

De opkomst van de (concern)onderneming in het vennootschapsrecht en daarbuiten

Prof. mr. L. Timmerman*

De auteur verdedigt dat de begrippen vennootschap en onderneming dienen te worden onderscheiden, maar niet gescheiden. Zij beïnvloeden elkaar over en weer. Als gevolg daarvan is de kapitaalvennootschap een kneedbare rechtsfiguur geworden. De auteur laat zien dat het geen begaanbare weg is om de onderneming zelf rechtssubject te maken. Regelgeving voor ondernemingen dient te verlopen via bijvoorbeeld de kapitaalvennootschappen.

'If I have seen further, it is by standing on the shoulders of giants.'¹

1 Inleiding

De verhouding tussen de kapitaalvennootschap en de onderneming is een kernprobleem van vennootschapsrecht.² Daarover is weinig geschreven.³ Niettemin heeft veel vennootschapswetgeving met die verhouding te maken (structuurregeling, enquêterecht, spreekrecht van de ondernemingsraad op de aandeelhoudersvergadering, wijzigingen in het financiële verslaggevingsrecht, bedenktijd enzovoort). De Hoge Raad (en de Ondernemingskamer) doet over die relatie regelmatig uitspraken. In deze verhandeling probeer ik de 'mysterieuze' verhouding tussen de kapitaalvennootschap en de onderneming te snappen. Aan het slot van mijn verhandeling besteed ik nog enige aandacht aan de concernonderneming.

Mijn betoeg berust op een vooronderstelling: het is zinnig om vennootschap en onderneming te onderscheiden.⁴ De reden voor deze vooropstelling is dat vennootschap en onderneming beesten met een verschillend karakter zijn. De kapitaalvennootschap is een juridische constructie met rechtspersoonlijkheid, de onderneming een sociaaleconomische organisatie zonder zoiets als rechtspersoonlijkheid.⁵ Een kapitaalvennootschap kan failliet gaan, een onderneming niet. Daarom mag je deze fenomenen niet op één hoop vegen.⁶ Er is geen samenvatting. In deze verhandeling verdedig ik dat hoewel beide noties te onderscheiden zijn, deze niet gescheiden mogen worden. Het zijn verbonden begrippen die elkaar beïnvloeden.⁷ Ik begin met een paar opmerkingen over de vraag wat een onderneming is.

2 Wat is een onderneming?

Een *onderneming* is doorgaans een zelfstandige organisatie van mensen die met behulp van vermogen, waaronder knowhow, in veranderende maatschappelijke en economische behoeften probeert te voorzien door voortbrenging of distributie van goederen of diensten en daarbij voordeel nastreeft.⁸ Ik maak een paar opmerkingen bij deze omschrijving.

* Prof. mr. L. Timmerman is hoogleraar ondernemingsrecht, in het bijzonder zijn historische ontwikkeling, aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 Uitspraak van Isaac Newton, gevonden in A. Dijksterhuis, *Inspiratie. Hoe we tot grootse prestaties komen*, Amsterdam: Prometheus 2022, p. 15.

2 Zie hierover ook de opmerking van Van Schilfgaarde in L. Timmerman e.a., *Piercing Van Schilfgaarde* (IVOR nr. 9), Deventer: Kluwer 1990, p. 71.

3 Zie voor een mooie, genuanceerde beschouwing over de verhouding tussen vennootschap en onderneming J.W. Winter, J.B. Wezeman & J.D.M. Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 20-24.

4 Zie in dezelfde zin het verhelderende artikel van B. Segrestin, A. Hatchuel & K. Levillain, *When the law distinguishes between the enterprise and the corporation: The case of the new French law on corporate purpose*, *Journal of Business Ethics* 2021, p. 1-13. Zie ook J.-P. Robé, *Property, power and politics. Why we need to rethink the power system?*, Bristol: Bristol University Press 2020, p. 195-200. Deze auteur gaat uitvoerig op het nut van het maken van dit onderscheid in. Zie tevens zijn uitvoerige artikel J.-P. Robé, *The legal structure of the firm*, *Accounting, Economics and Law* (1) 2010, afl. 1, p. 1-88.

5 Erik Stam schrijft ten onrechte dat een onderneming een rechtspersoon is in Stam, *Theorieën van de onderneming. De winst van een dynamische brede welvaartsbenadering* (Working Paper nr. 52), Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2022, p. 24, voetnoot 65.

6 Vooral in de Verenigde Staten en Groot-Brittannië worden de begrippen corporation, company, firm en enterprise door elkaar gebruikt. Zie bijv. W. Magnuson, *For profit. A history of corporations*, New York: Basic Books 2022.

7 Ik ben een aanhanger van verbindend recht, zie mijn opstel *Verbindend vennootschapsrecht*, in: M.H. Claringbould e.a., *Verbindend recht* (Feestbundel Krijn Haak), Deventer: Kluwer 2012, p. 511-524.

8 Zie voor het begrip onderneming B.F. Assink, *Slagter. Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 51-56.

In een onderneming wordt gebruik gemaakt van vermogen: het ondernemingsvermogen. Dat vermogenscomplex is eigendom van een ondernemer. Een ondernemer kan een natuurlijk persoon of kapitaalvennootschap (dan wel een andere rechtspersoon) zijn. Een onderneming behelst een organisatie van leiding en werknemers. Die groep mensen zet vaak innovatieve activiteiten op. Daarmee is een onderneming een pluriform verschijnsel.⁹ Dat veelvormige karakter van een onderneming verwijst naar drie elementen:

1. een organisatie van mensen;
2. ondernemingsvermogen; en
3. gezamenlijke vernieuwende activiteiten.

Voor de ene kwestie treedt het ene element van een onderneming naar voren, voor een ander vraagstuk een ander aspect. Daarbij moet een onderneming veranderingsgezind en dynamisch zijn. De maatschappij is immers voortdurend in beweging. Met het verrichten van ondernemingsactiviteiten worden de organisatie en het ondernemingsvermogen met elkaar verbonden.¹⁰

Wanneer Boek 2 BW¹¹ of de Hoge Raad¹² de term onderneming bezigt, dan wordt verwezen naar een begrip dat overeenkomt met het zojuist aangeduide begrip onderneming. Het begrip onderneming is vager dan de in Boek 2 BW geregelde kapitaalvennootschap. Ondernemingen (we weten niet altijd precies wie of wat tot een onderneming behoort) hebben meestal meer rafelranden dan de kapitaalvennootschap.

