

A. SCHAAFSMA

Bestuursaansprakelijkheid: de toetsingsnorm van art. 2:9 BW vergeleken met de business judgment rule

45

O & F

Nr. 73 / december 2006

Inleiding

Aansprakelijkheid van bestuurders blijft actueel. Als bestuurders aansprakelijk kunnen worden gesteld voor al hun beslissingen wordt het aanvaarden van bestuursfuncties een tamelijk riskante aangelegenheid, hetgeen een ernstig tekort aan gekwalificeerde bestuurders tot gevolg zal hebben.

Bovendien levert dat bange bestuurders op, zoals Kroeze dat uitdrukte in zijn rede getiteld Bange bestuurders¹. Bange bestuurders vertonen risicomijdend gedrag, hetgeen de groei en de waarde van de onderneming in gevaar brengt; hetgeen uiteindelijk in het nadeel is van de aandeelhouders.

Het afgelopen jaar is er veel gepubliceerd over de uit Delaware afkomstige 'business judgment rule'. De business judgment rule bewerkstelligt dat ondernemingsbesluiten slechts beperkt worden getoetst. Deze leer speelt een rol bij aansprakelijkheid van bestuurders en het vernietigen van besluiten en is een mengeling van regels van materieel vennootschapsrecht en van een bewijsverdelingsregel.

In dit artikel wordt de business judgment rule vergeleken met de toetsing van bestuurshandelingen in Nederland in het kader van een aansprakelijkheidsprocedure ex art. 2:9 BW.

Allereerst zullen wij de business judgment rule toelichten zoals die in de Verenigde Staten wordt toegepast. Daarna staan wij kort stil bij de verschillen met de gecodificeerde business judgment rule in Duitsland en de ontwikkelingen in Engeland, België en Frankrijk in dit verband. Vervolgens schetsen wij de huidige stand van de jurisprudentie ex art. 2:9 BW in Nederland en bespreken wij een aantal opvattingen in de literatuur over de in Nederland gehanteerde norm vs. de business judgment rule.

Om het verschil tussen de toetsing van bestuursbesluiten in Nederland (ex art. 2:9 BW) en de business judgment rule te illustreren, bekijken wij tot slot of de uitkomst van het Staleman/Van de Ven-arrest anders zou zijn geweest als de business judgment rule zou zijn toegepast.

Business Judgment Rule (Verenigde Staten)

In de Verenigde Staten wordt, met name in de staat Delaware, de business judgment rule gehanteerd bij het toetsen van ondernemingsbeleid. De leer is in geen enkele staat in wetgeving neergelegd, maar in de rechtspraak ontwikkeld en verfijnd.²

Onder de business judgment rule is het rechters niet toegestaan om beslissingen van bestuurders inhoudelijk te toetsen, indien de beslissing op een formeel juiste wijze is genomen.

¹ M.J. Kroeze, Bange bestuurders, Ondernemingsrecht 2006-1, p.11

² H. de Wulf, 'Taak en loyaleitplicht van het bestuur in de naamloze vennootschap', Intersentia 2002, p. 476

De regel veronderstelt dat bestuurders beter in staat zijn bestuursbeslissingen te nemen dan de rechter en dat bestuurders handelen zonder eigenbelang, in redelijkheid en te goeder trouw. Bij het nemen van beslissingen mag de bestuurder afgaan op deskundigenrapporten en gegevens en meningen van werknemers en onafhankelijke derden, zoals advocaten, accountants en financiële experts. Bestuurders worden beschermd indien dit vertrouwen gerechtvaardigd is en zij te goeder trouw zijn.

