

I Verbindend privaatrecht: een inleiding

Eva Eijkelenboom, Erik de Kloe, Femke Ruitenbeek-Bart en Josje de Vogel

1 Inleiding

Het privaatrecht regelt de juridische verhoudingen tussen mensen en rechtspersonen, oftewel: hoe zij onderling met elkaar verbonden zijn. Dit verbindende karakter van het privaatrecht komt heel letterlijk terug in de term ‘verbintenissenrecht’ of ‘verenigingsrecht’, maar ook andere domeinen van het privaatrecht, zoals het goederenrecht, het ondernemingsrecht en het financiële recht, kennen verbindende elementen. Toch is ‘verbindend’ niet direct de eerste kwalificatie die in gedachten komt als gedacht wordt aan de privaatrechtelijke rechtspraktijk. Daarin staat immers vaak het conflict centraal, en staan partijen verdeeld tegenover elkaar. Hoe sterk is dan het geschiloplossend vermogen van het privaatrecht? Hoe draagt dit domein van het recht bij aan de bevestiging van gemeenschappelijke normen en waarden? Kortom: hoe ‘verbindend’ is het privaatrecht eigenlijk? Dat is de vraag die de leidraad vormt voor het scriptieboek 2024-2025; een vraag die van bijzondere betekenis is in de huidige tijden van groeiende maatschappelijke verdeeldheid.

Dit boek bevat veertien verschillende bijdragen waarin het verbindende karakter van het privaatrecht centraal staat vanuit het perspectief van (1) materieel en immaterieel schadeherstel, (2) de rechtspersoon, vennootschap en onderneming, (3) het faillissement en (4) innovatie en digitalisering.

2 Materieel en immaterieel schadeherstel

Waar mensen samenleven en -werken, kunnen conflicten ontstaan. Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht kenmerkt zich bij uitstek door situaties waarin (rechts)personen onbedoeld of ongewild met elkaar verbonden raken, namelijk wanneer de een op onrechtmatige wijze schade toebrengt aan de ander. Onder andere via een verplichting tot vergoeding van schade geeft het privaatrecht richting aan het op passende wijze weer ‘loskomen’ van elkaar.

Nadia Scholte onderzoekt solidariteit als antwoord op de grenzen van individuele aansprakelijkheid. In Nederland ontvangen slachtoffers van

misdrijven vaak geen schadevergoeding van de dader, omdat deze onbekend of onvermogen is. Hierdoor komt de schadelast te liggen bij het slachtoffer zelf of de samenleving als geheel. In haar bijdrage evalueert zij het stelsel van compensatie van misdrijfschade op rechtvaardigheid en solidariteit met behulp van juridische rechtvaardigheidstheorieën en sociologische solidariteitstheorieën. Ze besluit haar bijdrage met een verkenning van drie aanpassingsrichtingen om het huidige stelsel rechtvaardiger en meer solidair te maken.

Ook het verzekeringsstelsel is gebaseerd op de solidariteitsgedachte. In haar bijdrage onderzoekt Nesrine Chihi een bijzondere regeling op grond waarvan personen zich aan dit systeem kunnen onttrekken: de gemoedsbezwaardenregeling. Degene die uit geloofs- of levensovertuiging bezwaren heeft tegen elke vorm van verzekering, kan namelijk worden vrijgesteld van verzekeringsplichten, zoals de verplichte verzekering tegen aansprakelijkheid van motorrijtuigen (WAM). Het gevolg van die vrijstelling is dat een aansprakelijke gemoedsbezwaarde de schadevergoedingslast zelf moet dragen en afwikkelen met de benadeelde partij. Kan de gemoedsbezwaarde de schade niet (direct) betalen, dan treedt het Waarborgfonds Motorverkeer op als garant. Het Waarborgfonds neemt de schadeafwikkeling over, waarna de uitkeringen worden verhaald op de gemoedsbezwaarde. Nesrine Chihi onderzoekt vanuit empirisch-juridisch perspectief de gemoedsbezwaardenregeling onder de WAM in haar bijdrage getiteld ‘Recht doen zonder polis’.