In Nederland krijgt het verschijnsel onderneming vaart aan het einde van de negentiende eeuw.¹³ De onderneming begint aan een opmars. Deze is het gevolg van de in de tweede helft van de negentiende eeuw op gang gekomen industrialisatie.¹⁴ Vanaf zo ongeveer 1870 treedt in Nederland een aantal bijzon-

dere ondernemers, zoals Stork, Van Marken,¹⁵ Anton Philips¹⁶ en Heineken,¹⁷ naar voren. Deze leggen de grondslag voor het Nederlandse bedrijfsleven in de twintigste eeuw.¹⁸ Dat is een bijzondere prestatie geweest. Ook verschijnen in die tijd professionele bestuurders (managers) op het toneel. Deze gaan in de twintigste eeuw aan vennootschappen en ondernemingen leiding geven.¹⁹

Ondernemingen zijn doorgaans gericht op voortbrenging van massaproducten of -diensten. Die massificatie wordt mogelijk gemaakt door mechanisering (aanvankelijk via de stoommachine) en de door managers uitgedachte rationele inrichting van ondernemingsprocessen.²⁰ Aan het einde van de negentiende eeuw worden in de gehele westerse wereld winkelstraten aangelegd met etalages die consumenten verleiden de door ondernemingen gemaakte massaproducten te kopen.²¹ In die tijd worden naast ondernemingen ook kapitaalvennootschappen populair. Het aantal oprichtingen neemt snel toe.²² In 1851 had Nederland 137 naamloze vennootschappen, in 1911 waren dat er 6874. Vanaf die tijd speelt het vraagstuk van de verhouding tussen vennootschap en onderneming. Om te beginnen raket ik een oude discussie op over onderneming en kapitaalvennootschap.

9 Slagter/Assink 2013, p. 53.

10 Zie over ondernemingsbegrippen Stam 2022.

11 Zie bijv. art. 2:129/239 lid 5 BW.

12 Denk hierbij bijv. aan het gebruik van het begrip onderneming in de later nog te bespreken Cancun-beschikking van de Hoge Raad (HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286).

13 Zie hierover J.M. de Jongh, Tussen societas en universitas. De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief (diss. Rotterdam; IVOR nr. 94), Deventer: Kluwer 2014, p. 295-296.

14 Zie hierover Joh. de Vries, De Nederlandse economie tijdens de 20ste eeuw, Bussum: Fibula-van Dishoeck 1983, p. 15 en 65 en van dezelfde auteur Ontstaan en groei van economische systemen. Van het neolithicum tot de eindtijd, Amsterdam: Boom 2011, p. 104. Zie over de industrialisatie aan het einde van de negentiende eeuw: J. Luiten van Zanden & A. van Riel, Nederland 1780-1914. Staat, instituties en economische ontwikkeling, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2000, p. 377-386. Een fraai boek over de ontwikkeling van de Nederlandse economie in de negentiende eeuw is M. Wintle, An economic and social history of the Netherlands 1800-1920. Demographic, economic and social transition, Cambridge: Cambridge University Press 2000. Hij besteedt aandacht aan het begin van de industrialisatie in Nederland op p. 179 en 180. Het boek van deze Engelse professor geeft heel veel inzicht in het reilen en zeilen van de Nederlandse samenleving van de negentiende eeuw.

15 Zie J. van der Mast, Jacques van Marken. De eerste sociaal ondernemer van Nederland, Amsterdam: Nieuw Amsterdam 2019.

16 Zie over deze ondernemer M. Metzke, Ze zullen weten wie ze voor zich hebben. Anton Philips, 1874-1951, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2004.

17 Zie A. van der Zijl, Gerard Heineken. De man, de stad en het bier, Amsterdam: Querido 2014.

18 Zie over Nederlandse ondernemers in de negentiende eeuw W. Wennekes, De aartsvaders. Grondleggers van het Nederlandse bedrijfsleven (zesde druk), Amsterdam: Atlas 1997. Een enigszins vergelijkbaar boek heeft Gavin Weightman voor Groot-Brittannië geschreven, G. Weightman, The industrial revolutionaries. The creation of the modern world 1776-1914, Londen: Atlantic Books 2007.

19 Zie hierover K.E. Sluyterman, Kerende kansen. Het Nederlandse bedrijfsleven in de twintigste eeuw, Amsterdam: Boom 2003.

20 Een goed boek dat inzicht geeft in wat management is, is J. Magretta, What management is. How it works and why it's everyone's business, Sydney: Simon & Schuster 2002. De managementgoeroe van de twintigste eeuw was Peter Drucker geweest. Zie over zijn ideeën W.A. Cohen, Peter Drucker's way to the top. Lessons for reaching your life's goals, xxx: LID Publishing 2019. Zie voor een kritische studie over het managementdenken M. Quené, Voorbij de managementmaatschappij. De invloed van management op werk, democratie en vrijheid, Rotterdam: Lemniscaat 2018.

21 Dit soort verschijnselen worden op een voor mij aansprekende wijze door Auke van der Woud beschreven, in A. van der Woud, De nieuwe mens. De culturele revolutie van Nederland rond 1900, Amsterdam: Prometheus/Bert Bakker 2015.

22 Zie het staatje in G. Westerhuis & A. de Jong, Over geld en macht. Financiering en corporate governance van het Nederlandse bedrijfsleven, Amsterdam: Boom 2015, p. 33.

3 Is de onderneming als rechtspersoon een werkbaar idee?

De katholieke politicus *Romme*²³ kwam in 1946 met het idee om in het recht niet de kapitaalvennootschap, maar de onderneming centraal te stellen. Een uitdagend idee. Voor die onderneming (niet dus voor de vennootschap) dienen rechtsregels te worden bedacht. In zo'n systeem zou de wetgever volgens Romme ondernemingen rechtspersoon moeten maken. Daarmee wordt de onderneming een juridisch begrip. Kapitaalverschaffers en werknemers krijgen in die rechtspersoon gelijke zeggenschaps- en winstrechten. In deze opzet kunnen de nv en de bv (en ook de maatschap, de vof en de cv en de andere rechtspersonen van Boek 2 BW) worden afgeschaft. De vrijheid van rechtsvormkeuze is een kenmerk van ons geldende vennootschapsrecht. Die verdwijnt als we de opzet van Romme zouden omarmen. Ondernemers moeten in de trechter van de door de wetgever geregelde onderneming-rechtspersoon.

Romme legt in zijn voorstel het accent op de onderneming. In zijn opzet geeft de verhouding tussen vennootschap en onderneming geen probleem. Alle ballen op de onderneming. In een rede uit 1951 heeft *Van der Grinten* de ideeën van Romme bekritiseerd.²⁴ Hij vond het plan van Romme niet uitvoerbaar en onwenselijk. Zo wordt (grensoverschrijdende) concernvorming onmogelijk. Deze verloopt immers via aandeelhouderszeggenschapsrechten. De opzet van Romme beloont ondernemersinitiatief te weinig. De ondernemer raakt de door hem gestarte ondernemingsactiviteit min of meer kwijt, zodra er sprake is van een onderneming zoals Romme deze opvatte. Als gevolg hiervan zal de financiering van de onderneming-rechts-

persoon een knelpunt zijn.²⁵ Dat zijn reële bezwaren. Deze zijn typerend voor een aardsrealist als Van der Grinten.

