

Naschrift bij 'Delaware revisited; een mini-enquête'

Graag maak ik gebruik van de mogelijkheid die de redactie van *Ondernemingsrecht* mij biedt om, bij wijze van repliek, enige opmerkingen te maken bij de stellingname van Alexander Mohr.

Laat ik beginnen met mijn waardering uit te spreken voor het initiatief van Mohr. Het valt te prijzen dat een oud-lid van de Ondernemingskamer (OK) niet alleen mijn proefschrift en meest recente artikel over rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag bestudeert, maar ook de tijd

neemt om – desverzocht – zijn gedachten over de materie op papier te zetten en stelling te nemen. De rechterlijke macht, met name – (oud-)leden van – de OK, vormt een van de primaire doelgroepen van het proefschrift. Openbaringen als die van Mohr vergroten het inzicht in de diverse standpunten en bevorderen de discussie. Zo vaak gebeurt het ook niet dat (oud-)leden van de OK publiekelijk stelling nemen, haar voorzitter even buiten beschouwing latend. Mohr heeft zijn positie als oud-lid van de OK niet 'ge-disclosed'. Ik memoreer het hier wel, nu het in de rede ligt – gelet ook op zijn afrondende opmerking – dat dit zijn stellingname heeft gekleurd. Aardig van Mohr is dat hij het proefschrift *en passant* als 'spraakmakend' kwalificeert. Om precies te zijn bepleit ik de invoering van een *Nederlandse* variant van de *business judgment rule*, niet 'zoiets (...) als de *Delaware business judgment rule*' waarover Mohr rept; niet

helemaal hetzelfde, gelet ook op de kanttekeningen die ik bij de Delaware *business judgment rule* plaats.¹

Dat ik Mohr's reactie met genoegen heb gelezen laat onverlet dat ik bedenkingen bij zijn opvattingen heb. Eerst een kanttekening van algemene aard. Ongeveer tweederde van Mohr's uiteenzetting beslaat een door hemzelf gegeven 'ultra korte samenvatting' van mijn betoog in voornoemd artikel (waarin ik mijn bevindingen in het proefschrift reeds sterk gecomprimeerd heb weergegeven), waarop hij vervolgens reageert. Omdat Mohr in zijn samenvatting wel erg kort door de bocht gaat laat ik deze verder daar² en richt ik mij op het slot van zijn uiteenzetting, waarin hij kleur bekent.

- Een belangrijk punt in mijn betoog is het onderscheid in enerzijds de bestuurlijke gedragsnorm (i.e. de norm gericht aan het bestuur die voorschrijft hoe het bestuur zich dient te gedragen) en anderzijds de behorende rechterlijke toetsingsnorm (i.e. de norm gericht aan de OK die voorschrijft hoe zij dient vast te stellen of het bestuur in strijd met de op hem rustende gedragsnorm gehandeld heeft). De toetsingsnorm zal *qua* strengheid meestal samenvallen met de gedragsnorm, maar soms divergeren ze. De rechter toetst dan beperkt, want niet vol aan de gedragsnorm. Voor beperkte toetsing heb ik een aantal hout snijdende redenen gesignaleerd, die internationaal worden onderschreven.³ Mohr laat dit alles buiten beschouwing.

- In mijn optiek rusten op het bestuur diverse gedragsnormen, waarvan sommige voortspuiten uit art. 2:8 BW (en de meeste ressorteren onder de algemene zorgvuldigheidsplicht, te onderscheiden van de algemene loyaliteitsplicht). Eén daarvan is de gedragsnorm die voorschrijft dat het bestuur telkens die zakelijke beleidsafweging dient te maken, waarbij het belang van de vennootschap het meest is gebaat. Dit omvat gevallen waarin – wat ik maar even noem – 'pure' ondernemingsbeslissingen voorliggen, waarbij niet voorzienbare achterstelling van een of meer deelbelangen centraal staat (heel kort gezegd: gaan we investeren in project A, B of C?). Een andere is de gedragsnorm die voorschrijft dat, indien de door het bestuur te maken zakelijke beleidsafweging mede bestaat uit een voorzienbare benadeling van een in acht te nemen deelbelang, het bestuur telkens die zakelijke beleidsafweging dient te maken welke dat deelbelang niet disproportioneel benadeelt. Beide gedragsnormen ressorteren onder de algemene zorgvuldigheidsplicht.⁴ Toetsing van laatstgenoemde gedragsnorm – wat inderdaad mogelijk moet zijn binnen ons vennootschapsrechtelijk stelsel – dient mijns inziens in de redelijkheidsleutel te staan (hier is geen sprake van normatieve divergentie). Mohr ziet zowel die door mij onderscheiden gedragsnorm als de daarbij door mij voorgestane toetsingsnorm over het hoofd. Toetsing van eerstgenoemde gedragsnorm (i.e. het 'pure' ondernemingsbeleid) dient mijns inziens in de rationaliteitsleutel te staan en niet in de sleutel van de voor het bestuur strengere redelijkheidstoets, mits sprake is van een bestuur dat (i) op het eerste gezicht subjectief *bona fide* (i.e. loyaal) is en (ii) niet geraakt wordt door een substantieel tegenstrijdig belang (hier is wel sprake van normatieve divergentie). Deze divergentie wordt niet onmogelijk gemaakt door art. 2:8 BW: zo bevat deze bepaling een algemene gedragsnorm voor onder andere bestuurders, waarbij niet wordt voorgeschreven op welke wijze de rechter dient te *toetsen* of het bestuur een concrete – uit art. 2:8 BW voortspuitende – gedragsnorm heeft geschonden. Als aan voornoemde voorwaarden is voldaan is rechterlijke toetsing aan redelijkheid niet 'zonder meer op zijn plaats' (gelet op de ratio van beperkte toetsing, waaraan Mohr kennelijk niet zoveel waarde hecht; hij besteedt er in ieder geval geen aandacht aan). Dát is nu juist de essentie van *beperkte* rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag.⁵