De business judgment rule bevat twee fasen. Allereerst heeft de bestuurder vrijheid van business judgment. Hij is niet aansprakelijk te stellen voor zijn bestuursbeleid, zelfs niet als dit geleid heeft tot omvangrijke schade. Hij bevindt zich in een zogeheten 'safe harbour'. Dit is slechts anders wanneer degenen die een bestuurder aanklagen aantonen dat het desbetreffende besluit niet correct is voorbereid. De rechter toetst dus niet inhoudelijk maar toetst louter het besluitvormingsproces (formeel).³

De business judgment rule behelst (i) een weerlegbaar vermoeden, (ii) dat het bestuur bij het maken van een zakelijke beleidsafweging, (iii) geen tegenstrijdig belang heeft en onafhankelijk is (*duty of loyalty*), (iv) subjectief te goeder trouw meent het belang van de vennootschap optimaal te behartigen (*duty of good faith*), (v) en op een geïnformeerde en weloverwogen wijze handelt (*duty of due care*). Is geen van deze 'duties' geschonden dan gaat de bestuurder onder het Amerikaanse recht vrijuit en vindt er geen rechterlijke toetsing plaats ook als een besluit grote schade voor de vennootschap tot gevolg heeft gehad.⁴

De tweede fase treedt in wanneer de rechter wel schending van een van de drie genoemde 'duties' constateert en het besluit niet gebaseerd is op '*reasonable information*'. In dat geval hanteert hij de zeer strenge '*entire fairness*'-toets en toetst de rechter het betreffende besluit volledig: zowel de formele als de materiele beleidsaspecten worden nauwgezet beoordeeld en gewogen. De bestuurder profiteert nu niet meer van zijn vrijheid van *business judgment* en komt in de aansprakelijkheidszone terecht. Hij moet aantonen dat het door hem gevoerde beleid jegens de ven-

nootschap redelijk is geweest. Er moet zowel sprake zijn van '*fair dealing*' (i.e. de wijze waarop de transactie tot stand is gekomen) als van '*fair price*' (i.e. de financiën omtrent de transactie) en twijfel komt voor rekening van de bestuurder. Deze tweede fase is een tweede kans voor de bestuurder waarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen. Hoewel het mogelijk is dat het gevoerde beleid alsnog door de beugel kan zal hantering ervan vaak '*outcome determinative*' zijn in een procedure. Mogelijk gevolg van deze verzwaarde toets in de tweede fase is dat bestuurders het risico dat eigen is aan goed ondernemerschap gaan proberen uit te sluiten en hun handelen uitgebreid gaan documenteren om latere problemen te voorkomen.

Duitsland

In 1997 is de business judgment rule met het ARAG-Garmenbeck-arrest door het Bundesgerichtshof in het Duitse recht ingevoerd.⁵ In 2005 is de business judgment rule gecodificeerd in het Aktiengesetz. De Duitse business judgment rule wijkt op enkele punten af van de business judgment rule in de Verenigde Staten.

Ten eerste leidt een op een 'Interessenkonflikt' gebaseerde zakelijke beleidsafweging in Duitsland niet tot de tweede fase van de 'verzwaarde toets' maar in beginsel direct tot onbehoorlijke taakvervulling. Duitse bestuurders hebben bij schending van de 'duty of loyalty' dus geen tweede kans. Ten tweede heeft het Bundesgerichtshof de maatstaf toegevoegd dat de bestuurder geen duidelijk onverantwoorde risico's mag aangaan. Ook dit leidt mogelijk tot een meer inhoudelijke toets dan onder de business judgment rule. Ten derde spreekt de Duitse wet over 'vernünftigerweise' waarmee niet geheel duidelijk is of wordt bedoeld op 'redelijk' of slechts op 'rationeel' gedrag. In de Verenigde Staten wordt uitsluitend aan de rationaliteit van het bestuurlijk gedrag getoetst en niet ook aan de redelijkheid ervan.⁶

In tegenstelling tot de VS waar beleidsinhoudelijke aspecten niet worden getoetst als geen van de drie duties is geschonden, wordt in Duitsland in een aantal gevallen dus wel direct inhoudelijk getoetst.