Ik voeg toe dat momenteel wereldwijd in kapitaalvennootschappen grote economische belangen van private-equityfondsen en pensioenfondsen zijn opgebouwd.²⁶ Die belangen zijn wereldwijd onder andere via het eigendomsrecht beschermd. Dat maakt het onmogelijk om een opzet zoals Romme voor ogen stond te realiseren. Invoering van het model van Romme vereist een grootschalige aantasting van aandeelhoudersrechten. Wat zou zo'n ingreep betekenen voor het functioneren van de financiële markten?

Volgens mij kunnen we voor het *hart* van onze economische activiteiten niet anders dan voortgaan met de kapitaalvennootschap en het daarbij horende kapitalistische systeem. We zijn padafhankelijk. Is dat erg? De kapitaalvennootschap heeft in Nederland en daarbuiten in het verleden fors bijgedragen aan onze welvaart. Wel wordt er soms terechte kritiek op kapitaalvennootschappen geleverd. Zo kunnen zij als gevolg van het voor de aandeelhouders en bestuurders gunstige aansprakelijkheidsregiem en het belang van aandeelhouders bij hoge dividenduitkeringen externe effecten, dat wil zeggen negatieve gevolgen van hun handelen, negeren (overigens: hierbij speelt ook de soms geringe effectiviteit van publiekrechtelijke regelgeving voor vennootschappen een rol; dergelijke wetgeving kan vennootschappen dwingen met externe effecten rekening te houden). Die kenmerken van de kapitaalvennootschap lijken momenteel een ernstig probleem voor vooral het milieu (denk aan Chemours).²⁷ Ook lijkt de kapitaalvennootschap door royale dividenduitkeringen, inkoop van aandelen en hoge bonussen voor bestuurders bij te dragen aan de ongelijkheid in de westerse samenlevingen.

Soms is er sprake van mismanagement (Ogem²⁸ en Eurocommerce²⁹). Je kunt goede regelsystemen hebben, maar mensen kunnen daarvan een janboel maken. Je ziet regelmatig kapitaalvennootschappen in de problemen geraken, maar soms weten zij zich te hervinden (Ahold en misschien ABN

23 Het boek waarom het draait, is C.P.M. Romme, *De onderneming als gemeenschap in het recht*, Amsterdam: Urbi et Orbi 1946. Romme leefde van 1896 tot 1980. Hij was in de jaren vijftig van de vorige eeuw fractievoorzitter van de KVP en daarmee een invloedrijk politicus. Na zijn politieke loopbaan werd hij lid van de Raad van State. Ook was hij lid van de beroemde commissie-Verdam die in de jaren zestig van de vorige eeuw een herziening van het ondernemingsrecht voorbereidde. Over Romme is in 1991 een fraaie biografie van de hand van J. Bosmans verschenen die de periode 1896-1946 beslaat (J. Bosman, *Romme, 1896-1946*, Utrecht: Het Spectrum 1991). Op p. 409-410 is aandacht besteed aan *De onderneming als gemeenschap in het recht*. De biografie geeft inzicht in de wijze waarop Romme tot zijn ideeën over het ondernemingsrecht is gekomen en geeft een interessant tijdsbeeld. Een studie die enigszins vergelijkbaar is met die van Romme is J.Ph.M. van Campen, *Onderneming en rechtsvorm*, Nijmegen: Dekker & Van de Vegt 1945. Een Duitse studie die vergelijkbaar is met die van Romme is Th. Raiser, *Das Unternehmen als Organisation*, Berlijn: Gruyter Verlag 1969.

24 De structuur der naamloze vennootschap (intreerede Katholieke Economische Hogeschool 1951), opgenomen in: C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann & G. van Solinge (red.), *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* (VDHI nr. 77), Deventer: Kluwer 2004, p. 323-340 (hierna: *Van der Grinten 2004a*). Een kritische beschouwing van de ideeën van Romme en Van Campen is ook te vinden in W.L. Haardt, *Vennootschapsrecht en medezeggenschap* (Preadvies Vereniging Handelsrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1950.

25 In een opstel uit 1971 waarin hij het toen in de mode zijnde idee van het afschaffen van de aandeelhoudersvergadering bespreekt, heeft Van der Grinten deze kritiek herhaald (De aandeelhoudersvergadering en de nv, opgenomen in: C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann & G. van Solinge (red.), *Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten* (VDHI nr. 77), Deventer: Kluwer 2004, p. 437-448).

26 Iemand die zeer kritisch schrijft over de opeenhoping van kapitaal in uiteenlopende rechtsvormen is Katharina Pistor, zie K. Pistor, *The code of capital. How the law creates wealth and equality*, Princeton, NJ: Princeton University Press 2019.

27 Zie hierover uitvoerig Robé 2020, p. 317-350. Een gepassioneerde criticus van de kapitaalvennootschap is ook Colin Mayer, zie C. Mayer, *Firm commitment: Why the corporation is failing us and how to restore trust in it*, Oxford: Oxford University Press 2013, overigens om andere redenen dan die Jean-Philippe Robé aanvoert.

28 HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/466.

29 R. Korse & J. Smit, *De kantorenkoning. Opkomst en ondergang van het Eurocommerce-imperium*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2017.

AMRO).³⁰ Opvallend voor Nederland is dat de Ondernemingskamer bij de toepassing van het enquêterecht niet ervoor terugschrikt om mismanagement aan de kaak te stellen en maatregelen te nemen.³¹ Dat is een goede zaak. Niet alles mag.

Over kapitaalvennootschappen past een genuanceerd oordeel. Bij discussies over de kapitaalvennootschap moet je je afvragen of er een beter alternatief is. Een breed bruikbaar alternatief zie ik niet,³² maar ik ben niet lyrisch over de kapitaalvennootschap.³³ De kapitaalvennootschap is vanaf haar uitvinding in het begin van de negentiende eeuw een rechtsfiguur met problemen. Denk aan benadeling van schuldeisers en werknemers.³⁴ Zij zijn door hun grote bezittingen zeer machtige instituties geworden.³⁵ Regelmatig is de ondergang of in ieder geval de teloorgang van de kapitaalvennootschap voorspeld.³⁶ Die is er niet gekomen en zal er in ieder geval ook op korte termijn niet komen.

