

13 | Bestuur en besluitvorming

Iris Wuisman

1. Inleiding

Op het moment van het schrijven van dit hoofdstuk is onze wereld in de ban van Corona. Het is een periode waarin ons land, Europa en de rest van de wereld in de greep is genomen van een naar, grotendeels onbekend en impactvol virus. Het is een tijd waarin wij van de ene op de andere dag te maken kregen met grote onzekerheden en het kabinet vergaande besluiten diende te nemen waarbij er allerlei verschillende belangen speelden. Rutte zei daarover het volgende in de persconferentie van 12 maart j.l.: *“Feit is dat je in een crises als deze met 50 procent van de kennis 100 procent van de besluiten moet nemen. En de gevolgen daarvan dus ook moet dragen. Dat is de fase waarin we nu zitten. Waarin we dus maximaal op de bal zitten. Om te doen wat nodig is. Zeker niet te weinig. Je probeert ook te voorkomen dat je te veel doet. Maar we moeten erbovenop zitten om dit virus in te dammen.”* Moeilijke, complexe besluitvorming dus waarbij aan de keuze voor de koers van het kabinet een afweging van vitale belangen ten grondslag ligt. Hierin spelen de fysieke, sociale, economische, ecologische en territoriale veiligheid van Nederland en haar inwoners volgens het Nationaal Handboek Crisisbesluitvorming de hoofdrol. Om te komen tot een juiste koers is er een crisisbesluitvormingstructuur waarin het kabinet van verschillende kanten van advies wordt voorzien, onder andere van het Outbreak Management Team (OMT).

Opmerkelijk is dat Rutte zich een tijd lang verschuilde achter het OMT: *‘Wij hebben de beste deskundigen (...) We moeten oppassen niet als politiek een besluit te nemen’. ‘Het antwoord op alle vragen die leven, begint bij de kennis en ervaring van deskundigen. Laat ons daaraan vasthouden. (...) Hun advies is vanaf het begin leidend geweest voor alle maatregelen die tot nu toe in Nederland zijn getroffen. En het is belangrijk dat we op dat kompas van wetenschappelijke kennis en betrouwbare feiten blijven varen’,* aldus Rutte in zijn televisietoespraak van 16 maart j.l. De kritiek op het OMT werd vervolgens groter en vragen werden gesteld over wie de leden van dit team waren, hoe ze waren geselecteerd, hoe de OMT-adviezen tot stand kwamen en wat de wetenschappelijke waarde daarvan is.

Bij het nadenken over dit hoofdstuk dat gaat over bestuurlijke besluitvorming binnen vennootschappen drong zich een vergelijking op. Het coronaproces bevat allerlei aspecten waarover dit hoofdstuk gaat: besluitvorming, het vergaren en inwinnen van informatie en advies, onjuiste informatie die als juist wordt

gekenmerkt, de betrokkenheid van interne en externe deskundigen, belangenafweging en dat onder onzekere omstandigheden. Het besluitvormingsproces ten aanzien van het coronabeleid heeft zich in de publieke sfeer voltrokken en een hevig debat teweeggebracht waarin zeer veel verschillende personen zich hebben gemengd. Waar moet goede besluitvorming aan voldoen? Welke belangen dienen eigenlijk de doorslag te hebben en in welke fase? Wie moet ingeschakeld worden voor advies en mag het bestuur zich verschuilen achter adviseurs? Dat zijn aspecten die ook spelen in de bestuursbesluitvorming bij vennootschappen en juist in Corona-tijden kan die besluitvorming weleens onder druk komen te staan. Aandacht voor goede besluitvorming wordt dan des te belangrijker. In dit hoofdstuk ga ik eerst in op algemene aspecten van vennootschappelijke bestuursbesluitvorming. Daarna bespreek ik de formele kant van besluitvorming (het besluitvormingsproces) en de materiële kant van besluitvorming (de inhoud van de besluitvorming). Waar moeten bestuurders op letten in de besluitvorming en hoe wordt deze besluitvorming in enquêteprocedures door de rechter beoordeeld? Ik besteed specifiek aandacht aan de rol van adviseurs en de situatie waarin een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft gelet op recente beschikkingen van de Ondernemingskamer.