³ Toetsing van ondernemingsbeleid door de rechter, mede in rechtsvergelijkend perspectief, Over het onderscheid tussen gedragsnormen en toetsingsnormen, L. Timmerman, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Amsterdam, 2004, p. 15

⁴ B.F. Assink, Ontwikkelingen in het buitenland; Enige beschouwingen over Duitse ontwerp-wetgeving, de Amerikaanse business judgment rule en ontwikkelingen in het Nederlandse vennootschapsrecht, Ondernemingsrecht 2005-10, p. 373

⁵ BGHZ 135, 244; NJW 1997

⁶ B.F. Assink, zie noot 4, p. 375

Verenigd Koninkrijk, Frankrijk en België

Hoewel het Verenigd Koninkrijk geen met de business judgment rule vergelijkbare regel kent, genieten de bestuurders wel een soortgelijke bescherming. Wanneer er een verkeerde beslissing wordt genomen maar wel in het belang van de vennootschap en te goeder trouw, worden bestuurders niet aansprakelijk gehouden voor de gevolgen van deze beslissing.

Frankrijk kent ook geen met de business judgment rule vergelijkbare regel. In Frankrijk zijn bestuurders aansprakelijk tegenover de vennootschap en haar aandeelhouders in het geval van (i) schending van wetgeving of andere regulerende bepalingen, (ii) schending van de statuten van de vennootschap en (iii) van wanbeleid. Om het gevolgde beleid te beoordelen, verplaatst de Franse rechter zich in de situatie waarin de beweerde fout is gemaakt en analyseert deze of het doen en/of nalaten van de bestuurder redelijk was op dat moment en onder die omstandigheden: of de bestuurder handelde als een *'bon père de famille'*. Sinds 2003⁷ bestaat in Frankrijk de verplichting voor de voorzitter van de raad van bestuur van een *société anonyme* om een jaarverslag op te stellen waarin de wijze waarop het bestuur werkt en vergaderingen voorbereidt en organiseert aan de orde komt, alsmede de interne controleprocedures die in de vennootschap worden toegepast. Deze verplichting wordt in de Franse juridische literatuur gezien als een kleine stap in de richting van het objectief toetsen van wanbeleid zoals onder de business judgment rule.

Ook in België is er geen business judgment rule geïmplementeerd, maar gaan er stemmen op dat dit – weliswaar aangepast – toch wenselijk wordt geacht. In gevallen waarin beleidsruimte voor het bestuur aanwezig is, zou men het bestuurdersgedrag enkel *procedureel* mogen toetsen, met andere woorden, men zou de business judgment rule moeten toepassen, aldus De Wulf⁸.

De maatstaf 'ernstig verwijt' in de context van artikel 2:9 BW

Artikel 2:9 BW bepaalt dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Artikel

2:9 BW bepaalt niet welke toets de rechter behoort te hanteren bij beantwoording van de vraag of een bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld.⁹

Op grond van art. 2:9 BW hebben bestuurders een 'inspanningsverplichting' om hun taak behoorlijk uit te oefenen; tot een bepaald resultaat zijn zij niet gehouden.¹⁰ Indien een bepaalde beslissing, die naar eer en geweten is genomen, ongelukkig uitpakt voor de rechtspersoon en leidt tot grote verliezen of zelfs tot een faillissement, zijn de bestuurders in beginsel niet aansprakelijk. Assink en Olden verstaan deze bestuurlijke gedragsnorm in de kern zo, dat iedere bestuurder dient te streven naar het dienen van het belang van de door hem bestuurdde vennootschap (i.e. loyaliteitsplicht) op een nauwgezette wijze (i.e. zorgvuldigheidsplicht).¹¹

De Hoge Raad heeft in een aantal arresten aangegeven welke maatstaf de rechter dient te hanteren bij de beantwoording van de vraag of een bestuurder op grond van artikel 2:9 BW tegenover de vennootschap aansprakelijk is voor de door de vennootschap als gevolg van bestuurlijke gedragingen geleden schade.