Daarbij moet je bedenken dat de kapitaalvennootschap zich voor hervorming leent.³⁷ Van der Grinten heeft in zijn rede uit

1951 hervorming van de kapitaalvennootschap bepleit.³⁸ Hij heeft zich na 1951 met vasthoudendheid ingezet voor verbetering van het vennootschapsrecht.³⁹ Hervormingen van het vennootschapsrecht vinden met grote regelmaat plaats. Denk aan de naar aanleiding van schandalen in 1986 ingevoerde verscherpte bestuurdersaansprakelijkheid – echt een verbetering – en niet te vergeten de hervorming van het enquêterecht in 1970.⁴⁰ De kapitaalvennootschap blijkt, net als een onderneming, een kneedbare institutie.

Om problemen met de kapitaalvennootschap te ondervangen zou de wetgever aan het winstbelang van aandeelhouders grenzen kunnen stellen. In een aantal staten van de Verenigde Staten is dat gebeurd met de *benefit-corporation* doordat de bestuurders meer belangen mogen dienen dan het aandeelhoudersbelang.⁴¹ Ook kunnen verslaggevingsregels strenger worden gemaakt door meer niet-financiële informatie te eisen. Hierdoor komt er meer inzicht in hoeverre ondernemingen hebben geprobeerd milieuschade te voorkomen.⁴² Maar: als we doorgaan met de kapitaalvennootschap, dan krijgen we te maken met het probleem van de verhouding tussen de kapitaalvennootschap en de onderneming. Daarvan moeten we iets vinden. Ik ga nogmaals terug in de tijd.

4 De vennootschap: eigenaar en organisator van het ondernemingsvermogen

In zijn rede uit 1951 geeft Van der Grinten zijn visie op de verhouding tussen onderneming en vennootschap. Hij stelt in overeenstemming met de nog steeds geldende leer dat de vennootschap eigenaar is van de onderneming (vergelijk art. 2:107a lid 1 onder a BW, dat ook hiervan uitgaat).⁴³ Met de onderneming bedoelde hij het ondernemingsvermogen. Deze visie op basis van eigendom is een goed startpunt voor het verkrijgen van een inzicht in de verhouding tussen vennootschap en onderneming.

Wat zijn consequenties van deze eigendomsbenadering? De vennootschap heeft als eigenaar van het ondernemingsvermogen zeggenschap over de inrichting van de onderneming en de

30 Zie hierover J. Smit, *Het drama Ahold*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2004 en van dezelfde auteur *De prooi. Blinde trots breekt ABN AMRO*, Amsterdam: Prometheus 2008 en I. Böklerink & P. Couwenbergh, *De staatsbank. ABN AMRO klem tussen ambtenaren en bankiers*, Amsterdam: Prometheus 2020.

31 Zie recent *Estro* (Hof Amsterdam 17 mei 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1062, ARO 2023/62).

32 B. van Bavel, *De onzichtbare hand. Hoe markteconomieën opkomen en neergaan*, Amsterdam: Prometheus 2018 suggereert de coöperatie als alternatief voor de kapitaalvennootschap. Volgens mij is de coöperatie een doodlopende straat. De coöperatie speelt sinds haar invoering in 1876 in onze wetgeving slechts een bijrol in het Nederlandse bedrijfsleven (met name vanwege problemen met de financiering ervan).

33 Zie voor een lofzang op de kapitaalvennootschap J. Micklethwait & A. Wooldridge, *The company. A short history of a revolutionary idea*, Londen: Random House 2003.

34 Zie voor een mooie beschouwing over de problematische kanten van de kapitaalvennootschap M. Wolf, *The crisis of democratic capitalism*, New York: Penguin Press 2023, p. 50-53.

35 Zie voor een Amerikaanse studie over de grote invloed van kapitaalvennootschappen op de Amerikaanse samenleving: N. Lamoreaux & W.J. Novak (red.), *Corporations and American democracy*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2017.

36 Een interessant historisch boek over de vraag hoe het kapitalisme en de kapitaalvennootschappen telkens allerlei crises overleven: F. Boldizzoni, *Fortelling the end of capitalism. Intellectual misadventures since Karl Marx*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2020.

37 Zie in deze zin ook A.A. Singer, *The form of the firm. A normative theory of the corporation*, Oxford: Oxford University Press 2019. Deze auteur probeert een nieuw model kapitaalvennootschap uit te denken. Een andere Amerikaanse voorstander van hervorming van de kapitaalvennootschap is Rebecca Henderson (R. Henderson, *Reimagining capitalism. How business can save the world*, Londen: Random House 2020). Zij bepleit vooral een grotere rol voor de staat, een kleinere rol voor kapitaalverschaffers en het formuleren van een purpose ('the organisational purpose is the key to change', p. 83). Robert Reich pleit ook voor hervorming van de kapitaalvennootschap in R. Reich, *Saving capitalism. For the many, not the few*, New York: Alfred A. Knopf 2015, p. 196-202. Een Nederlandse voorstander van hervorming van de kapitaalvennootschap is Jaap Winter, Zie J. Winter, *Ontmenselijking van de grote onderneming*, Ondernemingsrecht 2019/2.

38 Zie Van der Grinten 2004a, p. 330-337.

39 Zie hierover L. Timmerman, *Een kijkje in de wordingsgeschiedenis van het hedendaagse vennootschapsrecht: tweehonderd vergaderingen van de Commissie vennootschapsrecht*, Ondernemingsrecht 2023/69.

40 Denk bijv. ook aan de commissie-Verdam met het rapport *Herziening van het ondernemingsrecht* (1960). De commissie bracht in 1968 haar rapport uit.

41 Zie hierover B.F. Assink & A.A. Bootsma, *Iets over de juridische relatie tussen bestuurder en vennootschap (of: Iets over Kid Schwarz, de principaal/agent-theorie en vennootschapsrecht)*, in: M.G. Faure, M. Olaerts & M.A. Verbrugh (red.), *Eindeloos getob. Liber amicorum Kid Schwarz* (IVOR nr. 125), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 174.

42 Zie de EU-richtlijn 2022/2464 inzake Corporate Sustainability Reporting. Deze richtlijn verplicht ondernemingen van een bepaalde grootte onder andere te rapporteren over hun vastgestelde duurzaamheidsdoelstellingen en de vooruitgang die is geboekt bij de verwezenlijking van deze doelstellingen. Deze informatie kan worden gebruikt voor acties tegen de betrokken onderneming.

