

Inleiding

Ieder mkb-bedrijf heeft te maken met het recht. Juridisch management betreft het beheren en beheersen van juridische kansen en risico's binnen de onderneming. Dit proefschrift onderzoekt de mogelijkheden voor mkb-ondernemers die niet (kunnen) beschikken over specialistische juridische kennis om het juridisch management van hun onderneming vorm te geven en (aansprakelijkheids)risico's voor zichzelf te beperken. Het proefschrift biedt inzicht in de materiële uitkomsten van jurisprudentie inzake bestuurdersaansprakelijkheid, aangevuld met een theoretisch kader en bescheiden maar nieuw empirisch onderzoek die tezamen handvatten bieden voor de categorisering van juridische risico's van de onderneming, en daarmee ook van de jurisprudentie zelf.

Het onderzoek omvat drie delen. In hoofdstuk 1 wordt de methode 'Managerial Law' uiteengezet. Deze bedrijfskundige benadering van het recht wordt beschreven in de context van theorieontwikkeling omtrent juridisch management. In dit hoofdstuk staat de vraag centraal hoe mkb-bedrijven die beschikken over weinig juridische kennis, het juridisch management van de onderneming kunnen operationaliseren en hoe zij dit als een continue proces in een lerende organisatie kunnen vormgeven. Aan de hand van deze bedrijfskundige benadering van het recht is een overzicht van juridische vraagstukken opgesteld, die een ondernemer bij de invulling van zijn managementtaken zou kunnen of moeten betrekken.

Het voornoemde overzicht van juridische vraagstukken (de juridische agenda) en bijbehorende methodische aanpak zijn in het tweede deel gebruikt ter structureren van, voor zover mij bekend, uniek empirisch onderzoek met een exploratief dus beperkt karakter naar de toepassing hiervan in de mkb-praktijk. Bij zes mkb-bedrijven zijn case studies uitgevoerd naar de wijze waarop mkb-bedrijven hun juridisch management vormgeven. De beschrijving van dit deel van het onderzoek staat in hoofdstuk 2. Doel van de case studies is niet alleen om meer zicht te krijgen op de zorgen van mkb-ondernemers over hun juridische (aansprakelijkheids)risico's, maar ook om bij te dragen aan innovatie van de wijze waarop mkb-bedrijven juridisch management integreren in de bedrijfsvoering, zowel zelfstandig op basis van zelfredzaamheid als ondersteund door externe juridische dienstverleners. Hiertoe zijn de volgende drie onderzoeksvragen geformuleerd:

- Hoe krijgt de 'juridisch-managementfunctie' in de praktijk vorm in mkb-bedrijven die geen jurist in dienst hebben?
- In welke mate hebben deze mkb-bedrijven hun juridisch management op orde?
- Hebben opgedane ervaringen bijgedragen aan de ontwikkeling van eigen juridische expertise?

Beantwoording van deze vragen is nodig voor beantwoording van de centrale onderzoeksvraag in dit deel van het onderzoek, namelijk of er een model voor ondersteuning van het juridisch management kan worden opgesteld dan wel bestaande modellen kunnen worden aangepast, met behulp waarvan mkb-bedrijven het juridisch management in de eigen organisatie efficiënter en effectiever vorm kunnen geven.

Een potentieel groot risico voor mkb-ondernemers die hun onderneming drijven in de vorm van een rechtspersoon, is de civielrechtelijke, persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders. Daarom is in het derde deel van dit onderzoek, beschreven in hoofdstuk 3 en 4, op basis van jurisprudentie in de periode 2016-2021 studie verricht naar onderwerpen die regelmatig voorkwamen als oorzaak van discussie over bestuurdersaansprakelijkheid. De twee onderzoeksvragen die in dit deel centraal staan zijn:

- Onder welke omstandigheden treedt bestuurdersaansprakelijkheid in?
- Aan welke uitgangspunten moet een ondernemer die zijn onderneming drijft in de vorm van een rechtspersoon zich houden, wil hij bestuurdersaansprakelijkheid voorkomen?

