

Kritisch over Proactive Law for Managers

prof. mr. A.J.P. Brack*

George Siedel and Helena Haapio, *Proactive Law for Managers – A Hidden Source of Competitive Advantage*, England/USA: Gower Publishing 2011 (xix + 172 p.), ISBN 978-1-4094-0100-1

Gerlinde Berger-Walliser and Kim Østergaard (eds.), *Proactive Law in a Business Environment*, Denmark: DJØF Publishing 2012 (303 p.), ISBN 978-87-574-2759-3

Het eerste van de zes thema's in de *Bedrijfsjuristen Monitor 2012*¹ is risk management. Tijdens één van de rondetafelgesprekken die over deze thema's zijn gehouden, ging het in het kader van risk management over het streven naar *legal awareness*. Een *General Counsel* wordt als volgt geciteerd: 'Bedrijfsjuristen zullen ook zelf moeten leren dat "Compliance" iets anders is dan louter de naleving van regels naja-gen. Het gaat erom dat de hele organisatie, het bedrijf van boven tot onder, ervan bewust moet worden gemaakt dat het naleven van regels in het belang is van het bedrijf.' En even verderop is mij de volgende passage uit het hart gegrepen. 'Het kweken van *Legal awareness* is meer dan ooit één van de kerntaken van de bedrijfsjurist geworden. Daarbij is het belangrijk om niet als zwartkijker, onwetende buitenstaander of inflexibele controleur te boek te staan, maar actief mee te denken met de business en beleid te ontwikkelen dat ook daadwerkelijk uit te voeren is.' Dat is erg waar, maar ook heel moeilijk. Want hoe doe je dat? De hier te bespreken kort geleden verschenen boeken kunnen hierbij naar mijn vaste overtuiging een belangrijk hulpmiddel zijn.

Gezien vanuit een *business-perspectief* hebben wetgeving, recht en rechtspraak ten minste twee te onderscheiden functies en niet zelden vertoont een juridisch fenomeen beide zijden van dit onderscheid. Natuurlijk is er de *normatieve* functie, die het vrije ondernemen beperkt en het uitvoeren van de operationele en de strategische managementfuncties afhankelijk maakt van het vervullen van juridische verplichtingen. Bijvoorbeeld de op de markt aanwezige producten moeten veilig zijn, de marketing van onveilige producten levert claims wegens aansprakelijkheid op. Het aangaan van strategische allianties met andere ondernemingen kan conflicten veroorzaken met mededingingsautoriteiten. De veel minder in het oog springende *instrumentele* functie stelt het management in staat gebruik te maken van juridisch gereedschap, zoals overeenkomsten, intellectuele en industriële eigendom en rechtspersonen en dat in te zetten ter bevordering van de continuïteit en de voorspoed van de onderneming. In een juridisch concept als medezeggenschap van ondernemingsraden komen beide functies samen: geldige besluitvorming moet aan advies- en instemmingsverplichtingen voldoen, maar dit is tegelijkertijd welkom ge-

reedschap om draagvlak bij het personeel te scheppen voor de koers van de onderneming.

De methode '*managerial law*' combineert beide juridische functies om een juridische agenda te kunnen samenstellen voor de operationele personeels-, productie-, commerciële en financiële manager en voor het strategische overkoepelende management. Deze methode gebruikt de structuur van managementfuncties en koppelt activiteiten van managers aan juridische onderwerpen en risico's.² Dit betekent voor commercieel management bijvoorbeeld het voldoen aan verplichtingen op het gebied van het vermelden van productinformatie op de verpakking, het voldoen aan prijsaanduidingsverplichtingen en het afzien van prijsbinding. Bij de treasuryfunctie van het financiële management valt te denken aan het gebruik van instrumenten zoals leasing van productiemiddelen en factoring van uitstaande vorderingen. Het *managerial law*-model kan twee kanten op werken: het introduceren van de *managerial* manier van denken en handelen van het lijnmanagement bij juristen en juridische studenten, en het inventariseren en presenteren van juridische aspecten en risico's aan bedrijfskundestudenten en managers op een zodanige manier dat bedrijfsrecht wordt geïntegreerd met bedrijfskunde.

Compliance is, zoals bekend, de status van het juridisch '*in control*' zijn. Het betekent het professioneel managen van juridische kwesties en dat kan heel voordelig zijn. Voorkomen is beter dan het oplossen van problemen kostbaar te moeten uitbesteden. Professioneel juridisch management schept een voorsprong in het kader van horizontaal toezicht: aantoonbare juridische kwaliteit geeft aanleiding tot een relatie met toezichhouders die is gebaseerd op vertrouwen. En terecht verwijzen de auteurs van het eerstgenoemde boek in de ondertitel naar het concurrentiële voordeel dat de onderneming heeft die een kwalitatief goed juridisch management heeft en handhaaft. Die onderneming is al lang weer aan het ondernemen, terwijl concurrenten nog steeds heel druk zijn met het repareren van niet voorzien juridisch ongerief.