2. Bestuurlijke besluitvorming in de vennootschap

2.1 Bestuurstaak

Het beleid en de strategie van de vennootschap ten aanzien van haar onderneming worden geïnitieerd, uitgewerkt en doorgevoerd door het bestuur van de vennootschap. De Nederlandse rechter heeft in verschillende uitspraken duidelijk gemaakt dat het primaat op dit vlak bij het bestuur ligt.¹ Deze besluitvorming is in veel gevallen complex en heeft betrekking op strategische, operationele, organisatorische en vennootschapstructurele beslissingen. Het bestuur van een Nederlandse vennootschap zit in tegenstelling tot bijvoorbeeld het (doorgaans *one-tier*) bestuur van een Amerikaans bedrijf dichter op de onderneming. Om die taak goed uit te kunnen voeren is goede informatie en advies cruciaal. Dit betekent dat de interne informatiestromen en auditfunctie op orde dienen te zijn en dat het bestuur in voorkomende gevallen een beroep doet op externe adviseurs en deskundigen in het kader van de voorbereiding en soms ook uitvoering van genomen bestuursbesluiten. In de praktijk komen beleid en strategie vaak tot stand als uitvloeisel van een dialoog tussen het bestuur en de raad van commissarissen (RvC). Bij een eenkoppig bestuur zal de bestuursbesluitvorming op alle vlakken onder de verantwoordelijkheid van deze ene bestuurder vallen. Indien het bestuur uit verschillende personen bestaat, hangt het van de gemaakte afspraken af op welke wijze de besluitvorming plaatsvindt. Deze afspraken kunnen onderdeel zijn van de statuten en/of uitgewerkt

¹ Zie onder andere HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0976 (*ASMI*) en HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:652 (*Boskalis Holding/Fugro*).

zijn in bestuursreglementen. In het bestuursreglement kunnen alle aspecten van besluitvorming in het bestuur worden geregeld, tenzij de wet uitdrukkelijk bepaalt dat een bepaald aspect uitsluitend in de statuten kan worden vastgelegd. Het Nederlandse vennootschapsrecht gaat uit van het principe van collegiaal bestuur. Het bestuur heeft derhalve een collectieve verantwoordelijkheid voor de bestuurs-taak. Het uitgangspunt is dat bestuursbesluiten tot stand dienen te komen als vrucht van onderling overleg van alle leden van het bestuur die aan dat overleg wensen deel te nemen. Het is de klassieke opvatting over besluitvorming gebaseerd op de consensusgedachte. Een taakverdeling is echter mogelijk indien dit in de statuten of een reglement is opgenomen. Aangenomen wordt dat de taakverdeling ook mogelijk is bij herroepelijke delegatie krachtens bestuursbesluit.²

2.2 *Taakverdeling*

Voor het monistische bestuursmodel is bij de introductie van dit model in de wet opgenomen dat bij of krachtens statuten een of meer bestuurders rechtsgeldig besluiten kunnen nemen over zaken die tot zijn/haar respectievelijk hun taak behoren (art. 2:129a lid 3/239a lid 3 BW). Deze besluiten hebben te gelden als besluiten van het bestuur. Dit betekent dat kan worden afgestapt van besluitvorming als vrucht van onderling overleg en dat bestuurders dus zelf besluiten kunnen nemen als deze binnen het bereik liggen van de aan hen toegekende taak. De keuze om te werken met een taakverdeling heeft onder andere te maken met de verschillende expertises en kennis binnen het bestuur en de efficiëntie van inzet van bestuurders. Taakbelaste bestuurders dienen andere bestuurders binnen een redelijke termijn te informeren of er besluiten zijn genomen (mededelingsplicht ook wel brengplicht genoemd), en medebestuurders dienen op hun beurt periodiek hiernaar te informeren (onderzoeksplicht ook wel haalplicht genoemd). Bij de totstandkoming van deze bepaling is als handreiking aangedragen dat in de statuten kan worden bepaald op welke wijze aan de informatiebehoefte van andere bestuurders tegemoet dient te worden gekomen. De medebestuurders mogen in beginsel vertrouwen op de juistheid en de volledigheid van de informatie die wordt verschaft door de taakbelaste bestuurder. De taakverdeling en bevoegdheid besluiten te nemen laat de collectieve verantwoordelijkheid echter onverlet. Voor het dualistische bestuursmodel is een dergelijke bepaling die bepaalt dat taakbelaste bestuurders rechtsgeldig besluiten kunnen nemen over zaken die tot hun taak behoren niet in de wet opgenomen, maar aangenomen wordt dat dit niet afdoet aan de bestaande praktijk.³

² Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/203.

³ S.H.M.A. Dumoulin, Het monistische bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – observaties vanuit de praktijk, *Ondernemingsrecht* 2012/90, p. 88-99.