De belangrijkste rechtsgronden van bestuurdersaansprakelijkheid zijn beschreven in hoofdstuk 3. In hoofdstuk 4 worden de uit de jurisprudentie afgeleide uitgangspunten voor het handelen van mkb-ondernemers beschreven. Deze kunnen bijdragen aan het voorkomen of beperken van risico's op bestuurdersaansprakelijkheid. Centraal in deze hoofdstukken staan de gevallen waarin bestuurders aansprakelijk worden gesteld voor achteraf ongunstig of foutief uitgekakte ondernemingsbeslissingen. Daarvan moeten worden onderscheiden gevallen waarin evident sprake is van misbruik van rechtspersonen.¹ Bij de invoering in 1987 van de zogenoemde misbruikwetgeving, leidend onder meer tot de verzwaarde aansprakelijkheid bij faillissement ex art. 2:248 BW (zie hierna, paragraaf 3.3.4.1), merkte de toenmalige minister van Justitie op dat "de bescherming die de rechtspersoonlijkheid verschaft (...) slechts ten goede [kan] komen aan verantwoordelijke ondernemers en niet aan hen die het risico van het ondernemen door gebruik te maken van de rechtspersoon eenvoudigweg afwentelen op de schuldeisers".² In dergelijke, fraudeachtige situaties is de toepassing van de open of ruime normen voor bestuurdersaansprakelijkheid in het algemeen niet problematisch. Complexer ligt de toepassing van die normen bij fouten gemaakt door bestuurders met bonafide intenties.³ Analyse van de jurisprudentie inzake bestuurdersaansprakelijkheid en het in kaart brengen van relevante contextuele omstandigheden voor het intreden daarvan kan met name voor deze groep bestuurders houvast bieden.

Tot slot volgen in hoofdstuk 5 de conclusies en een nabeschoowing.

1. Zie hierover onder andere Wezeman 1998, p. 4 en Harmsen 2015, p. 51-52.

2. Zie *Handelingen II* 1984/85, p. 6335.

3. Zie ook het Rotterdamse juridisch/empirisch onderzoek van N.T. Pham, *Director's liability, A legal and empirical study* (Pham 2017, p. 84 en p. 168).

Hoofdstuk 1

Van compliance naar juridisch management in het mkb

Inleiding

Ondernemingen moeten voldoen aan wet- en regelgeving en aan eigen opgelegde normen en aangegane verplichtingen. Met andere woorden: zij moeten *compliant* zijn.⁴ Bovendien is de aandacht voor compliance de afgelopen jaren toegenomen. Denk aan financiële instellingen met problemen rond rommelhypotheken, werkerpolissen en rentefraude. Andere sectoren, waaronder woningcorporaties en de voedingssector, liggen eveneens onder de loep. Voor kleine en/of jonge bedrijven geldt dat een gebrek aan juridische kennis of een focus op ‘overleven’ extra risico’s kunnen meebrengen. Denk aan de automatische verlenging van een duur huurcontract voor een te groot pand, dat een bedrijf eigenlijk had willen opzeggen, of aan een bedrijf dat ongecertificeerd asbest verwijdert.

Steeds moeten juridische risico’s optimaal worden geïnventariseerd, worden beoordeeld op mogelijke gevolgen en zo nodig moeten maatregelen tot beheersing van die risico’s worden genomen. Zo wordt voorkomen dat bedrijven onverwacht voor voldongen feiten komen te staan, waarvan zij de gevolgen niet altijd in eigen hand hebben, met als mogelijk (ultiem) gevolg bedrijfssluiting⁵ of persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders. Voornoemde en andere voorbeelden tonen de noodzaak van een integere bedrijfsvoering en een voortdurende juridische waakzaamheid van het management. Waar de aandacht voor juridische aspecten een vast onderdeel vormt van de bedrijfsvoering, naast andere functionele domeinen zoals financieel management en personeelsmanagement, is er sprake van juridisch management. *Juridisch management kan worden omschreven als het beheren en beheersen van juridische kansen en risico’s binnen ondernemingen.*

Het betrekken van het juridisch perspectief in de managementtaken is een flinke opgave. Bij grotere bedrijven mag in beginsel worden verwacht dat er voldoende specialistische kennis aanwezig is om ‘adequaat’ met juridische vraagstukken om te gaan, dat wil zeggen inzicht te hebben in wet- en regelgeving, juridische kansen te benutten en risico’s te beheersen of te accepteren. Op basis hiervan mag worden

4. Compliance kan, evenals het hierna te bespreken juridisch management, worden beschouwd als onderdeel van het bredere concept van ondernemingsrisicomanagement. Dit laatste kan worden samengevat als het identificeren van risico’s en het zodanig beheren dat deze vallen binnen, wat wel genoemd wordt, de *risk appetite* van een onderneming, ‘om een redelijke zekerheid te bieden ten aanzien van het behalen van de ondernemingsdoelstellingen’. Voor een volledige definitie van Ondernemingsrisicomanagement, zie COSO 2004, p. 7.

