

De (nog te ontrafelen) *Business Judgment Rule*

Tim Bleeker¹

Ik wil professor Brack bedanken voor zijn reactie. Het is een goede zaak dat de discussie over de ernstig verwijt-doctrine nieuw leven wordt ingeblazen. Ik vrees echter dat Brack mijn artikel verkeerd heeft begrepen. Hij schrijft dat het door mij geschetste beeld onvolledig is. Dat klopt: zoals de titel doet vermoeden richt mijn artikel zich uitsluitend op het bange bestuurders-argument, meer specifiek op de vraag of dit argument kan rechtvaardigen dat de ernstig verwijt-maatstaf wordt toegepast wanneer een bestuurder wordt aangesproken op grond van onrechtmatige daad.

Er zijn ook andere, nevenge-schikte, argumenten in omloop ter rechtvaardiging van de ernstig verwijt-doctrine. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het primaire ouderschap van de rechtspersoon en het streven naar normatieve convergentie, of – zoals Brack deed – aan argumenten met betrekking tot ondernemingsvrijheid en de *hindsight bias*. Dit naschrift is niet de plek om deze andere argumenten uitvoerig te bespreken (dit zal ik overigens wel doen in mijn proefschrift dat volgend jaar verschijnt). Ik beperk me daarom tot de volgende tegenwerpingen.

Over de *Business Judgment Rule* (BJR) kan ik kort zijn: de ernstig verwijt-doctrine is géén toepassing van de BJR.² Deze uit Delaware afkomstige regel komt er simpel gezegd op neer dat een rechter ondernemingsbeslissingen niet toetst op inhoud, *tenzij* wordt aangetoond dat de beslissing op gebrekkige wijze tot stand gekomen is. Er moet dan door of namens de vennootschap worden aangetoond dat de bestuurder grove nalatigheid ten aanzien van het totstandkomingsproces kan worden

verweten, of dat de bestuurder de beslissing te kwader trouw of met tegenstrijdige belangen heeft genomen.

Er bestaat wel (een variant van) de BJR in Duitsland, maar – zo bevestigt ook de bron die Brack zelf aanhaalt – *niet* in Nederland.³ Hooguit kan worden gezegd dat de contouren van de BJR herkenbaar zijn in de wijze waarop wordt getoetst of een bestuurder *jegens de rechtspersoon* op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk is. Maar let wel: dan gaat het om de *interne* aansprakelijkheid van de bestuurder, en niet – zoals in mijn artikel – over de aansprakelijkheid van de bestuurder voor het plegen van een onrechtmatige daad *jegens derden*. De BJR heeft dus niets te zoeken in de beoordeling van externe bestuurdersaansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW.⁴

Dat brengt ons bij de *hindsight bias*. Bij de rechterlijke beoordeling van bestuurlijk gedrag is de *hindsight bias* weliswaar een serieus probleem, maar *geen uniek* probleem. De civiele rechter geeft bij schadevergoedingsvorderingen immers *altijd* een oordeel achteraf. Er zijn allerhande beroepsbeoefenaren – van arts tot advocaat, van curator tot officier van justitie – die lastige beslissingen moeten nemen op

basis van incomplete informatie, van wie de persoonlijke aansprakelijkheid jegens derden zonder problemen of excessen verloopt via de gewone onrechtmatige daad. Sterker nog: tot 2006 was dit ook het geval bij bestuurders. Daarom kan ook het *hindsight*-argument niet rechtvaardigen dat voor bestuurders wordt afgeweken van de vereisten van artikel 6:162 BW.

Brack schrijft dat ik in mijn artikel over bange bestuurders 'doorsla' met bepaalde analogieën en dat ik redeneer naar een van tevoren ingenomen standpunt, maar hij legt niet uit waarom. Als Brack bereid is om deze standpunten te onderbouwen dan geef ik graag een reactie in een eventuele voortzetting van deze gedachtewisseling.

Voor nu moet ik constateren dat Brack *andere* argumenten heeft aangeboord ter rechtvaardiging van de ernstig verwijt-doctrine, *zonder* mijn stelling tegen te spreken dat het bange bestuurders-argument is gebaseerd op een aantal onlogische en feitelijk onjuiste aannames. Daarom blijft mijn conclusie overeind dat specifiek dit argument beter achterwege kan blijven bij de voortzetting van de discussie over de ernstig verwijt-maatstaf in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. •

Auteur

1. Mr. T.R. Bleeker is als promovendus verbonden aan de Universiteit Utrecht. Zijn promotieonderzoek gaat over de milieuaansprakelijkheid van leidinggevenden.

Noten

2. In par. 3 van T.R. Bleeker, 'De angst voor bange bestuurders ontrafeld', *NJB* 2020/2300 geef ik een korte schets met verdere verwijzingen van hoe de ernstig verwijt-maatstaf is beland in de beoordeling van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.

3. C.F. Perquin-Deelen, *Biases in de boardroom en de raadkamer*, Serie vanwege het Van der Heijden-instituut, Deel 160, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 6.3 en 6.5. Haar conclusie: 'Invoering van de BJR in Nederland, zowel de Delaware-variant als in de Duitse variant, acht ik dan ook onwenselijk.'

4. Overigens wordt ook in Delaware de BJR niet toegepast bij bestuurdersaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad (tort). Zie het rechtsvergelijkende onderzoek van W.A. Westenbroek, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in theorie' (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 12.2.2.