3. OK-jurisprudentie en (gedrags)normen ten aanzien van besluitvorming

3.1 OK-uitspraken en besluitvorming

In de praktijk zijn de dynamieken van de besluitvorming verschillend. Bepaalde besluiten, zoals de besluiten over zaken die niet vaak voorkomen of die een grote impact hebben, zullen in de regel een uitgebreider besluitvormingsproces vereisen dan de besluitvorming over zaken die meer tot de dagelijkse praktijk behoren. De (gedrags)normen ten aanzien van besluitvorming hebben te maken met de procesuele stappen die genomen dienen te worden en daarnaast met de inhoudelijke aspecten van de genomen beslissing. Twee aspecten kunnen derhalve worden onderscheiden: de formele kant en de materiële kant. De eerste heeft te maken met het besluitvormingsproces, de tweede met de inhoud van het besluit. De besluitvorming in brede zin kan ter discussie komen te staan in een enquêteprocedure, waar ik mij in dit hoofdstuk op richt. In deze procedure kan een enquêtegerechtigde partij de Ondernemingskamer (OK) in de eerste fase verzoeken om een onderzoek te gelasten naar het beleid of de gang van zaken van de rechtspersoon en voorlopige voorzieningen en in de tweede fase vast te stellen dat sprake is van wanbeleid. Het gaat in dat laatste geval om beslissingen en gedragingen die in strijd zijn met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap. De OK kan een enquêteonderzoek bevelen als er sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen (art. 2:350 lid 1 BW: hierna ook wel afgekort tot gegronde redenen).

In de enquêteprocedure gaat het niet om het functioneren van individuele functionarissen in het kader van de aansprakelijkheidsvraag maar om het beleid van de rechtspersoon welke onder andere gelegen kan zijn in gedragingen van (individuele) bestuurders. Het betreft dan gedrag van bestuurders dat toegerekend kan worden aan de vennootschap. Het doel van de enquêteprocedure kan zijn de sanering van de onderneming, het herstel van de gezonde verhoudingen, opening van zaken en vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid. Zowel de formele kant als de materiële kant van de besluitvorming kan aan de orde worden gesteld in een enquêteprocedure in het kader van de vraag of er sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid of gang van zaken te twijfelen en in de tweede fase als het gaat om de vaststelling van eventueel wanbeleid. Zodoende wordt via de enquêteprocedures nader invulling gegeven aan de gedragsnormen ten aanzien van de besluitvorming in brede zin.

3.2 De formele kant van bestuursbesluitvorming

3.2.1 Regels ten aanzien van de formele kant van besluitvorming

In de wet zijn enkele regels opgenomen over het bestuurlijke besluitvormingsproces. Zoals hierboven beschreven zijn er regels over wie besluitvormingsbevoegd

is. Daarnaast zijn er regels over het aantal stemmen dat elke bestuurder kan uitbrengen, de vereiste meerderheid en over besluitvorming buiten vergadering. Verschillende (proces)regels over de betrokkenheid van andere vennootschappelijke organen en de ondernemingsraad bij de besluitvorming zijn te vinden in het vennootschaps- en rechtspersonenrecht en de Wet op de ondernemingsraden. In dat kader bestaan informatieverplichtingen. Ook gelden specifieke regels indien een of meer bestuurders een tegenstrijdig belang hebben. Een verdere explicitering van het proces ontbreekt. Vennootschappen kunnen zelf in de statuten en eventuele reglementen nadere voorschriften opnemen.

3.2.2 *Beginselen van behoorlijke besluitvorming: zorgvuldigheid en onafhankelijkheid*

In de jurisprudentie zijn enkele aspecten van wat je ‘beginselen van behoorlijke besluitvorming’ zou kunnen noemen, terug te vinden. Deze beginselen leunen op de norm van behoorlijk bestuur en verantwoord ondernemerschap, waarbij de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW het kader vormen. Deze beginselen zijn daarmee onder andere terug te vinden in de rechtspraak van de OK. Kort gezegd gaat het erom dat de besluitvorming zorgvuldig dient plaats te vinden en dat er sprake is van onafhankelijke besluitvorming. Het zorgvuldigheidsbeginsel heeft te maken met het proces van totstandkoming van het besluit. Een zorgvuldige voorbereiding van besluitvorming vereist dat de bestuurders op de hoogte moeten zijn van de stand van zaken, dat zij de risico’s op deugdelijke wijze inventariseren en voldoende informatie vergaren over de verschillende (beleids)opties. Hiervoor zullen zij een deugdelijk informatiemanagementsysteem moeten inrichten. De organisatie moet zo georganiseerd zijn dat relevante kennis op de relevante plaats in de organisatie terecht komt en dat relevante informatie wordt verzameld en waar nodig wordt gebruikt. In de Akzo-zaak kwam deze formele kant van de besluitvorming bijvoorbeeld aan de orde ten aanzien van de voorstellen van PPG met betrekking tot de overname van AkzoNobel: *“Uit deze weergave volgt dat het bestuur en de raad van commissarissen van AkzoNobel intensief en met een aanzienlijke frequentie hebben beraadslaagd over de voorstellen van PPG en dat het bestuur en de raad van commissarissen zich daarbij hebben voorzien van de inbreng van gerenommeerde externe financiële en juridische adviseurs. De in de besluitvorming aan de orde gekomen onderwerpen, door AkzoNobel uiteindelijk, bij de afwijzing van het derde voorstel van PPG, gegroepeerd onder de noemers Value, Timing, Certainty en Stakeholder considerations (zie 2.56), wijzen erop dat AkzoNobel de voorstellen van PPG serieus en inhoudelijk heeft geanalyseerd.”*