In paragraaf 2 wordt ingegaan op de definitie van compliance. Voor het onderscheid tussen risicomanagement en compliance, zie Kersten 2014, p. 95. Zie hierover ook COSO 2004, p. 10 (COSO-kubus, waarin compliance onderdeel is van ondernemingsrisicomanagement).

5. Bijvoorbeeld de sluiting en het daarop volgende faillissement van vleesgroothandel Willy Selten in Oss, waar de herkomst van het vlees volgens de NVWA niet duidelijk was, terwijl dit volgens wet- en regelgeving wel inzichtelijk zou moeten zijn (nvwa.nl, geraadpleegd op 10 november 2014).

aangenomen dat zij in staat (zouden moeten) zijn om invulling te geven aan het juridisch management van de onderneming.

Voor mkb-bedrijven, waarbij wordt uitgegaan van ondernemingen die geen specialistische (juridische) medewerkers in dienst hebben, ligt dit anders. Hoe zorgen zij ervoor dat zij nu en in de toekomst ‘adequaat’ omgaan met juridische kwesties? Omwille van doelmatigheid en efficiëntie verdient het de voorkeur dat zij hier op gestructureerde wijze mee aan de slag gaan en het juridisch domein onderdeel laten uitmaken van het management van hun onderneming.

Met het oog op het voorgaande staat hierna *de vraag centraal hoe mkb-bedrijven die niet beschikken over juridische kennis, het juridisch management van de onderneming kunnen operationaliseren en hoe zij dit als een continue proces in een ‘lerende organisatie’ kunnen vormgeven.* Aan de combinatie van deze aspecten, die een rol kunnen spelen bij de vormgeving van juridisch management, is in de literatuur tot dusver, voor zover bekend, geen aandacht besteed.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. In de eerste paragraaf wordt een kort overzicht gegeven van drie mogelijke benaderingen van juridisch management: ‘reactive law’, ‘preventive law’ en ‘proactive law’. Deze benaderingen bieden inzicht in de ontwikkeling van juridisch management, van een probleemgestuurde (reactieve) benadering, naar een meer risicogestuurde (proactieve) omgang met juridische kwesties. In paragraaf 2 wordt stilgestaan bij de basis van juridisch management: *compliance*. In paragraaf 3 volgt een bespreking van de methode Managerial Law, die door het management van bedrijven als ‘zelfhulpmiddel’ kan worden gebruikt om compliant te worden en het juridisch management te operationaliseren. In paragraaf 4 wordt de noodzaak van een continue lerend perspectief besproken en de bijdrage die het concept van de ‘lerende organisatie’ aan het juridisch management van mkb-bedrijven kan leveren. De conclusie in paragraaf 5 vormt het sluitstuk.

1.1 Theoretische benaderingen van juridisch management

Er zijn meerdere, vooral economische theorieën over de onderneming.⁶ Een invloedrijk en klassiek voorbeeld is de ‘theory of the firm’ van Ronald Coase.⁷ Volgens deze theorie ontstaan ondernemingen als zij transacties tegen lagere kosten kunnen organiseren dan op de vrije markt mogelijk is. Waar Coase op basis van dergelijke transactiekosten kon beredeneren waarom ondernemingen überhaupt bestaan, probeerden andere economen de aard en omvang van die transactiekosten te verklaren. Een bekend voorbeeld is Oliver Williamson’s⁸ transactiekostentheorie: hij stelt onder meer dat langere-termijncontracten nodig zijn, of ondernemingen zelfs kunnen integreren, naarmate ondernemers afhankelijker van elkaar worden als zij investeringen doen die specifiek zijn voor hun transacties. Een ander voorbeeld is de eigendomsrechtentheorie van Hart en Moore⁹ die benadrukt dat het uitmaakt

6. Zoals Kraakman e.a. 2017.

7. Zie Coase, *Economica* 1937, 4 (16), p. 386-405.

8. Zie Williamson 1975; zie ook Williamson, *The American Journal of Sociology* 1981, 87 (3), p. 548-577.

9. Zie Hart & Moore, *Journal of Political Economy* 1990, 98 (6), p. 1119-1158.

wie de eigendomsrechten heeft omdat contracten onvolledig zijn: de eigenaar kan dan beslissen wat er moet gebeuren als het contract inzake een bepaalde situatie niets regelt om zijn winst te kunnen maximaliseren. Ook de agentschapstheorie moet in dit verband genoemd worden, zoals geïnitieerd door Jensen en Meckling,¹⁰ waarin wordt nagedacht over de optimale vormgeving van de relatie tussen onder meer aandeelhouders en managers.

