in een cognossement of een soortgelijk document.⁶⁵ Wat onder het begrip 'een soortgelijk document' moet worden verstaan, is niet geheel duidelijk. De vraag rijst bijvoorbeeld of een ander type vervoerdocument, een 'waybill' (vrachtbrief), in die categorie valt. In het algemeen wordt aangenomen dat dit niet het geval is.⁶⁶ In ieder geval is duidelijk dat een charterparty niet onder het begrip valt.

Het komt geregeld voor dat een cognossement wordt uitgegeven uit hoofde van een charterparty. De verhouding tussen de oorspronkelijke vervoerovereenkomst en het cognossement is door de Nederlandse wetgever in art. 8:410 BW uitgewerkt. Deze bepaling houdt in dat indien een vervoerovereenkomst is gesloten en bovendien een cognossement is afgegeven, de rechtsverhouding tussen de vervoerder en de afzender door de bedingen van de vervoerovereenkomst en niet door die van dit cognossement wordt beheerst. De vervoerovereenkomst prevaleert. In dat geval strekt het cognossement slechts tot bewijs van ontvangst van de zaken door de vervoerder. Het cognossement heeft dan pas werking indien het cognossement bij een derde-houder terecht is gekomen.⁶⁷ Door de Hoge Raad is in het arrest *Enarxis* bepaald dat een ontvangstexpediteur die als recht- en regelmatig cognossementhouder in eigen naam, maar in opdracht en voor rekening van de afzender het cognossement aan de vervoerder aanbiedt, voor de toepassing van deze bepaling met de afzender moet worden gelijkgesteld.⁶⁸ Als gevolg van deze bepaling kan een vervoerder zich jegens de afzender/cognossementhouder beroepen op een arbitragebeding of bepalingen in de vervoerovereenkomst die zijn aansprakelijkheid beperken of uitsluiten ongeacht of het cognossement een arbitragebeding bevat of een zwaardere aansprakelijkheid op de vervoerder legt. Indien het cognossement daarentegen in handen is van een derde-houder, dan zijn de bepalingen van de

63. Art. 8:371 BW.

64. Stb. 1968, 658, in werking getreden op 1 januari 1969.

65. Rule I (b) Hague-Visby Rules; art. 8:377 BW.

66. Rb. Rotterdam 15 december 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BT2349, S&S 2010/1 (*Spring Tiger*); Rb. Rotterdam 14 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7438, S&S 2017/13 (*Summer Wind*). Zie ook: M.H. Claringbould, *Het schip en zijn cognossementen*, Deventer: Kluwer 1996, p. 37-43; W.E. Boonk, 'Afdeling 8.5.2 BW en de vrachtbrief', TVR 2017-5/6, p. 188-189 (hierna: Boonk 2017). Zie anders: H. Boonk, *Zeevervoer onder cognossement*, Deventer: Kluwer 1993, p. 45-50.

67. Art. 8:441 lid 2 BW. Zie voor een bespreking van de positie van de derde-houder in Boek 8 BW: M.H. Claringbould, 'Het cognossement', in: W.J.G. Oosterveen e.a., *Vervoersrecht in Boek 8 BW (Preadvis van de Vereniging 'Handelsrecht' en Nederlandse vereniging voor zee-en vervoersrecht)*, 1997, p. 137 e.v.

68. HR 16 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2545, NJ 1999, 284, m.nt. M.H. Claringbould; S&S 1998/53.

Hague-Visby Rules dwingendrechtelijk van toepassing.⁶⁹ In dat geval is nietig elke bepaling waardoor de aansprakelijkheid van de vervoerder of het schip wordt verminderd in vergelijking tot het wettelijk regime.⁷⁰

Uiteindelijk bestaat onder de Hague-Visby Rules en ook onder Boek 8 BW contractsvrijheid indien geen cognossement of soortgelijk document is afgegeven. Daarnaast bestaat contractsvrijheid voor deklading en het vervoer van levende dieren,⁷¹ voor bijzondere niet-commerciële ladingen⁷² en bestaat contractsvrijheid buiten de ‘tackle to tackle-period’.⁷³ Wat betreft het laatste aspect geldt dat de dwingende werking van de bepalingen slechts bestaat voor de ‘tackle to tackle-period’, welke periode loopt vanaf het moment waarop de goederen in de laadhaven aan de schepstakel worden vastgemaakt tot het moment waarop de goederen worden losgemaakt van de takel in de loshaven.⁷⁴ Een aansprakelijkheidsuitsluiting voor schade aan de lading ontstaan in de periode voor het inladen aan boord en na het lossen uit het schip in een zogenaamde ‘before and after-clause’ is dan ook toegelaten. Van deze clausules wordt in cognossementen veelvuldig gebruik gemaakt.⁷⁵

6.4.2.2 (*Hamburg Rules en*) *Rotterdam Rules*

De modernere verdragen — de Hamburg Rules en de Rotterdam Rules — wijken op het gebied van contractsvrijheid op bepaalde punten af van de Hague(-Visby) Rules. In beginsel zetten beide verdragen de traditie van een dwingendrechtelijk aansprakelijkheidsregime voort. De vervoerder is dwingendrechtelijk aansprakelijk in het geval van een schending van een verplichting onder het verdrag. Bedingen die deze verplichtingen of aansprakelijkheid direct of indirect beperken of uitsluiten, zijn nietig.⁷⁶ Het materiële toepassingsgebied van de dwingendrechtelijke bepalingen van beide verdragen wijkt echter af van de Hague(-Visby) Rules. De Hamburg Rules zijn dwingendrechtelijk van toepassing op alle vervoerovereenkomsten, met uitzondering van charterparties, ongeacht de uitgifte van een bepaald type vervoerdocument. Het verdrag is dus niet uitsluitend van toepassing op vervoer van goederen onder cognossement of een soortgelijk document.⁷⁷

De Rotterdam Rules zijn op vergelijkbare wijze als de Hamburg Rules van toepassing op alle vervoerovereenkomsten.⁷⁸ Deze algemene regel die in art. 5 Rotterdam

69. Rule I (b) Hague-Visby Rules bepaalt het volgende: ‘Contract of carriage applies only to contracts of carriage covered by a bill of lading or any similar document of title, in so far as such document relates to the carriage of goods by sea, including any bill of lading or any similar document as aforesaid issued under or pursuant to a charter party from the moment at which such bill of lading or similar document of title regulates the relations between a carrier and a holder of the same.’

70. Rule III (8) Hague-Visby Rules en art. 8:382 lid 1 BW.

71. Rule I (c) Hague-Visby Rules. Vgl. art. 8:382 lid 2 onder sub b en c BW.

72. Rule VI Hague-Visby Rules. Vgl. art. 8:385 BW.

73. Rule VII Hague-Visby Rules. Vgl. art. 8:386 BW.

74. Sturley 2010, p. 364-365.

75. Zie over de uitsluiting van aansprakelijkheid buiten de ‘tackle to tackle-period’: A. Chao & T.H. Nguyen, ‘Verkorting aansprakelijkheidsperiode bij zeevervoer’, TVR 2007, p. 193-197.

76. Art. 79 Rotterdam Rules; art. 23 lid 1 Hamburg Rules.

77. Art. 2 lid 1 lid 3 Hamburg Rules.

78. Het moet daarbij wel gaan om internationaal vervoer, zie: art. 5 Rotterdam Rules; art. 2 Hamburg Rules.

Rules is opgenomen, kent uitzonderingen die zijn omschreven in art. 6 en 7 Rotterdam Rules. Het verdrag sluit charterparties uit van zijn toepassingsgebied en maakt een onderscheid tussen vervoerscontracten in de lijnvaart en de niet-lijnvaart.⁷⁹ Wel verdient opmerking dat onder de Rotterdam Rules, derde-houders van een vervoerdocument, net als derde-cognossementhouders onder de Hague(-Visby) Rules, worden beschermd.⁸⁰ Het verdrag bepaalt echter niet, zoals art. 8:410 BW, of de vervoerovereenkomst of het cognossement van toepassing is op de verhouding tussen de vervoerder en de afzender.⁸¹

Voor een omschrijving van het materiële toepassingsgebied van het dwingendrechtelijk regime is voorts van belang dat de Rotterdam Rules een belangrijke uitzondering introduceren voor contracten waarover waarschijnlijk vrij onderhandeld is door gelijkwaardige ervaren partijen. De Rotterdam Rules hebben een uitzonderingspositie gecreëerd voor de zogenaamde 'volume contracten'.⁸² Dit zijn overeenkomsten 'die voorzie[n] in het vervoer van een omschreven hoeveelheid goederen in een aantal zendingen gedurende een overeengekomen tijdvak'.⁸³ Partijen zijn vrij om van het verdrag afwijkende regelingen te treffen ten aanzien van deze contracten. De bepalingen van het verdrag werken voor dat type vervoerovereenkomst dus als aanvullend recht. Derden worden echter wel beschermd en zijn alleen gebonden aan een afwijkende regeling indien zij daarmee uitdrukkelijk hebben ingestemd.⁸⁴

Daarnaast bevatten de Rotterdam Rules enkele wijzigingen ten aanzien van het dwingendrechtelijk aansprakelijkheidsregime van de vervoerder die zijn ingegeven door de veranderde omstandigheden in de transportsector. Het moderne contract voor vervoer over zee in de lijnvaart is tegenwoordig vaak een multimodale vervoerovereenkomst.⁸⁵ Onder de Rotterdam Rules is om die reden de aansprakelijkheidsperiode van de vervoerder ten opzichte van de situatie onder de Hague(-Visby) Rules uitgebreid. De aansprakelijkheidsperiode van de vervoerder is verbonden aan de vervoerovereenkomst. Als de overeenkomst ziet op vervoer van haven tot haven, dan strekt de aansprakelijkheidsperiode van de vervoerder van haven tot haven. Indien het echter gaat om een multimodale vervoerovereenkomst dan is het verdrag niet alleen dwingendrechtelijk van toepassing op het vervoer over zee maar ook op vervoer voorafgaand aan of volgend op het vervoer over zee. Dit houdt in dat het verdrag van toepassing kan zijn op bijvoorbeeld vervoer over de weg of vervoer over de binnenwateren dat plaatsvindt in aanvulling op het zeevervoer.⁸⁶

79. 'Lijnvaart' wordt in art. 1 lid 3 Rotterdam Rules als volgt omschreven: 'een vervoersdienst die door middel van publicatie of soortgelijke middelen wordt aangeboden en wordt uitgevoerd door schepen die op basis van een reguliere dienstregeling varen tussen omschreven havens overeenkomstig openbaar gemaakte afvaartschema's'. Niet-lijnvaart is volgens art. 1 lid 4 Rotterdam Rules 'elk vervoer dat geen lijnvaart is'.

80. Art. 7 Rotterdam Rules.

81. MvT, *Kamerstukken II* 2017/18, 34991, 3, p. 24.

82. Art. 80 Rotterdam Rules.

83. Art. 1 lid 2 Rotterdam Rules.

84. Art. 80 lid 5 Rotterdam Rules.

85. G. van der Ziel, 'Multimodal Aspects of the Rotterdam Rules', *CMI Yearbook* 2009, p. 302.

86. Art. 1 lid 1, 26 en 82 Rotterdam Rules. Zie voorts: M.A.I.H. Hoeks, 'De actieradius van de Rotterdam Rules', in: G.J. van der Ziel e.a., *Rotterdam Rules en Boek 8 BW (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht en de Nederlandse vereniging voor zee- en vervoersrecht)*, Deventer: Kluwer 2010, p. 36-48.

Wat betreft deze ‘door to door-benadering’ wijkt het verdrag af van de Hague (-Visby) Rules die slechts dwingendrechtelijk van toepassing zijn op de ‘tackle to tackle-period’. Art. 12 Rotterdam Rules bepaalt dat de vervoerder verantwoordelijk is voor de goederen vanaf het moment van de inontvangstneming tot de aflevering van de goederen. De inontvangstneming en aflevering hoeft niet plaats te vinden in een haven, maar kan ook plaatsvinden op een locatie in het achterland. Art. 12 Rotterdam Rules laat de partijen vrij om het tijdstip en de locatie van de inontvangstneming en aflevering zelf overeen te komen. De inontvangstneming mag echter niet later zijn dan de eerste belading en de aflevering niet eerder dan de laatste lossing. Voor een puur maritieme vervoerovereenkomst levert dit dus niets nieuws op ten opzichte van de Hague(-Visby) Rules. Partijen kunnen afspreken dat de aansprakelijkheidsperiode van de vervoerder aanvangt op het moment dat de goederen aan de scheepstakel worden vastgemaakt en dat de aansprakelijkheidsperiode eindigt op het moment dat de goederen worden losgemaakt van de scheepstakel. Indien daarentegen multimodaal vervoer is afgesproken, dan is de vervoerder verantwoordelijk voor de goederen gedurende het gehele traject.⁸⁷ De dwingendrechtelijke bepalingen van het verdrag zijn dan dus ook van toepassing op de verplichtingen van de vervoerder zoals het behandelen, bewaren en verzorgen van de goederen in de periode dat de goederen op de kade staan in afwachting van transport of aflevering. De zogenaamde ‘before and after-clauses’ die aansprakelijkheid uitsluiten in de periode voor het laden en na het lossen zijn in dat geval dus nietig.

Een nieuwigheid van de Rotterdam Rules ten opzichte van de Hague(-Visby) Rules is voorts dat de dwingendrechtelijke bepalingen van de Rotterdam Rules van toepassing zijn op vervoer aan dek van het schip.⁸⁸ Onder de Hague(-Visby) Rules bestaat daarentegen contractsvrijheid wat betreft deklading, hoewel de regels vaak contractueel van toepassing worden verklaard.⁸⁹

De Rotterdam Rules hebben tevens een regeling voor het vervoer van levende dieren en bepaalde andere goederen die een speciale regeling behoeven. Onder voorwaarden is een beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid in die gevallen toegelaten.⁹⁰

Tevens is van belang dat de moderne wetgeving van de Rotterdam Rules naast de bepalingen over de verplichtingen en de aansprakelijkheid van de vervoerder ook gedetailleerde bepalingen kent over de verplichtingen en aansprakelijkheden die op de afzender, als de wederpartij van de vervoerder, en andere ladingbelanghebbenden rusten.⁹¹ De Rotterdam Rules bevatten bepalingen over de verplichtingen en aansprakelijkheden van de afzender, de geadresseerde, de partij met zeggenschap,

87. Sturley 2010, p. 86-89.

88. Art. 25 Rotterdam Rules.

89. Andere nieuwigheden onder het verdrag zijn voorts dat de hulppersonen van de vervoerder die als ‘maritime performing party’ kunnen worden aangemerkt onder het dwingendrechtelijk regime van de Rotterdam Rules worden gebracht (art. 4 jo. art. 19 lid 1 Rotterdam Rules). F.G.M. Smeele, ‘The maritime performing party in the Rotterdam Rules 2009’, *EJCCL* 2010-1/2, p. 72-86.

90. Art. 81 Rotterdam Rules.

91. Hoofdstuk 7 Rotterdam Rules.

de houder en de documentaire afzender. De aansprakelijkheid van de afzender vloeit voort uit een tekortkoming in de nakoming van de door het verdrag genoemde verplichtingen. Het gaat dan bijvoorbeeld om de verplichting om de goederen gereed voor het vervoer aan te leveren,⁹² om informatie, instructies en documenten te verstrekken,⁹³ en om de vervoerder te informeren over de gevaarlijke aard van de goederen en deze te voorzien van de vereiste merktekens of etiketten.⁹⁴ Van deze aansprakelijkheidsregeling mag niet worden afgeweken in bedingen in de vervoerovereenkomst. Dit geldt voor bedingen die de verplichtingen en aansprakelijkheden van de afzender uitsluiten, beperken en verzwaren.⁹⁵ Deze bepalingen bevatten dus meerzijdig dwingend recht.

In de toelichting op het recente wetsvoorstel tot aanpassing van Boek 8 BW aan de Rotterdam Rules is tot uitdrukking gebracht dat de bepalingen van de Rotterdam Rules goed aansluiten bij de huidige tijd. De keuze is voorts gemaakt om de Rotterdam Rules bij de uitvoering niet te incorporeren in Boek 8 BW.⁹⁶ De reden hiervoor is dat de huidige situatie, waarin de Hague-Visby Rules zijn geïncorporeerd in Boek 8 BW, moeilijkheden met zich brengt. Doordat de huidige zeevervoerrechtelijke regeling in Boek 8 BW bestaat uit zowel nationale bepalingen als bepalingen ter uitvoering van de Hague-Visby Rules, ontstaan moeilijkheden bij de interpretatie en toepassing van de bepalingen. In de toelichting is daarnaast benadrukt dat de regeling in Boek 8 BW over het zeevervoer aan enige modernisering toe is.⁹⁷

6.4.3 Toekomst: Aanpassing van het huidige recht aan de wensen van de tijd?

De vraag rijst hoe de regeling in Boek 8 BW het beste kan worden aangepast om wat betreft de contractsvrijheid het gewenste doel te bereiken. In de voorgaande paragrafen is naar voren gekomen wat ten grondslag lag aan het opstellen van dwingendrechtelijke bepalingen van de zeevervoerrechtelijke verdragen en de op de Hague-Visby Rules geënte regeling in Boek 8 BW. Uiteindelijk is het doel om partijen die geen of een zwakke onderhandelingspositie hebben en voorwaarden opgelegd krijgen waarin ze geen inspraak hebben, te beschermen. De dwingendrechtelijke bepalingen zorgen er dan voor dat niet het hele risico van de onderneming op deze zwakkere partij wordt afgewenteld. De Hague-Visby Rules (en daarmee ook het huidige Boek 8 BW) proberen dit doel te bereiken door een onderscheid te maken tussen vervoer onder cognossement en charterparties. Eigenlijk werd hiermee beoogd om de dwingendrechtelijke bepalingen toe te passen op de lijnvaart (waarin cognossementen werden uitgegeven), en daarbij de partijen in de wilde

92. Art. 27 Rotterdam Rules.

93. Art. 29 Rotterdam Rules.

94. Art. 32 Rotterdam Rules.

95. Zie: P.A.M. van Schouwenburg-Laan, 'Aansprakelijkheid van de afzender onder de Rotterdam Rules', in: G.J. van der Ziel e.a., *Rotterdam Rules en Boek 8 BW (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht en de Nederlandse vereniging voor zee- en vervoersrecht)*, Deventer: Kluwer 2010, p. 137-139.

96. Dit is in lijn met de conclusie van Teunissen in zijn preadvies: J.H.J. Teunissen, 'Rotterdam Rules: implementatie in Boek 8 BW?', in: G.J. van der Ziel e.a., *Rotterdam Rules en Boek 8 BW (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht en de Nederlandse vereniging voor zee- en vervoersrecht)*, Deventer: Kluwer 2010, p. 185-186.

97. MvT, *Kamerstukken II* 2017/18, 34991, 3, p. 3.

vaart (op basis van charterparties) vrij te laten om naar eigen goeddunken te onderhandelen en tot een overeenkomst te komen.

Het doel om de zwakkere partij te beschermen is nog steeds actueel. Tegenwoordig kan echter het onderscheid tussen gevallen waarin bescherming van een zwakkere partij wel nodig is en gevallen waarin dat niet nodig is, niet meer worden gemaakt door te denken in de categorieën vervoer onder cognossement en charterparties. Allereerst kunnen niet meer alle commerciële transacties eenvoudig worden ondergebracht in een van deze twee categorieën. Zo bestaan er bijv. 'slot charters' of 'space charters', sleepcontracten of service contracten, die niet in alle gevallen onder een van deze noemers kunnen worden gebracht.⁹⁸ Tevens wordt in de praktijk steeds meer gebruik gemaakt van een 'waybill' (vrachtbrief), waarop het dwingendrechtelijk aansprakelijkheidsregime niet van toepassing is. Toch rijst de vraag of de geadresseerden onder een vrachtbrief bescherming behoeven.⁹⁹ Daarnaast geldt ook niet meer altijd (zelfs niet bij cognossementsvervoer) dat vervoerders als machtige contractspartijen een veel sterkere onderhandelingspositie hebben bij het sluiten van overeenkomsten met verladers. De opkomst van containervervoer in tweede helft van de twintigste eeuw heeft er onder andere voor gezorgd dat verladers een sterkere positie hebben gekregen. Er bestaat meer concurrentie tussen vervoerders en daarnaast hebben partijen zoals grote expediteurs die grote hoeveelheden lading laten verschepen, een sterke economische onderhandelingspositie.¹⁰⁰ De krachtige vervoerdersorganisaties tegenover een ongeorganiseerde massa, zoals Craandijk het speelveld in zijn preadvies uit 1924 beschreef, is op dit moment een te simplistische weergave.

Op welke manier kan bij deze veranderende omstandigheden de zwakkere partij worden beschermd? Zoals hierboven beschreven proberen de Rotterdam Rules recht te doen aan de nieuwe situatie door een dwingendrechtelijk regime te introduceren voor alle vervoerovereenkomsten, met uitsluiting van charterparties, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen lijnvaart en niet-lijnvaart en door een aparte regeling van aanvullend recht in te voeren voor volumecontracten.

In Duitsland heeft de wetgever de inwerkingtreding van de Rotterdam Rules niet afgewacht en is het nieuwe Duitse zeerecht in 2013 reeds in werking getreden.¹⁰¹ De uitvoerige regeling en de doelstellingen van de Rotterdam Rules hebben wel aanzienlijke invloed gehad bij de totstandkoming van het nieuwe Duitse zeerecht. Het biedt een wettelijk regime waarin de aansprakelijkheid van de vervoerder is geregeld. In navolging van de Hamburg Rules en de Rotterdam Rules is het toepassingsgebied uitgebreid. Niet langer wordt aangeknoopt bij de uitgifte van een cognossement en daarnaast bestrijkt de aansprakelijkheidsperiode van de vervoerder de gehele periode waarin de goederen onder de hoede van de vervoerder zijn.¹⁰²

98. G.J. van der Ziel, 'De Rotterdamse Regels', in: G.J. van der Ziel e.a., *Rotterdam Rules en Boek 8 BW (Preadvies van de Vereniging Handelsrecht en de Nederlandse vereniging voor zee- en vervoersrecht)*, Deventer: Kluwer 2010, p. 5-6.

99. Boonk 2017, p. 185-190.

100. Sturley 2010, p. 366-367.

101. Het Gesetz zur Reform des Seehandelsrechts is op 25 april 2013 in werking getreden.

102. § 498 HGB.

Aansprakelijkheidsuitsluitingen in algemene voorwaarden voor de periode vóór het laden en na het lossen, worden niet meer toegelaten.

Verder wijkt de regeling echter af van de Rotterdam Rules op het gebied van de dwingendrechtelijke aard van zijn bepalingen. De Duitse regeling voorziet in de mogelijkheid om binnen bepaalde grenzen contractueel af te wijken van het wettelijke regime. § 512 HGB, welke bepaling overeenstemt met § 449 HGB voor het niet-maritieme vervoer, bepaalt in de kern dat van de wettelijke regeling kan worden afgeweken in een individueel onderhandelde overeenkomst. Daarnaast wordt slechts een beperkt aantal wijzigingen in algemene voorwaarden toegelaten, zoals een verhoging van de aansprakelijkheidslimiet van de vervoerder en de uitsluiting van aansprakelijkheid voor een nautische fout en voor brand. Op dit gebied wijkt de Duitse regeling af van de internationale verdragen.

Ter illustratie van de werking van de Duitse regeling verwijs ik naar een recente uitspraak van het *Oberlandesgericht München*. In de zaak die ten grondslag lag aan die uitspraak stond centraal een van het wettelijke systeem afwijkende afspraak in een vervoerovereenkomst.¹⁰³ Het ging om het vervoer van een aantal nieuwe vrachtwagens naar onder andere Bremerhaven. Partijen hadden al vaker zaken met elkaar gedaan en ook voor dit vervoer afgesproken dat de (hoofd)vervoerder, die zelf niet over vervoermiddelen beschikte, ondervervoerders zou inschakelen om de vrachtwagens te vervoeren. Zij bedongen in hun overeenkomst dat de ladingbelanghebbende in geval van schade niet bij de hoofdvervoerder als zijn contractuele wederpartij terecht zou kunnen voor schadevergoeding – hetgeen volgens het wettelijk systeem mogelijk zou zijn –, maar dat de ladingbelanghebbende in dat geval direct de schadeveroorzakende ondervervoerder moest aangespreken. De ladingbelanghebbende stelde echter toch een vordering in jegens de hoofdvervoerder. De Duitse rechters wezen de vordering af en stonden het beroep van de hoofdvervoerder op de individueel onderhandelde afspraak toe. De afspraak tussen partijen werd gehonoreerd.¹⁰⁴

Onder het Duitse recht bestaat aldus een grotere contractsvrijheid voor partijen die onderhandeld hebben over de voorwaarden waaronder wordt vervoerd. Partijen die individueel hebben onderhandeld, kunnen afwijken van het wettelijke regime met inbegrip van de aansprakelijkheidsbepalingen. Het gaat er dan om dat de partijen tijdens de contractonderhandelingen invloed hebben kunnen uitoefenen op de inhoud van de contractuele bedingen. Het is daarbij niet vereist dat de partijen samen de bedingen hebben geformuleerd, maar van belang is dat een voorstel van een partij serieus in aanmerking is genomen.¹⁰⁵ De bewijslast dat van een individueel onderhandelde overeenkomst sprake is, rust op de partij die een beroep wenst te doen op een van het wettelijke regime afwijkend beding.¹⁰⁶ Derden worden hierbij wel beschermd. Tegenover een derde-cognossementhouder gelden alleen

103. OLG München 13 september 2017, ECLI:DE:OLGMUEN:2017:0913.7U4585.16.0A, RdTW 2018/71.

104. Het ging hier om een beroep op § 449 HGB, omdat het spoorvervoer betrof.

105. De terminologie van deze bepaling sluit aan bij § 305 BGB, waarover uitvoerige rechtspraak bestaat.

106. R. Herber, 'HGB § 512 Abweichende Vereinbarungen', in: K. Schmidt, C. Beate & R. Herber (red.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München: Beck 2014, Rn. 6-9.

afwijkende bedingen die voor hem gunstiger zijn dan de wettelijke regeling.¹⁰⁷ Deze regeling sluit op het gebied van de contractsvrijheid aan bij de doelstellingen van de opstellers van de door de jaren heen opgestelde zeevervoerrechtelijke verdragen en gaat direct op dit doel af. Zwakkere partijen worden nog steeds beschermd, maar gelijkwaardige partijen die onderhandelen over de vervoersvoorwaarden kunnen hieraan gebonden worden.

Een bepaling met deze strekking in het Nederlandse zeevervoerrecht zou tevens aansluiten bij het systeem van Boek 8 BW. In de bepalingen over het wegvervoer is immers een vergelijkbare regeling getroffen.¹⁰⁸ Art. 8:1102 BW bepaalt dat partijen van het wettelijk aansprakelijkheidsregime mogen afwijken zowel ten voordele als ten nadele van de vervoerder. Daarvoor gelden wel enige voorwaarden. Een van het wettelijk regime afwijkend beding is toegestaan indien 'dit beding uitdrukkelijk en anders dan door een verwijzing naar in een ander geschrift voorkomende bedingen, is aangegaan bij een in het bijzonder ten aanzien van het voorgenomen vervoer aangegane en in een afzonderlijk geschrift neergelegde overeenkomst.' Hieruit volgt dat niet kan worden volstaan met een verwijzing naar algemene voorwaarden. Het is vereist dat een afwijkend beding schriftelijk, bijvoorbeeld in een vrachtbrief, is overeengekomen voor het betreffende vervoer. Indien de praktijk het wenst, worden gelijkwaardige partijen onder het Nederlandse wegvervoerrecht de vrije hand gelaten om onder voorwaarden te vervoeren die passend zijn bij de specifieke situatie.¹⁰⁹ Een vergelijkbare bepaling zou ook in het zeevervoerrecht passend zijn.

6.5 Slotsom

In de honderd jaar dat de Vereniging Handelsrecht bestaat, hebben zich in de transportsector een groot aantal ontwikkelingen voorgedaan. Enkele voorbeelden daarvan zijn elektronische cognosementen, digitale vrachtbrieven, de opkomst van onbemande verkeersmiddelen en het pakketvervoer. Bij het opstellen van de vervoerrechtverdragen die op dit moment in werking zijn, kon vaak geen rekening worden gehouden met deze recente ontwikkelingen. De verdragen zijn echter dwingendrechtelijk van toepassing en vormen daarmee de basis waarop zaken worden beslist die nu of in de toekomst voor de rechter komen. Het kan dus voorkomen dat de tekst van een verdrag niet (goed) aansluit bij de technologische ontwikkelingen en de veranderende samenleving. In sommige gevallen is aanpassing van het juridisch kader vereist. Toch kunnen de bepalingen in de meeste gevallen op een zodanige wijze worden geïnterpreteerd dat de ontwikkelingen kunnen worden ingepast in het huidige juridische kader.

Door de veranderende verhouding tussen ladingbelanghebbenden en vervoerders behoeft de Nederlandse zeevervoerrechtelijke regeling in Boek 8 BW, die is gebaseerd op regelgeving die begin vorige eeuw tot stand is gekomen, echter wel enige aan-

107. § 525 HGB.

108. Vgl. ook art. 8:902 BW (vervoer over de binnenwateren).

109. M.H. Claringbould, *Parlementaire Geschiedenis van Boek 8 BW*, Deventer: Kluwer 1992, p. 1051-1052. Zie ook: HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9308, NJ 2001/391, m.nt. K.F. Haak; S&S 2001/61 (*Overbeek/Cigna*); en voor een bespreking van deze bepaling de kritische annotatie van K.F. Haak onder HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0657, NJ 2002/495 (*Geldnet/Kwantum*), onder 6.

passing aan de wensen van de tijd. Op het gebied van het zeevervoerrecht zijn gedurende de afgelopen honderd jaar een aantal internationale verdragen tot stand gekomen om de aansprakelijkheid van de zeevervoerder te regelen. De Nederlandse wetgever heeft onlangs stappen ondernomen om het nieuwste verdrag — de Rotterdam Rules — goed te keuren en Boek 8 BW aan dit verdrag aan te passen. Dit is goed nieuws. Dit moderne verdrag sluit aan bij de ontwikkelingen in de transportsector. Bij de aanpassing moet wel in acht worden genomen dat het wenselijk is dat partijen die geen of een zwakke onderhandelingspositie hebben, worden beschermd door een dwingendrechtelijke aansprakelijkheidsregeling. Indien partijen echter in staat zijn om op gelijke voet afspraken te maken over de voorwaarden waaronder wordt vervoerd, dan dienen zij vrij te zijn om afspraken te maken die passen bij hun specifieke situatie. De verdragen die sinds het begin van de twintigste eeuw tot stand zijn gekomen hebben alle dit doel nagestreefd en daaraan telkens op een andere manier invulling gegeven. Ook bij de onderhandelingen over de Rotterdam Rules bestond consensus over het idee dat dwingend recht niet van toepassing behoeft te zijn op overeenkomsten waarover individueel is onderhandeld door gelijkwaardige partijen.¹¹⁰ Dit leidde uiteindelijk tot de regeling over volumecontracten.¹¹¹ De ratificatie van de Rotterdam Rules dient te worden nagestreefd om de gewenste uniformiteit die dit met zich brengt. Uniformiteit en de daarmee samenhangende voorspelbaarheid van toepasselijke regels kan echter alleen worden bereikt indien belangrijke handelspartners van Nederland zich aansluiten en dat is op dit moment nog maar de vraag. Indien de inwerkingtreding van de Rotterdam Rules nog op zich laat wachten, dan is het aan de Nederlandse wetgever om het huidige recht toch aan de wensen van de tijd aan te passen. De Duitse wetgever is ons reeds voorgegaan en heeft zich in grote mate laten beïnvloeden door de Rotterdam Rules. Wat betreft de contractsvrijheid van partijen bij een vervoerovereenkomst heeft de Duitse wetgever een bepaling opgenomen om flexibel om te gaan met de veranderende omstandigheden in het zeevervoer. Aan de heldere regel dat ongeacht de uitgifte van een bepaald type vervoerdocument, partijen die individueel hebben onderhandeld kunnen afwijken van het wettelijke regime, kan in het Nederlandse wetgevingsproces naar mijn mening inspiratie worden ontleend. Een bepaling met die strekking sluit aan bij het systeem van Boek 8 BW en is bovendien toekomstbestendig.

110. Zie het rapport van de 12e sessie van Werkgroep III (vervoerrecht), A/CN.9/544, onder 78-80.

111. Sturley 2010, p. 375-378.

Documentair krediet

Hoofdstuk 7

Het documentair krediet – wie revitaliseert de ‘oude tante’?

Mr. M.A.W. van Maanen en mr. L.J. van Baren *

7.1 Inleiding

7.1.1 Het documentair krediet (of in het Engels ‘Letter of Credit’ (L/C)) is een klassieke rechtsfiguur uit het handelsrecht. De bank die een documentair krediet stelt, belooft betaling tegen presentatie van bepaalde, nauwkeurig omschreven documenten binnen een bepaalde termijn. De betalingstoezegging is onherroepelijk en geschiedt in opdracht van de koper. De betaling geschiedt voor zijn rekening, ook al neemt de bank een eigen betalingsverplichting op zich. Door die betaling wordt de primaire verbintenis van de koper, ter betaling van de koopprijs, voldaan, aldus prof. mr. F.H.J. Mijnsen als preadviseur in 1984.¹

7.1.2 Het documentair krediet heeft in haar lange geschiedenis veel van haar oorspronkelijke populariteit en glans verloren, terwijl haar basis hetzelfde is gebleven. De vraag is gerechtvaardigd of zij als ‘oude tante’ nog toekomst heeft? Wat zijn dan de ouderdomsgebreken van deze ‘oude tante’ en zijn zij te verhelpen? Het 100-jarig lustrum van de Vereniging is een goede gelegenheid tot reflectie² en een korte blik op de toekomst. Hierbij zal ook aandacht worden besteed aan de vraag of de toekomst van het documentair krediet ligt in de digitalisering van het instrument. Deze vraag sluit aan bij eerdere preadviezen van de Vereniging waar modernisering en technologische ontwikkelingen centraal stonden, zoals de preadviezen uit 1987 over de juridische aspecten van moderne betaalmiddelen en de preadviezen uit 2001 over de digitalisering van de wissel en het cognossement. Deze laatste preadviezen hadden de overkoepelende titel ‘Afscheid van papier – handelsrecht en moderne technologie’.³ Dat afscheid nemen van papier lijkt nog niet te zijn gelukt en speelt, zo zullen wij bespreken, ook bij de digitalisering van het documentair krediet een belangrijke rol.

* Marc van Maanen en Lianne van Baren zijn beiden werkzaam bij Van Traa Advocaten te Rotterdam.

1. F.H.J. Mijnsen, *De bankgarantie* (Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’), Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 20.
2. Hierbij hebben wij mede geput uit eerdere publicaties over documentair krediet: M.A.W. van Maanen, ‘Enkele recente ontwikkelingen in het documentair kredietrecht’, *NTHR* 2007, afl. 2, p. 52-63 ook gepubliceerd in: C. Dehouck (red.), *Incoterms en betalingstechnieken in de internationale handel*, Brugge: Die Keure 2007, p. 185-214 alsmede M. van Maanen & A. van Veen, ‘Toepasselijk recht op documentair krediet verhoudingen onder het EVO en Rome I’, *NIPR* 2012, afl. 1, p. 12-18; en L. van Baren, ‘Documentair krediet en toepasselijk recht’, *NTHR* 2013, afl. 3, p. 149-156. Wij danken Hugo Verschoren, voormalig ING-bankier Trade Finance nu onafhankelijk consultant, voor zijn inspirerende gedachten over de hervorming van het documentair krediet en mr. dr. S.A. Kruisinga voor haar commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.
3. *Afscheid van papier, handelsrecht en moderne technologie* (Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’), Deventer: W.E.J. Willink 2001.

7.1.3 Dit preadvies is als volgt opgebouwd. Wij zullen eerst ingaan op de historie en actuele trends (§ 7.2), de UCP 600 (§ 7.3), de betrokkenheid van de banken (§ 7.4), de vormen van beschikbaarstelling van het documentair krediet en enige knelpunten (§ 7.5) en het beginsel van 'strict compliance' (§ 7.6). Wij richten vervolgens onze blik op de toekomst en zullen verschillende initiatieven van de ICC in het kader van de digitalisering van het documentair betalingsverkeer bespreken (§ 7.7). Hierna zal kort aandacht worden besteed aan (zeer) recente technologische ontwikkelingen zoals het gebruik van blockchain, platforms en smart contracts (§ 7.8). Wij zullen afronden met enige slotopmerkingen (§ 7.9).

7.2 Historie en actuele trends

7.2.1 Het documentair krediet is van oudsher hét betalingsinstrument bij de afwikkeling van de koop en betaling van de koopprijs in de internationale handel. In het begin van de twintigste eeuw zou meer dan 50% van de internationale handel gefinancierd worden door het documentair krediet. Zelfs in de jaren tachtig van de vorige eeuw is het documentair krediet door de Engelse rechter nog omschreven als 'The life blood of international commerce'.⁴ In die zin is het vreemd dat de Vereniging, in de gloriejaren van het documentair krediet, nooit een preadvies heeft gewijd aan dit onderwerp. In de klassieke handboeken over het handelsrecht heeft het documentair krediet ook altijd een prominente plaats ingenomen. Tot in de jaren negentig van de vorige eeuw verschijnen er nog regelmatig boeken exclusief over het documentair krediet.⁵

7.2.2 Dat het documentair krediet een belangrijke rol speelde in de financiering van de overzeese handel hangt samen met haar zekerheidsfunctie. Dit blijkt ook uit de geschiedenis van het instrument. Het gebruik van het documentair krediet is in het begin van de twintigste eeuw, na de Eerste Wereldoorlog, in een stroomversnelling terechtgekomen. Door de oorlog bestond een deel van de gevestigde handelsrelaties niet meer en was men genooddaakt overeenkomsten te sluiten en handel te drijven met onbekende partijen.⁶ Er ontstond meer en meer een behoefte om de financiering van de internationale handel te reguleren en de zekerheid te creëren dat pas dan tot betaling zou worden overgegaan indien aan bepaalde voorwaarden was voldaan.

7.2.3 Na WOII is de daling van het gebruik van het documentair krediet ingezet. In de jaren vijftig van de vorige eeuw werd nog de helft van de internationale handel gefinancierd met documentair krediet. Volgens recente cijfers is dat percentage nu minder dan 10%. Zelfs in een voormalig L/C-bolwerk als China is het gebruik

4. Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 5 december 1983, *Bolivinter Oil S.A. v Chase Manhattan Bank*, [1984] 1 *Lloyd's Rep.* 251.

5. Vergelijk M.N. Boon, *De internationale koop en het documentair accreditief* ingevolge de UCP 1993, Deventer: Kluwer 1997; R. van Delden & F.A.W. Bannier, *Betalingsverkeer (documentair krediet/documenten)*, Deventer: Kluwer 1999. Voor de Belgische literatuur is het proefschrift van Chr. Dehouck, *Documentair krediet*, Brugge: Die Keure 2007 (hierna: Dehouck 2007) van meer recente datum.

6. Zie voor een meer uitgebreide beschrijving van de geschiedenis van het documentair krediet: F.P. de Rooy, *Documentaire kredieten*, Deventer: Kluwer 1980, p. 3 e.v.

in de periode 2015-2017 teruggevallen tot 15%.⁷ Het documentair krediet wordt nog wel intensief gebruikt in (de handel met) de opkomende economieën van Zuidoost-Azië (bijvoorbeeld Bangladesh, Cambodja, Vietnam en India) en delen van Afrika. In deze regio's is geavanceerde handelsfinanciering nog beperkt ontwikkeld en in sommige gevallen is ook het politieke klimaat instabiel, hetgeen de behoefte aan zekerheid bij de handelspartner vergroot. Dat maakt het documentair krediet in die landen een ideaal hulpmiddel voor het ontwikkelen van de exporteconomie. Ter illustratie, uit de meest recente survey van de ICC bleek bijvoorbeeld dat Iran in 2017 de grootste stijging in het gebruik van het documentair krediet liet zien.⁸

7.2.4 Veel van de wereldhandel geschiedt nu op basis van 'open account'.⁹ Een van de redenen voor het stijgende gebruik van de financiering op deze basis is de toenemende globalisering. Met name grote multinationals en internationaal opererende bedrijven hebben vaak vestigingen en vaste contacten in verschillende landen hetgeen het drijven van handel in het buitenland vergemakkelijkt en bijdraagt aan het vertrouwen in buitenlandse handelspartners. Ook wordt steeds meer gebruik gemaakt van andere (goedkopere en minder complexe) wijzen van financiering van de handelsketen.¹⁰ Hierbij kan onder andere gedacht worden aan de verkoop van vorderingen (zoals bijvoorbeeld forfaiting¹¹ en factoring¹²), het verstrekken van leningen (bijvoorbeeld pre-shipment financiering), het gebruik van een kredietverzekering, een betalingsgarantie en/of (gedeeltelijke) vooruitbetaling.

7.2.5 Onder het in § 7.2.3 genoemde percentage van (minder dan) 10% van de handel die gefinancierd wordt met behulp van een documentair krediet valt overigens tevens het nauw aan het documentair krediet verwante documentair incasso ('cash against documents'). Bij de betalingsafspraken 'cash against documents' is de koper gehouden de koopprijs te betalen bij aanbidding van vooraf overeengekomen documenten. Banken verklaren veelal de ICC Uniform Rules for Collections (URC) van toepassing op de incasso. Deze figuur wordt met name gebruikt voor de 'kleinere tickets'. Ook hier is het leidende beginsel: 'gelijk oversteken'. Typierend voor deze betalingsafspraken is dat een door de verkoper ingeschakelde bank als lasthebber belast is met de ruil. De bank ontvangt de documenten van de verkoper. Zij zegt

7. *Global trade – securing future growth. ICC global survey on trade finance 2018* (ICC Publication, No. 890E), Paris: ICC 2018, p. 61 e.v. (hierna: ICC global survey on trade finance 2018), zie iccwbo.org/publication/global-survey-2018-securing-future-growth.

8. ICC global survey on trade finance 2018, p. 61 e.v.

9. ICC global survey on trade finance 2018, p. 13 spreekt over een percentage van ca. 80% 'of trade activity is on open account'.

10. Zie over deze alternatieve wijzen van financiering bijvoorbeeld 'Standard definitions for techniques of supply chain finance', te raadplegen via iccwbo.org/publication/standard-definitions-techniques-supply-chain-finance/ (geraadpleegd op 28 september 2018).

11. Forfaiting is kort gezegd de verkoop van vorderingen die veelal opeisbaar zijn tegen een toekomstige datum. Zie over forfaiting bijvoorbeeld V. Whittaker, 'The Quick Buck, International Finance and Forfaiting', 23 *Thomas Jefferson Law Review*, 2000-2001, p. 249-265.

12. Factoring verschilt van forfaiting in die zin dat bij forfaiting in de regel incidentele (hoge) vorderingen worden gekocht, terwijl bij factoring de debiteurenportefeuille van een bedrijf (veelal) in het geheel wordt overgenomen. Zie over de verschillen tussen forfaiting en factoring kort M.H.E. Rongen, *Cessie – beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse (internationale) financiële praktijk en securisation in het bijzonder*, Deventer: Kluwer 2012, p. 4.

de verkoper toe dat zij de documenten niet uit handen zal geven anders dan tegen betaling van de koopprijs. Het beding CAD geldt mede als een door de verkoper bedongen eigendomsvoorbehoud.¹³ Anders dan bij een documentair krediet neemt de bank bij een CAD-transactie geen eigen betalingsverplichting op zich.

7.2.6 De terugtocht van het documentair krediet wordt volgens bankiers verder veroorzaakt door de kosten, veelal een percentage van de kredietsom (koopsom), en met name door de welhaast byzantijnse complexiteit van het instrument met haar ondoorzichtige stroom van toepasselijke regels. De markt beschouwt het verder als een archaisch project vooral vanwege haar grote administratieve belasting. Het documentair krediet verlangt nog steeds presentatie van papieren documenten aan de bank. Het recente jaarrapport van de ICC spreekt zelfs over circulatie van circa 4 miljard pagina's papier in het documentair betalingsverkeer.¹⁴ Een enorme hoeveelheid! Er is een groeiende weerzin bij het bedrijfsleven tegen 'het gesjouw met papier'. De digitalisering van het documentair krediet, waarover later meer, staat nog steeds in de kinderschoenen.

7.3 UCP 600

7.3.1 Het BW geeft geen regels voor het documentair krediet. Het documentair krediet wordt gereguleerd door private regelgeving door middel van de Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP). De 'International Chamber of Commerce' (ICC) te Parijs, een niet-gouvernementele instantie, houdt zich sinds haar oprichting in 1919 bezig met het bevorderen van de internationale handel en de éénmaking van de regels op dit gebied.¹⁵ Van meet af aan heeft zij het opstellen van regels voor documentaire kredieten op zich genomen.

7.3.2 De allereerste versie zijn de 'Uniform Customs and Practice for Documentary Credits' (UCP) 1933. De huidige versie zijn de UCP 600.¹⁶ De UCP geven contractuele regels over de rechtsverhouding tussen betrokken partijen bij het documentair krediet en over de documenten. De UCP hebben geen kracht van wet of verdrag. Zij gelden, in ieder geval in Nederland, evenmin als gewoonterecht.¹⁷ De UCP moeten uitdrukkelijk van toepassing worden verklaard in het documentair krediet. Hoewel niet aan te raden gelet op de grote onderlinge samenhang van de regels, staat het partijen bij het documentair krediet vrij om van de UCP afwijkende bedingen af te spreken, vergelijk art. 1 UCP 600: 'They are binding on all parties thereto unless expressly modified or excluded by the credit'.

7.3.3 De UCP 600 zijn een treffend voorbeeld van gespecialiseerde standaardvoorwaarden in het handels(verkeers)recht. De handel kent ook andere voorbeelden

13. Vergelijk recent nog Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1609.

14. ICC global survey on trade finance 2018, p. 17: 'Four billion pages of documents circulate in documentary trade'.

15. Dehouck 2007, p. 17.

16. *ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 2007 revision UCP 600* (ICC Publication, No. 600), Paris: ICC 2006.

17. HR 12 maart 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC2406, NJ 1982/267; HR 28 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4673, NIPR 1985/139, NJ 1985/131 m.nt. J.C. Schultsz; HR 26 april 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5006, NJ 1985/607, NIPR 1986/199.

van dergelijke zelfregulering zoals de in § 7.2.5 genoemde URC alsmede de bekende Incoterms (International Commercial Terms) eveneens opgesteld door de ICC. De Incoterms geven belangrijke regels voor de internationale koop onder meer inzake risico en kosten. Een voorbeeld buiten de handelskoop van gespecialiseerde standaardvoorwaarden zijn de York Antwerp Rules in het vervoerrecht. Deze geven een raamwerk voor de afwikkeling van averij-grosse bij scheepsongevallen. Deze internationale standaardvoorwaarden in het handels(verkeers)recht vervullen een belangrijke functie. Zij dienen de rechtszekerheid omdat zij een uniforme, gespecialiseerde regeling geven voor internationale gevallen.

7.3.4 De UCP 600 stammen uit 2007. Zij zijn de opvolger van de UCP 500. Het algemene doel van de herziening was in de eerste plaats aanpassing van de regels aan nieuwe ontwikkelingen in het bankwezen alsmede de transport- en verzekeringsindustrie. Op grond van onderzoeken bleek verder dat een groot deel van de aangeboden documenten bij de eerste presentatie onder het documentair krediet wordt geweigerd ten gevolge van afwijkingen ('discrepancies'). Dit heeft uiteraard een negatief effect op het gebruik van en het vertrouwen in het documentair krediet als betalingszekerheid in de internationale handel. Ruim 10 jaar na inwerkingtreding kan geconcludeerd worden dat op dit belangrijke punt, waarover later meer, de UCP 600 helaas geen substantiële vooruitgang hebben gebracht.

7.3.5 Het opstellen van de UCP 600 onder leiding van de Banking Commission van de ICC toont dat de UCP 600 vooral een consensus tekst zijn.¹⁸ Alle nationale ICC-commissies mochten in het kader van het 'drafting process' input en commentaar leveren. Uiteindelijk zijn in oktober 2006 de UCP 600 unaniem – met 91 stemmen tegen 0 – goedgekeurd door de nationale ICC-commissies in een speciale vergadering van de Banking Commission.¹⁹ De noodzakelijke consensus heeft voor breed draagvlak gezorgd, maar heeft ook belemmerd dat werkelijke en fundamentele knelpunten zijn aangepakt.

7.3.6 Hulpmiddelen bij de uitleg van de UCP zijn de International Standard Banking Practice (ISBP) for the Examination of Documents under Documentary Credits.²⁰ Deze regels zijn een gedeeltelijke uitwerking van de UCP en een belangrijke ondersteuning voor het dagelijks gebruik bij het onderzoek van de documenten. Verder geeft de al eerder genoemde ICC Banking Commission door middel van opinies²¹ verdere sturing bij de uitleg van de UCP. Daarnaast heeft de ICC in 1997 de Rules

18. De voorzitter van de Drafting Group, Gary Collyer, zei: 'I should point out that only the initial draft of each article represented the views of the Drafting Group. Thereafter drafting was completed based on the consensus viewpoint expressed by the National Committees in their comments', zie: *DCInsight* 2006, vol. 12, nr. 4.

19. Vgl. over de stemming: 'UCP update, reflections prior to the UCP vote', *DCInsight* 2007, vol. 13, nr. 1, p. 2.

20. *International Standard Banking Practice for the examination of documents under UCP 600* (ICC Publication, No. 745E), Paris: ICC 2013.

21. G. Collyer & R. Katz (ed.), *ICC Banking Commission collected opinions 1995-2001* (ICC Publication, No. 632E), Paris: ICC 2002; G. Collyer & R. Katz (ed.), *ICC Banking Commission unpublished opinions 1995-2004* (ICC Publication, No. 660E), Paris: ICC 2005; G. Collyer & R. Katz (ed.), *ICC Banking Commission opinions 2005-2008* (ICC Publication, No. 697), Paris: ICC 2008; G. Collyer & R. Katz (ed.), *ICC Banking Commission opinions 2009-2011* (ICC Publication, No. 732E), Paris: ICC 2012; G. Collyer (ed.), *ICC Banking Commission Opinions 2012-2016* (ICC Publication, No. 785E), Paris: ICC 2016.

for Documentary Credit Dispute Resolution Expertise (de DOCDEX Rules²²) ingevoerd in antwoord op de vraag naar effectieve, betaalbare en deskundige geschillenbeslechting. De DOCDEX Arbitration Awards²³ dienen derhalve ook als bron geraadpleegd te worden. De e-UCP²⁴ zijn het supplement voor elektronische presentatie en dienen net als de UCP van toepassing te worden verklaard. Ten slotte is er uiteraard een waaier aan nationale en vooral internationale, rechterlijke uitspraken. Deze overvloed aan, niet voor iedere gebruiker eenvoudig toegankelijke, regels op basis van de UCP, e-UCP, ISBP, Opinions, DOCDEX Arbitration Awards en rechterlijke uitspraken maakt het voor de minder ervaren 'corporate' gebruiker van het documentair krediet niet makkelijk. Een goed begin zou bijvoorbeeld zijn om de ISBP op te laten gaan in de UCP. De regelgeving moet eenvoudiger, transparanter en compacter!

7.3.7 De UCP en de uitleg daarvan behoren tot het normale contractenrecht. Tegelijkertijd moet er aandacht zijn voor het internationale karakter van de UCP alsmede haar doel en functie in de internationale handelsfinanciering. In de Engelse uitspraak *Fortis Bank SA/NV v Indian Overseas Bank Nos. 1 & 2*²⁵ heeft de Engelse rechter Thomas L.J. de juiste uitleg naar onze mening treffend beschreven: 'In my view, a court must recognise the international nature of the UCP and approach its construction in that spirit. It was drafted in English in a manner that it could easily be translated into about 20 different languages and applied by bankers and traders throughout the world. It is intended to be a self-contained code for those areas of practice which it covers and to reflect good practice and achieve consistency across the world. Courts must therefore interpret it in accordance with its underlying aims and purposes reflecting international practice and the expectations of international bankers and international trade. A literalistic and national approach must be avoided'.

7.3.8 Deze uitleg doet recht aan de door het handelsrecht verlangde internationale rechtszekerheid en voorspelbaarheid.²⁶ Echo's van deze autonome en uniforme uitleg klinken ook door in de uitspraken van de Hoge Raad over bijvoorbeeld de uitleg van transportrechtverdragen.²⁷

22. ICC Rules for Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise (DOCDEX) (ICC Publication, No. 872-1 eng), Paris: ICC 2015. Zie iccwbo.org/publication/icc-docdex-rules-english-version.

23. Bijvoorbeeld G. Collyer & R. Katz (ed.), *Collected DOCDEX decisions 1997-2003* (ICC Publication, No. 665), Paris: ICC 2004; G. Collyer & R. Katz (ed.), *Collected DOCDEX decisions 2004-2008* (ICC Publication, No. 696E), Paris: ICC 2008; G. Collyer & R. Katz (ed.), *Collected DOCDEX decisions 2009-2012* (ICC Publication, No. 739E), Paris: ICC 2012; G. Collyer & D. Meynell (ed.), *Collected DOCDEX decisions 2013-2016* (ICC Publication, No. 786E), Paris: ICC 2017.

24. ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 2007 revision UCP 600 (ICC Publication, No. 600), Paris: ICC 2006, p. 51-63.

25. Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 31 januari 2011, *Fortis Bank SA/NV v Indian Overseas Bank*, [2011] EWCA Civ 58 en [2011] 1 C.L.C. 276.

26. Vergelijk recent ook J. Kruit, *General average legal basis and applicable law. The overrated significance of the York-Antwerp Rules*, Zutphen: Paris 2017, p. 64 over de internationale uitleg van de met de UCP 600 vergelijkbare York Antwerp Rules over averij-grosse.

27. HR 12 februari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4330, NJ 1982/589 m.nt. B. Wachter en HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3678, NJ 2012/516 m.nt. K.F. Haak (*Godafoss*) en HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:440, NJ 2015/192 m.nt. K.F. Haak en A.I.M. van Mierlo.

7.4 De betrokkenheid van de banken

7.4.1 De UCP regelt de rolverdeling van de bij het documentair krediet betrokken banken. De openende ('issuing') bank is veelal de huisbankier van de koper/opdrachtgever van de bank ('applicant') in zijn thuisland. Uiteraard wil de verkoper/begunstigde zijn documenten presenteren bij een bank in zijn eigen land. De 'issuing' bank schakelt daartoe een andere bank in het land van de begunstigde in, de adviserende ('advising') bank. In de regel is de 'advising' bank tevens de genomineerde ('nominated') bank. Dit is de bank waar het krediet beschikbaar is, art. 2 UCP 600. De begunstigde kan nu met zijn documenten terecht bij de 'advising' bank. Deze functioneert in beginsel slechts als loket en doorgeefluik voor de begunstigde. In de praktijk bekijkt de 'advising' bank de documenten ook alvast zelf. Zij is echter geen verplichting aangegaan jegens de begunstigde om de documenten te controleren en eventueel te betalen. Die verplichting rust uitsluitend op de 'issuing' bank. Wil de verkoper dat de 'advising' bank een dergelijke verplichting op zich neemt, dan moet deze het krediet confirmeren. Echter, 'confirmation' is slechts mogelijk op grond van 'authorisation' door de 'issuing' bank in het documentair krediet, bijvoorbeeld door de formulering: "Confirmation... may add". Een 'confirming' bank is, naast de 'issuing' bank, zelfstandig gebonden jegens de begunstigde indien de documenten conform zijn. Vanzelfsprekend prefereren verkopers een door een lokale bankier geconfirmeerd krediet. Verkopers hebben meer vertrouwen in de deskundigheid en vooral onpartijdigheid van de lokale, 'confirming' bank dan in die van de 'issuing' bank als huisbankier van de koper.

7.5 Vormen van beschikbaarstelling van het documentair krediet en enige knelpunten

7.5.1 Volgens art. 2 e.v. UCP 600 zijn er vier typen van betaling in het kader van een documentair krediet, namelijk (i) betaling op zicht, (ii) uitgestelde betaling, (iii) acceptatie en (iv) negotiatie. Bij betaling op zicht (i) en uitgestelde betaling (ii) moet de bank respectievelijk terstond of met inachtneming van een termijn de krediet som betalen. Bij een acceptkrediet (iii) verplicht de bank zich tot acceptatie van een door de begunstigde getrokken (termijn)wissel.²⁸ Bij negotiatie (iv) koopt de 'negotiating' bank, kort gezegd, de documenten (waaronder in de regel een (termijn) wissel) van de begunstigde.

7.5.2 De voornaamste knelpunten bij de verschillende vormen van het documentair krediet zijn het gebruik van wissels en de precieze betekenis van het negotatiekrediet. In de volgende paragraaf behandelen wij eerst het gebruik van wissels. Vervolgens zal in § 7.5.4 e.v. het negotatiekrediet worden besproken.

7.5.3 Het gebruik van wissels is in de praktijk soms problematisch. De wissel is, net als het cognossement, een waardepapier. De trekker van de wissel (dat is de uitgever van het papier) geeft de betrokkene (dat is bij het documentair krediet meestal de bank) opdracht om te betalen aan de nemer (ook wel begunstigde) van de wissel. In geval van een acceptkrediet is de positie helder. De bank accepteert

28. De wissel is een waardepapier en (nog steeds) geregeld in art. 100 K e.v.

als betrokkene een op haar getrokken wissel. Zij kwalificeert daarmee als wisseldebiteur jegens de (opvolgende) houder. Het acceptiekrediet is na acceptatie van de wissel uitgewerkt. In internationale jurisprudentie wordt regelmatig geprocedeerd over de vraag of bij gebruik van een wissel als document bij een niet-acceptiekrediet het documentaire kredietrecht of het wisselrecht (waardepapierenrecht) van toepassing is.²⁹ Een treffend, nationaal voorbeeld is de uitspraak van de Hoge Raad van 6 april 2012 (*Rafidain Bank/Solvochem*).³⁰ Tussen de door de begunstigde Solvochem aan de Iraakse Rafidain Bank gepresenteerde documenten onder de ‘deferred Payment L/C’ (het documentaire krediet met uitgestelde betaling) bevonden zich ook door Solvochem aan eigen order getrokken wissels. In feite functioneerden deze wissels slechts als een hulpmiddel, een soort kwitantie, om de termijnbetaling van de Rafidain Bank af te wikkelen. Inzet van het debat tussen partijen, naast het toepasselijke recht op de vordering, was of de vordering van Solvochem tot betaling ging om (i) (een) wisselvordering(en) met een korte verjaringstermijn naar Nederlands recht of om (ii) (een) documentaire kredietvordering(en) met een langere verjaringstermijn naar Iraaks recht. De Hoge Raad oordeelde terecht, in navolging van het hof, dat de documentaire krediet-verhouding beslissend was. De wissels vormden niet de grondslag van de vordering, maar het documentaire krediet. De uitspraak van de Hoge Raad illustreert dat het gebruik van wissels verwarring kan zaaien. Het gebruik van wissels buiten het acceptiekrediet kan volgens sommigen onder andere om deze reden beter worden afgeschaft.³¹

7.5.4 Een ander knelpunt is volgens de praktijk het negotiatiekrediet. Bij het opstellen van de UCP 600 rees de vraag of dit type krediet wel toegevoegde waarde had en wel moest worden gehandhaafd.³² Art. 2 UCP 600 geeft een uitgebreide definitie van negotiatie: ‘Negotiation means the purchase by the Nominated Bank of drafts (drawn on a bank other than the Nominated Bank) and/or documents under a complying presentation, by advancing or agreeing to advance funds to the beneficiary on or before the banking day on which reimbursement is due to the Nominated Bank.’

7.5.5 De negotiërende bank koopt de documenten van de begunstigde. De bank kan volgens de tekst van de UCP 600 vooruit betalen, maar kan zich ook tot betaling verplichten mits betaald wordt voorafgaande aan het rembour (door de openende of confirmerende bank). Een heikel punt bij het negotiatiekrediet is verder het eventuele recht van regres van de negotiërende bank op de begunstigde indien rembour uitblijft. De UCP geven geen antwoord op deze vraag. Wat valt onder dit regres? Heeft de negotiërende bank ook (recht van) regres in geval van afwijkingen in documenten die zij over het hoofd heeft gezien of discussies over de correctheid van de documenten? Volgens het Engelse handboek *Documentary Credits* van Raymond

29. Vergelijk voor een overzicht van die rechtspraak K.T. Fung, *Leading court cases on letters of credit* (ICC Publication, No. 658), Paris: ICC 2004, p. 35 e.v.

30. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1522, NJ 2013/235 m.nt. Th.M. de Boer.

31. Vergelijk X. Wang, ‘Two types of commercial LC’s are enough’, *Documentary Credit World* 2010, July/August, p. 30 e.v. (hierna: Wang 2010) alsmede H. Verschoren, ‘UCP 600 revision: a tune-up opportunity for this old vehicle called the “Letter of Credit”’, *Documentary Credit World* 2016, July/August, p. 32-37 (hierna: Verschoren 2016).

32. Dehouck 2007, p. 683 e.v.

Jack³³ c.s. heeft een negotiërende bank in beginsel regres op de begunstigde, tenzij de bank een verwijt treft van de weigering tot rembours door de openende (of eventuele confirmerende) bank. De negotiërende bank heeft als 'nominated' bank jegens de begunstigde geen eigen verplichting tot negotiëren. Hij mag en kan voorwaarden verbinden aan het negotiëren.³⁴ De bank kan derhalve een recht van regres bedingen. Indien de begunstigde daar niet aan wil, zal hij moeten shoppen. Hij kan een andere bank verzoeken te negotiëren. Dit kan vanzelfsprekend alleen als het documentair krediet beschikbaar ('available') is bij meerdere banken, bijvoorbeeld omdat het een 'freely negotiable credit' is.

7.5.6 Mede op basis van deze mogelijkheid van het recht van regres bestaat bij de 'corporate' gebruiker van het negotiatiekrediet geregeld verwarring over haar precieze betekenis en inhoud. 'Waarom is betaling aan mij door de negotiërende bank niet definitief?' Een confirmerende bank daarentegen negotieert uitdrukkelijk zonder regres, zie art. 8 (a) (ii) UCP 600. Nakoming door een confirmerende bank is definitief. Volgens bankiers is dit verschil lastig uit te leggen aan die gebruikers voor wie de het documentair krediet geen 'core business' is. De vraag rijst waarom de praktijk niet zou kunnen volstaan met twee typen documentair krediet waarvan de betekenis duidelijk is: Betaling op zicht en uitgestelde betaling?³⁵ Echter, vanwege de bovengenoemde verhandelbaarheid van het negotiatiekrediet wordt het instrument relatief vaak gebruikt, met name in Zuidoost-Azië.³⁶

7.6 Het beginsel van 'strict compliance'

7.6.1 De bank moet de gepresenteerde documenten onderzoeken en vaststellen of deze overeenstemmen met het krediet. Art. 14 (a) UCP 600 bevat de standaard voor de controle van de documenten. De norm voor de controle is het beginsel van strikte nakoming ('the doctrine of strict compliance'). De bank moet de aangeboden documenten met uiterste nauwgezetheid op volledigheid en correctheid controleren. Voor de controle van de documenten geldt de veelvuldig geciteerde overweging van Lord Sumner uit een Engelse uitspraak uit 1926:³⁷ 'There is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well as those specified'.

7.6.2 Het beginsel van strikte nakoming is één van de fundamentele, internationaal erkende beginselen van documentair kredietrecht. De bank mag slechts een kredietconforme presentatie honoreren of, in geval van een negotiatiekrediet, negotiëren. Met de zinsnede 'louter op basis van de documenten' in art. 14 (a) UCP 600 is het zogenaamde autonomiebeginsel geformuleerd. Het documentair krediet functioneert onafhankelijk en autonoom van andere betrokken rechtsverhoudingen,

33. A. Malek & D. Quest, *Jack: documentary credits*, Haywards Heath: Tottel Publishing 2009, p. 165-166 (hierna: Malek 2009).

34. Zie voor een voorbeeld van dergelijke door de toenmalige Fortis Bank bedongen voorwaarden: Rb. Rotterdam 10 mei 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX2190, NIPR 2006/227; Rb. Rotterdam 27 september 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY9188, NIPR 2006/321.

35. Wang 2010, p. 30 e.v. alsmede Verschoren 2016, p. 32 e.v.

36. ICC global survey on trade finance 2018, p. 69 rapporteert dat in 2017 73% van de L/C's een negotiatiekrediet was.

37. House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 25 november 1926, *Equitable Trust Co of New York v. Dawson Partners Ltd.* [1926] 27 *Lloyd's Law Rep.* 49.

zoals bijvoorbeeld de koopovereenkomst of de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de (openende) bank. Het autonomiebeginsel is uitgewerkt in art. 4 en 5 UCP 600. Slechts in geval van fraude kan door het documentair krediet heen naar de onderliggende rechtsverhoudingen worden gekeken. Fraude is niet geregeld in de UCP. Of er sprake is van fraude en wat de gevolgen daarvan zijn, moet derhalve steeds worden opgelost door het toepasselijke recht. In de Nederlandse praktijk lijkt de fraude-exceptie niet vaak te spelen.³⁸

7.6.3 Het documentair krediet is volgens het autonomiebeginsel de enige toetssteen. Voor de betalingsverplichting van de bank is slechts beslissend of er sprake is van een kredietconforme ('credit complying') presentatie. Banken leven in een zogenaamde papieren werkelijkheid en zijn niet gehouden tot veldonderzoek. De bank heeft volgens de UCP enkel een formele verplichting. De huidige bankpraktijk is echter weerbarstiger. Door de toenemende invloed van 'regulatory & compliance', zijn banken gehouden de identiteit van partijen en andere gegevens bij het documentair krediet en de aangeboden documenten veelal nauwgezet te verifiëren aan de hand van interne en externe regelgeving als KYC ('Know Your Customer'), sancties, anti-witwasregels, anti-terrorismeregels, anti-corruptievoorschriften etc. Deze praktijk staat haaks op de louter, door de UCP beoogde papieren controle. Dit betekent ook dat de verwerking en controle van deze documenten veel vergt van (de staf en infrastructuur van) banken als 'compliance empires'.³⁹

7.6.4 De vraag of sprake is van een kredietconforme presentatie moet worden beoordeeld op basis van de UCP en de internationale standaard bankpraktijk ('International Standard Banking Practice'), vergelijk art. 14 (d) UCP 600. De internationale standaard bankpraktijk wordt onder meer belichaamd in de opinies van de ICC Banking Commission (en ook de DOCDEX beslissingen). Opvallend is dat de opinies van de Banking Commission nogal eens beweerde afwijkingen ('discrepancies') afwijzen. De Banking Commission probeert met haar opinies het beginsel van 'strict compliance' duidelijk te verzachten. Helaas geeft de internationale rechtspraak een diffuser beeld en overheerst in sommige jurisdicties een nodeloos formalisme. In andere jurisdicties worden schrijffouten en betekenisloze afwijkingen gewoon geaccepteerd.⁴⁰ Dit betekent dat het beginsel van strikte nakoming niet eenduidig wordt toegepast en van plaats tot plaats verschilt, hetgeen de zekerheidsfunctie van het documentair krediet ondermijnt.

7.6.5 Het probleem van het beginsel van strikte nakoming wordt met name veroorzaakt door art. 14 (d) UCP 600. Dit artikel is de bron van veel afwijkingen in documenten. Het artikel regelt in feite dat banken gehouden zijn gegevens (data) in alle verplichte documenten met elkaar te vergelijken op tegenstrijdigheden: 'Data in a document, when read in context with the credit, the document itself and inter-

38. Vergelijk voor een beroep op fraude: Hof Amsterdam 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR2967. Volgens het hof hoeft de (kredietopenende) bank in beginsel uitsluitend na te gaan of aan de voorwaarden van het krediet voldaan is. De bank is niet gehouden te onderzoeken of de aanspraken van de begunstigde in de onderliggende rechtsverhouding gegrond zijn. Vergelijk ook terughoudend HR 21 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5739, NJ 1977/209 m.nt. B. Wachter.