Bij conflicten kan ‘verbinding’ tussen partijen ver te zoeken zijn en dan roept het thema een tegenovergestelde vraag op: hoe helpt het recht mensen die ‘verkeerd verbonden’ zijn om zich van elkaar los te koppelen? Financiële compensatie is daarvoor niet in alle gevallen toereikend. In de letselschadepraktijk realiseert men zich al langere tijd dat ook immateriële behoeften en belangen aandacht verdienen, en wordt gezocht naar manieren om daaraan beter tegemoet te komen. Tegen deze achtergrond staat in het onderzoek van Noa Wilten het belang van verbinding na een verkeersongeval tussen slachtoffers en veroorzakers centraal. Zij bespreekt hoe binnen de Nederlandse strafrechtpraktijk en de civiele letselschadepraktijk wordt omgegaan met de immateriële belangen van beide partijen. Een vorm van contact tussen de ongevalsbetrokkenen kan namelijk bijdragen aan het herstelproces, maar blijft in de praktijk vaak uit doordat de overheid respectievelijk de aansprakelijkheidsverzekeraar het conflict overneemt. Het onderzoek resulteert in enkele aanbevelingen om de ruimte voor immaterieel herstel te bevorderen voor zowel slachtoffers als ongevalsveroorzakers.

3 Rechtspersoon, vennootschap en onderneming

In het privaatrecht zijn partijen in hoge mate vrij om te beslissen wat ze met elkaar afspreken, kortom: in hoe zij zich juridisch met elkaar verbinden. Dat kan via kleinschalige, duale overeenkomsten, maar ook in grote samenwerkingsverbanden, al dan niet in een vat van rechtspersoonlijkheid. De rechtspersoon, vennootschap of onderneming vormen de kern van de volgende vijf bijdragen.

Paulina Zweekhorst analyseert de toepassing van de klachtplicht op loonvorderingen in het licht van de grondslagen van het arbeidsrecht. Men kan zich afvragen of de (gedeeltelijke) niet-betaling van loon een ‘gebrekkige prestatie’ is én of van werknemers kan worden verwacht dat zij klagen bij hun werkgever. In haar bijdrage onderzoekt Paulina hoe de toepassing van de klachtplicht op loonvorderingen zich verhoudt tot het bijzondere karakter van het arbeidsrecht.

Met het voorontwerp voor een nieuw personenvennootschapsrecht groeien personenvennootschappen en kapitaalvennootschappen naar elkaar toe doordat de personenvennootschap rechtspersoonlijkheid verkrijgt. Hierdoor neemt het belang van een vloeiend vennootschapsrecht toe en kan doelmatig verbinding worden gezocht tussen personen- en kapitaalvennootschappen. Josephien Homburg gaat de uitdaging naar het zoeken van meer verbinding aan in haar onderzoek naar *corporate opportunities*. Het leerstuk van corporate opportunities gaat over zakelijke kansen die in een concreet geval toekomen of toebehoren aan een vennootschap en waarbij een vennootschap een redelijk belang heeft. In haar bijdrage getiteld: ‘Corporate opportunities in het vennootschapsrecht: quo vadis?’ onderzoekt zij de wijze waarop het leerstuk van corporate opportunities tot uiting komt in het vennootschapsrecht en de wenselijkheid van wettelijke verankering ervan voor bestuurders en vennoten. Het onderzoek mondt uit in een aantal aanbevelingen om verdere verbinding tot stand te brengen.

Jardi ten Brink onderzoekt de *leveraged buy-out* (LBO) en de mogelijkheid van tegenstrijdige belangen van bestuurders. Bestuurders zijn gehouden zich te richten naar het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. Uit de *Cancun*-beschikking volgt dat bestuurders voorts zorgvuldigheid moeten betrachten met betrekking tot de belangen van hen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Door een LBO kunnen deze belangen onder druk komen te staan. De LBO wordt in het algemeen zodanig gestructureerd dat het belang van bestuurders verbonden is met het belang van het private-equityfonds door bestuurders

in portfoliobedrijven te laten participeren. Hierdoor bestaat het risico dat bestuurders zich meer laten leiden door hun eigen belangen dan door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. In zijn bijdrage doet Jardi ten Brink enkele voorstellen die beogen de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling te versterken, zodat belangrijke besluiten in het kader van een LBO worden genomen in verbinding met het vennootschappelijk belang.

Een bron van verbinding tussen onderneming en maatschappij is de verplichte jaarlijkse externe verslaggeving. De Europese Richtlijn met betrekking tot duurzaamheidsrapportering door ondernemingen (Corporate Sustainability Reporting Directive; hierna: CSRD) verplicht ondernemingen om jaarlijks in hun bestuursverslag te rapporteren over duurzaamheid. Wat als het duurzaamheidsverslag misleidend is? Bas Dubbelman onderzoekt in zijn bijdrage de civielrechtelijke beoordeling van misleidende duurzaamheidsverslaggeving.