Bovenstaande en andere theorieën gaan vooral *over* de onderneming, maar zij richten zich nauwelijks op het dagelijkse juridisch management *door* de onderneming zelf. In plaats van een economische benadering is daarvoor een bedrijfskundige benadering nodig, met name omdat dit proefschrift zich richt op de mkb-ondernemer zonder jurist in dienst. Deze bedrijfskundige benadering wordt hierna besproken en valt uiteen in drie varianten: een reactieve, preventieve en pro-actieve variant.

Reactive Law

Juridisch management van bedrijven kan op verschillende manieren worden benaderd. De eerste, hier als ‘klassieke’ reactieve benadering aangeduid, gaat er vanuit dat een juridisch adviseur wordt ingeschakeld op het moment dat zich een probleem voordoet. Anticiperen op potentiële juridische risico’s is er in dit geval niet bij en kwesties worden op basis van ‘incidentenpolitiek’ afgehandeld.

Uit onderzoek van het WODC blijkt dat dit voor een aanzienlijk deel van de mkb-bedrijven een gebruikelijke handelswijze is.¹¹ Als ondernemers zich niet in juridische vraagstukken over bijvoorbeeld toepasselijke in- of verkoopvoorwaarden of opeenvolgende arbeidscontracten hebben verdiept, laat het antwoord op de vraag of deze reactieve handelswijze verstandig is zich raden. Juridische en financiële risico’s en daaruit voortvloeiende kosten voor juridische bijstand liggen op de loer. Deze benadering verdient niet de voorkeur.

Preventive Law

De naam van deze benadering verraadt al dat deze vooral is gericht op de preventie van juridische problemen.¹² Preventive Law richt zich op juristen, waartoe hier zowel advocaten als externe en interne bedrijfsjuristen worden gerekend. Zij worden proactief betrokken bij het managen van juridische zaken van de cliënt.¹³ Preventive Law neemt als uitgangspunt dat juristen bij het oplossen van juridische problemen cliënten beter van dienst kunnen zijn door advisering en planning vooraf, dan door te procederen. Juristen moeten dus meer doen dan het voorspellen van

10. Zie Jensen & Meckling, *Journal of Financial Economics* 1976, 3 (4), p. 305-360.

11. Vgl. Croes & Maas 2009, p. 61. Ruim 60% van de onderzochte bedrijven zonder (potentieel) juridische problemen blijkt geen juridische dienstverleners in te hebben geschakeld.

12. Preventive Law is een beweging die zijn oorsprong vindt in de jaren '50 van de vorige eeuw, met de publicatie van 'Preventive Law' van Louis M. Brown, 'the father of Preventive Law'. Deze beweging is geëvolueerd tot het National Center for Preventive Law (NCPL), preventivelawyer.org: 'The National Center for Preventive Law ("NCPL") is dedicated to preventing legal risks from becoming legal problems.' (geraadpleegd op 14 november 2014). Voor een uitgebreide beschrijving van preventive law, zie Van de Luijngaarden 2017, hoofdstuk 4.

13. Barclift, *Journal of the Legal Profession* 2008/33, p. 31.

de uitkomst van een juridische procedure.¹⁴ Wel wordt erkend dat procedures soms noodzakelijk zijn om ontstane geschillen op te lossen.¹⁵

Door vooraf te worden betrokken kunnen juristen bijdragen aan de beperking van het aantal en de omvang van geschillen. De nadruk verschuift van incidentenpolitiek naar samenwerking en planning. Dit maakt het mogelijk om te anticiperen op toekomstige problemen en om plannen op te stellen voor het managen van juridische risico's.

Is een *preventive lawyer* betrokken bij een bedrijf, dan zou een juridische procedure kunnen wijzen op een gebrek aan planning bij de betreffende organisatie of een gebrek aan communicatie tussen de manager en de betrokken jurist. Doet zich een juridische procedure voor, dan lijkt het dan ook raadzaam niet alleen te onderzoeken hoe het betreffende juridische probleem in de toekomst kan worden voorkomen. Ook zou men er verstandig aan doen te bezien of hier wellicht een organisatieprobleem in de inrichting of besturing van het bedrijf achter schuilgaat, bijvoorbeeld door na te gaan of het inschakelen van juridische deskundigheid in bedrijfsprocessen is meegenomen.