39. ICC global survey on trade finance 2018, p. 16.

40. Vergelijk ook kritisch over het vereiste van strikte conformiteit: M.C. Bijl, 'Het vereiste van strikte conformiteit bij letters of credit: you can take that to the bank!', *NTHR* 2008, afl. 3, p. 85-95.

national standard banking practice, need not be identical to, but must not conflict with, data in that document, any other stipulated document or the credit.'

7.6.6 In andere leden van dit art. 14 UCP 600 zijn enkele nuanceringen opgenomen. Helaas hebben de UCP 600 niet substantieel meer kunnen doen ter bevordering van een forse toename van conforme presentaties. Het beginsel van strikte nakoming is in de praktijk daarmee een belangrijk obstakel voor het goed functioneren van het documentair krediet als betalingsinstrument. Het is bekend dat in een groot aantal gevallen de documenten niet (helemaal) kloppen. In de markt circuleren percentages van 60-70% van eerste presentaties die afwijken.⁴¹ Raymond Jack wijst op getuigenverklaringen in *Bankers Trust Co v State Bank of India*⁴² dat in 90% van de gevallen de opdrachtgever desgevraagd instructies gaf de documenten toch op te nemen. Benjamin verwijst verder naar een Amerikaanse survey uit 2000 waarbij afwijkingen werden gevonden in 73% van de presentaties maar vervolgens een 'waiver' van de opdrachtgever in vrijwel alle zaken werd ontvangen.⁴³

7.6.7 Destijds heeft de Drafting Group UCP 600 van de ICC Banking Commission geprobeerd dit punt op te lossen door te stellen dat gegevens in het document enkel gecontroleerd zouden moeten worden overeenkomstig (i) de vereisten in het krediet voor dat document en (ii) de toepasselijke regels in de UCP. Een uitstekende aanbeveling om het beginsel van strict compliance tot haar juiste proporties terug te brengen en te verzachten. Deze suggestie is echter verworpen door de meerderheid van de nationale ICC-Commissies. Volgens de (toenmalige) Engelse bankier Jeremy Smith is dit 'A mayor opportunity missed!'⁴⁴ Dit is een duidelijk nadeel van het consensus project van de UCP 600. Ten onrechte is hier niet doorgepakt en de aanbeveling van de Drafting Group gepasseerd. Daarmee blijft toename van kredietconforme presentaties in de eerste plaats een zaak van partijen. De tekst van het documentair krediet moet simpel, beknopt en duidelijk zijn met presentatie van slechts een beperkte hoeveelheid, overzichtelijke documenten.

7.6.8 Wat zijn de verplichtingen van de banken na de presentatie? Indien de bank een kredietconforme presentatie vaststelt moet de kredietopenende bank honoreren en de confirmerende bank moet honoreren of (in geval van een negotiatiekrediet) negotiëren. De bank heeft met het oog op een vlot betalingsverkeer het recht om tot vijf bankdagen te bepalen of de documenten conform zijn of afwijken. De vijf bankdagen gaan in *na* de dag van presentatie van de documenten. Art. 16 UCP 600 regelt de handelwijze van de bank bij een niet-conforme presentatie en de sanctie bij schending van de procedureregels. Indien de bank constateert dat er sprake is van een presentatie die niet voldoet aan de vereisten in het documentair krediet kan zij, nadat zij de formaliteiten in acht heeft genomen de documenten terugzenden, de documenten onder zich houden in afwachting van nadere instructie of onder zich houden tot de bank een 'waiver' van de opdrachtgever ontvangt. De opdrachtgever laat in dat geval weten dat zij, ondanks de vastgestelde discrepanties,

41. Malek 2009, p. 112.

42. Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) 13 t/m 16 mei 1991, *Bankers Trust Co v. State Bank of India*, [1991] 2 *Lloyd's Rep.* 443.

43. M. Bridge e.a. (ed.), *Benjamin's sale of goods*, London: Sweet & Maxwell 2017, p. 2118, nt. 863.

44. *DCInsight* 2006, vol. 12, nr. 4, p. 7.

toch bereid is om de documenten te accepteren. Hiermee wordt een flexibel raamwerk geboden om niet-conforme presentaties alsnog positief af te wikkelen.

7.7 Digitalisering van het documentaire betalingsverkeer: de e-UCP en de BPO

7.7.1 Vanwege onder andere de hierboven beschreven problematiek zoals de kosten, de grote hoeveelheden papier en de complexiteit van het instrument zoeken partijen, indien het voor hen geen optie is om zaken te doen op basis van 'open account', soms naar een alternatief voor het traditionele documentaire krediet dat een vergelijkbare mate van zekerheid biedt. Ook banken wilden graag een product aanbieden aan hun klanten dat meer zekerheid bood dan betaling via een open account, maar minder administratieve belasting met zich meebracht dan het documentaire krediet. Om tegemoet te komen aan deze behoeften, heeft de ICC de e-UCP opgesteld en ook alternatieve instrumenten ontwikkeld, zoals bijvoorbeeld de Bank Payment Obligation (ook 'BPO'), die het mogelijk maken om documenten/data elektronisch aan te bieden. De e-UCP zullen worden besproken in § 7.7.2 e.v. en de BPO zal worden besproken in § 7.7.9 e.v.

7.7.2 In 2002 zijn bepalingen tot stand gekomen in het kader van de digitalisering van het documentaire krediet en deze zijn in werking sinds 1 april 2002. Deze regels, de e-UCP⁴⁵, kunnen van toepassing worden verklaard indien ook elektronische documenten worden aangeboden. De e-UCP zijn ontstaan in een periode waarin diverse regelingen op het gebied van het elektronisch handelsrecht het licht zagen.⁴⁶

7.7.3 De e-UCP bepalen expliciet dat een documentaire krediet waarop deze regels van toepassing zijn verklaard ook onderworpen is aan de UCP.⁴⁷ De e-UCP bevatten regels over hoe elektronische documenten dienen te worden aangeboden en hoe bijvoorbeeld om moet worden gegaan met gecorrumpeerde elektronische documenten/bestanden. Het bijzondere van de e-UCP is dat er naast elektronische documenten ook papieren documenten kunnen worden aangeboden.

7.7.4 Het gebruik van de e-UCP in de praktijk is beperkt.⁴⁸ Dit heeft verschillende redenen. Een van de redenen is dat men in het kader van het documentaire krediet in de regel werkt met originele documenten⁴⁹ en waardepapieren die vaak (nog)

45. ICC *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits 2007 revision UCP 600* (ICC Publication, No. 600), Paris: ICC 2006, p. 51-63.

46. Zie bijvoorbeeld voor een beknopte beschrijving van de ontwikkeling van het juridisch kader voor de elektronische handel: R.E. van Esch, 'De elektronische handel – Een inleiding' in: *Afscheid van papier, handelsrecht en moderne technologie* (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'), Deventer: W.E.J. Willink 2001, p. 6 e.v.

47. Zie art. 1 e-UCP.

48. Zie G. Ransier, 'Comparing URBPO and eUCP – Which Rules Set is the Better Bet to Flourish in the Future?', *Documentary Credit World* 2018, July/August, p. 31 (hierna: Ransier 2018); zie ook R. Bergami, 'eUCP: A Revolution in International Trade?', 2014, 8 *VJ* 23, p. 23-35; J.E. Byrne, 'The Four Stages in the Electrification of Letters of Credit', *Geo. Mason J. Int'l Com. L.*, 2012 nr. 3, p. 270 e.v.

49. Zie het uitgangspunt dat is neergelegd in art. 17(a) UCP 600: 'At least one original of each document stipulated in the credit must be presented'. Er kan in beginsel alleen gebruik worden gemaakt van een kopie indien dat is afgesproken, zie art. 17(d) UCP 600 dat bepaalt: 'If a credit requires presentation of copies of documents, presentation of either originals or copies is permitted.'

niet in originele vorm digitaal worden uitgegeven.⁵⁰ Ellinger⁵¹ noemt als voorbeeld de wissel. Hij⁵² wijst er op dat het in verschillende landen⁵³ gebruikelijk is dat indien er een wissel is getrokken in het kader van het documentair krediet, de wissel (in origineel) tegelijk met de overige documenten wordt aangeboden aan de bank.

7.7.5 Eenzelfde probleem doet zich voor bij het cognossement (kort gezegd het document dat wordt uitgegeven bij inontvangstneming van de goederen door de vervoerder, in de Engelse taal aangeduid als ‘bill of lading’). Al jaren wordt geprobeerd het cognossement te digitaliseren. Initiatieven om te komen tot geïntegreerde systemen van e-B’s/L (elektronische ‘bills of lading’) zijn onder meer genomen door gespecialiseerde platforms als Bolero⁵⁴ en door ESS (Electronic Shipping Solutions).⁵⁵ De digitalisering van het cognossement is in een eerder preadvies van de Vereniging besproken door Van der Ziel.⁵⁶ Het Bolero-initiatief bestond toen al en Van der Ziel heeft hier ook aandacht aan besteed.⁵⁷ Toch worden initiatieven, zoals Bolero, nog niet op grote schaal gebruikt.

7.7.6 Dat het gebruik van elektronische cognossementen (nog) geen grote vlucht heeft genomen, hangt samen met de functies van het cognossement.⁵⁸ Het cognossement wordt gezien als het belangrijkste document in de overzeese handelskoop. Volgens art. 8:417 BW geldt levering van het cognossement als levering van de daarin belichaamde zaken. Verder bepaalt Boek 8 BW dat alleen de recht- en regelmatig houder van het cognossement recht heeft op afgifte van de goederen (art. 8:441 BW).

7.7.7 Het (enkel) digitaal aanbieden van een cognossement, bijvoorbeeld door enkel het document in te scannen, zou problemen kunnen opleveren. Meerdere partijen zouden het document immers kunnen printen. Zij zouden allen kunnen beweren dat het printje het originele document is om vervolgens op basis van het printje afgifte van de goederen te verlangen van de vervoerder. De platforms die het uitgeven van elektronische cognossementen faciliteren werken dan ook niet met een ingescande kopie van een papieren cognossement, maar met elektronische berichten. De partij die het platform aanbiedt (bijvoorbeeld ESS of Bolero) fungeert als een Thrusted Third Party (TTP) en geeft een elektronisch bericht uit dat de informatie bevat van een cognossement waarvan de vervoerder als het ware het ‘slot’ krijgt

50. Een voorbeeld hiervan zijn bijvoorbeeld cognossementen. Zie M. van Maanen & I. Regtien, ‘Shipping E-Bills of Lading and the Blockchain Technology Revolution’, *Documentary Credit World* 2018, June, p. 26-29.

51. P. Ellinger in Ellinger & Neo 2010, *The Law and Practice of Documentary Credits*, Oxford: Hart Publishing 2010 (hierna: P. Ellinger in Ellinger & Neo 2010), p. 32. Zie hierover ook M.N. Boon, ‘Het digitale tijdperk brengt de opkomst van het “e-accreditief” en het zgn. “eUCP-Credit”’, in: C. Dehouck (red.), *Incoterms en betalingstechnieken in de internationale handel*, Brugge: Die Keure 2007, p. 90 e.v.

52. P. Ellinger in Ellinger & Neo 2010, p. 32.

53. Waaronder de Angelsaksische landen.

54. Zie bolero.net.

55. Zie essdocs.com.

56. G.J. van der Ziel, ‘Naar de afschaffing van het papieren cognossement, een case studie’, in: *Afscheid van papier, handelsrecht en moderne technologie* (Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’), Deventer: W.E.J. Willink 2001, p. 142 e.v. (hierna: Van der Ziel 2001).

57. Van der Ziel 2001, p. 167.

58. Zie hierover bijvoorbeeld ook K. Takahashi, ‘Blockchain Technology and Electronic Bills of Lading’, *JIML* 2016, afl. 3, p. 202-211.

en de cognossementhouder de 'sleutel'.⁵⁹ De cognossementhouder kan die elektronische 'sleutel' weer overgeven aan de opvolgende houder van het cognossement en zo wordt voorkomen dat, zoals bij een printje wel kan, het cognossement door eenieder kan worden gebruikt.

7.7.8 De ICC Banking Commission werkt momenteel aan een revisie van de e-UCP. Het is echter de vraag of de enkele revisie van de e-UCP zal leiden tot een toename in het gebruik van deze regels. Het feit dat veel documenten nog in papieren vorm in origineel worden aangeboden is een obstakel dat met het enkel reviseren van de e-UCP niet verholpen zal zijn. Mogelijk zal er, voor wat betreft het cognossement, een kentering plaatsvinden indien de Rotterdam Rules breed zullen worden geaccepteerd en geïmplementeerd. Het nieuwe zeerechtverdrag de Rotterdam Rules geven een elektronisch equivalent voor het cognossement: het Electronic Transport Record (ETR). Ratificatie van de Rotterdam Rules lijkt echter nog ver weg. Wat let de nationale wetgever om in ieder geval al de aanpassingswetgeving gericht op het ETR in te voeren om de e-B/L vast op nationaal niveau te regelen?

De Bank Payment Obligation

7.7.9 De BPO⁶⁰ is een initiatief van de ICC en van SWIFT, de Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (de partij die de interbancaire communicatie verzorgt). De BPO is gelanceerd in 2013. De ICC heeft regels opgesteld, vergelijkbaar met de UCP, die op de BPO van toepassing kunnen worden verklaard, namelijk de URBPO (de Uniform Rules for Bank Payment Obligations).⁶¹

7.7.10 De BPO ziet op een verplichting tussen twee banken. De ene bank (de bank van de verkoper) spreekt met de andere bank (de bank van de koper) af dat betaling plaats zal vinden tegen het aanbieden van de juiste data. Bij de BPO gaat het dus om het beoordelen van data en niet om het beoordelen van de achterliggende documenten. Tussen de banken wordt afgesproken welke data (zoals bijvoorbeeld het nummer van de factuur, de nummers van de transportdocumenten, etc.) dienen te worden doorgegeven. De aangeboden data worden ingevoerd in een systeem en vervolgens wordt (door de computer) gekeken of de aangeboden data overeenkomen met de vooraf bepaalde vereisten. Dit proces gebeurt automatisch en vervolgens wordt duidelijk of er sprake is van een 'match' of een 'mismatch', dus of de aangeboden data overeenkomen met de eerder bepaalde vereisten of niet.

7.7.11 Een overeenkomst tussen de BPO en de L/C is dat bij beide instrumenten het autonomiebeginsel het uitgangspunt is. Op basis van de aangeleverde data/docu-

59. Zie over het elektronische cognossement bijvoorbeeld M.H. Claringbould, 'Elektronische cognossementen en zeevrachtbrieven', *Weg en Wagen* 2014, afl. 72.

60. De definitie van de BPO in de URBPO is opgenomen in art. 3 en luidt: "Bank Payment Obligation" or "BPO" means an irrevocable and independent undertaking of an Obligor Bank to pay or incur a deferred payment obligation and pay at maturity a specified amount to a Recipient Bank following Submission of all Data Sets required by an Established Baseline resulting in a Data Match or an acceptance of a Data Mismatch pursuant to sub-article 10(c)".

61. D.J. Hennah, *The ICC Guide to the Uniform Rules for Bank Payment Obligations* (ICC Publication, No. 751E), Paris: ICC 2013.

menten wordt beoordeeld of een bank gehouden is om uit te keren. Deze beoordeling staat los van de verhouding tussen de koper en de verkoper.⁶²

7.7.12 Het beoordelen van data in plaats van documenten is één van de grote verschillen tussen de BPO en de L/C.⁶³ Het proces van het automatisch beoordelen van data bespaart kosten en vermindert de administratieve belasting.⁶⁴ Dat de bank alleen de data dient te verifiëren en niet de onderliggende documenten kan als een voordeel, maar ook als een nadeel worden gezien. Het feit dat de bank geen originele documenten ontvangt, verhoogt mogelijk het risico op fraude.⁶⁵

7.7.13 De BPO heeft (vooralsnog) niet het gewenste succes gehad in de praktijk.⁶⁶ Op korte (en ook op middellange) termijn wordt ook niet verwacht dat de BPO de LC zal vervangen, mede omdat deze instrumenten aanzienlijk van elkaar verschillen en de mate van zekerheid die een documentair krediet biedt hoger is dan de mate van zekerheid die een BPO biedt.⁶⁷ De ‘uitvinder’ van de BPO, Hennah, ziet het instrument ook niet als een alternatief voor het documentair krediet, maar meer als een alternatief voor partijen die zaken met elkaar willen doen op basis van ‘open account’ en ook op zoek zijn naar een manier om de risico’s van een internationale handelstransactie te beperken.⁶⁸

7.7.14 De ICC werkt momenteel aan het aanpassen van de URBPO. Men is onder andere bezig met het opstellen van aanvullende regels waarbij ook de positie van koper (‘applicant’) en verkoper (‘beneficiary’) geregeld worden.⁶⁹ De BPO zal zo meer op het documentair krediet gaan lijken. De banken willen de herziening van de URBPO onder andere gaan gebruiken als ‘rule framework’ voor hun verbintenissen (‘bank engagements’) onder de DLT (‘Distributed Ledger Techniques’) van Blockchain.⁷⁰ Dit is een reden om het bereik (‘scope’) van de URBPO uit te breiden.

7.7.15 Het is duidelijk dat de handel af wil van de grote ‘papierstroom’ en de daarmee verband houdende kosten en inefficiëntie. De initiatieven van de ICC om de digitalisering te bevorderen hebben tot nu toe niet het gewenste resultaat gehad. Echter, de toenemende urgentie om de digitalisering vlot te trekken staat nog altijd hoog op de agenda van de ICC. De technologie ligt vaak ver voor op de juridische infrastructuur. Het recht ‘hobbelt’ als gebruikelijk achter deze ontwikkelingen aan. Met het oog daarop heeft de ICC Banking Commission recent een digitalise-

62. M. Raketti, ‘The Bank Payment Obligation: A Vehicle for the Electrification of Commercial Letters of Credit?’, *Documentary Credit World* 2015, November/December, p. 45 (hierna: Raketti 2015).

63. W. Shiyong, ‘BPO: still a long way to go’, *Documentary Credit World* 2018, February, p. 20 (hierna: Shiyong 2018).

64. Raketti 2015, p. 47.

65. Shiyong 2018, p. 22.

66. Ransier 2018, p. 31.

67. Ransier 2018, p. 33. Zie ook E. McKendrick (ed.), *Goode on Commercial Law*, Penguin Books 2016, par. 35.09, p. 1017; Shiyong 2018, p. 20.

68. D. Hennah, ‘BPO: a digital instrument for a digital age’, *Documentary Credit World* 2018, February, p. 25 (hierna: Hennah 2018).

69. Shiyong 2018, p. 20-24 en Hennah 2018, p. 25-26.

70. Zie [tradefinance.training/news/news-categories/icc-announces-the-revision-of-the-uniform-rules-for-bank-payment-obligations-urbpo/](https://www.tradefinance.training/news/news-categories/icc-announces-the-revision-of-the-uniform-rules-for-bank-payment-obligations-urbpo/) (geraadpleegd op 3 oktober 2018).

ringswerkgroep⁷¹ geformeerd om de impact van digitalisering op de handelsfinanciering te beoordelen en te overdenken. Deze werkgroep heeft drie kerntaken: '(i) e-compatibility of ICC Rules, (ii) minimum standards for digital connectivity and (iii) the legal enforceability of digitalised documents'. Een van de actiepunten van de ICC met betrekking tot dat laatste punt is dat zij een onderzoek zal doen naar de rechten van derden onder het elektronische cognossement in verschillende jurisdicties. Wellicht dat deze initiatieven bijdragen aan de harmonisering van de regelgeving die van toepassing is op het gebruik van elektronische documenten.

7.8 Blockchain, platforms en smart contracts

7.8.1 Diverse banken berichten dat zij blockchaintechnologie in combinatie met het documentair krediet gebruiken in de internationale handelsfinanciering. ING Bank berichtte bijvoorbeeld dit jaar dat zij, samen met ABN Amro Bank, een transactie heeft uitgevoerd met behulp van blockchaintechnologie.⁷² Hierbij is gebruik gemaakt van een 'letter of credit', door ING Bank aangeduid als 'smart LC'.⁷³ Ook HSBC, Bank of America Merrill Lynch en de Infocomm Development Authority of Singapore berichtten dat zij stappen hebben ondernomen om een prototype te ontwikkelen voor de 'letter of credit' in een blockchain-omgeving.⁷⁴ In deze berichten wordt benadrukt dat met behulp van technologie handelstransacties sneller worden uitgevoerd, dat er kosten worden bespaard en dat het risico op fraude wordt beperkt.⁷⁵ We zien verder dat niet alleen banken, maar ook andere partijen (zoals logistieke dienstverleners) hun eigen platforms, al dan niet op basis van blockchaintechnologie, ontwikkelen en bezig zijn met digitalisering. De uitdaging zal zijn om deze platforms en initiatieven, die vaak 'stand-alone' zijn of zien op een samenwerkingsverband met een beperkt aantal partijen, te laten opgaan in een groter 'Trade Ecosystem'.

7.8.2 Omdat wij geen IT-experts zijn, zullen wij ons beperken tot een korte introductie van blockchain en 'smart contracts'. Blockchain is de techniek achter bitcoin.⁷⁶ Een blockchain kan worden vergeleken met een digitaal grootboek.⁷⁷ Het is voor iedereen toegankelijk en is overal ter wereld via internet als gezamenlijke boekhouding bij te houden. Wat blockchain bijzonder maakt, is dat alleen mutaties

71. ICC banking commission annual meeting Miami, 3-6 April 2018. Document 470/1279, Paris: ICC 24 May 2018, p. 2 en 'ICC Banking Commission launches working group on digitalisation of trade finance'. Zie iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-banking-commission-launches-working-group-digitalisation-trade-finance/.

72. Zie ing.com/Newsroom/All-news/Bringing-blockchain-to-agricultural-commodity-trade.htm (geraadpleegd op 1 september 2018).

73. Zie ing.com/Newsroom/All-news/Bringing-blockchain-to-agricultural-commodity-trade.htm (geraadpleegd op 1 september 2018).

74. ibtimes.co.uk/hsbc-bank-america-merrill-lynch-use-hyperledger-project-blockchain-based-trade-finance-1575269.

75. Zie ing.com/Newsroom/All-news/Bringing-blockchain-to-agricultural-commodity-trade.htm (geraadpleegd op 1 september 2018). Zie ook economics.rabobank.com/publications/2017/november/the-impact-of-blockchain-on-trade-finance/ (geraadpleegd op 1 september 2018).

76. S. Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-to-peer Electronic Cash System*, 2008, zie bitcoin.org/bitcoin.pdf (geraadpleegd op 4 september 2018).

77. Zie verder over blockchain bijvoorbeeld: D. de Jonghe & V.I. Laan, 'Blockchain in de realiteit', *Computerrecht* 2017/251, p. 347-354; C. Prins, 'De Blockchain: uitdaging voor het recht', *NJB* 2016/1941.

aan de onderkant van de lijst zijn toe te voegen. Eerder toegevoegde mutaties kunnen in beginsel niet worden gewijzigd.

7.8.3 Oorspronkelijk was het idee achter het gebruik van blockchain en bitcoin dat er geen ‘onafhankelijke derde’ nodig zou zijn, zoals bijvoorbeeld een bank, om een transactie te faciliteren en te verifiëren. Bij een blockchain zorgt de keten zelf voor verificatie van de verschillende transacties. Wat we nu zien, is dat de technologie van blockchain wordt gebruikt voor het bouwen van allerlei platforms waarbij in veel gevallen, zoals bijvoorbeeld bij handelsfinancieringen, juist wel banken betrokken zijn.⁷⁸ Het zijn juist de banken die dergelijke platforms (die al dan niet werken op basis van blockchaintechnologie) faciliteren en aanbieden aan hun klant.⁷⁹

7.8.4 Het gebruik van blockchaintechnologie en platforms wordt vaak in één adem genoemd met het gebruik van ‘smart contracts’.⁸⁰ Een ‘smart contract’ is een code die zelfuitvoerend is. De werking kan worden samengevat als ‘indien dit, dan dat’ (in de Engelse taal ‘if this, then that’). Het betekent dat indien aan een bepaalde voorwaarde wordt voldaan, er een gevolg intreedt. Het uitgangspunt van het documentair krediet is vergelijkbaar met een ‘smart contract’, namelijk indien de juiste documenten worden aangeboden, dan zal tot betaling worden overgegaan (if this, then that).

7.8.5 Echter, zoals besproken in het kader van de e-UCP wordt het digitaal aanbieden van documenten bemoeilijkt door onder andere het gebruik van (veelal niet-digitale) waardepapieren. Wellicht zou de recente Model Law on Electronic Transferable Records van de UNCITRAL als een format kunnen dienen voor nationale wetgevers voor de aanpassing c.q. aanvulling van (nationale) wetgeving op het gebied van Electronic Transferable Records zoals bijvoorbeeld het eerder genoemde ETR van de Rotterdam Rules. Verder zou niet alleen een ‘legal framework’ moeten worden gecreëerd voor het gebruik van digitale waardepapieren, maar zou ook duidelijkheid moeten worden geschapen over hoe om te gaan met elektronische documenten in het algemeen.⁸¹

7.8.6 Naast de vraag of het mogelijk is om alle documenten digitaal aan te bieden onder een documentair krediet, rijst de vraag of het mogelijk is om door een computercode te laten controleren of hetgeen wordt aangeboden overeenkomt met de vereisten in de L/C. En indien dit het geval is, zou automatisch tot betaling overge-

78. Zie ook J. Linneman, ‘Juridische aspecten van (toepassingen van) blockchain’, *Computerrecht* 2016/218, p. 323-324.

79. Zie abnamro.com/nl/newsroom/nieuws/2016/abn-amro-lid-van-r3.html (geraadpleegd op 6 september 2018). Zie rabobank.nl/bedrijven/ondernemen/internationaal-zakendoen/wetrade/ (geraadpleegd op 2 september 2018).

80. Zie (onder andere) over smart contracts: T.J. de Graaf, ‘Van oud naar nieuw: van internet naar smart contracts en van mensen naar code (I)’, *WPNR* 2018, nr. 7199, p. 494-501; T.J. de Graaf, ‘Van oud naar nieuw: van internet naar smart contracts en van mensen naar code (II)’, *WPNR* 2018, nr. 7200, p. 525-530 (hierna: De Graaf 2018 (II)); J.K. Stam, ‘Smart contracts’, *Contracteren* 2018/2, p. 54-60; E. Tjong Tjin Tai, ‘Smart contracts en het recht’, *NJB* 2017/146, p. 176-182.

81. Zie over deze problematiek in het Nederlandse recht bijvoorbeeld recent nog T.J. de Graaf, ‘De lappendeken van de gelijkstelling van elektronisch met schriftelijk in het licht van vormvereisten en bewijskracht’, *MvV* 2018, nr. 7-8, p. 243-248.

gaan kunnen worden conform de beginselen van een ‘smart contract’? Met andere woorden, kan de computer optreden als ‘document-checker’?

7.8.7 Vooralsnog, zo blijkt ook uit onderzoek van de ICC, wordt er in de fase van het beoordelen van documenten veel gebruik gemaakt van papier.⁸² Het digitaliseren van dit proces zou kosten en tijd kunnen besparen. Het beoordelen van de aangeboden documenten met behulp van één computercode zou ook een stap kunnen zijn om een einde te maken aan de verschillen in interpretatie van het beginsel van ‘strict compliance’. Immers, indien elke bank bij het controleren van de documenten dezelfde computercode (algoritme) zou gebruiken, zou dit kunnen bijdragen aan een uniforme beoordeling van de documenten en aan de rechtszekerheid.

7.8.8 Dat het gebruik van ‘smart contracts’ en computercodes kan bijdragen aan rechtszekerheid wordt onderschreven door De Graaf.⁸³ De Graaf⁸⁴ bespreekt in zijn recente bijdrage in het WPNR de verschillen tussen een bankgarantie en een ‘smart contract’ en schrijft dat hoewel wordt aangenomen dat een bankgarantie zekerheid biedt dat betaald wordt indien aan de betalingsvoorwaarden is voldaan, men bij de uitbetaling toch afhankelijk blijft van de beoordeling en de positie van de bank. Een voordeel van een ‘smart contract’ is dan ook, zo schrijft hij, dat een dergelijke code meer voorspelbaar is dan hoe bijvoorbeeld banken opereren, waardoor een code (in beginsel) meer zekerheid biedt dan een bankgarantie.⁸⁵

7.8.9 Hoewel de beoordeling van documenten door een computercode rechtszekerheid kan bieden, is het de vraag of dit ook de gewenste flexibiliteit biedt om bijvoorbeeld niet uit te keren indien er sprake is van fraude (bedrog). Dat de uiteindelijke beoordeling van documenten aan mensen moet worden overgelaten en niet aan een code, wordt betoogd door bijvoorbeeld Takahashi in zijn bijdrage (uit februari 2018) in *The Banking Law Journal*.⁸⁶ Takahashi⁸⁷ wijst op de verschillende bepalingen in de UCP 600 waarin is opgenomen op welke wijze de documenten beoordeeld dienen te worden. Bijvoorbeeld in art. 18(c) UCP 600 staat dat de beschrijving van de goederen op de handelsfactuur overeen dient te komen met de tekst van het documentair krediet (*‘must correspond with’*) terwijl in art. 14(e) UCP 600 staat dat de beschrijving van de goederen in de andere documenten dan de ‘commercial invoice’ niet dient te conflicteren met de beschrijving in het documentair krediet (*‘may be in general terms not conflicting with their description in the credit’*).⁸⁸ Dit is een andere toets. Volgens Takahashi moet, vanwege de verschillende toetsen die dienen te worden toegepast op de verschillende documenten, geconcludeerd worden dat het beoordelen van documenten onder het documentair krediet op dit moment (nog) niet kan worden geautomatiseerd.⁸⁹

82. ICC global survey on trade finance 2018, p. 13-14.

83. De Graaf 2018 (II), p. 525.

84. De Graaf 2018 (II), p. 525.

85. De Graaf 2018 (II), p. 525.

86. K. Takahashi, ‘Blockchain technology for letters of credit and escrow arrangements’, *The Banking Law Journal*, February 2018, p. 89-103 (hierna: Takahashi 2018).

87. Takahashi 2018, p. 96.

88. Takahashi 2018, p. 96.

89. Takahashi 2018, p. 96.

7.9 Slot

7.9.1 De populariteit van de ‘oude tante’ staat ernstig onder druk. Zij is op visites niet meer de graag geziene gast van weleer. Zij wordt thans gezien als een duur en gecompliceerd lid van de ‘trade finance family’. De huidige regelgeving en gewoonten rond documentaire kredieten worden beschouwd als inefficiënt en klantenvriendelijk.

7.9.2 Pogingen van de ICC om de ‘oude tante’ een ‘facelift’ te geven en een deel van haar gebreken te verhelpen door bijvoorbeeld het opstellen van de e-UCP om zo de administratieve belasting en de kosten terug te dringen, hebben vooralsnog niet het gewenste resultaat gehad.

7.9.3 De vraag is gerechtvaardigd of er, gelet op de grote vlucht die de betaling op basis van ‘open account’ heeft genomen, nog wel zo’n behoefte bestaat aan het documentair krediet. Bij grote internationaal opererende multinationals met vestigingen en vaste contacten in verschillende landen lijkt dit steeds minder het geval. Deze partijen hebben kennelijk minder behoefte aan het afdichten van betalingsrisico’s door het documentair krediet. Bovendien hebben dergelijke grote multinationals veelal ook mogelijkheden om de financiering op andere wijze te organiseren en daarbij zekerheid in te bouwen zonder gebruik te maken van het documentair krediet. Echter, voor partijen die in mindere mate toegang hebben tot financiering is er vooralsnog voor de overzeese handel niet snel een ander instrument dat dezelfde mate van zekerheid kan bieden als het documentair krediet.

7.9.4 De digitalisering kan uitkomst bieden bij het revitaliseren van het documentair krediet. De verwachting is echter dat de digitalisering van de handelsfinanciering (‘trade finance’) op korte termijn vooralsnog geen grote vlucht zal nemen, mede omdat het digitaliseren van waardepapieren veel voeten in de aarde heeft en nog niet (of slechts in beperkte mate) gereed lijkt te zijn. De digitalisering van waardepapieren is essentieel voor de digitalisering van het documentair krediet. Zij schreeuwt echter om een juridische infrastructuur van, bij voorkeur, eenvormig recht. Dit zou hoog op de agenda moeten staan van de, ook internationale, wetgever. Mocht deze juridische infrastructuur zich ontwikkelen, dan zou het gebruik van het documentair krediet in het kader van blockchain en platforms wellicht uitkomst bieden om de ‘oude tante’ te revitaliseren. Immers, de behoefte aan zekerheid in het kader van de financiering van de internationale handel is bij een deel van die handel geen behoefte die verdwenen is.

7.9.5 Met de digitalisering van het documentair krediet, wordt het belangrijke probleem van de administratieve belasting en het gebruik van de grote hoeveelheden papieren documenten opgelost. Andere problemen met betrekking tot het functioneren van het documentair krediet genoemd in deze bijdrage zijn onder meer de ondoorzichtige stroom van toepasselijke regels en de werking van de ‘doctrine of strict compliance’. De vraag blijft of de digitalisering daarvoor een oplossing kan bieden. Verdere hervorming blijft noodzakelijk om het (gedigitaliseerde) documentair krediet haar oude glans te laten herwinnen.

Betalingsverkeer

Hoofdstuk 8

Betalingsverkeersrecht in beweging

Prof. mr. W.A.K. Rank *

8.1 Introductie

Honderd jaar geleden, toen de Vereeniging Handelsrecht werd opgericht, verliep het betalingsverkeer goeddeels chartaal, *i.e.* door overgifte van munten en bankbiljetten. Salarissen werden chartaal betaald en aankopen in winkels eveneens.¹ Er was wel sprake van giraal betalingsverkeer, maar dit speelde zich vooral af in de zakelijke sfeer en op beperkte schaal. Voor zover particulieren zich van girale betalingen bedienden, betrof dit voornamelijk, zo niet uitsluitend, de meer welgestelde particulieren. Het girale betalingsverkeer werd toentertijd primair verzorgd door de banken en daarnaast ook door de toenmalige Postcheque- en Girodienst (PCGD). Opdrachten werden uitsluitend op papier gegeven en op papier verwerkt. Een centraal vereveningsinstituut ontbrak. Betalingen van een rekening bij de PCGD naar een rekening bij een private bank en *vice versa* en van een rekening bij een private bank naar een rekening bij een andere private bank verliepen via rekeningen die de betrokken instellingen over en weer bij elkaar aanhielden. Het betalingsverkeer was behalve chartaal ook vooral nationaal. Grensoverschrijdende betalingen waren er wel, maar dit waren vooral betalingen in het kader van het internationale handelsverkeer. Dergelijke betalingen vonden in de regel plaats met behulp van wissels en cheques en anders in contanten. Van grensoverschrijdend giraal betalingsverkeer was nauwelijks sprake. Net als in het binnenlandse betalingsverkeer ontbrak een centraal vereveningsinstituut en moesten deze betalingen plaatsvinden via rekeningen die de betrokken instellingen over en weer bij elkaar aanhielden.

Het betalingsverkeer was toentertijd ook nagenoeg ongereguleerd. Een wettelijke regeling van de privaatrechtelijke aspecten ontbrak. Het was aan de jurisprudentie en de wetenschap om hieraan vorm te geven aan de hand van de algemene regels van het vermogensrecht. Bij betaling in chartaal geld ging het daarbij vooral om goederenrechtelijke vragen zoals de vraag of aan verschillende eigenaren toebehorende munten of bankbiljetten vatbaar zijn voor revindicatie wanneer zij binnen een bepaald totaal niet meer individualiseerbaar aanwezig zijn. Bij girale betaling ging het met name om vragen van verbintenissenrecht en beslag- en insolventierecht. Te noemen zijn in dit verband de vraag naar het rechtskarakter van de girale betaling, de bevoegdheid tot girale betaling, aansprakelijkheid voor de uitvoering van betaalopdrachten en de consequenties van beslag en faillissement voor betalingen die op het tijdstip van de beslaglegging respectievelijk de faillietverklaring

* Pim Rank is hoogleraar financieel recht aan de Universiteit Leiden en Of Counsel bij NautaDutilh te Amsterdam.

1. Zie over betaling in chartaal geld recentelijk: A.A. Scholten, *Juridische aspecten van contant geld*, Financieel Juridische Reeks deel 10, Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

onderweg zijn. Betaaldienstverleners waren in beginsel volstrekt vrij om via hun algemene voorwaarden betaaldienstgebruikers aan eenzijdig door hen opgestelde regels te committeren en met andere betaaldienstverleners afspraken te maken over de uitvoering en verevening van betaalopdrachten. Publiekrechtelijke regels ontbraken al evenzeer. Er was wel sprake van een vergunningplicht voor banken maar niet voor (andere) betaaldienstverleners, er was geen prudentieel toezicht, er was ook geen gedragstoezicht en er waren geen regels die mededingingsbeperkende afspraken aan banden legden.

Inmiddels zijn we honderd jaar verder. Er is in die periode enorm veel gebeurd, niet alleen op het terrein van het betalingsverkeer als zodanig maar ook op het punt van de regulering daarvan.

Wat betreft het betalingsverkeer als zodanig: een eerste ontwikkeling op dit terrein is de beweging van chartaal naar giraal en elektronisch. De giralisering van het betalingsverkeer heeft een enorme vlucht genomen, zowel in nationaal als in internationaal verband. Het girale betalingsverkeer heeft het chartale betalingsverkeer in belangrijke mate verdrongen, niet alleen bezien naar het totale bedrag aan verrichte betalingen, maar ook bezien naar het aantal transacties. Daarnaast is er ook meer en meer sprake van betalen met elektronisch geld, dat wil zeggen betaling met een elektronisch of magnetisch opgeslagen geldswaarde die een vordering op de uitgever vertegenwoordigt en die is uitgegeven in ruil voor ontvangen chartaal of giraal geld. Een tweede ontwikkeling is dat opdrachten niet meer in overwegende mate op papieren dragers worden gegeven maar via allerlei moderne technologieën. Men denke aan betalingstransacties waarbij de opdracht wordt gegeven met behulp van een telecommunicatie-, digitaal- of IT-instrument, zoals bij internetbankieren of betalen via de mobiele telefoon of een betaalautomaat of door aanlevering van magneetbanden of diskettes. Betaling door overgifte van een wissel of een cheque of een ander bij wijze van betaling aangeboden papier heeft duidelijk aan betekenis ingeboet. We hebben de eurocheque, de groene betaalcheque en de girobetaalkaart zien komen en weer zien verdwijnen. De rol van deze betaalmiddelen wordt thans vervuld door de betaalautomaat. Een derde ontwikkeling in het betalingsverkeer is een beweging van nationaal naar internationaal, althans Europees. Het betalingsverkeer is zeker internationaler geworden. Dat heeft uiteraard te maken met de globalisering. Er is echter nog altijd geen sprake van een wereldomspannend betalingscircuit. In de praktijk verlopen de meeste internationale betalingen nog steeds via bilaterale correspondentrelaties. Daarbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen blanco betalingen en betalingen met behulp van documentaire incasso en documentair krediet. Bij blanco betalingen fungeert de bank louter als betalingsintermediair. Bij documentaire incasso en documentaire krediet is de bank ook betrokken bij de onderliggende transactie. In Europees verband is wel sprake van een geïntegreerd betalingssysteem voor grensoverschrijdende betalingen. Dat laatste heeft te maken met de invoering van de euro op 1 januari 1999 en, meer recent, de creatie van één gemeenschappelijk eurobetalingsgebied: de *Single Euro Payments Area* (SEPA). Een recente ontwikkeling op het terrein van het betalingsverkeer is de opkomst van allerlei alternatieve, niet-bancaire betaaldienstverleners — veelal zogenaamde *fintechs* — ten detrimente van de traditionele banken.

Ook op het punt van de regulering van het betalingsverkeer heeft de tijd niet stil gestaan. Een eerste ontwikkeling betreft de beweging van het ontbreken van elke vorm van overheidsregulering naar gedetailleerde wet- en regelgeving, zowel privaatrechtelijk als toezichtrechtelijk. Cruciaal is hier de komst van de Richtlijn betaaldiensten.² Deze richtlijn — ook wel de *Payment Services Directive* of PSD genoemd — bevat zowel toezichtrechtelijke als civielrechtelijke regels. De toezichtrechtelijke bepalingen voorzien onder andere in een vergunningplicht voor betaaldienstverleners en in bepaalde prudentiële en gedragsrechtelijke vereisten. De civielrechtelijke bepalingen betreffen onder andere een regeling van de rechten en verplichtingen van betaaldienstverleners en -gebruikers. In dat kader zijn bepalingen opgenomen inzake het aangaan van een betaaldienstverleningsrelatie, de mogelijkheid de overeenkomst met de betaaldienstverlener te wijzigen of te beëindigen, de doorberekening van kosten, de termijnen voor de afwikkeling van betalingstransacties, valuterings- en de aansprakelijkheid van de betrokken partijen.³ De toezichtrechtelijke bepalingen zijn in Nederland geïmplementeerd in de Wet op het financieel toezicht, de Wft; de civielrechtelijke bepalingen zijn opgenomen in Titel 7B (Betalingstransactie) van Boek 7 BW. Beide regelcomplexen zijn op 1 november 2009 in werking getreden. In het verlengde hiervan zie ik een beweging waarin de rechtsvormende rol van jurisprudentie en wetenschap bij het invullen van de privaatrechtelijke rechtsrelaties wordt beperkt ten faveure van een vastlegging van deze verhoudingen in fijnmazige privaatrechtelijke regelgeving. Deze ontwikkeling is eigenlijk een logische en onvermijdelijke resultante van de hiervoor geschetste beweging van het ontbreken van elke vorm van overheidsregulering naar gedetailleerde wet- en regelgeving.⁴

In deze bijdrage zal kort nader worden ingegaan op enkele van bovengenoemde ontwikkelingen of op gebeurtenissen op het gebied van het betalingsverkeersrecht die aan bovengenoemde ontwikkelingen hebben bijgedragen. Aan de orde komen de introductie van art. 6:114 BW bij de invoering van het huidige BW in 1992, de opkomst en afschaffing van de gegarandeerde eurocheque, betaalcheque en giro-betaalkaart, de jurisprudentie van de Hoge Raad bij girale betalingen rondom faillissement en de implementatie van de PSD, PSD2 en SEPA in Nederland. Tevens wordt aandacht besteed aan de rol die de preadviezen van de Vereniging Handelsrecht bij deze ontwikkelingen hebben gespeeld.

2. Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betaaldiensten in de interne markt, *PbEG* 5 december 2007, L 319/1.

3. Zie over deze bepalingen uitgebreid: W.A.K. Rank, 'Betalingstransactie', in: Schelhaas, Verheij & Wessels (red.), *Bijzondere Overeenkomsten, Studiereeks Burgerlijk recht*, 4e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 343-376.

4. Zie voor een overzicht van de mogelijke wijzen van afwikkeling van een geldschuld door (girale) betaling, de organisatie van het (girale) betalingsverkeer en de rechtsverhoudingen van de daarbij betrokken partijen anno 1996: W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling*, Deventer: Kluwer 1996, en voor een recent overzicht — op dit moment het meest recente en complete overzicht — (anno 2011): R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer / Elektronisch betalingsverkeer*, derde druk, Deventer: Kluwer 2011.

8.2 Bevoegdheid tot girale betaling wettelijk verankerd

Met de invoering van het huidige BW in 1992 kreeg de girale betaling in art. 6:114 BW een wettelijke basis in het Nederlandse civiele recht. Het eerste lid van het artikel bepaalt dat indien in een land waar de betaling moet of mag geschieden ten name van de schuldeiser een rekening bestemd voor girale betaling bestaat, de schuldenaar de verbintenis kan voldoen door het verschuldigde bedrag op die rekening te doen bijschrijven, tenzij de schuldeiser betaling op die rekening geldig heeft uitgesloten. Het tweede lid voegt daaraan toe dat in het geval van een girale betaling, de betaling geschiedt op het tijdstip waarop de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd.

Ofschoon de girale betaling ook zonder dit wetsartikel waarschijnlijk een even grote vlucht zou hebben genomen als de afgelopen decennia het geval is geweest, betekende het eerste lid van deze bepaling voor juristen een kentering in het denken over girale betaling. Tot dat moment werd in de literatuur wel aangenomen dat de giro-instelling bij het tot stand brengen van een girale betaling als vertegenwoordiger van de schuldenaar en/of de schuldeiser moest worden gezien. Daarnaast werd wel verdedigd dat bij girale betaling sprake zou zijn van betaling door of aan de giro-instelling, die in dat verband in eigen naam zou handelen. Verder werd door verschillende schrijvers betoogd dat een schuldenaar door bijschrijving van het verschuldigde bedrag op de rekening van zijn schuldeiser een vervangende prestatie zou leveren en dat aldus geen sprake zou zijn van een voldoening maar van een inbetalinggeving. Met de komst van art. 6:114 lid 1 BW zijn dat soort geluiden verstomd. Al snel werd de heersende leer dat girale betaling geen betaling door of aan een vertegenwoordiger of door of aan een derde is, maar een rechtstreekse betaling door de schuldenaar aan de schuldeiser.⁵ Verder maakte het gebruik van het woordje 'voldoen' in de bepaling duidelijk dat de schuldenaar door het verschuldigde bedrag op de rekening van zijn schuldeiser te doen bijschrijven een prestatie levert die rechtstreeks aan de op hem rustende verbintenis beantwoordt en geen vervangende prestatie.⁶ Omdat sprake is van een voldoening en niet van een inbetalinggeving, is het ook logisch dat de schuldenaar in beginsel tot een girale betalingswijze bevoegd is.

De bevoegdheid tot een girale betalingswijze bestaat niet als de schuldeiser girale betaling (in het algemeen of op een bepaalde rekening) heeft uitgesloten. Art. 6:114 lid 1 BW geeft de schuldeiser de mogelijkheid zulks eenzijdig te doen. De uitsluiting moet wel geldig zijn: zij mag niet in strijd zijn met wet, overeenkomst of redelijkheid en billijkheid. Zo zal een schuldeiser zich niet kunnen beroepen op een uitsluiting die de schuldenaar pas heeft bereikt op een moment dat hij daarmee geen rekening meer kon houden. Een betaling in weerwil van een geldige uitsluiting levert geen voldoening op. De schuldeiser mag een dergelijke betaling weigeren en de schuldenaar zal in beginsel opnieuw moeten betalen. Is het betaalde ter be-

5. W. Snijders, 'Betaling per giro', in: *Opstellen aangeboden aan Prof. mr. S.N. van Opstall*, Deventer: Kluwer 1972, p. 176-185, W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling*, Deventer: Kluwer 1996, p. 189-195, R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer / Elektronisch betalingsverkeer*, derde druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 147-149.

6. MvA II, Parl. Gesch. (N)BW, Boek 6, p. 459.

schikking van de schuldeiser gekomen en gaat weigering door de schuldeiser niet gepaard met terugbetaling, dan zijn er twee mogelijkheden. De eerste mogelijkheid is dat de uitsluiting als niet ernstig gemeend kan worden gepasseerd. In dat geval gaat de verbintenis alsnog door voldoening teniet. De tweede mogelijkheid is dat er verrekening plaatsvindt tussen de vordering waarvan opnieuw betaling wordt gevraagd en de vordering tot restitutie die de schuldenaar jegens de schuldeiser heeft.⁷ Niet duidelijk is wanneer het betaalde in de hier bedoelde zin geacht moet worden ter beschikking van de schuldeiser te zijn gekomen. In ieder geval zijn er aanknopingspunten in de jurisprudentie om aan te nemen dat in het geval van een ongeoorloofde debetstand op een uitgesloten rekening ook het bedrag waarmee de debetstand als gevolg van de gedane betaling is teruggelopen – en waarover de schuldeiser dus niet vrijelijk kan beschikken –, geacht moet worden ter beschikking van de schuldeiser te zijn gekomen en niet alleen het positieve excedent.⁸ Dat betekent dat de schuldenaar alsdan voor het volle bedrag van de betaling een vordering op de schuldeiser heeft, welke vordering, bij het uitblijven van (terug)betaling door de schuldeiser, door de schuldenaar voor dat volle bedrag zal kunnen worden verrekend met de vordering waarvan opnieuw betaling wordt gevraagd.

Ook voordat de wetgever de girale betaling in 1992 van een wettelijke grondslag had voorzien, kende de girale betaling al verschillende varianten. Naast de girale betaling die wordt geïnitieerd door een ad hoc-opdracht van de debiteur, bestond destijds al de acceptgiro, de periodieke overschrijving en de automatische incasso. Nadien hebben zich allerlei nieuwe vormen ontwikkeld. Ik noemde in dit verband al de varianten waarbij de opdracht wordt gegeven met behulp van een telecommunicatie-, digitaal- of IT-instrument, zoals bij internetbankieren of betalen via de mobiele telefoon of een betaalautomaat of door aanlevering van magneetbanden of diskettes. Ofschoon deze ontwikkeling zich waarschijnlijk ook zou hebben voorgedaan zonder de bepaling van art. 6:114 BW, heeft deze bepaling zeker bijgedragen aan het bevorderen van de girale betalingswijze als een normale wijze van betalen.

8.3 Opkomst en ondergang van de eurocheque, groene betaalcheque en girobetaalkaart

Betaling van met name particuliere aankopen van enige omvang in winkels en de dagelijkse boodschappen geschiedde in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw in de regel al niet meer door overgifte van baar geld, maar door overhandiging van gegarandeerde betaalmiddelen als de eurocheque, de groene betaalcheque en de girobetaalkaart: opdrachten tot overschrijving of uitbetaling in contanten, waarvan de verrekening of uitbetaling door een betaaldienstverlener op door deze met de cliënt overeengekomen voorwaarden werd gegarandeerd. Onze wetgever heeft deze praktijk onder dak willen brengen in art. 6:46 BW.

7. MvA II, Parl. Gesch. (N)BW, Boek 6, p. 461. Volgens de Hoge Raad betreft het hier een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking: HR 28 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7207, NJ 1998/218 (*Staat/Meijer*).

8. Vgl. HR 26 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001: ZC3408, NJ 2002/118 (*Standard Groep/ING Bank*).

Art. 6:46 BW bepaalt in zijn eerste lid dat inontvangstneming door een schuldeiser van een cheque, postcheque, overschrijvingsorder of een ander bij wijze van betaling aangeboden papier, wordt vermoed te zijn geschied onder voorbehoud van goede afloop. Het artikel veronderstelt een voltooide ontvangst en treedt niet in de vraag of de schuldeiser verplicht is een dergelijke papier in betaling aan te nemen. Overeenkomstig de heersende leer merkt de MvA evenwel op dat een dergelijke verplichting in het algemeen niet zal bestaan, al kan zij uit overeenkomst of gewoonte voortvloeien.⁹ De bepaling roept slechts een overeenkomst tot nadere regeling van de betaling in het leven. Aanvaarding door de schuldeiser van een bij wijze van betaling aangeboden papier, wordt vermoed te zijn geschied onder voorbehoud van goede afloop. Met andere woorden: de oorspronkelijke schuld blijft bestaan. Naast deze ontstaat een nieuwe verbintenis uit het papier. Voldoening van de tweede verbintenis doet ook de eerste teniet gaan. Door het accepteren van een papier als bedoeld in art. 6:46 BW neemt de schuldeiser op zich het stuk eerst bij de daarin aangegeven instelling of persoon ter verzilvering aan te bieden. Als honorering van het papier evenwel niet mogelijk blijkt, heeft de schuldeiser het volste recht alsnog voldoening van de debiteur te vorderen. Komt de goede afloop vast te staan, dan is daarmee de betaling voltooid.¹⁰

In de literatuur is destijds fel gediscussieerd over de vraag of art. 6:46 BW wel van toepassing moest worden geacht op betaling door afgifte van een gegarandeerd betaalmiddel als de eurocheque, groene betaalcheque of girobetaalkaart.¹¹ Ik heb zelf betoogd dat, anders dan bij een traditionele cheque of een overschrijvingsorder – waarbij de schuldeiser maar moet afwachten of de schuldenaar goed is voor zijn geld –, de aan deze papieren verbonden garantie meebracht dat de schuldeiser met en door de aanvaarding van het papier een onvoorwaardelijke, direct opeisbare vordering op de betaaldienstverlener verkreeg. In mijn visie vond de betaling bij een dergelijk papier op dat moment plaats.¹² Weliswaar stond het bedrag daarmee nog niet op de rekening van de schuldeiser, maar het bedrag was op dat moment al wel in zijn macht gekomen. De schuldeiser kon daarover immers beschikken door zich het in contanten te doen uitbetalen of het op zijn rekening te doen bij schrijven. De goede afloop was daarmee op voorhand gegeven. Nu ziet de voorbehoudsclausule van art. 6:46 BW niet alleen op het geval dat honorering van het papier niet mogelijk blijkt omdat de schuldenaar niet goed is voor zijn geld, maar ook op de situatie dat een bij wijze van betaling aangenomen papier bij de schuldeiser in het ongereede geraakt. In dat geval is de schuldenaar op grond van

9. MvA II, Parl. Gesch. (N)BW, Boek 6, p. 184.

10. Hoewel bij een betaling per creditcard geen sprake is van een bij wijze van betaling aangeboden papier en het zelfs niet om een wijze van betaling door de houder van de kaart gaat – deze krijgt juist krediet, doordat de emittent de factuur voor hem voldoet en hem het desbetreffende bedrag eerst later in rekening brengt –, kan de hoofdgedachte van art. 6:46 BW, namelijk het voorbehoud van goede afloop, hier analogisch worden toegepast. Aldus: MvA Invoeringswet Boeken 3,5 en 6 BW, *Kamerstukken II* 1984/85, 17541, 8, p. 30. Anders: R.R.M. de Moor, Art. 6.1.6.15a, WPNR 5789 (1986), p. 418, die art. 6:46 in dit verband rechtstreeks van toepassing acht.

11. Zie onder meer W.A.K. Rank, 'De betekenis van art. 6.1.6.15a NBW voor "betaling" met behulp van girobetaalkaart of betaalcheque', *NJB* 1984, p. 382-387, R.R.M. de Moor, Art. 6.1.6.15a, WPNR 5789 (1986), p. 415-418 en W.A.K. Rank, 'Artikel 6.1.6.15a NBW en betaling met behulp van gegarandeerde betaalmiddelen', WPNR 5825 (1986), p. 225-228 en door deze beide auteurs genoemde andere schrijvers.

12. Rank, o.c. 1984, p. 385.

art. 6:46 BW gehouden opnieuw te betalen. Een dergelijke verplichting kon mijns inziens echter moeilijk worden aangenomen in een situatie waarin de betaling geschiedt op het tijdstip van afgifte van het papier. Dat betekende overigens niet dat verlies, ontvreemding of tenietgaan van een eurocheque, betaalcheque of girobetaalkaart bij de schuldeiser in mijn visie altijd voor risico van deze laatste moest komen. Als het papier, na bij de schuldeiser in het ongereede te zijn geraakt, niet bij de uitgevende betaaldienstverlener ter verzilvering zou worden aangeboden, zou de schuldeiser mijns inziens de schuldenaar kunnen aanspreken uit ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW).¹³ Anderen waren evenwel met de minister van mening dat het voorbehoud van goede afloop wel degelijk op een betaling door afgifte van een gegarandeerd betaalmiddel als de eurocheque, groene betaalcheque of girobetaalkaart van toepassing moest worden geacht.¹⁴

In de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw waren de eurocheque, de groene betaalcheque en de girobetaalkaart het betaalmiddel bij uitstek in het consumptieve betalingsverkeer. Met de komst van de betaalautomaat was het echter snel gedaan met dit aanvankelijk zo populaire betaalmiddel. Voordeel van de betaalautomaat is uiteraard het papierloze karakter van de betaling. De betaling wordt geïnitieerd op de plaats van de transactie (*'point of sale'*) door een elektronische pas in de automaat in te voeren en een PIN-code in te toetsen. Alle betaalautomaten in Nederland zijn aangesloten op een centrale hostcomputer, welke hostcomputer weer in verbinding staat met de centrale computers van de betrokken banken. De hostcomputer geleidt de door haar ontvangen signalen meteen door naar de centrale computer van de giro-instelling van de debiteur. Identificatie, verificatie en autorisatie vinden rechtstreeks vanuit deze computer plaats. Geaccepteerde opdrachten worden vervolgens in de hostcomputer verzameld en doorgezonden naar de verwerkingscomputers. Vanaf dat moment verloopt de afwikkeling verder op dezelfde manier als bij een op een meer klassieke wijze aangeleverde opdracht. Met een door een Nederlandse bank verstrekte elektronische pas kan in de regel ook van betaalautomaten in het buitenland gebruik worden gemaakt. Tegenover deze moderne en efficiënte wijze van betalen moesten de gegarandeerde cheque en de girobetaalkaart uiteindelijk het onderspit delven. In de loop van 2001 werd de uitgifte van gegarandeerde cheques en girobetaalkaarten gestaakt en vanaf 1 januari 2002 namen winkeliers geen gegarandeerde cheques en girobetaalkaarten meer aan.¹⁵

8.4 Girale betaling en faillissement: de Hoge Raad als rechtsvormer

Uiteraard heeft de Hoge Raad zich op tal van rechtsgebieden gemanifesteerd als rechtsvormer. Echter, op het gebied van het girale betalingsverkeer rondom faillissement is de rechtspraak van de Hoge Raad niet alleen principieel richtinggevend van karakter, maar ook heel praktisch van aard. De Hoge Raad heeft daarmee een aantal criteria gegeven aan de hand waarvan geschillen tussen curatoren en banken bij faillissement van een rekeninghouder over betalingen door of aan deze reke-

13. Rank, o.c. 1986, p. 227.

14. De Moor, o.c. p. 416, die het ecarteren van het schuldeisersrisico via de ongerechtvaardigde verrijking als kunstmatig en tegenstrijdig kwalificeerde.

15. Zoals al in 1987 voorspeld door R.E. de Rooy, *Juridische aspecten van moderne betaalmiddelen*, preadvies Vereniging Handelsrecht 1987, Deventer: Kluwer 1987, p. 76.

ninghouder op een evenwichtige wijze tot een oplossing kunnen worden gebracht. Een — niet-uitputtende bloemlezing — moge ter illustratie dienen.

Girale betaling moet worden geduid in termen van het ontstaan en tenietgaan van vorderingen en schulden van de rekeninghouders jegens de bank. De bank krijgt ter zake van het bedrag van de opdracht een vordering op de opdrachtgever. Zij debiteert de tussen haar en de opdrachtgever bestaande rekening-courant met het bedrag van deze vordering. Indien de opdrachtgever over een creditsaldo beschikt, wordt de vordering van de bank op de opdrachtgever uit hoofde van de debitering van rechtswege verrekend met de schuld van de bank aan de opdrachtgever uit hoofde van het creditsaldo. Een dergelijke verrekening van rechtswege is inherent aan een rekening-courantverhouding (art. 6:140 lid 1 BW). Indien de opdrachtgever debet staat, zal de debitering resulteren in een toename van de vordering van de bank op de opdrachtgever uit hoofde van het debetsaldo. De bank neemt jegens de begunstigde een schuld op zich ter zake van het bedrag van de opdracht. Zij crediteert de tussen haar en de begunstigde bestaande rekening-courant met het bedrag van deze schuld. Indien de begunstigde debet staat, wordt de schuld van de bank aan de begunstigde uit hoofde van de creditering van rechtswege verrekend met de vordering van de bank op de begunstigde uit hoofde van het debetsaldo. Indien de begunstigde over een creditsaldo beschikt, zal de creditering resulteren in een toename van de schuld van de bank aan de begunstigde uit hoofde van het creditsaldo.

Houden opdrachtgever en begunstigde hun rekeningen aan bij een verschillende bank, dan zal de bank van de opdrachtgever opdracht geven aan de bank van de begunstigde om de rekening van de begunstigde met het desbetreffende bedrag te crediteren. Deze opdracht zal de bank van de begunstigde in de regel bereiken via een afwikkelonderneming — in Nederland Equens — als onderdeel van een verzameling van meerdere opdrachten. De bank van de begunstigde krijgt ter zake van het bedrag van de opdracht een vordering op de bank van de opdrachtgever. Deze vordering wordt door de afwikkelonderneming gesaldeerd met eventuele andere vorderingen van de bank van de begunstigde op de bank van de opdrachtgever en schulden van de bank van de begunstigde jegens de bank van de opdrachtgever ('clearing'). Verevening ('settlement') vindt op netto-basis plaats, via rekeningen die de verschillende banken bij een centrale bank — in Nederland DNB — aanhouden.

De bank van een gefailleerde rekeninghouder beschikt op grond van art. 53 Fw over een ruimere verrekeningsbevoegdheid dan zij buiten faillissement op grond van het BW heeft. Op grond van deze bepaling kan hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, zijn schuld aan de gefailleerde verrekenen met zijn vordering op de gefailleerde, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Voor een bank is deze ruimere verrekeningsbevoegdheid een vorm van zekerheid. De Hoge Raad heeft echter in een reeks van arresten grenzen gesteld aan de verrekeningsbevoegdheid van de bank ter zake van een in het zicht van of juist na de faillietverklaring van een rekeninghouder voltooide girale betaling. Voor de Hoge Raad is in dit verband leidend dat een bank geen voordeel mag hebben van

de bijzondere positie die zij als intermediair in het betalingsverkeer inneemt.¹⁶ Dat geldt zowel in de situatie dat sprake is van een betaling *door* de gefailleerde als in de situatie dat sprake is van een betaling *aan* de gefailleerde. Het ontstaansmoment van de vordering en de schuld en de wetenschap van de bank omtrent het faillissement van haar rekeninghouder zijn daarbij van doorslaggevend belang.¹⁷

In de situatie dat sprake is van een betaling *door* de gefailleerde kan de bank een na de faillietverklaring voltooide betaling, welke haar grond vindt in een eveneens na de faillietverklaring door de gefailleerde gegeven overschrijvingsopdracht, niet aan de curator tegenwerpen. Zij kan de vordering die zij ter zake van het uitvoeren van de opdracht op de rekeninghouder verkrijgt niet in verrekening brengen met haar schuld uit een creditsaldo. In een dergelijk geval is niet voldaan aan de door art. 53 Fw gestelde eisen. De vordering van de bank op de rekeninghouder ontstaat pas met en door de aanvaarding door de bank van een concrete overboekingsopdracht – dus na de faillietverklaring – en heeft niet haar rechtstreekse oorzaak in de voor de faillietverklaring al tussen de bank en de rekeninghouder bestaande rekeningrelatie.¹⁸ De bank zal een na het faillissementstijdstip voltooide betaling wel aan de curator kunnen tegenwerpen als de opdracht vóór de faillietverklaring is verstrekt en door de bank is aanvaard. Op grond van art. 53 Fw kan de bank dan de vordering die zij ter zake van de opdracht op de debiteur verkrijgt in verrekening brengen met haar schuld uit het creditsaldo. Is de bank bij de aanvaarding van de opdracht bekend met het ophanden zijn van het faillissement, dan zal echter art. 54 Fw zich tegen verrekening verzetten.¹⁹ Bij automatische incasso is de bank is wel bevoegd om bedragen die zij staande het faillissement van de incassant in opdracht van de (bank van de) geïncasseerde heeft gestorneerd in mindering te brengen op hetgeen zij op de faillissementsdatum aan de incassant verschuldigd is. Hier is echter geen sprake van verrekening maar van een boekhoudkundige handeling.²⁰

In de situatie dat sprake is van een betaling *aan* de gefailleerde zal de bank het bedrag van een na de faillietverklaring verrichte creditering uit hoofde van een eveneens na de faillietverklaring door een derde verstrekte opdracht aan de curator moeten afdragen. Verrekening door de bank van de schuld uit de creditering met een vordering uit een eventueel debetsaldo is niet mogelijk omdat niet is voldaan aan de eisen van art. 53 Fw. De schuld van de bank is pas na de faillietverklaring ontstaan en heeft niet haar rechtstreekse oorzaak in de voor de faillietverklaring al tussen de bank en de rekeninghouder bestaande rekeningrelatie.²¹ Verrekening is in beginsel wel mogelijk als de creditering vóór de faillietverklaring plaatsvindt. Verrekening is echter uitgesloten als de bank op het moment van de verrekening op de hoogte is van het feit dat het faillissement van de rekeninghouder reeds is

16. HR 10 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB4313, NJ 1976/249 (Standaardfilms).

17. Zie voor een overzicht van voor 1990 op dit punt gewezen jurisprudentie: W.A.K. Rank, *Verrekening door de bank als oneigenlijke zekerheid*, NIBE Bankjuridische Reeks, deel 6, Amsterdam: NIBE 1990.

18. Zie HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, NJ 2006/503 (Huijzer q.q./ Rabobank), HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0614, NJ 2012/421 (ING Bank/ Manning q.q.).

19. Vgl. W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling*, Deventer: Kluwer 1996, p. 257-260.

20. HR 3 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1943, NJ 2005/200 (Mendel q.q./ABN AMRO).

21. HR 10 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB4313, NJ 1976/249 (Standaardfilms).

aangevraagd: de vermindering van het debetsaldo is dan een paulianeuze voldoening in de zin van art. 47 Fw.²² Verrekening is in dit geval eveneens uitgesloten als de bank, op het moment dat zij zich door creditering van de rekening tot debiteur van de rekeninghouder maakt niet te goeder trouw is in de zin van art. 54 Fw.²³ Verrekening is wel toegestaan als het gaat om crediteringen ter zake van aan de bank verpande vorderingen,²⁴ maar weer niet als het de opbrengst betreft van voor de faillietverklaring met toestemming van de bank vrij van pandrecht of hypotheekrecht verkochte zaken.²⁵ Bij automatische incasso is de bank van de geïncasseerde in beginsel bevoegd om bedragen die op een moment dat de bank weet dat het faillissement van de geïncasseerde op elk moment kan intreden dan wel na de faillietverklaring van de geïncasseerde op de rekening van de geïncasseerde worden teruggeboekt (ingevolge een door de bank of de geïncasseerde zelf gegeven opdracht tot storting) in mindering te brengen op hetgeen zij op de faillissementsdatum van de geïncasseerde te vorderen heeft. Ook hier is geen sprake van verrekening maar van een boekhoudkundige handeling.²⁶ Dat neemt niet weg dat een bank in bijzondere gevallen misbruik kan maken van haar stortingbevoegdheid, bijvoorbeeld in het geval dat de bank over voldoende zekerheid beschikt om haar vordering op de geïncasseerde te kunnen verhalen.

Bij betaling *door* de gefailleerde kan de curator zijn pijlen ook op de begunstigde van de betaling richten. In faillissementen van ná 20 maart 2015 kan de curator op grond van art. 23 Fw steeds alle bedragen terugvorderen waarmee de rekening van de begunstigde na de aanvang van de dag van de faillietverklaring van de opdrachtgever is gecrediteerd.²⁷ Voor faillissementen van eerdere datum geldt nog de uitzondering dat de curator die mogelijkheid niet heeft als de bank van de failliete opdrachtgever bij de aanvang van de dag van de faillietverklaring alle handelingen heeft verricht die zij als opdrachtnemer ter effectuering van de betaling gehouden was te verrichten.²⁸

De PSD en PSD2 bevatten gedetailleerde regels over de aansprakelijkheid van betaaldienstverleners bij de uitvoering van betaalopdrachten. Deze regels codificeren voor een deel de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt en maken deze jurisprudentie voor een deel ook overbodig. Dat geldt echter niet voor de jurisprudentie van de Hoge Raad op het punt van girale betaling en faillissement. PSD en PSD2 bevatten ter zake geen regels en het ligt dan ook in de rede dat deze jurisprudentie zijn betekenis zal behouden.

22. HR 8 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0457, NJ 1988/104 (*Loeffen q.q./Mees & Hope I*).

23. HR 8 juli 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC0457, NJ 1988/104 (*Loeffen q.q./Mees & Hope I*), HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 (*AMRO/THB*).

24. HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*).

25. HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3137, NJ 2005/199 (*ING/Gunning q.q.*).

26. HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8732, NJ 2012/89 (*SNS Bank/Pasman q.q.*).

27. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:689, NJ 2015/264 (*JPR /Gunning q.q.*).

28. HR 31 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0705, NJ 1990/1 (*Vis q.q./NMB*).

8.5 PSD, PSD2 en SEPA: de Europeanisering van het betalingsverkeer

Art. 6:114 BW regelt de verhouding tussen de schuldenaar en de schuldeiser. De bepaling heeft geen betrekking op de overige rechtsverhoudingen die bij een girale betaling een rol spelen, te weten de verhouding tussen de schuldenaar en zijn betaaldienstverlener, de schuldeiser en zijn betaaldienstverlener en de verhouding tussen de betaaldienstverleners onderling. Deze verhoudingen worden geregeld in de nieuwe Titel 7B van Boek 7 BW (Betalingstransactie).

Titel 7B van Boek 7 BW is ingevoerd bij wet van 15 oktober 2009, *Stb.* 2009, 436, welke wet in werking is getreden op 1 november 2009, *Stb.* 2009, 436, in het kader van de implementatie in de Nederlandse wetgeving van de al genoemde Richtlijn betaaldiensten, ook wel Payment Services Directive of PSD genoemd. Deze richtlijn bevat, als gezegd, zowel civielrechtelijke als toezichtrechtelijke regels. De civielrechtelijke bepalingen zijn opgenomen in Titel 7B (Betalingstransactie) van Boek 7 BW. De toezichtrechtelijke bepalingen zijn in Nederland geïmplementeerd in de Wet op het financieel toezicht, de Wft. De civielrechtelijke bepalingen betreffen onder andere een regeling van de rechten en verplichtingen van betaaldienstverleners en -gebruikers. In dat kader zijn bepalingen opgenomen inzake het aangaan van een betaaldienstverleningsrelatie, de mogelijkheid de overeenkomst met de betaaldienstverlener te wijzigen of te beëindigen, de doorberekening van kosten, de termijnen voor de afwikkeling van betalingstransacties, valuterings- en aansprakelijkheid van de betrokken partijen. De toezichtrechtelijke bepalingen voorzien onder andere in een vergunningplicht voor betaaldienstverleners en in bepaalde prudentiële en gedragsrechtelijke vereisten. Met deze richtlijn is het regelgevend kader voor betaaldiensten in de EU/EER in belangrijke mate geharmoniseerd. Uiteraard is dit een ontwikkeling die het Nederlandse betalingsverkeersrecht totaal op zijn kop heeft gezet, zowel civielrechtelijk als toezichtrechtelijk.

En de ontwikkelingen staan niet stil. Op 25 november 2015 is een nieuwe richtlijn voor betaaldiensten vastgesteld.²⁹ Deze nieuwe richtlijn – die in de praktijk wordt aangeduid als PSD2 – vervangt de huidige PSD en voorziet in nieuwe regels voor betaaldiensten. Om te beginnen wordt de reikwijdte van de huidige richtlijn met PSD2 uitgebreid naar derde-betaaldienstverleners, dat wil zeggen dienstverleners die betalingsinitiatiediensten of rekeninginformatiediensten aanbieden. In PSD2 wordt een betalingsinitiatiedienst gedefinieerd als de dienst waarbij een betaaloopdracht wordt geïnitieerd door een betaaldienstverlener op verzoek van een cliënt ten aanzien van een door de cliënt bij een andere betaaldienstverlener aangehouden rekening. Een dergelijke dienst kan bijvoorbeeld worden aangeboden door een internetbetaalkantoor om betalingen aan webwinkeliers te faciliteren. PSD2 definieert de rekeninginformatiedienst als de onlinedienst waarbij door een betaaldienstverlener geconsolideerde informatie wordt verstrekt over rekeningen van de cliënt bij een andere of meerdere betaaldienstverleners. Met deze dienst kan de betaaldienstgebruiker bij de aanbieder zijn saldi inzien op rekeningen die hij bij meerdere be-

29. Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG, *PbEU* 23 december 2015, L 337/35.

taaldienstverleners aanhoudt. PSD2 diende op 13 januari 2018 in de nationale wetgeving van de EU/EER-lidstaten te zijn geïmplementeerd. Deze datum is in Nederland niet gehaald. Dit houdt verband met het controversiële karakter van PSD2 en met name met de omstandigheid dat derde partijen — als de rekeninghouders daarmee instemmen — toegang kunnen krijgen tot de bancaire rekeninginfrastructuur en rekeninginformatie en deze informatie ook kunnen gebruiken. Op 23 oktober 2017 is een wetsontwerp inzake de implementatie van PSD2 bij de Tweede Kamer ingediend.³⁰ Op 11 september 2018 is dit wetsontwerp door de Tweede Kamer aangenomen. Op het moment van het schrijven van deze bijdrage is nog niet duidelijk wanneer de Eerste Kamer zich met het wetsontwerp zal bezig houden en wanneer het wetsontwerp daadwerkelijk kracht van wet zal krijgen.³¹

Het doel van de PSD en van PSD2 is het harmoniseren van het regelgevend kader binnen één gemeenschappelijk eurobetalingsgebied: de *Single Euro Payments Area* ('SEPA'). Waar de richtlijn het juridisch kader biedt waarbinnen de uniforme Europese betaalruimte kan worden gerealiseerd, heeft SEPA vooral betrekking op de standaardisatie van betaalproducten. Onder auspiciën van de *European Payments Council* ('EPC') heeft de financiële sector in het kader van SEPA afspraken gemaakt over algemeen toepasbare vormen en kenmerken van overboekingen en incasso's, de verwerking van dergelijke betalingen tussen banken en betalingen met betaalpassen en creditcards. Deze afspraken betreffen in het bijzonder uniforme standaarden, regels en procedures die in het Europese interbancaire betalingsverkeer gehanteerd moeten worden teneinde het grensoverschrijdende betalingsverkeer te faciliteren en over de organisatie en opzet van het interbancaire betalingsverkeer, met het oog op het bevorderen van een zo groot mogelijke convergentie.

SEPA is op 28 januari 2008 daadwerkelijk van start gegaan voor de verwerking van gewone overboekingen (SEPA Credit Transfer). Vanaf die datum kunnen bedrijven en consumenten in het gehele SEPA-gebied bedragen overmaken met een uniforme Europese overschrijving. Sinds november 2010 is ook de Europese automatische incasso (SEPA Direct Debit) voor de markt beschikbaar. Crediteuren kunnen hiermee betalingen in euro's incasseren bij debiteuren in het gehele SEPA-gebied zonder dat zij daarvoor een rekening in het betreffende land behoeven aan te houden. De standaarden, regels en procedures waaraan een SEPA Credit Transfer en een SEPA Direct Debit moeten voldoen zijn vastgelegd in Rule Books. De SEPA Rule Books worden periodiek vernieuwd. Als er binnen de EPC overeenstemming is bereikt over standaarden voor weer een volgend betaalproduct, wordt er ook voor dat product een Rule Book gepubliceerd. De actuele Rule Books zijn te vinden op de website van de EPC.

Om veilig te stellen dat dergelijke technische standaarden binnen het door de Europese Commissie wenselijk geachte tijdschema van kracht worden is op 14

30. Wetsontwerp 34813.

31. Zie nader over PSD2 de bijdrage van Voerman elders in deze bundel — Van moderne betaalmiddelen naar innovatieve betaaldiensten —, die onder meer ingaat op de gevolgen van de hier genoemde nieuwe betaaldiensten voor het begrip betalingstransactie en het begrip betaalrekening.

maart 2012 de SEPA-verordening vastgesteld.³² Op 20 maart 2014 is een verordening tot wijziging van de SEPA-verordening gepubliceerd.³³ Deze laatste verordening is met terugwerkende kracht tot 31 januari 2014 in werking getreden. De SEPA-verordening verplicht betaaldienstverleners om standaarden, regels en procedures die met betrekking tot bepaalde betaalproducten door de EPC zijn opgesteld in hun systemen te implementeren.

8.6 Betekenis publicaties Vereniging Handelsrecht

In de loop der jaren zijn er door de Vereniging Handelsrecht slechts enkele publicaties uitgebracht die op het betalingsverkeer betrekking hebben. Strikt genomen betreft het alleen de vlugschriften uit 1920 en 1922 over vragen van wisselrecht, waarschijnlijk van de hand van W.L.P.A. Molengraaff, oprichter en eerste voorzitter van de Vereniging Handelsrecht, en de preadviezen van R.E. de Rooy, G.L. Ballon en F. de Ly uit 1987 over juridische aspecten van moderne betaalmiddelen. Als we het begrip betalingsverkeer wat ruimer nemen kunnen ook de preadviezen van W.C. Mees R. Azn en H.A. van Nierop uit 1932 over art. 1793 BW (oud) en die van F.H.J. Mijnsen en J.M. Boll uit 1984 over de bankgarantie worden beschouwd als betrekking hebbend op het betalingsverkeer. De vraag rijst wat het belang van deze preadviezen is geweest en of zij enige invloed hebben gehad.

Niet zeker is wie de auteur van de beide vlugschriften over vragen van wisselrecht is. In de door hem te boek gestelde geschiedenis van de Vereniging Handelsrecht gaat Jansen er echter vanuit dat het gezien de stijl, het woordgebruik en de gekozen voorbeelden niet onwaarschijnlijk is dat Molengraaff de hand in deze twee publicaties heeft gehad.³⁴ Uit de publicatie van Jansen blijkt ook dat bij wetswijzigingen die in 1925 en 1928 in het Wetboek van Koophandel zijn doorgevoerd aan nagenoeg alle in de vlugschriften geuite bezwaren tegen toenmalige Nederlandse wisselrecht is tegemoet gekomen. Voor Jansen staat dan ook buiten kijf dat deze wetswijzigingen mede dankzij de initiatieven van de Vereniging Handelsrecht hun beslag hebben gekregen.³⁵

De preadviezen van Mees en Van Nierop uit 1932 hebben betrekking op het destijds geldende art. 1793 BW. Dit artikel behelsde een neerslag van het nominaliteitsbeginsel, het beginsel volgens hetwelk voor de betaling van een geldschuld slechts de nominale waarde van de verschuldigde som rechtens relevant is, ongeacht fluctuaties in de reële waarde ervan. Art. 1793 BW was uitsluitend geschreven voor verbintenissen uit geldleen en stamde nog uit een periode waarin meer werd gedacht in termen van intrinsieke of metallieke waarde dan in termen van koopkracht of

32. Verordening (EU) 260/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2012 tot vaststelling van technische en bedrijfsmatige vereisten voor overmakingen en automatische afschrijvingen in euro en tot wijziging van Verordening (EG) 924/2009, *PbEU* 30 maart 2012, L 94/22.

33. Verordening (EU) 248/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 tot wijziging van Verordening (EU) nr. 260/2012 betreffende de migratie naar Uniebrede overmakingen en automatische afschrijvingen, *PbEU* 20 maart 2014, L 84/1.

34. C.J.H. Janssen, *Vereeniging Handelsrecht 1918-1993, uitgave ter gelegenheid van het 75-jarig bestaan van de Vereniging Handelsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 14.

35. C.J.H. Janssen, *Vereeniging Handelsrecht 1918-1993, uitgave ter gelegenheid van het 75-jarig bestaan van de Vereniging Handelsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 15.

koerswaarde. De bepaling van art. 1793 lid 1 BW werd echter ruim opgevat en wel in die zin dat haar werking werd uitgebreid tot alle geldschulden: met een beroep op het desbetreffende wetsartikel dan wel onder verwijzing naar het achterliggende rechtsbeginsel werd algemeen aangenomen dat een verbintenis tot betaling van een geldsom moest worden voldaan naar haar nominale bedrag, tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling anders voortvloeide. De regel is thans voor alle geldschulden opgenomen in art. 6:111 BW.

De preadviezen van Mees en Van Nierop verschenen een jaar na het fameuze *Mark-is-Mark*-arrest van de Hoge Raad.³⁶ In dit arrest werd beslist dat een geldnemer die in 1911 DM 125 000 te leen had ontvangen, in 1924 met terugbetaling van eenzelfde bedrag kon volstaan. Dat de waarde van DM 125.000 Duitse marken in 1911 het bedrag van NLG 75.000 beliep en in 1924 nog maar NLG 0,0000001, deed daaraan niet af. Dat dit arrest de gemoederen schokte, behoeft geen nader betoog. Dat begrepen ook de preadviseurs. Echter, ofschoon de preadviseurs wel ruimte zagen om in uitzonderlijke gevallen van het nominaliteitsbeginsel af te wijken, is de waarde van hun preadviezen toch vooral daarin gelegen dat zij duidelijk hebben gemaakt dat een systeem waarin het verschuldigde bedrag wordt verhoogd of verlaagd overeenkomstig de daling of stijging van de koopkracht van de rekeneenheid zich moeilijk verdraagt met de rechtszekerheid. Daarmee hebben zij in belangrijke mate bijgedragen aan de acceptatie van het nominaliteitsbeginsel als algemeen uitgangspunt voor de nakoming van geldschulden.

De preadviezen van De Rooy, Ballon en De Ly zijn uit 1987 en dus van recenter datum. Het preadvies van De Rooy heeft betrekking op de betaling met behulp van creditcard, betaalcheque en betaalautomaat naar Nederlands recht. Het preadvies van Ballon en De Ly ziet op de betaling met elektronische bank- en koperskaarten naar Belgisch en Frans recht. Of de preadviezen van Ballon en De Ly invloed hebben gehad, kan ik moeilijk beoordelen en laat ik verder buiten beschouwing. Het preadvies van De Rooy heeft zeker invloed gehad. Het heeft een rol gespeeld bij de nadere duiding van de verhoudingen tussen de verschillende bij deze betaalmiddelen betrokken partijen, het ontstaansmoment van de vorderingen die partijen in dit verband op elkaar krijgen en de vraag wanneer de debiteur bevrijdend heeft betaald. Tekenend is dat De Rooy, gelijk ook Voerman in zijn bijdrage elders in deze bundel signaleert, zich al in 1987 afvroeg of de betaalautomaat niet de overige, toentertijd in het particuliere betalingsverkeer in gebruik zijnde betaalmiddelen zou verdringen.³⁷ Hij heeft in ieder gelijk geval gekregen waar het de eurocheque, de betaalcheque en de girobetaalkaart betreft. De creditcard houdt zich naast de betaalautomaat nog dapper staande. De meeste aanbevelingen van De Rooy zagen op de eurocheque, de betaalcheque en de girobetaalkaart. Met het verdwijnen van deze betaalmiddelen uit het verkeer hebben deze aanbevelingen hun betekenis verloren. Zijn suggesties met betrekking tot het verminderen van de aansprakelijkheid van de pashouder bij misbruik door een derde vinden we echter terug in de PSD.

36. HR 2 januari 1931, NJ 1931/274.

37. R.E. de Rooy, *Juridische aspecten van moderne betaalmiddelen*, preadvies Vereniging Handelsrecht 1987, Deventer: Kluwer 1987, p. 76.

De preadviezen van Mijnsen en Boll laat ik hier verder buiten beschouwing, in de verwachting dat deze elders in deze bundel nog zullen worden belicht (in het kader van documentair krediet).

8.7 Hoe nu verder?

Het lijkt mij betreft geen twijfel dat we steeds verder opschuiven in de richting van wat Schweisheimer al in 1970 *'the cashless and checkless society'* noemde.³⁸ Het gebruik van chartaal geld loopt steeds verder terug. Datzelfde geldt voor de betaling door middel van een bij wijze van betaling aangeboden papier. De wissel en de traditionele cheque lijden een kwijnend bestaan en de eurocheque, de betaalcheque en de girobetaalkaart zijn volledig uit de roulatie verdwenen. Betalingen in winkels vinden in de regel plaats met behulp van een betaalautomaat en een debitcard of een creditcard. Andere betalingen worden vooral afgewikkeld door girale overboeking. Daarbij wordt de opdracht tot het effectueren van de overboeking nog maar zelden op papier gegeven. Meestal is sprake van aanlevering van de opdracht via internetbankieren of telebanking of met behulp van andere, nieuwe technologieën. Veelal neemt de begunstigde daartoe het initiatief, niet alleen in het geval van automatische incasso, maar ook door de debiteur simpelweg een 'tikkie' te sturen. Ook is het betalingsverkeer een stuk internationaler geworden en in ieder geval Europees. Alternatieve betaalmiddelen dienen zich aan. Ik noem in dit verband de bitcoin: een betaalmiddel dat niet kwalificeert als gangbaar geld, niet als giraal geld en ook niet als elektronisch geld.³⁹ Het ligt in de rede dat al deze ontwikkelingen zich zullen voortzetten onder PSD2 en door deze nieuwe richtlijn en de implementatiewetgeving verder zullen worden bevorderd.

Dat de overheid en de (traditionele en nieuwe) betaaldienstverleners deze ontwikkelingen toejuichen is volstrekt begrijpelijk. Het betalingsverkeer wordt er transparanter door en de kosten worden lager. Dat neemt niet weg dat er aan de toenemende giralisering van het betalingsverkeer natuurlijk ook een tegenkant zit. Burgers worden nog afhankelijker van de banken dan ze al zijn. Als betaling in chartaal geld in het economisch verkeer steeds meer wordt uitgesloten – niettegenstaande het karakter van wettig betaalmiddel van de desbetreffende munten en bankbiljetten – wordt voor de burger onmogelijk zich aan het bancaire circuit te onttrekken door zijn rekeningsaldo in contanten op te nemen en alleen nog in chartaal geld te betalen. Verder is er natuurlijk het risico van storingen in de elektriciteitsvoorziening of storingen in communicatieverbindingen of apparatuur van de betaaldienstverlener of van derden van wier diensten de betaaldienstverlener gebruik maakt, arbeidsongeregeldeheden onder het personeel van de betaaldienstverlener of het optreden van hackers. Tegenover de roep van de overheid om transparantie staat de privacy-wens van de burger.

38. W. Schweisheimer, 'How many creditcards to carry?', *Bankers' Magazine*, september 1970, p. 114.

39. Zie W.A.K. Rank, 'Bitcoins: civielrechtelijke en toezichtrechtelijke aspecten', in: R.A. Wolf e.a. (red.), *Bitcoins; civiele en fiscale aspecten in beeld*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 26-38, W.A.K. Rank, 'Betaling in bitcoins: geld of ruilmiddel, betaling of inbetalinggeving', *Ars Aequi* 2015/3, p. 177-185.

De kunst is het juiste evenwicht te bewaren tussen de immer voortschrijdende technologie en de behoefte van de individuele mens om zelf te bepalen welke goederen en diensten hij zich wil verschaffen en hoe hij deze wil betalen. Hier ligt een mooie taak voor de (Europese) wetgever.

Hoofdstuk 9

Van moderne betaalmiddelen naar innovatieve betaaldiensten

Mr. J.A. Voerman *

9.1 Toen en nu

Handel en betalen gaan hand in hand. Aanvankelijk werden goederen gebruikt als betaalmiddel (ruilhandel). Munten volgden als betaalmiddel en maken nog steeds deel uit van het huidige arsenaal van betaalmiddelen. Dat kan echter niet worden gezegd van een aantal van de betaalmiddelen die in het Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, *Juridische aspecten van moderne betaalmiddelen* uit 1987 werden genoemd. Preadviseur De Rooy ging in op de creditcard, de (betaal- en euro)cheque, de girobetaalkaart en de betaalautomaat. Sinds 2001 worden de eurocheque en de girobetaalkaart niet meer door Nederlandse banken uitgegeven. Cheques komen als zodanig nog wel voor, maar dan veelal bij betalingen door buitenlandse partijen. De betaalautomaat (wat in populair spraakgebruik tegenwoordig als pinautomaat wordt aangeduid) en de creditcard zijn gebleven.

In zijn aanbevelingen sprak De Rooy de verwachting uit dat ondanks het op dat moment bestaande ruime aanbod van betaalmiddelen, in de nabije toekomst, mede onder invloed van technologische ontwikkelingen, weer nieuwe betaalmiddelen zullen worden gecreëerd, welke nog beter aansluiten bij de financiële behoeften en wensen van de bankcliënt. Daarbij vroeg hij zich ook al of wellicht de betaalautomaat de overige in het particuliere betalingsverkeer in gebruik zijnde betaalmiddelen zou verdringen. Nu, meer dan dertig jaar later, kan worden vastgesteld dat dit inderdaad, met uitzondering van de credit card, bewaarheid is geworden.

De Rooy schreef in zijn aanbevelingen ook dat De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) niet verwachtte dat de invoering van elektronisch betalen in Nederland op korte termijn spectaculaire vormen aan zou nemen. Daarvoor zou ons land een te goed georganiseerd giraal geldverkeer kennen. Hoewel uit het preadvies niet blijkt op welke vorm(en) van elektronisch betalen DNB het oog had, kan ten eerste worden vastgesteld dat betalen met of via elektronische middelen en technieken inmiddels een enorme vlucht heeft genomen. Het zijn inderdaad de technologische ontwikkelingen, waar De Rooy al op doelde, die daar debet aan zijn. Om te beginnen gaat het om de enorme ontwikkeling die het internet heeft doorgemaakt en de daarmee mogelijk gemaakte e-commerce. De mogelijkheid om via internet goederen en diensten te kopen heeft geleid tot allerlei nieuwe betaaldiensten (over het verschil met betaalmiddelen later meer) en nieuwe spelers in het betalingsverkeer. Ook de introductie van de smartphone moet natuurlijk worden genoemd. Daarmee is mobiel betalen mogelijk gemaakt.

* Mr. J.A. Voerman is advocaat financieel recht bij Van Doorne N.V. te Amsterdam.

Rank schreef — toevallig ook in 1987 — in de *Praktijkhandleiding Betalingsverkeer*¹ dat in de praktijk van alledag de nakoming van geldschulden van enige omvang in de regel geschiedt door girale betaling, dat wil zeggen door storting of overschrijving van de schuldeiser som op een rekening voor girale betalingen die ten name van de schuldeiser bij een giro-instelling wordt aangehouden. Het interessante is nu dat ondanks alle technologische ontwikkelingen de girale betaling nog steeds de *backbone* van het moderne betalingsverkeer is, met dien verstande dat betaling van zeer kleine bedragen ook veelal giraal geschiedt. In feite liggen aan alle moderne betaalmethoden nog steeds girale betalingen ten grondslag. Denk bijvoorbeeld aan iDEAL, Tikkie of contactloos betalen met een mobiele telefoon. Uiteindelijk leidt het allemaal tot girale betalingen. In zoverre is er dus weinig nieuws onder de zon. Dat kan echter niet worden gezegd van de spelers in het betalingsverkeer.

Door alle technologische ontwikkelingen zijn er steeds meer spelers in het betalingsverkeer gekomen. Betalen is allang niet meer het uitsluitende domein van banken. Inmiddels is een interessant speelveld ontstaan van niet-bancaire partijen die op een of andere manier diensten voor betalers, begunstigen of andere betaal-dienstverleners aanbieden. Een groot deel van deze niet-bancaire partijen richt zich op het ontwikkelen van diensten voor webwinkels, waaronder vooral het faciliteren van betaaltransacties bij online of mobiele transacties en daarmee verband houdende diensten.

De opkomst van nieuwe betaaldienstverleners heeft mede geleid tot de Richtlijn Betaaldiensten (de PSD)² die in 2009 in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd. Als gevolg van de PSD is een bepaalde groep betaaldienstverleners onder toezicht komen te staan. In 2015 is de herziene Richtlijn Betaaldiensten (de PSD2)³ vastgesteld. Als gevolg van PSD2 komen nog meer betaaldienstverleners onder toezicht te staan. Wanneer dit jubileumboek verschijnt, zal de PSD2 mogelijk al — maar dan bijna een jaar te laat — in Nederland zijn geïmplementeerd. Implementatie had namelijk uiterlijk 13 januari 2018 moeten plaatsvinden.

Aan de hand van begrippen als betaaldiensten, betaalinstelling, betaalinstrumenten, betaaltransacties ga ik in deze bijdrage verder in op de nieuwe betaaldiensten onder PSD2. Daarbij zal duidelijk worden dat op grond van PSD2 een betaaldienst niet meer hoeft te leiden tot een betaaltransactie. Aan het slot van de bijdrage bespreek ik dat de nieuwe betaaldiensten mogelijk leiden tot een andere (ruimere) interpretatie van het begrip betaalrekening. De oplettende lezer zal hebben opgemerkt dat ik het begrip betaalmiddel niet noem. De reden daarvoor is simpel. In de PSD(2)

1. W.A.K. Rank, 'Civielrechtelijke aspecten van girale betaling', in: *Betalingsverkeer*/ F.A.W. Bannier [et al.], Zwolle: Tjeenk Willink 1987 (Serie Praktijkhandleidingen), p. 1.
2. Richtlijn (EU) 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG.
3. Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG.

heeft het begrip betaalmiddel, hoewel het wel wordt genoemd, geen juridische betekenis.

9.2 Begrippen

9.2.1 Inleiding

De PSD(2) kent een bijlage met daarin een lijst van betaaldiensten, die in art. 4 PSD(2) zijn gedefinieerd. Degene die beroeps- of bedrijfsmatig betaaldiensten verlenen, hebben een vergunning van de financieel toezichthouder nodig, tenzij een uitzondering van toepassing is of een beroep kan worden gedaan op de vrijstelling. Ook banken en elektronischgeldinstellingen hebben geen aparte vergunning nodig om betaaldiensten te mogen verrichten. Een Nederlandse betaaldienstverlener zal bij DNB een vergunning moeten aanvragen. Een Nederlandse betaaldienstverlener met een DNB-vergunning is in het systeem van de PSD(2) een betaalinstelling.

Het ligt voor de hand te denken dat het begrip betaaldiensten het centrale begrip in de PSD(2) is. Deels klopt dat, maar er is ook een ander centraal begrip namelijk betaaltransacties. De achtergrond daarvan is dat de PSD eigenlijk een tweeledig doel heeft. Enerzijds het reguleren van verleners van betaaldiensten (door een vergunning te eisen voor bepaalde betaaldienstverleners) en anderzijds het stellen van regels voor betaaltransacties. Natuurlijk is er samenhang tussen beide begrippen. Immers, een betaaldienst zal normaliter leiden tot een betaaltransactie, maar zeker onder PSD2 wordt dit verband losser. Dit komt later aan de orde.

Voor een beter begrip van de (achtergrond van) de diverse betaaldiensten is het goed eerst stil te staan bij het begrip betaaltransacties. Wanneer het kader helder is, is ook beter te begrijpen in welke context de diverse betaaldiensten moeten worden geplaatst. Daarbij is ook steeds van belang dat de PSD vanzelfsprekend is opgesteld vanuit het destijds bekende betaallandschap. In essentie bestond dat toen uit banken die betaalrekeningen aanhielden, waarop geld kon worden gestort, geld kon en worden opgenomen en waartussen betalingen konden worden verricht. Ook waren er aanbieders van geldtransfers. En als nieuwe spelers waren daar de *collecting payment service providers*. Door de wetgever werden deze spelers destijds nog aangeduid als internetbetaalkantoren.⁴ Het betreft, aldus de wetgever, ondernemingen die webwinkeliers de mogelijkheid bieden hun klanten uit verschillende betaalvormen te laten kiezen. Betaling door de klant aan de webwinkelier geschiedt vervolgens met tussenkomst van het internetbetaalkantoor. Dergelijke ondernemingen verzamelen dus – kort gezegd – betalingen van betalers en betalen deze door aan hun klanten (de webwinkeliers). In Nederland zijn dit ondernemingen als Mollie, Pay.nl, Buckaroo, EMS en Adyen (welke laatste inmiddels over een bankvergunning beschikt).

4. Kamerstukken II 2008/09, 31892, MvT, 3, p. 15.

9.2.2 Betaaltransactie

De betaaltransactie is volgens de PSD(2) een handeling waarbij geldmiddelen worden (i) gedeponiseerd, (ii) overgemaakt of (iii) opgenomen, ongeacht of er onderliggende verplichtingen tussen de betaler en de begunstigde zijn.⁵ De handeling kan door of voor rekening van de betaler zijn geïnitieerd. Dit laatste doet zich voor indien een betaalinitiatiedienstverlener de betaling initieert. Deze nieuwe vorm van betaaldienstverlening komt later in deze bijdrage aan bod. De handeling kan ook door de begunstigde zijn geïnitieerd, zoals bij een automatische afschrijving.

Opvallend is dat de betaaltransactie vanuit het perspectief van de PSD(2) neutraal ten opzichte van de verbintenissenrechtelijke gevolgen is. Of er daadwerkelijk vanuit verbintenissenrechtelijk perspectief wordt betaald, maakt voor de kwalificatie betaaltransactie geen verschil. Een overmaking tussen twee eigen rekeningen is voor de PSD(2) bijvoorbeeld ook een betaaltransactie. Voor een betaaltransactie is voldoende dat er een verschuiving is van geldmiddelen.

Het object van de handeling betreft geldmiddelen. Dat zijn bankbiljetten en muntstukken, giraal geld of elektronisch geld als gedefinieerd in art. 2 punt 2, Richtlijn 2009/110/EG. Een betaaltransactie zou dus kunnen zijn, het geven van contanten van de ene persoon aan de andere, maar deze transactie valt buiten de scope van de PSD(2).⁶ Giraal geld wordt overigens in de PSD(2) niet gedefinieerd. Ook de Wft kent geen definitie van giraal geld. In de literatuur komt naar voren dat het in het geval van giraal geld moet gaan om een vordering van een rekeninghouder op bijvoorbeeld de bank tot uitbetaling van chartaal geld met een gezamenlijke nominale waarde gelijk aan deze vordering.⁷

Het deponeren en opnemen van geldmiddelen spreekt voor zich. Voor de andere variant van een betaaltransactie, de geldovermaking (*transfer of funds*), zijn er twee vormen. Het kan in de eerste plaats gaan om een geldovermaking tussen twee betaalrekeningen. Daarbinnen zijn er twee varianten. De eerste variant is de overmaking (*credit transfer*). De rekeninghouder geeft daarvoor de instructie (dit wordt ook wel aangeduid als een 'push-transactie'). De definitie van overmaking luidt: een betalingsdienst voor het crediteren van de betaalrekening van een begunstigde met een betalingstransactie of een reeks betalingstransacties van een betaalrekening van een betaler door de betalingsdienstaanbieder die de betaalrekening van de betaler beheert, op basis van een door de betaler gegeven instructie.⁸ De andere variant is de automatische afschrijving (*direct debit*). Deze transactie wordt geïnitieerd door de begunstigde op basis van door de betaler verleende instemming (dit wordt ook als 'pull-transactie' aangeduid). De definitie van automatische afschrijving luidt: een betalingsdienst voor debiteringen van de betaalrekening van een betaler, waarbij een betalingstransactie wordt geïnitieerd door de begunstigde op basis van een door de betaler aan de begunstigde, of aan de betalingsdienstaanbieder van de

5. Art. 4 sub 5 PSD2.

6. Art. 3 sub a PSD2.

7. Zie bijvoorbeeld B. Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld*, Deventer: Kluwer 2009, p. 28.

8. Art. 4 sub 24 PSD2.

begunstigde dan wel aan de betalingsdienstaanbieder van de betaler verleende instemming.⁹

De andere vorm van geldovermaking betreft de geldtransfer. De definitie van geldtransfer luidt: een betalingsdienst waarbij, zonder dat een betaalrekening op naam van de betaler of de begunstigde wordt geopend, van een betaler geldmiddelen worden ontvangen met als enig doel het daarmee corresponderende bedrag over te maken aan een begunstigde of aan een andere, voor rekening van de begunstigde handelende betalingsdienstaanbieder en/of waarbij de geldmiddelen voor rekening van de begunstigde worden ontvangen en aan de begunstigde beschikbaar worden gesteld.¹⁰ Kenmerkend bij de geldtransfer is dat er geen betaalrekeningen van de betaler of begunstigde in het spel zijn bij de betaaldienstverlener die de geldmiddelen ontvangt (als ontvangstloket, als tussenschakel of als betaalloket). De betaaldienstverlener ontvangt dus geldmiddelen en administreert deze niet op een betaalrekening ten name van de betaler of de begunstigde. Bij een geldtransfer zal het overigens doorgaans gaan om contanten aan de ontvangende kant, maar noodzakelijk is dat niet.

9.2.3 Betaalrekening

In het licht van het bovenstaande zal het weinig verrassend zijn dat een betaalrekening is gedefinieerd als een op naam van een of meer betalingsdienstgebruikers aangehouden rekening die voor de uitvoering van betalingstransacties wordt gebruikt.¹¹ Deze definitie volgend zou dus echter iedere (bank)rekening waarop geldmiddelen kunnen worden gestort, waarvan of waarnaar geldmiddelen worden overgemaakt of waarvan geldmiddelen kunnen worden opgenomen, als betaalrekening moeten worden aangeduid. Bij de implementatie van de PSD heeft de Nederlandse wetgever deze problematiek onderkend.

In de Memorie van Toelichting van de PSD¹² is opgenomen dat volgens de definitie strikt genomen hieronder ook rekeningen kunnen vallen die niet worden aangehouden met als hoofddoel betalingen te kunnen verrichten, maar waarvan wel betalingen worden verricht. Te denken valt aan spaarrekeningen waar sporadisch een betaling mee wordt verricht. Hoewel de richtlijn geen duidelijkheid verschaft op dit punt, zou het onderbrengen van al deze rekeningen indruisen tegen het doel van de PSD, namelijk regels stellen ten aanzien van betaaldienstverleners die als hoofdactiviteit hebben het verlenen van betaaldiensten. Het als bijkomende activiteiten verrichten van enkele betalingen op een rekening die met name wordt gebruikt voor andere doeleinden dan het verrichten van betalingen, kan dan ook niet worden gezien als het verlenen van betaaldiensten. Dergelijke rekeningen kunnen derhalve niet direct worden aangemerkt als betaalrekening, aldus de Nederlandse wetgever.

9. Art. 4 sub 23 PSD2.

10. Art. 4 sub 22 PSD2.

11. Art. 4 sub 12 PSD2.

12. *Kamerstukken II* 2008/09, 31892, MvT, 3, p. 15.

Of onder PSD2 nog steeds hetzelfde zal gelden, zal in later in deze bijdrage aan de orde komen.

9.2.4 Betaalinstrument

Een betaalinstrument is een tussen de gebruiker en zijn betaaldienstverlener overeengekomen middel of methode waarmee de gebruiker een betaalopdracht kan geven. Het is gedefinieerd als gepersonaliseerd(e) instrument(en) en/of geheel van procedures, overeengekomen door de betalingsdienstgebruiker en de betalingsdienstaanbieder, waarvan gebruik wordt gemaakt voor het initiëren van een betalingsopdracht.¹³ In de definitie van betaalinstrument in de PSD2 is geschrapt dat de betaaldienstgebruiker gebruik maakt van het instrument om de betaaldienstverlener in staat te stellen een betaalopdracht te initiëren. De definitie geeft nu alleen aan dat een betaalinstrument gebruikt kan worden voor het initiëren van betaalopdrachten, maar niet meer door wie. De achtergrond van deze wijziging ligt in de betaalinitiatiediensten (waarover later meer). Gezien de definitie is een betaalinstrument een ruim begrip. De wetgever heeft bij de implementatie van de PSD de volgende voorbeelden van betaalinstrumenten gegeven: betaalkaarten, mobiele telefoons, pincodes, TAN-codes, inloggegevens en wachtwoorden. Een betaalinstrument kan daarmee een fysiek voorwerp zijn, zoals een debitcard (bankpas) of een creditcard, maar ook bijvoorbeeld een code.¹⁴

9.3 Oude en nieuwe betaaldiensten

9.3.1 PSD

Uit het voorgaande volgt dat er in feite vier basisdiensten zijn. Het betreft:

- a. het storten van contante geldmiddelen op een betaalrekening,
- b. het opnemen van contante geldmiddelen van een betaalrekening,
- c. het overmaken van geldmiddelen tussen betaalrekeningen,
- d. het overmaken van geldmiddelen zonder dat de betaaldienstverlener betaalrekeningen aanhoudt (de geldtransfers).

Deze basisdiensten zijn te herkennen in de betaaldiensten één tot en met vier, alsook dienst zes als genoemd in de bijlage bij de PSD. De diensten één en twee zien op het storten en opnemen van gelden op/van betaalrekeningen. De diensten drie en vier zien op het overmaken tussen betaalrekeningen, waarbij dienst drie ziet op overmaking vanuit een positief saldo en dienst vier op overmakingen vanuit betaalrekeningen met een kredietfaciliteit. Dienst zes ziet op de geldtransfers. Dienst vijf is al wat lastiger te plaatsen. Het betreft de uitgifte en acceptatie van betaalinstrumenten. De collecting payment service providers hebben meestal een vergunning voor betaaldiensten drie en vijf. Enkele hebben ook een vergunning voor betaaldienst één, waarmee het hen is toegestaan niet alleen betalingen te doen aan hun eigen klanten, maar ook aan derden. Dienst zeven van de PSD laat ik hier verder buiten beschouwing.

13. Art. 4 sub 14 PSD2.

14. Kamerstukken II 2008/09, 31892, MvT, 3, p. 15-16.

Degene die beroeps- of bedrijfsmatig betaaldiensten verlenen, hebben — als gezegd — een vergunning nodig. Nu is het in de praktijk niet eenvoudig vast te stellen of sprake is van betaaldienstverlening die onder de reikwijdte van PSD valt en welke dienst het dan betreft. Zeker in de e-commerce zijn er allerlei ‘derden’ die een rol in de keten tussen de koper en verkoper vervullen en in dat verband ook gelden ontvangen. De eerste toets zal vooral zijn of die derde voor zichzelf of voor een ander handelt. Het gaat bij betaaldiensten immers in de kern om het voor anderen ontvangen van gelden met als enige doel deze aan anderen door te betalen. Het in die gevallen aanhouden van gelden ter doorbetaling aan derden betreft een activiteit waarvoor (in beginsel) een vergunning nodig is. Hoewel het ‘in het bezit komen van de gelden’ niet expliciet in de PSD of de Wft als voorwaarde voor de vergunningplicht wordt genoemd, kan hieraan wel belangrijke betekenis worden toegekend. In het evaluatierapport PSD¹⁵ wordt dit ook als volgt omschreven:

‘the PSD fails to provide explicitly that the possession of funds is the key factor prompting the application of the PSD to a service and its provider. The possession of funds is referred to only in the exemption for technical providers (Article 3.j of the PSD). The decisive role of the funds’ possession may be however assumed in light of the PSD’s goals which include securing consumers against the provider’s default. Where the provider does not enter into the possession of the funds, this risk of default is not present.’

Onder PSD2 wordt dit echter anders. Het ‘in bezit komen van gelden’ zal geen (stilzwijgende) voorwaarde voor de vergunningplicht meer zijn, althans niet voor bepaalde betaaldienstverleners.

9.3.2 PSD2

De PSD2 introduceert twee nieuwe betaaldiensten. Het betreft de betaalinitiatiedienst (de nieuwe dienst zeven) en de rekeninginformatiedienst (de nieuwe dienst acht).

De betaalinitiatiedienst is een dienst voor het initiëren van betaalopdrachten, op verzoek van de betaaldienstgebruiker, met betrekking tot een online betaalrekening die bij een andere betaaldienstverlener wordt aangehouden.¹⁶ De betaalinitiatiedienstverlener initieert de betaling ten behoeve van de consument, bijvoorbeeld bij online aankopen bij een webwinkel. Het Nederlandse iDEAL is door de Europese Commissie genoemd als voorbeeld van betaalinitiatie. Deze vergelijking gaat echter niet helemaal op. De klantbeleving zal op zich wel hetzelfde zijn. De betaalinitiatiedienst maakt het mogelijk een online aankoop met een normale betaalpas te doen in plaats van een creditcard. iDEAL is echter gebaseerd op afspraken tussen banken. Bij de betaalinitiatiedienst volgens de PSD2 is nu juist de bedoeling dat de

15. Study on the impact of directive 2007/64/EC on Payment Services in the Internal Market and on the Application of Regulation (EC) No 924/2009 on cross-border payments in the Community, een onderzoeksrapport van London Economics en iff in samenwerking met PaySys, februari 2013, p. 107.

16. Art. 4 sub 15 PSD2.

bank verplicht, zonder additionele kosten, toegang moet bieden tot partijen die betaalinitiatiediensten aanbieden.

De rekeninginformatiedienst is een online dienst voor het verstrekken van geconsolideerde informatie over één of meer online betaalrekeningen die de betaaldienstgebruiker bij één of meerdere betaaldienstverleners aanhoudt.¹⁷ Banken zullen op grond van PSD2 ook verplicht toegang moeten bieden tot partijen die dergelijke diensten aanbieden.

Ondernemingen die betaalinitiatie- en rekeninginformatiediensten aanbieden (de *Third Party Providers* ofwel TPPs), worden met de PSD2 onder het toepassingsgebied van de richtlijn gebracht. TPPs moeten een vergunning hebben of geregistreerd zijn. Om dat te bereiken, worden de betaalinitiatie- en rekeninginformatiediensten als nieuwe betaaldiensten aan de bijlage bij de PSD toegevoegd. De PSD zal daarmee onderscheid gaan maken tussen rekeninghoudende betaaldienstverleners (*Account Servicing Payment Service Providers* ofwel ASPSPs) en andere betaaldienstverleners. Bij ASPSPs gaat het vooral om banken, maar het kunnen ook betaalinstellingen zijn.

De regulering van TPPs en de verplichte toegang die ASPSPs tot betaalrekeningen moeten bieden is vanuit innovatief maar ook commercieel oogpunt het meest interessante onderdeel van PSD2. De verplichte en gratis toegang (*Access to the Account*) maakt allerlei nieuwe diensten voor consumenten maar ook zakelijke klanten mogelijk. Via een combinatie van betaalinitiatie en rekeninginformatie kan een nieuwe speler bijvoorbeeld een wallet-oplossing bieden, waarin klanten een integraal overzicht kunnen krijgen van de saldi op hun – bij meerdere banken – aangehouden betaalrekeningen met de mogelijkheid ook betaalopdrachten te geven. Overigens is dit niet exclusief voorbehouden aan FinTech-ondernemingen. Ook bestaande banken kunnen deze nieuwe diensten verlenen.

Ondernemingen die uitsluitend de nieuwe PSD2-diensten zullen verrichten, komen niet in het bezit van gelden. Voor de aanbieders van rekeninginformatiediensten is dat evident. Zij verstrekken alleen rekeninginformatie. De betaalinitiatiedienstverlener initieert betalingen, maar collecteert vervolgens niet. De betaling zal plaatsvinden rechtstreeks op de betaalrekening van de begunstigde of een rekening van een door die begunstigde aangewezen derde.

Of de keuze beide nieuwe diensten in de PSD2 op te nemen een gelukkige is, valt te bezien. Vooral voor de rekeninginformatiedienst geldt dat deze in het licht van de overige bepalingen van de PSD2 een vreemde eend in de bijt is. De dienst is niet gericht op (het initiëren) van betaaltransacties, maar op het opvragen en doorgeven van betaaldata. Veel bepalingen van de PSD2 zijn daarom op (aanbieders van) de rekeninginformatiedienst ook niet van toepassing. Het onderbrengen van de rekeninginformatiedienst in de Payment Account Directive (de PAD)¹⁸ was wellicht een beter passende optie geweest. De PAD heeft als belangrijkste doel voor consumenten

17. Art. 4 sub 16 PSD2.

18. Richtlijn (EU) 2014/92 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de vergelijkbaarheid van de in verband met betaalrekeningen aangerekende vergoedingen, het overstappen naar een andere betaalrekening en de toegang tot betaalrekeningen met basisfuncties.

de kosten voor het gebruik van betaalrekeningen transparanter te maken, overstappen naar een andere aanbieder van betaalrekeningen gemakkelijker te maken, en de toegang tot een basisbetaalrekening te waarborgen. Toegang tot betaaldata had ook in deze richtlijn kunnen worden opgenomen.

9.4 Ruimere interpretatie betaalrekening onder PSD2?

Hiervoor is al aangestipt dat in ieder geval volgens de Nederlandse wetgever onder PSD het begrip betaalrekening niet omvat spaarrekeningen waarmee sporadisch een betaling kan worden verricht.

Het Europese Hof van Justitie heeft op 4 oktober 2018 uitspraak gedaan in een zaak waarin de vraag voorlag of een bepaalde online spaarrekening als een betaalrekening als bedoeld in de PSD kwalificeert.¹⁹ De rekening in kwestie betreft een rekening waarbij de klant weliswaar onbeperkt toegang heeft tot de geldmiddelen op de rekening, maar alle overschrijvingen naar en van deze rekening (naar derden) moeten worden uitgevoerd via een andere rekening (een tussenrekening die in ieder geval als betaalrekening kwalificeert). Het hof komt tot de conclusie dat de betreffende rekening geen betaalrekening is.

Het hof stelt voorop dat op grond van de bewoordingen van de betreffende bepalingen in de PSD niet wordt vastgesteld of het begrip ‘betaalrekening’ ook ziet op rekeningen zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, waarbij de uitvoering van een betalingstransactie een tussenstep vereist die behelst dat geldmiddelen worden overgeboekt tussen de spaarrekening en de rekening-courant van de gebruiker. Gelet op deze vaststelling dient in de tweede plaats de wettelijke context van de PSD te worden onderzocht, waarbij het volgens het hof met name van belang is de PAD in aanmerking te nemen.

Het hof kent dan vooral gewicht toe aan art. 1 lid 6 PAD. Daarin is bepaald dat de PAD van toepassing is op betaalrekeningen waarmee consumenten ten minste geldmiddelen op een betaalrekening kunnen plaatsen, contanten van een betaalrekening kunnen opnemen en betaaltransacties – daaronder begrepen overmakingen van en naar derden – kunnen ontvangen respectievelijk uitvoeren. Hieruit volgt, aldus het hof, dat de mogelijkheid vanaf een rekening betaaltransacties van en naar derden te kunnen ontvangen respectievelijk uitvoeren een wezenlijk bestanddeel van het begrip ‘betaalrekening’ vormt. Indien dergelijke betaaltransacties niet rechtstreeks kunnen worden uitgevoerd vanaf de rekening in kwestie, maar enkel kunnen worden verricht via een tussenrekening, kan die rekening volgens het hof dan ook niet worden aangemerkt als een ‘betaalrekening’ in de zin van de PAD en dus evenmin in de zin van de PSD.

De vraag is nu of onder PSD2 de uitkomst anders wordt. Volgens de Nederlandse wetgever zou dat wel zo moeten zijn. In de Nota van Wijziging²⁰ merkt de wetgever op dat het begrip betaalrekening in de Wft is opgenomen bij de implementatie

19. HvJ EG 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:809.

20. Kamerstukken II 2017/18, 34813, 12, p. 6.

van PSD. De wetgever heeft toen bepaald dat een rekening als betaalrekening kan worden aangemerkt indien de rekening wordt aangehouden met als hoofddoel het kunnen verrichten van betalingen. Deze interpretatie is volgens de wetgever evenwel te beperkt voor een goede werking van PSD2, omdat PSD2 twee nieuwe betaaldiensten introduceert. Deze uitbreiding heeft ook gevolgen voor de reikwijdte van het begrip betaalrekening, aldus de wetgever. Daarnaast stelt de wetgever vast dat sinds PSD2 in de praktijk allerlei nieuwe vormen van betaalrekeningen ontstaan, waarbij niet altijd duidelijk is of deze onder het in PSD2 gedefinieerde begrip betaalrekening vallen. Om een goede werking van PSD2 te bevorderen dient bij de interpretatie van het begrip betaalrekening het doel van PSD2 leidend te zijn, alsmede de praktische implementatie van de in PSD2 geregelde toegang tot de betaalrekening. De technische aspecten van een rekening mogen geen reden zijn voor een betaaldienstverlener om het recht van een betaaldienstgebruiker om gebruik te maken van de in PSD2 geïntroduceerde nieuwe betaaldiensten te beperken. Om dit te bewerkstelligen wordt voorgesteld om in de definitie van het begrip betaalrekening te verwijzen naar de Richtlijn Betaaldiensten, aldus nog steeds de wetgever.

De verruiming van het begrip betaalrekening probeert de wetgever te realiseren door de definitie van de betaalrekening aan te passen. De nieuwe definitie van betaalrekening zal gaan luiden: ‘op naam van een of meer betaaldienstgebruikers aangehouden rekening die voor de uitvoering van betalingstransacties wordt gebruikt, als bedoeld in artikel 4 van de richtlijn betaaldiensten’.²¹ De zinsnede achter de komma is nieuw, maar is eigenlijk nietszeggend. Het lijkt betrekking te hebben op betaaltransacties, maar ik vraag me af of dit voldoende is om te realiseren dat bijvoorbeeld rekeningen die niet rechtstreeks betrokken zijn bij betaaltransacties met derden toch in scope van de PSD2 worden gebracht. Bovendien speelt hierbij natuurlijk dat uiteindelijk het Europese Hof van Justitie hierover het laatste woord heeft.

Nu is vanuit het perspectief van de rekeninginformatiedienstaanbieder (en de rekeninghouders die van de betreffende diensten gebruik maken) het wel te begrijpen dat het begrip betaalrekening zo ruim mogelijk wordt uitgelegd. De consequentie daarvan zal echter zijn dat meer bankrekeningen onder het bereik van de overige bepalingen van de PSD2 zullen vallen en bijvoorbeeld de regels over het uitvoeren van betaaltransacties ook op die rekeningen van toepassing worden. Dat lijkt echter niet de bedoeling van de PSD2 te zijn geweest, althans in de overwegingen wordt daarover niets gezegd. Een oplossing zou zijn dat de interpretatie van het begrip betaalrekening voor de vraag of op grond van PSD2 toegang moet worden geboden ruimer is dan voor de toepassing van de overige regels van de PSD2, maar een dergelijke oplossing is gekunsteld.

9.5 De toekomst?

Ik keer terug naar het thema van het preadvies uit 1987, te weten juridische aspecten van moderne betaalmiddelen. In deze bijdrage is al genoemd dat betaalmiddel geen wettelijk begrip is. Het wettelijk systeem gaat uit van begrippen als betaalin-

21. Kamerstukken II 2017/18, 34813, 12, p. 1.

strumenten, betaaltransacties en betaaldiensten. Het toezicht op aanbieders van (innovatieve) betaaldiensten knoopt daar ook aan vast. Het is echter anno 2018 zeker niet vreemd nog steeds te spreken over moderne betaalmiddelen, maar dan vooral in de context van crypto-currencies zoals Bitcoin. Crypto-currencies kwalificeren (momenteel) niet als geldmiddelen en vallen derhalve niet onder de reikwijdte van de PSD2. Dat laat echter onverlet dat op andere manieren crypto-ondernemingen met financieel toezicht te maken krijgen. Een van de ontwikkelingen is dat als gevolg van de vijfde anti-witwasrichtlijn²² bepaalde aanbieders van crypto-diensten onder het bereik van de Wwft komen te vallen. Zij zullen dus bijvoorbeeld cliëntenonderzoek moeten verrichten. Daarmee zal het naar mijn verwachting echter nog niet voorbij zijn. Veel zal natuurlijk afhangen van de omarming van het publiek van crypto-currencies en vooral de stabiliteit van crypto-koersen, maar als crypto-currencies toch op enig moment steeds meer als normaal betaalmiddel worden gebruikt zal nieuwe wetgeving (en bijvoorbeeld ondertoezichtstelling, door middel van een vergunningplicht, van aanbieders van crypto-diensten) ongetwijfeld volgen. Het thema juridische aspecten van moderne betaalmiddelen blijft dus ook meer dan dertig jaar na het preadvies onverminderd actueel.

22. Richtlijn (EU) 2018/843 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/138/EG en 2013/36/EU.

Verzekeringsrecht

Hoofdstuk 10

100 jaar Vereeniging Handelsrecht: een verzekeringsrechtelijke blik op het verleden en de toekomst

Mr. dr. K. Engel*

10.1 Inleiding

Ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan van de Vereeniging Handelsrecht is mij de vraag voorgelegd of ik een bijdrage zou willen schrijven over — kort gezegd — de toekomst van het verzekeringsrecht,¹ zij het met oog voor het verleden en, uiteraard, vanuit een handelsrechtelijk perspectief. Ik heb deze vraag aangegrepen om (eerst) onderzoek te verrichten naar de totstandkoming van de regeling van het verzekeringsrecht in het oude Wetboek van Koophandel. Hoe zag deze wettelijke regeling eruit? Deden zich bijzonderheden voor tijdens het wetgevingsproces?

De toekomst is minstens net zo interessant. Er gebeurt de afgelopen jaren veel: de Engelsen stappen uit de Europese Unie, de Amerikaanse president Trump is een reeks handelsoorlogen begonnen, hij uit dreigende taal aan het adres van verschillende regimes en het klimaat verandert, waardoor er hagelstenen zo groot als tennisballen uit de lucht vallen, terwijl het in de zomer zo heet is dat de mussen² uit de bomen vallen. Verder hebben cyberverzekeringen³ hun intrede gedaan en worden er robots en zelfrijdende auto's ontwikkeld. Men zou haast zeggen dat de toekomst er gunstig uitziet voor het verzekeringsrecht: er is voorlopig nog genoeg te verzekeren risico in de wereld.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragrafen 2 t/m 4 bespreek ik de totstandkoming van de regeling van het Nederlandse verzekeringsrecht. In paragraaf 5 kom ik toe aan de toekomst van het verzekeringsrecht. Mijn conclusies zal ik in paragraaf 6 beknopt samenvatten.

* Mr. dr. K. Engel is wetenschappelijk medewerker bij het Wetenschappelijk Bureau van de Hoge Raad der Nederlanden en docent privaatrecht en verzekeringsrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Hij is ook verbonden aan het Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS). Hij schreef dit artikel volledig op eigen titel. De in dit artikel door de auteur ingenomen standpunten zijn niet aan te merken als standpunten van de Hoge Raad of van leden van het Parket bij de Hoge Raad. Hij bedankt zijn collega's Ton Hartlief en Arnoud van Staden ten Brink voor hun waardevolle suggesties naar aanleiding van een eerste versie van dit preadvies.

1. Rinkes heeft in zijn rede opgemerkt dat het begrip verzekeringsrecht diffuus van aard is. Bij de invulling hiervan kan worden uitgegaan van een *'body of law'* dat de verzekeringsbranche regelt. De nadruk kan echter ook liggen op de regels die de onderlinge relatie bepalen tussen verzekeraar, verzekeringnemer en verzekerde. Zie J.G.J. Rinkes, 'Grensverleggend verzekeren: verzekeringsrecht en de interne markt', VA 2014, afl. 2, p. 215.
2. Dit gezegde komt voor wijziging in aanmerking. In Amsterdam, waar ik woon, heb ik al jaren geen mus meer gezien. Onlangs stuitte ik in Buitenveldert wel op een roodkleurige Amerikaanse rivierkreeft. Die leven echter aan de oevers van sloten en rivieren en niet in bomen.
3. Zie over cyberverzekeringen: W.C.T. Weterings, 'Verzekering van cyberschade en -aansprakelijkheid. Voorziet de cyberverzekering (voldoende) in een behoefte van organisaties?', AV&S 2015/2.

10.2 De totstandkoming van de regeling in het Wetboek van Koophandel

De overeenkomst van verzekering wordt beheerst door titel 7.17 BW (vanaf art. 7:925 BW).⁴ Het Wetboek van Koophandel, dat op 1 oktober 1838 in werking was getreden (en voor Limburg per 1 januari 1842),⁵ behoort in zoverre dus tot de geschiedenis.⁶ Toch is het van belang dat (jonge) juristen, of zij nu reeds werkzaam zijn in het verzekeringsrecht of nog studeren, iets weten over het Wetboek van Koophandel, al was het maar omdat dit het eenvoudiger maakt om oudere juridische literatuur en rechtspraak te begrijpen.⁷

10.2.1 De regeling in het Wetboek van Koophandel (1838-2006)

Onder het oude recht werd de overeenkomst van verzekering beheerst door de negende titel van het eerste boek van het Wetboek van Koophandel. Deze titel luidde 'Van assurantie of verzekering in het algemeen'. De titel begon bij art. 246, dat een definitie gaf van 'assurantie of verzekering', en eindigde met art. 286. De titel was van toepassing op verzekeringsovereenkomsten in het algemeen. De daaropvolgende *tiende* titel was van toepassing op de brandverzekering (afdeling 1, art. 287-298), de landbouwverzekering (afdeling 2, art. 299-301) en de levensverzekering (afdeling 3, art. 302-308). De tiende titel bevatte specifieke, aanvullende bepalingen, bedoeld voor de drie voornoemde soorten verzekeringen.

Ook het tweede boek van het Wetboek van Koophandel bevatte aanvullende verzekeringsrechtelijke bepalingen. De negende titel van het *tweede* boek (art. 592-685) was van toepassing op de zeeverzekering en de verzekering tegen de gevaren van slavernij (lees: het gevaar om in slavernij te kunnen worden gebracht). De tiende titel van het tweede boek (art. 686-695) was van toepassing op de verzekering tegen de gevaren van het vervoer te lande en op rivieren en binnenwateren.⁸ Ook de elfde titel van het tweede boek, betrekking hebbend op averijen, bevatte verzekeringsrechtelijke bepalingen.⁹

Jonge juristen die geïnteresseerd zijn in het verzekeringsrecht, zou ik willen aanraden om een keer bij de juridische bibliotheek van de universiteit een oud Wetboek van Koophandel op te vragen en hier doorheen te bladeren. Voor mijzelf is dit erg leerzaam geweest. Een aanrader is ook het boek *Beginselen van Nederlandsch handelsregt*,

4. De basiszorgverzekering wordt beheerst door de Zorgverzekeringswet.

5. J.H.A. Lokin, 'De invoering van het Burgerlijk Wetboek in het Hertogdom Limburg op 1 januari 1842', in: E.A.A. Luijten e.a., *146 jaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1989, p. 15-28.

6. Besluit van 10 April 1838, houdende bepaling van het tijdstip waarop de invoering der nieuwe Nederlandsche Wetgeving en de instelling van den Hoogen Raad zal plaats hebben, *Stb.* 1838, 12.

7. Hierover ook V.A.M. van der Burg, 'De codificatie van het verzekeringsrecht gedurende de periode van 1798-1838', *VA* 1971, p. 4-14.

8. Ph.H.J.G. van Huizen, J.B. Wezeman & J.J. Zevenbergen, *Grondslagen van het verzekeringsrecht*, Heerlen: Koninklijke Vermande/Open Universiteit 1999, p. 6. Een overzicht van de ontstaansgeschiedenis van het Wetboek van Koophandel, met de nadruk op het zee- en assurantierecht, is te vinden in C. van Nievelt, *Bronnen van de Nederlandse codificatie van het zee- en assurantierecht* (diss. Leiden), Leiden: New Rhine Publishers 1979, p. XIX-XXIX.

9. V.A.M. van der Burg, 'De beoefening van het verzekeringsrecht gedurende de 19e en begin 20e eeuw', *VA* 1970, p. 266.

van mr. J.G. Kist, uit 1884.¹⁰ De auteur van dit handboek gaat in op een groot aantal onderwerpen van verzekeringsrecht.

10.2.2 De totstandkoming van de regeling (1822-1826)

In de negentiende eeuw werd de praktijk van verzekeren sterk geassocieerd met het drijven van handel en scheepvaart. Dit blijkt bijvoorbeeld uit hetgeen Tweede Kamerlid Sypkens (1780-1842) opmerkte ter zitting van 8 maart 1826, waarin werd beraadslaagd over het toenmalige, door de Regering ingediende ontwerp van titel 9 ('Van assurantie of verzekering') van het tweede¹¹ boek ('Van zeezaken en verzekeringen'):¹²

'Vreemd in de wetgeving der oude volken, is deze overeenkomst een gevolg van meerdere beschaving, uitgebreidheid van den rijkdom, toegenomen algemeene welvaart en koopvaardij. Zij is de ziel en het leven van den handel. Gerustelijk vertrouwt deze hare schatting aan eene ranke kiel, en geene vrees voor gevaar ontwapent meer den stouten geest van den handelaar of zeeman die, onversaagd door hunne onderneming en berekening, de belangen der meest afgelegene natiën omvademen en vereenigen.'¹³

De associatie met handel werd echter niet door iedereen in gelijke mate gevoeld. Er ontstond in het parlement een discussie over de vraag of de overeenkomst van verzekering een *algemene*, op alle verzekeringsovereenkomsten toepasselijke regeling in het Wetboek van Koophandel verdiende, zoals de Regering voorstond. Tweede Kamerlid Fockema (1771-1855) was van mening dat het eigenaardig en bovendien niet nodig was de brandverzekering, de oogstverzekering en de levensverzekering in het Wetboek van Koophandel te regelen.¹⁴ Hij vond zijn collega-Kamerlid Hooft (1788-1860) aan zijn zijde. Hooft merkte het volgende op:

10. J.G. Kist, *Beginselen van Nederlandsch Handelsregt*, Den Haag: Gebr. Belinfante 1884.

11. Zie de volgende voetnoot.

12. Op 24 oktober 1822 ontving de Tweede Kamer een Koninklijke Boodschap, strekkende ten geleide van een Wetboek van Koophandel (Boeken I en II). Zie *Kamerstukken II* 1822/23, VI, 2. Hiermee werden acht wetsontwerpen ingediend, samen uitmakende Boeken I en II, waaronder een wetsontwerp voor de negende titel ('Van assurantie of verzekering') van Boek II ('Van zeezaken en verzekeringen'). In het zittingsjaar 1825-1826 waren nieuwe wetsontwerpen gereed. Zie over de tussengelegen periode R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 17-19. De Tweede Kamer ontving de nieuwe wetsontwerpen, samen deel uitmakende Boeken I en II, op 20 oktober 1825. Zie *Kamerstukken II* 1825/26, V, 1. De parlementaire behandeling begon op 10 februari 1826. Het (nieuwe) wetsontwerp voor de negende titel van Boek II is te vinden onder *Kamerstukken II* 1825/26, V, 2 R.

13. *Handelingen der Staten-Generaal* 1825/26, 29e zitting, 8 maart 1826, p. 241. Omvademen is oud Nederlands en betekent 'omsluiten' of 'omvatten'.

14. *Handelingen der Staten-Generaal* 1825/26, 29e zitting, 8 maart 1826, p. 250: 'Maar ik zoude hier zwijgen van de verzekeringen wegens de gevaren van brand, wegens de gevaren van den oogst, en van levensverzekeringen, waarvan men de bepalingen eigenaardig in dit Boek niet zoude zoeken. Mogelijk zouden daarvoor de bijzondere overeenkomsten, met toepassing der algemeene regtsbeginselen, genoegzaam zijn, welke in het Burgerlijk Wetboek voorkomen, daar toch van de gevaren van den oogst hier niets toepasselijk wordt vastgesteld, en slechts één ARTIKEL (56 nieuwe redactie), zeer oppervlakkig van de levensverzekeringen handelt, en de reglementen van de brandwaarborgmaatschappijen over het algemeen zeer uitvoerig en volledig zijn.'

‘Wat het 1°. aangaat, zoo zij het mij vergund U Edel Mogender aandacht te vestigen daarop, dat het mij vreemd voorkomt, dat de redactie van deze wet bepalingen inhoudt over brand- en levensverzekeringen, en men dus tot onderwerpen van koophandel gebragt heeft de verzekeringen op voorwerpen, die vrij wat minder tot den handel behooren (...). De verzekering voor brand op eene landhoeve of eenen watermolen, de levensverzekering op het lijf van een ambtenaar of krijgsman, wordt hier als onderwerp van een Wetboek van koophandel beschouwd (...)’¹⁵

Mede door de kritiek van Fockema en Hooft kwam het ontwerp voor titel 9 (‘Van assurantie of verzekering’) van het tweede boek op 9 maart 1826 niet door de Tweede Kamer.¹⁶ Het wetsvoorstel van de Regering werd verworpen, met 46 stemmen tegen en 35 stemmen vóór.¹⁷

Slechts vijf dagen later, op 14 maart 1826 — misschien had zij de bui al zien hangen — diende de Regering een nieuw wetsontwerp in. Zij stelde voor een zestal bepalingen te schrappen en één artikel te wijzigen.¹⁸ Ook stelde zij een nieuwe redactie voor.¹⁹ In reactie op de kritiek van Fockema en Hooft merkte de Regering op dat de Kamer nu eenmaal bepaald had dat *alle* verzekeringen onder daden van koophandel werden begrepen (art. 4 aanhef en onder 10^o Wetboek van Koophandel, oud).²⁰ De negende titel van het tweede boek kon daarom niet worden gewijd aan zeeverzekeringen alleen, maar moest ook worden gewijd aan andere soorten verzekeringen. Met betrekking tot brandverzekeringen werd opgemerkt dat die veelvuldig magazijnen en pakhuizen ter onderwerp hebben, waarin koopmanschappen en behoeften voor de zeevaart worden opgeslagen. De Regering zag daarom een voldoende verband tussen de brandverzekering en het drijven van handel. Ten slotte merkte zij op dat van de kant van de verzekeraar de verzekering, van welke aard ook, ‘steeds eene daad is, die onder handelszaken behoort te worden gerangschikt’.²¹

Maandagavond 20 maart 1826 behandelde de Tweede Kamer het nieuwe ontwerp voor titel 9 van het tweede boek. Fockema achtte zich verplicht om tegen te stemmen. Naar zijn mening vorderden orde en duidelijkheid dat de negende titel van het tweede boek, dat alleen voor zeezaken bestemd was, alleen hoorde te gaan over verzekeringen van gevaren van de zee en daarmee in verband staande vervoer van goederen te lande. Met 42 stemmen vóór en 42 stemmen tegen, staakten de stemmen.²² Een herstemming ter controle leverde dezelfde uitslag op. Op voorstel

15. *Handelingen der Staten-Generaal* 1825/26, 30e zitting, 9 maart 1826, p. 254.

16. Idem, laatste pagina. Zie ook R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 22-23.

17. Onder de Nederlandse Grondwet van 1815 telde de Tweede Kamer 110 leden. Zie art. 79 van de Grondwet van 1815. Van de 110 leden kwamen er 55 uit het noorden van Nederland en 55 uit het zuiden (België en Luxemburg). Zie: Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden, 's-Gravenhage: Ter Algemeene 's Lands Drukkerij 1815.

18. *Kamerstukken II* 1825/26, XX, 2.

19. Ik meen dat de nieuwe redactie is te vinden onder *Kamerstukken II* 1825/26, V, 3 Q.

20. Titel 1 van Boek I werd door de Eerste Kamer aangenomen op 25 maart 1826. *Handelingen der Staten-Generaal* 1825/26, bijlagen vel 4, V (Wetboek van Koophandel, Overzicht van het verhandelde in de zitting van 1825-1826 met het Wetboek van Koophandel).

21. *Kamerstukken II* 1825-1826, XX, 3, p. 512.

22. *Handelingen der Staten-Generaal* 1825/26, 36e zitting, 20 maart 1826, p. 294-296.

van Tweede Kamerlid Donker Curtius van Tienhoven (1778-1858) werd beslist, met 50 stemmen vóór en 34 stemmen tegen, het de volgende dag nog eens te proberen. De volgende dag, dinsdagochtend 21 maart 1826, werd het voorstel voor titel 9 andermaal in behandeling genomen. Hooft bleef bij zijn standpunt dat het onderwerp verzekering in het Burgerlijk Wetboek geregeld moest worden in plaats van in het Wetboek van Koophandel.²³ Hij merkte op dat er geen grond was om de verzekering op het leven of voor brand onder ‘handel’ te scharen. Zeer vele verzekeringen zouden geschieden door enkele en opzichzelfstaande personen, die niet onder het handelsdrijvende deel van de natie konden worden gerangschikt. Wederom staakten de stemmen, ditmaal met 43 tegen 43, vermoedelijk tot frustratie van de Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken, die bij de vergadering aanwezig waren. Het regeringsgezinde²⁴ lid van de Tweede Kamer dhr. Loop (1762-1844) redde voor hen echter de dag. Hij had de presentielijst niet getekend, maar meldde zich alsnog en stemde vóór.