43 Van der Grinten 2004a, p. 323. Zie in deze zin ook Slagter/Assink 2013, p. 56-57.

bemensing daarvan. Zij heeft ook de bevoegdheid om zich met de reikwijdte van de activiteiten van de onderneming te bemoeien en met de wijze waarop deze activiteiten worden uitgevoerd.⁴⁴ Over al die aangelegenheden is de vennootschap in beginsel bevoegd besluiten te nemen (denk echter aan de medezeggenschap van de ondernemingsraad als beperkende factor⁴⁵). De eigendom van het ondernemingsvermogen en de aan die eigendom verbonden zeggenschapsrechten zijn de middelen die vennootschap en onderneming samenbinden. Zij geven de vennootschap macht over die onderneming.⁴⁶

Het bestuur geeft als vertegenwoordiger van de vennootschap leiding aan de onderneming. Ik lees die bevoegdheid van het bestuur in artikel 2:129/239 lid 1 BW.⁴⁷ Wat het geven van leiding aan een onderneming inhoudt, is in de loop van de tijd duidelijker geworden. Die verduidelijkingen zijn in de literatuur⁴⁸ tot stand gebracht en ook in de rechtspraak. Zo heeft de Hoge Raad in een reeks uitspraken beslist dat het bestuur van een kapitaalvennootschap *bevoegd* is om een strategie voor de met de vennootschap verbonden onderneming vast te stellen.⁴⁹ Ook kan het bestuur een zogeheten *purpose* voor de onderneming bepalen.⁵⁰ De aandeelhoudersvergadering kan op grond van daartoe strekkende statutaire regelingen bevoegdheden hebben met betrekking tot de onderneming (art. 2:129/239 lid 1 BW).⁵¹

Er is nog een belangrijk punt: het bestuur van de vennootschap verricht bij voortduring ten behoeve van de onderneming handelingen, zoals het aankopen van machines en het aannemen van werknemers. Een onderneming kan dat soort handelingen niet zelf verrichten, omdat zij geen rechtssubjectiviteit heeft. De kapitaalvennootschap heeft deze wel. De onderneming heeft de vennootschap nodig om aan het rechtsverkeer te kunnen deelnemen. Een gevolg hiervan is dat werknemers die in de onderneming werken in dienst van de vennootschap zijn. Contracten die voor de onderneming worden afgesloten staan op naam van de vennootschap. Op dit punt

zie je dus een verstrengeling van vennootschap en onderneming.

5 De sociale functie van eigendom

Wat ik in de rede van Van der Grinten inspirerend vind, is dat hij verdedigt dat eigendom naast een op het belang van de eigenaar gericht karakter onder omstandigheden ook een *sociale functie* heeft.⁵² Dat sociale karakter brengt mee dat een eigenaar verplichtingen jegens anderen kan hebben. Het gaat dus om wat je eigendomsplichten zou kunnen noemen.⁵³ Dat sociale karakter van eigendom is – zo meen ik – het vliegwiel in de verhouding tussen vennootschap en onderneming.

Wat die sociale functie inhoudt, wordt onder andere bepaald door de aard en de omvang van het object van eigendom. Een onderneming is een eigendomsobject met een bijzonder karakter. Dat soort eigendom wordt benut in een samenwerkingsverband van mensen en is belangrijk voor de welvaart, het milieu, de werkgelegenheid, het krediet- en betalingsverkeer,⁵⁴ voedselvoorziening enzovoort. Het sociale karakter van ondernemingseigendom brengt voor de vennootschap *verplichtingen* mee om zorg aan de onderneming en de daar werkzame personen te besteden. Eigendom van ondernemingsvermogen verplicht en brengt maatschappelijke verantwoordelijkheid mee.

Hier komt bij dat in de loop van de twintigste eeuw het maatschappelijke gewicht van ondernemingen is toegenomen. Zij veranderen door nieuwe vindingen (digitalisering) voortdurend onze leefwereld. Zij zijn door schaalvergroting en fusies in onze samenleving machtige instituties geworden. In Nederland en andere westerse maatschappijen zijn (heel) veel taken (denk aan zoets als kinderopvang en delen van de gezondheidszorg⁵⁵) aan ondernemingen overgelaten. Ondernemingen en het vermogen waarvan zij gebruik maken, zijn het fundament onder de maatschappij geworden. Als gevolg daarvan zijn de verplichtingen die uit de sociale functie van de ondernemingseigendom voortvloeien in omvang en intensiteit toegenomen. Die sociale functie is volgens mij geen boterzacht

⁴⁴ Zie in deze zin ook Slagter/Assink 2013, p. 57.

⁴⁵ En ook aan het arrest Roco/Staat (HR 16 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1758, NJ 1996/214), waarin de Hoge Raad oordeelde dat overdracht van een onderneming jegens de Staat onrechtmatig was omdat die transactie geen ander doel had dan de Staat te benadelen.

⁴⁶ Die macht van eigendom benadrukt Jean-Philippe Robé in Robé 2020.

⁴⁷ Zie ook Slagter/Assink 2013, p. 903.

⁴⁸ Dat is in de literatuur gebeurd. Zie Slagter/Assink 2013, p. 908-920 en recent K.H.M. de Roo, Bestuur van rechtspersonen (diss. Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 55-60, J.A. Terstegge, Beperking van de bestuursbevoegdheid bij de naamloze en besloten vennootschap (IVOR nr. 127), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 76-96 en Van Schilf-gaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 197-204.

⁴⁹ Zie bijv. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, NJ 2007/434 en HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:652, NJ 2018/331 (Boskalis).

⁵⁰ Zie hierover L. Timmerman, Purpose in de managementleer en het vennootschapsrecht, in: J.M. de Jongh e.a. (red.), Bestuursbesluiten (IVOR nr. 123), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 41-47.

⁵¹ Zie hierover S.B. Garcia Nelen, De beursvennootschap, corporate governance en strategie. Over de machtsverhouding tussen het bestuur en de algemene vergadering van de beursvennootschap, in het bijzonder ten aanzien van strategische onderwerpen (IVOR nr. 120), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 225-233.

⁵² Je kunt ook over de vermaatschappelijking van eigendom spreken. Zie hierover J. Valkhoff, Een eeuw rechtsontwikkeling. De vermaatschappelijking van het Nederlandse privaatrecht sinds de codificatie (1838-1938), Amsterdam: De Arbeiderspers 1938. Van Schilf-gaarde schrijft dat de onderneming zekere beperkingen oplegt aan het eigendomsrecht van de vennootschap (Van Schilf-gaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2022, p. 21). Zie voor een soortgelijke benadering W. van Gerven, Beginselen van Belgisch privaatrecht, XIII, deel 1, Antwerpen: Standaard 1975, p. 33: 'aandeelhoudersrecht is te beschouwen als een bevoegdheid gegeven in het belang van de onderneming en niet uitsluitend in hun eigen belang'. Zie ook artikel 14 lid 2 van de Duitse Grondwet: "Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Gemeinschaft dienen".

⁵³ Het woord eigendomsplichten vond ik in J.H. Gillissen, Eigendomsrecht en eigendomsplichten, Tilburg: W. Bergmans 1946.

⁵⁴ Zie HR 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1586, NJ 2014/167 (Fortis).

⁵⁵ Zie de eerdergenoemde Estro-zaak (Hof Amsterdam 17 mei 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1062, ARO 2023/62).

concept. Het gaat om juridisch afdwingbare verplichtingen via het enquêterecht en bestuurdersaansprakelijkheid.