Staleman / Van der Ven

In het arrest Staleman/Van der Ven overweegt de Hoge Raad dat voor aansprakelijkheid op de voet van artikel 2:9 BW is vereist dat de bestuurder een *ernstig verwijt* kan worden gemaakt. Of daarvan sprake is in een bepaald geval dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Tot de in aanmerking komende omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.¹²

In het arrest Schwandt/Berghuizer Papierfabriek maakt de Hoge Raad duidelijk dat ook indien het gaat om handelen in strijd met statutaire bepalingen

⁷ Loi de sécurité financière, August 1, 2003

⁸ H. de Wulf, zie noot 2, p. 476

⁹ De toetsingsnorm van art. 2:138/2:248 BW laten wij in dit artikel buiten beschouwing.

¹⁰ P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, 13e druk, Deventer, p. 139

¹¹ B.F. Assink en mr. P.D. Olden, Over bestuurdersaansprakelijkheid – De reikwijdte van de maatstaf 'ernstig verwijt', vrijetekening en vrijwaring nader bezien, *Ondernemingsrecht* 2005-1, p.9

¹² HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360

die de rechtspersoon beogen te beschermen, de vraag of bestuurdersaansprakelijkheid intreedt dient te worden benaderd aan de hand van de toetsingsnorm 'ernstig verwijt'.¹³ Niet iedere inbreuk op een statutaire bepaling levert een ernstig verwijt op. Dat hangt af van de omstandigheden van het geval.

In het arrest Skipperclub Charter/Jaarsma herhaalt de Hoge Raad zijn leer dat voor aansprakelijkheid ex. art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt; of dit het geval is dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Het Hof had geoordeeld dat aansprakelijkheid ex. art. 2:9 BW slechts kan worden aangenomen in het geval de betrokken bestuurder zo onmiskenbaar en duidelijk in de vervulling van zijn taken is tekort gekomen dat daarover geen redelijk oordelend ondernemer zou kunnen twijfelen. De Hoge Raad meent dat deze formulering van het Hof erop lijkt te wijzen dat het Hof aldus een te strenge maatstaf heeft aangelegd.¹⁴

Ernstig verwijtbaar gedrag is klaarblijkelijk de toetsingsnorm van art. 2:9 BW, ook wanneer het gewraakte bestuurlijke gedrag bestaat uit schending van wettelijke en/of statutaire bepalingen.

Opvattingen over de toetsingsnorm van art. 2:9 BW vs. de business judgment rule

Een sterk punt van het Amerikaanse recht is volgens Timmerman dat de toetsing van bestuursbeleid is gericht op een beperkt aantal normen, zoals zorgvuldige voorbereiding van besluiten, een goede motivering daarvan en het betonen van voldoende loyaliteit, die in de Verenigde Staten van essentieel belang worden geacht voor het goed functioneren van vennootschappen. In Nederland is het veel minder duidelijk aan welke normen de Ondernemingskamer toetst bij het vellen van het wanbeleid-oordeel. In Nederland wordt vaak verwezen naar de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. Het is bepaald niet helder wat deze omvatten.¹⁵

Overigens is de toetsing van de Ondernemingskamer bij het vellen van het wanbeleid-oordeel niet hetzelfde als de toetsing van bestuursbeleid in het kader van art. 2:9 BW. De Hoge Raad heeft dat recentelijk nog eens bevestigd in de Laurus-beschik-

king.¹⁶ Als vaststaat dat er wanbeleid is gepleegd waarvoor de bestuurders of een bestuurder van de rechtspersoon verantwoordelijk zijn, betekent dit nog niet dat deze ook aansprakelijk zijn jegens de vennootschap.