Bij advisering van zakelijke cliënten is het voor juristen van belang niet alleen rekening te houden met wet- en regelgeving, maar eveneens met economische en menselijke factoren. Zo kan de economische realiteit waarin ondernemingen functioneren het gedrag van managers beïnvloeden en risicovol gedrag uitlokken. Het kan een uitdaging zijn voor juristen om in dergelijke gevallen hun advies navolging te laten vinden. Goed advies steunt nu eenmaal op de betrokkenheid van degene aan wie het is gericht.¹⁶ Hierbij spelen ook psychologische, sociologische en economische factoren een rol. Echter, als een onderneming wordt ingehaald door marktontwikkelingen en bijvoorbeeld kostenreductie uit bedrijfseconomische noodzaak een doel op zich is geworden, zal het voor menig jurist lastig worden om een manager te overtuigen van het belang van juridisch management. Zeker als er ten koste van compliance, inkomsten kunnen worden genereerd.

Concluderend lijkt Preventive Law in de praktijk maar ten dele een andere benadering van het recht dan de reactieve benadering. Het verlegt de focus van 'procederen' naar risicomangement,¹⁷ en gaat uit van planning en samenwerking tussen cliënt en jurist. Preventive Law is primair gericht op juristen en is niet direct behulpzaam voor de mkb-er, die geen jurist in dienst heeft of zich de begeleiding van een *preventive lawyer* niet of beperkt kan veroorloven. Proactive Law biedt een aanzet tot uitkomst.

14. Barclift, *Journal of the Legal Profession* 2008/33, p. 34, onder verwijzing naar Dauer. Of, om met Brown te spreken: "In litigation, it is important to predict what courts will do. In Preventive Law, it is important to predict what people will do." preventivelawyer.org/content/essays/sha_brown.htm (geraadpleegd op 15 november 2014).

15. preventivelawyer.org/main/default.asp?pid=brown_program.htm (geraadpleegd op 14 november 2014).

16. Langevoort, *Fordham Law Review* 2006/75, p. 1616.

17. Barclift, *Journal of the Legal Profession* 2008/33, p. 34.

Proactive Law

Van het begin van deze eeuw is het idee van Proactive Law, dat wordt uitgedragen door de Nordic School of Proactive Law.¹⁸ Proactive Law is gebaseerd op de overtuiging dat juridische kennis het beste kan worden toegepast voordat zaken verkeerd gaan (in zoverre is proactive law ook op preventie gericht). In aanvulling op het vermijden van geschillen en juridische procedures, richt Proactive Law zich op mogelijkheden om het recht te gebruiken om waarde te creëren voor organisaties en het te gebruiken als basis voor de bedrijfsvoering.¹⁹

Preventive en Proactive Law hebben daardoor een verschillende doelgroep. Waar Preventive Law met name is gericht op juristen, richt Proactive Law zich op juristen en (vanuit het perspectief van juristen) cliënten gezamenlijk, waarbij de nadruk ligt op de cliënt, bijvoorbeeld een ondernemer of personeelsmanager. Proactive Law wijst met name op het belang van samenwerking tussen cliënten en juristen en het belang van aanmoediging van en ondersteuning bij 'juridische zelfzorg' door cliënten.²⁰

Een ander verschil tussen Proactive Law en Preventive Law is er in gelegen dat Proactive Law verder wil gaan dan alleen de preventie van juridische problemen en risicomangement. Juridische kennis en vaardigheden moeten worden geïntegreerd in de dagelijkse praktijk van bedrijven, om er daarmee voor te zorgen dat doelen worden gerealiseerd met een efficiënte balans tussen opbrengst voor het bedrijf en de te lopen risico's.²¹ Het juridisch domein moet dus onderdeel uitmaken van het management van bedrijven. Bedrijven die dit nog niet voor elkaar hebben zullen dit moeten leren. Het belang van lerende organisaties komt verderop aan de orde.

Om de juridische aspecten van de bedrijfsvoering op gestructureerde wijze in te bedden in ondernemingen, wordt in het boek 'Proactive Law for Managers, A Hidden Source of Competitive Advantage'²² een methode aangereikt: the Manager's Legal Plan™. Kern van die methode is het volgende vier-stappenplan.

Stap 1 *Heb basiskennis van het recht*

Managers worden geacht een zekere basiskennis te hebben van het recht en daarmee van hun rechten en plichten. Zij moeten hierover beschikken om in voorkomende gevallen, ook juridisch onderbouwd, beslissingen te kunnen nemen of begrijpen wanneer zij juridische deskundigheid moeten inschakelen. Alleen als zij beschikken over juridische basiskennis zullen zij ook in staat zijn deze in hun dagelijkse 'managementpraktijk' te incorporeren.

18. proactivelaw.org.

19. Haapio, *Scandinavian Studies in Law* 2006/49, p. 21. Zie in dit verband ook het Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité, dat pleit voor een proactieve benadering van het recht (2009/C 175/05, onder 2.1).