10.2.3 Na de afscheiding van België

Het was kantie boord, maar de jonge Nederlandse staat, onder het bewind van koning Willem I (1772-1843), beschikte in 1826 eindelijk over een eigen, nationaal verzekeringsrecht, geregeld in het Wetboek van Koophandel. Dit wetboek moest echter nog wel in werking treden. Aanvankelijk was het de bedoeling dat dit op 1 februari 1831 zou gebeuren. De Belgische Opstand van 1830 echter gooide roet in het eten. Naar aanleiding hiervan moest het Wetboek van Koophandel op enkele onderdelen worden gewijzigd.²⁵

Bij Koninklijke Boodschap van 21 oktober 1835 diende de Regering een wetsontwerp in, houdende (onder meer) twee nieuwe titels, te weten titels A en B van Boek I (lees: te voegen bij wat Boek I zou worden). Titel A was getiteld ‘Van assurantie of verzekering in het algemeen’. Titel B was getiteld ‘Van verzekering tegen de gevaren van brand, van den oogst door toevallen van het jaargetijde, en van levensverzekering’. Deze twee titels zouden de toekomstige titels 9 en 10 van Boek I worden, zoals genoemd in paragraaf 2.1.²⁶

Titel 9 werd dus door de Regering naar het eerste boek verplaatst. In de memorie van toelichting werd dit als volgt uitgelegd:

‘Deze Titel [titel 9 van het tweede boek, KE] heeft, bijzonderlijk wat den vorm betreft, eene merkelijke verandering ondergaan.

23. *Handelingen der Staten-Generaal* 1825/26, 37e zitting, 21 maart 1826, p. 294-296.

24. Zie de webpagina www.parlement.com en zoek met ‘Loop’.

25. R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 23. Zie ook J.H.A. Lokin, ‘De invoering van het Burgerlijk Wetboek in het Hertogdom Limburg op 1 januari 1842’, in: E.A.A. Luijten e.a., *146 jaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1989, p. 15-28, aldaar p. 18-19. Zie ook *Stb.* 1831, 6: ‘In aanmerking nemende, dat, uit hoofde der staatkundige gebeurtenissen, welke binnen dit koninkrijk hebben plaats gehad, het wenschelijk en doelmatig kan worden geacht, om de reeds aangenomen Wetboeken (...) te doen herzien en in overeenstemming te brengen met de belangen der Oud-Nederlandsche provinciën.’ Zie in dit verband ook *Handelingen II* 1831/32 (zitting van 5 juni 1832).

26. *Kamerstukken II* 1835/36, III, 1 (Herziening van het Wetboek van Koophandel (Boek I, titel A en B; Boek 2, titels 8, 9A, 9B, 10 en 11)). Zie ook J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*, Utrecht: Robert Natan 1840, p. XLIII-XLV.

Bij het aangenomen Wetboek handelt de Titel *van verzekering* niet alleen van de gevaren der zee, der rivieren en binnenwateren, maar men treft ook daarin hier en daar aan eenige weinige bijzondere bepalingen omtrent de gevaren van brand, die van den oogst en de levensverzekering.

In de eerste plaats heeft men het als zeer onregelmatig beschouwd, om van de laatstgemelde onderwerpen te gewagen in een Titel, welke is geplaatst in het tweede Boek van het Wetboek, handelende van de *scheepvaart*, terwijl ten andere het zeer moeilijk valt, om op te maken en te beslissen, welke der algemeene regelen, opzigtelijk het verzekerings-contract, ook op dat tegen brand enz. toepasselijk zijn, waaromtrent veelvuldige geschillen zouden kunnen ontstaan.

Hoezeer men het aan den eenen kant daarvoor houdt, dat het verzekerings-contract, als zoodanig, bij het Wetboek van Koophandel behoort te worden behandeld, omdat van de zijde *des verzekeraars* hetzelfde eene daad van koophandel kenschetst, zoo heeft men echter van den anderen kant overwogen, dat alle soort van verzekeringen niet behoort behandeld te worden bij dat gedeelte des Wetboeks, dat de *zeevaart* ten onderwerp heeft. Om deze reden, waarvan het gewigt ligtelijk zal worden gevoeld, heeft men de materie der verzekering in tweeën gesplitst en het eerste gedeelte bij het eerste Boek gevoegd, terwijl de assurantie tegen *gevaaren ter zee* en op wateren en rivieren voor het tweede Boek is voorbehouden.

Het eerste Boek, handelende *van den koophandel in het algemeen*, zal dan door twee nieuwe Titels worden aangevuld.²⁷

De Regering besloot dus om het verzekeringsrecht wél in het Wetboek van Koophandel te regelen, maar niet in het tweede boek, dat over de *scheepvaart* ging. De negende titel van het *eerste boek* zou regels bevatten van het verzekeringsrecht in het algemeen ('die op alle soorten van verzekering toepasselijk zijn'). De tiende titel zou gaan over de 'verzekering tegen brandschade, tegen gevaren van den oogst en van levensverzekering'. Alle (verzekeringsrechtelijke) bijzonderheden betreffende de gevaren ter zee of op wateren en rivieren zouden in het tweede boek worden geplaatst.²⁸

Op dinsdag 15 december 1835 opende de voorzitter van de Tweede Kamer de beraadslaging over de titels A en B, te voegen achter den laatsten titel van het eerste boek. Hooft, die in 1833 na een tussenperiode wederom lid van de Tweede Kamer was geworden, voerde als enige het woord en hij gaf te kennen dat hij tegen het wetsvoorstel zou stemmen, tenzij de brandverzekering, de landbouwverzekering en de levensverzekering in het Burgerlijk Wetboek geregeld zouden worden.²⁹ Hij

27. *Kamerstukken II* 1834/35, XV, 8, p. 375-376.

28. *Idem*, p. 376.

29. *Handelingen II* 1835/36 (zitting van 15 december 1835), p. 115-116: 'Ik kan berusten in den inhoud van den titel A, mits uit artikel 2 de straks door mij genoemde drie soorten van verzekering in het renvooi naar den titel B uit artikel 41 worden weggenomen; geschiedt dit niet, zoo moet ik deze wet verwerpen, even gelijk ik titel B zal doen, welke, evenals weduwenfondsen, tontines, onderlinge maatschappijen van levensverzekering en andere dergelijke overeenkomsten op levens- en sterftkansen gegrond, waartoe eene inlage of eene bepaalde bijdrage of beide gevorderd worden, naar het gewone burgerlijke regt verzonden zijnde, naar mijn inzien ook daartoe, maar niet tot het Wetboek van Koophandel behoren. Ik heb gezegd.'

reageerde als volgt op het argument van de Regering dat het verzekeringscontract van de zijde van de verzekeraars altijd een daad van koophandel kenschetst:

‘Ik zie dus niet in, dat het daarom noodzakelijk is, de boven door mij genoemde zaken daden van koophandel te noemen, daarin dan toch wel niets van dat alles begrepen zijnde. Want welke aanraking tot den handel heeft dan toch eene verzekering tegen brandschade van eene landhoeve of watermolen, of het leven van een ambtenaar of krijgsman, — zeide ik in 1826, en ik zeg dit nog. Ja maar, aan de zijde van den verzekeraar is het handel, zegt men; maar al weder vraag ik: waaruit blijkt dit? Want koop of verkoop, huur of verhuur zoude dan toch bij de zaak, die het onderwerp van verzekering uitmaakt, te brengen moeten zijn, en die zie ik er volstrekt niet bij in aanmerking komen, als de verzekerde eene premie geeft onder verbindtenis, dat de verzekeraar hem geleden schade zal vergoeden. Waar is hier koop of huur; waar is hier verkoop of verhuur? Geheel iets anders is het eene verzekering tegen de gevaren der zee, van vervoer te lande en te water. Dat geldt, ja, ook wel geen koop of verkoop, huur of verhuur, maar hier kleeft de verzekering aan den handel, omdat het geldt schepen, goederen of waren, welke ter zake van handel vervoerd worden en waarvoor de verzekerde som, als het ware in de plaats van het verzekerde optredende, het handelsvoorwerp vervangt. Hier is de verzekering, op zich zelve genomen, ook wel zoozeer geen handel; maar het voorwerp, dat verzekerd is, tot den handel behoorende, zoo is er reden voor, om zoodanige verzekering eene daad van handel te noemen. Maar evenmin als men eene landhoeve of een watermolen, een ambtenaar of krijgsman een voorwerp van handel kan noemen, evenmin erken ik eene verzekering op het behoud van den eenen als op het leven van den anderen als eene daad van koophandel, en kan ik wetten aannemen, waarbij zulke bepalingen vastgesteld worden.’³⁰

Hoofd stond alleen in zijn kritiek, althans in de Tweede Kamer. Zijn tegenstem was de enige. De wetsontwerpen voor titels A en B van het eerste boek (de toekomstige titels 9 en 10 van het eerste boek) werden aangenomen. Ook de wetsontwerpen voor titel 8 (‘van bodemerij’), titel 9a (‘van verzekering tegen de gevaren der zee en die der slavernij’) en titel 9b (‘van verzekering tegen de gevaren van den vervoer te lande en op rivieren en binnenwateren’) van het *tweede* boek werden aangenomen.³¹ De Eerste Kamer ging op 23 december 1835 akkoord, zonder beraadslaging en met algemene stemmen.³² Nog dezelfde maand zouden de verschillende ontwerpen tot wet worden verheven.³³

30. Idem, p. 115.

31. Idem, p. 116.

32. *Handelingen I* 1835/36 (zitting van 22 december 1835).

33. *Stb.* 1835, 45-48.

10.3 De totstandkoming van de regeling in titel 7.17 van het Burgerlijk Wetboek

Na de Tweede Wereldoorlog, in 1947, gaf de Regering aan een vooraanstaande rechtsgeleerde, Eduard Meijers (1880-1954), hoogleraar te Leiden, de opdracht om een nieuw Burgerlijk Wetboek te ontwerpen.³⁴ Bij de voorgenomen her-codificatie zou het Wetboek van Koophandel worden betrokken. Besloten werd om wat voorheen als handelsrecht werd aangemerkt, in het nieuwe Burgerlijk Wetboek op te nemen.³⁵ De al zo vaak bekritiseerde scheiding tussen het Wetboek van Koophandel en het Burgerlijk Wetboek zou, door het verdwijnen van eerstgenoemde, ophouden te bestaan.

In 1972 werd, in het kader van de voorbereidende werkzaamheden aan Boek 7 BW, in opdracht van de Regering een ontwerp voor titel 7.17 ('Verzekering') gepubliceerd.³⁶ Het ontwerp was vervaardigd door T.J. Dorhout Mees (1898-1993), hoogleraar te Utrecht, bekend van meerdere handboeken over het Nederlandse verzekeringsrecht. De indeling die de huidige titel 7.17 BW kent – één algemene afdeling, een afdeling gewijd aan schadeverzekering en een afdeling gewijd aan sommenverzekering – lijkt van hem afkomstig te zijn. Het onderscheid tussen schade- en sommenverzekeringen had zich al eerder in de juridische literatuur ontwikkeld.³⁷

Dorhout Mees erkende, zo blijkt uit zijn toelichting, dat Nederlandse transportverzekeringen veelal werden afgesloten 'op Engelse condities en met toepasselijkverklaring van Engels recht'. Desalniettemin stelde hij voor om paragraaf 4 van afdeling 2 ('Schadeverzekering') te wijden aan de transportverzekering.³⁸ Om rekening te houden met de internationale praktijk van transportverzekering, stelde hij voor om de bepalingen van deze paragraaf niet dwingend voor te schrijven.³⁹

Bij Koninklijke Boodschap van 16 mei 1986 diende de Regering een wetsvoorstel voor titel 7.17 BW in bij de Tweede Kamer.⁴⁰ Het wetsontwerp ging uit van de door Dorhout Mees voorgestelde dieldeling (algemeen, schade, sommen), maar onder meer de bepalingen die waren gewijd aan de transportverzekering, waren komen te vervallen en werden dus niet langer voorgesteld. Uit de memorie van toelichting blijkt dienaangaande het volgende:

34. Hierover E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Maastricht: UPM 1994, p. 91 e.v.

35. R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 189-193.

36. Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek, van Prof. Mr. E.M. Meijers, ingevolge opdracht van de Minister van Justitie, opgesteld onder leiding van mr. F.J. de Jong, Tekst, vierde gedeelte, Boek 7, Den Haag: Staatsdrukkerij- en Uitgeverijbedrijf 1972. Het ontwerp bestaat uit twee boeken. Eén boek bevat de tekst. Het andere boek bevat de toelichting op de tekst.

37. Zie bijvoorbeeld C.W. Star Busmann, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse handelsrecht door mr. W.L.P.A. Molengraaff* (derde deel), p. 602. Kritiek op de indeling van Dorhout Mees: F. van der Feltz, 'Beschouwingen over titel 17 van Boek 7 van het Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek' (deel I), VA 1975, p. 9-13.

38. Instemmend: Van der Feltz, 'Beschouwingen over titel 17 van Boek 7 van het Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek' (deel II), VA 1975, p. 322: 'Dat het Ontwerp met betrekking tot de Transportverzekering slechts op enkele punten regels geeft en daarbij aansluiting heeft gezocht bij de Engelse praktijk heeft mijn volle instemming.'

39. Toelichting, p. 1156.

40. *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, 1-2.

‘Aan de in het voorontwerp opgenomen bepalingen omtrent transportverzekering bestaat nog minder behoefte. (...). De verdere bepalingen omtrent transportverzekering konden worden gemist, omdat zij toch slechts regelend recht bevatten (en konden bevatten) en naast de Beurspolissen voor transportverzekering, voor zover deze al op het Nederlandse recht zijn geënt, overbodig zijn.’⁴¹

Het gevolg van deze keuze is geweest dat het Nederlandse verzekeringsrecht geen specifiek *transportverzekeringsrecht* kent. Dit wekt toch enige bevreemding, omdat, zoals Van Huizen heeft opgemerkt, de goederentransportverzekering, samen met de verzekering op schepen, de oudste vorm van verzekering is.⁴² De Franse *Code des assurances* en het Duitse *Versicherungsvertragsgesetz* wijden wel regels aan de transportverzekering.⁴³

Het wetsvoorstel van 1986 is vervolgens lange tijd blijven liggen, omdat de Regering van mening was dat de parlementaire behandeling ervan kan het best kon volgen op die van de reeds ingediende wetsvoorstellen inzake Boek 4 (Erfrecht) en overige gedeelten van Boek 7.⁴⁴ De parlementaire behandeling van het erfrecht kostte echter meer tijd dan verwacht. Pas in 1998 was duidelijk hoe het erfrecht vorm zou krijgen.⁴⁵ In het jaar 2000 werd vervolgens de parlementaire behandeling van titel 7.17 weer opgepakt.⁴⁶ Op 11 oktober 2005 werd de Invoeringswet titel 7.17 en titel 7.18 Burgerlijk Wetboek in de Tweede Kamer met algemene stemmen aangenomen.⁴⁷ De Eerste Kamer ging bij de beraadslaging van 19 december 2005 zonder stemming akkoord, ter gelegenheid waarvan Kamerlid Broekers-Knol een fles wijn – een Chateau Sénat uit 1986 – aan de Minister van Justitie cadeau gaf.⁴⁸ Het nieuwe verzekeringsrecht trad uiteindelijk op 1 januari 2006 in werking, meer dan dertig jaar na het voorstel van Dorhout Mees.⁴⁹

10.4 Wat veranderde er onder titel 7.17 BW?

De invoering van titel 7.17 BW per 1 januari 2006 heeft het Nederlandse verzekeringsrecht moderner en vriendelijker gemaakt voor de particuliere verzekeringnemer (niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf). Het verzekeringsrecht doet mee met meer algemene trends in het recht, waarbij ik met name denk aan

41. *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, 3, p. 2.

42. Ph.H.J.G. van Huizen, *Het transportverzekeringsbedrijf. Juridische en rechtsvergelijkende beschouwingen*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu Uitgevers 1988, p. 1.

43. Titel 7 van het eerste boek van de *Code des assurances* en deel 2, hoofdstuk 3 van het *Versicherungsvertragsgesetz*.

44. *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, 3, p. 1.

45. N. Frenk & F.R. Salomons, ‘Het nieuwe verzekeringsrecht bijgewerkt’, *VA* 2001, afl. 1, p. 4.

46. *Kamerstukken II* 1999-2000, 19529, 5 (nota van wijziging), p. 16. Zie ook N. Vloemans, ‘Inleiding. De overeenkomst van verzekering’, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 1-23, aldaar p. 3.

47. *Handelingen II* 2005/06, 10, p. 555-556.

48. *Handelingen I* 2005/06, 12, p. 587 en 588.

49. Besluit van 22 december 2005 tot inwerkingtreding van de wet tot vaststelling van titel 7.17 (verzekering) en titel 7.18 (lijfrente) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek en van de Invoeringswet titel 7.17 en titel 7.18 Burgerlijk Wetboek. *Stb.* 2005, 702.

de uitbreiding van consumentenbescherming en de vervanging van ‘alles-of-niets-sancities’ door meer evenwichtige, proportionele benaderingen.⁵⁰

Het voert te ver om in deze bijdrage alle wijzigingen te bespreken, waartoe de invoering van titel 7.17 BW geleid heeft. Ik volsta daarom met twee voorbeelden. Art. 251 Wetboek van Koophandel (oud) bepaalde het volgende:

‘Alle verkeerde of onwaarachtige opgave, of alle verzwijging van aan den verzekerde bekende omstandigheden, hoezeer te goeder trouw aan diens zijde hebbende plaats gehad, welke van dien aard zijn, dat de overeenkomst niet, of niet onder dezelfde voorwaarden zoude zijn gesloten, indien de verzekeraar van den waren staat der zaken kennis had gedragen, maakt de verzekering nietig.’⁵¹

Een schending van de precontractuele mededelingsplicht werd dus met nietigheid⁵² van de verzekeringsovereenkomst gesanctioneerd, óók als de verzekerde (verzekeringnemer) te goeder trouw handelde⁵³ en óók als de verzekeraar, bijvoorbeeld, slechts een hogere premie zou hebben gevraagd als hij bij het sluiten van de verzekering kennis van het niet of onjuist medegedeelde feit zou hebben gehad.⁵⁴ De wetgever bood de verzekeraar dus een vergaande bescherming. Dit paste bij het in de negentiende eeuw levende idee dat het verzekeren van bezit een ‘koopmansdaad’ is. De verzekeringnemer en de verzekeraar dreven handel met elkaar. Van de verzekeringnemer mocht daarom worden verwacht dat hij vóór de contractsluiting de verzekeraar goed zou informeren over het te verzekeren risico.⁵⁵ Het verzaken van die verplichting werd streng gesanctioneerd.

De regeling van deze materie in titel 7.17 BW is genuanceerder. Het sanctiemechanisme houdt nu rekening met de verschillende mogelijkheden die zich in de praktijk kunnen voordoen: het niet of onjuist medegedeelde feit heeft niet tot schade geleid (lid 2), de verzekeraar zou een hogere premie hebben gevraagd of andere voorwaarden hebben bedongen (lid 3), de verzekeraar zou de overeenkomst niet hebben gesloten (art. 7:930 lid 4) en de precontractuele mededelingsplicht is geschonden met het opzet de verzekeraar te misleiden (lid 5). Een schending van

50. A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het vermogensrecht* (Monografieën BW, AI), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 36 en 64-65.

51. A.C. Holtius, *Voorlezingen over Handels- en Zeeregt*, Utrecht: Kemink en Zoon 1861, p. 14.

52. Dit zou per 1 januari 1992 ‘vernietigbaarheid’ worden. Zie K. Engel, *De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 40, aldaar voetnoot 20.

53. In dat geval had de verzekeringnemer op grond van art. 281 Wetboek van Koophandel (oud) recht op premierestitutie.

54. *Handelingen II* 1825/26 (zitting van 9 maart 1826), p. 255. Hooft stelde in 1826 nog een meer genuanceerde sanctie voor: ‘Is het, dat de opgaven invloed hebben op de waardeering van het gevaar of den aard van het onderwerp, dan brengt de billijkheid mede, dat er wijzigingen toegelaten worden; maar door eene nietig-verklaring den verzekerde te ontzetten, zoo van zijne verzekering, als den verzekeraar van zijne premie, omdat een van beiden, ja wellicht beiden, ter goeder trouw gedwaald hebben, is eene ongeschiktheid.’

55. *Kamerstukken II* 1825/26, V, 3 N, p. 275: ‘De bepaling van dit ARTIKEL is op regt en billijkheid gegrond en voor geene uitzonderingen vatbaar, omdat men wel behoort te letten, dat niet elke onwaarachtige opgave het contract vernietigt, maar alleen de zoodanige, die op de waardeering van het gevaar mogt invloed gehad, of den aard, van het onderwerp mogt veranderd hebben. In die gevallen houdt de verbindtenis op, omdat de toestemming geacht moet worden te ontbreken.’

de precontractuele mededelingsplicht leidt dus minder snel dan vroeger tot geheel verlies van het recht op uitkering.

Een ander voorbeeld van een wetswijziging ten gunste van de verzekeringnemer is te vinden in het proefschrift van Van Zwieten over één van de meest weerbarstige leerstukken van het verzekeringsrecht: subrogatie.⁵⁶ Art. 284 Wetboek van Koophandel (oud) bepaalde het volgende:

‘De verzekeraar, die de schade van een verzekerd voorwerp betaald heeft, treedt in alle de regten welke de verzekerde, ter zake van die schade, tegen derden mogt hebben; en de verzekerde is verantwoordelijk voor elke daad welke het regt van den verzekeraar tegen die derden mogt benadeelen.’⁵⁷

Per 1 januari 2006 is het onderwerp subrogatie geregeld in art. 7:962 BW. De leden 2 en 3 van deze bepaling zijn gericht op het belang van de verzekeringnemer. Uit lid 3 volgt thans onder meer dat de verzekeraar, die uitgekeerd heeft aan de verzekerde,⁵⁸ niet subrogeert in de verhaalsrechten die de verzekerde heeft op een medeverzekerde. Een medeverzekerde is diegene die op grond van dezelfde verzekering eveneens recht op een uitkering zou hebben gehad als deze persoon zelf schade had geleden. De verzekeraar kan dus, onder het huidige recht, (in beginsel) geen verhaal halen op een medeverzekerde. De gedachte hierachter is dat de verzekering mede in het belang van de medeverzekerde is gesloten, met wie de verzekerde een duurzame relatie heeft. Het uitoefenen van verhaal door de verzekeraar zou deze relatie kunnen verstoren. Een dergelijk gevolg verdraagt zich volgens de wetgever niet met het doel waartoe de verzekeringnemer de verzekering sloot.⁵⁹ Onder art. 284 Wetboek van Koophandel (oud) kon de verzekeraar wel verhaal nemen op een medeverzekerde.⁶⁰

De wijziging van het Nederlandse verzekeringsrecht ten gunste van de positie van de verzekeringnemer heeft veel te maken met de opkomst van de consumptiemaatschappij sinds de jaren vijftig van de vorige eeuw. Verzekeringen werden producten die niet alleen door handelaren en bedrijven, maar ook door gewone mensen ‘gekocht’ konden worden. Door de stijgende welvaart konden ook ‘gewone mensen’ zich de premies veroorloven. Zij verkregen bovendien meer bezittingen (woningen, auto’s, televisies), die verzekerd konden worden.⁶¹ Toen na de Tweede Wereldoorlog besloten werd het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel grondig te herzien, lag het voor de hand dat de wetgever zich de nieuwe realiteit zou aantrekken. De wetgever had ook op het gebied van verzekeringen een nieuwe, beschermende rol toebedeeld gekregen. Die rol heeft de Nederlandse wetgever vervolgens op zich genomen. Het resultaat — titel 7.17 BW — is mooi en evenwichtig. Daarbij past echter wel de volgende kanttekening: de wetgever heeft er de tijd voor geno-

56. P. van Zwieten, *De gesubrogeerde verzekeraar in het schadeverzekeringsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 27-32.

57. A.C. Holtius, *Voorlezingen over Handels- en Zeeregt*, Utrecht: Kemink en Zoon 1861, p. 56.

58. Art. 7:945 BW bepaalt het volgende: ‘In deze afdeling wordt onder verzekerde verstaan degene die in geval van door hem geleden schade krachtens de verzekering recht heeft op vergoeding of door aanvaarding van de aanwijzing recht op vergoeding kan krijgen.’

59. *Kamerstukken II* 1985/86, 19529, 3, p. 34.

60. P. van Zwieten, *De gesubrogeerde verzekeraar in het schadeverzekeringsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 125-126.

61. Tegenwoordig worden zelfs huisdieren verzekerd.

men. Tussen het ontwerp van Dorhout Mees uit 1972 en de invoering van titel 7.17 BW per 1 januari 2006 zit meer dan dertig jaar. Hopelijk zullen goede wetsvoorstellen in de toekomst, waar de volgende paragraaf over gaat, sneller hun weg naar de praktijk vinden.

10.5 De toekomst van het verzekeringsrecht

10.5.1 Inleiding

In deze paragraaf bespreek ik de toekomst van het verzekeringsrecht. Aan bod komen een aantal ontwikkelingen, die zich nu al voordoen, maar mogelijk in de toekomst van groter belang zullen zijn. De hiernavolgende paragrafen zijn gewijd aan: i) de internationalisering van de verzekeringspraktijk en de eenwording van het Europese, contractuele verzekeringsrecht (par. 5.2), ii) de verandering van het klimaat en de ontwikkeling van de Brede Weersverzekering (par. 5.3) en iii) een aantal technologische ontwikkelingen, waaronder de *event data recorder* en de *dashcam* (par. 5.4.2 en 5.4.3). In par. 5.4.4 bespreek ik de — opnieuw actueel geworden — gedachtevorming over een directe verkeersverzekering. De laatste paragraaf (par. 5.4.5) gaat over verzekeringsproducten die we misschien in de toekomst allemaal zullen hebben.

10.5.2 De eenwording van het Europese, contractuele verzekeringsrecht

Op 10 juli 1979 diende de Europese Commissie bij de Raad van Ministers van de EEG een voorstel in voor een richtlijn van de Raad tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de verzekeringsovereenkomst.⁶² Het ontwerp van de Europese Commissie was van privaatrechtelijke aard; het bevatte regels van materieel verzekeringsrecht, waaronder bijvoorbeeld regels over — één van mijn favoriete onderwerpen — de precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer.⁶³ De Europese Commissie heeft het voorstel in 1993 ingetrokken, omdat de Raad geen beslissing over het voorstel had genomen en het voorstel geen actuele waarde meer had.⁶⁴ Volgens Cousy stuitte het voorstel op onwil van de lidstaten.⁶⁵

Nadien is vanuit de EG/EU, ten behoeve van een goede werking van de interne markt, gestreefd naar harmonisatie van de IPR-conflictenregels.⁶⁶ Het resultaat is indrukwekkend. De *Rome I*-verordening is kort samengevat van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst in burgerlijke en handelszaken, in gevallen waarin uit het recht van verschillende landen moet worden gekozen (art. 1). Art. 7 van

62. PbEU 1979, C 190/2. Zie ook PbEU 1980, C 355/30 (gewijzigd voorstel, ingediend op 30 december 1980).

63. J.H. Wansink, 'Naar een verzekering op Europese voorwaarden', VA 1979, p. 267. Ook: H. Bronsveld-Taute, 'Europees verzekeringsrecht: goed voor de verzekeringnemer?', AA 1989, 5, p. 391-399.

64. PbEU 1993, C 228/14.

65. H. Cousy, 'Komt er dan toch een Europese harmonisatie van het verzekeringscontractenrecht?', T.B.H. 2007/8 (oktober 2007), p. 742. Cousy schrijft dat er in Europa twee verzekeringsculturen bestaan: een Alpijns model en een maritiem model. Zie H. Cousy, 'Segmentatie in de autoverzekering', in: E. Brewaes e.a. (red.), *Verzekeringenrecht* (De Vlaamse Conferentie der Balie van Gent), Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1998, p. 87.

66. Idem, p. 742. Zie ook: M.J.L. Jonkhart, 'Towards an internal market for insurance in the EC', VA 1988, p. 60-61.

deze verordening bepaalt welk recht partijen bij een verzekeringsovereenkomst van toepassing kunnen verklaren en welk recht van toepassing is bij gebreke van een rechtskeuze.⁶⁷ De *Brussel Ibis*-verordening regelt de kwestie welke rechter bevoegd is in burgerlijke en handelszaken. Afdeling 3 van deze verordening heeft betrekking op de bevoegdheid in verzekeringszaken.⁶⁸

Ook op het gebied van vrij verkeer van diensten is veel bereikt.⁶⁹ Art. 15 lid 1 van de per 1 januari 2016 in werking getreden *Solvency II*-richtlijn⁷⁰ bepaalt dat een vergunning om het verzekeringsbedrijf uit te oefenen, verkregen van de toezichthoudende autoriteit van de lidstaat van herkomst van het verzekeringsbedrijf, voor de hele Europese Gemeenschap geldt. Een vergunning stelt verzekerings- en herverzekeringsondernemingen die onder het toepassingsbereik van de richtlijn vallen in staat om werkzaamheden in de Europese Gemeenschap uit te oefenen. Een vergunning omvat ook het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten.⁷¹ Het streven naar harmonisatie vanuit de EG/EU lijkt effect te hebben gehad voor de verzekeringspraktijk. Uit onderzoek van Schoenmaker en Sass is gebleken dat sinds 2000 het grensoverschrijdend verzekeren in Europa toeneemt.⁷² Als indicator zijn zij uitgegaan van de *gross written premiums* in de periode 2000-2012. Zij concluderen dat op nationaal niveau, gemiddeld 36% van de *gross written premiums* van buitenlandse afkomst is. Van deze 36% is 29% afkomstig uit andere EU-landen, terwijl de overgebleven 7% uit landen van buiten de EU komt. Schoenmaker en Sass spreken van een 'strong degree of foreign penetration'. Zij concluderen verder dat verzekeraars die grensoverschrijdend verzekeren, dit vooral doen door een *foreign subsidiary* (een dochtervennootschap) of een *branche* (een bijkantoor) te vestigen in een ander EU-land. Verzekeraars maken in veel mindere mate gebruik van de mogelijkheid die zij hebben om via het internet verzekeringen in een ander EU-land aan te bieden (3% van de *gross written premiums* in 2012).⁷³

De bevindingen van Schoenmaker en Sass komen grotendeels overeen met de bevindingen van de door de Europese Commissie in het leven geroepen *Expert Group*

67. Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (*Rome I*). Hierover M.E. Koppenol-Laforce, 'Verzekeringen en Rome I', *WPNR* 2009/6824, p. 1026.

68. Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking).

69. Hierover L. Schuermans & C. Van Schoubroeck, *Grondslagen van het Belgische verzekeringsrecht*, Intersentia: Antwerpen/Cambridge 2015, p. 73-87.

70. Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (*Solvabiliteit II*) (herschikking).

71. Het een en ander wordt nader uitgewerkt in hoofdstuk VIII van de *Solvency II*-richtlijn. Zie over de Nederlandse implementatiewetgeving: P. Kerckhaert, 'De drie toezichtrechtelijke regimes voor Nederlandse verzekeraars', *FRP* 2016/208 (afl. 2).

72. Al in 2006 concludeerden Wesseling en Teunissen dat Nederlandse verzekeraars meer geld verdienen in het buitenland dan in eigen land. Zie A.A.T. Wesseling & M.S. Teunissen, 'Hoe internationaal is de Europese verzekeringssector?', *VA* 2006, afl. 1, p. 7-10. In 2008 kwamen Gorter en Schilp tot de slotsom dat Nederlandse verzekeringsconcerns in Europees perspectief matig presteren. Zie J.K. Gorter & P. Schilp, 'Nederlandse verzekeringsconcerns in Europees perspectief', *VA* 2008, afl. 1, p. 3-10.

73. D. Schoenmaker & J. Sass, 'Cross-Border Insurance in Europe: Challenges for Supervision', *The Geneva Papers* 2016, p. 11 en 27.

on *European Insurance Contract Law*.⁷⁴ De *Expert Group* concludeert in haar eindrapport dat het grensoverschrijdend verzekeren zich vooral heeft ontwikkeld 'by way of mergers and acquisitions'. De verkrijgende ondernemingen bevinden zich in landen met goed ontwikkelde verzekeringsmarkten als Frankrijk, Oostenrijk, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, Spanje, Nederland, Denemarken en België.⁷⁵

In dit verband moet ook het rapport *Visie op de toekomst van de Nederlandse verzekeringssector* van DNB uit december 2016 genoemd worden. In dit rapport staat dat het aandeel van buitenlandse verzekeraars de afgelopen jaren is gestegen tot 27% van de Nederlandse levens- en schadeverzekeringsmarkt, gemeten naar premievolume. Het aandeel van buitenlandse verzekeraars in de schadeverzekeringsmarkt omvat 35% van het totale premievolume. Nederlandse verzekeraars zijn op hun beurt ook internationaal actief. Zij hebben in totaal een groter premievolume in het buitenland dan in Nederland. Dit is echter toe te schrijven aan een beperkt aantal verzekeraars. Ook de activiteiten van Nederlandse verzekeraars *buiten de EU* zijn geconcentreerd bij enkele verzekeraars.⁷⁶

DNB gaat ervan uit dat het Nederlandse verzekeringslandschap de komende jaren zal veranderen: op deelmarkten zal het premievolume verder dalen, de bedrijfsprocessen zullen ingrijpend veranderen en de concurrentie zal toenemen. Dit zal leiden tot additionele druk op de winstgevendheid, in het bijzonder voor verzekeraars die niet adequaat kunnen inspelen op een veranderende omgeving. Dit komt boven op de al bestaande druk door onder meer lage rentes, verouderde systemen en de nasleep van het beleggingsverzekeringendossier.⁷⁷

De vraag of er, zoals de Europese Commissie eind jaren zeventig van de vorige eeuw voorstelde, een uniform Europees verzekeringscontractenrecht moet komen, is nog steeds aan de orde.⁷⁸ Jac Rinkes, hoogleraar Europees en rechtsvergelijkend verzekeringsrecht aan de Universiteit van Amsterdam, heeft in zijn rede van 24 oktober 2014 opgemerkt dat verzekeraars dekking bieden op basis van een risico-evaluatie, waarin zij de op de verzekeringsovereenkomst toepasselijke voorwaarden meewegen. Hij merkt op dat een verzekeraar die in de hele Europese Gemeenschap onder uniforme regelingen zijn verzekeringsproducten kan verkopen, in staat is om zonder onderscheid als gevolg van verschillen in nationale wetgeving, door hem in de Gemeenschap gedekte risico's te bundelen. In dat geval vormen verschillen tussen het verzekeringsrecht van de lidstaten geen obstakel meer voor de vrijheden van de verzekeraar.⁷⁹

In theorie kan het verdwijnen van (relevant) onderscheid in het verzekeringscontractenrecht van de verschillende lidstaten een bijdrage leveren aan de bereidheid van verzekeraars om *cross-border*-verzekeringen aan te bieden. Meer dan een bijdrage

74. Besluit van de Commissie van 17 januari 2013 betreffende de oprichting van een deskundigengroep inzake een Europees verzekeringsovereenkomstenrecht (*PbEU* 2013, C 16/03, p. 6-8), artikel 2. Publicatiedatum: 19 januari 2013.

75. Final report of the Expert Group, 24 januari 2014.

76. Rapport DNB, *Visie op de toekomst van de Nederlandse verzekeringssector*, december 2016, p. 22-23.

77. Idem, p. 48.

78. Zie in dit verband ook het Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over 'De Europese verzekeringsovereenkomst' van 15 december 2004, in: *PbEU* 2005, C 157/01.

79. J.G.J. Rinkes, 'Grensverleggend verzekeren: verzekeringsrecht en de interne markt', *VA* 2014, afl. 2, p. 213.

zal het echter niet zijn.⁸⁰ Immers, in de praktijk vormt het ‘onbekende contractenrecht’ slechts één van de vele obstakels voor een verzekeraar om over de grens verzekeringen aan te bieden. De voornoemde *Expert Group* constateert dan ook het volgende:

‘Insurance contracts are offered and purchased within an environment affected by commercial and legal factors. Alongside differences in contract law other important and inextricably linked non-contractual barriers exist to prevent cross-border trade in insurance contracts and would still hinder trade even if differences in contract laws did not pose any obstacles. *Contract law was viewed as a minor barrier, if a barrier at all, by a number of experts [cursivering KE].*’⁸¹

Als barrières noemt de *Expert Group*: belastingregels, taalbarrières, markttoetredingskosten, de kosten van IT-systemen, enzovoorts. Ik acht deze constatering zeer relevant, want het betekent dat niet te veel moet worden verwacht van (een van tijd tot tijd terugkerend streven naar) een uniform Europees verzekeringscontractenrecht, zoals overigens ook Rinkes aangeeft.⁸² Hierdoor komt de vraag op of we titel 7.17 BW niet beter kunnen behouden. Deze titel bevat immers een duidelijke, goed doordachte regeling. Frenk en Salomons spraken in 2001 van ‘een van de meest geslaagde titels van Boek 7 BW’.⁸³ Het behoud van titel 7.17 heeft als voordeel dat verzekeringsrechtelijke arresten van de Hoge Raad ook onverminderd hun betekenis behouden, om nog maar te zwijgen van een enorme hoeveelheid juridische literatuur.

Een belangrijke voorvraag is of Nederland, als lidstaat van de Europese Unie, eigenlijk wel moet streven naar (nog) meer concurrentie in de verzekeringsbranche, mede in het licht van de hiervoor besproken constatering van DNB.⁸⁴ Toenemende concurrentie in de verzekeringsbranche kan in theorie leiden tot betere verzekeringsproducten (lagere premies, meer dekking, betere dienstverlening, technologische innovatie). Het kan er bovendien toe leiden dat de verzekeringnemer, in elk geval, meer te kiezen heeft. Mededinging heeft echter ook een prijs. Galan schreef in 1988 dat de gevaren van concurrentie in de sector verzekeringen groter zijn dan in andere bedrijfstakken. Vooral prijsconcurrentie roept volgens hem die gevaren op, meer dan andere vormen van mededinging.⁸⁵

80. Zie ook M. Faure, ‘De rol van het recht in het vestigingsklimaat’, AA 2018, afl. 1, p. 9-18. Op p. 17 schrijft Faure: ‘Als er een ding uit de literatuur naar voren komt dan is het wel dat de factoren waarmee bedrijven rekening houden bij hun vestiging buitengewoon gevarieerd zijn. Niet alleen spelen zeer veel niet-juridische factoren een rol, maar ook het aantal juridische factoren dat een vestigingsbeslissing beïnvloedt, is groot.’

81. Final report of the Expert Group, 24 januari 2014, p. 22.

82. J.G.J. Rinkes, ‘Grensverleggend verzekeren: verzekeringsrecht en de interne markt’, VA 2014, afl. 2, p. 223-224.

83. N. Frenk & F.R. Salomons, ‘Het nieuwe verzekeringsrecht bijgewerkt’, VA 2001, afl. 1, p. 4.

84. Voor Van den Berghe was het in 1989 vanzelfsprekend dat snel werk gemaakt diende te worden van een schaalvergroting van de Europese markt via het afbouwen van de belemmeringen inzake vrije concurrentie binnen Europa. Zie L. Van den Berghe, ‘De Europese verzekeringsmarkt: utopie of realiteit?’, VA 1989, p. 400.

85. Over concurrentie in het verzekeringsbedrijf: C. de Galan, ‘Concurrentie in het verzekeringsbedrijf’, VA 1988, p. 5-6 en 11.

Als het bevorderen van concurrentie toch het uiteindelijke doel is, zie ik net als Rinkes weinig heil in een optioneel instrument, waarvoor de *Principles of European Insurance Contract Law*⁸⁶ gebruikt zouden kunnen worden.⁸⁷ Ik kan mij namelijk niet voorstellen dat bijvoorbeeld een Duitse verzekeraar die bevreesd is voor de toepasselijkheid van Nederlands verzekeringsrecht op zijn producten, niet even bevreesd is voor de toepassing van een optioneel instrument op zijn producten. Bovendien kunnen regels die in een lidstaat van dwingend recht zijn een struikelblok blijven vormen.⁸⁸

Rinkes heeft in zijn rede opgemerkt dat het Europese verzekeringsrecht nog geen realiteit is, maar evenmin een utopie (het is volgens hem dus niet onmogelijk). Hij gaat ervan uit dat de totstandkoming van een geharmoniseerd materieel Europees verzekeringsrecht nog slechts een kwestie van tijd is.⁸⁹ Ik vermoed, ondanks de kanttekeningen die ik heb gemaakt in deze paragraaf, dat hij gelijk heeft. Immers, de basis voor de eenwording is al gelegd en zoals gezegd neemt het grensoverschrijdend verzekeren toe.

10.5.3 Het klimaat en de Brede Weersverzekering

We hebben in Nederland steeds vaker te maken met extreem weer. Op 23 juni 2016 trok er een zogenoemde ‘supercell’ — een buitengewoon grote onweersbui — over het zuidoosten van Noord-Brabant. In het dorp Luyksgestel vielen hagelstenen zo groot als tennisballen uit de lucht. Auto’s en daken raakten zwaar beschadigd. Dorpsbewoners spraken van een ‘hel’ en van ‘een groot deukenfestijn’. Ondernemers in de land- en tuinbouw werden hard getroffen.⁹⁰ De schade bleef niet beperkt tot Luyksgestel. Er werd in Brabant voor vele miljoenen euro’s schade aangericht.⁹¹

Het zware onweer leidde tot een rechtszaak tussen een melkveehouder uit Someren (verzekerde) en Achmea. Deze rechtszaak, die de aandacht van de media trok, ging over het volgende.⁹² De melkveehouder beschikte over een ‘Bedrijven Compact Polis Agrarisch’ van Achmea, die dekking bood voor schade aan gebouwen door storm met een windsnelheid van ten minste 14 meter per seconde, maar niet voor schade die tijdens de storm door de inslag van hagel is ontstaan. Onder hagel werd op grond van de verzekeringsvoorwaarden verstaan ‘neerslag in de vorm van ijskorrels’. De melkveehouder had geen afzonderlijke verzekering voor hagelschade afgesloten, hetgeen hem ongeveer € 100 per jaar zou hebben gekost. Toen op 23 juni 2016 de *supercell* over Someren trok, ging dit gepaard met grote hoeveelheden

86. J. Basedow e.a. (red.), *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, Keulen: Verlag Dr. Otto Schmidt KG 2016. Informatie over de PEICL is ook te vinden op de website van de Universität Innsbruck (Oostenrijk).

87. J.G.J. Rinkes, ‘Grensverleggend verzekeren: verzekeringsrecht en de interne markt’, VA 2014, afl. 2, p. 225. Zie ook J.G.J. Rinkes, ‘Optional Commercial Contract Law: Global Experiences — European Perspectives’, *EJCL* 2009, afl. 4, p. 184-193.

88. J.G.J. Rinkes, ‘Grensverleggend verzekeren: verzekeringsrecht en de interne markt’, VA 2014, afl. 2, p. 223-224.

89. *Idem*, p. 226.

90. *Kamerstukken II* 2015/16, 31710, 51 (brief van de staatssecretaris van Economische Zaken, 1 juli 2016).

91. Zie de webpagina www.rtlnieuws.nl en zoek met ‘Schade in Brabant door extreme hagelbuien zeker 500 miljoen euro’.

92. Zie onder meer de webpagina www.nos.nl en zoek met ‘Boer Someren krijgt hagelschade niet vergoed’.

neerslag in de vorm van ijsbrokken met een doorsnede van 7 tot 10 cm. Deze neerslaande ijsbrokken veroorzaakten gaten in de daken van de veestal van de melkveehouder. De schade bedroeg ongeveer € 95.000. Achmea stelde zich op het standpunt dat het om hagelschade ging en weigerde de schade te vergoeden. De melkveehouder echter stelde zich op het standpunt dat van 'hagel' niet meer gesproken kon worden. Hij voerde aan dat ijsbrokken naar objectieve maatstaven niet als 'ijskorrels' kunnen worden beschouwd. Het Hof Den Haag stelde Achmea in het gelijk.⁹³

Ook in 2018 deed zich extreem weer voor. Op 18 januari van dit jaar trok één van de zwaarste stormen van de laatste halve eeuw over Nederland. De storm liet een spoor van vernieling achter. In Overijssel vielen twee doden. In Rotterdam vloog een compleet dak de lucht in. Een moeder met een kinderwagen ontsnapte ternauwernood aan een omvallende boom. De schade liep weer in de tientallen miljoenen euro's.⁹⁴

Er zijn nog meer voorbeelden te geven. In mei van dit jaar leidde hevige regenval tot problemen.⁹⁵ Afgelopen zomer zuchtte Nederland onder een hittegolf. De landbouw leed zichtbaar onder de uitzonderlijke droogte en ondanks maatwerk vanuit de waterschappen, kon en mocht er niet overal gesproeid worden.⁹⁶ Het werd de warmste zomer ooit gemeten in Nederland.⁹⁷

Brinkman, beleidsadviseur bij het Verbond van Verzekeraars, heeft er in 2016 op gewezen dat veranderende risico's — en daarvan is sprake naarmate het weer steeds extremer wordt — ervoor kunnen zorgen dat de verzekeraarbaarheid in het gedrang komt. Naarmate de schadelast hoger wordt, zal de bereidheid van verzekeraars om risico's te verzekeren afnemen. En naarmate de premies stijgen, zal de bereidheid van bijvoorbeeld boeren om zich te verzekeren afnemen. Brinkman roept daarom de hulp in van de politiek. Hij vraagt om een investering in inzicht, bewustwording en het stimuleren van preventiemaatregelen.⁹⁸

Voor agrarische ondernemers is een aantal jaren geleden door de overheid, het landbouwbedrijfsleven en de verzekeringsbranche een doordacht systeem opgezet, dat thans is opgenomen in titel 4.1 van de Regeling Europese EZ-subsidies (hierna:

93. Hof Den Haag 5 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2476, r.o. 4.4: 'De conclusie is dus dat de neerslag die op 23 juni 2016 op de veestal van [appellant] neerkwam naar objectieve maatstaven als hagel in de zin van de polisvoorwaarden moet worden gekwalificeerd.'

94. Zie de webpagina www.nos.nl en zoek met 'Verzekeraars ramen stormschade op 90 miljoen'.

95. Zie de webpagina www.nos.nl en zoek met 'Wateroverlast en treinverstoringen door zware regenval'.

96. *Kamerstukken II* 2017/18, 27625, 450 (brief van de Minister van Infrastructuur en Waterstaat, 2 augustus 2018). Zie ook: *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, 2842.

97. Zie de webpagina www.nos.nl en zoek met 'Het is geen verrassing: afgelopen zomer was de warmste ooit gemeten'.

98. T. Brinkman, 'Klimaatverandering en verzekeren: hoe houden we risico's verzekeraar bij een stijgende schadelast?', *MvV* 2016, p. 208-210.

de Regeling).⁹⁹ Dit systeem is sinds 2010 operationeel.¹⁰⁰ ‘Landbouwers’ kunnen bij een verzekeraar, waarvan de verzekeringsvoorwaarden vooraf zijn goedgekeurd door de Minister van Economische Zaken (art. 4.1.11), een zogenoemde Brede Weersverzekering sluiten die gedurende minimaal één jaar dekking biedt voor schade¹⁰¹ aan gewassen veroorzaakt door ‘ongunstige weersomstandigheden’ (art. 4.1.13). Onder ongunstige weersomstandigheden worden in elk geval begrepen: regenval, droogte, (nacht)vorst, sneeuw, ijzel, storm, hagel en brand door blikseminslag. De overheid verstrekt op aanvraag van een landbouwer een financiële bijdrage, die 65% van de verzekeringspremie bedraagt, exclusief belastingen (art. 4.1.2 en 4.1.4).¹⁰² De betaling van deze bijdrage geschiedt, overeenkomstig een volmacht van de landbouwer, aan de verzekeraar met wie de landbouwer een verzekering heeft gesloten.¹⁰³

Momenteel bieden vijf verzekeraars een goedgekeurde verzekering aan: AgriVer B.A., Avéro Achmea, Interpolis, OFH/BFAO U.A. en Verenigde Hagel.¹⁰⁴ Eén van de vereisten voor goedkeuring is dat het financieel verlies van de landbouwer door een ongunstige weersomstandigheid alleen onder de verzekeringsdekking valt voor zover het verlies meer is dan 30% van de gemiddelde jaarproductie in de laatste drie jaar of van de gemiddelde productie van drie van de laatste vijf jaar waarbij de hoogste en laagste productie van deze vijf jaar niet wordt meegerekend.¹⁰⁵ De Regeling gaat dus uit van een schadedrempel¹⁰⁶ van 30%. Een Brede Weersverzekering mag wel (ook) dekking bieden voor financieel verlies dat onder de grens van 30% ligt, zelfs zodanig dat er helemaal geen schadedrempel geldt, maar voor het daarmee corresponderende deel van de premie wordt van overheidswege geen financiële bijdrage verleend (art. 4.1.14 lid 1).¹⁰⁷ Het is verzekeraars niet toegestaan

99. Regeling van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 28 juni 2015, nr. WJZ/15083650, houdende vaststelling van subsidie-instrumenten in het kader van de Europese structuur- en investeringsfondsen op het terrein van Economische Zaken (Regeling Europese EZ-subsidies), *Stcrt.* 2015, 18094 (incl. toelichting). Titel 4.1 komt op 21 januari 2020 automatisch te vervallen (art. 4.1.19). Als ik mij niet vergis, is de titel gebaseerd op art. 36-38 van de Verordening (EU) nr. 1305/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 inzake steun voor plattelandsontwikkeling uit het Europees Landbouwfonds voor plattelandsontwikkeling (ELFPO) en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1698/2005 van de Raad. Verder dienen art. 15 en 27 van de Landbouwwet als wettelijke grondslag.

100. *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, 2842, p. 3. Zie voor informatie over de aanloopfase ook H. van der Meulen e.a., *Mogelijkheden van een brede weersverzekering*, oktober 2006, LEI, Den Haag en *Kamerstukken II* 2005/06, 30300 (XIV), 70 (brief van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, 19 januari 2006).

101. Onder schade wordt verstaan een lagere opbrengst of een lagere kwaliteit van de verzekerde gewassen. Zie art. 4.1.11 lid 1, sub a, onder 2°, van de Regeling Europese EZ-subsidies.

102. De subsidie betreft enkel de oppervlakte van de door de landbouwer bij zijn aanvraag opgegeven ‘verzekerde percelen’. Zie art. 4.1.4 van de Regeling Europese EZ-subsidies. Er vinden controles plaats (art. 4.1.17). Zie in dit verband ook de Beleidsregel verlagen subsidie Brede weersverzekering, *Stcrt.* 2016, 7659.

103. Zie art. 4.1.9 van de Regeling Europese EZ-subsidies.

104. Zie de webpagina <https://www.rvo.nl/subsidies-regelingen/tegemoetkoming-premie-brede-weersverzekering>. De minister verleent de goedkeuring voor een jaar. Zie art. 4.1.11 lid 2 van de Regeling Europese EZ-subsidies.

105. Zie art. 4.1.11 lid 1, sub a, onder 1° van de Regeling Europese EZ-subsidies.

106. Dit is iets anders dan een verplicht eigen risico. Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 31710, 68 (brief van de staatssecretaris van Economische Zaken, 15 juni 2017), p. 4.

107. Zie ook J.E. van de Bunt & M.K.G. Tjepkema, ‘De veranderende reikwijdte van de Wet tegemoetkoming schade bij rampen nader bezien’, *AV&S* 2016/46, par. 4.2. Zie ook H.J.M. Havekes & M.J. Kraak, ‘Het regent jurisprudentie. Wateroverlast en aansprakelijkheid opnieuw bezien’, *TvAR* 2018, afl. 7/8, p. 337-338.

om bij het aanbieden van de Brede Weersverzekering onderscheid te maken tussen verschillende soorten gewassen; alle open teelten moeten verzekerd kunnen worden.¹⁰⁸ Uit de verzekeringsvoorwaarden moet volgen dat het financieel verlies van de landbouwer alleen wordt gedekt als het is opgetreden op een aaneengesloten stuk grond waarop één enkel gewas wordt geteeld.¹⁰⁹

Interessant vanuit een juridisch oogpunt is dat art. 4.1.14 lid 1, sub a, onder 4° van de Regeling een causaliteitsmaatstaf voorschrijft: de schade moet redelijkerwijs zijn toe te rekenen aan ongunstige weersomstandigheden als bedoeld in artikel 4.1.13. In titel 7.17 BW wordt geen causaliteitsmaatstaf voorgeschreven. Interessant is ook dat de Regeling rekening houdt met de mogelijkheid dat een landbouwer bereddingskosten in de zin van art. 7:957 BW maakt of, beter uitgedrukt, ‘moet maken’ op grond van de verzekeringsvoorwaarden of op grond van art. 7:957 lid 1 BW. Immers, art. 4.1.11 lid 1, sub h schrijft het volgende voor:

‘h. de verzekering geen dekking biedt voor:

(...)

2°. bereddingsmaatregelen die genomen zijn op grond van de verzekeringspolis of artikel 7:957 BW, maar waarbij geen verlies als bedoeld in onderdeel a is opgetreden;’

Deze niet erg helder geformuleerde bepaling¹¹⁰ komt er mijns inziens op neer dat de kosten van beredding, door een landbouwer gemaakt na bijvoorbeeld een storm, in beginsel voor vergoeding in aanmerking mogen komen. Dit verbaast niet, gelet op art. 7:957 lid 2 BW: ‘De verzekeraar vergoedt de kosten aan het nemen van de in lid 1 bedoelde maatregelen verbonden, en de schade aan zaken die daarbij worden ingezet’. Echter, hieraan moet dan wel de (verzekerings)voorwaarde zijn verbonden dat na de bereddingsmaatregelen blijkt dat (desondanks) sprake is van *verlies* waarvoor Brede Weersverzekeringen op grond van art. 4.1.14 lid 1, sub a dekking moeten bieden. De schadedrempel geldt dus ook voor de bereddingskosten. Dit kan betekenen dat een landbouwer voor succesvolle bereddingsmaatregelen (= geen of niet voor vergoeding in aanmerking komende schade) géén vergoeding krijgt, maar voor mislukte bereddingsmaatregelen (= toch schade) wel. Ik vermoed dat de gedachte van de wetgever is geweest om (ook) bereddingskosten alleen bij schadegevallen van een zekere ernst voor dekking in aanmerking te laten komen. Het Centraal Bureau voor de Statistiek heeft in 2016 bericht dat het aantal bedrijven met een subsidie voor een Brede Weersverzekering tussen 2010 en 2015 ruimschoots is verdubbeld. In 2015 ontvingen 1171 agrarische bedrijven een premiesubsidie. In 2017 waren dat er ongeveer 1700.¹¹¹ De subsidiebedragen liggen rond de € 3.000 per agrarisch bedrijf per jaar.¹¹² Van een onverdeeld succes kan echter niet gesproken worden. Er is nog geen sprake van een commercieel aantrekkelijke verzekering,

108. Zie art. 4.1.11 lid 1, sub b, van de Regeling Europese EZ-subsidies.

109. Art. 4.1.11 lid 1, sub a, onder 4° van de Regeling Europese EZ-subsidies.

110. Interpolis heeft, zo leid ik af uit haar verzekeringsvoorwaarden bij de Brede Weersverzekering, deze bepaling zo opgevat dat kosten om direct dreigende schade te voorkomen of te beperken (bereddingskosten), alleen onder de verzekeringsdekking vallen bij een verzekerde gebeurtenis die leidt tot een schade-uitkering onder de verzekering.

111. *Kamerstukken* 2017/18, 34775 (XIII), 150 (brief van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, 7 augustus 2018), p. 4.

112. Zie de webpagina www.cbs.nl en zoek met ‘Meer weersverzekeringen na schade’.

die zonder overheidssubsidie op eigen benen kan staan.¹¹³ Tweede Kamerlid Dijkgraaf (SGP) heeft daarom bij amendement voorgesteld de assurantiebelaasting van 21% te verlagen voor Brede Weersverzekeringen.¹¹⁴ De Staatssecretaris van Financiën, dhr. Snel (D66), ontraadde dit amendement echter.¹¹⁵ Het amendement werd vervolgens door de Tweede Kamer verworpen; alleen de fracties van de SP, de PvdA, 50plus en de SGP stemden voor.¹¹⁶ Om de Brede Weersverzekering toch aantrekkelijker te maken voor agrarische ondernemers, wordt er momenteel op het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit nagedacht over het verlagen van de verplichte schadedrempel van 30% naar 20%.¹¹⁷ Een nieuwe EU-verordening biedt daartoe de mogelijkheid.¹¹⁸ In dezelfde verordening staat overigens ook dat het maximumpercentage van overheidssteun – thans wordt 65% van de premie vergoed – nu 70% bedraagt.¹¹⁹ Dit laatste is volgens mij nog niet opgepikt door de politiek.

De ontwikkeling van de Brede Weersverzekering past bij het vangnetkarakter dat de Wet Tegemoetkoming Schade bij rampen en zware ongevallen (WTS) heeft.¹²⁰ Kort samengevat verplicht de WTS de overheid om een gedupeerde tegemoet te komen in een aantal categorieën van schade, voor zover de schade die de gedupeerde heeft geleden, het rechtstreekse en onmiddellijke gevolg is van een overstroming door zoet water, een aardbeving dan wel een ramp waarop deze WTS ingevolge art. 3 bij koninklijk besluit van toepassing is verklaard.¹²¹ Uit art. 4 lid 3 sub a van deze wet volgt dat een gedupeerde geen recht heeft op een tegemoetkoming van de Staat, voor zover de schade of de kosten redelijkerwijs verzekeraar waren. Van redelijkerwijs verzekeraar wordt gesproken indien het risico in het algemeen niet van dekking wordt uitgesloten in polissen van schadeverzekeringen, dan wel het risico verzekeraar is zonder dat zeer beperkende voorwaarden gelden en/of zonder dat er zeer hoge kosten tegenover staan.¹²² Na de extreme weersomstandigheden in mei 2016 liet de staatssecretaris van Economische Zaken weten dat van schadevergoeding op grond van de WTS geen sprake zou zijn. Hij verwees hierbij naar de Brede Weersverzekering.¹²³

De Brede Weersverzekering is een schadeverzekering voor een specifieke doelgroep, waarvan de inhoud in hoge mate door de overheid wordt voorgeschreven, en die met gelden van de EU door de overheid wordt gesubsidieerd. Het blijft een schade-

113. Evaluatie Regeling brede weersverzekering, Wageningen University & Research, september 2016, p. 41.

114. *Kamerstukken II* 2017/18, 34785, 41 en 69. Zie ook *Handelingen II* 2017/2018, nr. 24, itemnr. 22 (Pakket Belastingplan 2018), p. 32.

115. *Handelingen II* 2017/18, nr. 25, itemnr. 18 (Pakket Belastingplan 2018), p. 41.

116. *Handelingen II* 2017/18, nr. 26, itemnr. 6 (Stemmingen Belastingplan 2018), p. 2.

117. *Kamerstukken II* 2017/18, 34775 (XIII), 150 (brief van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, 7 augustus 2018), p. 4.

118. Verordening (EU) 2017/2393 van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2017, L 350/15, p. 27, art. 16.

119. Idem, considerans, nr. (15): 'Met het oog op een intensiever gebruik van oogst-, dier- en plantverzekeringen, en van onderlinge fondsen en het inkomensstabiliseringsinstrument moet het maximumpercentage van de oorspronkelijke overheidssteun worden verhoogd van 65% naar 70%.'

120. T. Hartlief & M. Faure, 'Vergoeding van schade bij rampen in België en Nederland', *TPR* 2015-3/4, p. 1018-1022.

121. Art. 4 WTS.

122. Idem, p. 1019.

123. *Kamerstukken II* 2015/16, 31710, 51 (brief van de staatssecretaris van Economische Zaken, 1 juli 2016), p. 3.

verzekering, waarop titel 7.17 BW gewoon van toepassing is, maar het is er een met een bijzonder (publiekrechtelijk) karakter.¹²⁴ De verdere ontwikkeling van deze verzekering hangt af van de bereidheid onder agrarische ondernemers om ‘mee te doen’. De bereidheid hiertoe hangt naar mijn idee voornamelijk af van de hoogte van de premie en niet zozeer van de schadedrempel van 30%. Mijn inschatting is dat trotse boeren bereid zijn om een relatief groot weerrisico zelf te dragen, aangezien de weersomstandigheden nu eenmaal van belang zijn voor de uitoefening van hun vak. Het verlagen van de assurantiebelasting (voorstel Dijkgraaf) op de premies voor de Brede Weersbelasting lijkt mij dan ook een goed idee. Bovendien kan de Regering beslissen om niet langer 65%, maar 70% van de premies te subsidiëren. Ten slotte merk ik op dat bekendheid onder agrarische ondernemers met de mogelijkheid van het sluiten van een Brede Weersverzekering een voorwaarde is voor succes. De Regering doet er dan ook verstandig aan om het advies van Brinkman op te volgen en te investeren in inzicht en bewustwording.

10.5.4 Technologische ontwikkelingen

10.5.4.1 Algemeen

Technologische ontwikkelingen die tot meer efficiëntie leiden, hebben niet altijd alleen maar gunstige gevolgen. Een klassiek historisch voorbeeld is de uitvinding en verdere ontwikkeling van de geautomatiseerde weefmachine in de tweede helft van de achttiende eeuw. Deze uitvinding leidde ertoe dat professionele textielwerkers werkloos raakten. In Nottingham – bekend van de legende van Robin Hood – kwam rond 1811 door economische malaise en toenemende industrialisatie het zogenoemde Luddisme op. Weeffabrieken en moderne weefapparaten werden door textielwerkers, die vreesden hun baan en inkomen te verliezen, vernield. Fabriekseigenaar William Horsfall, die voor de zekerheid een kanon voor zijn fabriek had geplaatst, werd door vier jonge Luddieten vermoord. Het kwam zelfs tot gevechten met het Britse leger. In 1812 werd de *Destruction of Stocking Frames Act* uitgevaardigd. Op het vernielen van een gemechaniseerd weefgetouw kwam niets minder dan de doodstraf te staan.

Ook nu, in 2018, doen zich belangrijke technologische ontwikkelingen voor. Auto's zijn steeds vaker voorzien van slimme software waarmee aanrijdingen voorkomen kunnen worden.¹²⁵ Het inparkeren wordt gemakkelijker gemaakt. Zelfrijdende auto's worden ontwikkeld. De bedoeling is niet alleen het autorijden meer comfortabel te maken, maar ook het voorkomen van schade. Deze ontwikkelingen zouden echter tot een toename van 'zorgeloos achteroverleunende' automobilisten kunnen leiden, die te veel op de software in hun auto vertrouwen en tijdens het 'autorijden' de aandacht verleggen naar hun mobiele telefoons.¹²⁶ Bovendien zijn auto's met een grotere hoeveelheid software moeilijker te repareren. Komt het ondanks alle

124. Ik kon alleen *bestuursrechtelijke* jurisprudentie over de Brede Weersverzekering vinden: Cbb 3 juni 2016, ECLI:NL:CBB:2016:159; Cbb 1 mei 2015, ECLI:NL:CBB:2015:227 en Cbb 25 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:80.

125. Voor fietsende senioren is een speciale fietsbel ontwikkeld die rood oplicht en zoemt als de fietser een gevaarlijk punt nadert.

126. Zie de webpagina www.nos.nl en zoek met 'Auto's met slimme veiligheidsopties rijden vaker schade'. Bericht van 29 augustus 2018.

moderne techniek toch tot een aanrijding, dan is de schade groter omdat ook de elektronica moet worden vervangen.¹²⁷

Ik pleit er niet voor om, gelet op de mogelijke nadelen, de opkomst van slimme software en zelfrijdende auto's tegen te gaan. Ik stel wel voor er in de nabije toekomst niet te veel van te verwachten. Waar mensen in groten getale, in een dichtbevolkt land, zich sneller dan 50 km/uur voortbewegen, zullen ongelukken (blijven) voorkomen.

10.5.4.2 Zwarte dozen in auto's

Als het aan de Europese Commissie ligt, bevatten nieuwe auto's per 2021 standaard een aantal veiligheidssnuffjes, waaronder 'advanced emergency braking', een 'alcohol interlock installation facilitation' en een 'event (accident) data recorder'.¹²⁸ Onder Verordening (EU) 2015/758 is nu al vereist dat vanaf 31 maart 2018 alle nieuwe types personenauto's en bestelwagens uitgerust zijn met een eCall-systeem, dat bij een ernstige botsing automatisch het unieke Europese noodnummer 112 belt.¹²⁹

Het Verbond van Verzekeraars pleit voor een verplichte *event data recorder* (een zwarte doos) in *alle* auto's, zodat aansprakelijkheidskwesties sneller kunnen worden afgehandeld en fraude kan worden voorkomen.¹³⁰ Dit voorstel gaat volgens mij aanzienlijk verder dan het voorstel van de Europese Commissie, die de *event data recorder* wil voorschrijven voor *nieuwe* auto's en met het doel dat op den duur een grondige analyse van de verkeersveiligheid kan worden gemaakt.¹³¹ De Europese Commissie onderkent dat er *privacy issues* spelen.¹³² De Nederlandse Regering is voorstander van de *event data recorder* en ziet meer toepassingsmogelijkheden dan de Europese Commissie.¹³³ De Tweede Kamer lijkt vooralsnog echter niet te willen dat ook verzekeraars toegang kunnen krijgen tot gegevens uit een *event data recorder*.¹³⁴

127. Idem.

128. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende de voorschriften voor de typegoedkeuring van motorvoertuigen en aanhangwagens daarvan en van systemen, onderdelen en technische eenheden die voor dergelijke voertuigen zijn bestemd wat de algemene veiligheid ervan en de bescherming van de inzittenden van voertuigen en kwetsbare weggebruikers betreft, tot wijziging van Verordening (EU) 2018/858 en tot intrekking van de Verordeningen (EG) nr. 78/2009, (EG) nr. 79/2009 en (EG) nr. 661/2009. Zie ook de webpagina www.ec.europa.eu en zoek met 'Europe on the Move: Commission completes its agenda for safe, clean and connected mobility'.

129. Verordening (EU) 2015/758 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2015 inzake typegoedkeuringseisen voor de uitrol van het op de 112-dienst gebaseerde eCallboordsysteem en houdende wijziging van Richtlijn 2007/46/EG, *PbEU* 2015, L 123/77.

130. Zie de webpagina www.verzekeraars.nl en zoek met 'Verzekeraars willen ongevalsdatarecorder in elk voertuig'. Het bericht is van 14 maart 2018.

131. Zie het voorstel dat in een van de eerdere voetnoten genoemd wordt en zie vervolgens p. 11 van dat voorstel.

132. Idem, art. 7 van het voorstel, op p. 28.

133. *Kamerstukken II* 2017/18, 22112, 2598 (brief van de Minister van Buitenlandse Zaken, 22 juni 2018), p. 7: 'Nederland is voorstander van dit systeem en ziet veel meer noodzakelijke toepassingen in het gebruik van deze data, zoals bijvoorbeeld het aantonen van aansprakelijkheid, gebruik ten behoeve van een strafrechtelijke procedure, bijvoorbeeld bij een verkeersongeval, of voor het keuren van voertuigen die betrokken zijn geweest bij een ongeval na schadeherstel. Nederland zal daarom bepleiten het toepassingsgebied hiertoe uit te breiden. Het is wel van belang om hierbij goed na te denken over welke data noodzakelijk is om op te slaan, hoe dit gebeurt en wie juridisch toegang krijgt tot deze data.'

