

# STELLINGEN

behorende bij het proefschrift

## Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag

### Binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware

van Bastiaan F. Assink

1. De benaming 'marginale' toets wekt ten onrechte de indruk dat toepassing van de daarmee bedoelde (redelijkheids)toets duidelijk aanwijsbaar verschilt van de 'volle' toets.
2. Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag aan de hand van de *business judgment rule*, zoals gehanteerd binnen het vennootschapsrecht van Delaware, komt niet overeen met 'marginale' rechterlijke toetsing binnen het Nederlandse vennootschapsrecht.
3. De systematiek van de *business judgment rule* zoals gehanteerd binnen het vennootschapsrecht van Delaware vormt een belangrijke inspiratiebron voor de verfijning van rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag binnen het Nederlandse vennootschapsrecht, maar dient niet één-op-één te worden overgenomen.
4. Zowel binnen het enquêterecht als binnen de art. 2:9 BW-procedure dient als uitgangspunt te gelden dat de rechter bij objectieve toetsing van bestuurlijk gedrag dat verband houdt met de gemaakte zakelijke beleidsafweging, bij (1) de aanwezigheid van *prima facie* loyaliteit en (2) de afwezigheid van een substantieel tegenstrijdig belang (of de aanwezigheid van neutraliserende goedkeuring) moet volstaan met een (ir)rationaliteitstoets (i.e. de Nederlandse *business judgment rule*).
5. Naarmate de wettelijke regulering van bestuurlijk gedrag meer in de sleutel van – de dreiging van – persoonlijke aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW wordt geplaatst, neemt het belang van introductie in het Nederlandse vennootschapsrecht van een afgeleide actie door één of meer aandeelhouders ten behoeve van de vennootschap ex art. 2:9 BW toe.
6. Indien het Nederlandse vennootschapsrecht wordt uitgerust met de aan één of meer aandeelhouders toekomende mogelijkheid ten behoeve van de vennootschap een afgeleide actie ex art. 2:9 BW te starten, neemt het belang van invoering van de Nederlandse *business judgment rule* nog meer toe dan zonder de introductie van een afgeleide actie al het geval is.
7. Indien het Nederlandse vennootschapsrecht wordt uitgerust met de aan één of meer aandeelhouders toekomende mogelijkheid ten behoeve van de vennootschap een afgeleide actie ex art. 2:9 BW te starten, verdient het overweging – mede gelet op de onvermijdelijke procedurele complexiteit van de afgeleide actie en de alsdan te verwachten toename van het aantal art. 2:9 BW-procedures – de behandeling van art. 2:9 BW-procedures in eerste en tweede aanleg te concentreren bij een, althans enkele, gespecialiseerde kamer(s) op rechtbank- en gerechtshofniveau.
8. In retrospectief heeft de Ondernemingskamer met de wijze waarop zij gedurende het afgelopen decennium in enquêteprocedures de grenzen van het door de wetgever vrij summier vormgegeven enquêterecht heeft opgezocht en overschreden, de rechtspraktijk door de daarmee verkregen duidelijkheid per saldo een dienst bewezen.
9. Ten onrechte wordt in de rechtspraktijk – door met name curatoren in faillissementen maar ook de rechterlijke macht – uit HR 17 juli 2006, *NJ* 2006, 570 (ABN AMRO Bank/Dijkema q.q.) m. nt. Maeijer en HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519 (Duplicado/Goedkoop q.q.) m. nt. Maeijer wel afgeleid dat bij een tegenstrijdig belang ex art. 2:146/256 BW voor bevoegde vertegenwoordiging door de bestuurder met het tegenstrijdig belang altijd een – uitdrukkelijke – aanwijzing van die bestuurder door de algemene vergadering van aandeelhouders vereist is.
10. Mede gelet op het feit dat de algemene vergadering van aandeelhouders achteraf decharge kan verlenen aan het bestuur, dient haar ook op voorhand de mogelijkheid toe te komen het bestuur vrij te tekenen voor persoonlijke aansprakelijkheid ex art. 2:9 BW, zij het niet ongeclausuleerd (gelet op het bepaalde in art. 3:40 BW).
11. Omdat de ervaring leert dat de beste ideeën doorgaans ontstaan op onverwachte momenten (waarvan de sluimertoestand tussen slapen en wakker worden een prominente verschijningsvorm is) en verspilling van goede ideeën voorkomen dient te worden, vereisen 'elementaire beginselen van verantwoorde rechtswetenschap' dat te allen tijde pen en papier – en/of digitale varianten daarop – binnen handbereik van de promovendus liggen.