20. Haapio, *Scandinavian Studies in Law* 2006/49, p. 24. Over het verschil tussen preventive law en proactive law, zie ook Van de Luitgaarden 2017, p. 167 e.v.

21. Haapio, *Scandinavian Studies in Law* 2006/49, p. 24. De in dit verband door Haapio gebruikte analogie is helder: 'To use the medical analogy, the idea is not only to prevent ill-health but to promote well-being.'

22. Siedel & Haapio 2011, p. 13-17.

Voorbeeld

Een mkb-bedrijf sluit regelmatig overeenkomsten met multinationals, waarbij de onderneming veel geld kan verdienen, maar ook grote risico's loopt. De directeur van de onderneming leest de contracten altijd helemaal door en legt deze, als bepalingen onduidelijk zijn of hij inschat dat risico's groot (kunnen) zijn, voor aan een advocaat of, indien nodig in verband met de verzekering van projecten, een jurist van de verzekeraar.

Stap 2 *Weet hoe om te gaan met juridische problemen en leer ervan*

Managers moeten weten hoe om te gaan met juridische kwesties. Zij kunnen kiezen voor de opties 'flight or fight': vluchten of vechten. Geeft men de voorkeur aan schikken of wil men een juridisch gevecht aangaan? Steeds zullen voor- en nadelen moeten worden afgewogen. Wat zijn de kosten van een procedure? Welke tijdsinvestering wordt gevraagd van betrokken personeel? Kan er een precedentwerking uitgaan van een schikking? Wegen de kosten of risico's op tegen de mogelijke opbrengst?

Bijkomend doel van deze stap is dat managers leren van geschillen. Hierbij gaat het niet alleen om geschillen waarin de eigen onderneming verzeild is geraakt. Ook juridische kwesties van andere ondernemingen, en vooral van concurrenten, moeten worden gebruikt als 'lesmateriaal' voor stap 3.

Voorbeeld

Een werknemer functioneert naar de mening van een manager onvoldoende en houdt bovendien andere werknemers van het werk. Van voldoende dossieropbouw is geen sprake. Een ontbindingsverzoek bij de rechtbank heeft dan ook weinig kans van slagen. Toch is het besluit dat de werknemer moet vertrekken eigenlijk al gevallen. Om het dossier op te bouwen moet door de manager veel tijd worden geïnvesteerd, terwijl andere medewerkers last blijven houden van de medewerker, waardoor de productiviteit aanzienlijk achterblijft. In dit geval zou het de moeite waard zijn te onderzoeken of met de werknemer overeenstemming kan worden bereikt over beëindiging van de arbeidsovereenkomst tegen een ruimere ontslagvergoeding dan gebruikelijk. De werknemer kan het bedrijf met opgeheven hoofd verlaten, het bedrijf kan weer productiever werken, zonder het risico van een langdurig en vervelend beëindigingstraject. De les voor de toekomst? Voer beoordelingsgesprekken die recht doen aan de feiten²³ en leg de inhoud schriftelijk vast.

Stap 3 *Ontwikkel bedrijfsstrategieën om toekomstige problemen te voorkomen*

Binnen bedrijven moeten bedrijfsstrategieën worden ontwikkeld, op basis waarvan toekomstige problemen worden voorkomen. Het gaat hier dus met name om preventieve strategieën.

23. Siedel & Haapio 2011, p. 54, 'manage by fact'. In het kader van dit voorbeeld: als functioneringsgesprekken worden gevoerd, zouden de feiten besproken en in een gespreksverslag vastgelegd moeten worden.

Er worden drie preventieniveaus onderscheiden. Het eerste: voorkom dat een gebeurtenis waaruit schade voort kan vloeien zich voordoet; het tweede: als een gebeurtenis zich voordoet, voorkom dan dat hieruit schade voortvloeit; het derde: als er schade is, beperk deze dan zoveel mogelijk.

Voorbeeld²⁴

Een bepaald product brengt een grote kans op productaansprakelijkheid met zich mee. Dit leidt tot de strategische vraag of een bedrijf door moet gaan met de productie en verkoop. Besluit het bedrijf door te gaan, dan kan het ter beperking van aansprakelijkheid verstandig zijn de productie onder te brengen in een dochteronderneming. Alternatieve of aanvullende oplossingen zijn innovatie van het product, waardoor de kans op productaansprakelijkheid vermindert, of disclaimers in overeenkomsten.