De bestuurder heeft de *verplichting* om bij het besturen van zijn onderneming bepaalde gedragsnormen in acht nemen. De Hoge Raad ziet dat ook zo. Hij heeft in zijn Cancun-beschikking beslist dat het bestuur het bestendige succes van de met de vennootschap verbonden onderneming *dient* te bevorderen ingeval een onderneming aan de vennootschap is verbonden.⁵⁶ Daarbij mag hij op de onderneming betrokken belangen niet onevenredig schaden.

Ik merk nog op dat het nieuwe van de Cancun-beschikking van de Hoge Raad is dat het bestendige succes van de met de vennootschap verbonden *onderneming* uitdrukkelijk in het vennootschappelijk belang wordt betrokken. *Maeijer* definiëerde het vennootschappelijk belang in zijn oratie uit 1964 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.⁵⁷ Hij verwijst in die omschrijving niet naar de onderneming. Later (in 1988) merkte *Maeijer* op dat onder het vennootschappelijk belang, zoals hij dat in 1964 had uitgedacht, ook de continuïteit van de door de vennootschap gedreven onderneming viel.⁵⁸

Ik onderstreep: de vennootschap is niet alleen als eigenaar van de onderneming *bevoegd* om ondernemingsbeleid te voeren, maar zij *moet* dat ook vanwege de sociale functie van de eigendom.⁵⁹ Het afzien van het voeren van beleid kan wanbeleid opleveren. Een bestuurder van een kapitaalvennootschap bestuurt zijn vennootschap onbehoorlijk als hij bijvoorbeeld het milieubelang negeert, ingeval dat negeren in de weg staat aan het bestendige succes van de met de vennootschap verbonden onderneming (art. 2:9 BW).⁶⁰

Het idee van het toenemende maatschappelijke gewicht van ondernemingen heeft de grondslag gelegd voor het belangenpluralisme in de vennootschap, het stakeholdersmodel en maatschappelijk verantwoord ondernemen. De vennootschap is in het teken van de onderneming komen te staan. Als gevolg daarvan is zij in de loop van de tijd van kleur verschoten. Zij heeft een transformatie ondergaan.⁶¹ De vennootschap is van

functie veranderd.⁶² De onderneming is in deze benadering geen instrument van de vennootschap, maar kan een entiteit zijn die het functioneren van een vennootschap meer dan wel minder sterk beïnvloedt. Zo legt artikel 2:153/263 BW de basis voor de verplichting van een nv/bv om een raad van commissarissen met een brede vennootschaps- en ondernemingstaak en bijzondere bevoegdheden in te stellen, bijvoorbeeld als er bij de met de vennootschap verbonden onderneming honderd werknemers werkzaam zijn en daar een verplichte ondernemingsraad is ingesteld.

Zoals we hebben gezien, is de onderneming een organisatie. De kapitaalvennootschap zelf is ook een organisatie (denk aan de verhouding tussen bestuur, raad van commissarissen en de aandeelhoudersvergadering). Het bestuur van de vennootschap geeft leiding aan beide organisaties en dient voor beide organisaties beleid te ontwikkelen.⁶³ Het bestuur van een kapitaalvennootschap ontleent zijn reputatie ten minste evenzeer aan het goed leiding geven aan de met de vennootschap verbonden onderneming als aan het leiden van de vennootschap zelf.

Tussen vennootschap en onderneming bestaat in de hiervoor uiteengezette benadering een onderscheid, maar geen scheiding. Het gaat om verbonden en zich aan elkaar aanpassende figuren.⁶⁴ Bij de relatie tussen de vennootschap en de onderneming moet je steeds bedenken dat de vennootschap eigenaar is van het ondernemingsvermogen, met alle gevolgen van dien. Het gaat dus niet om een gelijkwaardige verhouding. De vennootschap (lees: een dominante aandeelhouder daarin) heeft de macht om kattenkwaad met een onderneming uit te halen. We weten dat dit soms gebeurt.

6 Op weg naar ondernemingsrecht?

Als vennootschapsjurist kun je niet om de onderneming heen. De onderneming is voor de vennootschap een relevant verschijnsel. Je zou de kapitaalvennootschap een responsief instituut kunnen noemen. Dat wil zeggen een entiteit die gevoelig is voor ontwikkelingen in haar omgeving, zoals het geheel van belangen van de met haar verbonden onderneming.⁶⁵ Velen spreken inmiddels niet meer over vennootschapsrecht, maar over ondernemingsrecht. In die aanduiding ondernemingsrecht schuilt een zeker wensdenken.

Ook ik schrijf bij voorkeur over ondernemingsrecht om het belang van de maatschappelijke en economische realiteit van de onderneming voor de vennootschap (en andere rechtsvor-

⁵⁶ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, NJ 2014/286.

⁵⁷ Het belangenconflict in de naamloze vennootschap, opgenomen in: C.D.J. Bulten, C.J.H. Jansen & G. van Solinge (red.), *Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer* (VDHI nr. 100), Deventer: Kluwer 2009, p. 141-162.

⁵⁸ J.M.M. Maeijer, 25 jaren belangenconflict in de naamloze vennootschap, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 6.

⁵⁹ Zie hierover Slagter/Assink 2013, p. 57.

⁶⁰ Zie voor opmerkingen met dezelfde strekking B.F. Assink & L. Timmerman, *Wie vaart er nu in een 'empty vessel'?* Over varianten van het stakeholdersmodel bij kapitaalvennootschappen, WPNR 2022, afl. 7378, p. 525-536.

⁶¹ Een prachtige studie over de transformatie van de vennootschap vanaf 1950 is B.R. Cheffins, *The public company transformed*, Oxford: Oxford University Press 2019.

⁶² Over de verandering van de functie van privaatrechtelijke instituties schreef Ludwig Raiser heel fraai in *Die Zukunft des Privatrechts*, opgenomen in: L. Raiser (red.), *Die Aufgabe des Privatrechts, Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten*, Regensburg: Athenäum, 1977, p. 222-224.

⁶³ Zie hierover Slagter/Assink 2013, p. 57.

⁶⁴ Dit proces beschrijft De Jongh fraai in zijn proefschrift: De Jongh 2014, p. 355-357.

⁶⁵ Zie het idee van responsief recht: P. Nonet & P. Selznick, *Law and society in transition: Toward responsive law*, New York: Routledge 1978.

men) te benadrukken, maar ik realiseer mij dat er pas echt sprake is van ondernemingsrecht, als je de ideeën van Romme tot uitvoering brengt. Je bouwt dan een deel van ons rechtssysteem op het begrip onderneming.⁶⁶ De huidige stand van zaken is dat we een mengeling hebben van vennootschapsrecht en ondernemingsrecht. We hinken op twee gedachten. Dat is niet erg, omdat dat hinken op twee gedachten recht doet aan de (juridische) realiteit van dit moment.