Bange bestuurders-beginsel

De *Business Judgement Rule*

Antoni Brack¹

In *NJB* 2020/2300, afl. 34 (p. 2520-2527) publiceerde Tim Bleeker een artikel met als titel 'De angst voor bange bestuurders ontrafeld'. Ik heb het met veel belangstelling gelezen, het is goed gedocumenteerd met verwijzingen naar veel literatuur. Maar het geschetste beeld is onvolledig en de schrijver redeneert naar een van tevoren ingenomen standpunt toe.

In deze reactie vraag ik aandacht voor de ontbrekende verwijzing naar de belangrijke, internationaal onderschreven *Business Judgement Rule*, de regel die (meer) juridische ruimte biedt voor de vrijheid van ondernemen door hoge eisen te stellen aan de aansprakelijkheid van bestuurders van ondernemingen.

Ik ontzeg natuurlijk niemand zijn mening over een zelf gekozen vraagstuk, maar het artikel verscheen in de rubriek 'wetenschap' en niet als opinie of iets dergelijks. De strekking is dat bange bestuurders juridisch worden beschermd, terwijl dat helemaal niet nodig is omdat ze niet bang hoeven te zijn. Met alle specifieke omstandigheden kan immers rekening worden gehouden, zo betoogt de auteur. In zijn enthousiasme slaat hij zo nu en dan een beetje door zoals waar hij een relatie legt tussen maximum snelheid en verkeersboetes en in het geval van bestuurders die in een dienstauto door rood licht rijden.

Het komt er op neer dat het de schrijver niet duidelijk is waarom voor bestuurders een uitzondering moet worden gemaakt in de vorm van een hogere drempel voor aansprakelijkheid en voor anderen zoals

artsen en advocaten niet. En dan in de slotsom van zijn stuk een duidelijke verwijzing naar wat de bedoeling was: 'In dit artikel betoog ik dat er niet slechts sprake is van één zwakke schakel, maar dat het bange bestuurders-argument bestaat uit een hele reeks van rammelende aannames.'

De bange bestuurders-doctrine is echter in het geheel niet typisch Nederlands maar een toepassing van de *Business Judgement Rule* (BJR).² De BJR is als beginsel internationaal aanvaard en ontstaan in de *case law* van Angelsaksische rechtstelsels, vandaar de Engelse benaming. Maar het Duitse recht bijvoorbeeld kent ook een toepassing van de BJR.³ De maatschappelijk buitengewoon belangrijke private sector kent een ondernemingsgewijze organisatie waarbij juridische aspecten niet alleen normatief maar ook instrumenteel zijn. Het recht legt niet slechts beperkingen op maar reikt ook gereedschappen aan: bijvoorbeeld rechtspersonen, contracten, industriële en intellectuele 'eigendom'. De BJR is zo'n gereedschap ter bevordering van werkgelegenheid en welvaart. En denk nu niet meteen aan het grote bedrijfsleven maar vooral ook aan het heel belangrijke midden- en kleinbedrijf (MKB). Ondernemers moeten in ruime, maar natuurlijk niet onbegrensde, mate de gelegenheid hebben te ondernemen. En ondernemen is risico's nemen, onzekerheden incalculeren die op het moment dat ze worden overwogen verantwoord zijn.

Dat brengt ons bij het andere aspect van de BJR: het voorkomen van *hindsight bias*, de wijsheid achteraf van de rechter. Een bestuurder

van een onderneming neemt op zeker moment een besluit dat aantrekkelijk en veelbelovend voor het bedrijf lijkt te zijn. Later blijkt dat anders uit te pakken en de rechtspersoon en/of derden lijden nadeel (schade). De BJR dwingt de rechter, die een actie tot vergoeding van schade moet beoordelen, zich te realiseren dat de volgende motivering tot toewijzing te kortzichtig en dus *niet* geoorloofd is: blijkbaar is de beslissing destijds niet zorgvuldig geweest want er is daarna *immers* schade ontstaan.⁴ Het meetpunt van de juridische beoordeling moet *ex ante* zijn en niet *ex post*. Dat is eigenlijk alles: de beide aspecten van de BJR.

We willen geen bange bestuurders want daar hebben we als samenleving geen behoefte aan en daarom leggen we juridisch vast dat ondernemers (bestuurders) zonder aansprakelijk te zijn verantwoord risico's mogen nemen, mits zorgvuldig overwogen. •

Auteur

1. Prof. mr. A.J.P. Brack is emeritus hoogleraar Bedrijfsrecht (Juridische aspecten van bedrijfskunde), Universiteit Twente.

Noten

2. Zie dit trefwoord op Wikipedia voor een snelle maar betrouwbare introductie en vooral ook het proefschrift van C.F. Perquin-Deelen, *Biases in de boardroom en de raadkamer*, Serie vanwege het Van der Heijden-instituut, Deel 160, Deventer: Wolters Kluwer 2020. Hoofdstuk 6 van deze handelseditie gaat over de BJR, waarover Perquin genuanceerd kritisch is.

3. Zie Perquin, vorige noot, hoofdstuk 6 paragraaf 3.

4. Ook Perquin in haar proefschrift ziet aanwijzingen dat de Ondernemingskamer in de *Meavita*-casus jammer genoeg waarschijnlijk, wellicht gedeeltelijk een dergelijke redenering heeft gevolgd. Raadpleeg hoofdstuk 5 van haar boek.