Stap 4 *Ontwikkel bedrijfsstrategieën om optimaal gebruik te maken van het recht*

De vierde en laatste stap is erop gericht om niet alleen preventief te handelen, maar vooral ook te richten op toekomstige mogelijkheden die recht en innovaties bieden. Managers worden aangemoedigd om proactief te handelen, verder dan alleen juridisch te denken en waar mogelijk concurrentievoordeel te behalen.

Voorbeeld²⁵

Voor het ontwikkelen van een portfolio van intellectuele eigendomsrechten zal een onderneming graag zien dat werknemers zich innovatief en als ondernemer gedragen. In dat geval is het wellicht verstandig hun arbeidsovereenkomst niet 'preventief' in te richten (de werknemer ontvangt salaris, maar alle opbrengsten van de uitvindingen vallen toe aan het bedrijf), maar juist 'proactief' (de werknemer ontvangt salaris en daarnaast een percentage van de opbrengst van de innovatie). Zo worden naar Japans recht werknemers beloond voor opbrengsten van patenten, hetgeen in 2008 in de Verenigde Staten resulteerde in een verhoudingsgewijs groter aantal patenten van Japanse dan van Amerikaanse bedrijven.

Bij Proactive Law worden managers aangezet om, in samenwerking met juristen, actief met juridische vraagstukken aan de slag te gaan, het bestaande juridisch management te verbeteren en waar nodig nieuw te ontwikkelen. Zij worden uitgedaagd om gebruik te maken van de mogelijkheden die het juridisch domein hen biedt en zelfs om verder te denken dan dat. De focus komt hiermee niet alleen te liggen op bijvoorbeeld het beperken van kosten en aansprakelijkheden, maar juist ook op een extra dimensie, namelijk het vergroten van inkomsten door kansen te benutten die wet- en regelgeving bieden.

Bij de theorie van Proactive Law kunnen kritische kanttekeningen worden geplaatst. Na stap 1 zou stap 2 bijvoorbeeld overgeslagen kunnen worden. Ook is de vraag of het onderscheid tussen stap 3 en 4 wel toegevoegde waarde heeft.²⁶ Echter, het

24. Siedel & Haapio 2011, p. 31.

25. Siedel & Haapio 2011, p. 97.

26. Brack, *E.B.L.R.* 2013/24, p. 161 – 164.

belangrijkste kritiekpunt is dat voor stap 1 van het vier-stappenplan, het opdoen van juridische kennis, slechts een zeer beperkte aanzet wordt gegeven. De auteurs blijven hangen in juridische hoofdlijnen van vooral Amerikaans en Europees recht en de samensmelting van verschillende wet- en regelgeving. Aan de hand hiervan wordt de methode verduidelijkt. De doelgroep lijkt te bestaan uit managers werkzaam in verschillende landen en aldus is dit begrijpelijk. Toch komt het de praktische toepasbaarheid van het vier-stappenplan niet ten goede. Een overzicht van concrete juridische onderwerpen die mogelijke kansen bieden of risico's meebrengen wordt niet gegeven. Een toespitsing op de Nederlandse situatie is voor de operationalisering dan ook broodnodig.²⁷

1.2 Compliance als basis van juridisch management

In het voorgaande werden de noodzaak en de theorie omtrent juridisch management besproken. Hier staat de basis ervan centraal: *compliance*. Wat wordt hieronder verstaan? Een definitie werd betrekkelijk recent gegeven door een groep complianceprofessionals:

*Onder 'compliance' wordt verstaan het voldoen aan wet en regelgeving en interne gedragsregels van de onderneming. De interne gedragsregels omvatten onder meer regels met betrekking tot de integere bedrijfsvoering. Integere bedrijfsvoering is het geheel van maatregelen en procedures ten behoeve van stakeholders van de onderneming gericht op het tegengaan van: a. belangenverstremgeling; b. strafbare feiten; c. het schaden van het vertrouwen in de onderneming of de markt; of d. handelingen die ingaan tegen hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.*²⁸

Deze definitie is ruimer dan menig andere definitie van het begrip 'compliance' en omvat een expliciete verwijzing naar een 'integere bedrijfsvoering', een intrinsieke betrouwbaarheid, die in andere definities veelal ontbreekt.²⁹ Hieruit volgt dat alleen voldoen aan wet- en regelgeving niet voldoende is. Een organisatie die compliant wil zijn, moet op een verantwoorde, betrouwbare manier zijn georganiseerd. Deze betrouwbaarheid impliceert het meewegen van belangen van een bredere kring van stakeholders dan uit een oogpunt van wet- en regelgeving strikt genomen noodzakelijk is. Dit is niet alleen nodig omdat reputatiemanagement

27. In vergelijkbare zin, zie Berger-Walliser 2012, p. 31 ('There also seems to be some lack of knowledge or understanding related to the proactive and preventive approaches (...). One of the reasons for the aforementioned lack of understanding could be that proactive law literature so far has extensively addressed the reasons and objectives of the paradigm shift it calls for, but to a lesser degree how to make it happen. What will be needed in the future are more case studies, identification of best practices, and more distinctive methods and tools to turn proactive law into practice').

