

Ten geleide

De rechter begeeft zich al snel op glad ijs bij beantwoording van de vraag of het bestuur op toereikende wijze invulling heeft gegeven aan zijn taakopdracht jegens de vennootschap, met name in de context van het door het bestuur gevoerde ondernemingsbeleid.¹ Hier zitten diverse haken en ogen aan. Dit geldt vooral wanneer het gaat om incidenteel bestuurlijk gedrag – waaronder ik gemakshalve ook beleids- en belangenafwegingen versta², en het niet een bestendige – hoogst – bedenkelijke bestuurlijke gedragslijn betreft. In deze studie zie ik, geïnspireerd door met name het vennootschapsrecht van Delaware³, of het voor de rechter mogelijk is toetsing van dergelijk bestuurlijk gedrag op een systematische(r) wijze te benaderen en daarmee het risico op een uitglijder te verkleinen.

Deze studie heeft tot doel het verkrijgen van meer grip op rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag door het ontwikkelen van een werkmethode. Het onderzoek beoogt kort gezegd om bestaande inzichten in en gedachten over rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag een stap verder te brengen en van impulsen te voorzien, door gezichtspunten in kaart te brengen die het mogelijk maken op een genuanceerde en gestructureerde wijze invulling te geven aan rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag in de context van het ondernemingsbeleid.

Omwille van de overzichtelijkheid breng ik een duidelijke afbakening aan in het onderzoeksveld binnen het Nederlandse vennootschapsrecht. Ik beperk mij

-
- 1 Omdat ik in deze studie de nadruk leg op het gedrag van het bestuur van naamloze en besloten vennootschappen gebruik ik het begrip ‘vennootschap’, niet het bredere begrip ‘rechtspersoon’.
 - 2 Vgl. o.a. Ok. 27 mei 1999 (Gucci Group), ro. 3.5-3.6. In de rechtspraak wordt wel een onderscheid gemaakt in bijvoorbeeld gedragingen en beslissingen. Vgl. in de context van art. 2:9 BW o.a. HR 10 januari 1997 (Staleman/Van de Ven Automobielbedrijf Venlo), ro. 3.3.1.
 - 3 Hét Amerikaanse vennootschapsrecht bestaat niet, nu – onder meer – het vennootschapsrecht in hoofdzaak niet op federaal niveau maar op deelstatelijk niveau vorm en inhoud krijgt. Hier geldt de zogeheten *internal affairs* doctrine. Vgl. in Delaware o.a. *VantagePoint Venture Partners 1996 v. Examen, Inc.* (Del. 2005): “It is now well-established that only the law of the state of incorporation governs and determines issues relating to a corporation’s internal affairs.” Het vennootschapsrecht van Delaware neemt zonder twijfel een leidende positie in binnen het Amerikaanse vennootschapsrecht. Ik heb gekozen voor het vennootschapsrecht van Delaware, omdat daarin de gedachten over het aanbrengen van structuur in de rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag vrij ver zijn ontwikkeld. Deze gedachten vormen een inspirerende bron van vergelijking.

TEN GELEIDE

tot het enquêterecht, als geregeld in Titel 8 afdeling 2 van Boek 2 BW, en de context van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW.⁴ De opzet van de studie bestaat uit vier luiken.

Het eerste luik

- Ik vang aan in hoofdstuk 1 met de frictie die bestaat tussen bestuurlijke beleidsvrijheid en bestuurlijke verantwoording, de ratio van beperkte rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag en het gevleugelde begrip ‘marginale’ toetsing als gehanteerd binnen het Nederlandse vennootschapsrecht. Daarbij verwijs ik ter illustratie onder meer naar vennootschapsrechtelijke jurisprudentie uit Nederland en Delaware.⁵

Het tweede luik

- Dat het vennootschapsrecht van Delaware, meer dan het Nederlandse vennootschapsrecht, een gestructureerde benadering van rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag kent zet ik uiteen in de hoofdstukken 2-4. Daarbij speelt de rechtsfiguur *business judgment rule* een centrale rol.⁶