De traditionele aanpak van juridische problemen is reactief. Gevestigde juridische dienstverleners zijn gewend te werken aan de oplossing van een juridisch probleem nadat het

* Antoni Brack is hoogleraar Juridische aspecten van de bedrijfskunde (bedrijfsrecht) aan de Universiteit Twente, faculteit Management en Bestuur en raadsheer-plaatsvervanger (incidenteel rechter) in het Gerechtshof Arnhem.

1. Onvolprezen jaarlijkse uitgave van Houthoff Buruma.
2. Als ik zo vrij mag zijn, zie: A. Brack, *Bedrijfsrecht op een bedrijfskundige manier*. Noordhoff uitgevers. 5^e druk 2010.

is ontstaan. De advocatuur is niet toegerust op het voorkomen van juridische problemen. Omdat het de verantwoordelijkheid is van de bedrijfsleiding om juridische risico's in te schatten en de oplossing van juridische problemen al dan niet uit te besteden, kunnen we rustig stellen dat in veel gevallen de initiële reactieve aanpak van juridische problemen gebaseerd is op een lekenoordeel. Twee verwante bewegingen om hier verbetering in aan te brengen, beginnen voet aan de grond te krijgen. De Noord-Amerikaanse 'preventive lawyer'³ is vergelijkbaar met de van oorsprong Noord-Europese beweging van 'proactive law'⁴. Om te citeren van de laatstgenoemde website: '... a future-oriented approach to law placing an emphasis on legal knowledge to be applied before things go wrong.' Er is jammer genoeg weinig gestructureerde wetenschappelijke kennis over welke juridische problemen het midden- en kleinbedrijf heeft. Gelukkig is recentelijk gepubliceerd over dit onderwerp.⁵ Nu weten we bijvoorbeeld dat een serieus juridisch probleem van het Nederlandse MKB in 2006 gerelateerd was aan de kwaliteit, hoeveelheid en leveringstermijn van verkochte goederen en diensten. Een perfect startpunt voor een operationele analyse van hoe juridische kosten kunnen worden teruggedrongen. Hoe zou zo'n project aangepakt kunnen worden?

'The Manager's Legal Plan'TM is de kern van het handzame boek *Proactive Law for Managers*. Dit plan is een methode, een analytische manier om juridische kwesties te integreren in algemeen management. De auteurs beschrijven hun methode als een vierstappenplan:

1. 'Understand the law': er is juridische basiskennis voor nodig om gevoelig te kunnen zijn voor de juridische dimensie van bedrijfsactiviteiten.
2. 'Know how to cope with legal problems and learn from them': de auteurs presenteren een keuzemogelijkheid tussen het bevechten van claims en conflicten of het vluchten er voor, bijvoorbeeld door te schikken ('fight or flight').
3. 'Develop business strategies and solutions to prevent future problems': dit is kort en goed een systeem van juridisch risicomanagement.
4. 'Climb to the balcony to see the big picture and become more proactive': een ruimer overzicht stimuleert het ontwikkelen van een visie waarin juridische kwesties een onderdeel worden van professioneel operationeel en strategisch management.

Zonder twijfel maakt dit vierstappenplan op het eerste gezicht een aantrekkelijke indruk. Treden verwijzen naar een trap en die gebruik je meestal om op het balkon te komen, want dat is de plaats waar je de omgeving kunt overzien. Toch vind ik de metafoer bij nader inzien niet helemaal geweldig. Het wekt de suggestie dat managers stap voor stap, trede voor trede, kunnen leren het juridische management te verbeteren. De eerste stap, de begane grond als het ware, is absoluut *conditio sine qua non*. Net zoals het zonder enige bedrijfseconomische kennis onmogelijk is om aan financieel management te doen, is het evenmin mogelijk om zonder juridische basiskennis aan juridisch management te doen. Op zijn minst moet een (kleine) ondernemer toch kunnen inschatten of hij in een bepaald geval een externe juridische adviseur nodig heeft. Overigens heb ik er als juridische coach geen bezwaar tegen als de ondernemer de tweede stap zou willen overslaan. De derde trede is het resultaat dat we

willen bereiken. De tweede trap daarentegen is het traditionele juridische gedrag: als we geen probleem hebben, kunnen we niks oplossen. 'You get sick, you seek treatment. You encounter a dispute, you turn to a lawyer'.⁶ En 'fight or flight' bekt ook lekker, maar een geschil schikken is met permissie bepaald geen vlucht! Sterker nog: de meeste conflicten zouden beter geschikt kunnen worden in plaats van er over te gaan procederen. Bovendien, *mediation* kan heel leerzaam zijn om elkaars motieven te begrijpen die achter het conflict blijken te liggen. En hierin kan de sleutel gelegen zijn voor succesvolle toekomstige preventie van conflicten.