134. *Kamerstukken II* 2017/18, 29398, 603 (nader gewijzigde motie van het lid Von Martels c.s. ter vervanging van die gedrukt onder nr. 602): 'overwegende dat er geborgd moet zijn dat deze gegevens niet

10.5.4.3 *Dashcams*

Dashcams zijn in Nederland niet verboden. Het plaatsen en voorhanden hebben van een dashcam in de auto wordt dus niet bestraft. Tienduizenden Nederlanders hebben er een op het dashboard staan of bij de achteruitkijkspiegel hangen.¹³⁵ In theorie kunnen dashcams nuttig zijn voor verzekeraars: camerabeelden kunnen een bijdrage leveren aan het vaststellen wie (het meest) verantwoordelijk is geweest voor een aanrijding tussen verkeersdeelnemers. In theorie zou grootschalige aanwezigheid van dashcams kunnen leiden tot minder agressie in het verkeer. Het een en ander moet echter — ook hier — niet overdreven worden. Immers, dashcams filmen weliswaar veel, maar niet alles. Bovendien kunnen camerabeelden voor interpretatie vatbaar zijn.¹³⁶ Uit berichtgeving in de media leid ik af dat het Verbond van Verzekeraars niet veel voelt voor een verplichting om alle auto's uit te rusten met camera's.¹³⁷

Aannemelijk is dat het gebruik van dashcams zal toenemen en dat hiermee opgenomen beelden niet alleen in strafrechtelijke,¹³⁸ maar ook in verzekeringsrechtelijke geschillen een grotere rol gaan spelen. Ik maak daarom in deze paragraaf een klein aantal opmerkingen over de dashcam, waarbij ik mij op het privacy-aspect richt. Over dashcams en privacy — twee van oorsprong Engelse woorden — is nog maar weinig geschreven in de Nederlandse juridische literatuur. Ik kon ook geen rechterlijke uitspraken vinden. Mijn opmerkingen hebben dan ook een schetsmatig karakter.

De Autoriteit Persoonsgegevens hanteert beleidsregels met betrekking tot dashcams. In regel 5.2 van de Beleidsregels Cameratoezicht¹³⁹ staat dat indien een dashcam personen in andere auto's *herkenbaar* filmt, de Wbp (oud)¹⁴⁰ van toepassing is. Ten aanzien van het filmen van kentekens geldt dat kentekens van motorvoertuigen (slechts) persoonsgegevens zijn voor degenen die toegang hebben tot het kentekenregister van de Rijksdienst voor het Wegverkeer. Als voorbeeld van toegestaan particulier gebruik van een dashcam wordt genoemd het gebruik ervan bij verkeersongelukken: 'De gegevensverwerking van het beeldmateriaal van de dashcam kan noodzakelijk zijn voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de bestuurder (verantwoordelijke van de dashcam) om als bewijs te gebruiken voor zijn verzekering om zijn schade te declareren'.¹⁴¹

met derde partijen zoals verzekeringsmaatschappijen worden gedeeld'. Deze motie werd met algemene stemmen aangenomen. *Handelingen II* 2017/18, nr. 65, itemnr. 35, p. 2.

135. Zie de webpagina www.blikopnieuws.nl en zoek met 'Aantal dashcams in auto's neemt toe maar is dit van invloed op de verzekering'. Bericht van 27 april 2018.

136. Zie de webpagina www.consumentenbond.nl en zoek met 'Gebruik beelden dashcam bij autoschade'. Bericht van 6 november 2018.

137. Zie de webpagina www.amweb.nl en zoek met 'Hema wil door weggeven dashcam autoschade sneller afhandelen'. Bericht van 6 maart 2017.

138. Rb. Amsterdam 21 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9847, r.o. 4.3.1.: 'Op grond van de aangifte van [aangever 1], de camerabeelden van de *dashcam*, de herkenning van verdachte door verbalisant en het huurcontract van de Citroën acht de rechtbank de diefstal in vereniging uit de auto van [aangever 1] bewezen.'

139. *Stcr.* 2016, 4971, p. 28.

140. Ik ga ervan uit dat de Beleidsregels Cameratoezicht, ondanks de daarin voorkomende verwijzingen naar de Wbp (oud), nog wel gelden. Ze zijn immers nog altijd te vinden op de website van de Autoriteit Persoonsgegevens. Een intrekking heb ik niet kunnen vinden.

141. *Stcr.* 2016, 4971, p. 28.

Regel 5.2 van de Beleidsregels Cameratoezicht verwijst hierbij naar een opmerking van de Regering, gemaakt in vergaderjaar 1998-1999, in antwoord op Kamervragen gesteld ten tijde van de parlementaire behandeling van de Wbp (oud):

‘Deze leden vragen verder onder welke omstandigheden telefoonnummers, kentekens en postcodes als een persoonsgegeven moeten worden aange-merkt. (...) Kentekens van motorvoertuigen zijn persoonsgegevens voor degenen die toegang hebben tot het kentekenregister van de Rijksdienst voor het Wegverkeer. Zij kunnen immers tenaamstelling van het kenteken zonder bijzondere inspanning te weten komen. *Voor personen die geen toegang hebben tot de tenaamstellingsgegevens uit het kentekenregister, zijn kentekens geen persoonsgegevens indien redelijkerwijs ook niet te verwachten valt dat die gegevens langs een omweg (eventueel door derden) zullen worden herleid. Het hangt dus van de context van het gebruik af of het wel of niet gaat om persoonsgegevens* [cursivering KE]. De registratie van kentekens in het kader van rekening rijden teneinde de houder van het kenteken een rekening te sturen voor het gebruik van een weg, is dus een omstandigheid waarbij het kenteken de functie van een persoonsgegeven heeft.’¹⁴²

Op zichzelf is deze opmerking naar mijn mening juist. Het hangt inderdaad van de context van het gebruik van kentekens af of het wel of niet gaat om persoonsgegevens. Met alleen het kenteken van een ander kan de gemiddelde burger niet zoveel, nu het kentekenregister niet vrij inzicht geeft in persoonsgegevens.

Ik merkte zojuist al op dat tegenwoordig duizenden Nederlanders over een dashcam beschikken. Zou misschien daarom het uitgangspunt moeten zijn dat dashcams wél persoonsgegevens vastleggen? Een dashcam op het dashboard neemt niet alleen het kenteken van een voorliggende auto op, maar ook het merk van die auto, de kleur van die auto, de route die de auto rijdt en mogelijk ook de bestuurder, passagiers en overstekende voetgangers en fietsers. Door de populariteit van dashcams gebeurt dit op grote schaal. Het opnemen/opslaan van persoonsgegevens (als daarvan sprake is) op een geheugenkaart van een dashcam geldt volgens mij als een ‘verwerking’ in de zin art. 4 aanhef, onder ‘2)’ van de Algemene verordening gegevensbescherming.¹⁴³ Van een zuiver persoonlijke activiteit in de zin art. 2 aanhef, onder ‘c)’ is mijns inziens geen sprake, nu de openbare weg wordt gefilmd.

De stelling dat een automobilist een gerechtvaardigd belang heeft bij het maken van camerabeelden met een dashcam is niet per se onjuist.¹⁴⁴ Zoals ik al aangaf, kunnen zulke camerabeelden van nut zijn bij het vaststellen van de aansprakelijkheid na een auto-ongeluk. Daar staat echter wel tegenover dat met een dashcam zonder aanzien des persoons gefilmd wordt en dat de camerabeelden lang bewaard

142. Kamerstukken II 1998/99, 25892, 6, p. 27.

143. Art. 4 aanhef, onder ‘2)’, van de Algemene verordening gegevensbescherming bepaalt het volgende: ‘Voor de toepassing van deze verordening wordt verstaan onder: 2) “verwerking”: een bewerking of een geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens of een geheel van persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd via geautomatiseerde procedés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, structureren, opslaan, bijwerken of wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op andere wijze ter beschikking stellen, aligneren of combineren, afschermen, wissen of vernietigen van gegevens.’ Zie ook B. van der Sloot, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming in gewonemensentaal*, Amsterdam: AUP 2018, p. 33-34.

144. Zie art. 6 lid 1, onder ‘f)’, van de Algemene verordening gegevensbescherming.

kunnen blijven.¹⁴⁵ Hier ligt misschien nog ruimte voor de (Europese) wetgever om op te treden. Denkbaar is dat de wetgever laat onderzoeken of huidige en toekomstige dashcams, met behulp van slimme technologie, privacy-vriendelijker kunnen worden gemaakt (*privacy by design*).

10.5.4.4 De directe verkeersverzekering

Het Verbond van Verzekeraars kondigde in 2015 een onderzoek aan naar de mogelijkheden en haalbaarheid van een nieuw verzekeringsproduct: een directe verkeersverzekering oftewel een directe autoverzekering.¹⁴⁶ De in razend tempo toenemende hoeveelheid technologie in auto's zou volgens het Verbond leiden tot nieuwe risico's en uitdagingen op het terrein van aansprakelijkheid en verkeersveiligheid. Als voorbeeld noemde het Verbond de zelfsturende auto¹⁴⁷ die door falende technologie een voetganger aanrijdt. Wat betreft aansprakelijkheid zou deze situatie lastiger zijn dan wanneer iemand, zoals nu, met zijn handen aan het stuur zit. Tjong Tjin Tai en Boesten merken op dat er bij zelfrijdende auto's drie partijen zijn die in aanmerking komen te worden aangesproken voor de door een ongeval ontstane schade: de bestuurder, de bezitters en de producent.¹⁴⁸

Ook wijst het Verbond op de maatschappelijke trend om van bezit van een voertuig over te stappen naar het gebruik daarvan: 'Initiatieven als Snappcar en Greenwheels maken het voor consumenten eenvoudig om over een auto te kunnen beschikken op het moment dat ze die nodig hebben.' Deze ontwikkeling maakt dat autoverzekeraars minder particulieren als klant zullen hebben, maar meer grote bedrijven, met een ander risicoprofiel.¹⁴⁹ Het Verbond noemt als voorbeeld het diefstalrisico bij het stallen van veel voertuigen op één plek buiten of aan de rand van steden.¹⁵⁰

145. Zie ook de volgende uitspraak: *Bundesgerichtshof* (Duitsland) 15. Mai 2018, VI ZR 233/17, ECLI:DE:BGH:2018:150518UVIZR233.17.0, r.o. 19-26. Over deze uitspraak verscheen het volgende persbericht: *Bundesgerichtshof*, Mitteilung der Pressestelle, 'Verwertbarkeit von Dashcam-Aufnahmen als Beweismittel im Unfallhaftpflichtprozess', 2018/88: 'Die vorgelegte Videoaufzeichnung ist nach den geltenden datenschutzrechtlichen Bestimmungen unzulässig. Sie verstößt gegen § 4 BDSG, da sie ohne Einwilligung der Betroffenen erfolgt ist und nicht auf § 6b Abs. 1 BDSG oder § 28 Abs. 1 BDSG gestützt werden kann. Jedenfalls eine permanente anlasslose Aufzeichnung des gesamten Geschehens auf und entlang der Fahrstrecke des Klägers ist zur Wahrnehmung seiner Beweissicherungsinteressen nicht erforderlich, denn es ist technisch möglich, eine kurze, anlassbezogene Aufzeichnung unmittelbar des Unfallgeschehens zu gestalten, beispielsweise durch ein dauerndes Überschreiben der Aufzeichnungen in kurzen Abständen und Auslösen der dauerhaften Speicherung erst bei Kollision oder starker Verzögerung des Fahrzeuges.'
146. Hierover ook T. Hartlief, 'Een kwart eeuw later: van benzinemonster naar rijdende iPad', in: W. van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw* (Snijders-bundel), Deventer: Kluwer 2016, p. 125-139, aldaar p. 125. Hierna: Hartlief 2016. Zie ook L.C. Dufour, 'De first partyverzekering in het verkeer', VR 2017/52.
147. Hierover K. de Vey Mestdagh & J. Lubbers, 'Nee hoor, u wilt helemaal niet naar Den Haag...', AA 2015 (april), p. 267-280.
148. E. Tjong Tjin Tai & S. Boesten, 'Aansprakelijkheid, zelfrijdende auto's en andere zelfbesturende objecten', NJB 2016/496, p. 2.
149. Ik merk op dat Snappcar niet leidt tot bedrijfsmatig autobezit. Bij Snappcar verhuurt een particulier zijn auto aan een andere particulier. Op de website van Snappcar wordt een uitgebreide verzekering van Allianz aangeboden.
150. Zie de webpagina www.verzekeraars.nl en zoek met 'Verbond onderzoekt mogelijkheid directe verzekering'. Het bericht is van 23 november 2015.

Een directe verkeersverzekering is een *first party*-verzekering.¹⁵¹ Onder een *first party*-verzekering wordt, om een aantal voorbeelden te geven, het eigen leven, het eigen huis, de eigen fabriek of, in dit geval, de eigen deelname aan het verkeer verzekerd. De verzekeringnemer geldt bij deze verzekering als ‘eerste’ partij (bij de verzekeringsovereenkomst). De verzekeraar is de ‘tweede partij’. Indien de eerste partij schade lijdt, meldt hij zich bij zijn *eigen* verzekeraar (dus ook als de schade is veroorzaakt door een ander).

Een *third party*-verzekering is een verzekering die dekking biedt tegen aansprakelijkstelling(en) door ‘derden’ (*third parties*).¹⁵² De huidige Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM) schrijft zo’n *third party*-verzekering voor. Art. 3 lid 1 WAM bepaalt dat de te sluiten verzekering dekking moet bieden voor de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, waartoe het motorrijtuig in het verkeer aanleiding kan geven, van iedere bezitter, houder en bestuurder van het verzekerde motorrijtuig, alsmede van degenen die daarmee worden vervoerd. Het slachtoffer van een verkeersongeval – de benadeelde derde – heeft ingevolge art. 6 lid 1 WAM een eigen recht op schadevergoeding jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar van de ‘schuldige’. Onder Richtlijn 2009/103/EG kennen alle EU-lidstaten dezelfde, op een systeem van *third party*-verzekering gebaseerde, regeling.¹⁵³

Het denken over de (directe) ‘verkeersverzekering’ is niet nieuw.¹⁵⁴ Van Wassenaa van Catwijck wijdde in 1977 zijn rede aan deze verzekeringsvorm en in 1993 ook een deel van zijn afscheidsrede.¹⁵⁵ Hij pleitte in zijn rede voor 1) afschaffing van op onrechtmatige daad gebaseerde aansprakelijkheid voor schade die door een verkeersongeval (waarbij motorrijtuigen betrokken zijn) is veroorzaakt en voor 2) invoering van een verplichte verkeersverzekering, te sluiten door iedere eigenaar van een motorrijtuig. Die verkeersverzekering zou dekking moeten bieden voor schades die zijn veroorzaakt door verkeersongelukken aan a. de eigenaar, bestuurder en inzittenden van het verzekerde motorvoertuig en aan b. andere personen.¹⁵⁶

Zaakschade veroorzaakt door een *tweezijdig* verkeersongeval zou onder de dekking sub a. vallen, met dien verstande dat voor alle schades een eigen risico geldt. Bij alle personenschades bedoeld onder a. of b. zou de verplichting tot vergoeding van inkomensschade worden gelimiteerd. In geval van schade door verkeersongevallen zouden alle (mogelijkheden tot) regres (schadeverhaal) worden afgeschaft, zij het

151. Faure en Hartlief schrijven dat vooral in het kader van arbeidsgerelateerde risico’s, zoals beroepsziekten, de introductie van de directe verzekering is voorgesteld. Zie M. Faure & T. Hartlief, ‘Nieuwe risico’s en vragen van aansprakelijkheid en verzekering’ (nr. 118), Deventer: Wolters Kluwer 2002, p. 255.

152. J. Birds, *Birds’ Modern Insurance Law*, Londen: Sweet & Maxwell 2016, p. 3-4.

153. Richtlijn 2009/103/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en de controle op de verzekering tegen deze aansprakelijkheid (gecodeïficeerde versie), *PbEU* 2009, L 263/11. Hierover F.J. Blees, ‘Bestaande Wam-richtlijnen van de EU samengevoegd in één nieuwe richtlijn’, *AV&S* 2010/4. Zie ook de conclusie van A-G Vlas, randnummer 2.3, bij HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:877, *RvdW* 2018/728.

154. K.A.P.C. van Wees, ‘Zelfrijdende auto’s, aansprakelijkheid en verzekering; over nieuwe technologie en oude discussies’, *TVP* 2016, afl. 2, p. 30: ‘Zoals menigeen zal weten, maar sommigen misschien ook niet, kent het denken over een verkeersverzekering als alternatief voor het aansprakelijkheidsrecht een lange geschiedenis.’ Zie ook Hartlief 2016, p. 127.

155. A.J.O. van Wassenaa van Catwijck, *Verkeersverzekering* (Privaatrechtelijke Begrippen), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1977; A.J.O. van Wassenaa van Catwijck, *Naar een Europees verkeersschaderecht*, Deventer: Kluwer 1993.

156. Onder andere personen verstaat Van Wassenaa van Catwijck, zo vermoed ik, voetgangers en fietsers. Zie p. 16 van zijn inaugurele rede.

met beperkte uitzonderingen voor gevallen van samenloop en gevallen van opzet.¹⁵⁷ Het voorstel van Van Wassenaar van Catwijck – hier summier weergegeven – was vrij gedetailleerd. Het Verbond van Verzekeraars zou het dan ook als leidraad kunnen nemen, tezamen met, zoals Hartlief opmerkt, ‘een massieve literatuur uit de vorige eeuw (...) waarin voors en tegens, vraag- en pijnpunten, belangen en eigenbelangen zijn aangewezen en blootgelegd’.¹⁵⁸ Daarbij past wel de kanttekening dat het voorstel uit 1977 geen rekening houdt met zelfrijdende auto’s.

Het onderwerp van de verkeersverzekering is in 2016 opgepakt door (onder andere) Van Wees.¹⁵⁹ In zijn interessante bijdrage *Zelfrijdende auto’s, aansprakelijkheid en verzekering: over nieuwe technologie en oude discussies* bespreekt Van Wees (onder meer) de voor- en nadelen van de verkeersverzekering. Als voordelen van het verkeersverzekeringstelsel ziet hij dat lastige en tijdrovende discussies over de schuldvraag worden vermeden, hetgeen tot lagere afhandelingskosten leidt, en dat ook eenzijdige ongevallen en ongevallen die te wijten zijn aan een eigen fout of gebrek verzekerd zijn. Als voordelen ziet hij voorts dat het schadeafwikkelingsproces voor het slachtoffer soepeler verloopt, omdat het conflictueuze karakter van het aansprakelijkheidsrecht ontbreekt, en dat verzekeraars bij een directe verzekering beter in staat zijn om door hun acceptatiebeleid en premiestelling de aanschaf van veiliger rijgedrag te stimuleren. Ten slotte ziet Van Wees als voordeel dat de directe verzekering meer mogelijkheden biedt om de hoogte van de premie te laten afhangen van de inkomenspositie en de gezinssamenstelling van de verzekerde.

Hij noemt ook mogelijke nadelen: onder een stelsel van verkeersverzekering zullen meer personen dan nu aanspraak hebben op vergoeding van verkeersgerelateerde schade en dat betekent dat een dergelijk stelsel duurder is. De premies zullen hierdoor stijgen. Hier ziet Van Wees een rol voor technologische ontwikkelingen weggelegd. Voertuigautomatisering kan volgens hem een bijdrage leveren aan het terugdringen van verkeersongevallen. Als nadelen noemt Van Wees voorts dat een dergelijk stelsel geen recht doet aan het uitgangspunt dat de veroorzaker betaalt. Ten slotte noemt hij als nadeel dat invoering van een verkeersverzekering wetgevend ingrijpen vereist, hetgeen tijd vergt.¹⁶⁰

Het ligt niet in de lijn der verwachtingen dat op korte termijn een (Europees) stelsel van verkeersverzekering wordt ingevoerd. Immers, dit zou een wetgevingsoperatie van enorme omvang vergen. Het onderwerp staat evenwel weer stevig op de kaart. Hartlief schrijft dan ook dat ditmaal de discussie over de verkeersverzekering niet zal verzanden, gegeven de enorme impact van (toekomstige) technologische ontwikkelingen op onze samenleving. Hij gaat ervan uit dat het verkeersongevallenrecht, dat nu nog altijd op gedrag van bestuurders is gericht, in de nabije toekomst op de schop zal moeten.¹⁶¹

157. A.J.O. van Wassenaar van Catwijck, *Verkeersverzekering* (Privaatrechtelijke Begrippen), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1977, p. 24-28.

158. Hartlief 2016, p. 239.

159. K.A.P.C. van Wees, ‘Zelfrijdende auto’s, aansprakelijkheid en verzekering; over nieuwe technologie en oude discussies’, *TVP* 2016, afl. 2, p. 29-34.

160. Idem, p. 31-32.

161. Hartlief 2016, p. 139.

10.5.4.5 Toekomstmuziek

In deze laatste paragraaf zal ik mijn fantasie iets meer de vrije loop laten gaan. Welke nieuwe verzekeringsproducten zullen er in de toekomst zijn?

Robottechnologie neemt de laatste jaren een hoge vlucht. Het is mogelijk dat we over dertig tot vijftig jaar allemaal over een robot beschikken, die meehelpt in het huishouden. Misschien brengt zo'n robot zelfs de kinderen naar school en doet hij/zij daarna ook meteen de boodschappen. Als het zo ver komt, zal de behoefte bestaan de robot te verzekeren, tegen eigen schade (een robotzorgverzekering) en mogelijk ook tegen aansprakelijkheid (Wet aansprakelijkheidsverzekering robots). Ook ruimtevaarttechnologie neemt heden een 'hoge vlucht'. Het is nu nog onbetaalbaar voor veruit de meeste mensen, maar in de toekomst kunnen we wellicht massaal ruimtevluchten maken. Sinclair spreekt van een *pending 'space boom' led by private actors and businesses, and indeed encouraged by the United States government*.¹⁶² Ik acht het denkbaar dat 'ruimtereizigers' in de toekomst een ruimtereisverzekering kunnen afsluiten. Ik vraag me wel af waar zo'n verzekering dan dekking voor zal bieden. Reddingsoperaties? Overlijden? Het veroorzaken van nieuwe gaten in de ozonlaag?

In de toekomst beschikken we mogelijk allemaal over een eigen drone, die als een soort ouderwetse postduif fungeert. Zo kunnen we gemakkelijk pakketten met elkaar delen (oude boeken,¹⁶³ tweedehandskleding, enzovoorts). Droneverzekeringen zijn al op de markt.¹⁶⁴ Voor het vliegen met een drone is nu een aansprakelijkheidsverzekering alleen verplicht, als de drone bedrijfsmatig wordt ingezet. Voor het hobbymatig vliegen met een drone, is geen aansprakelijkheidsverzekering nodig.¹⁶⁵ In de toekomst komt daar mogelijk verandering in. Dat lijkt mij wel verstandig. Een persoon die tijdens het wandelen hard wordt getroffen door een ter aarde stortende drone, maakt het waarschijnlijk niet uit of er om zakelijke of particuliere redenen gevlogen werd. Het vliegen met een drone kan bovendien verschillende risico's met zich brengen. Ik verwijs in dit verband naar de inleiding van de bijdrage 'Aansprakelijkheid voor drones' van Custers, gepubliceerd in het *Maandblad voor Vermogensrecht*.¹⁶⁶ Custers geeft het voorbeeld van een drone die in de weg vliegt van een traumahelikopter die op het punt staat te landen en van een drone die neerstort door kortsluiting en een bosbrand veroorzaakt. In de bijdrage 'Civiel gebruik van Drones' van Verbrugge in het juridisch tijdschrift *Verkeersrecht* wordt melding gemaakt van een strafzaak.¹⁶⁷ Een 31-jarige man uit Haarlem werd ervan verdacht met een drone opzettelijk onrust veroorzaakt te hebben bij dieren in de

162. M.R. Sinclair, 'To Fight to Save ... in Space: A Legal Argument that a Space "Coast Guard" Is Increasingly Necessary for Effective Twenty-First Century Space Governance', *Air and Space Law* 2018, 4/5, p. 460-461.

163. Mijn proefschrift uit 2016 bijvoorbeeld.

164. S. de Schrijver & V. de Smet, 'Naar een wettelijk kader voor het commercieel gebruik van drones', *Computerrecht* 2018/113, p. 7-8 (par. 3.3).

165. B.H.M. Custers, 'Aansprakelijkheid voor drones', *MvV* 2018, afl. 7-8, p. 236-238. Zie ook N. Lavrijssen, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door recreatieve drones in Nederland', *Computerrecht* 2018/3.

166. B.H.M. Custers, 'Aansprakelijkheid voor drones', *MvV* 2018, afl. 7-8.

167. A.M. Verbrugge, 'Civiel gebruik van Drones', *VR* 2018/3, p. 5-6.

Oostvaardersplassen in september 2015. Hij werd vrijgesproken door de politierechter.¹⁶⁸

Verbrugge verwijst ook naar een civielrechtelijke zaak.¹⁶⁹ Een jongen besloot de drone van zijn buurman met een luchtbuks uit de lucht te schieten, waarin hij ook slaagde.¹⁷⁰ Bij tussenvonnis van 21 december 2016 oordeelde de Rechtbank Gelderland dat de buurman onrechtmatig had gehandeld jegens zijn buurjongen door met een drone boven het perceel van diens ouders te vliegen, zodanig dat de buurjongen en zijn huisgenoten zich bespied konden voelen. Het maakte daarbij niet uit of de camera van de drone aanstond of niet, nu het enkele gegeven dat de camera aanwezig is en dat onzeker is of deze in werking is, in werking zal worden gesteld, of 'uit' blijft, een inbreuk op het recht op de persoonlijke levenssfeer oplevert.¹⁷¹ Bij eindvonnis van 10 mei 2017 overwoog de rechtbank dat ook het uit de lucht schieten van de drone een onrechtmatige daad opleverde. De rechtbank oordeelde dat ieder van partijen 50% van de schade diende te dragen.¹⁷²

In hun bijdrage 'Drones: kinderspeelgoed of gevleugelde privacyinbreuk?', gepubliceerd in het juridisch tijdschrift *Privacy & Informatie*, schrijven Storm en Van Duuren dat bij het gebruik van drones, meer dan bij sommige andere innovaties, het risico van privacyschending op de loer ligt. Zij merken op dat veel mensen zich tot op heden veilig waanden voor privacyschending vanuit de lucht en dat de drone het voor iedereen mogelijk en gemakkelijk maakt om de privacy van een ander te schenden, nu drones met een camera al beschikbaar zijn vanaf € 50.¹⁷³

Ik hoop zelf dat de wetgever zich op een dag genoodzaakt voelt een Wet aansprakelijkheidsverzekering hoverboards in het leven te roepen. Sinds *Back to the Future II* (1989) met Michael J. Fox als de heroïsche Marty McFly wacht de mensheid op de uitvinding van de hoverboard. Uit berichtgeving van *The New York Times* maak ik echter op dat die uitvinding nog wel even op zich laat wachten.¹⁷⁴

10.6 Slot

Ik ben deze bijdrage begonnen met een schets van de totstandkoming van de regeling van het verzekeringsrecht in het Wetboek van Koophandel (oud) en van de totstandkoming van titel 7.17 BW in de periode 1972-2006. In de eerst helft van de negentiende eeuw stond de Regering voor de vraag waar en hoe het verzekeringsrecht geregeld zou worden. In het Wetboek van Koophandel of in het Burgerlijk Wetboek? De Regering koos voor het Wetboek van Koophandel, maar toen moest nog beslist worden in welk deel daarvan het verzekeringsrecht zou worden opgenomen. In het gedeelte over de zeeverzekering (het tweede boek)? Of moest er toch maar een algemene regeling komen (het eerste boek)?

Interessant vind ik dat reeds in de jaren twintig en dertig van de negentiende eeuw ervoor werd gepleit, door Tweede Kamerleden als Hooft, om het verzekeringsrecht

168. Rb. Midden-Nederland (zittingsplaats Utrecht) 12 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4968.

169. A.M. Verbrugge, 'Civiel gebruik van Drones', VR 2018/3, p. 9-10.

170. A.M. Verbrugge, 'Civiel gebruik van Drones', VR 2018/3, p. 5-6 en 9-10.

171. Rb. Gelderland (ktr. Apeldoorn) 21 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7155 (tussenvonnis).

172. Rb. Gelderland (ktr. Apeldoorn) 10 mei 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:2663 (eindvonnis).

173. M.L. Storm & N.H.A. van Duuren, 'Drones: kinderspeelgoed of gevleugelde privacyinbreuk?', *P&I* 2016/5, p. 196.

174. Zie de webpagina www.nytimes.com en zoek met 'Why a "Back to the Future" Hoverboard Never Took Off'. Bericht van Jonah Engel Bromwich en Daniel Victor van 21 oktober 2015.

niet in het Wetboek van Koophandel te regelen, maar (deels ook) in het Burgerlijk Wetboek. Hooft voelde kennelijk toen al aan dat niet de hele praktijk van verzekeren onder ‘koophandel’ kon worden geplaatst. Hij kreeg de Regering niet aan zijn zijde, maar meer dan honderd jaar later kreeg hij alsnog gelijk. Immers, na de Tweede Wereldoorlog werd besloten het verzekeringsrecht in het Burgerlijk Wetboek te regelen. Aan specifieke wettelijke regels voor de overeenkomst van transportverzekering bestond zelfs geen behoefte meer. Dorhout Mees wilde daar in 1972 nog wel bepalingen aan wijden in het Burgerlijk Wetboek, maar in 1986 schrapte de Regering dit gedeelte van zijn voorontwerp. Het verzekeringsrecht werd veralgemeend.

In 2018 komen er meer ingewikkelde vragen op ons af. Die vragen gaan over de mogelijke harmonisatie van het Europese verzekeringsrechtelijke contractenrecht in een globaliserende markt, over de gevolgen van klimaatverandering en over de invloed van nieuwe technologieën op het Nederlandse recht. De globalisering, klimaatverandering en nieuwe technologieën geven een extra impuls aan de ontwikkeling van nieuwe verzekeringsproducten en leiden tot nieuwe verzekeringsrechtelijke vragen. Dat heb ik getracht te illustreren met de (hernieuwde) agendering van een (Europees) *first party*-verzekeringsstelsel voor het verkeer. Daarbij zullen naar mijn verwachting vraagstukken van regulering (zoals bij de Brede Weersverzekering) en van privacy (zoals bij de dashcam) een steeds grotere rol spelen. Dit alles vergt in toenemende mate afstemming tussen de verzekeringsbranche en de overheid.

Mijn inschatting is dat titel 7.17 BW voorlopig nog geen ingrijpende wijziging nodig heeft. Op de huidige ontwikkelingen is deze titel nog wel berekend. Ik denk echter niet dat titel 7.17 de leeftijd van 167 jaar haalt, zoals de regeling in het Wetboek van Koophandel. Daarvoor schrijdt de technologie te snel voort.

Hoofdstuk 11

100 jaar Vereeniging Handelsrecht: een verzekeringsrechtelijke terugblik

Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse *

11.1 Inleiding

Ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan van de Vereeniging Handelsrecht is mij de vraag voorgelegd of ik een bijdrage zou willen schrijven over de belangrijkste verzekeringsrechtelijke ontwikkelingen gedurende het bestaan van de Vereeniging. Nu het gaat om de Vereeniging Handelsrecht zal ik deze ontwikkelingen bezien vanuit *handelsrechtelijk* perspectief en niet vanuit *burgerlijkrechtelijk/consumentenrechtelijk* perspectief. Het onderscheid handelsrecht/burgerlijk recht zal ik kort toelichten in paragraaf 2. De maximale omvang van de bijdrage die het bestuur van de Vereeniging mij heeft gecommuniceerd heeft grote gevolgen gehad voor het aantal onderwerpen dat ik heb kunnen behandelen. Ik heb mij om die reden beperkt tot de volgende 5 onderwerpen: de introductie van titel 7.17 BW, het onzekerheidsvereiste in het verzekeringsrecht, causaliteit in het verzekeringsrecht, verzekeraar belang en verzekering ten behoeve van een derde. De keuze voor deze onderwerpen hangt samen met het feit dat de laatstgenoemde vier onderwerpen van bijzondere betekenis zijn voor handelsrechtelijke verzekeringen. Het eerstgenoemde onderwerp verdient aandacht nu het waarschijnlijk de belangrijkste verzekeringsrechtelijke gebeurtenis is in de afgelopen 100 jaar.

11.2 Het onderscheid handelsrecht/burgerlijk recht¹

Privaatrecht en burgerlijk recht zijn geen synoniemen. Privaatrecht is het geheel van onder andere handelsrecht, burgerlijk recht, personenrecht, familierecht, erfrecht, vermogensrecht en internationaal privaatrecht. Onder het handelsrecht vallen onder andere de rechtsgebieden vervoerrecht, waardepapierenrecht en de handelskoop. Onder burgerlijk recht vallen onder andere de rechtsgebieden arbeidsrecht en consumentenrecht. Het verzekeringsrecht is niet *in zijn geheel* onder te brengen bij hetzij het handelsrecht hetzij het burgerlijk recht. Verzekeringsvormen als de kredietverzekering en de transportverzekering zijn handelsrechtelijk van aard en vallen onder het handelsrecht. Het zijn deze verzekeringsvormen die in de onderhavige bijdrage bijzondere aandacht krijgen. Om die reden is ook gekozen voor onderwerpen als causaliteit en het onzekerheidsvereiste nu deze leerstukken voor het transportverzekeringsrecht van grote betekenis zijn. Verzekeringsvormen

* Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse is onder meer hoogleraar Handelsrecht en Verzekeringsrecht aan de Open Universiteit en tevens houder van de JPR advocaten leerstoel aldaar, vicevoorzitter van de Geschillencommissie Kifid en directeur van het UvA Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS).

1. De onderhavige paragraaf is een gedeeltelijke bewerking van par. 1.2 en 1.3 van M.L. Hendrikse, 'Het bijzondere, zelfstandige karakter van het (internationaal) handelsrecht', in: *Capita Internationaal Handelsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018 (hierna: Hendrikse 2018).

als een reisverzekering en een kostbaarhedenverzekering vallen onder het consumentenrecht en derhalve onder het burgerlijk recht.

De dynamiek van het burgerlijk recht is in het bijzonder gericht op de bescherming van het *individueel* belang en het rekening houden met de omstandigheden van het concrete geval, terwijl in het handelsrecht het *collectieve* belang van een effectief en efficiënt handels- en betalingsverkeer centraal staat.² Dit onderscheid in perspectief speelt een grote rol bij de toepassing van de *proportionele benadering* in het verzekeringsrecht. Deze benadering is een belangrijke ontwikkeling in het *algemene* verzekeringsrecht als men de laatste honderd jaar beziet.³ Zo is er de belangrijke vraag of bij het leerstuk eigen schuld van de verzekerde — zie voor het schadeverzekeringsrecht in dit kader de wettelijke bepaling art. 7:952 BW — een ‘alles of niets’-benadering geldt. Met dit laatste bedoel ik de benadering die meebrengt dat in geval van eigen schuld van de verzekerde die voldoet aan de wettelijke of contractuele norm dit er altijd toe leidt dat er *in het geheel* geen recht op uitkering is voor de verzekerde.

Toepassing van de proportionele benadering daarentegen brengt mee dat ook een *gedeeltelijke* uitkering denkbaar is in geval van eigen schuld van de verzekerde. In dit kader zijn er 2 gevallen denkbaar.⁴

Allereerst is er het geval dat er sprake is van één oorzaak te weten de gedraging van de verzekerde die als eigen schuld in de zin van de wet of de verzekeringsvoorwaarden is te kwalificeren en dat het karakter van de gedraging of de omstandigheden waaronder de gedraging plaatsvond een *gedeeltelijke* uitkering rechtvaardigen. Zie voor een voorbeeld van een dergelijk geval de uitspraak Kifid 2016-124^{5, 6} van de Geschillencommissie Kifid. In deze uitspraak werd de mate van ontoerekeningsvatbaarheid van de verzekerde verdisconteerd in de uitkering met als gevolg dat verzekerde recht had op een *gedeeltelijke* uitkering ondanks het feit dat er sprake was van een gedraging van de verzekerde die te kwalificeren was als ‘eigen schuld’. In Duitsland is dit punt meer algemeen geregeld voor zover er sprake is van *grobe Fahrlässigkeit* van de verzekerde. § 81 VVG maakt duidelijk dat de sanctie die een

2. Zie ook Ph.H.J.G. van Huizen, *Inleiding Handelsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016 (hierna: Van Huizen 2016), p. 1.

3. Zie over die kwestie onder andere S.W.A. Keltermann, *NTHR* 2018-4 (Keltermann 2018), p. 191-192.

4. Zie uitgebreid over deze kwestie Zie hierover M.L. Hendrikse, *Eigen schuld, proportionaliteitsbeginsel en causaliteitstoerekening* (oratie Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011 (hierna: Hendrikse 2011), p. 35-50.

5. Ondergetekende maakte deel uit van de dagcommissie die de uitspraak gewezen heeft. Over de status van uitspraken van de Geschillencommissie Kifid wil ik het volgende opmerken. In het *Kroymans*-arrest, HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683, overwoog de Hoge Raad over de status van uitspraken van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf het volgende in r.o. 3.13: ‘(...) Weliswaar gaat het bij de door de Raad van Toezicht aangelegde maatstaf erom of de verzekeraar door zijn gedraging de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf heeft geschaad. Maar indien een gedraging van een verzekeraar jegens diens verzekerde onder de omstandigheden van het geval niet kan worden aanvaard uit een oogpunt van handhaving van de goede naam van het schadeverzekeringsbedrijf, ligt het in de rede te oordelen dat die gedraging onder dezelfde omstandigheden evenmin aanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Zulks in aanmerking genomen bestaat er grond om voor de inhoud van de op het onderhavige punt in Nederland levende rechtsovertuiging betekenis toe te kennen aan het hiervoor weergegeven standpunt van de Raad van Toezicht.’ De Geschillencommissie Kifid daarentegen toetst gelijk de overheidsrechter ‘vol’ met als gevolg dat de uitspraken van de GC Kifid naar mijn mening van gelijk gewicht zijn als uitspraken van de overheidsrechter. Verder nog het volgende. De uitspraken van de GC Kifid hebben alle betrekking op *consumentenverzekeringen*. Voor zover het gaat om *algemene* overwegingen in deze uitspraken zijn deze overwegingen evenwel ook van belang voor *handelsverzekeringen*.

6. Zie ook over deze uitspraak Keltermann 2018, p. 192.

verzekeraar kan inroepen afhangt van de schuldgraad in kwestie: in geval van *Vorsatz* is de verzekeraar niet tot uitkering gehouden (§ 81 Abs. 1 VVG); in geval van *grobe Fahrlässigkeit* kan de verzekeraar de uitkering verminderen met een bedrag dat in verhouding staat tot de *Verschuldungsgrad* (§ 81 Abs. 2 VVG) en bij *leichte Fahrlässigkeit* blijft de verzekeraar de gehele uitkering verschuldigd.⁷

Afgezien van het feit dat de eigen schuld ex § 81 VVG voor schadeverzekeringen op grond van § 87 VVG regelend recht is, is er in § 137 Abs. 1 VVG een speciale, afwijkende eigenschuldbepaling voor de *transportverzekering* opgenomen zonder *Kürzungsquoten*-systeem:⁸ ‘Der Versicherer ist nicht zur Leistung verpflichtet, wenn der Versicherungsnehmer vorsätzlich oder grob fahrlässig den Versicherungsfall herbeiführt.’⁹

Toepassing van het *Kürzungsquoten*-systeem is maatwerk: men weegt de omstandigheden van het *concrete* geval om op die manier zo veel mogelijk recht te doen aan het belang van de verzekerde omdat een ‘alles of niets’-benadering onvoldoende oog heeft voor zijn belangen.

In transportverzekeringsrecht — dat deel uitmaakt van het handelsrecht — is een dergelijke benadering minder vanzelfsprekend.¹⁰ Daar gaat het met name om duidelijkheid en voorspelbaarheid voor partijen en derden. Een ‘alles of niet’-benadering bij eigen schuld van de verzekerde sluit bij dit uitgangspunt goed aan. Dit geldt des te meer nu de transportverzekering over het algemeen deel uitmaakt van een groot geheel: een (internationale)koopovereenkomst, een vervoerovereenkomst en een zekerheidsconstructie als een documentair krediet of bankgarantie. Kortom, het collectieve belang van een voorspelbaar, efficiënt en effectief handelsverkeer weegt naar mijn mening zwaarder dan het tot op zekere hoogte onvoorspelbare karakter van de maatwerkoplossing van toepassing van het *Kürzungsquoten*-systeem. In de tweede plaats is er het geval dat er *naast* eigen schuld van de verzekerde zijnde een *ongedekte* oorzaak van de schade ook nog andere oorzaken voor de schade zijn aan te wijzen en minstens één van die laatste oorzaken een *gedekte* oorzaak is. In een dergelijk geval heeft een verzekerde door causaliteitstoerekening recht op een *gedeeltelijke* uitkering. In paragraaf 3 ga ik uitgebreid in op de kwestie van causaliteitstoerekening in geval van meerdere schadeoorzaken.¹¹

11.3 De introductie van titel 7.17 BW¹²

Een zeer belangrijke verzekeringsrechtelijke ontwikkeling in de afgelopen 100 jaar is de introductie van titel 7.17 BW. Op 1 januari 2016 is deze nieuwe regeling van kracht geworden en is afscheid genomen van de oude verzekeringsrechtelijke regeling in het Wetboek van Koophandel.¹³

7. Zie uitgebreid over § 81 VVG Prölss & Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*, München: C.H. Beck 2015 (hierna: Prölss/Martin 2015), p. 569-584.

8. Zie uitgebreid over het *Kürzungsquoten*-systeem Prölss/Martin 2015, p. 577-578.

9. Zie nader over § 137 VVG Prölss/Martin 2015, p. 777-778.

10. Zie ook Hendrikse 2011, p. 41-42.

11. Zie uitgebreid over causaliteitstoerekening bij eigen schuld Hendrikse 2011, p. 42-50.

12. In deze paragraaf zijn delen verwerkt van par. 1.1 en 1.4 van Hendrikse 2018.

13. Zie onder andere over deze nieuwe regeling het gezamenlijke preadvies in 1995 van de Vereniging Handelsrecht en Vereniging voor Verzekeringswetenschap, *Verzekering naar komend recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Met de ‘ontmanteling’ van het Wetboek van Koophandel en de overbrenging van de betroffen rechtsgebieden – waaronder het verzekeringsrecht – naar het Burgerlijk Wetboek in de twintigste eeuw en begin eenentwintigste eeuw kwam de – altijd al sluimerend levende – vraag¹⁴ naar het zelfstandig bestaansrecht van het handelsrecht wel erg op de voorgrond.¹⁵

Klomp beantwoordt de onderhavige vraag in de conclusie van zijn dissertatie *Opkomst en ondergang van het handelsrecht* als volgt: ‘Te groot voor een servet, maar te klein voor een tafellaken. Het handelsrecht heeft door de eeuwen heen geworsteld met zijn identiteit en de plaats die het innam binnen het recht. Het ging hierbij in het bijzonder om de verhouding tot het burgerlijk recht. Is het handelsrecht een servet op een burgerrechtelijk tafellaken, of is het een zelfstandig kleed waarmee de commercie zich kan tooien, dan wel beschermen? (...) De voor de verschillende standpunten aangevoerde argumenten zijn in dit boek de revue gepasseerd. Een eenduidige conclusie lijkt onontkoombaar. (...) Het zijn de burgerrechtelijke beginselen van het overeenkomstenrecht, het aansprakelijkheidsrecht etc. die ook het handelsrecht schragen. Wat daar als handelsrechtelijke bovenbouw op wordt ontwikkeld rust derhalve op een burgerrechtelijk fundament. Gezien de radicale omslag die zich in de negentiende eeuw in Nederland heeft voltrokken is het gewaagd hierover een voorspelling te doen, maar ik verwacht dat dit niet zal veranderen. Het is niet goed voorspelbaar dat het handelsrecht ooit nog een volledig zelfstandig en los van het burgerlijk recht staand eigen geheel van regels zal vormen.’¹⁶

Er zijn ook andere geluiden. Haak merkt in zijn oratie over de gevolgen van de beëindiging van de vertrouwde privaatrechtelijke tweedeling tussen het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel het volgende op: ‘Wil daarmee gezegd zijn dat voornoemde rechtsgebieden [burgerlijk recht en handelsrecht, toevoeging MLH] voortaan als één complex van NieuwBouw¹⁷ kunnen worden beschouwd, waarbij de ontwerpers volgens bestek naarstig hebben gestreefd naar eenmaking van het privaatrecht?’¹⁸ Ik betwijfel het en zou voorlopig en uitsluitend vanuit wetssystematisch oogpunt niet verder willen gaan dan te spreken van twee huizen onder één kap, waarbij, zoals gezegd, bedacht moet worden dat één pand vooralsnog slechts gedeeltelijk bewoonbaar is. De verbouwing zal nog jaren in beslag nemen, waarbij men in het bijzonder voor de handelsrechtelijke vleugel kan afvragen of deze niet op een te smal fundament geconstrueerd is.’^{19, 20}

Timmerman merkt in zijn belangrijke TVVS-publicatie het volgende op over het karakter van het handelsrecht: ‘De punten die ik hierboven heb aangeduid, geven aan de beoefening van de vakgebieden die ik tot het handelsrecht zou willen reke-

14. Zie onder andere de NJV-pleadadviezen van Molengraaff en Hartogh uit 1883. De pleadadviezen gingen in op de volgende vraag: ‘Is het noodzakelijk of wenschelijk tusschen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken?’ Zie *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1883-I, p. 179. Beide auteurs beantwoordden de vraag ontkennend.

15. Zie over deze kwestie ook het pleadadvies van de Vereeniging Handelsrecht 2000, *Het eigen gezicht van het handelsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

16. R.J.Q. Klomp, *Opkomst en ondergang van het handelsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 201.

17. Haak verwijst hier naar S.C.J.J. Kortmann, ‘Inspectie van de NieuwBouw’, *NTBR* 1992, afl. 3, p. 87.

18. Haak verwijst hier naar A.S. Hartkamp, *NJB* 1983/1067 e.v.

19. Haak verwijst hier naar A.V.M. Struycken, ‘Het handelsrecht hoe langer hoe meer over de grenzen heen’, in: *150 jaar Wetboek van Koophandel*, Deventer: Kluwer 1989, p. 77 e.v.

20. K.F. Haak, *De expediteur: een grensgeval* (oratie Rotterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 1.

nen, een eigen kleur. Het bovenstaande impliceert geenszins dat ik zou willen verdedigen, dat er tussen het handelsrecht en het algemeen privaatrecht een principieel onderscheid gemaakt moet worden. Het gaat veeleer om een accentverschil. Een aparte codificatie van het handelsrecht is dan ook niet nodig. Dat kan niet verbazingwekkend zijn. Molengraaff verdedigde dit standpunt al in 1883.²¹ (...) Handelsrecht is gespecialiseerd privaatrecht'.²²

Wessels merkt over de levensvatbaarheid van het handelsrecht het volgende op: 'Het handelsrecht is allerminst dood. Terecht is dan ook Van Gervens conclusie: ook zonder wetboek is er nog leven voor het handelsrecht'.²³ De conclusie van Wessels sluit mooi aan bij de woorden van Molengraaff in 1885: 'Het (handelsrecht) zal, gelijk het altijd heeft bestaan, blijven bestaan, zolang er handel is'.²⁴

Ik sluit mij aan bij de opmerkingen van bovenstaande auteurs. Opgemerkt kan worden dat met het ontmantelen van het Wetboek van Koophandel en het onderbrengen van handelsrechtelijke onderwerpen in het Burgerlijk Wetboek het zelfstandig karakter van het nationale handelsrecht aan kracht heeft ingeboet en de betekenis van het algemene privaatrecht voor het handelsrecht is toegenomen. Daarmee is evenwel niet gezegd dat het nationale handelsrecht als zelfstandig rechtsgebied is verdwenen. Om het in de woorden van Timmerman uit te drukken: handelsrecht is en blijft *gespecialiseerd privaatrecht*.²⁵ Dit laatste geldt overigens ook voor bijvoorbeeld het burgerlijk recht, het personen- en familierecht, het erfrecht en het internationaal privaatrecht. Om bij de terminologie van Haak te blijven: het Burgerlijk Wetboek is dus geen twee-onder-een-kapconstructie maar meer een rijtjeshuisconstructie.

De nieuwe verzekeringsrechtelijke regeling heeft 2 belangrijke kenmerken: een duidelijke structuur en een regeling die niet meer geheel van regelend recht is.

Onder het oude recht was niet altijd duidelijk wat de reikwijdte van een leerstuk was. Zo was er bijvoorbeeld de vraag of het leerstuk van de subrogatie (art. 284 oud WvK) ook van betekenis was voor het sommenverzekeringsrecht. In het arrest *Spoorwegongeval De Vonk* uit 1931 overwoog de Hoge Raad dat het leerstuk subrogatie toepassing mist in geval van een sommenverzekering en alleen kan worden toegepast in geval van een schadeverzekering.²⁶

Onder het huidige recht spelen dergelijke discussies niet meer nu uit de plaats van een leerstuk in titel 7.17 BW direct is af te leiden wat de reikwijdte van een verzekeringsrechtelijk leerstuk is. Afdeling 1 van titel 7.17 BW bevat het *algemene* verzekeringsrecht. Alle leerstukken in die afdeling gelden dus zowel voor het *schadeverzekeringsrecht* als het *sommenverzekeringsrecht*. Afdeling 2 bevat de bepalingen

21. Timmerman verwijst hier naar het door mij in noot 14 aangehaalde NJV-preadvies uit 1883.

22. L. Timmerman, 'Bezinning op het handelsrecht', TVVS 1990, afl. 1 (hierna: Timmerman 1990), p. 5.

23. B. Wessels, 'Crisis in het handelsrecht?', WPNR 2007/6711, p. 468. Hij doelt hier op de bijdrage van Van Gerven in de bundel *Bicentenaire du Code de Commerce – Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel*, Brussel: Larcier 2007. Zie in ongeveer gelijke zin Vranken 1988, p. 258: 'Het Wetboek van Koophandel is dood, leve het nieuwe handelsrecht.' Zie ook K.F. Haak & R. Zwitter, *Van Haven en handel*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 3: 'Exit handelsrecht? Het tegendeel is waar.'

24. W.L.P.A. Molengraaff, *Het verkeersrecht in wetgeving en wetenschap* (oratie Utrecht), 1885, te kennen uit de Molengraaff-bundel uit 1978, p. 30. Zie ook voor dit citaat Timmerman 1990, p. 1.

25. Timmerman 1990, p. 5.

26. HR 31 december 1931, NJ 1932/418. Zie kritisch over dit arrest E.M. Meijers in zijn NJ-noot bij dit arrest. Zie uitgebreid over het leerstuk subrogatie P. van Zwieten, *De gesubrogeerde verzekeraar in het schadeverzekeringsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2015 en S.J.A. Mulder, *Subrogatie* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

die betrekking hebben op het *schadeverzekeringsrecht*. Een van die bepalingen is art. 7:962 BW (subrogatie). Uit de plaats in afdeling 2 volgt dus dat subrogatie alleen betekenis heeft voor het *schadeverzekeringsrecht*. Titel 7.17 kent ook nog een afdeling 3 met bepalingen voor de *sommenverzekering*. Daarbij is er nog een onderverdeling in bepalingen voor de sommenverzekering in het algemeen (§ 1 algemene bepalingen) en een § 2 levensverzekering met bepalingen die alleen gelden voor sommenverzekeringen die als levensverzekering zijn te kwalificeren.

De verzekeringsrechtelijke regeling in het Wetboek van Koophandel was van *regelend* recht. In titel 7.17 BW wordt met dit uitgangspunt gebroken. In iedere afdeling wordt in een slotbepaling aangegeven van welke bepalingen niet kan worden afgeweken. Er zijn daarbij – kortweg gezegd – 3 mogelijkheden: 1) afwijking is in het geheel niet mogelijk, 2) afwijking is niet mogelijk in geval van een afwijking ten nadele van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde en 3) een afwijking is niet mogelijk ten nadele van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde voor zover deze een consument is.

In het voorontwerp van Dorhout Mees uit 1972 waren er nog weinig bepalingen van dwingend recht met als reden dat men mogelijke ontwikkelingen binnen het verzekeringsbedrijf niet in de weg wilde staan en met het oog op de internationaal georiënteerde transportverzekering.²⁷ Onduidelijk blijft waarom bovengenoemde punten in het wetsvoorstel uit 1986 niet meer van belang waren. Er wordt alleen in het algemeen opgemerkt dat in de tussentijdse periode er meer aandacht is gekomen voor de positie van de particulier.²⁸ Ook wordt niet duidelijk waarom bij bepaalde leerstukken – zoals bijvoorbeeld verzwijging,²⁹ vergelijk art. 7:943 lid 3 BW – een afwijking ten nadele van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde alleen niet mogelijk is als de verzekeringnemer een consument is en bij de andere leerstukken, zoals bijvoorbeeld tussentijdse opzegging van de verzekeringsovereenkomst (art. 7:940 lid 3 BW), deze beperking niet geldt. Het onderscheid lijkt daardoor iets willekeurigs te hebben hetgeen opvallend is nu het om een verstrekkende kwestie gaat.

Maar er is meer. Wat is eigenlijk de achtergrond van de introductie van een speciale verzekeringsrechtelijke verjaringsregeling in art. 7:942 BW die afwijkt van de algemene regeling in boek 3 BW?³⁰ Waarom wordt er bijvoorbeeld gebroken in art. 7:942 lid 2 BW met het uitgangspunt van art. 3:319 BW, het uitgangspunt dat er bij een stuiting van rechtswege een nieuwe termijn van gelijke duur gaat lopen met de aanvang van de volgende dag?³¹ Op deze vragen wordt geen antwoord gegeven door de wetgever hoewel men dat wel zou verwachten bij een dergelijke verstrekkende wijziging.

Tot slot is er nog het punt dat titel 7.17 BW geen aparte regelingen voor bepaalde schadeverzekeringen meer kent als in de regeling van het Wetboek van Koophandel bijvoorbeeld voor de transportverzekering en de brandverzekering.

27. Zie Parl. Gesch. titel 7.17 BW, Deventer: Kluwer 2007 (hierna: Parl. Gesch. titel 7.17 BW), p. 110.

28. Parl. Gesch. titel 7.17 BW, p. 110.

29. Zie uitgebreid over deze kwestie K. Engel, *De precontractuele mededelingsplicht van de verzekeringnemer in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 533-535.

30. J.L. Smeehuijzen, VR 2010-7/8 (hierna: Smeehuijzen 2010), p. 214 heeft twijfels over de noodzaak van een bijzondere regeling voor het verzekeringsrecht.

31. Zie ook over deze kwestie Smeehuijzen 2010, p. 214.

Op het eerste gezicht lijkt de eenvoud van die opzet aantrekkelijk maar bij nadere bestudering van diverse stukken ziet men dat de toepassing van de algemene regelingen wringt bij complexe verzekeringsvormen als bijvoorbeeld de aansprakelijkheidsverzekering. Dit ziet men bijvoorbeeld bij de toepassing van art. 7:941 lid 1, de meldingsplicht van de verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde bij de verwezenlijking van het (verzekerde) risico. Bij een objectverzekering is over de verwezenlijking van het risico in de regel geen discussie. Bij een brandverzekering is dat bijvoorbeeld het plaatsvinden van de brand en bij een diefstaldekking het plaatsvinden van de diefstal. Maar bij een aansprakelijkheidsverzekering is er meer discussie mogelijk: is het het moment van het schadeveroorzakende feit of het moment dat de derde de verzekerde aansprakelijk stelt?³² Bij een opzet van titel 7.17 met algemene bepalingen voor schadeverzekeringen en aanvullende en afwijkende bepalingen voor aansprakelijkheidsverzekeringen zou dat punt heel makkelijk worden opgelost met een bijzondere bepaling in dezen voor de aansprakelijkheidsverzekering. Interessant in dezen is dat bijvoorbeeld Duitsland bij de herziening van de wettelijke verzekeringsovereenkomst (VVG 2008) deze opzet wel heeft gehandhaafd.³³

11.4 Het onzekerheidsvereiste in het verzekeringsrecht³⁴

Art. 7:925 BW kent niet meer zoals art. 246 WvK een onzeker voorval-vereiste. Voldoende is dat ‘bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of ook hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren’.

Dient er in dezen sprake te zijn van subjectieve (voor partijen) of objectieve (onafhankelijk van de kennis van partijen) onzekerheid?³⁵

Door Mijnsen – en ik volg hem daarin – wordt opgemerkt dat het begrip onzekerheid ex art. 7:925 BW zowel een *objectief* als een *subjectief* aspect kent hoewel de formulering van de onderhavige wetsbepaling niet gelukkig is.³⁶

Het *objectieve* aspect houdt in dat schade die een gevolg is van een normaal te verwachten gebeurtenis niet verzekeraar is nu niet voldaan is aan het onzekerheidsvereiste. Van verzekeren is in een dergelijk geval geen sprake nu daarvoor een risico-

32. Zie voor de eerstgenoemde opvatting J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 354-356. Zie voor de laatstgenoemde opvatting F. Stadermann, *Enige vraagstukken van verzekeringsdekking* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2011, p. 66-67.

33. Zo is er bijvoorbeeld een aparte regeling (Teil 2, Kapitel 3 VVG) voor de transportverzekering met aanvullende en afwijkende bepalingen ten opzichte van de algemene regeling. Zie § 130-141 VVG. Zie nader over deze regeling Pröls/Martin 2015, p. 767-780.

34. Deze paragraaf is een geactualiseerde bewerking van par. 8.2 van M.L. Hendrikse, ‘Verzekering en de (internationale) handel: de transportverzekering en de kredietverzekering’, in: *Capita Internationalaal Handelsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018 en M.L. Hendrikse, ‘Een rechtsvergelijkende analyse aangaande de verzekeraarbaarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht’, in: *Over grenzen* (Liber Amicorum Herman Cousy), Antwerpen/Cambridge 2011, p. 473.

35. Zie uitvoerig over deze problematiek onder andere H.M.B. Brouwer, *Eigen gebrek in het transportverzekeringsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017 (hierna: Brouwer 2017), p. 69-79; H.M.B. Brouwer, *RMThemis* 2013, afl. 4, p. 155-176 (hierna: Brouwer 2013); A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006 (hierna: Blom 2006), p. 23-30 en Ph.H.J.G. van Huizen, *NTHR* 2004, afl. 3 (hierna: Van Huizen 2004), p. 69-73.

36. F.H.J. Mijnsen, *Verzekering* (Mon. BW B-88), Deventer: Kluwer 2012 (hierna: Mijnsen 2012), p. 7. In ongeveer gelijke zin P.L. Wery & M.M. Mendel, *Hoofdzaken verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017 (hierna: Wery/Mendel 2017), p. 56-57.

overdracht vereist is en van dit laatste is in casu geen sprake nu bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst objectief zeker is dat de schade zal intreden.³⁷ De Hoge Raad heeft in het *Cox*-arrest de onderhavige benadering omarmd.³⁸ De casus was als volgt. Er was sprake van vervoer per schip van vrachtauto's van Nederland naar Canada in de winter. Aan de koelvloeistof in de motoren was geen antivries toegevoegd. De motoren kwamen beschadigd in Canada aan nu de vloeistof was uitgezet door de bevrozing. De transportverzekeraar weigerde uit te keren nu er in casu naar zijn oordeel geen sprake was van een onzeker voorval. Er volgde een gerechtelijke procedure. Het hof overwoog daarin dat vorst in de winterperiode geen onzeker voorval was. In cassatie voerde de verzekerde als middel aan dat hij de bevrozing van de koelvloeistof in de motoren niet verwachtte of behoefde te verwachten. De Hoge Raad ging niet in het middel mee en overwoog in r.o. 3.4 onder andere: '(...) Het onderdeel faalt. Aan het oordeel van het hof dat vorst en daarmee bevrozing van niet van antivries voorziene koelvloeistof als een normale gebeurtenis te verwachten was en dat de verzekering daartegen geen dekking bood, kan niet afdoen dat Cox zelf het zich voordoen van die gebeurtenis niet verwachtte of behoefde te verwachten. (...)'

Door verschillende auteurs is aangevoerd dat met de invoering van art. 7:925 BW – in ieder geval – definitief voor een subjectieve benadering van het onzekerheidsvereiste is gekozen.³⁹

Door Mendel is opgemerkt dat art. 7:925 BW weliswaar een subjectief aspect kent maar dat het onzekerheidsvereiste niet in zijn geheel subjectief van aard is: 'Dat met de in art. 7:925 BW bedoelde onzekerheid over de hele linie een subjectief criterium zou zijn gegeven, mag ons inziens niet worden afgeleid uit de woorden van deze bepaling 'bij het sluiten der overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat (...)' (curs. MLH). Tegen de achtergrond van de MvT en de overige wetsgeschiedenis is de strekking van deze zinsnede dat er geen sprake is van een verzekeringsovereenkomst als die zekerheid er bij partijen wél is. Die strekking is niet dat de vereiste onzekerheid voortaan naar subjectieve maatstaven zou moeten worden beoordeeld. Gelet op de MvT lijkt eerder de bedoeling te hebben voorgezetten het uitzonderingsgeval van art. 269 WvK (oud) min of meer te continueren. Dit artikel hield in dat de verzekering geldig was ook al was de schade bij het sluiten der verzekering reeds voorgevallen, als de verzekerde dit toen maar niet wist.'⁴⁰

Ik volg de opvatting van Mendel. Indien de wetgever had willen breken met de objectieve benadering van onzekerheid zoals door de Hoge Raad omarmd in het *Cox*-arrest⁴¹ was het waarschijnlijk geweest dat de wetgever expliciet afstand had gedaan van de 'Cox-leer' in het wetgevingstraject van art. 7:925 BW nu de nieuwe koers een radicale breuk zou betekenen met de heersende leer.⁴² In de parlementaire geschiedenis is daarvan evenwel geen enkel spoor terug te vinden. Een en ander sluit ook goed aan op r.o. 3.4 van het *Bike Brothers*-arrest van de Hoge Raad

37. Zie Van Huizen 2004, p. 72.

38. HR 26 november 1993, NJ 1994/126.

39. Zie N. van Tiggele-van der Velde & J.H. Wansink, *AV&S* 2012, afl. 5, p. 178 en Blom 2006, p. 28.

40. Wery/Mendel 2017, p. 56. Zie ook M.M. Mendel, *RMThemis* 2018-3 (hierna: Mendel 2018), p. 119. In ongeveer gelijke zin Brouwer 2017, p. 77-78; Mijnsen 2012, p. 7 en Van Huizen 2004, p. 71.

41. HR 26 november 1993, NJ 1994/126.

42. Zie in gelijke zin M.M. Mendel, 'Drie kwesties in verband met het onzeker voorval bij schadeverzekering', in: *Tussen persoon en recht* (Kamphuisen-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 165.

waarin het uitzonderlijke karakter van art. 269 WvK wordt benadrukt en de voorwaarden voor de mogelijkheid van een retroactieve dekking⁴³ door de Hoge Raad worden aangegeven: '(...) Weliswaar kunnen partijen overeenkomen dat de verzekering zal ingaan op een tijdstip dat is gelegen vóór het tijdstip waarop de verzekering tot stand komt, in welk geval niet is uitgesloten dat het risico zich op laatst vermeld tijdstip reeds heeft verwezenlijkt, maar niet kan worden aanvaard dat de verzekering ook schade dekt die het gevolg is van verwezenlijking van het risico voordat de verzekering tot stand is gekomen indien de verzekeringnemer en/of de verzekerde daarvan toen reeds kennis droeg/droegen. In dat geval zou voor hen of een van hen, op het tijdstip waarop de verzekeraar zich verbond om het risico te lopen, immers geen onzekerheid meer bestaan over de verwezenlijking van het risico.'⁴⁴

Het universele onzekerheids- of alea-vereiste houdt in dat er in het kader van een verzekeringsovereenkomst altijd enige onzekerheid dient te zijn ten aanzien van het intreden van het verzekerde evenement. Is het onzekerheidsvereiste derhalve een *doorlopend* vereiste?⁴⁵

Fontaine heeft voor het Belgisch recht opgemerkt dat het alea-vereiste alleen aan de orde is bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst: 'Nous n'en sommes pas convaincu. *A posteriori*, on peut trouver à l'origine de tout sinistre une cause ou un ensemble de causes qui devaient nécessairement conduire à l'événement, et pas seulement en cas de sinistre volontaire. C'est à la conclusion du contrat qu'il convient d'apprécier le caractère aléatoire d'un événement.'⁴⁶

Naar mijn mening is deze opvatting van het alea-vereiste te beperkt.

Allereerst volgt de opvatting niet direct uit art. 5 sub 14 W. Verz. 2014 waarin kortweg gezegd is bepaald dat een verzekeringsovereenkomst een overeenkomst is waarbij een verzekeraar zich verbindt tegen betaling van premie door de verzekeringnemer een bepaalde prestatie te verrichten ingeval zich een onzekere gebeurtenis voordoet.

En zelfs al zou de wet bepalen dat er bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst onzekerheid dient te zijn over het verzekerd voorval en de daarmee samenhangende uitkeringsplicht — zoals bijvoorbeeld in het Nederlandse art. 7:925 BW is vastgelegd — dient gezien de aard van de verzekeringsovereenkomst er ook onzekerheid ten aanzien van het evenement te bestaan *na* het sluiten van de verzekeringsovereenkomst: de verzekeringsovereenkomst is immers een overeenkomst tot risico-overdracht; het ontstaan van de schade dient ook voor de verzekerde tijdens de looptijd van de overeenkomst een risico en dus onverwacht te zijn.⁴⁷

Brouwer gaat nog verder. Zij doet een voorstel art. 7:925 BW overeenkomstig aan te passen:

43. Dat is de situatie waarin met terugwerkende kracht dekking wordt verleend. De dekkingsperiode gaat dus eerder in dan het moment waarop de verzekeringsovereenkomst wordt gesloten. Zie Van Huizen 2004, p. 72.

44. HR 11 april 1997, NJ 1998/111.

45. Universeel geldt dat essentieel is aan een verzekeringsovereenkomst het aleatoir karakter ervan. Zie Brouwer 2017, p. 66.

46. M. Fontaine, *Droit des Assurances*, Brussel: Larcier 2016 (hierna: Fontaine 2016), p. 333.

47. Zie Ph.H.J.G. van Huizen, *Het transportverzekeringsbedrijf* (diss. Rotterdam) 1988 (hierna: Van Huizen 1988), p. 258. Zie ook J.C. van Eijk-Graveland, *Verzekerbaarheid van opzet in het schadeverzekeringsrecht* (diss. Leiden), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 139. Anders Wery/Mendel 2017, p. 56 die strikt vasthouden aan de tekst van art. 7:925 BW waarin staat dat er bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst onzekerheid moet zijn. Zie voor dit laatste in dezelfde zin Blom 2006, p. 28.

‘Verzekering is een overeenkomst waarbij de ene partij, de verzekeraar, zich tegen genot van een premie jegens haar wederpartij, de verzekeringnemer, verbindt tot het doen van een of meer uitkeringen, en bij het sluiten van *en gedurende* (curs., MLH) de overeenkomst voor partijen geen zekerheid bestaat, dat, wanneer of tot welk bedrag enige uitkering moet worden gedaan, of hoe lang de overeengekomen premiebetaling zal duren. Zij is hetzij schadeverzekering, hetzij sommenverzekering.’⁴⁸

11.5 Causaliteit in het verzekeringsrecht⁴⁹

Het vraagstuk van causaliteit in het verzekeringsrecht is onder andere voor de transportverzekeringspraktijk een belangrijk vraagstuk. Het gaat dan om de vraag wat men kan aanwijzen als de oorzaak of de oorzaken van de ontstane schade en of het wel of niet gaat om een onder de transportverzekeringsdekking vallende oorzaak of onder de transportverzekeringsdekking vallende oorzaken.⁵⁰

Welke causaliteitsleer dient gehanteerd te worden bij het vaststellen of een bepaalde omstandigheid in verzekeringsrechtelijke zin als een oorzaak van de voorgevallen schade kan worden aangemerkt? Leidend is in dezen het criterium van de Hoge Raad in het arrest *Hogenboom-Unigarant*.^{51, 52} De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.2 van dit arrest onder andere:

‘Bij de beoordeling of een dergelijk in een overeenkomst geëist causaal verband aanwezig is, komt het in de eerste plaats aan op inhoud en strekking van die overeenkomst en, zo daarover geschil bestaat, op uitleg van die overeenkomst.’⁵³

Het genoemde criterium van de Hoge Raad komt erop neer dat men allereerst kijkt of in de verzekeringsvoorwaarden voor een causaliteitscriterium is gekozen, bijvoorbeeld door het gebruik van een woord als ‘rechtstreeks’ hetgeen duidt op een toepassing van de *causa proxima*-leer,⁵⁴ en voor zover dit niet het geval is, kiest men voor toepassing van een causaliteitscriterium dat het meest recht doet aan de inhoud en strekking van de verzekeringsovereenkomst.⁵⁵ In het laatste geval is de uit het

48. Zie Brouwer 2017, p. 88 en Brouwer 2013, p. 175.

49. Deze paragraaf is een geactualiseerde bewerking van par. 8.4 van M.L. Hendrikse, ‘Verzekering en de (internationale) handel: de transportverzekering en de kredietverzekering’, in: *Capita Internationalaal Handelsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018.