De verbinding tussen ondernemingen en de maatschappij wordt onder meer door de Europese Richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid (Corporate Sustainability Due Diligence Directive; hierna: CSDDD) gestimuleerd. De Omnibus-voorstellen van de Europese Commissie beogen Europese duurzaamheidswetgeving zoals de CSDDD te vereenvoudigen. Sienna Roos onderzoekt de invloed van het Omnibusvoorstel en het voorstel van de Raad op de uitvoeringsverplichting van artikel 22 CSDDD en de gevolgen voor het verwezenlijken van de klimaatdoelstellingen.

4 Faillissementsrecht

Verbindend privaatrecht is ook zichtbaar in het faillissementsrecht. Lotte Sevens zet de WHOA-procedure centraal in haar bijdrage getiteld: ‘De bankgarant onder het regresverbod: van verhaal verstoken?’. In de jurisprudentie en literatuur is discussie over de vraag of ook de geseceureerde regresvordering onder de reikwijdte van het regresverbod in de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) valt. In haar evaluerende en rechtsvergelijkende onderzoek bezieet ze de reikwijdte van het regresverbod onder de WHOA en de wenselijkheid ervan ten aanzien van de abstracte bankgarantie. Een van de conclusies is dat de geseceureerde regresvordering onder de WHOA anders wordt behandeld dan in faillissement als deze vordering onder de reikwijdte van het regresverbod valt. Dit is in strijd met het *no creditor worse off*-beginsel dat ten grondslag ligt aan de WHOA. Lotte Sevens pleit daarom voor meer verbinding tussen de WHOA en het

faillissementsrecht en beargumenteert dat het regresverbod niet van toepassing zou moeten zijn op de gecureerde regresvordering.

Ook Niels Oosterholt verbindt de inzichten uit een ander rechtstelsel met de Nederlandse praktijk in zijn rechtsvergelijkende onderzoek of een wettelijke aangifteplicht bij insolventie een geschikt middel is voor het terugdringen van de lege boedelproblematiek. Het Europese richtlijnvoorstel inzake de harmonisatie van het insolventierecht uit 2022 bevat een aangifteplicht voor bestuurders. Duitsland kent al een wettelijke aangifteplicht voor bestuurders. Door middel van een rechtsvergelijking met Duitsland wordt de verwachte effectiviteit van deze verplichting onderzocht. De conclusie is dat een wettelijke aangifteplicht op het eerste gezicht geen geschikt instrument is om de lege boedelproblematiek op te lossen. Het Nederlandse recht kent voldoende instrumenten om benadeling van schuldeisers door het uithollen van het vermogen van een insolvente onderneming te redresseren. Het risico bestaat dat een aangifteplicht juist negatieve gevolgen heeft omdat bestuurders mogelijk risicomijdend gedrag gaan vertonen en te vroeg een faillissement zullen aanvragen.

Als een onderneming buiten faillissement wordt verkocht of op een andere manier overgaat op een verkrijger, zijn werknemers goed beschermd. Die bescherming is er niet als een onderneming vanuit een faillissement wordt verkocht, omdat de regeling met betrekking tot overgang van onderneming dan niet van toepassing is. In jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie is deze faillissementsuitsondering, in ieder geval bij de pre-pack, op de helling gezet. In het conceptwetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement (Wovof II) wordt gestreefd naar verbinding van het arbeidsrecht en faillissementsrecht door de faillissementsuitsondering gedeeltelijk af te schaffen. De serie van faillissementsrechtelijke bijdragen wordt afgesloten met de bijdrage van Mila Nanulaitta naar de vraag of de Wovof II verenigbaar is met het Europese recht. Hoewel hierover in de literatuur discussie is, concludeert Mila Nanulaitta dat de wetgever verder kan met het voorstel, omdat de Wovof II op de juiste manier is verbonden met het Europese recht.

5 Innovatie en digitalisering

Drie bijdragen uit dit boek zien op innovatie en digitalisering en onderzoeken hoe nieuwe technologische en financiële ontwikkelingen in de praktijk passen binnen het huidige juridische kader. Zijn innovaties en digitale ontwikkelingen te verbinden met het bestaande juridische kader?