- Het lijkt mij nogal evident dat, mede in verband met

eerstgenoemde gedragsnorm, de aanwezigheid van een substantieel tegenstrijdig belang – in beginsel – niet alleen leidt tot hogere eisen aan de door het bestuur te betrachten zorgvuldigheid (dit kleurt de gedragsnorm), maar ook tot een aangescherpte/kritischer toetsing door de OK (dit kleurt de toetsingsnorm): ter bescherming van de vennootschap, vanwege het risico van belangenvermenging in haar nadeel dan manifest wordt. De rechtspraak van OK en Hoge Raad in dit verband is illustratief (al is de precieze werkwijze ook hier lang niet altijd even transparant). Het ontgaat mij hoe datgene wat Mohr dienaangaande opmerkt daaraan kan afdoen.⁶

- Anders dan Mohr kennelijk meent draait het enquête-recht in de kern niet om het begrippenpaar 'toerekenbare tekortkoming' (en daarmee ook niet om persoonlijke aansprakelijkheid), maar uiteindelijk om de vragen (i) of sprake is van – schuldig – ondermaats gedrag (op zich: onjuist beleid) van een dusdanig karakter dat van wanbeleid gesproken kan worden en (ii) of, indien verzocht, voorzieningen getroffen dienen te worden om dit wanbeleid te redresseren. Men raadplege de wetsgeschiedenis en Hoge Raad rechtspraak. Ik zet 'schuldig' tussen streepjes, omdat het element schuld (of breder: toerekening) in het enquêterecht een minder centrale rol speelt dan in aansprakelijkheidsprocedures: wanbeleid wordt ook wel vastgesteld zonder dat de schuldvraag wordt beantwoord, reden waarom schuld geen noodzakelijke voorwaarde voor wanbeleid (of onjuist beleid) lijkt te zijn. OK en Hoge Raad richten zich doorgaans primair op de vraag of sprake is van normschendend gedrag (vgl. ook de toverformule 'schending van elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap'⁷ als equivalent van wanbeleid), al kan het schuldelement bij de beoordeling een rol spelen.⁸ Tegen deze achtergrond is het logische gevolg van de door mij bepleite systematiek dat niet ieder geval van irrationeel gedrag (i.e. een gedragsnormschending, zie hiervoor) wanbeleid oplevert. Dat is nu eenmaal inherent aan de bestaande opzet van het enquêterecht.⁹ Overigens speelt de door mij bepleite Nederlandse *business judgment rule* in de eerste plaats een sleutelrol in bepaalde gevallen bij beantwoording van de vraag of sprake is van een gedragsnormschending (al zal bevestigende beantwoording van deze vraag niet zelden doorwerken in beantwoording van de schuldvraag, zo deze ter beantwoording voorligt).

- Natuurlijk dient het bestuur verantwoording af te leggen over zijn taakvervulling, er is ook niemand die dit betwist. Dit laat onverlet dat rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag in – onder meer – het enquêterecht op *verantwoorde* wijze dient plaats te vinden, wat te meer klemt waar het gaat om door het bestuur gevoerd ondernemingsbeleid. Zo valt – heel kort gezegd – ondernemen niet in protocollen en simpel toetsbare regeltjes te vangen, lijkt de (zeer) slechte afloop van risicovolle keuzes achteraf bezien nogal eens beter voorspelbaar dan deze in werkelijkheid was (zodat al snel wijsheid achteraf dreigt) en is de maatschappij per saldo niet gebaat bij bange, kopschuwe, risicomijdende bestuurders (die toch juist geacht worden risico's te nemen in het belang van de vennootschap). Het feit dat rechters geen ondernemers met de daarbij horende kennis en praktijkervaring zijn – maar veeleer buitenstaanders, die aan niemand verantwoording behoeven af te leggen – is even-