Het derde luik

- Vervolgens komt het Nederlandse vennootschapsrecht weer in beeld, meer in het bijzonder het enquêterecht. De inhoud van en verhouding tussen de enquêterechtelijke kernbegrippen ‘wanbeleid’, ‘onjuist beleid’ en ‘gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen’ ontleed ik – als opmaat naar hoofdstuk 6 – in hoofdstuk 5. Daarbij komt, naast de wet, de wetsgeschiedenis en de literatuur, vooral de rechtspraak aan bod.⁷

Het vierde luik

- Daarna bepleit ik in hoofdstuk 6, geïnspireerd door mijn bevindingen in de hoofdstukken 1-5, in zes (denk)stappen een nuancering van het materiële enquête-instrumentarium. Daarbij formuleer ik onder meer een werkmethode voor rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag dat verband houdt met gemaakte zakelijke beleidsafwegingen binnen het enquêterecht. Daarvan

4 Wellicht vul ik hiermee – goeddeels – de door Geerts (2004), 17 gesignaleerde lacune.

5 Nummers 1-4.

6 Nummers 5-22.

7 Nummers 23-31.

maakt deel uit de Nederlandse variant van de *business judgment rule* als door mij bepleit. In hoofdstuk 7 pas ik deze werkmethode vervolgens toe op een zestal enquêtebeschikkingen van de Ondernemingskamer. Ten slotte waaier ik uit naar de systematiek van art. 2:9 BW, pas ik de werkmethode – inclusief de Nederlandse variant van de *business judgment rule* – daarin in en rond ik af met een beschouwing over de verhouding tussen art. 2:9 BW en art. 2:138/248 BW.⁸

Ik probeer de analyse telkens zoveel mogelijk in te bedden in jurisprudentie.⁹ Over het enquêterecht en bestuurdersaansprakelijkheid wordt veel geschreven. Ik heb dit bestudeerd maar ervoor gekozen mijn eigen analyse te maken en waar relevant kort te verwijzen naar literatuur.

Getracht wordt zoveel mogelijk de essentie van de vennootschapsrechtelijke jurisprudentie uit Delaware bloot te leggen.¹⁰ Ik doe dat om verscheidene redenen. Niet alleen verschaffen de relevante kernoverwegingen van de *Supreme Court* en de *Court of Chancery* van Delaware het beste inzicht in het vennootschapsrecht van Delaware dat ziet op rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag, deze kernoverwegingen illustreren ook de zelfstandige en rechtsvormende positie die binnen het vennootschapsrecht van Delaware toekomt aan de uitspraken van deze rechterlijke instanties, welke ik – hoewel zeker niet zaligmakend – mede ten grondslag leg aan de door mij bepleite systematiek.¹¹ De *corporate equity case law* van de *Supreme Court* en de *Court of Chancery* van Delaware vormt de primaire bron van waaruit de rechtsontwikkeling van bijvoorbeeld de *business judgment rule* kan worden verkend. Als praktisch voordeel heeft bovendien te gelden

8 Nummers 32-42.

9 In de opgenomen citaten zijn de oorspronkelijke nummering in rechtsoverwegingen en de verwijzingen naar voetnoten niet weergegeven. Met rechtspraak van buiten Delaware doel ik op buitenlandse jurisprudentie die niet van de *Supreme Court* en de *Court of Chancery* van Delaware afkomstig is. In de hoofdstukken 1-4 wordt, uit praktische overwegingen, per hoofdparagraafnummer alleen de eerste keer een voetnoot geplaatst bij een uitspraak van binnen of buiten Delaware die in de hoofdtekst wordt aangehaald.