De bestuurders dienen dus een gedegen afweging te maken ten aanzien van de verschillende opties en dienen de gemaakte keuzes vervolgens voldoende inzichtelijk te onderbouwen. Op welke wijze hieraan invulling dient te worden gegeven, hangt af van de omstandigheden van het geval. Deze omstandigheden zijn onder andere de strekking en de complexiteit van de te nemen beslissing, de aard en de waarneembaarheid van de risico’s, de kwaliteit, aard en omvang van de voorhanden

informatie, de kosten en meerwaarde van de informatie, de kennis en ervaring met soortgelijke beslissingen en de tijdspanne waarin de beslissing genomen dient te worden.⁴ Van belang kan hierbij zijn dat de ondernomen activiteiten in het kader van de voorbereiding van besluiten worden opgenomen in geschriften, notulen, rapporten of anderszins worden vastgelegd. Aan het ontbreken daarvan heeft de OK ook wel, in het geval dat tijdens de procedure tevens niet op andere wijze van die activiteiten bleek, de conclusie getrokken dat deze activiteiten er niet geweest waren.⁵ Indien een ander orgaan bij de besluitvorming betrokken dient te worden, zorgt het bestuur voor een tijdige verschaffing van de juiste informatie die redelijkerwijs benodigd is voor een verantwoord oordeel. De omstandigheden kunnen verlangen dat dit niet alleen mondeling maar ook schriftelijk geschiedt.

3.2.3 *De maatschappelijke functie van de vennootschap/rechtspersoon*

De functie die de vennootschap in de maatschappij vervult, speelt een rol bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm. In de Fortis-zaak oordeelde de OK dat Fortis als systeembank een bijzondere zorgplicht had en dat er derhalve meer kennis en inzicht mocht worden verwacht van Fortis dan van een partij in een andere positie. De OK oordeelde: *“naarmate op een (rechts)persoon (op een bepaald terrein) een zwaardere verantwoordelijkheid rust, zal hij ook scherper moeten opletten, opdat hem geen voor het voeren van een verantwoord beleid relevante feiten en omstandigheden ontgaan, en zal hij zijn besluitvorming – dan ook – moeten doen berusten op een zorgvuldige informatievoorziening, analyse en beoordeling. Dat betekent dat wat voor de één slechts een hindsight inzicht is, onder omstandigheden voor de ander tot op zekere hoogte foresight inzicht behoort te zijn.”*⁶ Dit oordeel geeft volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.⁷ Vennootschappen met een maatschappelijke functie moeten dus extra oppassen.

3.2.4 *Inschakeling van adviseurs*

De hierboven opgenomen rechtsoverweging uit de Akzo-uitspraak bevestigt dat de inschakeling van adviseurs veelal wordt gezien als een belangrijk onderdeel van een zorgvuldige voorbereiding. In sommige gevallen wordt van bestuurders verwacht dat zij extern advies inwinnen. Met name als er kennis ontbreekt bij bestuurders die van belang is voor een goede belangenafweging, zal het bestuur die lacune moeten ondervangen met extern advies. Daarbij is het van belang dat dit een onafhankelijke deskundige is. Over de inzet van adviseurs oordeelde de OK onder andere in de Getronics-zaak: *“In het licht van het vorenstaande ten overvloede, merkt de Ondernemingskamer (...), nog op dat in kwesties als hier door VEB c.s. aan de orde gesteld (zoals de aanpak van een beoogde herstructurering van de*

4 M. Mussche, *Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 83, Deventer: Kluwer 2011, p. 30.

5 Gerechtshof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ1149 (*Van der Moolen*).

6 Gerechtshof Amsterdam (OK) 5 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW0991 (*Fortis*).

7 HR 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1586 (*Fortis*).

financiële positie van een onderneming, het moment waarop welke externe adviseurs dienen te worden geraadpleegd en de invloed die de opvattingen en raadgevingen van die adviseurs kunnen of moeten hebben) de leiding van een onderneming een ruime beleidsvrijheid toekomt. Het gaat immers om kwesties waarover, ook door verstandige bestuurders, verschillend gedacht kan worden. Dat betekent dat ter zake van dergelijke aangelegenheden niet snel van (tekenen van een) onjuist beleid zal kunnen worden gesproken.”⁸ Er is dus ten aanzien van inschakeling van adviseurs beleidsvrijheid bij de bestuurders, desalniettemin oordeelt de OK in voorkomende gevallen dat het in de rede had gelegen dat het bestuur een adviseur had ingeschakeld of bijvoorbeeld dat het niet tijdig inwinnen van extern advies gekwalificeerd kan worden als een tekortkoming.