50. Zie ook Brouwer 2017, p. 19; K. Engel, *NTHR* 2017-5 (hierna: Engel 2017), p. 257-258; Wery/Mendel 2017, p. 74; H.M.B. Brouwer, *NTHR* 2014, afl. 1 (hierna: Brouwer 2014), p. 1; Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 502 en H.J. Scheltema & F.H.J. Mijnsen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, Alphen a/d Rijn: Samsom 1998 (hierna: Scheltema/Mijnssen 1998), p. 182.

51. HR 8 juli 1993, NJ 1994/210.

52. Zie ook Mendel 2018, p. 118; Brouwer 2017, p. 40-41; Wery/Mendel 2017, p. 73; Brouwer 2014, p. 8; Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 503; Blom 2006, p. 146 en Scheltema/Mijnssen 1998, p. 185.

53. Het ging in casu om een sommenverzekering. Algemeen wordt aangenomen dat onderhavig criterium ook toepasselijk is op de schadeverzekering. Zie onder andere Brouwer 2017, p. 40; Wery/Mendel 2017, p. 73; Brouwer 2014, p. 8 en Scheltema/Mijnssen 1998, p. 185.

54. Zie ook Blom 2006, p. 202-211.

55. Zie ook Brouwer 2017, p. 41; Engel 2017, p. 260 en Brouwer 2014, p. 8.

Engelse verzekeringsrecht afkomstige⁵⁶ *dominant cause*-theorie, welke leer inhoudt dat men op zoek moet gaan naar de rechtens relevante oorzaak of de rechtens relevante oorzaken die van beslissende invloed zijn geweest bij het ontstaan van de schade — of anders gezegd effectief hebben bijgedragen aan het veroorzaken van de schade —, over het algemeen het meest passend.⁵⁷ Deze theorie ziet het causaliteitsprobleem immers als een vraag van gezond verstand.⁵⁸ ‘This choice of the real or efficient cause from out of the whole complex of the facts must be made by applying common sense standards. Cause here means what a business or seafaring man would take to be the cause without too microscopic analysis but on a broad view.’⁵⁹ Meer recent overwoog Lord Hoffman treffend dat ‘the notion of causation should not be overcomplicated,⁶⁰ neither should it be oversimplified’.^{61, 62} Mendel heeft recentelijk⁶³ — naar aanleiding van het verschijnen van het proefschrift van Brouwer de vraag gesteld wat au fond het verschil is tussen de *dominant cause*-leer en de leer van redelijke toerekening welke laatste leer de Hoge Raad heeft aanvaard in het beroemde *Waterwingebied*-arrest van 20 maart 1970.⁶⁴ Hij merkt op dat Brouwer zich waarschijnlijk niet heeft afgevraagd of de resultaten van toepassing van de *dominant cause*-leer nu wel zoveel beter zijn dan bij toepassing van de leer van redelijke toerekening.⁶⁵ De onderhavige vraag van Mendel brengt mij tot de volgende opmerkingen.

Allereerst kan worden opgemerkt dat de leer van de redelijke toerekening in het verzekeringsrecht geen voorkeurspositie heeft zoals dat wel het geval is bij een

56. Zie voor het ‘droge’ verzekeringsrecht onder andere de uitspraak *Gray and other/Barr* (1971) 2 Lloyd’s Rep. 1. Zie ook M.A. Clarke, *The law of insurance contract*, Londen: Informa 2009 (hierna: Clarke 2009), p. 820. Voor wat betreft het zeeverzekeringsrecht lijkt de tekst section 55 para. 1 MIA 1906 te duiden op een *causa proxima*-leer maar in de rechtspraak komt evenwel naar voren dat in dezen de *dominant cause*-theorie moet worden gehanteerd. Zie onder andere de zaak *Leyland Shipping Co Ltd./Norwich Union Fire Insurance Society* (1918) A.C. 350, 363; *Trinder, Anderson & Co/Thames & Mersey Mar Ins Co* (1898) 2 Q.B. 114, 124; Arnould, *Law of Marine Insurance and Average*, Londen: Sweet & Maxwell 2013 (hierna: Arnould 2013), p. 995-997 en J. Hill (red.), *O’May on Marine Insurance*, Londen: Sweet & Maxwell 1993 (hierna: O’May 1993), p. 315-322. Zie ook Wery/Mendel 2017, p. 75.

57. Zie ook Brouwer 2014, p. 8 en Van Huizen 1988, p. 152. Brouwer heeft aangetoond dat in de recente rechtspraak de *dominant cause*-benadering veel navolging vindt. Zie Brouwer 2017, p. 43-47. Zij verwijst naar de volgende uitspraken: Rb. Den Haag 15 mei 2013, ECLI:RBDHA:2013:CA2385; GC Kifid 2017-455; GC Kifid 2017-017 en GC Kifid 2013-125. Door Brouwer wordt opgemerkt dat aanvaarding van de *dominant cause*-benadering eigenlijk al is af te leiden uit het *Che Guavara*-arrest van de Hoge Raad, HR 23 april 1982, NJ 1982/520. Brouwer gaat nog verder. Zij stelt voor de *dominant cause*-leer — als regelend recht dus voor zover de verzekeringsovereenkomst zelf geen aanknopingspunt geeft met betrekking tot het te volgen causaliteitscriterium — wettelijk vast te leggen in een nieuw artikel 7:926a BW. Zie Brouwer 2017, p. 49. Door Engel wordt opgemerkt dat hij in het *Che Guavara*-arrest geen steun vindt voor de opvatting dat de Hoge Raad de *dominant cause*-leer voorstaat, dat wil zeggen met uitsluiting van andere causaliteitsbenaderingen. Zie Engel 2017, p. 263. Zie ook Mendel 2018, p. 118.

58. Van Huizen 1988, p. 153.

59. Lord Wright in de zaak *Yorkshire Dale SS Co/Minister of Transport* (1925) 22 Ll. L. Rep. 37.

60. Dit gebeurt naar mijn mening bij de leer van de redelijke toerekening. Zie daarover nader hieronder.

61. Dit gebeurt naar mijn mening bij een zuivere toepassing van de *causa proxima*-leer waar alleen wordt vastgesteld wat de *naaste* oorzaak van de schade is. Nieuwenhuis merkt op dat de *causa proxima*-leer is terug te voeren op de Glosse Operae potius meae, ad Digesten 4, 2, 9, 1: ‘In iure non remota causa, sed proxima, spectatur’. Zie J.H. Nieuwenhuis, *RMThemis* 1994, afl. 5, p. 209.

62. Zie de zaak *Empress Car Co/National Rivers Authority* (1999) 2 A.C. 22, 29.

63. Deze vraag was eerder gesteld door Wachter in zijn NJ-noot bij het *Che Guavara*-arrest. Zie HR 23 april 1982, NJ 1982/520.

64. HR 20 maart 1970, NJ 1970/251. De aanzet tot de onderhavige causaliteitsleer vindt men in de oratie van H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid* (oratie Amsterdam UvA), uit 1962.

65. Mendel 2018, p. 119.

wettelijke verplichting tot schadevergoeding nu de Hoge Raad in het hierboven al genoemde arrest *Hogenboom-Unigarant*⁶⁶ heeft overwogen dat bij de beantwoording van de causaliteitsvraag de leer van de redelijke toerekening wordt toegepast in geval van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding en dat het in het verzekeringsrecht — in welk rechtsgebied de verzekeraar op grond van het verzekeringscontract tot uitkering is verplicht — aankomt op uitleg van de verzekeringsovereenkomst op het onderhavige punt.

In de tweede plaats kan worden opgemerkt dat toepassing van de leer van de redelijke toerekening in het verzekeringsrecht — en dan met name in het transportverzekeringsrecht — naar mijn mening de kwestie onnodig moeilijk maakt. Dit hangt samen met het feit dat de leer van de redelijke toerekening de nadruk niet zozeer legt op het vaststellen van het verband tussen oorzaak en gevolg, maar op het vaststellen of er een zodanig verband bestaat tussen oorzaak en gevolg dat een bepaalde schade naar redelijkheid als gevolg van die oorzaak aan een bepaald persoon kan worden toegerekend. Het complicerende van deze leer zit hem in het feit dat men hier een gevolg (mede) aan een persoon toerekent en men zich niet beperkt tot het vaststellen van het (natuurwetenschappelijke) verband tussen oorzaak en gevolg.⁶⁷

Aan Mendel moet worden toegegeven dat de resultaten behaald met de toepassing van *dominant cause*-leer ook kunnen worden behaald met toepassing van de leer van de redelijke toerekening, nu het aanmerken van een gebeurtenis als schade-oorzaak in een bepaald geval omdat deze *effectief* heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade ook een *redelijke toerekening* is, maar dat neemt niet weg dat de leer van de *dominant cause*-leer beter aansluit bij de handelsrechtelijke praktijk — zoals bijvoorbeeld de transportverzekeringspraktijk — waarin rechtszekerheid en voorspelbaarheid voorop staan. De leer van de redelijke toerekening zet immers de deur open voor *individuele* billijkheidsoplossingen die moeilijk te verenigen zijn met het *collectieve* belang van effectief en efficiënt handelsverkeer.^{68, 69}

Kortom, mijn voorkeur heeft de *dominant cause*-leer.

Ingeval er slechts *één* oorzaak is aan te wijzen voor een bepaalde schade, is de kwestie eenvoudig. Men hoeft dan alleen te bepalen of de betreffende oorzaak een onder de (transport)verzekeringspolis gedekt of niet-gedekt evenement oplevert.

In geval van *meerdere oorzaken* ligt de zaak een stuk gecompliceerder. Blom merkt in zijn proefschrift in dit kader het volgende op: ‘Gelet op het vorenstaande moet mijns inziens de conclusie zijn dat het probleem van samenwerkende oorzaken in beginsel een “alles of niets”-karakter heeft en schadeverdeling, mijns inziens met recht, niet wordt toegepast. Slechts wanneer de omstandigheden werkelijk in dominantie niet voor elkaar onderdoen en uitleg van polisbepalingen ook geen uitsluitel geeft, kan schadeverdeling, vergoeding van 50% van de schade, gerechtvaardigd zijn. Naar mijn inschatting zal een dergelijke situatie zich echter zelden voor doen. De situatie waarbij twee oorzaken ieder duidelijk een deel van de schade te-

66. HR 8 juli 1993, NJ 1994/210.

67. Zie ook Hendrikse 2011, p. 43.

68. Zie voor dit belang Van Huizen 2016, p. 1.

69. Vermeldingswaardig in dit verband is nog de volgende variant die door Engel wordt verdedigd. Hij verdedigt dat toepassing van de *dominant cause*-leer alleen niet volstaat. Het gaat naar zijn mening uiteindelijk om een uitlegkwestie. Gekeken zal daarom moeten worden of het resultaat in het licht van wat partijen redelijkerwijs hadden mogen verwachten redelijk is. Zie Engel 2017, p. 263.

weegbrengen moet worden onderscheiden van het geval van samenwerkende oorzaken. Alsdan is de verzekeraar slechts gehouden dat deel van de schade te betalen dat door de gedekte oorzaak is veroorzaakt. Voor samenwerkende oorzaken in het vervoerrecht wordt hetzelfde betoogd.⁷⁰

Ik kan dit betoog niet geheel volgen. Het is juist dat er in geval van meerdere oorzaken twee mogelijkheden zijn.⁷¹

Allereerst is daar de mogelijkheid — zoals ook Blom aangeeft — dat er meerdere oorzaken zijn en dat exact kan worden aangegeven voor welk percentage een oorzaak heeft bijgedragen aan de schade. In dat geval zal de schade volgens de toerekeningspercentages worden verdeeld en zal worden vastgesteld wat de verzekeraar dient uit te keren.⁷² Zulks gebeurde ook in het geval van het arrest *Hogenboom-Unigarant*. Daar werd 10% van de blijvende invaliditeit van de begunstigde, de onderhavige reisverzekering dekte onder meer blijvende invaliditeit, toegeschreven aan het ongeval dat begunstigde had gehad, een gedekte oorzaak, en 90% van de blijvende invaliditeit werd toegeschreven aan een psychische stoornis van de begunstigde, conversie-hysterie, een niet onder de polis gedekte oorzaak.

Verder is er de mogelijkheid dat het onduidelijk is voor welk percentage de oorzaken hebben bijgedragen aan de schade maar vaststaat dat de oorzaken *tezamen* de schade hebben veroorzaakt. Deze situatie wordt door Blom het probleem van de samenwerkende oorzaken genoemd.⁷³ In een dergelijk geval ligt het naar mijn mening voor de hand om aan elke oorzaak een gelijk schadepercentage toe te rekenen.⁷⁴ Blom ziet evenwel meer in een ‘alles of niets-oplossing’. Als rechtvaardiging voor zijn opvatting voert Blom aan dat in het vervoerrecht — hij bedoelt waarschijnlijk het zeerecht — hetzelfde wordt betoogd. De verwijzing van Blom naar het vervoerrecht/zeerecht verdient een nadere uitwerking.

Art. III H(V)R formuleert voor de zeevervoerder enige zorgverplichtingen: redelijke zorg voor het schip (lid 1) en zorg voor de lading (lid 2). De situatie kan zich voordoen dat zowel een van de verplichtingen van art. III door de zeevervoerder is geschonden als dat zich ook een omstandigheid heeft voorgedaan die is aan te merken als een overmachtsgrond voor de zeevervoerder genoemd in art. IV lid 2 H(V)R en er verder schade is opgetreden aan de vervoerde lading. Is de zeevervoerder nu *in het geheel* aansprakelijk voor de ontstane schade?

Bij een schending van de verplichting ex art. III lid 1 H(V)R door de zeevervoerder rust de schadevergoedingsverplichting in beginsel in het geheel op de zeevervoerder: de verplichting ex art. III lid 1 H(V)R is een *overriding obligation*.⁷⁵

Wat is nu het rechtskarakter van een *overriding obligation*? In het *Quo Vadis*-arrest overweegt de Hoge Raad in dit kader het volgende: ‘Indien de schade te wijten is

70. Blom 2006, p. 280.

71. Zie ook Brouwer 2014, p. 8.

72. Zie ook Brouwer 2014, p. 8 en J. Offerhaus, *RMThemis* 1944 (hierna: Offerhaus 1944), p. 130 en 132.

73. Zie ook Van Huizen 1988, p. 156.

74. Zie ook Brouwer 2017, p. 48-49; Brouwer 2014, p. 8; Van Huizen 1988, p. 158 en J.G.L. Nolst Trenité, *Zeeverzekering (eerste stuk)*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1928 (hierna: Nolst Trenité 1928). Ook Offerhaus lijkt die opvatting te zijn toegedaan. Hij merkt in dit kader op dat de schade dient te worden verdeeld over de oorzaken naar de mate waarin de oorzaken aan de schade hebben bijgedragen. Nu dit laatste bij samenwerkende oorzaken onmogelijk is, ligt een verdeling naar gelijke delen voor de hand. Zie Offerhaus 1944, p. 132.

75. Over het karakter van art. III lid 2 H(V)R zijn de meningen verdeeld in de literatuur. Zie over deze kwestie onder andere M.H. Claringbould, *NTHR* 2010, afl. 2, p. 37-40. Ik laat deze kwestie verder rusten.

aan twee oorzaken, zoals hierboven bedoeld, dient de onzeewaardigheid waartegen niet voldoende is gewaakt, als *enige oorzaak* in aanmerking te worden genomen, zonder dat, ter vermindering van de aansprakelijkheid, een beroep kan worden gedaan op de ontheffingen van het tweede lid van art. 469 [lees voor het huidige recht art. IV lid 2 H(V)R, MLH].⁷⁶

Margetson merkt over de *Quo Vadis*-uitspraak het volgende op: ‘Onder de common law heeft de uitdrukking “overriding obligation” een andere betekenis dan onder de H(V)R. Onder de common law is de betekenis dat zodra (een deel van) de schade te wijten is aan de schending van een overriding obligation (een culpoze oorzaak) er geen beroep mag worden gedaan op een ontheffingsgrond omdat alle schade geschaard zal worden onder de schending van de overriding obligation. De culpoze oorzaak wordt beschouwd als enige rechtens relevante oorzaak.’⁷⁷

Onder de *common law* was er aanvankelijk één *overriding obligation*, namelijk het afleveren van de lading in dezelfde conditie als waarin deze ontvangen was.⁷⁸ (...) Deze uitleg – die gelijk is aan het concept van overriding obligation onder common law – is ook door de Hoge Raad gehanteerd in de *Quo Vadis*.⁷⁹

De rechtsfiguur van de *overriding obligation* is onder het regime van de Hague (Visby) Rules niets anders dan een *bewijsconcept*. Margetson vat dit concept in zijn proefschrift als volgt kernachtig samen: ‘If there is concurrence⁸⁰ of negligence in the care for the cargo or the duty to exercise due diligence to make the ship seaworthy and an exception, then the carrier remains liable for the full extent of the damage unless he can prove which part of the damage was caused by an excepted cause [curs. MLH]. As was said above, the carrier will not be allowed to invoke an exception to escape from liability for the damage caused by the non-fulfilment of art. III(1).’⁸¹

Het uitgangspunt dat de rechtsfiguur van de *overriding obligation* onder het regime van de Hague (Visby) Rules niets anders is dan een *bewijsconcept* is gebaseerd op de Engelse en Amerikaanse rechtspraak in dezen.

In de Engelse zaak *The Torenia* wordt onderhavig uitgangspunt scherp benadrukt door Mr. Justice Hobhouse: ‘Where the facts disclose that the loss was caused by the concurrent causative effects of an excepted and a non-excepted peril, the carrier remains liable. He only escapes liability to the extent that he can prove that the loss or damage was caused by the excepted peril alone [curs. MLH] (e.g., *Gosse Millerd Ltd. vs. Canadian Government Merchant Marine Ltd.* (1928) 32 L.L.Rep. 91; [1929] A.C. 223 at p. 98 and 241, per Viscount Sumner).’⁸²

In het kader van het Amerikaanse recht kan gewezen worden op de zaak *Schnell & Co/S.S. Vallescura* die de zogenoemde *Vallescura Rule* heeft opgeleverd: ‘Similarly, the carrier must bear the entire loss where it appears that the injury to cargo is due

76. HR 11 juni 1993, NJ 1995/235.

77. Zie *The Lilburn* (1940) 67 Ll. L. Rep. 253. Zie ook N.J. Margetson, *The system of liability of articles III and IV of the Hague [Visby] Rules* (diss. Amsterdam UvA), Zutphen: Uitgeverij Paris 2008 (hierna: Margetson 2008), p. 69-70 en 76-78.

78. Zie Margetson 2008, p. 69 en *Paterson SS Ltd./Canadian Co-operative Wheat Producers Ltd.*, 49 Ll. L. Rep. 421, 426, 427.

79. N.J. Margetson, *NTHR* 2010, afl. 5, p. 210.

80. By concurrence of causes I mean the situation wherein more than one cause of damage exists and each of the causes caused part of the damage but neither of the causes could have caused all of the damage.

81. Margetson 2008, p. 79.

82. (1983) 2 *Lloyd's Rep.* 210. Zie eerder maar minder expliciet Viscount Sumner in de zaak *The Canadian Highlander* (1928) 32 Ll. L. Rep. 91 (HL).

either to sea peril or negligent stowage, or both, and he fails to show what damage is attributable to sea peril. (...) upon the evidence, it appears that some of the damage, in an amount not ascertainable, is due to sea peril. That does not remove the burden of showing facts relieving it from liability. If it remains liable for the whole amount of the damage because it is unable to show that sea peril was a cause of the loss, it must equally remain so if it cannot show what part of the loss is due to that cause.⁸³

Geconcludeerd kan dus worden dat de Hoge Raad in het *Quo Vadis*-arrest een internationaal afwijkend standpunt heeft ingenomen aangaande het rechtskarakter van een *overriding obligation*. De regeling waarin de rechtsfiguur *overriding obligation* voorkomt, de Hague (Visby) Rules, is een internationale regeling en deze regeling dient dus uniform uitgelegd te worden. Bij een dergelijke uitleg ligt de nadruk op de *meest gevolgde* uitleg en niet op de beste oplossing voor zover die laatste er al is.⁸⁴ Dit betekent dat de Engelse/Amerikaanse benadering van de rechtsfiguur *overriding obligation* prevaleert.

Blom heeft dus gelijk wanneer hij bedoelt dat in het *zeerecht* bij *samenwerkende oorzaken* waarbij een van de schadeoorzaken de schending van een *overriding obligation* is er geen gelijke verdeling van de schade over de betrokken schadeoorzaken plaatsvindt maar de gehele schade wordt toegerekend aan de schending van de *overriding obligation* tenzij de zeevervoerder bewijst dat de schade of een gedeelte van de schade ook zou zijn ontstaan als *overriding obligation* niet zou zijn geschonden. Voor het onderhavige *bewijsconcept* is immers een rechtvaardiging aan te dragen: 'Ook hier prevaleert het belang van een vlot handelsverkeer boven het individueel belang van i.c. de vervoerder zich te kunnen beroepen op een concrete omstandigheid die onder het burgerlijk recht zou leiden tot een proportionele toerekening van de schade aan beide oorzaken.'⁸⁵

In de zaak *Cendor Mopu* heeft de Supreme Court of the United Kingdom een uitspraak gedaan die vergelijkbaar is met de benadering van de Hoge Raad in het hierboven al genoemde *Quo Vadis*-arrest.^{86, 87} In r.o. 137 overweegt Lord Clarke onder andere: '(...) the sole question in the case where loss or damage is caused by a combination of the physical condition of the insured goods and the condition of the sea encountered in the course of the insured adventure is whether the loss or damage is proximate cause, at least a part, by perils of the sea (or more generally, any fortuitous external accident or casualty). If that question is answered in the affirmative, it follows that there was no inherent vice, thereby avoiding the causation issues that arise where there are multiple causes of loss, one of which is an insured risk and one of which is an uninsured or excluded risk.'

Van Huizen⁸⁸ vat de overweging als volgt samen: 'Het komt er dus op neer dat zodra een van de oorzaken een gedekt evenement is en de andere oorzaak een eigen gebrek is, niet wordt toegekomen aan het leerstuk van de samenwerkende oorzaken

83. 293 U.S. 296. Zie ook de *Irish Spruce*-zaak (1976) 1 *Lloyd's Rep.* 63, 75-76.

84. Zie onder andere Lord Denning in de zaak *Corocraft/Pan Am* (1968) 2 *Lloyd's Rep.* 459, 469; M.L. Hendrikse & N.J. Margetson, *EJCCL* 2009, afl. 2, p. 80; G. Schmid, *Einheitliche Anwendung von internationalen Einheitsrecht*, Baden-Baden: Verlagsgesellschaft 2003, p. 154 en J. Kropholler, *Internationales Einheitsrecht*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1975, p. 281-282.

85. Van Huizen 2016, p. 3.

86. HR 11 juni 1993, NJ 1995/235.

87. [2011] UKSC 5. Zie uitgebreid over deze uitspraak Arnould 2013, p. 1030-1031.

88. Ph.H.J.G. van Huizen, *NTHR* 2013-5, p. 264.

of zoals wordt overwogen, voor zover er sprake is van een “casualty”, dit onzekere voorval kwalificeert als “the dominant cause” waaraan de hele schade dient te worden toegerekend. In dit verband benadrukt Lord Saville nog eens dat ook al waren de weersomstandigheden niet buitensporig en waren zij voorzien of voorzienbaar, deze weersomstandigheden zeker nog kwalificeren als een onzeker voorval.⁸⁹ Daaraan kan nog worden toegevoegd dat de enige uitzondering is het geval dat aanmerkelijk is dat de hele schade zich ook had gemanifesteerd indien het van buiten komende onheil zich niet had voorgedaan.

Ik ben geen voorstander van navolging van de Cendor Mopu-benadering in het Nederlandse verzekeringsrecht.⁹⁰ Voor het *verzekeringsrecht in het algemeen* kan naar mijn mening niet worden gesteld dat in geval van samenwerkende oorzaken in beginsel slechts één van de betrokken oorzaken als oorzaak dient te worden aangemerkt met als gevolg dat de verzekeraar geheel moet uitkeren in geval een van beide oorzaken een gedekte oorzaak is. Voor een dergelijke toerekening is naar mijn mening in *het algemeen* geen rechtvaardiging te vinden.⁹¹

Het primaat van het *collectieve* belang van een vlot handelsverkeer zou hooguit kunnen worden aangevoerd in het kader van de transportverzekering en de kredietverzekering, maar voor verzekeringstypen die verbonden zijn met het burgerlijk recht zoals een reisverzekering lijkt voorrang voor het *individueel* belang met de daarbij behorende schadeverdeling meer voor de hand te liggen. Overigens brengt het primaat van het belang van een vlot handelsverkeer voor bijvoorbeeld de transportverzekering naar mijn mening niet mee dat de Cendor Mopu-benadering zou moeten worden gevolgd nu een transportverzekeraar bij een dergelijke benadering niet in staat wordt gesteld de *daadwerkelijke* causale situatie te bewijzen en vervolgens op basis daarvan uit te keren. Deze benadering is naar mijn mening zodanig ingrijpend dat deze alleen mag worden toegepast als daarvoor een wettelijke basis aanwezig is.⁹² Ik denk meer aan het uitgangspunt van een *bewijsconcept*

89. Licht een en ander nu anders indien er sprake is van meerdere schadeoorzaken — waarvan sommige gedekte oorzaken zijn en andere ongedekte oorzaken — en dat exact kan worden aangegeven voor welk percentage een oorzaak heeft bijgedragen aan de schade? Clarke voelt in dat geval wel voor een proportionele toerekening met als gevolg dat de schade volgens de toerekeningspercentages wordt verdeeld en zal worden vastgesteld wat de verzekeraar dient uit te keren. Hij verwijst daarbij naar Canadese en Amerikaanse rechtspraak die die benadering ondersteunt. Zie Clarke 2009, p. 833. Clarke merkt wel op dat de heersende leer in Engeland anders is: ‘In English law, it is submitted, the decision would have been different. If a person fails to perform a contract as a result of (a) a cause for which he is liable and (b) a cause for which he is not liable, each cause being sufficient to cause non-performance, that person is not liable.’ Zie Clarke 2009, p. 833. Clarke verwijst in dit kader naar de volgende twee uitspraken: *Avery vs. Bowden* (1855) E & B 714 en *The Simona* [1989] AC 788.

90. In gelijke zin Brouwer 2017, p. 39.

91. Zie ook Van Huizen 1988, p. 158.

92. Zie voor een recente toepassing van het vereiste van een wettelijke basis voor een verstrekkende benadering r.o. 3.3.5 van HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1103: ‘(...) Art. 7:941 lid 5 BW is geschreven voor een specifieke contractuele rechtsverhouding. De rechtsverhouding tussen de WAM-verzekeraar en de benadeelde is van geheel andere aard dan die rechtsverhouding en hangt bovendien samen met een andere (niet-contractuele) rechtsverhouding, te weten die tussen de benadeelde en de verzekerde. Voorts heeft art. 7:941 lid 5 BW een sanctiekarakter. Deze bepaling kan toepassing vinden bij uiteenlopende gevallen van misleiding, ook gevallen waarbij de misleiding minder ernstig is of alleen betrekking heeft op de omvang van de schade. De (potentieel) verstrekkende gevolgen van deze sanctie brengen mee dat zij een wettelijke basis dient te hebben. Voor het aangaan van een algemene buitenwettelijke regel die meebrengt dat bij opzettelijke misleiding van de verzekeraar door de benadeelde het eigen recht van art. 6 WAM vervalt, is derhalve geen plaats.’

zoals door de Engelse en Amerikaanse rechter toegepast in het kader van de *overriding obligation* redelijke zorg voor het schip ex art III lid 1 H(V)R.

11.6 Verzekerbaar belang en verzekering ten behoeve van een derde⁹³

‘Het verzekerbaar belang of interest wordt thans, gelijk vroeger, algemeen als de basis van alle schadeverzekering erkend’, leert Dorhout Mees ons in zijn monumentale werk *Schadeverzekeringsrecht* uit 1967.⁹⁴ Hij bouwt voort op het betoog van Molengraaff over de betekenis van het belang en de verhouding van verzekering tot de andere kansovereenkomsten.⁹⁵ In navolging van Molengraaff en Nolst Trenité merkt Dorhout Mees op dat het belang een *economische* factor is en dat het daarom moeilijk is er een *juridische* definitie van te geven.⁹⁶ Als men al tot een definitie wil komen meent Dorhout Mees ‘dat iemand belang heeft bij een verzekering voor zoverre hij de schade, waarvan de verzekeraar de vergoeding op zich heeft genomen, in zijn vermogen zou lijden wanneer zij voorviel’.⁹⁷ Uit het *Aardbeienmandjes*-arrest van de Hoge Raad volgt dat het belang niet expliciet in de polis hoeft te zijn vermeld.⁹⁸

Mijnssen heeft een andere benadering.⁹⁹ Hij merkt op dat het verzekerde belang het belang is bij het niet plaatsvinden van een schadeveroorzakende gebeurtenis welk begrip niet vereenzelvigd kan worden met het begrip voorwerp van de verzekering of verzekerd voorwerp.¹⁰⁰ Voorwerp van verzekering is naar het oordeel van Mijnssen het vermogensactief dat door de gebeurtenis tegen de gevolgen waarvan de verzekering dekking biedt in waarde kan verminderen of geheel teniet kan gaan.¹⁰¹

De benadering van Mijnssen sluit goed aan op section 5 van de MIA 1906 dat luidt:

‘(1) Subject to the provisions of this Act, every person has an insurable interest who is interested in a marine adventure. (2) In particular a person is interested in a marine adventure where he stands in any legal or equitable relation to the adventure or to any insurable property at risk therein, in consequence of which he may benefit by the safety or due arrival of insurable property, or may be prejudiced by its loss, or by damage thereto, or by the detention thereof, or may incur liability in respect thereof.’¹⁰²

93. Deze paragraaf is een geactualiseerde bewerking van par. 8.3 van M.L. Hendrikse, ‘Verzekering en de (internationale) handel: de transportverzekering en de kredietverzekering’, in: *Capita Internationaal Handelsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2018.

94. Dorhout Mees 1967, p. 112.

95. W.L.P.A. Molengraaff, *Rechtsgeleerdheid Magazijn* 1882, p. 14 e.v. en 393 e.v.

96. Dorhout Mees 1967, p. 108. Zie voor het eerstgenoemde ook Ph.H.J.G. van Huizen, ‘Het (verzekerbaar) belang’, in: *Verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2015 (hierna: Van Huizen 2015), p. 426.

97. Dorhout Mees 1967, p. 108.

98. HR 7 februari 1913, NJ 1913/471.

99. F.H.J. Mijnssen, ‘Verzekerbaar belang’, in: *Tussen persoon en recht* (Kamphuisen-bundel), Deventer: Kluwer 2004 (hierna: Mijnssen 2004), p. 172.

100. Mijnssen 2004, p. 172.

101. Mijnssen 2004, p. 172.

102. Zie nader over deze bepaling Arnould 2013, p. 365-367; F.D. Rose, *Marine Insurance*, Londen/Singapore: LLP 2004 (hierna: Rose 2004), p. 32 en O’May 1993, p. 47-48.

Section 5 van de MIA 1906 veronderstelt dus voor de verzekerbare belang van een belang een juridische grondslag.¹⁰³

Van Huizen is van mening – en ik volg hem daarin – dat het begrip vermogen aldus onnodig *gejuridiseerd* wordt.¹⁰⁴ Het is naar zijn mening wel degelijk mogelijk dat een persoon schade lijdt zonder aantasting van een subjectief recht. Hij noemt het geval van een vakantiehuisje dat door een natuurverschijnsel onherstelbaar onbereikbaar wordt.¹⁰⁵ In een dergelijk geval blijft het eigendomsrecht onaangetast maar het huisje heeft *economisch* gezien geen enkele waarde meer.

Naar zijn mening heeft de wetgever bij de uitleg van het begrip vermogensschade in de definitie van de schadeverzekeringsovereenkomst ex art. 7:944 BW dan ook ten onrechte aangeknoopt bij de wijze waarop dit begrip wordt uitgelegd in afdeling 6.1.10 BW, de regeling aangaande de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding nu het verzekeringsrechtelijk belang en daarmee de verzekerbare schade economische begrippen zijn.¹⁰⁶

Naar mijn mening zou de economische invulling van het begrip verzekerbare belang nog beter tot uitdrukking komen indien in de definitie van art. 7:944 BW het woord ‘vermogensschade’ vervangen zou worden door het woord ‘schade’. De definitie zou dan als volgt luiden: ‘Schadeverzekering is de verzekering strekkende tot vergoeding van schade die de verzekerde zou kunnen lijden.’ Deze nieuwe definitie sluit mooi aan bij de hierboven genoemde definitie van belang zoals opgesteld door Dorhout Mees.

Op welk moment dient er een verzekerbare belang aanwezig te zijn?

In de memorie van toelichting bij art. 7:946 merkt de wetgever over de onderhavige kwestie het volgende op: ‘Het thans voorgestelde artikel handhaaft het beginsel van de huidige wet dat de verzekeraar erop mag rekenen slechts het belang van de verzekeringnemer te dekken, tenzij een beding of voorbehoud in andere zin is gemaakt. Het is echter niet meer nodig dat het belang reeds bij het sluiten van de verzekering bestaat.’¹⁰⁷ In ieder geval staat vast dat *tegenwoordig* het belang niet meer aanwezig hoeft te zijn bij het aangaan van de verzekeringsovereenkomst. Door Dorhout Mees was er al op gewezen dat het vereiste van art. 250 oud WvK niet in overeenstemming was met de praktijk en dat men deze bepaling aldus moest lezen dat er belang moest zijn ten tijde van de schade.¹⁰⁸ Ook wijst Dorhout Mees erop dat de onderhavige uitleg goed aansluit bij section 6 van de MIA 1906 welke bepaling als volgt luidt: ‘(1) The assured must be interested in the subject-matter insured at the time of the loss though he need not be interested when the insurance is effected: Provided that where the subject-matter is insured “lost or not lost”, the assured may recover although he may not have acquired his interest until after the loss, unless at the time of effecting the contract of insurance the assured was aware of the loss, and the insurer was not. (2) Where the assured has

103. Van Huizen 1988, p. 58.

104. Van Huizen 2015, p. 426.

105. Van Huizen 2015, p. 426.

106. Van Huizen 2015, p. 426. Zie voor de genoemde aanknoping door de wetgever Parl. Gesch. titel 7.17 BW, p. 115.

107. Parl. Gesch. titel 7.17 BW, p. 120. Art. 250 oud WvK stelde wel als eis dat het belang aanwezig was bij het sluiten van de verzekeringsovereenkomst.

108. Zie Dorhout Mees 1967, p. 111. Hij herhaalt dit in zijn toelichting bij art. 7.17.2.4 van Ontwerp titel 7.17 1972. Zie Parl. Gesch. titel 7.17 BW, p. 119.

no interest at the time of the loss, he cannot acquire interest by any act or election after he is aware of the loss.¹⁰⁹

Door Van Huizen is opgemerkt dat de benadering van Dorhout Mees niet het gehele probleem oplost.¹¹⁰ Hij wijst op de praktijk van de containerisering van het vervoer waarbij het bijna onmogelijk is geworden om het tijdstip van de verwezenlijking van het (transport)risico te kunnen vaststellen en dat pas niet eerder dan bij het lossen van de container kan worden vastgesteld of de daarin vervoerde goederen zijn beschadigd.¹¹¹ Van Huizen concludeert dan ook dat in beginsel het belang aanwezig dient te zijn ten tijde van de verwezenlijking van het risico maar dat bij transportverzekeringen uit de overeenkomst kan volgen dat het belang pas aanwezig hoeft te zijn ten tijde van het vaststellen van de schade.

Onduidelijk is voor mij wat Van Huizen bedoelt met de opmerking dat bij transportverzekeringen uit de overeenkomst kan volgen dat het belang pas aanwezig hoeft te zijn ten tijde van het vaststellen van de schade. Moet dit laatste expliciet in de verzekeringsovereenkomst zijn opgenomen? Of is het al voldoende dat uit de transportverzekering blijkt dat er containers worden vervoerd en dat de inhoud van de containers verzekerd is onder de polis?

Mijn voorkeur gaat uit naar het laatste. Het handelsrecht — het transportverzekeringsrecht maakt daar onbetwist deel van uit — heeft een dienende functie.¹¹² Het handelsrecht faciliteert het handelsverkeer.¹¹³

De faciliterende functie van het handelsrecht brengt onder andere mee dat het handelsrecht een juridische oplossing moet bieden voor de technologische en industriële ontwikkelingen in het handelsverkeer.¹¹⁴ Van Huizen noemt zelf als voorbeeld van een juridische oplossing voor een ontwikkeling in het handelsverkeer het speciaal voor multimodaal vervoer in het leven geroepen CT-document.^{115, 116}

Naar mijn mening zal het handelsrecht een oplossing moeten bieden voor het belang-vereiste in het geval van containervervoer. Dit kan door in een dergelijk geval te kiezen voor het uitgangspunt dat het belang pas aanwezig hoeft te zijn bij het vaststellen van de schade. Dit uitgangspunt hoeft naar mijn mening niet expliciet in de transportverzekeringsovereenkomst te zijn verwoord nu een dergelijke benadering eigenlijk al volgt uit het feit dat er sprake is van containervervoer. De benadering dat het belang aanwezig moet zijn ten tijde van de schade heeft immers bij containervervoer geen praktische betekenis.

Art. 7:946 BW bepaalt dat de verzekeringsovereenkomst slechts het belang van de verzekeringnemer dekt tenzij anders is overeengekomen. Ingeval bijvoorbeeld een zeevervoerder/eigenaar van een schip een vervoerdersaansprakelijkheidsverzekering sluit bij een P&I-Club voor dat deel van zijn vervoerdersaansprakelijkheid dat niet

109. Zie nader over de onderhavige bepaling onder andere Arnould 2013, p. 367-369.

110. Van Huizen 2015, p. 427.

111. Van Huizen 2015, p. 427.

112. Zie ook Ph.H.J.G. van Huizen, *Inleiding handelsrecht*, Deventer: Kluwer 2016 (hierna: Van Huizen 2016), p. 3.

113. Zie ook stelling 6 bij de diss. van Martius. Zie voor de handelseditie H.P.A.J. Martius, *Elektronisch Handelsrecht* (diss. Heerlen), Zutphen: Uitgeverij Paris 2008.

114. Zie ook Van Huizen 2016, p. 3. Zie ook L. Timmerman, *TVVS 1990*, afl. 1, p. 3: 'Op de juridische gevolgen van dit soort veranderende maatschappelijke praktijken dient de beoefenaar van het handelsrecht zich telkens weer te bezinnen.'

115. Combined Transport-document. Zie over dit document onder andere W.J. Oostwouder, *Hoofdzaken Boek 8 BW*, Deventer: Kluwer 2001, p. 82-85.

116. Van Huizen 2016, p. 3.

al is gedekt onder de cascoverzekering voor zijn schip is hij naast verzekeringnemer, dus de wederpartij van de verzekeraar bij de verzekeringsovereenkomst, ook de verzekerde van deze polis hetgeen wil zeggen dat indien het onder de onderhavige polis gedekte risico zich verwezenlijkt hij recht heeft op een vergoeding van de door hem geleden schade.

In de handelspraktijk komt het regelmatig voor dat een verzekeringnemer een verzekering afsluit die (mede) het belang van een derde dekt. Men spreekt dan van een verzekering ten behoeve van een derde.¹¹⁷ Een bekend voorbeeld van een verzekering ten behoeve van een derde is de CIF-koop. In een dergelijk geval is de verkoper op grond van het beding CIF verplicht een transportgoederenverzekering af te sluiten voor het vervoer van de verkochte goederen over zee.

Een verzekering ten behoeve van een derde is gebaseerd op de rechtsfiguur van het derdenbeding.¹¹⁸ Het derdenbeding is algemeen geregeld in art. 6:253 BW maar in art. 7:947 BW wordt in het kader van de verzekeringsovereenkomst op een aantal punten van de algemene regeling afgeweken.

Art. 7:947 BW gaat ervan uit dat de verzekeringnemer een derde aanwijst ten behoeve van wie de verzekering (mede) loopt. Deze derde hoeft niet met name te zijn genoemd maar kan ook in een bepaalde kwaliteit worden aangewezen zoals bijvoorbeeld koper van de in de polis genoemde verzekerde goederen.¹¹⁹ Zelfs is het mogelijk een nog meer algemene aanwijzing te gebruiken in de vorm van een aanwijzing ‘voor wie het aangaat’.^{120, 121} Illustratief bij dit laatste is de aanhef op het voorbeeld polisblad van de Nederlandse Beurs-Goederenpolis 2006 van de VNAB: ‘Wij, ondervermelde verzekeraars, verzekeren elk voor het aandeel hieronder getekend aan U, of die het anders geheel of ten dele zoude mogen aangaan, (hierna te noemen “de verzekerde”) zowel voor eigen rekening als voor die van derden, met of zonder lastgeving en zulks met inachtneming van de hierbij behorende Voorwaarden “Nederlandse Beurs-goederenpolis 2006”, zoals deze ten tijde van het aangaan van deze overeenkomst bij de Coöperatieve Vereniging Nederlandse Assurantie Beurs B.A. zijn gedeponeerd, mits hieronder wordt vermeld welke gevaren zijn gedekt.’ Bij een dergelijke polis kan bij beschadiging van de goederen de verkoper uitkering onder de polis vragen indien het risico nog niet op de koper is overgegaan en kan de koper uitkering onder de polis vragen indien het risico van de verkoper op de koper is overgegaan. Het moment van risico-overgang is afhankelijk van de ‘risico-overgang’-conditie in het koopcontract.

Zolang de derde zijn aanwijzing als belanghebbende nog niet heeft aanvaard, is hij geen partij bij de verzekeringsovereenkomst: art. 6:254 BW bepaalt dat de derde geldt als partij bij de overeenkomst indien hij zijn aanwijzing als derde heeft aanvaard.

Kan de aanwijzing van de derde door de verzekeringnemer worden herroepen?

117. Zie zeer uitgebreid over de verzekering ten behoeve van een derde F.R. Salomons, *Verzekering ten behoeve van een derde* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996 (hierna: Salomons 1996).

118. Zie Parl. Gesch. 7:17 BW, p. 124. Zie ook Van Huizen 2015, p. 430; Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 383 en Salomons 1996, p. 127 en 140.

119. Zie ook in algemene zin Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 382.

120. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 382.

121. De onderhavige verzekeringsvorm heeft niet het karakter van een waardepapier en derhalve dient ook de verweermiddelenregel zoals die bij waardepapieren geldt – vgl. onder andere art. 6:146 BW – in het onderhavige geval te worden toegepast. Zie onder andere ook Salomons 1996, p. 163.

Art. 7:947 BW gaat ervan uit dat een aanwijzing in beginsel herroepelijk is maar dat de herroeping slechts mogelijk is met medewerking van de verzekeraar of van de derde. Dit uitgangspunt wijkt af van art. 6:253 lid 2 BW waarin wordt bepaald dat de stipulator¹²² de aanwijzing kan herroepen tot het moment dat de aangewezen derde het beding heeft aanvaard. De wetgever licht het verschil in uitgangspunt als volgt toe: 'Artikel 6.5.3.5 lid 2 [het huidige art. 6:253 lid 2 BW, MLH] bepaalt dat tot de aanvaarding door de derde het beding kan worden herroepen door degene die het heeft gemaakt. Dit past niet goed bij verzekering waarbij naast de zojuist genoemde gevallen ook algemene clausules als 'voor wie het aangaat' enz. zo veelvuldig voorkomen (...). Daarom bepaalt lid 1, eerste zinsnede, van art. 7:17.2.4a [het huidige art. 7:947 BW, MLH] dat de verzekeringnemer de aanwijzing niet kan herroepen. Hiermee is bedoeld: zonder medewerking van de verzekeraar of van de derde.'¹²³

Door Stadermann is terecht opgemerkt dat de regeling van art. 7:947 BW op onderhavig punt iets merkwaardigs heeft nu de belangen van de verzekeraar en de derde tegenstrijdig kunnen zijn.¹²⁴ In geval van een inmiddels verhoogd of een verwacht verhoogd risico zal – zo merkt hij op – een verzekeraar belang kunnen hebben bij het intrekken van de dekking voor de derde, terwijl een derde juist belang heeft bij voortzetting omdat het elders onderbrengen van de post in een dergelijk geval niet of slechts tegen hogere kosten mogelijk is.

Hij stelt daarom – en ik volg hem daarin – het hierboven gecursiveerde woord 'of' in art. 7:947 BW te vervangen door het woord 'en'.¹²⁵

Stadermann erkent dat er een impasse kan ontstaan als – na doorvoering van zijn voorstel – of de verzekeraar of de derde weigert mee te werken aan de herroeping.¹²⁶ Naar zijn mening is die situatie te verkiezen boven de mogelijkheid dat het belang van of de verzekeraar of dat van de derde wordt genegeerd.¹²⁷

In een aantal gevallen is de aanwijzing van de derde-verzekerde onherroepelijk. Allereerst kan genoemd worden de in de tweede zin van art. 7:947 benoemde situatie dat er sprake is van een reeds gevallen schade. In een dergelijk geval kunnen de verzekeraar en de verzekeringnemer de aanwijzing niet gezamenlijk ongedaan maken. Op grond van art. 7:963 lid 3 BW kan niet van de onderhavige zin ten nadele van de derde worden afgeweken. De wetgever licht dit als volgt toe: 'om te voorkomen dat een derde die schade heeft geleden en dacht daarvoor verzekerd te zijn, plotseling bedrogen uit kan komen'.¹²⁸

Door Stadermann wordt de vraag gesteld of in het onderhavige geval de verzekeringnemer wel met de derde mag overeenkomen dat de aanwijzing ongedaan wordt gemaakt.¹²⁹ De derde zou daartoe genegen kunnen zijn indien hij zelf ook al voor een dekking heeft gezorgd. In de *property marine insurance*-praktijk ziet men bijvoorbeeld wel dat een CIF-koper ervoor kiest de lading voor de zeereis bij zijn eigen

122. Degene die het beding heeft gemaakt.

123. Parl. Gesch. titel 7:17 BW, p. 124.

124. F. Stadermann, 'De Verzekering ten behoeve van een derde', in: *Het nieuwe verzekeringsrecht titel 7:17 BW belicht*, Deventer: Kluwer 2005 (hierna: Stadermann 2005a), p. 129.

125. Stadermann 2005a, p. 130.

126. Stadermann 2005a, p. 130.

127. Stadermann 2005a, p. 130.

128. Parl. Gesch. titel 7:17 BW, p. 125.

129. Stadermann 2005, p. 131. Hij merkt op dat de verzekeraar in een dergelijk geval graag zal meewerken aan de ongedaanmaking omdat hij op die manier ontsnapt aan zijn uitkeringsverplichting.

zeeverzekeraar te verzekeren terwijl hij weet dat het belang al op basis van het CIF-beding door een door de verkoper aangezochte zeeverzekeraar is gedekt.¹³⁰

Stadermann merkt terecht op dat de derde in het onderhavige geval handelt in strijd met het in art. 7:961 lid 3 laatste zin BW opgenomen verbod voor de verzekerde om het onderling verhaal tussen verzekeraars in gevaar te brengen.¹³¹

In de tweede plaats is sprake van een onherroepelijk beding indien de derde de herroepelijke aanwijzing heeft aanvaard. In de verzekeringsvoorwaarden kan evenwel worden bepaald dat voor de aanvaarding van de aanwijzing door de derde medewerking van de verzekeringnemer vereist is. Deze clause is ingegeven door het arrest van de Hoge Raad *Bensdorp/Huying* waarin de Hoge Raad overwoog dat het de verzekeringnemer op grond van de toepasselijke condities was toegestaan te bepalen wie tot de groep van de medeverzekerden behoorde.¹³² Het onderhavige uitgangspunt geldt – ondanks art. 7:947 BW – ook in geval van een reeds gevallen schade.¹³³ Er is immers sprake van een aanwijzing onder de opschortende voorwaarde van toestemming van medewerking van de verzekeringnemer en aan die voorwaarde zal ook na het plaatsvinden van de schade voldaan moeten worden wil de derde een daadwerkelijk beroep op de dekking kunnen doen.¹³⁴

Een aanwijzing van een derde kan ook onherroepelijk zijn indien de verzekeringnemer op grond van een tussen de verzekeringnemer en de derde bestaande rechtsverhouding de verplichting heeft om ten behoeve van die derde een verzekeringsovereenkomst af te sluiten.¹³⁵ Bij dit laatste kan gedacht worden aan het geval van de CIF-koop.

Afgezien van het feit dat een transportverzekeringspolis een ruim toepassingsbereik kan worden meegegeven door de kring van verzekerden ruim te formuleren door bijvoorbeeld een clause ‘voor wie het aangaat’ op te nemen is hetzelfde ook mogelijk door de polis eenvoudig overdraagbaar te maken door de polis aan toonder of aan order te maken. Order- en toonderpolissen zijn waardepapieren.¹³⁶ Het waardepapierenrechtelijke karakter van de onderhavige polissen ziet men terug in de overdraagbaarheidsfunctie en de legitimatiefunctie.¹³⁷

De overdraagbaarheidsfunctie houdt in dat verzekerde onder de polis is degene die de polis heeft verkregen (bij de toonderpolis) dan wel is geëndosseerd (bij de orderpolis).¹³⁸

De legitimatiefunctie houdt in beginsel in dat de houder van de polis (bij de toonderpolis) en de geëndosseerde (bij de orderpolis) zich legitimeert als verzekerde en dat het aan de verzekeraar is aan te tonen dat er geen sprake is van een rechtmatige verkrijging.¹³⁹ Art. 7:949 BW wijkt van dit algemeen waardepapierenrechtelijke uitgangspunt af door te bepalen voor order-, toonderpolissen en bij een verzekering van zaken die door middel van documenten plegen te worden verhandeld dat de

130. Zie onder andere Rose 2004, p. 577 en O'May 1993, p. 503.

131. Stadermann 2005a, p. 131.

132. Zie Van Huizen 2015, p. 429-430.

133. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 386.

134. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 386.

135. Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 385 en Van Huizen 2011, p. 365.

136. Zie onder andere Van Huizen 1988, p. 108.

137. Zie Van Huizen 1988, p. 107-108.

138. Zie Van Huizen 1988, p. 107. Vergelijk art. 3:93 jo. art. 3:84 BW.

139. Zie Van Huizen 1988, p. 107.

houder van de polis of van een ander door de verzekeraar afgegeven bewijsstuk als verzekerde geldt mits het verzekerde belang bij hem berust.¹⁴⁰ Dit laatste is mogelijk door een cognossement of ceel aan de verzekeraar te overleggen waarin de verzekerde goederen vermeld staan.¹⁴¹

Orderpolissen komen in de transportverzekeringspraktijk zelden voor.¹⁴² Toonderpolissen ziet men bij goederentransportverzekeringen.¹⁴³ Naar Engels recht is evenwel een toonderpolis niet mogelijk maar een orderpolis wel. Dit volgt uit section 23 para. 1 MIA 1906 waarin het dwingende vereiste is opgenomen dat de polis de naam van de verzekerde of zijn vertegenwoordiger vermeldt.¹⁴⁴

Voor de volledigheid wordt vermeld dat art. 7:949 BW een ruimer toepassingsbereik heeft dan alleen de order- of toonderpolis. De bepaling is ook van toepassing in geval van een verzekering van zaken die door middel van documenten worden verhandeld — bijvoorbeeld bij cognossement — en de verzekeraar geen order- of toonderpolis heeft afgegeven maar een gewone polis of een (niet aan order of toonder gesteld) verzekeringscertificaat.¹⁴⁵ De wetgever geeft de volgende toelichting: 'De reden waarom ook in deze bepaling verzekeringen van zaken die door middel van documenten plegen te worden verhandeld gelijk worden gesteld met verzekeringen die aan toonder of order zijn gesteld, is hierboven bij de toelichting op artikel 7.17.1.8 [7:932, MLH] derde lid, uiteen gezet. Daarnaast zij verwezen.'¹⁴⁶ In de toelichting bij art. 7:932 BW treft men de volgende twee belangrijke passages aan die voor het onderhavige onderwerp van belang zijn: 'De wet kan echter niet volstaan met het noemen van deze stukken, omdat in de praktijk allerlei bewijsstukken, zoals polissen en bewijzen van voorlopige dekking, die aanvankelijk niet aan order of toonder luiden, door de houder na de afgifte in blanco worden geëndosseerd, zonder dat de verzekeraar bericht daarvan ontvangt; vgl. § 50 van de Marine Insurance Act 1906. Dit is noodzakelijk om verhandeling van de verzekerde zaken en financiering daarvan door achtereenvolgende banken vlot te doen verlopen. Dit verklaart het in het voorgestelde lid gekozen criterium. Dit betreft niet alleen transportverzekering, want de geschetste handelwijze wordt ook bij goederen die zich in een opslagplaats bevinden, gevolgd'¹⁴⁷ en 'Dat dit ook zo kan zijn bij verzekering van zaken die door middel van documenten plegen te worden verhandeld, berust op de op het Engelse recht georiënteerde (zee)verzekeringspraktijk, waarbij de verkoper de niet van een order- of toonderclausule voorziene polis aan koper overdraagt door het stuk zelf in blanco te endosseren (zie section 50 van de Marine Insurance Act). Deze wijze van handelen heeft voor de koper in beginsel tot gevolg dat hij de verzekeraar onder de polis kan aanspreken. De verzekeraar pleegt in dat geval de uitkering aan de houder van de in blanco geëndosseerde polis uit te keren. Juist omdat goederenverzekeringen plegen te worden gesloten op Engelse condities, en deze praktijk niet dient te worden doorkruist indien Nederlands recht van toe-

140. Zie Van Huizen 2015, p. 431.

141. Zie Parl. Gesch. titel 7.17 BW, p. 131.

142. Zie Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 406 en Salomons 1996, p. 8.

143. Zie Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 406 en Salomons 1996, p. 8.

144. Zie N.B. Hillebrand, 'Verzekeringspolis bij CIF-koop; certificaten van verzekering en "pseudo-toonderpolissen"', in: *Verzekering en maatschappij*, Deventer: Kluwer 2000 (hierna: Hillebrand 2000) en Van Huizen 1988, p. 107. Zie nader over section 23 MIA 1906 O'May 1993, p. 44-45.

145. Asser/Wansink, Van Tiggele-van der Velde & Salomons 2012, nr. 409.

146. Parl. Gesch. titel 7.17 BW, p. 132.

147. Parl. Gesch. titel 7.17 BW, p. 44.

passing is, worden in dit artikel (en ook in artikel 7.17.2.5a) deze polissen met polissen die aan toonder of order zijn gesteld, gelijkgesteld. Vergelijk HR 10 januari 1969, *NJ* 1969, 190.¹⁴⁸

11.7 Ter afsluiting

Als men terugkijkt op de afgelopen 100 jaar dan stelt men vast dat op het terrein van het verzekeringsrecht de invoering van titel 7.17 BW de belangrijkste gebeurtenis was. Met de komst van deze nieuwe regeling is het verzekeringsrecht niet ‘af’. Er staat een ‘nieuw huis’ maar een ‘(kleine) renovatie’ is naar mijn mening wel geboden nu het ‘huis’ her en der — zie voor enige voorbeelden de voorgaande paragrafen — toch (kleine) gebreken laat zien. Om die reden lijkt het mij raadzaam de regeling nog eens minutieus na te lopen. In de voorgaande paragrafen heb ik enkele voorbeelden gegeven van bepalingen die aangepast zouden moeten worden alsmede voorbeelden van aanvullende nieuwe bepalingen. Het betreft voorbeelden die in de literatuur door verschillende auteurs naar voren zijn gebracht. Het betreft geen uitputtende opsomming. Er zijn zeker nog meer voorbeelden te bedenken.

148. Parl. Gesch. titel 7.17 BW, p. 45. Zie nader over section 50 MIA 1906 Arnould 2013, p. 277-279.

Intellectuele eigendom

Hoofdstuk 12

Een (heel) ruime eeuw intellectuele eigendom in vogelvlucht

Jhr. mr. J.L.R.A. Huydecoper *

1. In den beginne, zo halverwege de negentiende eeuw, was er op het gebied van de intellectuele eigendom nog niet zoveel. De Nederlandse overheid had in 1869 beslist dat, hoewel er een geldend stuk wetgeving op dat gebied bestond, er geen aanleiding was om nog nieuwe octrooien te verlenen, en weldra was het onderdeel ‘octrooirecht’ van de intellectuele eigendom dus ‘doodgebloed’. Er bestond wel wetgeving ter bescherming van wat we nu ‘werken’ in het auteursrecht noemen, door middel van het ‘kopijrecht’, dat overigens aanvankelijk veeleer bescherming van uitgevers dan bescherming van auteurs beoogde. Er bestond sinds 1880 wetgeving ter bescherming van merken; en dat was het wel zo’n beetje. Met name door de ontbrekende octrooibescherming, stond Nederland in de tweede helft van de negentiende eeuw ook internationaal bekend als ‘piratenland’, een beetje zoals bepaalde Oost-Aziatische landen dat in de tweede helft van de twintigste eeuw waren (en misschien, hier en daar, nog zijn).

Ter completering van het beeld: de oneerlijke mededinging, die traditioneel ook tot de intellectuele eigendom wordt gerekend, stond in deze periode, zeker aan het eind daarvan, ook op een zeer laag pitje, vooral door de toenmalige conservatieve uitleg van de Hoge Raad van het begrip ‘onrechtmatige daad’.¹

2. Maar tegen het einde van de negentiende eeuw kwamen er tekenen van verandering. Daarbij liep het internationale veld voorop: in 1883 en 1886 kwamen, achtereenvolgens, het Verdrag van Parijs betreffende de industriële eigendom en het Verdrag van Bern (gewoonlijk: de Berner Conventie) betreffende het auteursrecht tot stand, en Nederland was van begin af aan bij beide verdragen betrokken. Het zal dan misschien verbazen dat het tot 1910 respectievelijk 1912 duurde voor Nederland ook wetgeving invoerde waardoor ons land aan de verplichtingen uit beide verdragen ging voldoen.² Dat heeft overigens de trend gezet: Nederland heeft sindsdien meer dan eens uitvoerig meegepraat bij de totstandkoming van verdragen op het gebied van de intellectuele eigendom, om vervolgens de ratificatie en de implementatie tientallen jaren uit te stellen.³

* Jhr. mr. J.L.R.A. Huydecoper was tot zijn pensionering advocaat-generaal bij de Hoge Raad. Hij is coauteur van verschillende boeken op het gebied van de intellectuele eigendom.

1. Dat veranderde dus met het standaardarrest *Lindenbaum/Cohen*, HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161. Dat arrest kent iedereen; maar niet iedereen realiseert zich dat de zaak een ‘klassiek’ geval van oneerlijke mededinging (‘diefstal’ van bedrijfsgeheimen) betrof, en daarmee een zaak was die midden in het vakgebied van de intellectuele eigendom valt. Intussen is voor dit onderwerp vooral van belang de Richtlijn (EU) 2016/943, *PbEU* 2016, L 157/1; zie voor gegevens ook *BIE* 2018, p. 2 e.v. en p. 54 e.v.
2. Het betreft dan de ‘oude’ Octrooiwet 1910, inmiddels vervangen door de ‘nieuwe’ Rijsoctrooiwet 1995, en de nog steeds geldende Auteurswet 1912 — die overigens sindsdien vaak en ingrijpend is gewijzigd.
3. Met als afschrikwekkend voorbeeld het Verdrag van Den Haag van 6 november 1925 dat het modellenrecht betrof, en dat Nederland pas in 1975 met een specifieke wetgeving op dat gebied heeft ‘opgevolgd’.

3. Intussen had Nederland wel al, in 1893, een ‘nieuwe’ Merkenwet gekregen; en intussen is ook, in 1921, de Handelsnaamwet (die nog steeds, en nauwelijks gewijzigd, van kracht is) tot stand gebracht.⁴ En zo was er dan, toen de twintigste eeuw al wat gevorderd was, een min of meer compleet palet aan Nederlandse regelgeving tot stand gebracht die het gebied van de intellectuele eigendom ‘dekte’.

Het zal al zijn opgevallen dat dat gebeurde, mede onder invloed van internationale verdragen. De internationale dimensie is in het recht van de intellectuele eigendom altijd heel belangrijk geweest. Dat had, althans aanvankelijk, vooral daarmee te maken, dat de eerste wetgevingsinitiatieven op dit gebied, zoals voor de hand ligt, stukken nationale wetgeving, o.a. in Engeland, Frankrijk en de VS waren, die (dus) in beginsel alleen golden voor de territoria waar deze wetgevers jurisdictie hadden, maar die van de weeromstuit dan ook vaak bepaalden dat zij alleen voor de eigen landgenoten/ingezetenen bescherming boden, en voor buitenlanders niet, of niet dan met ernstige belemmeringen.

Grensoverschrijdende handel was echter ook in de tweede helft van de negentiende eeuw al volop ontwikkeld – en er werd ook algemeen erkend dat daarmee ‘goed geld’ verdiend kon worden. De behoefte aan regelingen waarmee men van de verworvenheden van de intellectuele eigendom niet alleen in het ‘eigen land’ maar ook over de grens kon profiteren, werd dan ook algemeen gesignaleerd en gevoeld. Dat was misschien wel de belangrijkste ‘motor’ voor de totstandkoming van de eerste IE-verdragen;⁵ en wat Nederland betreft dus, voor het tot stand brengen van daarmee corresponderende wetgeving (die elders dus vaak al eerder tot stand was gebracht).⁶

4. Terzijde: dat regels van privaatrecht, zoals de hier aan de orde zijnde regels, alleen voor ‘eigen’ burgers/ingezetenen worden ingevoerd, is enigszins uitzonderlijk: veel ‘normaler’ is het uitgangspunt, dat de in een land geldende regels van privaatrecht voor iedereen, landgenoot of buitenlander, op dezelfde voet gelden; maar voor de intellectuele eigendom heeft dat uitgangspunt dus van begin af aan niet – onverkort – gegolden. Daarbij speelde een rol dat de rechten van intellectuele eigendom in veel gevallen zeventiende- en achttiende-eeuwse ‘voorlopers’ kenden⁷ in de vorm van van overheidswege toegekende privileges (in Nederland vaak als ‘octrooien’ aangeduid, ook als het helemaal niet de uitvindingen betrof die in de moderne tijd het voorwerp van octrooien uitmaken). Voor rechten met een dergelijke ‘achtergrond’ begrijpt men beter, dat men die niet zonder meer laat gelden voor personen die geen onderdaan of ingezetene zijn.

4. Die wet kan men overigens (ook) zien als een, enigszins vertraagde, reactie van de wetgever op de HR-jurisprudentie van vóór 1919, die tot gevolg had dat er geen beroep op bescherming van handelsnamen onder het ‘gemene recht’, d.w.z. het leerstuk van de onrechtmatige daad, mogelijk was. Het wetgevingstraject van deze wet was al ver gevorderd toen de HR in 1919 ‘om ging’.

5. Zie hierover uitgebreid S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 19-40 en 127-134.

6. In de VS wordt de aanspraak van uitvinders en auteurs op bescherming al in de oorspronkelijke Constitution in Article I par. 8 onder 8 erkend. Daar is ook al vrij gauw implementerende wetgeving op gevolgd.

7. Ja, ik weet het, er is een handjevol voorbeelden van vergelijkbare rechten van nóg oudere oorsprong; maar in de door mij genoemde eeuwen vond deze praktijk een bredere toepassing.

5. Toen de Vereniging Handelsrecht aan het begin van de twintigste eeuw 'op stoom kwam' was het recht betreffende de intellectuele eigendom in Nederland dus min of meer afdoende geregeld; en toen kon men dus spreken van een heus, bestaand en ook praktisch werkzaam, onderdeel van het handelsrecht. Maar innig is de relatie tussen het vakgebied van de intellectuele eigendom en dat van het 'overige' handelsrecht niet echt geweest. De beoefenaars van het recht van intellectuele eigendom vormden altijd een hechte club met veel onderling contact; maar alleen met elkaar, niet met beoefenaars van andere takken van het handelsrecht. Van die andere takken wisten de meeste beoefenaars van de IE ook weinig of niets af; en het zou mij niet helemaal verbazen als dat ook vandaag de dag nog voor vele van die beoefenaars geldt.⁸ Of het omgekeerde niet ook geldt, dus of de leden van de vereniging die vennootschapsrecht, verzekeringsrecht, transportrecht etc. als aandachtsgebied hebben, min of meer au courant zijn met het vakgebied van de intellectuele eigendom, weet ik niet. Ik zou niet heel verbaasd zijn als dat niet het geval bleek te zijn; maar laat ik dat punt gewoon laten rusten.

(6. Een zeker onbegrip ten aanzien van 'andere' rechtsgebieden komt overigens ook *binnen* het vakgebied van de IE voor. Een Engelse Law Lord moet ooit gezegd hebben: *'Copyright men know nothing about patents, and are content to leave it that way. Patent men know very little about copyright, and the little they do know, they disapprove of.'* In Nederland lagen de verhoudingen niet zo scherp als deze Law Lord meende; maar ook hier kenden we mensen die de *industriële* eigendom beoefenden (en daarbij het auteursrecht grotendeels verwaarloosden), en mensen die de *intellectuele* eigendom als specialisme hadden en (dus) ruiterlijk erkenden dat ze van het octrooi-recht niets afwisten.)

7. De Vereniging heeft de intellectuele eigendom overigens wel degelijk 'op de agenda gezet'. Ten minste drie van de belangrijke publicaties van de Vereniging waren (uitsluitend) aan onderwerpen van IE gewijd: het preadvies van Gielen over bedrijfsgeheimen in 1999, de publicatie over ontoelaatbare reclame van Berkhouwer en Voetelink in 1954 en die over merkenrecht van Hijman in 1946. Zonder aan de kwaliteit van de andere twee iets af te willen doen — integendeel, het gaat in beide gevallen om uitstekende verhandelingen over onderwerpen die verder maar zelden zo goed beschreven en becommentarieerd werden — vraag ik de speciale aandacht voor het preadvies van Hijman uit 1946, zeer lovend besproken in *BIE* 1947, p. 134 e.v. De door Hijman verdedigde opzet is maar zeer ten dele gevolgd in het toen ingezette traject dat ten slotte is uitgemond in de Benelux Merkenwet die in 1971 in werking trad (inmiddels geïncorporeerd in het Beneluxverdrag Intellectuele Eigendom uit 2006). Intussen zijn die wet (en inmiddels dus het Verdrag) niet alleen van zeer groot belang geweest voor de Nederlandse merkenpraktijk; maar het Benelux-initiatief heeft ook grote invloed uitgeoefend op de later door de Europese

8. Ik herinner me nog dat aan het eind van de zeventiger jaren van de vorige eeuw, sommige jonge juristen in de algemene vergadering van de Vereniging voor Industriële Eigendom de vraag durfden aansnijden, of het niet tijd was om de statuten van deze vereniging in overeenstemming te brengen met het 'nieuwe' Boek 2 BW. Dat ontmoette niet veel begrip. De meeste aanwezige leden was ontgaan dat er — in 1976 — een nieuw Boek 2 BW was ingevoerd.