Hoewel de Hoge Raad sinds het Staleman/van de Ven-arrest op redelijk consistente en inzichtelijke wijze heeft getracht de toetsingsnorm 'ernstig verwijt' van nadere contouren te voorzien, heeft dit volgens Assink nog niet geleid tot een gedetailleerde en (glas)heldere systematiek en zijn enkele vragen nog onbeantwoord gebleven. Zo is nog niet uitgekristalliseerd hoe de rechter het gevoerde ondernemingsbeleid dient te benaderen.¹⁷

Volgens Kroeze kleven er twee nadelen aan de norm 'ernstige verwijtbaarheid'. Ten eerste is 'ernstige verwijtbaarheid' een vage norm. Het antwoord op de vraag of sprake is van ernstig verwijtbaar handelen is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarvoor is een inhoudelijke beoordeling van de handelwijze van een bestuurder vereist. Op voorhand is het lastig uit te maken – zeker voor de niet jurist die een bestuurder doorgaans is – of de omstandigheden die in zijn concrete geval spelen, juridisch relevant zijn voor de aansprakelijkheidsvestigende norm ernstige verwijtbaarheid. De bestuurder kan daardoor zijn aansprakelijkheidspositie niet goed inschatten. Dit leidt ertoe dat hij bij zijn gedrag een marge in acht zal nemen om ervoor te zorgen dat hij met zekerheid buiten de reikwijdte van de norm blijft zoals hij die opvat. Dit werkt risicomijdend gedrag in de hand.

Ten tweede dwingt het aansprakelijkheids criterium 'ernstige verwijtbaarheid' de rechter ertoe de ondernemersbeslissing van een bestuurder inhoudelijk te toetsen. Bij die inhoudelijke toetsing moet de rechter achteraf – als de gevolgen van de handelwijze bekend zijn – een oordeel uitspreken over de mate van verwijtbaarheid van die handelwijze. Het is voor een rechter lang niet altijd mogelijk om te beoordelen of sprake is van een slechte beslissing met een slechte afloop of van een goede beslissing met een slechte afloop. Daarbij komt dat de rechter geen ondernemer is en dus ook niet kan aanvoelen waarom een ondernemer zijn beslissing heeft genomen.

¹³ HR 29 november 2002, NJ 2003, 455

¹⁴ HR 4 april 2003, NJ 2003, 538

¹⁵ L. Timmerman, zie noot 3, p. 18

¹⁶ HR 8 april 2005, JOR 2005, 119

¹⁷ B.F. Assink, Enige gedachten omtrent interne aansprakelijkheid, Ondernemingsrecht 2005-11/12, p. 407

Evenals Assink pleit Kroeze er dan ook voor in navolging van het Amerikaanse recht en het Duitse recht een Nederlandse variant van de zogenoemde business judgment rule in te voeren. Deze regel komt volgens hem tegemoet aan de hiervoor besproken nadelen. Het zal voor bestuurders eenvoudiger zijn om hun aansprakelijkheidspositie in te schatten. De rechter zit bovendien zo min mogelijk op de stoel van de ondernemer.¹⁸

Parijs voert daarentegen twee redenen aan waarom er volgens hem geen behoefte bestaat aan een (soort) business judgment rule in Nederland. Ten eerste merkt hij op dat een mogelijke reden dat bestuurders in de Verenigde Staten extra beschermd worden is dat aandeelhouders in de VS de bevoegdheid hebben om een 'derivative suit' (afgeleide actie) in te stellen om schade die de vennootschap lijdt - en dus ook de aandeelhouders - te verhalen. Volgens Parijs fungeert de business judgment rule als tegenwicht tegen overmatig gebruik van afgeleide acties door aandeelhouders. Aangezien het instellen van afgeleide acties in Nederland niet mogelijk is, bestaat er geen behoefte aan extra bescherming in de vorm van een soort business judgment rule.¹⁹