Bovendien leidt het inwinnen van advies van een externe deskundige onder omstandigheden tot een gehoudenheid de ondernemingsraad op de voet van artikel 25 lid 1 onder n WOR om advies te vragen. Dit betreft het formuleren en verstrekken van een adviesaanvraag ten aanzien van aangelegenheden die onder artikel 25 WOR vallen, zoals de overdracht van de zeggenschap over de onderneming. De achtergrond van dit adviesrecht is dat bij de keuze van de deskundige en het vaststellen van de adviesopdracht vaak al gedeeltelijk richting wordt gegeven aan het daaruit voortvloeiende eveneens adviesplichtige voorgenomen besluit. Uit de totstandkomingsgeschiedenis blijkt dat men hierbij het oog had op externe organisatieadviesbureaus die advies geven over ‘de structuur van de werkorganisatie, de personeelsomvang, de werkinhoud en de werkverhoudingen.’⁹ In twee beschikkingen heeft de OK ook de inschakeling van zakenbanken en advocaten onder de reikwijdte van dit artikel gebracht.¹⁰ Aangenomen is dat deze oprekking het gevolg was van de specifieke omstandigheden van het geval en dat de totstandkomingsgeschiedenis van het betreffende adviesrecht van de ondernemingsraad hiertoe geen aanleiding geeft. In de praktijk komt het niet vaak voor dat de vennootschap het voornemen om een adviesopdracht te verstrekken, voorlegt aan de ondernemingsraad.¹¹ Recent heeft de OK in de XS4ALL-zaak waarin artikel 25 lid 1 sub n WOR niet in acht was genomen, geoordeeld dat de omstandigheden dat de OR al in een vroeg stadium was ingelicht over de betrokkenheid van de externe deskundige en de OR de mogelijkheid had gehad om informatie aan de deskundige te verstrekken ten behoeve van het advies, ertoe leidden dat niet gezegd kon worden dat de ondernemer niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen.

8 Gerechtshof Amsterdam (OK) 2 september 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AQ9042.

9 SER, Advies over taak, samenstelling en bevoegdheden van ondernemingsraden, oktober 1975, p. 24. Zie over de totstandkoming van artikel 25 lid 1 sub n WOR: B.W. Roelvink en B. Kloppert, De externe deskundige van artikel 25 lid 1 onder n WOR: alleen wie de schoen past, trekt hem aan, reactie op P.H. Burger & L.C.J. Sprengers, Zoals heurt, is niet zoals het gebeurt, *Ondernemingsrecht* 2018/31, *Ondernemingsrecht* 2018/127, p. 728-729.

10 Gerechtshof Amsterdam (OK) 19 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4156 (*Seaway*) en Gerechtshof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123 (*Uniface*).

11 Gerechtshof Amsterdam (OK) 23 december 2019, m.nt. J.J.M. van Mierlo, *Ondernemingsrecht* 2020/98, p. 529-539.

3.2.5 Tegenstrijdig belang

Hoewel onafhankelijke besluitvorming, dat wil zeggen besluitvorming die niet wordt beïnvloed door belangenverstrengeling, door de OK ook wel naast zorgvuldige besluitvorming wordt genoemd, wordt die onafhankelijkheid ook juist geschaard onder de vereiste zorgvuldigheid. Dat is ook niet vreemd omdat de regels die gelden in een situatie van belangenverstrengeling zorgen voor een zorgvuldige omgang met die situatie. “*De te betrachten zorgvuldigheid klemt te meer in een geval als het onderhavige, waarin een zorginstelling is betrokken en waarin de belangen van personen die afhankelijk zijn van zorg en het algemeen belang dat zorggelden ook daadwerkelijk aan zorg worden besteed aan de orde zijn. De bepalingen in de ZGC die gaan over belangenverstrengeling, weerspiegelen de hoge mate van zorgvuldigheid die binnen de branche als norm wordt beschouwd*”, aldus de OK in de recente DeSeizoenen-zaak.¹² Hier ziet men overigens dat net als bij de Fortis-zaak de functie die een vennootschap in de maatschappij heeft door de rechter wordt meegenomen in de beoordeling van de te betrachten zorgvuldigheid.