Gemeenschap/Unie tot stand gebrachte regelgeving op het gebied van het merkenrecht. Hijman is op dit gebied toch wel een van de pioniers geweest.⁹

8. Dus, als gezegd: de Vereeniging heeft wel degelijk de intellectuele eigendom als volwaardig deel van het handelsrecht benaderd en daar op dienovereenkomstige wijze aandacht aan besteed; maar wat ik eerder schreef, is desondanks waar: de beoefenaars van de intellectuele eigendom vormden een groep apart, die zich van de verdere rechtsgebieden binnen het handelsrecht weinig aantrok (van alle andere rechtsgebieden trouwens ook (niet)); over de vraag of dat voor de verdere beoefenaars van het handelsrecht niet, vice versa, ook gold, spreek ik mij, als gezegd, maar niet uit.

9. We waren gebleven bij — zo ongeveer — het interbellum, toen de wetgeving op het gebied van de intellectuele eigendom inmiddels serieus was aangepakt, en ook tot serieuze resultaten had geleid. Logisch uitvloeisel was, dat het rechtsgebied ook ‘echt’ tot leven kwam: de toenmalige Octrooiraad verleende octrooien, en ontwikkelde in dat verband een richtinggevende beschikkingenpraktijk waarin kernbegrippen als ‘nieuwheid’ en ‘inventiviteit’ hun betekenis kregen. De Hoge Raad wees in 1930 het arrest *Tasseron/Philips*.¹⁰ Daarin werd voor het eerst geoordeeld dat bij de uitleg van een octrooi niet de tekst van de octrooi-conclusie(s) maar het uit het gehele octrooi blijken ‘wezen’ van de geoctrooieerde uitvinding, bepalend was. Op de voet van dat arrest werd Nederland internationaal bekend als een land waar zeer ruime uitleg van (beperkt geformuleerde) octrooien kon worden verdedigd. De leer van het arrest *Philips/Tasseron* heeft vele decennia lang, en eigenlijk ook vandaag nog (zij het inmiddels in veel beperktere mate) de Nederlandse rechtsleer en rechtspraktijk beïnvloed. Het vormt ook nog een punt van discussie in de jongste ontwikkelingen van het Europese octrooirecht die in nr. 16 hierna ter sprake zullen komen.

Natuurlijk vloeide in deze jaren ook de rechtspraak op de andere gebieden van de intellectuele eigendom ruimschoots — maar daar kan ik geen vergelijkbare beslissingen aanhalen waar ook vandaag de dag nog over wordt gediscussieerd.

10. Na de oorlog tekende zich een nieuwe ontwikkeling af: terwijl het recht van de IE altijd al invloed had ondergaan van internationale samenwerking, met name door de verdragen die op dit terrein werden aangegaan (wat dat betreft hebben de verschillende takken van het handelsrecht wel veel met elkaar gemeen), kwam er nu op twee niveaus internationale invloed bij.

Het eerste niveau was dat van de Benelux. In de zestiger en zeventiger jaren van de vorige eeuw kwamen twee Benelux-verdragen met bijbehorende wetten op het gebied van de IE tot stand. Om bij de wetten te blijven: de al even genoemde Benelux Merkenwet werd ingevoerd in 1971, en de Benelux Tekeningen en Modellenwet in 1975. Beide regelingen voorzien in een geüniformeerd, en dus ook geüniformeerd uit te leggen, recht voor de drie Benelux-landen op deze twee gebieden. Om die uniformiteit te waarborgen werd ook een Benelux-gerechtshof aange-

9. Een tweede pionier, ir. E. Hijmans (zie o.a. het eerste ontwerp voor de Benelux Merkenwet, bijlage bij de eerste editie van *BIE* uit 1954), verdient hier naast Hijman te worden vermeld, en niet met deze te worden verward.

10. HR 20 juni 1930, NJ 1930, p. 1217 e.v., m.nt. P. Scholten.

wezen dat op ongeveer dezelfde manier als het HvJEU beslist over vragen van uitleg die de nationale rechters aan dat hof voorleggen.¹¹ En zo begon er rechtspraak te vloeien over vragen als: wanneer stemmen merken overeen (antwoord: als het publiek een bepaald associatief verband tussen de tekens legt);¹² en: kan een geldig model worden gedeponeerd bestaand uit een zwart-wittekening, met als kenmerkend gegeven: dat de verschillende delen in contrasterende kleuren worden uitgevoerd (dus: zonder te specificeren welke kleuren dat dan zouden zijn). Antwoord: ja, dat kan.¹³

Het Benelux-merkenrecht verschilde in principeel opzicht, maar ook op veel praktische punten, van het tot dan toe geldende Nederlands merkenrecht. Het betekende voor de praktijk dus een heel forse omslag. Modellenrecht neemt in de praktijk een kleinere plaats in dan merkenrecht; maar omdat Nederland tot de invoering van de Benelux Tekeningen en Modellenwet helemaal geen specifieke bescherming voor deze materie kende, kan ook hier worden vastgesteld dat er heel wat was waar de Nederlandse praktijk toen aan moest wennen.

11. Het tweede 'nieuwe' niveau van internationale invloed was dat van de EEG/EU. Al van het vroegste stadium van de Europese eenwording was onder ogen gezien dat het bestaande systeem van nationale wetten op het gebied van de intellectuele eigendom, met als uitvloeisel: aanzienlijke verschillen tussen de EU-lidstaten als het erom gaat wat in elk land beschermd werd, een belemmering zou (kunnen) opleveren voor het door de EEG/EU beoogde vrije verkeer van goederen en diensten binnen het territoire van de Gemeenschap/Unie. Wat in lidstaat A niet op bezwaren stuitte en dus vrij mocht worden vervaardigd/verhandeld, kon in lidstaat B inbreuk maken op daar bestaande nationale rechten, en daarom de grens niet mogen passeren. Dat zou zelfs kunnen wanneer het ging om iets wat met toestemming van de rechthebbende uit lidstaat B, in lidstaat A in het verkeer was gekomen – een geval dat echt 'tegen het zere been' was.

De Europese regelgever heeft zich dan ook van meet af aan ertoe gezet om regelingen te maken die hieraan tegemoet zouden komen.

Het HvJ was, zou men kunnen zeggen, de regelgevers echter vóór: al in de zestiger en zeventiger jaren van de vorige eeuw vormde zich hier rechtspraak die ertoe strekte dat althans wanneer het voorzieningen betrof die met toestemming van een rechthebbende ergens binnen het territoire van de Gemeenschap/Unie in het verkeer waren gebracht, dat gegeven eraan in de weg stond dat deze rechthebbende in andere lidstaten geldende rechten van IE in stelling bracht om de verdere verhandeling van de desbetreffende voorziening tegen te gaan. Zoals het wel werd uitgedrukt: de eerste 'in het verkeer-brenging' binnen de EU leidde tot 'uitputting' van alle op de desbetreffende voorzieningen betrekking hebbende rechten van IE, voor zover die toebehoorden aan degenen die voor het eerste in het verkeer brengen toestemming hadden gegeven.¹⁴

11. Dat hof is echter ook bevoegd bij vragen van uitleg over andere Benelux-regelgeving, zoals die betreffende de aansprakelijkheidsverzekering voor gemotoriseerde voertuigen en de dwangsom.

12. BenGH 20 mei 1983, NJ 1984, 72, m.nt. L. Wichers Hoeth. Ook het in dit arrest aanvaarde beginsel heeft de ontwikkeling van de latere Europese regelgeving beïnvloed (al bleek het niet doorslaggevend), zie voetnoot 21.

13. BenGH 16 december 1991, NJ 1992, 785, m.nt. J.H. Spoor.

14. Hierover is zeer veel rechtspraak, maar zie bijvoorbeeld HvJEG 31 oktober 1974, NJ 1975, 58, m. (sobere) nt. L. Wichers Hoeth.

(Aanvankelijk werd overigens gepoogd deze leer ook aanvaard te krijgen voor zaken die weliswaar zonder op rechten van IE inbreuk te maken ergens binnen de Gemeenschap/EU in het verkeer waren gebracht, maar *zonder* toestemming van dege(n) die in andere lidstaten rechten bezaten die betekenden dat de verhandeling in die lidstaten inbreuk zou opleveren. Bij gebreke van toestemming van zo'n rechthebbende is er dus géén 'uitputting' — en dus wél een (geoorloofde) belemmering van het vrije verkeer binnen het territoir van de Gemeenschap/Unie.¹⁵

12. Deze rechtspraak van het HvJ strekte er wel toe, de scherpste kanten van het conflict tussen (nationale) rechten van IE en het EU-beginsel van vrij verkeer van goederen en diensten weg te nemen; maar de EU-regelgever vond dat er méér nodig was; en zo zijn er in de loop van de jaren een flink aantal EU- (of bijna-EU-) regelingen op het gebied van de IE tot stand gekomen. In vogelvlucht:

Er gelden inmiddels drie regelingen die het mogelijk maken, op EU-niveau rechten van IE te verkrijgen die vervolgens uniform en unitair voor het hele territoir van de EU gelden. Dat gaat dan allereerst om het Unie-merk. Zo'n merk wordt verkregen door depot bij het Bureau voor de Intellectuele Eigendom van de Europese Unie, gevestigd in Alicante, Spanje (leuke werkplek? Jazeker!). Men verkrijgt dan een recht dat voor het hele territoir van de EU geldt; waarvan de inhoud alleen door het uniforme Europese recht (namelijk, vooral: de hiervoor geldende Verordening) wordt bepaald; en dat ook 'unitair' kan worden uitgeoefend, doordat het mogelijk is om bij de door de regeling aangewezen rechters uitspraken te verkrijgen die voor het hele territoir van de EU gelding hebben.¹⁶

Voor (Gemeenschaps)modellen bestaat een soortgelijke regeling.¹⁷ Ook hier is de uitvoering opgedragen aan het Bureau voor de Intellectuele Eigendom van de Europese Unie in Alicante.

De derde regeling ziet op Gemeenschapskwekersrechten (wat dat zijn? Rechten ter zake van nieuwe rassen van planten).¹⁸ Hier is de uitvoering opgedragen aan een EU-bureau in Angers, Frankrijk.

Voor de toepassing van deze regelingen is men deels aangewezen op de nationale rechters (die echter in voorkomend geval vragen van uitleg aan het HvJ kunnen, of ook wel: moeten, stellen). Voor een ander deel, en met name als het gaat om beslissingen van de bureaus in Alicante en Angers, is het Gerecht van de EU als beroepsinstantie aangewezen (en daar worden ook veel zaken aangebracht en beslist); met een beperkte mogelijkheid van verder beroep op het HvJ.

13. Verder heeft de Europese Unie een reeks van maatregelen genomen die ertoe strekken, de nationale rechten op het gebied van de IE te harmoniseren. Men heeft namelijk van begin af aan onder ogen gezien dat uniforme, voor het gehele territoir geldende rechten weliswaar vanuit Europees oogpunt aantrekkelijk waren; maar dat de behoefte aan bescherming op kleiner, nationaal niveau niet mocht worden

15. O.a. HvJEG 29 februari 1968, *BIE* 1968 nr. 30, p. 110 e.v.

16. Dit alles berust op Verordening (EU) nr. 2017/1001, *PbEU* 2017, L 154/1. Deze verordening vervangt eerdere verordeningen die sedert 1994 hebben gegolden.

17. Verordening (EG) nr. 6/2002, *PbEG* 2002, L 3/1.

18. Verordening (EG) nr. 2100/94, *PbEG* 1994, L 227/1. Kwekersrecht kan overigens, net als merken- en modellenrecht, ook op nationaal niveau worden verkregen, in Nederland: met toepassing van de Zaaizaad- en Plantgoedwet 2005.

veronachtzaamd. Nationale (of, als het om de Benelux gaat: regionale) regelingen zouden dus blijven bestaan; maar door harmonisatie zouden verschillen die al te zeer botsten met de ‘Europese’ gedachte, worden weggenomen. Dat is gebeurd bij twee Richtlijnen betreffende, respectievelijk, het merken- en het modellenrecht;¹⁹ en bij een reeksje Richtlijnen betreffende het auteursrecht en het als daarmee verwant aangemerkte bijzondere recht inzake databanken.²⁰ Inmiddels zijn de nationale wetten van de lidstaten — hier en daar misschien niet helemaal goed, maar à la — aan deze Richtlijnen aangepast. Uitvloeisel hiervan is, dat het HvJEU het laatste woord heeft over de uitleg van de desbetreffende regels. In het verlengde hiervan is er dan ook een gestage stroom van rechtspraak van het HvJ waarbij deze verschillende regelingen worden geïnterpreteerd.²¹

14. En is er dan, wat de EU betreft, niets op het gebied van het octrooirecht, toch een van de ‘grote’ delen uit het IE-recht? Ja en nee. Vele jaren lang is er wel gewerkt aan een ‘Gemeenschapsoctrooi’, dat min of meer dezelfde plaats en functie zou krijgen als het Uniemerkt, het Gemeenschapsmodel en het Gemeenschapskwekersrecht. Maar alle elkaar opvolgende initiatieven op dat gebied hebben geen succes opgeleverd.

De langslappende discussie over het Gemeenschapsoctrooi heeft er overigens wél toe geleid dat vele lidstaten hun octrooiwetgeving hebben aangepast zodat die strookte met de voor het Gemeenschapsoctrooi voorgestelde beginselen. Hoewel hier dus nooit een harmonisatie-richtlijn tot stand is gekomen, is er in feite wel een aanzienlijke mate van harmonisatie bewerkstelligd.

Inmiddels is er echter een Verordening betreffende het unitaire effect van zgn. Europese octrooien (wat dat zijn, komt hierna nog ter sprake);²² en daarnaast een Verdrag dat voorziet in de instelling van een ‘Unified Patent Court’ (UPC) voor de bij dit verdrag aangesloten (EU-)landen.^{23, 24} Als deze regels werkelijk gaan gelden, zullen zij meebrengen dat rechthebbenden kunnen opteren voor ‘unitaire werking’ van aan hen verleende Europese octrooien; en zal gelden dat, na verloop van een overgangstermijn, (praktisch) alle octrooigeschillen uit de aangesloten landen uitlopend aan het UPC zullen mogen worden voorgelegd. Als ..., want op dit moment staat nog niet vast dat deze regelingen werkelijk zullen gaan gelden (en dus ook niet, wanneer dat zal zijn). In Duitsland is namelijk een bezwaar tegen deze regeling bij het Bundesverfassungsgericht aanhangig gemaakt (op de ‘site’ van het Gericht

19. Richtlijn (EU) nr. 2015/2436, *PbEU* 2015, L 336/1 en Richtlijn 98/71/EG, *PbEG* 1998, L 289/28 respectievelijk.

20. Richtlijnen 93/83/EEG, *PbEG* 1993, L 248/15, 96/9/EG, *PbEG* 1996, L 77/20, 2001/29/EG, *PbEG* 2001, L 167/10, 2001/84/EG, *PbEG* 2001, L 272/32, 2006/115/EG, *PbEG* 2006, L 376/28, 2006/116/EG, *PbEG* 2006, L 372/12 en 2009/24/EG, *PbEG* 2009, L 111/16. Inderdaad, dat is niet weinig.

21. Dat heeft er onder andere toe geleid dat het HvJ het ‘associatiecriterium’ uit het in voetnoot 12 aangehaalde arrest als te ruim in verhouding tot het geharmoniseerde Europese recht heeft beoordeeld, zie HvJEG 11 november 1997, *NJ* 1998, 523, m.nt. D.W.F. Verkade.

22. Het gaat dan om Verordeningen (EU) nr. 1257/2012 en (EU) nr. 1260/2012, *PbEU* 2012, L 361/1 en L 361/89.

23. Zie voor het Verdrag bijvoorbeeld *PbEU* 2013, C-175/1.

24. Nog niet alle EU-lidstaten hebben zich bij deze regelingen aangesloten, en Spanje heeft overduidelijk laten blijken dat dat land niet van plan is dit te doen. De bedoeling is echter dat de regeling zal gaan gelden, desnoods voor de meerderheid van lidstaten die die regeling wél wensen; en dan dus niet voor de ‘weigerachtige’ minderheid. Voor de zeer nieuwsgierigen: het VK heeft meegedeeld dat het ondanks de Brexit deel wilde (blijven) nemen aan deze regelingen, en heeft het Verdrag ook geratificeerd. Hoe dit in de praktijk verwezenlijkt moet worden, is echter nog verre van duidelijk.

te vinden onder nr. 2 BvR 739/17). De uitspraak in deze zaak wordt in de loop van dit jaar verwacht. Die zou er dus kunnen zijn tegen de tijd dat u dit leest.

In de Duitse vakpers wordt geschreven dat men het beroep op het Bundesverfassungsgericht weinig kans geeft. Dat zou kunnen betekenen dat deze regelingen toch, op afzienbare termijn, geldend recht worden. Dan zal de octrooipraktijk zoals wij die tot dusver kennen, radicaal anders worden. Onder andere zullen deze regelingen vermoedelijk van grote invloed zijn op het probleemgebied van de uitleg van octrooien; daaraan besteed ik aanstonds, na de vermelding van het 'Europese octrooi', in nr. 16 nog nader aandacht.

15. In de woelige geschiedenis die tot de zojuist besproken octrooirechtelijke regelingen (in wording) heeft geleid, is mede gewerkt aan regels om een uniforme, Europa-wijde procedure voor het aanvragen en verleend krijgen van octrooirechten te verwezenlijken. Voor deze regeling bleken ook niet-EU-landen belangstelling te hebben, en bovendien bleek de totstandkoming in het kader van de EU niet zo vlot te verlopen; wat ertoe leidde dat deze regeling afzonderlijk is vervolgd, en afzonderlijk succesvol tot stand is gebracht. Het gaat dan om het Europees Octrooi Verdrag (EOV).²⁵ Dat verdrag voorziet erin dat men bij één instantie, het Europees Octrooi Bureau (EOB), met vestigingen in München, Rijswijk en Berlijn, octrooi kan aanvragen voor zo veel bij het verdrag aangesloten landen als men kiest. De aanvraag wordt dan binnen deze ene instantie onderzocht, en die instantie beslist over al dan niet verlening van octrooi.²⁶ Een positieve uitkomst leidt dan tot een 'Europees octrooi', maar anders dan die naam suggereert, geldt dit ingevolge het EOV als (equivalent van) een voor elk aangewezen land apart verleend nationaal octrooi (daar kan dus enige verandering in komen op de voet van de in het vorige nr. besproken EU-regeling voor unitaire Europese octrooien, maar zo ver is het nog niet). Een bijzonderheid is ook dat het EOV voor een ruimer territorium geldt dan de EU: er zijn 38 landen bij het EOV aangesloten. Voor de niet-EU-landen zullen de eerder besproken EU-regelingen niet gelden, in die zin dat voor die landen verleende octrooien niet aan de jurisdictie van het UPC onderworpen zullen zijn en ook niet voor de beoogde 'unitaire werking' in aanmerking komen.

16. Een bijzonderheid van het EOV die apart aandacht verdient vindt men in art. 69 EOV en het bij die bepaling horende Protocol. Daar wordt een uniforme, voor alle verdragsstaten geldende manier van uitleg voor krachtens het verdrag verleende octrooien voorgeschreven; en wel in die zin, dat de zogenaamde octrooi-conclusies voor het verleende recht bepalend zijn, maar wel moeten worden gelezen in het licht van de verdere tekst (en tekeningen) van het octrooi; en dat men het juiste midden moet vinden tussen te zeer op de letterlijke tekst georiënteerde uitleg, en een uitleg die zich te veel losmaakt van wat in de octrooi-conclusies staat; zoals het Protocol dat laatste omschrijft: 'als zouden de conclusies alleen als richtlijn dienen en als zou de bescherming zich ook mogen uitstrekken tot datgene wat de octrooi-

25. Oorspronkelijke publicatie in *Trb.* 1975, 108; zie ook *Trb.* 1976, 101 en *Trb.* 1978, 91; maar de website van het EOB biedt een gemakkelijker en bovendien volledig actuele toegang.

26. Het EOV voorziet ook in interne bezwaar- en appelprocedures, en het EOB houdt daarvoor oppositieafdelingen en Kamers van Beroep in stand. Een belangrijk deel van de voor Europa relevante jurisprudentie op het gebied van octrooirecht is inmiddels van deze gremia afkomstig.

houder, naar het oordeel van de deskundige die de beschrijving en de tekeningen bestudeert, heeft willen beschermen.’

In nr. 9 hiervóór zagen we, dat de Hoge Raad sedert 1930 koos voor uitleg van octrooiën, gericht op het ‘wezen’ van de in het octrooi beschreven uitvinding; met vergaand voorbijgaan aan de omschrijving van de voor bescherming voorgedragen materie in de octrooi-conclusies. Bij lezing van het zojuist weergegeven citaat denkt men misschien: dat is dus precies wat in dat citaat wordt veroordeeld: uitleg die zich richt op wat de octrooihouder naar het oordeel van de deskundige die het stuk in zijn geheel leest, heeft willen beschermen. Toch heeft de Hoge Raad na de inwerkingtreding van het EOV en na de invoering, in de Nederlandse wet, van een bepaling die met art. 69 EOV overeenkomt, lange tijd vastgehouden aan het primaat van het ‘wezen’ als beslissend voor de uitleg van een octrooi.²⁷

Die lijn week duidelijk af van de lijn die andere rechters in het EOV-territoire – en dan met name rechters in Engeland en Duitsland – volgden. Daar wordt weliswaar niet strikt overeenkomstig de inhoud van de octrooi-conclusies geïnterpreteerd, maar wordt maar weinig marge voor verruiming gelaten – wat weer de reactie kan oproepen, dat teveel betekenis aan de tekst van de conclusies wordt gehecht (wat het Protocol ook veroordeelt).

En nu kondigt zich dus – misschien, zie nr. 14 – octrooi-rechtspraak in het UPC aan; waar men het over deze verschillende benaderingswijzen (en ook over een reeksje andere verschilpunten) eens zal moeten worden. Dat belooft in elk geval heel interessant te worden.

17. Ik heb vanaf ongeveer 1972 de IE-praktijk beoefend. Die praktijk bestond destijds uit een beetje adviseren, maar vooral procederen bij de – alle – Nederlandse gerechten, over geschillen betreffende de ‘oude’ Nederlandse wetten over octrooiën, auteursrecht, (heel af en toe) kwekersrecht, en handelsnamen; en over het zojuist ingevoerde Benelux-merkenrecht.

Al na korte tijd kwamen daar geschillen bij over het nieuwe Benelux-modellenrecht (wel nog altijd voor de Nederlandse rechter, al kon je daarvoor, en ook voor de merkengeschillen, wel bij het BenGH terecht komen). Intussen werd voelbaar dat, met name bij kwesties waar het vrije verkeer van goederen en diensten binnen de EU een rol kon spelen, ook met de Europese regelgeving en met een mogelijke rol van het HvJ rekening viel te houden.

Nog weer iets later werd merkbaar dat er inmiddels een EOB was, en dat daar belangrijke geschillen over octrooi-kwesties werden beoordeeld en beslist.

Daarna kwamen de regelingen van Unie- en Gemeenschapsrecht voor merken, modellen en kwekersrecht. Min of meer ‘gelijk op’ hiermee werd de Nederlandse rechtspraak betreffende octrooiën, Uniemerken en Gemeenschapsmodellen ‘geconcentreerd’ bij de rechters in Den Haag. Dat maakte groot verschil: daarvóór was de kans dat de rechter die een IE-zaak beoordeelde, redelijk op de hoogte was van het rechtsgebied waar de zaak over ging, vrij klein. Daarna gold het omgekeerde, en ging de kwaliteit van de beoordeling, maar ook van de debatten, met sprongen vooruit. Het werd een stuk spannender, en een stuk moeilijker allemaal. En inmid-

27. Inmiddels is de Hoge Raad wel een eindweegs ‘opgeschoven’: het ‘wezen’ is niet meer *bepalend* voor de uitleg van een octrooi, maar is een gezichtspunt dat naast andere gezichtspunten, bij die uitleg moet worden meegewogen (o.a. HR 22 mei 2012, *NJ* 2013, 68, m.nt. Th.C.J.A. van Engelen). Er blijft niettemin een duidelijk verschil met de rechtspraak van andere EOV-gerechten.

dels kon het dus ook voorkomen dat je voor de behandeling van de zaak naar München moest of naar Alicante.²⁸

Intussen breidde de invloed van het Europese recht zich snel uit: het ging een rol spelen in het Europees geharmoniseerde nationale c.q. Benelux-merken- en modellenrecht, in de vele aspecten van nationaal auteursrecht waar Europese harmonisatie had plaatsgevonden, en bij nieuwe Europese verschijnselen zoals het databankenrecht en de Europees geharmoniseerde ‘naburige rechten’, zie ook nr. 19.

In de vroege zeventiger jaren van de vorige eeuw had je rekening te houden met de rechtspraak van Nederlandse rechters, en op beperkte schaal met die van het HvJ, en gaandeweg ook met die van het BenGH. Even later waren daar de rechtspraak van het EOB en van een hele reeks buitenlandse rechters bij gekomen. Ik wil niet zeggen dat we ons toen veel bezighielden met Griekse, Spaanse of Hongaarse rechtspraak; maar Belgische, Duitse en Engelse rechtspraak speelden wel degelijk een rol, evenals — iets later — die van de beroepscolleges in Alicante, en van het Gerecht.

18. ‘*Something completely different*’: vooral nadat de Hoge Raad in zijn arrest van 24 november 1989, NJ 1992, 404, m.nt. D.W.F. Verkade had geoordeeld dat de Nederlandse rechter, indien overigens bevoegd, kon worden gevraagd te oordelen over inbreuken op IE-rechten buiten Nederland, ging de praktijk zich toeleggen op de zogenaamde ‘cross-border’-zaken. Het betreft dan zaken waarin — gewoonlijk: op de grond dat ten minste één van de betrokkenen in Nederland was gevestigd — de Nederlandse rechter werd gevraagd te oordelen over de inbreuken in alle landen (ook buiten Nederland) waar tussen de inbreuken aldaar en de betrokkene(n) in Nederland een plausibel verband kon worden aangetoond. Dit verschijnsel nam aanvankelijk een aanzienlijke vlucht; maar een arrest van het Haagse hof beperkte de mogelijkheden,²⁹ en twee daarna gevolgte beslissingen van het HvJ deden dat nog meer.³⁰ Er wordt sindsdien naarstig gezocht naar mogelijkheden en argumenten om hier weer verandering in te brengen; maar vooralsnog keert de bijzonder opwindende praktijk van die dagen niet in die omvang terug.

19. Ook andere buitenlandse invloeden dan de hiervóór besprokene, plaatsten de IE-praktijk voor nieuwe ‘uitdagingen’ — soms heel klein, maar vaak ook (heel) groot.

Het Verdrag van Rome (nee, niet dat waar u meteen aan denkt) en dat van Genève,³¹ gaven de stoot tot EU-regelgeving die ten slotte heeft opgeleverd dat (ook) in Nederland een wettelijke regeling ging gelden waardoor de prestaties van uitvoerende kunstenaars en bepaalde andere ‘naburige rechten’ beschermd werden.^{32, 33}

28. Of naar Luxemburg. Het BenGH had de gewoonte om, als het een ‘Nederlandse’ zaak betrof, zitting te houden in Den Haag. Daar viel dus geen reisavontuur aan te beleven (maar overigens was een zitting van het BenGH wel een belevenis).

29. Hof Den Haag 23 april 1998, IER 1998 nr. 30, p. 170 e.v., m.nt. S. de Wit.

30. HvJEG 13 juli 2006, zaaknrs. C-539/03 en C-4/03, BIE 2006 nrs. 72 en 73, p. 372 en 375.

31. Verdragen van oktober 1961 en oktober 1971 respectievelijk (beide pas tientallen jaren later door Nederland geratificeerd — zie ook nr. 2). Voor de teksten kunt u weer het best terecht op de website van de World Intellectual Property Organization in Genève.

32. Wet van 18 maart 1993, S. 178 (uiteraard sindsdien vaak gewijzigd).

33. Vóór deze wettelijke regeling had de rechtspraak overigens al een partiële bescherming aan de hand van het ‘gemene recht’ aanvaard, zie o.a. HR 24 februari 1989, NJ 1989, 701, m.nt. J.H. Spoor.

Caféhouders die, met recht, meenden dat de muziek van Mozart niet langer beschermd is, werden dus verrast met de ervaring dat de musici die Mozarts muziek op de cd hadden gezet, wél voor bescherming in aanmerking kwamen. Dat was flink wennen, en niet alleen voor de caféhouders.

Onder Amerikaanse druk kwam er een Europese richtlijn die de aanzet vormde tot de Wet van 28 oktober 1987, S. 484, waardoor een specifieke bescherming voor ‘topografieën’ (voor gewone stervelingen: computerchips) in het leven werd geroepen. Deze wet heeft echter in de praktijk nauwelijks toepassing gevonden. Daar heeft de praktijk dus niet zo aan hoeven wennen.

Amerikaanse druk leverde ook de motor voor de totstandkoming van de World Trade Organization (WTO), en als onderdeel daarvan, van het TRIPs-verdrag.³⁴ Het ging er de Amerikanen om dat een verdergaande liberalisering van de wereldwijde handel, gepaard zou gaan met verbeterde bescherming van IE-rechten, waarbij zeker niet in de laatste plaats werd gedacht aan rechten van Amerikaanse rechthebbenden.³⁵ En zo verplichtten de WTO-partijen zich tot een niveau van IE-bescherming dat aan de normen van het TRIPs-verdrag beantwoordde. De verplichting uit dit verdrag is door de EU mede aangegrepen ter rechtvaardiging van een richtlijn die op verbeterde handhaving van IE-rechten gericht was.³⁶ De hieruit voortgevloeide invoering van art. 1019-1019i Rv. heeft aanmerkelijke consequenties voor de IE-praktijk gehad. De meest ingrijpende daarvan is waarschijnlijk de regel van art. 1019h Rv, die erop neerkomt dat in IE-zaken vergoeding van de volledige proceskosten kan worden gevorderd. Sedertdien zijn buitengewoon hoge proceskostenvergoedingen in IE-zaken, bepaald niet uitzonderlijk meer.

Er passeerde al even de revue dat de EU een richtlijn tot stand bracht gericht op de bescherming van databanken. Daaruit is (ook) wetgeving gevloeid die wel degelijk wél wordt toegepast.³⁷

Te vermelden is nog, dat op het gebied van het auteursrecht en de daarmee vaak vergeleken ‘naburige rechten’, een levendige praktijk van collectief beheer en incasso is gegroeid, mede onder invloed van regelgeving die collectieve heffing van vergoedingen ter zake van allerhande prestaties voorschreef of bevorderde (denk aan reproductie, leenrecht, thuiskopieheffingen etc.). Inmiddels is ook voor deze organisaties een EU-richtlijn tot stand gekomen,³⁸ en daarop is ook al, niet zo lang geleden, Nederlandse implementatiewetgeving gevolgd.³⁹ Ik volsta hier met de opmerking dat deze regelgeving – enigszins voor de hand liggend – de nodige vragen oproept die vooralsnog niet beantwoord zijn.

34. Het acroniem TRIPs duidt op Trade Related Aspects of Intellectual Property rights. Hier is de zoekfunctie van het *Tractatenblad* dusdanig gebrekkig, dat ik u meteen doorverwijs naar de website van de World Trade Organization, onder Legal texts, Uruguay Round Agreements, Annex 1c.

35. Het is een beetje wrang dat de huidige Amerikaanse regering beleid aan de dag legt dat recht ingaat tegen het Amerikaanse beleid dat destijds onder meer de WTO en het TRIPs-verdrag heeft opgeleverd.

36. Richtlijn 2004/48/EG, *PbEG* 2004, L 157/45.

37. O.a. de wet van 8 juli 1999, S. 303.

38. Richtlijn 2014/26/EU, *PbEU* 2014, L 84/72.

39. Wet van 6 maart 2003, S. 111, aangepast bij wetten van 7 maart 2013, S. 597 en 14 november 2016, S. 435.

20. De al even ter sprake gekomen World Intellectual Property Organization in Genève, voert het beheer over 26 internationale verdragen op het gebied van de IE. Nederland is, als ik het goed geteld heb, bij 17 daarvan partij.⁴⁰

Enkele van deze verdragen kwamen hiervóór al ter sprake; en enkele andere zijn voor de Nederlandse praktijk maar van beperkte betekenis. Wel van aanmerkelijke betekenis zijn bijvoorbeeld:⁴¹

- De overeenkomst van Madrid en het Protocol van Madrid. Deze voorzien in de mogelijkheid om bij één ‘internationaal depot’ merkrechten te ‘claimen’ voor de verdragslanden die men bij het depot aanwijst. Hiervan wordt in de praktijk veel gebruikgemaakt.
- Het Patent Coöperation Treaty. Dit biedt de mogelijkheid om bij één instantie (waarvan het verdrag er verschillende aanwijst) octrooirechten aan te vragen voor bij het verdrag aangesloten landen of groepen van landen die men bij zijn aanvraag aanwijst; en tevens de mogelijkheid dat een dergelijke aanvraag in de eerste fase ‘centraal’, voor alle desbetreffende landen tegelijk, wordt vóóronderzocht — wat een aanzienlijke besparing aan omhaal en kosten betekent. Ook deze mogelijkheid wordt veelvuldig benut.

Wij zagen al dat de beoefenaar van de IE-praktijk rekening moet houden met regelgeving en rechtspraak op nationaal, Benelux en EU-niveau. De voor de praktijk relevante internationale verdragen — zoals het EOv en de zojuist genoemde WIPO-verdragen — betekenen dat men ook met ontwikkelingen op die niveaus rekening moet houden. Trouwens, het verdient aanbeveling om ook op de hoogte te blijven van wat er gebeurt op het gebied van de verdragen die niet rechtstreekse gevolgen voor de praktijk hebben, zoals de in nr. 2 ter sprake gekomen Verdragen van Parijs en Bern (of het nog niet eerder genoemde UPOV-verdrag, dat een internationaal kader voor het kweekersrecht inhoudt).

Met dat al heeft de beoefenaar van het IE-recht meer dan genoeg stof om zich mee onledig te houden.

21. Alle beoefenaren van het recht menen, volstrekt bonafide, dat ‘hun’ rechtsgebied er een is dat zich door snelle en ingrijpende ontwikkelingen kenmerkt en dat daarom als ‘dynamisch’ (of zelfs als ‘hectisch’) mag worden gekwalificeerd. De beoefenaren van het IE-recht vormen hier zeker geen uitzondering. En toch, als ik de blik laat gaan over de decennia waarin ik bij de IE-praktijk betrokken was, geloof ik dat er heel wat gebieden zijn die met minder recht aanspraak maken op kwalificatie als ‘dynamisch’, dan het gebied van de IE. ‘*Never a dull moment*’. Van het wat onderkomen wezentje dat dit rechtsgebied een ruime eeuw geleden was, is het uitgegroeid tot een wijdvertakt en zeer gedifferentieerd specialisme, dat zich in

40. Naar de gegevens van de WIPO is Nederland geen partij bij het Verdrag van Marrakesh van 2013, dat voorziet in faciliteiten om lees-gehandicapten toegang tot door IE-rechten beschermde materie te geven. Gelukkig heeft de Europese Unie zich het probleem aangetrokken, zie Verordening (EU) 2017/1563, *PbEU* 2017, L 242/1.

41. Ook hier is men voor raadpleging van de teksten het best en gemakkelijkst uit door te gaan naar de website van de World Intellectual Property Organization. Alleen zo kan men te weten komen dat het (nooit in werking getreden) Verdrag van Washington maar door heel weinig landen is aangegaan; maar dat zich daaronder wel St. Lucia bevindt.

snel tempo blijft ontwikkelen. Daar is ook niets mis mee. De rechten waar het in het IE-specialisme om gaat spelen, een enkele uitzondering misschien daargelaten (zie het eerder opgemerkte over de bescherming van computerchips), een alleszins wezenlijke en ook positief te waarderen rol in het maatschappelijk verkeer. Zowel handel als nijverheid — en ook de ‘dienstensector’ — zijn bij die rechten gebaat. Men kan ze zelfs als onmisbaar beoordelen. Dat mag de IE-beoefenaar tot troost strekken in momenten dat hij misschien vindt dat het allemaal wel érg dynamisch en veranderlijk toegaat.

Hoofdstuk 13

Het intellectuele eigendomsrecht: een versplinterd landschap in beweging. Wat brengt de toekomst?

Mr. M. Bronneman^{*}

13.1 Inleiding

Het intellectuele eigendomsrecht is een rechtsgebied dat de afgelopen decennia volop in beweging is geweest. De veranderingen zijn met name te danken aan de uit Europa afkomstige regelgeving en technologische ontwikkelingen, zoals de komst van het internet.

Het rechtsgebied bestaat inmiddels uit vele deelgebieden, elk met zijn eigen regels. Het octrooierecht, het auteursrecht, het merkenrecht en het handelsnaamrecht zijn op dit moment de *usual suspects*, maar daarnaast zijn er nog vele andere IE-rechten, namelijk het modellenrecht, het databankenrecht, het kwekersrecht, de naburige rechten, aanvullende beschermingscertificaten, rechten van de maker van topografieën van halfgeleiderproducten en geografische aanduidingen.¹ Sinds kort kan daar als gevolg van de richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen² nog een quasi-IE-recht³ aan worden toegevoegd, te weten het bedrijfsgeheim.⁴

Met de implementatie van de Europese Handhavingsrichtlijn⁵ heeft het rechtsgebied in 2007 ook een eigen procesrecht gekregen, dat geregeld is in titel 15 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Zo bestaat er in IE-zaken bijvoorbeeld de mogelijkheid tot het verkrijgen van een *ex parte* verbod en kan de verliezende partij worden veroordeeld in de redelijke en evenredige proceskosten van de winnaar.

^{*} Marjolein Bronneman is wetenschappelijk medewerker bij de Hoge Raad der Nederlanden en raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Den Haag. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

1. Zie de verklaring van de Commissie betreffende art. 2 Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten (2005/295/EG), *PbEU* 2005, L 94/37. De oneerlijke mededinging wordt soms ook tot de intellectuele eigendom gerekend omdat art. 1 lid 2 Unieverdrag van Parijs de bescherming van ongeoorloofde mededinging beschouwt als een onderdeel van de industriële eigendom. Met D.W.F. Verkade (*Ongeoorloofde mededinging* 1986, p. 2) meen ik echter dat het dogmatisch zuiverder lijkt om de term intellectuele eigendom te bewaren voor aanspraken welke erkenning hebben gevonden in absolute rechten.
2. Richtlijn (EU) 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan, *PbEU* 2016, L 157.
3. Deze term ontleen ik aan C.J.J.C. van Nispen, 'Een nieuw quasi-IE-recht in wording: het bedrijfsgeheim', *BerichtenIE* 2018/1.
4. Ch. Chielen schreef in 1999 een preadvies voor de Vereeniging Handelsrecht over de bescherming van bedrijfsgeheimen.
5. Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, *PbEU* 2004, L 195/16.

Het IE-veld is door dit alles gecompliceerd en een terrein voor specialisten geworden. Binnen de rechtspraak hebben de rechtbank en het hof Den Haag meerdere exclusieve bevoegdheden op het gebied van het intellectuele eigendomsrecht.⁶ Ook binnen de advocatuur is sprake van specialisatie, waarbij vaak een onderscheid wordt gemaakt tussen ‘hard IP’ (octrooirecht) en ‘soft IP’ (auteursrecht, merkenrecht, handelsnaamrecht ed.).⁷

In dit artikel zullen de *usual suspects* van het intellectuele eigendomsrecht de revue passeren en komen de belangrijkste ontwikkelingen in deze deelgebieden aan bod. Verder worden algemene tendensen geschetst en wordt een blik op de toekomst geworpen. Artificial intelligence en robots zullen zeker invloed hebben op het rechtsgebied. Of dit ook zal leiden tot vereenvoudiging van de IE-wereld is echter de vraag.

13.2 Octrooirecht

Het octrooirecht biedt bescherming aan uitvindingen die nieuw, inventief en industrieel toepasbaar zijn. De bescherming geldt voor een periode van maximaal twintig jaar. Voor een uitvinding kan men een nationaal of Europees octrooi krijgen. Een Europees octrooi, dat kan worden verkregen met één aanvraag, betreft geen unierecht, zoals het Uniemerk, maar een bundel van nationale octrooien. Het Europees Octrooiverdrag uit 1973 (hierna: EOv) bevat de vereisten voor het verkrijgen van een Europees octrooi, maar geeft bijvoorbeeld ook regels met betrekking tot de beschermingsomvang (art. 69 EOv).⁸ Het toepasselijke recht voor Nederlandse octrooien is te vinden in de Rijksoctrooiwet 1995 (hierna: ROW).

Hét onderwerp in de Europese octrooiwereld is op dit moment de komst van het unitair octrooi en het Unified Patent Court (hierna: UPC of eengemaakt octrooigerecht). Iets waar al decennia over wordt gesproken, lijkt nu bijna waarheid te gaan worden: een supranationaal octrooigerecht met een gelijke bescherming in vrijwel alle lidstaten van de Europese Unie.⁹ De verordening die het nieuwe stelsel inpast in de Unitaire rechtsorde is er al,¹⁰ maar is pas van toepassing wanneer het UPC-verdrag¹¹ in werking treedt. Verschillende landen hebben hiertoe het UPC-verdrag al geratificeerd, waaronder — ondanks Brexit — op 26 april 2018 het Verenigd Koninkrijk. Het wachten is nu nog op Duitsland, waar ratificatie nog niet heeft plaatsgevonden vanwege een constitutionele klacht tegen de goedkeuringswet van

6. Zie bijv. *Kamerstukken II* 2003/04, 29631, 3, p. 3 en *Kamerstukken II* 1997/98, 25729, 3, p. 3.

7. Sinds 2015 kunnen IE-advocaten zich ook aansluiten bij een door de Nederlandse Orde van Advocaten goedgekeurde specialisatievereniging: de Vereniging Intellectuele Eigendom Proces Advocaten (VIEPA).

8. Voor een beschouwing over art. 69 EOv verwijs ik graag naar de bijdrage van Toon Huydecoper in deze bundel.

9. Op Spanje, Polen en Kroatië na doen alle lidstaten van de Europese Unie mee.

10. Verordening (EU) 1257/2012 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 17 december 2012 tot het uitvoering geven aan nauwere samenwerking op het gebied van de instelling van eenheidsoctrooibescherming, *PbEU* 2012, L 361/1. Zie ook: Verordening (EU) 1260/2012 van de Raad van 17 december 2012 tot het uitvoering geven aan nauwere samenwerking op het gebied van de instelling van eenheidsoctrooibescherming met betrekking tot de toepasselijke vertaalregelingen, *PbEU* 2012, L 361/89.

11. Overeenkomst betreffende een eengemaakt octrooigerecht, *PbEU* 2013, C-175/1.

het Duitse parlement. Wat er gebeurt als het Verenigd Koninkrijk straks geen lid meer is van de Unie is onduidelijk. Het blijft voorlopig dus nog spannend of het allemaal doorgaat. Uiteindelijk zal er naar ik aanneem wel een unitair octrooi komen.

13.3 Auteursrecht

De grootste IE-aardschokken hebben de afgelopen decennia op het gebied van het auteursrecht plaatsgevonden. Het auteursrecht beschermt werken van letterkunde, wetenschap of kunst en biedt de maker, behoudens enige uitzonderingen, het exclusieve recht tot openbaarmaking en verveelvoudiging daarvan. De beschermingstermijn loopt in beginsel door tot 70 jaar na het overlijden van de maker. Het auteursrecht is een nationaal recht dat geregeld is in de Auteurswet 1912 (hierna: Aw). Deze wet is in 2004 als gevolg van de implementatie van de Europese Auteursrechtlijn,¹² die bepaalde aspecten van het auteursrecht harmoniseerde, ingrijpend gewijzigd. Wijziging was nodig omdat door de komst van het internet de wijze van openbaarmaking en verveelvoudiging van werken aanzienlijk was veranderd.

Een auteursrechtelijk relevant werk is niet alleen een boek, zoals wel eens wordt gedacht. Ook computerprogramma's, muziek, aardrijkskundige kaarten en gebruiksvoorwerpen, zoals kinderstoelen, kunnen bijvoorbeeld auteursrechtelijk worden beschermd.¹³ Het werk-begrip, dat Europees is geharmoniseerd, is een zeer breed, niet vastomlijnd begrip. Ondergrens is dat er sprake moet zijn van oorspronkelijkheid, in die zin dat het gaat om een eigen intellectuele schepping van de maker.¹⁴ Het HvJ EU zal zich dit jaar, in 2018 – naar aanleiding van prejudiciële vragen van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden – buigen over de vraag of ook smaak een auteursrechtelijk beschermd werk kan zijn.¹⁵ Volgens A-G Wathelet kan smaak geen werk zijn in zin van de Auteursrechtlijn omdat een smaak niet nauwkeurig en objectief kan worden geïdentificeerd en derhalve de omvang van de auteursrechtelijke bescherming niet kan worden vastgesteld. Dit is, aldus de A-G, absoluut noodzakelijk teneinde het rechtszekerheidsbeginsel te eerbiedigen in het belang van de houder van het auteursrecht en meer in het bijzonder in het belang van derden tegen wie gerechtelijke procedures kunnen worden ingesteld.¹⁶ Ik acht de kans groot dat het HvJ EU de conclusie A-G zal volgen.

Wanneer een werk zonder toestemming van de rechthebbende openbaar wordt gemaakt, levert dat in beginsel een auteursrechtinbreuk op. Van een openbaarma-

12. Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatie-maatschappij, *PbEU* 2001, L 167/10.

13. Zie art. 10 Aw en bijv. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1533, *NJ* 2013/503, m.nt. P.B. Hugenholtz, r.o. 4.2 (*Hauck/Stokke*).

14. HvJ EG 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, *NJ* 2011/288, m.nt. P.B. Hugenholtz (onder *NJ* 2011/289); *IER* 2009/78, m.nt. F.W. Grosheide; *AMI* 2009/20, m.nt. K.J. Koelman (*Infopaq I*).

15. Zaak C-310/17 (*Levola/Smilde*). De Hoge Raad aanvaardde eerder dat geur voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking kan komen: HR 16 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8940, *NJ* 2006/585, m.nt. J.H. Spoor (*Kecofa/Lancôme*), r.o. 3.3.2.

16. Conclusie A-G Wathelet 25 juli 2018, ECLI:EU:C:2018:618 (*Levola/Smilde*), onder 58.

king is onder andere sprake indien er een ‘mededeling aan het publiek’ wordt gedaan. Over dit begrip uit art. 3 lid 1 Auteursrechtlijn, dat Europees is geharmoniseerd,¹⁷ heeft het HvJ EU een stortvloed aan uitspraken gedaan. Deze uitspraken zijn zeer casuïstisch en de door het HvJ EU in dit kader gehanteerde sub criteria worden niet consequent toegepast.¹⁸ Het is hierdoor onvoorspelbaar wanneer aan het criterium wordt voldaan en prejudiciële vragen zullen dus voorlopig nog wel worden gesteld. De tendens is dat al snel een auteursrechtelijk relevante openbaarmaking aanwezig wordt geacht. Zo is het uitzenden van een televisieprogramma in (wacht)ruimtes van een revalidatiecentrum een mededeling aan het publiek,¹⁹ doet de Pirate Bay een mededeling aan het publiek door het op internet beschikbaar stellen en beheren van een platform waarop gemakkelijk auteursrechtelijk beschermde werken kunnen worden uitgewisseld,²⁰ betreft het linken naar werken die naar men wist of moest weten zonder toestemming van de rechthebbende op het internet zijn geplaatst – hetgeen in het geval van winstoogmerk wordt vermoed – een mededeling aan het publiek²¹ en levert ook het plaatsen van een foto op een (school)website die eerder met toestemming van de rechthebbende op een andere website is gepubliceerd een mededeling aan het publiek op.²²

Door technologische ontwikkelingen zijn er de afgelopen jaren steeds nieuwe manieren ontstaan waarop auteursrechtelijk relevante werken worden verspreid en gedeeld. Daarnaast hebben de ontwikkelingen van digitale technologieën geleid tot veranderingen in de manier waarop werken ontstaan. De Europese Commissie heeft daarom aangegeven de bestaande auteursrechtelijke regels te willen moderniseren. Zij heeft daartoe in september 2016 een voorstel gedaan voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake auteursrechten in de digitale een-gemaakte markt, ook wel het DSM-richtlijnvoorstel genoemd.²³ Over dit voorstel hebben binnen de Raad uitgebreide beraadslagingen plaatsgevonden en vele amendementen zijn ingediend. Een heet hangijzer is de zogenaamde *value gap* waarmee wordt bedoeld dat rechthebbenden een billijk aandeel dienen te krijgen van de waarde die door het gebruik van hun werken wordt gegenereerd. Platforms als YouTube en Facebook verdienen bijvoorbeeld veel aan reclames die bij (muziek)filmpjes worden geplaatst. De Raad wil dat dergelijke platforms met winstoogmerk aan rechthebbenden een vergoeding betalen voor het gebruik van hun werken en dat de platforms, indien zij geen toestemming hebben voor het gebruik van de werken, effectieve en proportionele maatregelen nemen om zo veel mogelijk te

17. HvJ EG 7 december 2006, C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764, AMI 2007/2, m.nt. K.J. Koelman; *Mediaforum* 2007/5, m.nt. D.J.G. Visser (*SGAE/Rafael Hoteles*).

18. Zie kritische noten van P.B. Hugenholtz, NJ 2018/114 en A.A. Quaadvlieg, *BerichtenIE* 2017/29. Zie ook: S.C. van Velze, ‘Het “nieuw publiek” criterium hoort niet thuis in het Europese mededelingsrecht’, AMI 2016/3.

19. HvJ EU 31 mei 2016, C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379, IER 2016/48, m.nt. M. Bronneman (*Reha Training/GEMA*).

20. HvJ EU 14 juni 2017, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456, NJ 2018/114, m.nt. P.B. Hugenholtz; AMI 2017/4, m.nt. K.J. Koelman (*Stichting Brein/Ziggo en XS4ALL Internet*).

21. HvJ EU 8 september 2016, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644, NJ 2018/112, m.nt. P.B. Hugenholtz (onder NJ 2018/114); IER 2016/47, m.nt. J.M.B. Seignette (*Sanoma/GS Media*).

22. HvJ EU 7 augustus 2018, C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 (*Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff*).

23. COM(2016) 593 (final).

voorkomen dat de werken beschikbaar zijn.²⁴ Het streven is dat het Europees Parlement voor de Europese verkiezingen in mei 2019 definitief over het (aangepaste) voorstel zal stemmen.

Het auteursrecht is inmiddels op vele terreinen Europees geharmoniseerd en de invloed van het HvJ EU op dit deelgebied is aanzienlijk. Van een unitair auteursrecht en dus gelijke bescherming in de gehele Europese Unie is echter nog geen sprake. Hierover wordt wel al nagedacht. Eind 2014 hebben verschillende hoogleraren er bij de Europese Commissie op aangedrongen om over te gaan tot unificatie van het auteursrecht.²⁵ In een mededeling van december 2015 heeft de Europese Commissie laten weten moeilijkheden te zien, omdat verschillende gebieden nog zijn overgelaten aan de nationale wetgevers en geharmoniseerd zouden moeten worden, maar een unitair auteursrecht wel als langetermijndoelstelling te hebben.²⁶ Ik verwacht dan ook dat er in de toekomst een unitair auteursrecht zal komen.

13.4 Merkenrecht

Het merkenrecht biedt bescherming aan onderscheidingstekens. Een Benelux- of Uniemerkt wordt verkregen door inschrijving daarvan bij het Benelux-Bureau voor de Intellectuele Eigendom (hierna: BOIP) respectievelijk het Bureau voor Intellectuele Eigendom van de Europese Unie (hierna: EUIPO). Deze inschrijving is in principe onbeperkt verlengbaar. Voorwaarde is wel dat het merk wordt gebruikt. Indien een merk gedurende vijf jaar niet wordt gebruikt kan het namelijk vervallen worden verklaard. Een merk biedt de houder daarvan het in beginsel uitsluitende recht om zich — heel kort gezegd — te verzetten tegen het gebruik van het merk of een overeenstemmend teken door een derde. Daarbij geldt dat aan bekende merken een grotere beschermingsomvang wordt toegediend. Wanneer van het merk voorziene waren met toestemming van de merkhouder in de Unie op de markt zijn gebracht, is het merkrecht uitgeput en kan de merkhouder in beginsel niet meer tegen de verdere verhandeling van die waren opkomen.

Het Benelux merkenrecht is geregeld in het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom (hierna: BVIE). Dit verdrag is recent — op 1 juni 2018 — gewijzigd. Een belangrijke verandering is dat de bevoegdheden van het BOIP zijn uitgebreid. In oppositieprocedures kan een extra grond worden ingeroepen²⁷ en sinds 1 juni is het ook mogelijk om bij het BOIP de nietigverklaring of vervallenverklaring van een merk te vorderen.²⁸ Iets wat daarvoor alleen bij de rechter kon. Daarnaast is

24. Council of the European Union, 25 mei 2018, 9134/18, Interinstitutional File: 2016/0280 (COD) (Agreed negotiation mandate).

25. Zie de brief van 19 december 2014 van de European Copyright Society. Deze brief is te vinden via: https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs_letter_to_oettinger_fin-1.pdf.

26. COM(2015) 626 (final), p. 15.

27. De c-grond die houders van bekende merken de mogelijkheid biedt op te treden wanneer er door het gebruik van een gelijk of overeenstemmend teken zonder geldige reden ongerechtvaardigd voordeel wordt getrokken uit of afbreuk wordt gedaan aan het onderscheidend vermogen of de reputatie van het merk.

28. Protocol van 16 december 2014 houdende wijziging van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom wat betreft de oppositie en de invoering van een administratieve procedure tot nietigverklaring of vervallenverklaring van merken.

nieuw dat alle beroepen tegen beslissingen van het BOIP voortaan niet meer door de drie nationale gerechtshoven worden behandeld, maar door het Benelux Gerechtshof. Met deze centralisering van beroepen wordt beoogd eenvormige rechtspraak te bevorderen.²⁹ Een volgende wijziging van het BVIE is alweer in aantocht.³⁰ Op uiterlijk 14 januari 2019 dient namelijk de nieuwe Merkenrichtlijn³¹ in het BVIE te zijn geïmplementeerd. Belangrijke wijzigingen zijn het verdwijnen van het vereiste van grafische weergave van een merk, waardoor bijvoorbeeld ook klankmerken kunnen worden geregistreerd en de verbetering van de mogelijkheid van merkhouders om op te treden tegen namaakproducten die zich 'in transit' bij de Douane bevinden. In het Uniemerkenrecht, dat geregeld is in de Uniemerkenverordening (hierna: UMVo)³² zijn deze laatste wijzigingen al eerder doorgevoerd. Ook beschikte het EUIPO al langer over de bevoegdheden die het BOIP per 1 juni 2018 heeft gekregen.

Het HvJ EU heeft ook op het gebied van het merkenrecht de afgelopen decennia niet stilgezeten. De introductie van de functieleer door het HvJ EU aan het begin van deze eeuw betreft naar ik meen de belangrijkste wijziging in dit deelgebied.³³ De functieleer houdt in dat pas merkinbreuk kan worden aangenomen wanneer het gebruik van een teken door een derde afbreuk doet of kan doen aan één van de functies van het merk. Naast de herkomstaanduidingsfunctie, die als belangrijkste kan worden aangemerkt, noemde het HvJ EU de kwaliteitsfunctie, de communicatiefunctie, de investerings- en reclamefunctie. De wijziging is opvallend omdat het HvJ EU met de functieleer een nieuwe extra toets heeft gecreëerd die niet uit de regelgeving zelf volgt.³⁴ Het (wel) uit de regelgeving volgende (en voor de inbreukvraag relevante) criterium 'merkgebruik' wordt door het HvJ EU tegelijkertijd opgerekt. Zo oordeelde het HvJ EU bijvoorbeeld recent dat het verwijderen van een merk van waren, zogenaamde *debranding*, merkgebruik oplevert en dat door de verwijdering van het merk en het aanbrengen van nieuwe tekens op de waren met het oog op de eerste verhandeling ervan in de EER de functies van het merk worden aangetast.³⁵ Er is dan sprake van merkinbreuk. Het lijkt erop dat het HvJ EU met de functieleer een instrument heeft gecreëerd om de grenzen van het merkenrecht te kunnen bepalen. In welke gevallen welke merkfuncties precies relevant zijn is

29. Gemeenschappelijke MvT bij het Protocol van 21 mei 2014 houdende wijziging van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom.

30. Protocol van 11 december 2017 houdende wijziging van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom, in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2015/2436, *Kamerstukken* 2017/18, 34938, A/1.

31. Richtlijn 2015/2436/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten (herschikking), *PbEU* 2015, L 336.

32. Verordening (EU) 2015/2424 van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2015 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk, en van Verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk, en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 2869/95 van de Commissie inzake de aan het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) te betalen taken, *PbEU* 2015, L 341.

33. Zie bijv. HvJ EG 12 november 2002, C-206/01, ECLI:EU:C:2002:651, *NJ* 2003/265, m.nt. M.R. Mok; *IER* 2003/10, m.nt. Ch. Gielen (*Arsenal/Reed*) en HvJ EU 18 juni 2009, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378, *NJ* 2009/576, m.nt. J.H. Spoor; *IER* 2009/43, m.nt. Ch. Gielen; *BerichtenIE* 2009/58, m.nt. M.R.F. Senftleben (*L'Oréal/Bellure*).

34. Zie bijv. T. Cohen Jehoram, 'The function theory in trademark law and the holistic approach of the ECJ', in: *Verbindend recht*, liber amicorum K.F. Haak, Deventer: Kluwer 2012, p. 177-188.

35. HvJ EU 25 juli 2018, C-129/17, ECLI:EU:C:2018:594 (*Mitsubishi/Duma*), punt 43.

niet helder. Dit zal het HvJ EU in de komende jaren hopelijk verduidelijken. In ieder geval verwacht ik dat de functionele in de toekomst een prominente rol zal spelen binnen de merkenrechtspraak.

13.5 Handelsnaamrecht

Het handelsnaamrecht beschermt de naam waaronder een onderneming wordt gedreven. Het betreft een nationaal recht dat geregeld is in de Handelsnaamwet uit 1921 (hierna: Hnw). Het recht ontstaat door het eerste gebruik van de handelsnaam en geldt in principe voor onbepaalde tijd. Inschrijving in het Handelsregister is geen constitutief vereiste en ook vereist de Hnw niet dat de handelsnaam onderscheidend vermogen heeft.³⁶ Op grond van het handelsnaamrecht kan worden opgetreden tegen andere bedrijven die op een later moment dezelfde of een sterk gelijkende handelsnaam zijn gaan voeren en daardoor, gelet op de aard van de ondernemingen en de plaats waar zij gevestigd zijn, verwarring bij het publiek te duchten is (art. 5 Hnw). Ook kan bijvoorbeeld op grond van de Hnw worden opgetreden tegen misleidende handelsnamen.

Met de komst van het internet is het geografische bereik van ondernemingen ver groot. De meeste ondernemingen richten zich niet alleen meer op de lokale markt, maar – via het internet – op het hele land of zelfs buiten nationale grenzen. In de afgelopen jaren is door deze ontwikkeling de vraag gerezen wat de beschermingsomvang is van zuiver beschrijvende handelsnamen.³⁷ Kan met een zuiver beschrijvende handelsnaam met succes worden opgetreden tegen een gelijkende handelsnaam? In de rechtspraak wordt op dit moment in het geval van een beroep op een zuiver beschrijvende handelsnaam een extra (uit de onrechtmatige daad-sfeer afkomstig) criterium in art. 5 Hnw ingelezen: er kan pas succesvol worden opgetreden indien er naast verwarringsgevaar sprake is van bijkomende omstandigheden.³⁸ Deze regel wordt ook toegepast in het geval van louter beschrijvende domeinnamen, die overigens niet tot het intellectuele eigendomsrecht worden gerekend.³⁹

De uit 1921 stammende Hnw dient naar ik meen te worden aangepast. Zoals hierna nog wordt toegelicht, dient daarbij in ieder geval in het licht van Europese rechtspraak en regelgeving te worden verduidelijkt dat zuiver beschrijvende handelsnamen niet voor handelsnaamrechtelijke bescherming in aanmerking komen.

36. Van Nispen/Huydecoper/Cohen Jehoram, *Industriële eigendom* 3 (2012) merken onder 2.1.2.6 op dat literatuur en rechtspraak niet eensgezind zijn over de vraag of de handelsnaam niet in een of andere vorm onderscheidend vermogen moet hebben.

37. Zie bijv. D.J.G. Visser, 'Artiestenverloningen/Prae Artiestenverloning: de (on)rechtmatigheid van de louter beschrijvende, verwarringwekkende domeinnaam', *Ars Aequi* 2017/1 en J. Becker, *HR Artiestenverloningen en de bescherming van beschrijvende handels- en domeinnamen*, IEF 16539.

38. Zie bijv. Gerechtshof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2622, *BerichtenIE* 2017/28, m.nt. R. Chalmers Hoyck van Papendrecht (*Parfumswinkel/Parfumswebwinkel*); Rb. Noord-Nederland 8 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4802 (*Webcamsex/Webcam-sex*) en Rb. Noord-Holland 4 juli 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:5667 (*Brandwacht Huren*).

39. HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3554, *NJ* 2016/79, m.nt. D.W.F. Verkade; *BerichtenIE* 2016/28, m.nt. C.J.J.C. van Nispen; *Computerrecht* 2016/87, m.nt. M. Schut (*Artiestenverloningen/Prae Artiestenverloning*), r.o. 3.4.4.

13.6 Toename van Europese regelgeving en invloed van het HvJ EU

Een in het IE-landschap duidelijk waarneembare tendens is de toename van Europese regelgeving. Vooral op het gebied van het merken- en auteursrecht is dit de afgelopen decennia duidelijk zichtbaar geweest. De eerste Europese merkenregels zijn eind jaren tachtig van de vorige eeuw tot stand gekomen.⁴⁰ Deze regels zijn nadien meerdere keren – en ook zeer recent nog, zoals hiervoor aan de orde kwam – gewijzigd. Op het gebied van het auteursrecht heeft men iets later – aan het begin van deze eeuw – besloten bepaalde aspecten van het auteursrecht Europees te harmoniseren.⁴¹ Op dit moment wordt er gelet op nieuwe technologische ontwikkelingen nagedacht over modernisering van het auteursrecht.

De Europese regelgeving en nieuwe technologische ontwikkelingen hebben in de afgelopen jaren geresulteerd in vele prejudiciële vragen en uitspraken van het HvJ EU.⁴² Uit het jaarverslag van het HvJ EU van 2017 volgt dat er in 2017 60 uitspraken zijn gedaan op het gebied van het intellectuele eigendomsrecht.⁴³ Hiermee behoorde het intellectuele eigendomsrecht in 2017 tot de top 3 van meest behandelde onderwerpen door het HvJ EU.⁴⁴ In 2016 was het intellectuele eigendomsrecht – met 80 uitspraken – zelfs het meest behandelde onderwerp door het HvJ EU. Met name op het gebied van het merken- en auteursrecht was – zoals hiervoor al aan de orde kwam – de invloed van het HvJ EU duidelijk zichtbaar. Een opvallende ontwikkeling binnen de IE-rechtspraak van het HvJ EU is verder dat de grondrechten uit het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: het Handvest) de afgelopen jaren een steeds belangrijkere rol zijn gaan spelen.⁴⁵ Zo heeft het HvJ EU, sinds het moment dat het Handvest met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in december 2009 een bindende status kreeg,⁴⁶ al in verschillende zaken het grondrecht op intellectuele eigendom (art. 17 lid 2 Handvest) afgewogen tegen andere fundamentele rechten, zoals de vrijheid van meningsuiting en informatie (art. 11 Handvest) en de vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Handvest) en benadrukt dat wanneer concurrerende grondrechten aan de orde zijn de rechterlijke instanties ervoor moeten zorgen dat een ‘juist evenwicht’ wordt bereikt tussen die rechten.⁴⁷ Ook in de toekomst zullen de grondrechten uit het Handvest naar ik meen een belangrijke rol spelen in de IE-rechtspraak.

40. Eerste Richtlijn 89/104/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten, *PbEG* 1989, L 40/1 en Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk, *PbEG* 1994, L 11/1.

41. Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *PbEU* 2001, L 167/10.

42. Het HvJ EU behandelt ook beroepen gericht tegen beslissingen van het Gerecht met betrekking tot besluiten van het EUIPO in merken- en modellenzaken.

43. Zie voor de jaarverslagen van het HvJ EU: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/jfo2_11035/rapports-annuels.

44. Ook op het gebied van ‘mededinging/staatsteun’ (86) en ‘ruimte van vrijheid, veiligheid en recht’ (61) heeft het HvJ EU in 2017 veel zaken behandeld.

45. Zie hierover bijv. C.A. Alberdingk Thijm & C. De Vries, ‘De toenemende invloed van het Handvest op het recht van intellectuele eigendom’, *BerichtenIE* 2015/9.

46. *PbEU* 2010, C-83/02.

47. Zie bijv. HvJ EU 7 augustus 2018, C-161/17, ECLI:EU:C:2018:634 (*Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff*), punt 41; HvJ EU 15 september 2016, C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689, *IER* 2017/13, m.nt. J.M.B. Seignette; AMI 2017/10, m.nt. P. Teunissen (*McFadden*), punt 83 e.v.; HvJ EU 8 september 2016, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644, *NJ* 2018/112, m.nt. P.B. Hugenholtz; *IER* 2016/47, m.nt. J.M.B. Seignette (*GS Media*), punten 31, 44-45; HvJ EU 27 maart 2014, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, *NJ* 2018/109, m.nt.

Hoewel in de afgelopen decennia veel over een Gemeenschaps- en unitair octrooi is gesproken, was de daadwerkelijke Unierechtelijke invloed binnen het octrooirecht beperkt. Reden daarvoor is dat een algemene Europese octrooieregeling ontbreekt.⁴⁸ Wel zijn de octrooieregels in de lidstaten zeer vergelijkbaar omdat verschillende lidstaten het op zich hebben genomen om hun nationale octrooirecht in overeenstemming te brengen met het nooit in werking getreden Gemeenschapsoctrooiverdrag.⁴⁹ Een duidelijke tendens binnen dit deelgebied is dat nationale rechters steeds meer kijken en verwijzen naar buitenlandse uitspraken.⁵⁰ In de rechtspraak van het Bundesgerichtshof en van Engelse rechters op Court of Appeal-niveau is zelfs de plicht aangenomen dat rechters in zaken over Europese octrooien bij afwijking van buitenlandse uitspraken motiveren waarom dat geschiedt.⁵¹ In Nederland bestaat die plicht niet, maar gebeurt het in de praktijk wel geregeld. Wanneer het hiervoor besproken UPC wordt ingesteld, zal de invloed vanuit het Unierecht toenemen. Het UPC zal namelijk gebonden zijn aan beslissingen van het HvJ EU naar aanleiding van door het UPC gestelde prejudiciële vragen.

Op het gebied van het IE-procesrecht was de Europese invloed duidelijk voelbaar. Door de implementatie van de Europese Handhavingsrichtlijn zijn er verschillende nieuwe mogelijkheden in ons Wetboek van Burgerlijk Procesrecht opgenomen, zoals het bewijsbeslag (met monsterneming en gedetailleerde beschrijving),⁵² het *ex parte* verbod⁵³ en de redelijke en evenredige proceskostenveroordeling.⁵⁴ Vooral deze proceskostenveroordeling, geregeld in art. 1019h Rv, was het afgelopen decennium een veel besproken onderwerp.⁵⁵ Er werden in IE-zaken hoge proceskostenveroordelingen toegewezen en het was voor partijen vaak moeilijk te voorspellen wat het proceskostenrisico was. De toegang tot de rechter leek hierdoor voor met name kleinere bedrijven in het gedrang te komen. De rechtbanken, hoven en de Hoge Raad hanteren daarom sinds enige tijd zogenaamde indicatietarieven,⁵⁶ die sinds kort vaak worden toegepast als maximum tarieven.

P.B. Hugenholtz; *IER* 2014/45, m.nt. S. Kulk (*UPC Telekabel Wien/Constantin*), punt 47 en HvJ EU 14 juli 2011, C-46/10, ECLI:EU:C:2011:485, NJ 2013/282, m.nt. M.R.F. Senfleben (*Viking Gas/Kosan*), punt 31.