10 Graag zou ik ook het vennootschapsrecht van Duitsland en Australië hebben vergeleken, omdat daarin vrij recent bij wet een variant van de *business judgment rule* is ingevoerd. Ik heb hiervan om twee redenen afgezien. Ten eerste omdat deze varianten in wezen zijn gebaseerd op de binnen het vennootschapsrecht van Delaware gehanteerde *business judgment rule* die ik uitvoerig behandel. Ten tweede omdat deze studie anders niet op korte termijn zou zijn afgerond. Deze aanvullende aspecten bewaar ik voor een nadere gelegenheid tot studie.

11 Zie o.a. Veasey (2005), 1401 over “the world’s most respected business trial court” onder verwijzing naar de *Court of Chancery* van Delaware. Veasey was van 1992 tot 2004 *Chief Justice* in de *Supreme Court* van Delaware. Ik wijs in dit verband ook op Jacobs (2007), 80-85 en Steele (2007), 6-7. Jacobs was *Vice Chancellor* in de *Court of Chancery* van Delaware en heeft inmiddels als *Justice* zitting in de *Supreme Court* van Delaware. Steele was zowel *Vice Chancellor* in de *Court of Chancery* van Delaware als *Justice* in de *Supreme Court* van Delaware en heeft inmiddels als *Chief Justice* zitting in de *Supreme Court* van Delaware (als opvolger van Veasey).

TEN GELEIDE

dat de lezer op deze wijze – in ieder geval in enige mate – direct toegang heeft tot de essentie van de door mij aangehaalde rechtspraak.¹²

Bij bestudering van vennootschapsrechtelijke jurisprudentie van de *Court of Chancery* van Delaware vallen overigens de stijlverschillen op met de Nederlandse vennootschapsrechtelijke jurisprudentie, die vaak wat soberder en formeler van opzet lijkt. Een lezenswaardig voorbeeld uit de opinie van – niet verrassend – *Vice Chancellor Strine* betreffende *In re ML/EQ Real Estate Partnership Litigation*¹³ wil ik de lezer niet onthouden: “The defendants other than ML/EQ have the bewilderingly similar and unpronounceable names characteristic of limited partnerships. Defendant EREIM Managers Corp. is the managing general partner of ML/EQ (...) and the managing venturer of the Joint Venture. As one would also fear, EREIM Managers is a wholly-owned subsidiary of defendant Equitable Real Estate Investment Management, Inc. (...), which in turn is a wholly-owned, indirect subsidiary of defendant Equitable Life Assurance Society of the United States. Helpfully to clear thinking, Equitable also owns defendant EREIM LP Corp., which happens to be the co-General Partner, along with Equitable itself, of defendant EREIM LP Associates. Before the reader gets too much insight into what it must feel like to be ex-heavyweight champion George Foreman, I hope to cut through this” om ten aanzien van de Foreman analogie te vervolgen in een voetnoot: “Each of whose several sons is also named George Foreman, with a different numerical suffix. The possibility of differentiating his sons by use of entity suffixes (George Foreman, L.P.; George Foreman, L.L.C.; George Foreman, L.L.P.; George Foreman, P.A., etc.) may have been nixed by Mr. Foreman’s managers, who no doubt feared that it would limit his flexibility to undertake his various business ventures, such as the marketing of (it is claimed) fat-reducing hamburger grills.”

Het manuscript is zo laat mogelijk afgesloten: op 21 mei 2007. Met ontwikkelingen en publicaties van na deze datum is geen rekening gehouden.

12 Zie voor de – recentere – vennootschapsrechtelijke jurisprudentie uit Delaware o.a. de officiële *website* van de gerechten in Delaware (<http://courts.delaware.gov/>). Daarnaast vormen de *weblogs* van bijvoorbeeld bekende Amerikaanse hoogleraren vennootschapsrecht, zoals Stephen Bainbridge (www.professorbainbridge.com) en Gordon Smith (www.theconglomerate.org), interessante bronnen.

13 *In re ML/EQ Real Estate Partnership Litigation* (Del. Ch. 1999).