3.2.5.1 Het begrip tegenstrijdig belang

Belangenverstrengeling vereist dus een versterkte mate van zorgvuldigheid in de besluitvorming. In de rechtspraak zijn hiervoor enkele gedragsnormen aangenomen, de zogenoemde Linders/Hofstee-regels.¹³ Daarnaast is er een wettelijke regeling die geldt als er sprake is van een direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang, de zogenoemde onthoudings- en escalatieregels (art. 2:129 lid 6/239 lid 6 BW). Deze regel dient te voorkomen dat de besluitvorming op onzuivere wijze door de geconflicteerde bestuurder wordt beïnvloed. Recent is er veel geschreven over tegenstrijdig belang naar aanleiding van enkele beschikkingen van de OK die betrekking hebben op deze thematiek. De discussie in de literatuur gaat over vragen zoals wat wordt geschaard onder het begrip tegenstrijdig belang, op welke tegenstrijdig belang-situaties de wettelijke regel van toepassing is en op welke wijze de wettelijke regel zich verhoudt tot de in de rechtspraak van de OK geformuleerde gedragsnormen. De vrees is dat er een enquêterechtelijk kader ontstaat naast het wettelijke kader waardoor de onduidelijkheid in de praktijk toeneemt. Een tegenstrijdig belang bestaat indien de bestuurder gelet op de omstandigheden van het geval niet onbevooroordeeld en integer het belang van de vennootschap kan behartigen vanwege onverenigbare belangen. Deze situatie kan zich voordoen indien de bestuurder een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat niet parallel loopt met dat van de vennootschap (*privé/persoonlijke situatie*). Dit is het geval indien de bestuurder wederpartij is van de vennootschap waarvan hij bestuurder is of wanneer hij een bijzondere verhouding heeft tot de wederpartij van de vennootschap waarvan hij bestuurder is. Daarnaast doet zich een tegenstrijdig

¹² Gerechtshof Amsterdam (OK) 24 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:144 (*DeSeizoenen*).

¹³ Gerechtshof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, NJ 1984/481 (*Linders/Hofstee*).

belang voor op het moment dat de bestuurder twee conflicterende plichten heeft, bijvoorbeeld in het geval dat de bestuurder ook bestuurder is van de moeder-vennootschap, en de belangen die de bestuurder in die twee hoedanigheden dient te behartigen niet parallel lopen. Dus in het genoemde voorbeeld betekent dit dat het belang van de dochtervennootschap conflicteert met het belang van de moeder-vennootschap ten aanzien van het betreffende besluit (*twee hoedanigheden situatie*). Ook is denkbaar de situatie waarin er sprake is van beide soorten tegenstrijdige belangen, bijvoorbeeld indien de bestuurder naast de twee bestuursposities zelf ook nog aandeelhouder is in één van die vennootschappen en het belang als aandeelhouder (privébelang) strijdig is met het vennootschapsbelang dat de bestuurder dient te behartigen. Dit wordt ook wel een onzuiver kwalitatief tegenstrijdig belang genoemd. In de situatie waarin er niet tevens een persoonlijk belang speelt in de twee hoedanigheden-situatie gaat het om een zuiver kwalitatief belang. Een tegenstrijdig belang bestaat alleen als de bestuurder beleidsvrijheid heeft omdat er dan ruimte is om een belangenafweging te maken die niet in het belang van de vennootschap is.

3.2.5.2 De OK-gedrag norms en de wettelijke regeling bij tegenstrijdig belang

Een onderscheid kan worden gemaakt tussen de voorbereiding van de besluitvorming, de formele beraadslaging en besluitvorming en ten slotte de uitvoering. De wettelijke onthoudingsregeling heeft betrekking op de formele beraadslaging en besluitvorming. Op het moment dat een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft, dient hij/zij zich daarvan te onthouden. De gedragsregels die zijn geformuleerd in de OK-rechtspraak hebben ook betrekking op de voorbereidingsfase en de uitvoering van het besluit: *“Bovendien is – in vergelijking met overigens in het maatschappelijk verkeer voorkomende transacties – een hogere mate van zorgvuldigheid in voorbereiding, besluitvorming en uitvoering bij het sluiten van een overeenkomst waarbij belangenverstrengeling kan spelen, vereist.”*¹⁴ Op grond van de OK-rechtspraak dienen de volgende gedragsregels in acht te worden genomen: de geconflicteerde persoon of personen dienen openheid te betrachten richting medebestuurders, commissarissen en (in besloten verhoudingen) de aandeelhouders onder andere door het verstrekken van tijdige informatie. Daarnaast dienen de te onderscheiden belangen op zorgvuldige wijze gescheiden te worden gehouden. Bovendien dient onder omstandigheden een derde deskundige ingeschakeld te worden om zodoende marktconforme voorwaarden (*at arm's length*) vast te stellen. Het is van belang dat de besluitvorming plaatsvindt op basis van zorgvuldige, objectieve en controleerbare gegevens, aldus de OK.¹⁵ Indien voldaan is aan de Linders/Hofstee-regels dan zou de (in eerste instantie) geconflicteerde bestuurder mee kunnen beslissen. Met de introductie van de nieuwe wettelijke tegenstrijdig belang-regel in 2013 is er onduidelijkheid ontstaan wat nu precies geldt. Hoe

14 Gerechtshof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, NJ 1984/481 (*Linders/Hofstee*) en Gerechtshof Amsterdam (OK) 17 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4018 (*Butôt*).