48. Er bestaan wel enkele specifieke regelingen, zoals Verordening (EG) nr. 469/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 betreffende het aanvullende beschermingscertificaat voor geneesmiddelen, *PbEU* 2009, L 152/1.

49. Verdrag betreffende het Europees octrooi voor de gemeenschappelijke markt, ondertekend te Luxemburg op 15 december 1975. Zie ook conclusie van A-G Van Peursem van 30 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:981 (*Sun/Novartis*), onder 2.17 en Huydecoper/Van der Kooij/Van Nispen/Cohen Jehoram, *Industriële eigendom* 1 (2016), 3.2.3.

50. Zie bijv. HR 3 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2807, NJ 2018/178, m.nt. Ch. Gielen; *JGR* 2017/34, m.nt. M.D.B. Schutjens (*MSD/Teva*), r.o. 3.6.3.

51. Zie de conclusie van A-G Van Peursem van 30 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2200 (*Bayer/Sandoz*), onder 2.3.

52. Art. 1019b-d Rv.

53. Art. 1019e Rv.

54. Art. 1019h Rv.

55. Zie daarover het proefschrift van C.J.S. Vrendenburg, *Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken: regelingen over proceskosten getoetst aan het EU-recht* (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Kuwer 2018.

56. Deze indicatietarieven zijn te raadplegen via www.rechtspraak.nl. De meest recente versies dateren van 1 april 2017. De indicatietarieven gelden niet voor octrooizaken.

Het bewijsbeslag werd door de implementatie van de Handhavingsrichtlijn eveneens een *hot topic*. Ook in niet IE-zaken werd geregeld verzocht tot het mogen leggen van bewijsbeslag. Naar aanleiding van prejudiciële vragen van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam, bevestigde de Hoge Raad op 13 september 2013 dat het leggen van bewijsbeslag ook in niet IE-zaken mogelijk is.⁵⁷ In het onlangs gepubliceerde voorontwerp van wet tot aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de vereenvoudiging en modernisering van het bewijsrecht wordt nu voorgesteld om deze uitspraak van de Hoge Raad in de wet te verankeren. De invloed van Europese IE-regelgeving strekt zich dus ook uit buiten het IE-veld.⁵⁸

De uit Europa afkomstige regelgeving heeft tot dusver tot weinig veranderingen in het nationale handelsnaamrecht geleid. Afgezien van het feit dat de uit Europa afkomstige IE-procesregels ook van toepassing zijn in bepaalde handelsnaamzaken,⁵⁹ is het materiële handelsnaamrecht niet veranderd sinds 1921. Is dat wel terecht? Ik denk het niet. Wanneer we bijvoorbeeld kijken naar de hiervoor besproken kwestie over zuiver beschrijvende handelsnamen, kan uit Europese regelgeving en rechtspraak naar ik meen worden afgeleid dat – anders dan uit de Hnw volgt – zuiver beschrijvende handelsnamen niet voor handelsnaamrechtelijke bescherming in aanmerking zouden moeten komen. Het HvJ EU heeft in het kader van het merkenrecht overwogen dat beschrijvende tekens of benamingen met het oog op het algemeen belang in beginsel voor een ieder vrij beschikbaar moeten blijven.⁶⁰ Ook een ondernemer moet naar ik meen in beginsel niet worden belemmerd om een zuiver beschrijvende aanduiding als naam voor zijn onderneming te gebruiken. Dit zou mogelijk ook botsen met het recht op vrijheid van ondernemerschap dat geregeld is in art. 16 Handvest. Daarnaast is blijkens de Handhavingsrichtlijn⁶¹ de achterliggende gedachte van het kunnen nemen van vergaande procesrechtelijke maatregelen in IE-zaken dat creativiteit en innovatie niet moeten worden ontmoedigd. Nu van (enige) creativiteit of innovatie in het geval van een zuiver beschrijvende handelsnaam geen sprake is, lijken dergelijke maatregelen – zoals een veroordeling in de redelijke en evenredige proceskosten ex. art. 1019h Rv – bij een beroep op een zuiver beschrijvende handelsnaam niet op zijn plaats. Gelet op deze Europese rechtspraak en regelgeving valt een herziening van de uit 1921 stammende Hnw aan te bevelen. Ik meen dat bij een dergelijke herziening duidelijk moet worden gemaakt dat zuiver beschrijvende handelsnamen niet voor handelsnaamrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Een zaak van een lokaal zeer bekende ‘De Bakker’ tegen een nieuwe ‘De Bakker’ past mijns inziens beter binnen de context van de onrechtmatige daad. Binnen dat kader geldt dat het profiteren

57. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455, m.nt. H.B. Krans; IER 2014/9, m.nt. F.W.E. Eijsvogels; JOR 2013/330, m.nt. E. Loesberg (Molenbeek).

58. Zie ook het voorgestelde art. 1019ie Rv. Dit (ontwerp)artikel is geïnspireerd op art. 1019h Rv en maakt het ook in zaken over bedrijfsgeheimen mogelijk dat de rechter de in het ongelijk gestelde partij veroordeelt in de redelijke en evenredige proceskosten van de winnaar. *Kamerstukken I* 2017/18, 34821, C, D en E.

59. Titel 15 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is blijkens art. 1019 ook van toepassing op procedures krachtens art. 5 en 5a Handelsnaamwet.

60. HvJ EG 4 mei 1999, C-108/97 en C-109/97, ECLI:EU:C:1999:230, NJ 2000/269, m.nt. D.W.F. Verkade; IER 1999/30, m.nt. Ch. Gielen (*Windsurfing Chiemsee*).

61. Zie de considerans onder 3 van de Handhavingsrichtlijn.

van het bedrijfsdebet van een concurrent op zichzelf niet onrechtmatig is, ook niet als de concurrent daarvan nadeel ondervindt.⁶² Alleen in geval van bijkomende omstandigheden kan worden opgetreden.⁶³ Daarvan zou naar ik meen bijvoorbeeld sprake kunnen zijn wanneer een nieuwe 'De Bakker' zich drie deuren naast de lokaal zeer bekende 'De Bakker' vestigt. Het is dan aannemelijk dat bewust wordt geprobeerd om de concurrent dwars te zitten.

De Europese wetgever heeft tot op heden nog geen aanstalten gemaakt om een algemene regeling op het gebied van het IE-vermogensrecht op te stellen. Ook nationaal is dit deel van het IE-recht tot teleurstelling van velen niet geheel gecodificeerd. Er zijn weliswaar in enkele IE-regelingen bepalingen over bijvoorbeeld de overdraagbaarheid van IE-rechten opgenomen,⁶⁴ maar veel vermogensrechtelijke onderwerpen zijn niet geregeld. Al verschillende decennia wordt daarom gepleit om vermogensrechtelijke IE-aspecten — zoals de goederenrechtelijke status van een aanvraag van een merk of octrooi en van licenties — in het daarvoor gereserveerde Boek 9 van het Burgerlijk Wetboek op te nemen.⁶⁵ Recent nog hebben 50 hoogleraren de Nederlandse wetgever opgeroepen om nu toch echt tot een codificatie van het IE-vermogensrecht te komen.⁶⁶ Volgens hen is het voor Nederland hoog tijd en van wezenlijk belang voor de transactiepraktijk dat het IE-vermogensrecht eenduidig wordt vastgelegd. Bovendien zou een kersverse Nederlandse IE-vermogensrechtregeling als blauwdruk kunnen dienen voor een Europese richtlijn of verordening. Hoewel ik mij volledig achter deze oproep schaar, vraag ik mij af of de Nederlandse wetgever deze handschoen zal oppakken. De Nederlandse wetgever lijkt zijn handen al vol te hebben aan onder meer het (tijdig) omzetten van Europese richtlijnen en zal mogelijk Europese regelgeving op dit punt willen afwachten. Daartoe is op dit moment nog geen aanstalten gemaakt, maar uiteindelijk zal die Europese regelgeving er naar ik vermoed wel komen. Eenvormige en duidelijke vermogensrechtelijke IE-regels dragen immers bij aan een goede werking van de interne markt, een van de doelstellingen van de Unie. Het zou de Nederlandse wetgever echter sieren om op dit punt het voortouw te nemen.

13.7 Concentratie van procedures

Een andere tendens binnen het IE-gebied is de concentratie van procedures bij exclusief bevoegde instanties. De rechtbank en het hof Den Haag hebben al langere tijd meerdere exclusieve bevoegdheden op het gebied van het intellectuele eigendomsrecht. Zo zijn deze gerechten exclusief bevoegd ten aanzien van bijvoorbeeld inbreuk- en nietigheidsgeschillen over octrooien, Uniemerken en Gemeenschaps-

62. C.J.J.C. van Nispen, *GS Onrechtmatige daad*, IV 6.1.2 (Profiteren van andermans bedrijfsdebet niet op zichzelf onrechtmatig; rechtspraak Hoge Raad).

63. Zie over het begrip bijkomende omstandigheden de conclusie van A-G Van Peursem van 11 september 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1879 (*Artiestenverloningen/Prae Artiestenverloning*).

64. Zie bijv. art. 64-69 ROW, art. 71-74 EOv, art. 2 Aw, art. 19-29 UMVo, art. 2.31-2.33 BVIE en art. 2 Hnw.

65. Zie bijv. A. Quaedyvlieg, 'De lange adem van Boek 9', *NJB* 2018/1239 en de door hem genoemde bronnen.

66. D.J.G. Visser & J.B. Spath, 'Waar is Boek 9 dan gebleven?', *Ars Aequi* 2017/5 en *IER* 2018/2.

modellen⁶⁷ en kennen deze gerechten een exclusief bevoegde kamer voor het kwekersrecht. Daarnaast zijn — zoals hiervoor besproken — sinds 1 juni 2018 de procedures naar aanleiding van beslissingen van het BOIP gecentraliseerd bij het Benelux Gerechtshof en is het de bedoeling dat geschillen over unitaire octrooien in de toekomst exclusief worden behandeld door het UPC. Met deze concentratie van procedures wordt beoogd eenvormigheid van rechtspraak en specialisering bij rechters te bevorderen.⁶⁸

In de toekomst verwacht ik ook een concentratie van procedures op het gebied van het auteursrecht.⁶⁹ Door nieuwe technieken die ingewikkelde auteursrechtelijke vragen oproepen, moeilijk te doorgronden rechtspraak van het HvJ EU en veranderende regelgeving liggen uiteenlopende en tegenstrijdige rechterlijke uitspraken juist op dit deelgebied op de loer. Concentratie van rechtspraak lijkt daarom ook hier wenselijk.⁷⁰ Wanneer er, zoals hiervoor al aan de orde kwam, in de toekomst een unitair auteursrecht komt, zal er waarschijnlijk — net als in het geval van Uniemerken en Gemeenschapsmodellen — een exclusief bevoegde rechtbank voor het Unieauteursrecht worden aangewezen. Ook voor die tijd lijkt het echter verstandig om auteursrechtzaken te concentreren bij een beperkt aantal bevoegde instanties.

13.8 Versplintering in deelgebieden

Een derde tendens binnen het IE-landschap is de versplintering van het rechtsgebied in vele deelgebieden. Zoals in de bijdrage van Toon Huydecoper in deze bundel mooi is beschreven, dateren de eerste Nederlandse IE-regelingen van halverwege de negentiende eeuw. Aan het begin van de twintigste eeuw zijn vervolgens, mede als gevolg van internationale verdragsverplichtingen, de Octrooiwet 1910, de Auteurswet 1912 en de Handelsnaamwet 1921 tot stand gekomen. Internationale invloed vanuit de Benelux en de EEG/EU zorgden er daarna in de tweede helft van de twintigste eeuw voor dat er vele nieuwe vormen van intellectuele eigendom bijkwamen. Hiermee werd beoogd bescherming te geven aan inspanningen die niet binnen de bestaande regelingen waren in te passen.⁷¹ Voor elk object van bescherming werd in een apart regelkader onder meer de beschermingsomvang en — duur geregeld. Dit heeft geleid tot een versplinterd IE-landschap met vele deel-

67. Er bestaat verdeeldheid over de vraag of de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag ook exclusief bevoegd is ten aanzien van inbreukvorderingen in kort geding gegrond op een Gemeenschapsmodel of Uniemerk of dat — gelet op art. 90 lid 1 GMVo en art. 131 lid 1 UMVo — ook voorzieningenrechters van andere rechtbanken daartoe bevoegd zijn. Deze problematiek is op 31 augustus 2018 aan de Hoge Raad voorgelegd door middel van een vordering tot cassatie in het belang der wet (ECLI:NL:PHR:2018:957).

68. Zie bijv. Gemeenschappelijke MvT bij het Protocol van 21 mei 2014 houdende wijziging van het Benelux-verdrag inzake de intellectuele eigendom en considerans onder 29 van Verordening 6/2002 van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen.

69. Op dit moment is er alleen voor zaken over de thuiskopieregeling sprake van concentratie van procedures bij de rechtbank en het hof Den Haag (art. 16g Aw).

70. Zie over de wenselijkheid van specialistische rechtspraakvoorzieningen het rapport van de Raad voor de Rechtspraak uit 2010 met de titel 'Specialisatie loont?! Ervaren van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen'. Dit rapport is te vinden via: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/RM-Specialisatie-loont.pdf>.

71. Zie bijv. F.W. Grosheide, *Intellectuele eigendom* (Monografieën BW, nr. A32), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 30 e.v.

gebieden. De op dit moment bestaande IE-deelgebieden – die in de inleiding zijn opgesomd – hebben de ratio ofwel rechtvaardiging van de bescherming gemeen: de beloning van de rechthebbende en de bevordering van kennisdeling. In de considerans van de Handhavingsrichtlijn is dit als volgt verwoord: ‘De bescherming van de intellectuele eigendom moet de uitvinder of maker in staat stellen rechtmatig profijt van zijn uitvinding of schepping te trekken en bovendien een zo groot mogelijk verspreiding van werken, denkbeelden en nieuwe kennis mogelijk maken.’⁷²

13.9 Artificial intelligence en robots

Mogelijk zullen nieuwe ontwikkelingen in de toekomst leiden tot een verdere versplintering van het IE-landschap. Een belangrijke ontwikkeling in dit verband is de opkomst van artificial intelligence (hierna: AI) en robots. Er worden steeds slimmere en geavanceerdere machines ontwikkeld waardoor de samenleving zal veranderen. De ontwikkeling raakt ook het intellectuele eigendomsrecht omdat creaties en uitvindingen steeds vaker met behulp van AI en robots worden gecreëerd. In een resolutie van het Europees Parlement van 16 februari 2017 met aanbevelingen aan de Commissie over civielrechtelijke regels inzake robotica wordt over intellectuele eigendom het volgende opgemerkt:⁷³

‘Het Europees Parlement (...)

18. stelt vast dat er geen wettelijke bepalingen zijn die specifiek voor robotica gelden, maar dat de bestaande rechtsstelsels en rechtsleer zonder meer op robotica kunnen worden toegepast, al moeten bepaalde aspecten wellicht nader worden onderzocht; verzoekt de Commissie steun te verlenen aan een horizontale en technologie-neutrale benadering van de intellectuele eigendom die kan worden toegepast in alle sectoren waar robot-systemen kunnen worden ingezet.’

Blok is in januari 2018 in een interessante oratie ingegaan op de vraag hoe het octrooirecht moet omgaan met uitvindingen die zijn gedaan met behulp van een slim systeem en kwam tot de conclusie dat de opkomst van slimme systemen weliswaar revolutionaire gevolgen heeft voor het uitvindwerk, maar niet noopt tot een radicale hervorming van het octrooirecht.⁷⁴ Blok betoogt dat de vraag of een uitvinding tot stand is gekomen met behulp van een slim systeem niet relevant is voor octrooierbaarheid, omdat het resultaat van het proces telt. Als de uitvinding nieuw, inventief en industrieel toepasbaar is, kan aan de mens die een intellectuele bijdrage heeft geleverd aan het inventieve proces octrooi worden verleend. Blok ziet wel octrooirechtelijke problemen voor bijvoorbeeld aanvragers van octrooiën die hun uitvinding in zogeheten conclusies moeten definiëren en *examiners* bij het octrooibureau en octrooirechters die de inventiviteit van een uitvinding moeten beoordelen.

72. Zie considerans onder 2 van de Handhavingsrichtlijn.

73. Resolutie van het Europees Parlement van 16 februari 2017 met aanbevelingen aan de Commissie over civielrechtelijke regels inzake robotica (2015/2103(INL)). Zie ook de mededeling van de Commissie van 25 april 2018 inzake kunstmatige intelligentie voor Europa, SWD(2018) 137 final.

74. P.H. Blok, *Echte rechten voor kunstmatige creaties. Moeten we octrooiën blijven verlenen als slimme systemen het uitvindwerk overnemen?* (oratie Universiteit Utrecht), Amsterdam: deLex 2018.

Het is niet ondenkbaar dat in de toekomst robots geheel zelfstandig — dus zonder hulp van een mens — creaties zullen bedenken en uitvindingen zullen doen. Wie is dan de rechthebbende op een dergelijke uitvinding of creatie en moet zo'n inspanning worden beloond en zo ja wat zou dan de beschermingsomvang en duur moeten zijn? De huidige IE-regelingen zijn niet geschreven en bedoeld voor uitvindingen en creaties die geheel zelfstandig door robots zijn gecreëerd. Zo wordt met het auteursrecht beoogd om voortbrengselen van de menselijke geest te beschermen⁷⁵ en neemt het bestaande octrooisysteem tot uitgangspunt dat een uitvinder een persoon is.⁷⁶ De bestaande beschermingsregimes — en daarin opgenomen 'beloningen' — zijn bovendien afgestemd op (R&D-)inspanningen die door mensen zijn verricht. Robots — die over veel data zullen beschikken — behoeven waarschijnlijk veel minder inspanningen te verrichten om tot een nieuwe creatie of uitvinding te komen. Enige bescherming van deze inspanningen ligt naar ik meen wel voor de hand. Innovatie en een zo groot mogelijke verspreiding van nieuwe kennis, die weer als bron van inspiratie voor verdere ontwikkelingen kan gelden, dienen immers te worden bevorderd.⁷⁷

Aangezien, zoals uit het voorgaande blijkt, creaties en uitvindingen die geheel zelfstandig door robots zijn gecreëerd niet goed binnen de bestaande IE-regelingen kunnen worden ingepast, acht ik de kans aanwezig dat hiervoor in de toekomst een nieuw Europees IE-deelgebied ontstaat. Over hoe een dergelijk IE-robotica-deelgebied moet worden vormgegeven, dient goed te worden nagedacht. Een het IE-gebied overstijgende vraag die hierbij opkomt is of aan robots rechtspersoonlijkheid moet worden toegekend en of zij dus zelf eigenaar van een IE-recht kunnen worden. In de hiervoor al genoemde aanbevelingen heeft het Europees Parlement de Commissie verzocht om de mogelijkheid van rechtspersoonlijkheid van robots te verkennen.⁷⁸

'Het Europees Parlement (...)

59. verzoekt de Commissie bij het uitvoeren van een effectbeoordeling van haar toekomstige wetgevingsinstrument de gevolgen van alle mogelijke wettelijke oplossingen te verkennen, te analyseren en te beoordelen (...)

f.) op de lange termijn een specifieke rechtspersoonlijkheid creëren voor robots, zodat in elk geval de meest geavanceerde autonome robots de status kunnen krijgen van elektrisch persoon die verantwoordelijk is voor het vergoeden van veroorzaakte schade, en eventueel uitgaan van elektro-

75. HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, NJ 2008/556, m.nt. E.J. Dommering; IER 2008/58, m.nt. J.M.B. Seignette (*Endstra*), r.o. 4.5.1. Zie ook de Auteursrechtrichtlijn, considerans onder 14 en art. 1 en 2.

76. Zie bijvoorbeeld AIPPI Resolution Question Q244, *Inventorship of Multinational Inventions* (2015): '1 A person should be considered a (co-)inventor if they have made an intellectual contribution to the inventive concept. (...)'. Zie ook de authentieke Engelse tekst van het EO: 'Chapter II. Persons entitled to apply for and obtain a European patent — mention of the inventor.'

77. Zie considerans onder 1 en 2 van de Handhavingsrichtlijn.

78. Resolutie van het Europees Parlement van 16 februari 2017 met aanbevelingen aan de Commissie over civielrechtelijke regels inzake robotica (2015/2103(INL)), par. 59.

nische persoonlijkheid als robots autonome beslissingen treffen of anderszins onafhankelijk reageren met derden;’.

Hierop is kritisch gereageerd. In een open brief aan de Europese Commissie hebben vele experts aangegeven dat het geven van rechtspersoonlijkheid aan robots in juridisch en ethisch opzicht onwenselijk is.⁷⁹ Ook in de literatuur wordt gewezen op de mogelijke gevaren,⁸⁰ terwijl anderen een zekere vorm van rechtspersoonlijkheid voor robots wel voor zich zien.⁸¹ Moeten wij als mensen echter wel willen dat robots (vermogens)rechten krijgen en is het nodig? Het lijkt mij van belang dat we zorgen dat robots de samenleving kunnen dienen en mensen de controle over en verantwoordelijk voor hun daden houden. Het registreren van autonome robots, zodat duidelijk is wie de eigenaar is, en het invoeren van een certificeringssysteem om te verzekeren dat de robots aan bepaalde normen voldoen, zou hieraan mogelijk kunnen bijdragen.

Voor wat betreft het intellectuele eigendomsrecht voorspel ik voor de toekomst voor creaties en uitvindingen die geheel zelfstandig door robots zijn gecreëerd een nieuw unitair IE-robotica-recht dat toekomt aan de eigenaar van de robot en gelet op de waarschijnlijk geringe inspanningen een beperkte duur heeft. De tijd zal het leren.

13.10 Ten slotte

Het intellectuele eigendomsrecht is in de afgelopen decennia sterk veranderd. De Unierechtelijke rechtsorde heeft geleid tot versnippering van het IE-landschap in vele deelgebieden die door de steeds veranderende regelgeving bovendien voortdurend in beweging zijn. Dit zal in de eenentwintigste eeuw naar ik vermoed niet veranderen. Ik verwacht dat er in de toekomst naast het Uniemerkenrecht en het Gemeenschapsmodel ook een unitair octrooirecht en unitair auteursrecht komt. Daarnaast zal de opkomst van robotica zorgen voor nieuwe IE-vraagstukken en mogelijk zelfs de komst van een unitair IE-robotica-recht. Verder verwacht ik dat er in de eenentwintigste eeuw een algemene regeling voor het IE-vermogensrecht zal komen en dat het nationale handelsnaamrecht zal worden aangepast. Ook voor de toekomst geldt dus: *never a dull moment in the world of IP*.

Leiden, september 2018

79. Zie www.robotics-openletter.eu.

80. Zie bijv. T. Hartlief, ‘Van knappe koppen en hun uitvindingen’, *NJB* 2018/878 en S.J.J.C. Kortmann, ‘Intelligente systemen en rechtssubjectiviteit’, *NJB* 2018/1363.

81. A.C. van Schaik, ‘Robot als rechtssubject’, *NTBR* 2018/7. Van Schaik betoogt dat het BW over enige tijd wellicht een apart boek behoeft waarin kunstmatige intelligentie, naast natuurlijke personen en rechtspersonen, een plaats heeft als rechtssubject en dus eveneens als zelfstandige drager van rechten en plichten, uiteraard met oog voor haar bijzondere karaktereigenschappen. Zie ook: R. van den Hoven van Genderen, ‘AI systemen en Robot als rechtspersoon, juridische noodzaak of begin van het einde?’, *MemoRad* 2017, afl. 3, p. 26-33.

Mededingingsrecht

Hoofdstuk 14

Enige toekomstperspectieven bezien vanuit het mededingingsrecht: over nieuwe technologieën en bestuurlijke onafhankelijkheid in turbulente tijden

Mr. dr. J. Mulder *

14.1 Inleiding

Markten zijn constant onderhevig aan verandering. Technologische ontwikkelingen, de opmars van nationalistisch gecentreerde politieke bewegingen en klimaatverandering zijn belangrijke factoren die de fundamenteën van onze toekomstige economie ongetwijfeld zullen beïnvloeden. Volgens sommige (doem)denkers zullen technologische ontwikkelingen leiden tot een economie die gedreven wordt door kunstmatige intelligentie en ‘slimme contracten’ waarmee ondernemingen zonder directe ‘collusie’ in staat zullen zijn hun marktgedrag zodanig te coördineren dat marktprijzen uiteindelijk per definitie monopolistisch worden.¹ Hoewel de toekomst er daarmee wellicht een is waar alles anders zal zijn, zal vanuit het mededingingsrecht tegelijkertijd toch ook veel hetzelfde blijven. De *incentives* van ondernemingen om de potentiële vernietigende effecten van dynamische concurrentie te ondervangen in de vorm van samenwerking of uitsluiting van concurrenten veranderen namelijk niet. Zolang markten bestaan, bestaat daarmee de uitdaging van concurrentie voor marktpelers en zolang de menselijke natuur ongewijzigd blijft zullen sommige deelnemers op markten in de verleiding komen om op concurrentieverstorende manieren te handelen. Dat betekent uiteraard niet dat deze factoren geen uitdagingen meebrengen voor de toekomst van het mededingingsrecht en in het bijzonder ook het mededingingsbeleid. Zoals ik hieronder zal bespreken zijn sommige van deze uitdagingen zelfs fundamenteel van aard. Grote sprongen in het gebruik en toepassing van blockchain en algoritmes kunnen, zeker in oligopolistische marktstructuren, noodzaken tot een fundamentele herbezinning van de wijze waarop het mededingingsrecht wordt toegepast.²

Het mededingingsrecht en beleid krijgt daarnaast in toenemende mate te maken met nieuwe politieke populistische stromingen die druk uitoefenen op juridische instituties die vanuit dergelijke kringen veelal gezien worden als de bestaande bolwerken van de status quo. Juridische instituties komen daarmee in toenemende mate onder druk te staan om mee te bewegen met de wensen van een luide minderheid. We zien dit wellicht het meest duidelijk in de Verenigde Staten maar de hernieuwde protectionistische tendens bereikt inmiddels ook Nederland. Dit fenomeen

* Mr. dr. J. Mulder is werkzaam bij de ACM en tevens Universitair docent aan de Universiteit Utrecht. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

1. Schrepel, Thibault, *Is Blockchain the Death of Antitrust Law? The Blockchain Antitrust Paradox* (June 2018). Beschikbaar op SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3193576>.
2. M. Stucke & A. Ezrachi, ‘Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition’, *Oxford Legal Studies Research Paper* 2015, nr. 18.

meen gaat in de toekomst mogelijk het mededingingsrecht in toenemende mate beïnvloeden. Zo staat bijvoorbeeld in het laatste regeerakkoord onder meer dat in de land- en tuinbouwsector het mededingingsrecht tegenwicht moet bieden aan ‘ongelijke machtsverhoudingen’.³ Daarom wordt ‘de mededingingswet (...) aangepast’ en ‘samenwerking (...) expliciet toegestaan’. In dit kader komt ook een fenomeen aan bod dat vooral in Nederland reeds heeft geleid tot een debat over de (toekomstige) rol van het mededingingsrecht in het kader van klimaatbeleid. Dat er een spanningsveld bestaat tussen het mededingingsrecht en, in het bijzonder, duurzaamheid in Nederland is de laatste jaren duidelijk geworden. De benadering van bedrijfsinitiatieven ten aanzien van duurzamere energieproductie en diervriendelijker kippenvlees door de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) en de mededingingsrechtelijke commentaren daarop hebben dit in kaart gebracht.⁴ Het intensieve debat hierover heeft inmiddels geleid tot een wetsvoorstel dat het spanningsveld probeert op te lossen en momenteel bij de Raad van State voorligt. Ook hier zal ik kort op reflecteren vanuit het oogpunt van het belang van bestuurlijke onafhankelijkheid.

Hieronder bespreek ik dus respectievelijk de uitdagingen van de digitale economie (**sectie 2**) en het belang van bestuurlijke onafhankelijkheid in tijden van politieke turbulentie (**sectie 3**). Ik zal in deze bijdrage vooral kijken naar de uitdagingen in de toepassing van het kartelverbod (art. 6 Mededingingswet, ‘Mw’) en het verbod op het misbruik van een economische machtspositie (art. 24 Mw). De bijdrage zal bestaan uit enige bredere reflecties op toekomstige uitdagingen en denkrichtingen waarbij ik dus niet toe zal komen aan echte legalistische beschouwingen en juridische detail analyses.⁵

14.2 De uitdaging van de digitale economie

Concurrentie op de grote digitale markten verschilt van concurrentie op meer traditionele markten. Digitale markten omvatten vaak platformgebaseerde bedrijfsmodellen, veelzijdige markten, netwerkeffecten en schaalvoordelen die mededingingsproblemen complexer maken.⁶ Anders dan in de meeste economische sectoren,

3. Regeerakkoord ‘Vertrouwen in de toekomst’ (<https://www.kabinetsformatie2017.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst>), p. 36.

4. Zie voor een selectieve greep uit het debat: L. Ankersmit, ‘Het einde van de kilonallers? De grenzen aan zelfregulering van duurzaam vlees onder het kartelverbod’, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2011, afl. 7, p. 149-155; A. Gerbrandy, ‘Duurzaamheidsbelangen in het mededingingsrecht’, *NtEr* 2013, afl. 9, p. 326-333; H. Pijnacker-Hordijk, ‘Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het mededingingsrecht’, *M&M* 2013, afl. 1, p. 5-10; J. Mulder, ‘Op het snijvlak van onafhankelijkheid en openheid: wat is de rol van de ACM in een duurzame maatschappij?’, *SEW* 2014, afl. 12, p. 565-578; J. Mulder, ‘Een duurzame maatschappij, wat mag dat kosten?’, *NJB* 2015/1400, p. 1912-1920; J.W. van de Gronden, ‘Europees mededingingsrecht en niet-economische belangen’, *SEW* 2016, afl. 11, p. 472-483; J. Wubbels, ‘Wat kunnen we doen aan de remmende werking van het mededingingsrecht op duurzaamheidsinitiatieven?’, *M&M* 2016, afl. 5, p. 193-198.

5. Op voorhand is het tevens van belang te benadrukken dat het Nederlandse mededingingsrecht voor wat betreft de materiële inhoud grotendeels is geëuropeaniseerd. Dat wil zeggen dat voor de toepassing van het mededingingsrecht aansluiting wordt gezocht bij het Europese mededingingsrecht en vooral ook de interpretatie daarvan door de Europese rechters.

6. A. Deng, ‘An Antitrust Lawyer’s Guide to Machine Learning’, *Antitrust* 2018, nr. 2, p. 80; M. Anderson & M. Huffman, ‘The Sharing Economy meets the Sherman Act: Is Uber a Firm, A Cartel, or Something in Between?’, *Columbia Business Law Review* 2017, p. 859-933.

is binnen de digitale economie in toenemende mate sprake van een verwevenheid tussen ondernemingen en vaak is enige coördinatie en samenwerking tussen bedrijven onvermijdelijk en kan deze ook concurrentiebevoorderend zijn. Hoge investeringen en innovatie op digitale markten hebben geleid tot snelle technologische vooruitgang en innovatie heeft het functioneren van gevestigde en vaak gereguleerde markten verstoord. Concurrentie op digitale markten staat inmiddels hoog op de agenda van mededingingsautoriteiten in Europa. De *buzzwords* van dit moment in mededingingsland zijn dan ook blockchain, algoritmes, platforms en big-data.⁷

Het mededingingsrecht heeft uiteraard eerdere ervaring met economische veranderingen en marktinnovatie opgedaan. De impact van economische veranderingen in de vorm van globalisering, nieuwe technologie, binnenlandse en internationale liberalisering zijn voor het mededingingsrecht allemaal facetten van een voortdurende structurele verandering in de economie. Het mededingingsrecht beweegt noodzakelijkerwijs mee met deze ontwikkelingen en vooral mededingingsautoriteiten hebben dan ook veel ervaring met de toepassing van het bestaande kader op zich constant vernieuwende feitencomplexen. Veel en, inderdaad, de meeste van deze veranderingen hebben belangrijke implicaties voor de toepassing van het mededingingsrecht. Economische ontwikkelingen kunnen leiden tot een bredere keuze voor de consument, tot nieuwe kansen op de markt en soms wellicht de noodzaak van interventie om de concurrentie te beschermen te verminderen.

Economische processen kunnen echter ook leiden tot nieuwe vormen van anti-concurrentiegedrag: globalisering leidde bijvoorbeeld tot een sterke toename van internationale kartels. Nieuwe technologie brengt nieuwe bronnen van marktmacht (Apple, Amazon, Google); data gedreven markten en fusies zijn enorm lastig te beoordelen op de innovatie-effecten van het samengaan van dynamische ondernemingen. Daarbij komt dat nieuwe technologieën natuurlijk niet per definitie tot meer concurrentie leiden. Veel 'nieuwe technologie'-sectoren vereisen grote investeringen in infrastructuur zoals de ontwikkeling van besturingssystemsoftware, algoritmes of de bouw van gsm-masten. De pioniersbedrijven in deze sectoren worden daarom geconfronteerd met zware, 'verzonken' kosten. Echter, zodra basisnetwerkinfrastructuren zijn opgezet kunnen dit industrie-standaarden worden die het voor andere toetreders moeilijker maakt de markt te betreden. Zeker als het een markt betreft waar netwerkeffecten een belangrijke rol spelen kunnen deze toetredingsbarrières cruciaal zijn. Netwerkeffecten spelen een grote rol in de 'nieuwe' platform markten. Platforms zorgen voor interactie en/of een transactie tussen verschillende groepen gebruikers. Men spreekt daarom ook wel van 'tweezijdige markten'. Het kenmerkende van platforms is dat deze groepen gebruikers afhankelijk van elkaar zijn waardoor er sprake is van netwerkeffecten. Een netwerkeffect houdt bijvoorbeeld in dat een platform aantrekkelijker en waardevoller

7. Zie in algemene zin vooral: Stucke & Ezrachi 2015; N. Abe & T. Kamba, 'A Web Marketing System With Automatic Pricing', *Computer Networks* 2000, nr. 1-6, p. 775-788; S.B. Hwang & S. Kim, 'Dynamic Pricing Algorithm for E-Commerce', in: T. Sobh & K. Elleithy (red.), *Advances in Systems, Computing Sciences and Software Engineering*, Springer 2006, p. 149-155; S.K. Mehra, 'Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms', *Minnesota Law Review* 2015, vol. 100; B.J. Drijber, 'Big data en het mededingingsrecht', in: P.H. Blok (red.), *Big data en het recht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017; A. Ittoo & N. Petit, 'Algorithmic Pricing Agents and Tacit Collusion: A Technological Perspective', IO: Regulation, Antitrust & Privatization SSRN.

wordt voor gebruikers aan de ene zijde (bijvoorbeeld consumenten) naarmate er meer gebruikers aan de andere zijde zijn (een voorbeeld is een credit card). Voor sociale netwerken geldt dat het platform aantrekkelijker is naarmate er meer gebruikers aan dezelfde zijde zijn. Netwerkeffecten zorgen voor een aparte concurrentiedynamiek: platforms kunnen snel uitgroeien tot grote marktspelers doordat het aantal gebruikers exponentieel groeit. Platforms proberen zo snel mogelijk een kritieke massa gebruikers aan te trekken om zodoende netwerkeffecten aan te jagen. Tegenwoordig is er vooral aandacht voor platforms die online actief zijn. Digitalisering heeft de kosten voor platforms verlaagd om hun diensten aan te bieden. Het is bijvoorbeeld goedkoper om via het internet hotels en consumenten met elkaar in contact te brengen dan via een papieren catalogus. Dat is een belangrijke reden voor het succes van online platforms. Het digitale tijdperk leidt mede hierdoor tot snel veranderende markten. Veel traditionele ondernemingen maken plaats voor online platforms. E-commerce (Bol.com, Amazon), sociale netwerken (Facebook, WhatsApp), de 'deeleconomie' (BlaBlaCar, Airbnb), om een aantal categorieën te noemen. Een aantal grote, kapitaalkrachtige online platforms breiden hun dienstverlening steeds verder uit naar nieuwe markten. Er ontstaan 'ecosystemen' van platforms. Ondernemingen als Facebook, Amazon, Google en Apple streven ernaar de consument een breed pakket diensten aan te bieden. Met als doel dat de consument het ecosysteem niet meer hoeft te verlaten. Op deze manier creëren deze ondernemingen soms dominante marktmacht.

Bovendien maken de dalende kosten voor het delen van informatie het ook gemakkelijker voor bedrijven om samen te werken, al was het maar stilzwijgend. Om een gesimplificeerd beeld te geven: als firma A het internet kan gebruiken om elke prijsverlaging die firma B biedt, bij te houden en te matchen, is het voor firma B veel minder aantrekkelijk om de prijzen in de eerste plaats te verlagen. Algoritmes kunnen dit proces inmiddels grotendeels tevens automatiseren. Nieuwe technologie en big-data stelt bedrijven ook in staat om hun klanten te volgen en te segmenteren op een veel meer onderscheidende – en mogelijk discriminerende – manier. Bedrijven kunnen dus voordeel halen uit betere informatie over hun klanten en concurrenten.⁸ Al deze kenmerken van de nieuwe economie vormen uitdagingen voor het mededingingsbeleid in de komende jaren. Daarbij gaat het om een lastige balans. Noch perfecte concurrentie, noch een absoluut monopolie is bevorderlijk voor een hoog innovatieniveau in de markt. Een bedrijf met een monopolie heeft geen prikkel om te investeren in nieuwe producten en diensten omdat het al overwinsten geniet. Maar als markten te perfect werken, dan is er weinig stimulans voor bedrijven om zwaar te investeren in onderzoek en ontwikkeling, omdat de voordelen waar mogelijk snel zullen worden gekopieerd en gedeeld door concurrerende bedrijven.⁹ Waar die balans in de 'nieuwe economie' zou moeten uitkomen is onderwerp van debat.

8. S.B. Hwang & S. Kim, 'Dynamic Pricing Algorithm for E-Commerce', in: T. Sobh & K. Elleithy (red.), *Advances in Systems, Computing Sciences and Software Engineering*, Springer 2006, p. 149-155; S.K. Mehra, 'Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms', *Minnesota Law Review* 2015, vol. 100.
9. Richard Gilbert, 'Looking for Mr. Schumpeter: Where Are We in the Competition-Innovation Debate?', in: *Innovation Policy and the Economy* 2006, Vol. 6, p. 159-215 (National Bureau of Economic Research, accessible at www.nber.org/chapters/c0208.pdf).

Over het algemeen gesproken is het mededingingsrechtelijke wetgevingskader echter goed in staat mee te bewegen met de soms radicale ontwikkelingen in de economie. Dit komt met name vanwege het feit dat het mededingingsrecht voornamelijk open normen bevat. Een inbreuk op art. 6 Mw vereist een overeenkomst of onderling afgestemde gedraging tussen ondernemingen die de mededinging merkbaar beperkt. Art. 24 Mw verbiedt ‘misbruik van een economische machtspositie’. De uitdaging voor het mededingingsrecht in de nieuwe economie zal gezien deze open normen niet liggen in het toepassen van deze kaders op nieuwe feitencomplexen. De grote vragen die spelen zijn in hoeverre slimme algoritmes in staat zullen zijn een vorm van afstemming tussen ondernemingen te bereiken die collusie overbodig maakt. Een dergelijke vorm van afstemming van marktgedrag valt namelijk niet onder het kartelverbod.¹⁰ Daarbij zou uiteindelijk overwogen kunnen worden algoritmes zelf aan enige regulering te onderwerpen, of een autoriteit de bevoegdheid te geven te kijken naar de concurrentieverstorende effecten van slimme algoritmes. Daarvoor zou echter wel een nieuwe wettelijke basis vereist zijn.¹¹

Een andere belangrijke vraag is of de invloed en marktmacht van Google en andere grote technologiebedrijven op de publieke sfeer door het mededingingsrecht kunnen worden opgelost. Google heeft uiteraard een aantal flinke boetes gekregen van de Europese Commissie maar deze zaken illustreren tegelijkertijd dat het mededingingsrecht moeilijk in staat is tijdig in te grijpen.¹² Zowel met de *Google Search*-zaak als in de recente *Android*-zaak wordt geïllustreerd dat de uitsluiting van potentiële concurrenten in principe reeds heeft plaatsgevonden. De marktmacht van Google blijft daarmee uiteindelijk onverminderd groot, ondanks de miljardenboetes die aan de Europese Commissie worden overgemaakt. Als het wenselijk is om Googles marktmacht te beperken, dan moet mogelijk ofwel een ruime uitleg aan het mededingingsrecht worden gegeven, of kan naar andere reguleringswegen worden omgezien.¹³ Dit zijn wederom vragen voor de (Europese) wetgever.¹⁴

14.3 De uitdaging van bestuurlijke onafhankelijkheid in turbulente tijden

Er zit een belangrijke waarde in de ‘afstand’ tussen een mededingingsautoriteit en de politiek. Dat is de traditionele en welbekende scheiding tussen politiek en markt. De markt moet ‘vrij’ zijn van al te veel politieke inmenging om optimale marktsresultaten te bereiken. Waar die grens precies moet worden getrokken zou onderdeel

10. Zie ook Anna Gerbrandy & Bart Custers, ‘Algoritmische besluitvorming en het kartelverbod’, *M&M* 2018-3, p. 101-109.

11. C. Volschenk, ‘Why every country needs an algorithm regulator’, AIM Group, 17 juli 2017, <https://aimgroup.com/2017/07/17/why-every-country-needs-an-algorithm-regulator/> (laatst geraadpleegd op 10 september 2018).

12. <https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans> (laatst geraadpleegd op 11 september 2018).

13. Zie ook Eric van Damme, Inge Graef & Wolf Sauter, ‘Big data, prijsdiscriminatie en mededinging’, *M&M* 2018-3, p. 114-123.

14. Daar wordt overigens wel over nagedacht, zie <https://www.reuters.com/article/us-eu-google-antitrust/eu-antitrust-chief-keeps-open-threat-to-break-up-google-report-idUSKBN1H110H> (laatst geraadpleegd op 10 september 2018).

moeten zijn van een maatschappelijk debat. Het lijkt echter grotendeels onweersproken dat het waardevol is om een sterke 'onafhankelijke' autoriteit te hebben die het belang van de markt continu waarborgt zonder politieke inmenging en de waan van de dag. De verplichting een onafhankelijke autoriteit voor de handhaving van het mededingingsrecht op te zetten vloeit overigens ook voort uit Europese regelgeving.¹⁵ Markt en maatschappij zijn in de praktijk echter altijd onlosmakelijk met elkaar verbonden en die verbondenheid leidt, onder meer, tot ingewikkelde en politiek saillante vraagstukken. In toenemende mate is daarbij zichtbaar dat nationalistische of populistische vraagstukken een rol lijken te spelen. Politici kunnen soms de neiging hebben om opdrachten mee te geven aan bestuurlijke autoriteiten. Zo heeft Trump er bijvoorbeeld een (klein) handje van om druk uit te oefenen op ondernemingen via het Amerikaanse mededingingsrecht.¹⁶ Daarbij is het hem veelal te doen om het bereiken van een ander doel dan effectieve mededinging.¹⁷

Een duidelijk gevaar voor effectieve handhaving van het mededingingsrecht is dat populistische sentimenten zoals bijvoorbeeld 'groot is altijd slecht' leiden tot beleid en toepassing van de mededingingsregels dat schadelijk is voor innovatie en economische groei. Indien mededingingsbeleid wordt gewijzigd om andere doelen te dienen dan de economische doelstellingen van het bevorderen van concurrentie en het beschermen van consumenten, dan vermindert de effectiviteit van een zuiver mededingingsrecht.

Politieke thema's over de verhouding tussen het mededingingsrecht en andere beleidsdoelen die in toenemende mate in Nederland aan de oppervlakte verschijnen zijn bijvoorbeeld concurrentie en samenwerking in de eerstelijnszorg; de concurrentiepositie van land- en tuinbouwers versus grote supermarkten; samenwerking tussen marktpartijen verbieden om kartels te voorkomen versus dergelijke samenwerking gericht op duurzaamheid juist te ondersteunen.

Voor al deze situaties zou het mededingingsrecht volgens het meest recente regeerakkoord in de toekomst ruimte moeten creëren om samenwerking tussen ondernemingen mogelijk te maken.¹⁸ Daarbij komt dat de politieke wens in Nederland op dit moment is dat sociale en groene doelstellingen worden opgepakt door de samenleving zelf. Deze zogenaamde 'doe-democratie' wordt gedreven vanuit de politieke wens regeldruk te verminderen en het 'zelf-organiserend vermogen van de samenleving' te activeren.¹⁹ Echter, hier wordt het feit dat het nationale mededingingsrecht niet los gezien kan worden van het EU-mededingingsrecht van steeds groter belang.

15. Proposal for a Directive to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market, 2017/0063 (COD) COM(2017) 142 final.

16. Zie bijvoorbeeld <https://www.businessinsider.nl/donald-trump-says-google-amazon-and-facebook-may-be-very-antitrust-2018-8/?international=true&r=US>.

17. Shapiro, Carl, 'Antitrust in a Time of Populism' (October 24, 2017). Toegankelijk op SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3058345> (laatst geraadpleegd op 11 september 2018).

18. Zie voetnoot 3, *Ibid*.

19. Zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2013/07/09/kabinetsnota-doe-democratie> en <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/07/06/kamerbrief-werken-aan-toekomstbestendige-wetgeving-en-een-toekomstbestendig-wetgevingsproces> (laatst geraadpleegd op 10 september 2018).

Bij de Europese Commissie staat het mededingingsrecht namelijk ferm in het teken van de bescherming van efficiënt werkende markten en in dienst van consumentenwelvaart. Dat brengt mee dat voor een belangenweging tussen de efficiëntievoordelen van concurrentie en andere belangen – zogenoemde ‘niet-economische belangen’, zoals die in het regeerakkoord genoemd worden – niet zonder meer plaats is.

De thema's zijn niet nieuw: over de macht van supermarkten die aan hun toeleveranciers te lage prijzen zouden opdringen wordt al jaren geklaagd. De ACM wordt regelmatig opgeroepen deze inkoopmacht opnieuw te onderzoeken.²⁰ Onder bepaalde omstandigheden zou het gebruik van die inkoopmacht kunnen leiden tot een inbreuk op art. 24 Mw. Echter, tot nu toe is steeds de conclusie dat er op basis van het mededingingsrecht geen reden is om aan te nemen dat er daadwerkelijk sprake is van misbruik van inkoopmacht. Dat komt mede omdat er geen negatief effect is op de consumentenwelvaart: lage inkoop prijzen leveren immers lage consumentenprijzen op. Dat is vanuit mededingingsperspectief wenselijk. Vanuit de politiek ontstaat echter in toenemende mate de roep dat in die beoordeling de belangen van land- tuinbouwers een grotere rol moet gaan spelen.²¹ Ook eerstelijnszorgaanbieders, zoals huisartsen, hebben de beperkingen van het mededingingsrechtelijke raamwerk in het verleden ervaren. Nadat concurrentie op de zorgmarkt is ingevoerd moeten huisartsen zelfstandig hun positie bepalen, bijvoorbeeld ook tegenover de zorgverzekeraars.²²

Hetzelfde spanningsveld is aanwezig op het gebied van duurzaamheid. Dat spanningsveld wordt veroorzaakt omdat bedrijven die gezamenlijk een duurzaamheidsbelang nastreven mogelijk de onderlinge concurrentie tussen elkaar beperken met negatieve effecten voor de consumentenwelvaart. Een product dat niet voldoet aan (bijvoorbeeld) een fair-trade-standaard wordt van de markt geweerd als relevante concurrentieparameter, of productieprocessen worden duurder vanwege het feit dat geen producten meer worden afgenomen van aanbieders die (bijvoorbeeld) geen mensenrechten of minimumarbeidsvoorwaarden in ogenschouw nemen. Hoewel sommige consumenten dit belangrijke doelstellingen zullen vinden en bereid zijn daarvoor ook wat meer te betalen, is het zeer de vraag of dit zo is voor alle consumenten. Dat bleek bijvoorbeeld in het kader van een keteninitiatief van boeren en supermarkten voor de introductie van duurzamer kippenvlees (de Kip van Morgen). Consumenten waren uiteindelijk niet bereid de prijsverhoging te dragen die zou zijn ontstaan als gevolg van het weren van kiloknallers uit de schappen van de supermarkt.²³ Dat betekent uiteraard niet dat duurzaam kippen-

20. Kamerstukken II 2015/16, 28973, 174.

21. Voor hun belangen is overigens wel aandacht in het Europese landbouwbeleid, waar een aanzet tot verandering wordt gegeven die ook mededingingsrechtelijk gezien meer ruimte kan bieden.

22. ACM heeft in een visiedocument uiteen te zetten dat eerstelijnsverzorgers niet bang hoeven te zijn dat direct boetes worden opgelegd, en dat samenwerking in het belang van patiënten geoorloofd is. Maar wel alleen als binnen de Europees georiënteerde mededingingsrechtelijke kaders wordt gebleven.

23. Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken ‘De Kip van Morgen’ (kenmerk ACM/DM/2014/206028), januari 2015, p. 3-4 (gepubliceerd op www.acm.nl). De minimumvoorwaarden binnen het Kip-van-Morgen-initiatief zagen vooral op afspraken over het houden van een trager groeiend kippenras, meer ruimte door een verlaging van de bezettingsgraad met 10%, goede bodembedekking van de

vlees er niet toe doet. Het betekent enkel dat de wetgever in een dergelijke situatie duurzaamheid expliciet zou moeten prioriteren en een wettelijke basis creëert om voorrang te geven aan de betreffende belangen. Het mededingingsrechtelijke kader is daarvoor in principe niet opgezet.²⁴ Los van het feit dat afspraken over duurzaamheid tot prijsverhogingen kunnen leiden kan worden getwist over de vraag in hoeverre dit soort initiatieven per se gezamenlijk moeten worden aangeboden. Zou het niet efficiënter zijn indien bedrijven afzonderlijk concurreren, tevens op het niveau van duurzaamheidsstandaarden, en op die wijze nauwer aansluiten bij de concrete en werkelijke wensen van de consument? We zien bijvoorbeeld dat bedrijven inmiddels in toenemende mate inspelen op de nieuwe klimaatbewuste consument. Ten slotte, hoe kunnen ‘wij’ (vanuit een democratisch perspectief) er zeker van zijn dat niet enkel het eigen belang van de betrokken ondernemingen wordt gediend?

Het regeerakkoord zet in op een mededingingsrechtelijke koersverandering: concreet op de beleidsterreinen van zorg en land- en tuinbouw, en als algemeen beleidsvoornemen als het gaat om duurzaamheid en mededingingsrecht. Zoals hieronder nader wordt toegelicht moet het wetsvoorstel dat nu voor advies voorligt bij de Raad van State ‘Ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven’ in de eerste plaats het spanningsveld tussen het mededingingsrecht en duurzaamheidsbelangen oplossen.²⁵ Het wetsvoorstel zal moeten resulteren in een wet die het mogelijk maakt duurzaamheidsinitiatieven van ondernemingen in de wet te verankeren en daarmee een wettelijke status te geven. Op deze basis worden private duurzaamheidsinitiatieven in wetgeving omgezet en, zo is de gedachte, zal de spanning tussen het mededingingsrechtelijke kader en private duurzaamheidsinitiatieven kunnen worden geadresseerd. Immers, het mededingingsrecht is alleen van toepassing op overeenkomsten tussen ondernemingen en niet op wetgeving.

In beginsel klopt die aanname. Binnen het mededingingsrechtelijke raamwerk zijn private maatregelen die publieke belangen nastreven maar in dat proces een ander publiek belang opzijzetten, namelijk het belang van effectieve mededinging, alleen toegestaan indien de beperkingen op de mededinging kunnen worden gerechtvaardigd vanuit het perspectief van consumentenwelvaart. Indien dergelijke maatregelen aantoonbaar leiden tot een verhoging van de consumentenwelvaart, biedt het mededingingsrechtelijke raamwerk daar ruimte voor. Het mededingingsrechtelijke raamwerk biedt daarmee een validering en bepaalde legitimiteit vanuit de markt voor de private maatregelen. Immers, consumenten zijn bereid meer te betalen voor de beperking op de mededinging. Echter, op het moment dat consumentenwelvaart niet aantoonbaar verbetert zal een alternatieve bron van legitimiteit moeten worden aangeboord. Normaal gesproken wordt die legitimiteit geboden via wetgeving. De overheid zou er voor kunnen kiezen de besproken belangen via wetgeving te adresseren. Daarmee is het mededingingsrechtelijke raamwerk niet

stal, strenge controle op dierenwelzijnsnormen, een natuurlijk dag- en nachtritme, verlaging van het antibioticagebruik, aanwending van 100% duurzame soja en diverse milieumaatregelen.

24. G. Monti & J. Mulder, ‘Escaping the clutches of EU competition law’, *Elrev* (2017), 5, p. 635.

25. Zie ook J. Mulder, ‘Mededingingsrecht versus duurzaamheid: het wetsvoorstel algemene gelding als panacee?’, *SEW* 2017, afl. 3, p. 108-117.

langer van toepassing aangezien het toepassingsbereik daarvan inderdaad is beperkt tot ondernemingen.

Echter, indien wetgeving expliciet zou worden ingezet om de mededingingsrechtelijke regels te omzeilen en kartelafspraken zouden worden versterkt of indien regulerende bevoegdheden worden overgedragen aan ondernemingen met hetzelfde effect, dan ontstaat mogelijk alsnog een conflict met het Europese mededingingsrecht.²⁶ Er bestaat namelijk een natuurlijke scepsis binnen het mededingingsrecht ten aanzien van ondernemingen die claimen te handelen voorbij hun directe eigenbelang en de wetgever voorzien van op maat gemaakte afspraken die in wetgeving kunnen worden omgezet.²⁷ Zoals Advocaat Generaal Jacobs in de zaak Albany vaststelde *'handelen particuliere ondernemers normaal gesproken in hun eigen belang en niet in het algemeen belang, wanneer zij onderling overeenkomsten sluiten. De gevolgen van hun overeenkomsten zijn dan ook niet noodzakelijkerwijs in het algemeen belang'*.²⁸

Het wetsvoorstel introduceert echter een aantal procedurele waarborgen die moeten garanderen dat ondernemingen daadwerkelijk een duurzaamheidsbelang zullen nastreven. Zo moeten ondernemingen voldoende draagvlak creëren voor een initiatief, moeten de effecten op de mededinging en consument in kaart worden gebracht en toetst uiteindelijk de minister via een voorhangprocedure of het wenselijk is om het initiatief om te zetten in een wettelijke regeling.²⁹ De uitdaging zal zijn om de procedurele waarborgen die nu worden geïntroduceerd in het wetsvoorstel adequaat uit te werken in de praktijk om te garanderen dat ondernemingen niet toch (deels) in hun eigen belang handelen bij het opstellen van de duurzaamheidsinitiatieven die vervolgens in wetgeving worden omgezet. De assumptie binnen het Europese mededingingsrecht is daarbij dat, in afwezigheid van dergelijke stringente criteria, ondernemingen in de regel toch zullen handelen in hun eigen belang. Er bestaan in de uitwerking van het wetsvoorstel derhalve nog veel uitdagingen voor de praktijk. De grootste uitdaging zal zijn te voorkomen dat via deze wet ondernemingen de mogelijkheid krijgen op verkapte wijze, onder het mom van duurzaamheidsdoelstellingen, de concurrentie tussen elkaar met betrekking tot duurzaamheid helemaal en onnodig uit te sluiten. Bijvoorbeeld in het kader

26. Zie ook J. Mulder, 'Mededingingsrecht versus duurzaamheid: het wetsvoorstel algemene gelding als panacee?', *SEW* 2017, afl. 3, p. 108-117.

27. Zie gevoegde zaken C-184/13-C-187/13, C-194/13, C-195/13 en C-208/13, ECLI:EU:C:2014:2147, r.o. 29 (APJ); HvJ EG, C-96/94, ECLI:EU:C:1995:308, r.o. 21 (*Centro Servizi Spediporto*); HvJ EG, C-35/99, ECLI:EU:C:2002:97, r.o. 35 (*Arduino*) en HvJ EG, ECLI:EU:C:2006:758, r.o. 47 (*Cipolla e.a.*).

28. Conclusie A-G E.G. Jacobs in C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, r.o. 184 (*Albany*). Voor ondernemingen kunnen uiteraard zuivere en economisch gegronde redenen bestaan voor een samenwerking. In het kader van duurzaamheid bijvoorbeeld omdat daarmee zogenaamde coördinatieproblemen worden opgelost zoals *free riding* en het *first mover disadvantage*. *Free riding* ziet op de situatie dat een bedrijf investeringen doet waarvan concurrenten vervolgens kunnen profiteren zonder een vergelijkbare investering te hoeven doen. Bijvoorbeeld een marketingcampagne waarin het belang van duurzaamheid wordt benadrukt. Hiermee worden consumenten in hun algemeenheid wellicht bereidwilliger dergelijke producten af te nemen. Echter, niet noodzakelijkerwijs de producten van het bedrijf dat de investering in de marketingcampagne gedaan heeft. *First mover disadvantage* ziet op de situatie waarin een onderneming besluit niet langer 'niet-duurzame' producten aan te bieden. Als gevolg zullen de prijzen van de producten van deze onderneming omhooggaan en zullen sommige consumenten logischerwijs overstappen naar een concurrent. Met het oogmerk dergelijke coördinatieproblemen op te lossen kan het vanuit een economisch perspectief efficiënt zijn dat wordt samengewerkt.

29. Wet ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven, memorie van toelichting.

van het initiatief alleen nog duurzaam kippenvlees in de schappen van de supermarkt te krijgen zou de uitdaging opkomen om vast te stellen dat de werkelijke reden voor het initiatief niet een oorsprong vindt in de het neutraliseren van de concurrentiedruk van 'kiloknallers'. Onder de noemer van verduurzaming zou dan in feite de markt worden gestabiliseerd. De procedurele waarborgen zullen in de praktijk moeten garanderen dat bij de ontwikkeling van de duurzaamheidsinitiatieven enkel en alleen het duurzaamheidsbelang leidend is.

Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn om een duurzaamheidsplatform op te richten als een intermediaire stap tussen de ontwikkeling van plannen door de betrokken ondernemingen en de indiening van de plannen bij de minister waar ze uiteindelijk een wettelijke status krijgen.³⁰ Op dat platform zouden, naast vertegenwoordigers van de ondernemingen zelf, tevens 'publiek-belang'-vertegenwoordigers kunnen worden aangesteld die de ontwikkeling van de plannen zouden kunnen overzien om te garanderen dat in alle stappen van het proces een publiek belang leidend is geweest.

14.4 Conclusie

Een blik op de toekomst is altijd lastig te substantiëren maar in de wereld van het mededingingsrecht kunnen wel enkele stevige voorspellingen worden gedaan. Het is duidelijk dat technologische vooruitgang de economie en bepaalde markten in een stroomversnelling brengt die fundamentele uitdagingen voor de toepassing van de mededingingsregels met zich meebrengen. In de woorden van de nieuwe bestuursvoorzitter van de ACM Martijn Snoep zal het mededingingsrecht met 'wat goede wil, de nodige lef en een dosis creativiteit' op alle uitdagingen van de nieuwe economie een antwoord kunnen formuleren.³¹ Voor sommige uitdagingen zal de wetgever moeten nadenken over de wenselijkheid van nieuwe regulering.

Ook in turbulente tijden moet het belang van bestuurlijke onafhankelijkheid gewaarborgd blijven. Indien de politieke wens ontstaat andere belangen voorrang te geven op het mededingingsbelang moet de wetgever hierin een rol vervullen. De ACM moet in dit kader bestuurlijk onafhankelijk kunnen blijven en los van politieke invloed haar handhavende taken kunnen blijven uitvoeren. Indien het mededingingsbeleid wordt ingezet om andere doelen te dienen dan de economische doelstellingen van het bevorderen van concurrentie en het beschermen van consumenten, dan vermindert de effectiviteit van een zuiver mededingingsrecht. Vandaag de dag is het echter steeds duidelijker dat op basis van politieke druk, belangen van mededinging en economische efficiëntie met regelmaat worden overruled door andere belangen. Er is daarom in de eerste plaats een behoefte aan parlementair en maatschappelijk debat over die weging. De bredere discussie die op gang zou moeten komen, betreft de noodzaak een bewuste keuze te maken om bredere maatschappelijke kwesties een structurele en weloverwogen plek te geven binnen het institutionele mededingingskader zonder de bestuurlijke onafhankelijkheid

30. Zie ook J. Mulder, 'Mededingingsrecht versus duurzaamheid: het wetsvoorstel algemene gelding als panacee?', *SEW* 2017, afl. 3, p. 108-117.

31. Column Martijn Snoep, 'Het weer, Trump en stilzwijgende coördinatie', *M&M* 2018-3.

van de ACM aan te tasten. Daarvoor is de wetgever inmiddels op zoek gegaan naar nieuwe innovatieve wetgevingskaders op basis waarvan wordt aangesloten bij de zo gewenste participatiemaatschappij. De uitdaging zal zijn om ondernemingen die hierin gaan participeren voldoende in te bedden binnen procedurele waarborgen die garanderen dat uiteindelijk duurzaamheid wordt gediend en geen sluiers ontstaan waarbinnen ondernemingen de vrije hand krijgen om de uitdagingen van duurzaamheid via onderlinge afstemming in te zetten voor het eigen belang.

Hoofdstuk 15

Mededingingsrecht en (de Vereeniging) Handelsrecht; een afterthought

Prof. mr. R. Wesseling^{*}

De viering van het 100-jarig bestaan van de Vereeniging Handelsrecht noodt tot een korte beschouwing over de verhouding tussen mededingingsrecht en (de Vereeniging) handelsrecht. De voorgaande bijdrage van Jotte Mulder kijkt vooral vooruit naar toekomstige ontwikkelingen in het mededingingsrecht. De vraag kan worden gesteld wat die ontwikkelingen betekenen voor de verhouding met het handelsrecht en de toekomst van de Vereeniging Handelsrecht. Dat geldt in het bijzonder nu de Vereeniging in haar lange geschiedenis met regelmaat uitdrukkelijk aandacht aan het mededingingsrecht heeft besteed. Terugkijkend naar de positie van het mededingingsrecht, als studieobject, binnen de Vereeniging valt daarbij het volgende op.

Het mededingingsrecht krijgt met een zekere regelmaat aandacht binnen de Vereeniging in de vorm van preadviezen die hierover handelen. Vaak is het niet, maar als er belangrijke ontwikkelingen zijn dan wordt daaraan diepgaand aandacht besteed. Dit geldt voor wat gezien zou kunnen worden als de drie mijlpalen van het voor Nederland relevante mededingingsrecht: (i) de mededingingsregels zoals die werden opgenomen in het E.E.G.-Verdrag in 1958; (ii) in de jaren zeventig van de vorige eeuw de vraag of die Verdragsregels aanvulling behoefde in de vorm van een Europees fusiecontroleregime (een vraag die de Raad van Ministers van de EU later bevestigend heeft beantwoord); en (iii) de vaststelling en inwerkingtreding van de Nederlandse Mededingingswet in 1998.

Aan ieder van deze vragen en ontwikkelingen zijn één of meer preadviezen gewijd. En hoe lang geleden ook opgesteld, die preadviezen zijn ook vandaag de dag nog lezenswaardig. Wat daarbij opvalt, is dat preadviezen steeds (diep) ingaan op de mededingingsrechtelijke materie die aan de orde is. Dwarsverbanden met andere rechtsgebieden die voorwerp van studie en discussie zijn binnen de Vereeniging worden eigenlijk niet gemaakt. Dat roept de vraag op of het mededingingsrecht een buitenbeentje is binnen het handelsrecht?

Die vraag is uiteraard niet definitief of voor altijd te beantwoorden. Zie ik het goed dan is de reikwijdte van wat tot het handelsrecht wordt gerekend over de tijd niet statisch geweest. Hetzelfde geldt, in ieder geval, voor het mededingingsrecht. Het meest in het oog springend, zijn de regels die gaan over oneerlijke handelspraktijken of ongeoorloofde mededinging. Die regels kunnen historisch gezien als de kern van het mededingingsrecht worden beschouwd. En die regels zijn zo natuurlijk verbonden met het handelsrecht dat het logisch is dat zij gezien worden (of: wer-

^{*} Prof. mr. R. Wesseling is partner bij Stibbe en actief op het gebied van mededingingsrecht. Hij is daarnaast als hoogleraar mededingingsrecht verbonden aan de rechtenfaculteit van de Universiteit van Amsterdam.

den?) als onderdeel van het handelsrecht. Net als bij de overige gebieden van het handelsrecht, beogen de regels over eerlijke mededinging het handelsverkeer te faciliteren door regels vast te stellen die recht doen aan redelijke belangen van marktpartijen. De regels over oneerlijke mededinging hebben over de afgelopen periode echter noch in de praktijk noch — voor zover ik weet — in de wetenschap een prominente plek gehad. Misschien komt dat doordat de wat algemene regels zijn aangevuld en verdiept in specifiekere regels, bijvoorbeeld die van het intellectueel eigendomsrecht.

Los daarvan heeft het mededingingsrecht onder invloed van de — inmiddels — EU-bepalingen over mededingingsrecht en de Nederlandse Mededingingswet een andere invulling gekregen. Hierin staan het kartelverbod en het verbod op het misbruiken van een economische machtspositie centraal. De regels over voorafgaande aanmelding en beoordeling van voorgenomen fusies en overnames, vullen die regels aan. De handhaving van die regels heeft zich zo ontwikkeld dat ‘eerlijkheid’ daarin in de afgelopen decennia in feite geen rol heeft gespeeld. Meer en meer is de mededingingsrechtelijke aandacht uitgegaan naar economische efficiëntie. Bevordert een afspraak of een gedraging de consumentenwelvaart, dan is die afspraak of gedraging mededingingsrechtelijk toelaatbaar. Omgekeerd, worden fusies en overnames goedgekeurd tenzij kan worden aangetoond dat zij afbreuk zullen doen aan de consumentenwelvaart. De mededingingsregels zijn door deze ontwikkeling verder af komen te staan van de kern van het handelsrecht. Het ging in het mededingingsrecht in de afgelopen periode niet over het faciliteren van een eerlijk handelsverkeer maar om waarborging van de positieve effecten van mededinging voor de (economische) welvaart. Allicht verklaart dat waarom over de afgelopen twintig jaar binnen de Vereniging geen aandacht heeft bestaan voor het mededingingsrecht in de vorm van een preadvies daarover.

Het interessante voor de relatie tussen de Vereniging en het mededingingsrecht is dat de schets die Jotte Mulder hierboven heeft gegeven van toekomstige ontwikkelingen in het mededingingsrecht onderstreept dat het mededingingsrecht inmiddels meer en meer bezig is met de weging van andere belangen dan uitsluitend de bevordering van consumentenwelvaart. Die ontwikkeling is over de afgelopen jaren aantoonbaar versneld. De EU Commissie baseert haar mandaat om de mededingingsregels te handhaven — en torenhoge boetes op te leggen aan partijen als Google — expliciet op de noodzaak van eerlijkheid (*‘fairness’*) op de markt. Impliciet verschuift de aandacht in het mededingingsrecht daarmee richting het voorkomen van oneerlijke handelspraktijken. Die trend is niet beperkt tot de activiteiten van de EU Commissie maar is ook — juist — zichtbaar in de lidstaten, waaronder bijvoorbeeld in Nederland. De Autoriteit Consument en Markt verschilt met name van haar voorganger, de Nederlandse Mededingingsautoriteit, doordat de Consumentenautoriteit en daarmee consumentenbeschermingsoverwegingen onderdeel zijn geworden van de gefuseerde autoriteit. Voor zover tussen die rechtsgebieden geen overlap bestaat, is zichtbaar dat ten minste kruisbestuiving ertussen plaatsvindt.

Het is tegen die achtergrond dat met enig optimisme de verwachting kan worden uitgesproken dat het mededingingsrecht ook in de toekomst binnen de Vereeniging bestudeerd en besproken zal worden.