Een tweede reden is volgens Parijs dat in tegenstelling tot Nederland bestuurders in de Verenigde Staten aan aansprakelijkheid kunnen ontkomen als zij een externe deskundige hebben ingehuurd. Door het laten afgeven van een zogenaamde fairness opinion over een uitgebracht openbaar bod voldoet het bestuur aan de verplichtingen die het heeft op grond van de business judgment rule. In Nederland bestaat deze mogelijkheid niet. Als bestuurders mogen afgaan op fairness opinions, ligt het volgens Parijs voor de hand dat er misbruik ontstaat. Doordat de bewijslast bij degenen die de bestuurder aansprakelijk stellen ligt, zal het praktisch onmogelijk zijn om aan te tonen dat de bestuurder die zich ten onrechte op een fairness opinion beroept niet te goeder trouw is.²⁰

Staleman/Van de Ven en de business judgment rule

Volgens Parijs is de door de Hoge Raad in Staleman/Van de Ven geformuleerde norm *'het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een*

*bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult' praktisch dezelfde norm als de duty of care in de Verenigde Staten. Op grond van de duty of care dienen bestuurders namelijk hun verplichtingen te vervullen 'with the care an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances'.*²¹

Volgens Parijs blijkt uit deze vergelijking dat, ondanks een andere benadering, de normen voor het handelen van bestuurders dezelfde zijn in Nederland als in de Verenigde Staten. Wij vragen ons echter af of het Hof de bestuurders in Staleman/Van de Ven ook aansprakelijk zou hebben gehouden als hij de business judgment rule zou hebben toegepast. Bij de business judgment rule komt de rechter immers pas aan een (beleids)inhoudelijke toets toe als een van de drie duties geschonden is.

Om dit te beoordelen schetsen wij kort de casus in Staleman/Van de Ven. Het autobedrijf Van de Ven BV is op een gegeven moment lease-activiteiten gaan ontplooiën om van haar grote hoeveelheid occasions af te komen. Hiertoe heeft Van de Ven (later dochter Venlease) een overeenkomst gesloten met Easy Rent BV, die ten behoeve van Van de Ven de auto's aan de eindgebruikers in lease uitgaf. De lease-activiteiten hebben echter tot grote verliezen geleid. De lease-activiteiten werden gefinancierd door de NMB-bank die op een gegeven moment de kredietfaciliteit met NLG 3.500.000 heeft verminderd.

Het Hof overwoog dat de met Easy Rent aangegane relatie als onbehoorlijk bestuur diende te worden aangemerkt. Volgens het Hof getuigt het inschakelen van een derde op zichzelf niet van wanbeleid, maar wel dienden waarborgen te worden geschapen opdat Van de Ven niet al te zeer afhankelijk was van Easy Rent en eventueel kon ingrijpen. Die waarborgen zijn niet verworven. Bovendien getuigt het niet van verstandig beleid dat de directie behalve de eigen voorraad occasions ook merkvreemde auto's is gaan aantrekken om deze via Easy Rent weer uit te leasen. Hierdoor werden volgens het Hof nodeloos extra risico's genomen. De beslissing van het moederbedrijf Van de Ven om zich garant te stellen voor het door dochter Venlease verkregen krediet getuigt op zich niet van wanbeleid maar de directie diende zich ervan bewust te zijn dat daarmee het hele concern

¹⁸ Kroeze, zie noot 1, p.11

¹⁹ In dezelfde zin Prof. mr. L. Timmerman in Ondernemingsrecht 2006-9, Impliceert beperkte toetsing door de rechter ook beperkte verantwoordelijkheid?

²⁰ S. Parijs, 'De grenzen van aansprakelijkheid van bestuurders in Nederland en de Verenigde Staten' in H. Boschma e.a. LT., Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vito Timmerman, Kluwer, Deventer 2003, p. 229, p. 237

²¹ S. Parijs, zie noot 19, p. 234-235

kwetsbaar werd en diende daarom een grote mate van diligentie te betrachten. De (variable) rente die over het krediet diende te worden betaald was hoger dan de vaste rente die van Easy Rent werd verkregen. De directie had volgens het Hof een andere financieringsvorm moeten kiezen. Verder vond het Hof het onverantwoord dat Van de Ven een grote vordering (op Easy Rent) had uitstaan zonder genoegzame zekerheden. De Hoge Raad oordeelde dat de gedachtegang van het Hof niet blijkt gaf van een onjuiste rechtsopvatting.