1. Vgl. mijn proefschrift, nr. 22.

2. Vgl. de samenvatting in mijn proefschrift, p. 645 e.v.

3. Vgl. mijn proefschrift, nrs. 2-3 en 38.

4. Vgl. mijn proefschrift, nrs. 34-35.

5. Vgl. mijn proefschrift, nrs. 2-4, 38.a.-d., 39.b.

6. Vgl. mijn proefschrift, nrs. 38.e.-f.

7. Vgl. mijn proefschrift, nrs. 27-28.

8. Vgl. mijn proefschrift, nr. 24.c.

9. Vgl. mijn proefschrift, nrs. 24-30 en 36-37.

eens een relevant aspect, dat logischerwijs de behoefte aan een deugdelijke toetsingsmethodiek vergroot: dit geldt in algemene zin, dus ook op de gebieden die Mohr aanstipt. Het gaat hier niet om valkuilen die simpelweg afgedekt – kunnen – worden door de aanwezigheid van raden in de OK (de Hoge Raad kent dergelijke raden niet), van wie bovendien de 'kundigheid' doorgaans niet zozeer bestaat uit ondernemerschap op het specifieke gebied dat onderwerp is van rechterlijke toetsing, als wel uit bijvoorbeeld specialistische kennis van *accountancy* en bedrijfseconomie. Daarmee zeg ik dus niet dat deze samenstelling van de OK 'mislukt' is, wel dat ondanks deze samenstelling rechterlijke toetsing van door het bestuur gevoerd ondernemingsbeleid een lastige/hachelijke aangelegenheid blijft waarin nog wel een slag gemaakt kan worden. Het is een beetje als de bekende leus van Philips: *let's make things better!* Dáárover gaat mijn proefschrift, dus: een verbeterde methodiek van rechterlijke toetsing in dit verband, *mede ten behoeve van de toetsende rechter*. Anders dan Mohr doet voorkomen is het voorgaande dan ook geen 'diskwalificatie aan het adres van de rechterlijke macht' (ik herken mij ook niet in deze neerbuigende toon), maar een – internationaal aanvaarde – realiteit die mijns inziens meer onderkenning in Nederland verdient. Bijvoorbeeld door introductie van de door mij bepleite Nederlandse *business judgment rule*, wat ook de structuur, reproduceerbaarheid en voorspelbaarheid van het rechterlijk toetsingsproces bevordert en past bij de zekere standaardisering die internationaal lijkt op te treden in de wijze waarop omgegaan wordt met deze problematiek.¹⁰ Dit alles betekent vanzelfsprekend niet dat de OK haar werk niet meer kan doen. Ik bepleit geen radicale koerswijziging, maar een aantal bijstellingen met de nodige nuances vanuit de basisgedachte dat het in de Nederlandse maatschappij niet tot de taak van de rechter behoort – ondernemende – bestuurders min of meer naar believen de maat te nemen (om deze 'lekker scherp' te houden): daar is de OK niet voor.

Dat we 'altijd de Hoge Raad nog hebben' en de OK dus niet de laatste instantie is, zoals Mohr ter 'geruststelling' nog opbrengt, is voor mij geen reden om hier anders tegenaan te kijken. Ik geloof ook niet dat de Hoge Raad en de SER op die koers zitten.

– Mohr suggereert ten slotte dat men er in Delaware een potje van maakt, en daarmee dat invoering van de door mij bepleite systematiek die is geïnspireerd door het vennootschapsrecht van Delaware tot een soortgelijk resultaat in Nederland leidt. Tja, het zal – mede na het voorgaande – geen verbazing wekken dat ik mij hierin niet kan vinden, al onderken ik in de inleiding van het proefschrift (al op pagina 3 om precies te zijn) dat wat men in Delaware doet zeker niet zaligmakend is: het is immers nergens zo dat slechts goud is wat er blinkt. Dat gezegd hebbende: het lijkt mij gevaarlijk, niet in het belang van – de concurrentiepositie van – Nederland en eerlijk gezegd nogal naïef om te denken dat we deze problematiek in Nederland allang opgelost hebben en verder geen waarde hoeven te hechten aan de wijze waarop daarmee buiten Nederland wordt omgegaan, bijvoorbeeld in een op vennootschapsrechtelijk vlak – ook internationaal – al geruime tijd zo belangrijke jurisdictie als Delaware.¹¹

Bastiaan F. Assink

10. Zo kent ook Duitsland alweer geruime tijd een eigen – inmiddels zelfs gecodificeerde – variant van de *business judgment rule*. Vgl. mijn proefschrift, nrs. 19.b-c. Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld Australië en Nieuw-Zeeland.

11. Dit is bovendien een benadering die Nederland op andere gebieden ook niet volgt. Illustratief is de voorgenomen invoering van een *one tier* bestuursmodel, naast het traditionele *two tier* bestuursmodel. Dit is vooral ingegeven door internationale ontwikkelingen/de wensen van de internationale praktijk en de positie van Nederland in dat verband. Dit getuigt van realiteitszin in het vennootschapsrecht.