Een succesvolle juridische manager is waarschijnlijk hij of zij die in staat is kennis van bedrijfsrecht om te zetten in het inzicht dat *managerial law* biedt enerzijds, en anderzijds het vermogen of de *mindset* juridische kwesties met een vooruitziende blik te managen. Het gaat tenslotte om inzicht en vooruitzien. Ik heb dit boek nu enkele keren in onderwijs-situaties gebruikt en met behulp van 'The Managers Legal Plan'TM is het bedrijfskundestudenten snel duidelijk wat juridisch management is en dat het bovendien te belangrijk is en te bedrijfskundig om geheel aan juristen over te laten.

In de al eerder in dit stuk aangehaalde *Bedrijfsjuristen Monitor 2012* volgen na de rondetafelgesprekken een aantal interviews. In een van deze interviews komt een model ter sprake van hoe compliance binnen een bedrijf het beste ingepast kan worden. Een geïnterviewde hierover: 'In dit model is de eerste lijn, het lijnmanagement, direct verantwoordelijk voor de beheersing van risico's van de onder hen vallende processen. (...) De rol van bedrijfsjuristen zit vooral in de eerste lijn: zij zijn er om de business te helpen met bijvoorbeeld contractonderhandelingen.'⁷ Het tweede hier aan te kondigen boek is een bundel met ruim tien bijdragen over aspecten van *proactive law*. Meer dan de helft van de bijdragen hebben betrekking op allerlei juridische en *managerial* aspecten van contracteren. Noem dat maar eens toeval! De bijdrage over 'collaborative contracting'⁸, bijvoorbeeld, vraagt aandacht voor het veelvoorkomende, maar desondanks merkwaardige verschijnsel dat de 'disjuncture puzzle' wordt genoemd: het raadsel van het niet aangesloten zijn, het langs elkaar heen werken. We kennen het historisch gegroeide en nog altijd gebruikelijke patroon van het formuleren en zo veel mogelijk dichttimmeren van clausules vol met eenzijdige rechten tijdens het opstellen van het contract.⁹ Maar als er een conflict dreigt te ontstaan tijdens de

3. www.preventivelawyer.org.

4. www.proactivelaw.org.

5. Marnix T. Croes, 'Companies on their Paths to Justice – How Small and Medium-Sized Enterprises in the Netherlands Deal with Potential Legal Problems', *Utrecht Law Review*, Volume 8, Issue 1 (January) 2012, p. 51-77: www.utrechtlawreview.org.

6. P. 11 van het besproken boek.

7. Op p. 28.

8. P. 107 e.v. van het besproken boek.

9. Dat begint in al zijn eenvoud al in de garderobe waar bordjes aan de muur zijn bevestigd met onwelkome mededelingen zoals 'De directie is niet aansprakelijk voor het zoekraken van kledingstukken', terwijl de directie niet te beroerd is voor het in bewaring nemen van dezelfde kledingstukken geld te vragen.

uitvoering van de overeengekomen werkzaamheden, worden deze ferm geformuleerde voorbehouden van rechten niet zelden terzijde gesteld in een poging om met de tegenpartij buiten rechte tot een vergelijk te komen. Het nuttige alternatief van 'samenwerkend contracteren' bepleit dat de juristen van de potentiële contractpartners niet allerlei tegenstrijdige stellingen betrekken, maar het proces van contracteren gebruiken om de communicatie en de relatie te verbeteren en wederzijds begrip op te bouwen, zodat problemen worden voorkomen en succes wordt gefaciliteerd.

Het verbindende hoofdstuk tussen beide boeken is de bijdrage waarin 'The Manager's Legal Plan' wordt toegepast op het opstellen van contracten.¹⁰ Enige vaardigheid in contracteren, in het Anglo-Amerikaans zo mooi aangeduid met *contract literacy*: contractuele geletterdheid, veronderstelt om te beginnen basiskennis van overeenkomstenrecht. Als partijen hebben getracht elk contractueel risico uit te sluiten – denk bijvoorbeeld aan beperkingen van aansprakelijkheid voor wanprestatie, recht op schadeloosstelling, bevoegdheid om prijswijzigingen door te voeren, rechts- en forumkeuze, et cetera – dan geeft dit vaak aanleiding tot opportunistisch gedrag; men vangt elkaar vliegen af. Een proactief alternatief voor al die negativiteit en dat wederzijdse wantrouwen zou kunnen zijn, zo wordt in deze bijdrage betoogd, het vervangen van een 200 pagina's omvattend contract vol met voor zakenlieden onbegrijpelijke clausules door een eenvoudige overeenkomst, die inhoudt dat elke partij de bevoegdheid heeft om het contract op elk moment op te zeggen. Anders gezegd: partijen verheffen zich boven bijdehand, eenzijdig, tactisch gedrag en ontwikkelen vanaf hun positie op het balkon een strategische attitude.

Het voorwoord in de *Bedrijfsjuristen Monitor 2012* eindigt op pagina 8 met het statement '... dat de bedrijfsjurist geen tijd heeft voor juridisch/wetenschappelijk "geneuzel"'. Een aanpak zoals 'The Manager's Legal Plan' en een aantal bijdragen in de genoemde bundel laten zien dat niets zo praktisch is als een handige juridisch/wetenschappelijke theorie.

10. P. 59-106.