Het Hof hanteert overigens in dit arrest de verwarrende term ‘wanbeleid’ naast het begrip ‘onbehoorlijk bestuur’. De Hoge Raad en de Advocaat-Generaal nemen deze terminologie van het Hof over. Zoals hiervoor aangegeven is het vaststellen van wanbeleid (door de Ondernemingskamer in het kader van een enquêteprocedure) niet hetzelfde als het veroordelen van een bestuurder tot het betalen van schadevergoeding aan de vennootschap.

De door het Hof in deze casus toegepaste toetsing is zeer inhoudelijk. Het Hof meet zich een oordeel aan over de inhoud van met Easy Rent en de bank gesloten (krediet) overeenkomsten en daarbij al of niet bedongen zekerheden en waarborgen. Ook velt het Hof een oordeel over de beslissing van Van de Ven om behalve haar eigen voorraad occasions ook andere auto's via Easy Rent uit te leasen. Volgens Kroeze is de toetsing van het Hof in Staleman/Van de Ven te inhoudelijk die waarschijnlijk sterk gekleurd is door de bij het Hof bekende slechte afloop.²²

Als het Hof met inachtneming van de business judgment rule over deze casus zou hebben moeten oordelen, zou het Hof uitsluitend formeel hebben kunnen toetsen of het bestuur bij het nemen van het besluit via Easy Rent auto's uit te leasen en het sluiten van de daaruit voortvloeiende (krediet)overeenkomsten (i) geen tegenstrijdig belang had en onafhankelijk was (*duty of loyalty*), (ii) subjectief te goeder trouw meende het belang van Van de Ven optimaal te behartigen (*duty of good faith*), en (iii) op een geïnformeerde en weloverwogen wijze handelde (*duty of due care*).

Uit het gepubliceerde arrest blijkt niet er sprake was van een tegenstrijdig of privé-belang van de directie. Ook de onafhankelijkheid van de directie is niet betwist. De *duty of loyalty* lijkt dus niet te zijn

geschonden. Ook de *duty of good faith* lijkt niet in het geding nu uit het arrest niet blijkt dat de directie niet subjectief te goeder trouw meende het belang van de vennootschap optimaal te behartigen.

Blijft over de *duty of care*. Heeft de directie op een geïnformeerde en weloverwogen wijze gehandeld bij het aangaan van de relatie met Easy Rent en bij het sluiten van de kredietovereenkomst? Bij de beantwoording van deze vraag dient te worden overwogen dat als er geen sprake is van een materieel tegenstrijdig belang en het bestuur op het eerste gezicht te goeder trouw is, de rechter aan de hand van een zeer terughoudende objectieve toets focust op de gehanteerde besluitvormingsprocedure. Voor een inhoudelijke ‘*due care*’ toets bestaat geen noemenswaardige ruimte.²³ Ter illustratie wijzen wij op de zaak *In re The Walt Disney Company Derivative Litigation*.²⁴ In deze zaak was – zeer kort gezegd – aan de orde de benoeming en het ontslag van de president van Disney (Ovitz) die aan zijn kortstondige optreden – hij werd al na 15 maanden ontslagen – meer dan 100 miljoen dollar had overgehouden. Een van de vragen in deze zaak was of de bestuurder Eisner die zelfstandig bewerkstelligd had dat Ovitz werd ontslagen met als gevolg dat Disney hem een aanzienlijke non-fault payment verschuldigd werd, zijn *duty of care* had geschonden. Eisner had alleen overleg gevoerd met de general counsel van Disney en slechts een aantal directors op de hoogte gebracht van zijn voornemen om Ovitz te ontslaan. Eisner was volgens de statuten van Disney zelfstandig bevoegd Ovitz te ontslaan. De Chancery Court van Delaware oordeelde dat Eisner de *duty of care* niet had geschonden en overwoog daarbij: ‘*Eisner weighed the alternatives, received advice from counsel and then exercised his business judgement in the manner he thought best for the company.*’