Economen bestuderen de onderneming vanuit een economisch gezichtspunt. Daarbij negeren zij soms dat de vennootschap met de voor haar geldende rechtsregels invloed uitoefent op de onderneming die met de vennootschap is verbonden. Zij laten het recht weg als factor die het functioneren van de onderneming beïnvloedt. Dat lijkt mij fout. Economen onderkennen niet altijd dat een onderneming niet kan functioneren zonder de vennootschap (of maatschap, vof of cv en de andere rechtsvormen van Boek 2 BW).⁶⁷ Zo heeft de onderneming de vennootschap nodig, omdat alleen de vennootschap, zoals al opgemerkt, transacties kan verrichten die het bestendige succes van de onderneming kunnen bevorderen.

Ik lees nog wel eens in economisch geïnspireerde geschriften dat de vennootschap instrument van de onderneming is.⁶⁸ Dat is juridisch niet juist (mijns inziens ook economisch niet). Het eigendomsaspect met alle gevolgen van dien komt in die visie niet tot zijn recht. Economen erkennen vaak te weinig dat '[t]he boundaries and social forces of firms are also, to a large extent, legally defined and shaped'.⁶⁹ Ze hebben er weinig oog voor dat de vraag wie belang heeft bij het succes van een onderneming uiteindelijk beslist wordt in het vennootschapsrecht. Zijn dat op grond van wettelijke of statutaire regels de aandeelhouders? Of dient de vennootschap de belangen van een bredere groep van belanghebbenden te behartigen?

Er is nog een verschijnsel dat weinig is onderkend. De Corporate Governance Code ging aanvankelijk over het beter laten functioneren van de organen van de vennootschap (vooral de raad van commissarissen en de aandeelhoudersvergadering).⁷⁰ De Code had bij zijn totstandkoming in 2004 betrekking op het evenwichtig functioneren van de vennootschap (en niet van de onderneming). De Code probeerde principes te ontwikkelen voor wat ik klassiek vennootschapsrecht zou willen noemen. De focus van de Code is in de loop van de jaren slui-

pend naar de onderneming verlegd. In principe 1.1 van de Code over duurzame waardecreatie gaat het volgens mij meer over het beter laten functioneren van de onderneming dan van de vennootschap. De Code tendeeft in zijn laatste versies naar ondernemingsrecht en minder naar vennootschapsrecht. De armslag van de Code is verruimd. De vraag is of dat een gelukkige ontwikkeling is. De meeste grote Nederlandse ondernemingen hebben niet de rechtsvorm van een beursvennootschap.⁷¹ Hierdoor zou er ongelijkheid kunnen ontstaan tussen verschillende soorten ondernemingen van dezelfde grootte. Een principiële vraag is of we echt een Corporate Governance Code willen die zich ook uitstrekt over de onderneming.

7 Rechtsregels voor (concern)ondernemingen

Zoals we hebben gezien, heeft de onderneming aan belang gewonnen. Daarom bestaat er in de wetgeving en rechtspraak een tendens om het functioneren van de *onderneming* via rechtsregels te regelen. Een voorbeeld van een belangrijke wet die zich primair richt op het regelen van de verhoudingen in ondernemingen is de Wet op de ondernemingsraden (WOR). De techniek van het reguleren van de onderneming kun je rechtsvormneutraal noemen.⁷² Zij gaat immers aan de rechtsvorm voorbij en richt haar pijlen op de onderneming. Voor mij heeft Romme achteraf gezien in ieder geval een beetje gelijk gekregen met zijn nadruk op de onderneming.

Een concernonderneming omvat verschillende juridische entiteiten die een economische eenheid vormen. Het valt op dat juist dit bijzondere type onderneming op diverse rechtsgebieden een steeds belangrijker object van regelgeving is. Het financiële verslaggevingsrecht, het mededingingsrecht en het klimaatrecht zijn rechtsgebieden die zich op de concernonderneming richten.

Een paar opmerkingen bij de tendens om de (concern)onderneming in het vizier te nemen. De rechtsgebieden die de onderneming willen regelen, gebruiken telkens een enigszins anders getoonzet begrip onderneming.⁷³ De oorzaak is dat die onderdelen van het recht verschillende doeleinden hebben. Het bevorderen van de mededinging is een ander doel dan het bestrijden van milieuvervuiling of het regelen van de medezeggenschap van werknemers. Bij die uiteenlopende doelstellingen moet een passend begrip onderneming worden bedacht. Zo zijn in de WOR eigen, brede begrippen onderneming, ondernemer en bestuurder bedacht teneinde de medezeggenschap effectief te regelen. Wel overlappen die uiteenlopende begrippen onderneming elkaar gedeeltelijk. Volgens mij moet je niet naar een uniform ondernemingsbegrip streven. Wel moet je ervoor zorgen dat het ondernemingsbegrip voor het

66 Dat wil M.J.G.C. Raaijmakers ook. Zie zijn interessante afscheidscollege Naar een Wetboek Ondernemingsrecht (2009). Die beschouwing berust, als ik het goed zie, op het idee dat het ondernemingsrecht op het begrip onderneming gebaseerd dient te worden. Ik heb sympathie voor dat idee, maar denk dat dit wel een wat utopisch karakter heeft. Overigens wil Raaijmakers de kapitaalvennootschappen en de andere rechtsvormen van Boek 2 BW handhaven. Hij gaat minder ver dan Romme.

67 Zie Robé 2020, p. 200.

68 Petri Mäntysaari zegt dit op verschillende plaatsen in zijn boek *Organising the firm, theories of commercial law, corporate governance and corporate law*, Dordrecht: Springer 2012.

69 E.W. Orts, *Business persons, a legal theory of the firm*, New York: Oxford University Press 2013, p. xi.

70 Lees de Code Tabaksblat uit 2004 er maar op na!

71 Zie hierover S. Dumoulin in de nog te publiceren bundel *Open normen in het ondernemingsrecht*.

72 Zie hierover H.E. Boschma, *De rechtsvorm van de onderneming in beweging* (oratie Groningen), 2013.

73 Slagter/Assink 2013, p. 51-56.

rechtsgebied waarop dit van toepassing is, werkt en adequaat is. Dit is een mooie vorm van pragmatisme.

Op die verschillende rechtsgebieden zie je telkens hetzelfde stramien: de verplichtingen die op de ondernemingen betrekking hebben, worden gelegd op een of meer rechtspersonen (bijvoorbeeld de kapitaalvennootschap) die op een of andere wijze (op grond van eigendom of iets anders, ook hier zie je net als bij het begrip onderneming differentiatie) invloed binnen de te regelen onderneming hebben of kunnen hebben. Deze rechtspersonen krijgen de verantwoordelijkheid opgelegd om de betrokken verplichting in de onderneming tot uitvoering te brengen. Zij kunnen aansprakelijk zijn ingeval niet aan de betrokken verplichting wordt voldaan.