28. groepolivier.nl, Compliance position paper, Bijdragen aan verandering (september 2009), Principe II: p. 7-8.

29. Zie bijvoorbeeld de definitie van het Nederlands Compliance Instituut: 'De naleving van wet- en regelgeving, alsmede het werken volgens normen en regels die een instelling zelf heeft opgesteld'. Volledigheidshalve, deze definitie heeft betrekking op de financiële sector. Zie compliance-instituut.nl/pagina/faq_compliance_nederlands_compliance_instituut (geraadpleegd op 17 november 2014).

onderdeel van compliance lijkt te worden.³⁰ Er is ook sprake van een juridische tendens waarbij meer maatschappelijke belangen geacht worden onder het bedrijfsbelang te vallen.³¹ Normen die voortvloeien uit 'maatschappelijk verantwoord ondernemen', zorg voor het milieu of het in dienst nemen van mindervalide werknemers, kunnen hiertoe worden gerekend. Ook aan belangen die met deze onderwerpen samenhangen zullen ondernemingen tegemoet moeten komen en zouden daarmee tot compliance gerekend kunnen worden.

Tot slot lijkt er in deze definitie vooral aandacht te zijn voor randvoorwaarden waaraan moet worden voldaan. Voor de proactieve benadering, die ook uitgaat van kansen en mogelijkheden, lijkt weinig plaats. Dit element zou met het oog op winstmaximalisatie aan de definitie mogen worden toegevoegd.

De eerste en belangrijkste reden om compliant te zijn is dat eenieder wordt geacht zich te houden aan de wet, ofwel de opgelegde normen die voortvloeien uit democratisch vastgestelde wet- en regelgeving. Concrete voorbeelden: ondernemingen moeten worden ingeschreven in het handelsregister (art. 18 Handelsregisterwet) en moeten in beginsel belasting betalen. Naast dit vanzelfsprekende argument kunnen drie redenen worden onderscheiden om compliant te willen zijn: kostenoverwegingen, concurrentieel voordeel en een verschuiving van verticaal naar horizontaal toezicht.³²

Kostenoverwegingen

Samengevat, voorkomen is beter dan genezen.³³ Het is voor een bedrijf veelal goedkoper en verstandiger om aan regelgeving te voldoen, dan om hiaten in de bedrijfsvoering ten opzichte van die regelgeving achteraf te dichten. Een ondernemer of bestuurder van een onderneming zal er bijvoorbeeld verstandig aan doen deze in te schrijven in het handelsregister, om eventuele boetes op grond van de Wet op de economische delicten of ongewenste neveneffecten, zoals hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders van een nv/bv, te voorkomen.³⁴

Concurrentievoordeel

De ondernemer die compliant is, is zijn middelen niet kwijt aan juridische kwesties, maar kan zich richten op zaken waarmee hij zijn brood verdient. Op concurrenten die hun tijd (= geld) en energie hieraan moeten besteden als gevolg van non-compliance heeft hij zodoende een voorsprong. Een duurzame bedrijfsvoering, bijvoorbeeld, voorkomt niet alleen problemen met milieuvergunningen, deze kan ook worden ingezet voor marketingdoeleinden.

30. Vgl. P. Westerman in Mr.9 2014, p. 28: 'Tegenwoordig heeft naming en shaming wel degelijk juridische werking'.

31. Van der Sagen, *Tijdschrift voor vennootschaps- en rechtspersonenrecht* 2014-1, p. 17.

32. Brack, *TvCo* 2010, p. 160, onder verwijzing naar A.A.M. Blommaert, Compliance-instrumenten en monitoring, in *10 jaar Compliance*, p. 157.

33. Zie in dit verband ook Van de Luijngaarden, *TC* 2021/10.

34. Art. 2:69 lid 2 BW en art. 2:180 lid 2 BW. Zie ook voorbeeld noot 2. In dit verband kan bijvoorbeeld ook worden gewezen op mogelijke financiële gevolgen van effectieve en tegen lage kosten te organiseren online protesten. Zie Van den Broek 2016, par. 6.3.