15 Gerechtshof Amsterdam (OK) 1 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4263 (*Nieuwendijk Monumenten*).

verhoudt de lijn van de OK zich met deze wettelijke onthoudingsregeling? Ook bestaat onduidelijkheid en verschil van mening over of een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang binnen de reikwijdte van de huidige wettelijke tegenstrijdig belang-regeling valt.¹⁶ De OK heeft recent in twee zaken geoordeeld over het niet voldoen aan onthouding van beraadslaging en besluitvorming in het geval van een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang.¹⁷ In de ene zaak, de Intergamma-zaak (waarbij het niet om bestuurders ging maar om commissarissen), oordeelde de OK dat het niet goed te begrijpen was dat de geconflieeerde commissarissen (met zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang) hadden deelgenomen aan de beraadslaging en besluitvorming ook indien verdedigbaar is dat dit niet reeds volgt uit artikel 2:250 lid 5 BW. In de tweede zaak, Xeikon, oordeelde de OK dat er sprake was van wanbeleid omdat de geconflieeerde bestuurder zich niet had onthouden van de beraadslaging en besluitvorming. De OK achtte de onthoudingsverplichting niet alleen van toepassing op de besluitvormingsfase, maar ook op de medewerking van de geconflieeerde bestuurder aan de uitvoering van het genomen besluit. Om de discrepantie op te lossen is voorgesteld dat de wetgever de onthoudingsregeling ook van toepassing verklaart op het zuiver kwalitatief tegenstrijdige belang en dat duidelijk dient te worden hoe de Linders/Hofstee-regels zich verhouden tot de onthoudingsregel. In het kader van die verhouding is ook wel bepleit om de Linders/Hofstee-regels te laten gelden naast de onthoudingsregel, waarbij het voldoen aan de wettelijke bepaling de gehoudenheid aan de Linders/Hofstee-regels niet wegneemt en het voldoen aan de Linders/Hofstee de gebondenheid aan de wettelijke bepaling niet elimineert.¹⁸

3.2.6 Verantwoording

Ten slotte dienen bestuurders verantwoording af te (kunnen) leggen over de besluitvorming. Dat is het gevolg van de beleidsvrijheid die het bestuur heeft. Deze verantwoording leggen zij af aan de algemene vergadering, de RvC en de ondernemingsraad onder andere via de jaarrekening, het bestuursverslag en de andere inlichtingen die zij verschaffen. Voor beursvennootschappen bevat de Nederlandse Corporate Governance Code aanvullende bepalingen ten aanzien van de verantwoording. Zie bijvoorbeeld hierover de OK in de Akzo-zaak: *“Aandeelhouders hebben recht op en belang bij het afleggen van verantwoording door AkzoNobel van het door haar gevoerde beleid en het op die wijze verkrijgen van toereikende informatie over de daaraan ten grondslag liggende gegevens en afwegingen, niet alleen met het oog op de uitoefening van hun wettelijke en statutaire bevoegdheden, maar ook ter bepaling van hun eigen beleggings- en investeringsbeleid.”*

¹⁶ A.F.J.A. Leijten, Bestuur en tegenstrijdig belang, *Ondernemingsrecht* 2019/80, p. 429-439.

¹⁷ Gerechtshof Amsterdam OK 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354 (*Intergamma*) en Gerechtshof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:377 (*Xeikon*).

¹⁸ J.M. de Jongh, Drie aspecten van tegenstrijdig belang, *Ondernemingsrecht* 2019/68, p. 357-365.

3.3 *De materiële kant van de besluitvorming*

3.3.1 *Beleidsvrijheid en marginale toetsing*

Naast de formele kant van de besluitvorming bestaat de materiële kant, de inhoud van het besluit. Het bestuur dient zoals eerder aangegeven het vennootschapsbelang als richtsnoer te nemen bij het bepalen en uitvoeren van het beleid en de strategie. Wat dit belang precies inhoudt, is op voorhand niet vast te stellen, het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In de Cancun-zaak heeft de Hoge Raad geoordeeld dat indien er aan de vennootschap een onderneming is verbonden, het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald wordt door het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming. Hierbij dient het bestuur op grond van artikel 2:8 BW zorgvuldigheid te betrachten jegens al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn. Het bestuur dient keuzes te maken waarmee het vennootschapsbelang het meest gebaat is. In de Nederlandse Corporate Governance Code is in Principe 1.1 voor beursvennootschappen bepaald dat het bestuur zich dient te richten op de lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming en daarbij de belangen van de stakeholders af dient te wegen. In het kader van de herziening van het enquêterecht heeft de minister van Veiligheid en Justitie geuit dat wanneer het gaat om zakelijke beslissingen, de beleidsvrijheid voor het bestuur het uitgangspunt is.