Als de bestuurders van Van de Ven kunnen aantonen dat zij alle informatie in overweging hebben genomen die hen bij het nemen van de zakelijke beleidsafwegingen redelijkerwijs ter beschikking stond en conform de binnen het bedrijf geldende besluitvormingsprocedure overleg hebben gevoerd, zal niet snel worden aangenomen dat de *duty of care* geschonden is. Hoewel uit het gepubliceerde arrest niet goed valt op te maken of het bestuur zich voldoende heeft laten informeren en (intern) overleg heeft gevoerd bij het aangaan van de diverse (krediet)overeenkomsten, zijn er toch een paar aanwijzin-

²² M. Kroeze, zie noot 1, p. 11

²³ Assink, zie noot 4, p. 373

²⁴ Del. Ch. Aug. 9, 2005

gen waaruit blijkt dat er in ieder geval bij het aangaan van de (krediet)overeenkomsten weloverwogen keuzes zijn gemaakt.

Zo blijkt uit r.o. 5 (van het arrest van het Hof): ‘Van der Ven verkeerde in de situatie dat zij (...)beschikte over betrekkelijk grote hoeveelheden jonge occasions...(...)In dat kader heeft zij mogelijkheden *onderzocht* (...)via financial lease extra auto’s af te zetten.(..)’; en uit r.o. 6: ‘Mede op grond van het (...) *rapport TRN* is besloten de lease-activiteiten onder te brengen binnen afzonderlijke rechtspersonen.’ In r.o. 15 overweegt het Hof in verband met het risico van het verschaffen van zekerheid aan de bank in verband met de lease-activiteiten: ‘De directie diende zich er echter van bewust te zijn dat daarmee wel het hele concern kwetsbaar werd. Door de heer R. van de Ven is daar in de vergadering van 31 augustus 1987 ook nadrukkelijk op gewezen.’

In r.o. 16 verwijst het Hof in verband met de marge (op de contracten met Easy Rent) naar een rapport Becker.

Gezien het feit dat uit het gepubliceerde arrest blijkt dat a) de directie over (in ieder geval) twee deskundigenrapporten beschikte en b) de directie er zich van bewust was dat er risico’s verbonden waren aan het verschaffen van zekerheid aan de bank, zou het ons niet verbazen als de bestuurders van Van de Ven aan aansprakelijkheid zouden ontkomen als de business judgment rule zou worden toegepast.

Conclusie

Er zijn goede redenen om een met de business judgment rule vergelijkbare regel in Nederland in te voeren. Belangrijkste reden is dat de toetsingsnorm in Nederland vaag is. Een concrete(re) rechterlijke toetsingsnorm biedt duidelijkheid voor de bestuurder en houvast voor de rechter. Gevolg van de invoering van een met de business judgment rule vergelijkbare regel is dat de rechtbank (het hof) pas tot een inhoudelijke beoordeling van het gevoerde beleid komt als de bestuurders niet te goeder trouw na zorgvuldige afweging in het belang van de vennootschap hebben gehandeld.

Een punt van aandacht is wel het door Parijs terecht opgemerkte mogelijke misbruik van fairness opinions. Het komt ons echter voor dat dit punt kan worden ondervangen door de bewijslast om te keren. Indien een bestuurder zich beroept op een fairness opinion zal hij dienen aan te tonen dat hij subjectief te goeder trouw meende in het belang van de vennootschap te handelen door het aangaan van een bepaalde transactie.

mr. A.C. Schaafsma, advocaat bij Loyens & Loeff N.V. met medewerking van Y. Verzaal, student-stagiaire bij Loyens & Loeff N.V.