Door de op haar rustende verplichtingen met betrekking tot de onderneming verandert een kapitaalvennootschap van karakter. De kapitaalvennootschap en het bestuur daarvan raken door hun verantwoordelijkheid voor het naleven van verplichtingen die in de onderneming van kracht zijn nauw betrokken bij de gang van zaken in die onderneming. Zij worden als het ware de onderneming in getrokken. Ik geef in vogelvlucht een paar voorbeelden van de tendens naar regelgeving voor ondernemingen.

Ik begin met een oud voorbeeld: de Handelsregisterwet 2007 (Hregw 2007). Artikel 5 onder a Hregw 2007 verplicht om een onderneming die toebehoort aan een kapitaalvennootschap in het handelsregister in te schrijven. Artikel 9 en 10 Hregw 2007 werken die inschrijvingsplicht uit met informatieplichten over de onderneming en de kapitaalvennootschap. Artikel 18 Hregw 2007 legt de inschrijvingsplicht op degene aan wie de onderneming toebehoort (dus op bijvoorbeeld de kapitaalvennootschap). In de Wet op het financieel toezicht wordt in de definitiebepalingen consequent gebruik gemaakt van het begrip onderneming (financiële onderneming, afwikkelonderneming, beleggingsonderneming, dochteronderneming, EU-moederonderneming enzovoort).

Voor het mededingingsrecht is de onderneming de basiseenheid. Deze wordt in het mededingingsrecht omschreven als een entiteit die een economische activiteit uitoefent ongeacht haar rechtsvorm en de manier waarop zij wordt gefinancierd. Het gaat daar dus om de economische eenheid onderneming, ook al bestaat die vennootschapsrechtelijk uit verschillende kapitaalvennootschappen of andere juridische entiteiten. Als binnen een onderneming het mededingingsrecht wordt overtreden, dan zijn die kapitaalvennootschappen aansprakelijk die bij die overtreding van het mededingingsrecht betrokken waren.⁷⁴

Interessant is ook het financiële verslaggevingsrecht. Dit rechtsgebied wil doorstoten naar de economische realiteit.

⁷⁴ Zie hierover uitvoeriger B. Katan in de nog te publiceren bundel Open normen in het ondernemingsrecht.

Het wil voorbij de vennootschap kijken om de economische realiteit van de onderneming in het vizier krijgen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit artikel 2:406 lid 1 BW. Dit artikel heeft betrekking op de concernonderneming. Die wetbepaling verplicht de moedervennootschap een geconsolideerde jaarrekening op te stellen die inzicht geeft in het financiële reilen en zeilen van de gehele concernonderneming. De EU-richtlijn inzake Corporate Sustainability Reporting⁷⁵ trekt deze lijn door als het gaat om duurzaamheidsverslaggeving. Deze betreft steeds de moedervennootschap met haar dochters (zie art. 29bis van deze richtlijn).

Het materiële klimaatrecht is ook een rechtsgebied waar men door vennootschappen heen wil kijken en de hele onderneming wil reguleren, zo blijkt uit een recent voorstel voor een EU-richtlijn.⁷⁶ Dat voorstel bepaalt dat een onderneming van een zekere grootte haar eigen organisatie en die *van haar dochterondernemingen* zo moet inrichten dat zij in staat is de voor het milieu nadelige gevolgen van hun handelen in kaart te brengen, te voorkomen en te beëindigen (art. 6, 7 en 8 van het voorstel). Het richtlijnvoorstel dwingt dus een moedervennootschap de concernonderneming zo te organiseren dat informatie over het milieu tussen de concernonderdelen wordt uitgewisseld. Als blijkt dat een moedervennootschap milieuschade in de gehele concernonderneming niet voorkomt of beëindigt, is zij aansprakelijk. Ook hier wordt voorbij de vennootschap gekeken.

8 Conclusie

Wat heeft mijn beschouwing opgeleverd?

- a. We hebben kunnen vaststellen dat de vennootschap in de loop van de tijd steeds sterker in de greep van de onderneming is geraakt. Vennootschap en onderneming zijn vervlochten en hebben zich aan elkaar aangepast. Niettemin blijft het zinvol vennootschap en onderneming te onderscheiden.
- b. Het idee van de *sociale functie* van eigendom van het ondernemingsvermogen heeft die toenemende invloed van de onderneming op de vennootschap veroorzaakt. Dat idee heeft ervoor gezorgd dat een vennootschap rekening *moet* houden met bijvoorbeeld de in de onderneming samengebrachte belangen.
- c. Een belangrijk verschijnsel is dat op verschillende rechtsgebieden steeds meer rechtsregels voor de (concern)onderneming zijn getroffen. De daaruit voortvloeiende verplichtingen worden vooral op een of meer kapitaalvennootschappen die het beleid van de betrokken onderneming kunnen beïnvloeden gelegd. De wetgever zou zich volgens mij meer principieel dan tot dusverre bij het ontwerpen van regels dienen af te vragen of hij verhoudingen

⁷⁵ Zie de EU-richtlijn 2022/2464 van 14 december 2022 inzake Corporate Sustainability Reporting.

⁷⁶ Zie het EU-richtlijnvoorstel van 23 februari 2023 (2022/51). Die richtlijn bestrijkt overigens meer onderwerpen dan bescherming van het milieu, zoals bescherming van mensenrechten. Zij heeft niet alleen betrekking op concerns, maar ook op waardeketens.

in de vennootschap wil regelen dan wel rechtsvormneutraal verhoudingen in de onderneming.

- d. De tendens om verplichtingen met betrekking tot de (concern)onderneming op de kapitaalvennootschap te leggen en het idee van de sociale functie van de eigendom van ondernemingen hebben het karakter van de kapitaalvennootschap veranderd. Daarmee is de kapitaalvennootschap een open, responsieve, dynamische, veranderlijke, niet-dogmatische rechtsfiguur geworden.
- e. Een voorafschaduwning van deze beide verschijnselen (nadruk op de onderneming en de sociale functie van eigendom) treft men aan in twee oudere geschriften van Romme en Van der Grinten. Ik heb geprobeerd deze beschouwingen aan de vergetelheid te ontrukken. We staan op de schouders van onze voorgangers. We hebben dat alleen niet altijd in de gaten.

Ik sluit af met een oud citaat. Het is afkomstig van de Belgische professor Jean Dabin:

‘La logique pure et absolue est morte. La vie est un équilibre des contraires.’⁷⁷

Mijn betoog over de verhouding tussen vennootschap en onderneming is een illustratie van deze fraaie uitspraak.

⁷⁷ Gillissen 1946, p. 248.