De OK is op grond van wetgeving in samenhang met de jurisprudentie van de Hoge Raad verplicht tot een terughoudende toetsing van ondernemingsbeleid. In de parlementaire geschiedenis is dit als volgt verwoord: *“De Ondernemingskamer behoort in beginsel niet te treden in de merites van bestuurlijke beslissingen wanneer daaraan een behoorlijke besluitvorming ten grondslag ligt met een behoorlijke afweging van de voor- en nadelen. Bij een zakelijke beleidsafweging moet het bestuur handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming.”* en *“Het bestuur moet zich goed (laten) informeren voordat tot een zakelijke beleidsafweging wordt overgegaan en daarbij tevens de eventuele risico's voor de vennootschap inschatten en meewegen. De bestaande jurisprudentie geeft hiervoor voldoende richtsnoeren.”*¹⁹ De OK dient de uitvoering van de bestuurstaak dus marginaal te toetsen. Hierdoor vallen de gedragsnorm en de toetsingsnorm van de rechter niet per definitie samen. Marginale toetsing bewerkstelligt dat bestuurders de ruimte hebben om te ondernemen, dat wil zeggen een eigen beoordelingsvrijheid hebben. Men wil voorkomen dat bestuurders zich bij de taakvervulling door defensieve overwegingen laten leiden. Ook is wel geopperd dat daarmee aan de bestuurders vertrouwen wordt geschonken.²⁰ Bovendien is de rechter ook niet geëquipeerd om ondernemingsbeslissingen te beoordelen en wordt

¹⁹ *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32 887, nr. 3.

²⁰ B.F. Assink en J.M. de Jongh, Gedragsnorm, enquêterecht en aandeelhouder, in: B.F. Assink et al. (red), *De Toekomst van het Ondernemingsrecht – Het ondernemingsrecht van de toekomst: Opstellen voor Prof. mr. L. Timmerman ter gelegenheid van zijn 65^{ste} verjaardag en 25+ jaar hoogleraarschap*, Deventer: Wolters Kluwer, p. 1-15.

door een marginale toetsing in het kader van zakelijke beleidsafwegingen beoogd het risico van beoordeling met wijsheid achteraf te mitigeren.

3.3.2 *Objectieve redelijkheidstoets*

De OK toetst of het bestuur in de gegeven omstandigheden in redelijkheid tot zijn beleid heeft kunnen komen. Het gaat erom dat het bestuur met de gekozen koers in het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming handelt en de belangen van de bij de vennootschap betrokkenen niet onevenredig schaadt. Het bestuur mag deze belangen dus niet veronachtzamen. Uit de jurisprudentie volgt dat de OK in dit kader beoordeelt of de verzoekster, mede in het licht van het verweer dat de verweerster voert, voldoende heeft toegelicht dat het economische en strategische beleid van het bestuur evident onjuist en/of onverantwoord is en/of dat het bestuur zijn taak heeft miskend en veronachtzaamd. In sommige uitspraken vermeldt de OK in aanvulling hierop een maatman-bestuur criterium.²¹ Het gaat dan om de vraag of het bestuur zijn taak zodanig heeft vervuld dat geen redelijk handelend bestuur eenzelfde handelwijze zou kunnen voorstaan. In het kader hiervan voert de OK een inhoudelijke doelmatigheidstoets uit waarbij alle feiten in ogenschouw worden genomen maar dient de OK zich bij het komen tot een oordeel over de redelijkheid terughoudend op te stellen. De OK toetst de doelmatigheid en de juistheid derhalve oppervlakkig. Aangezien de toepassing van dit concept niet nader is geconcretiseerd en de redelijkheid een vage norm is, kan telkens aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval tot een bepaalde invulling worden gekomen. De beperkte inhoudelijke toetsing verandert indien er omstandigheden zijn die een vollere toetsing rechtvaardigen zoals een situatie waarin er sprake is van belangenverstrengeling (zoals een tegenstrijdig belang bij een bestuurder) of een bestuurder die niet te goeder trouw is. Dan wordt de beleidsvrijheid door de specifieke omstandigheden verkleind of is deze er niet. Die ruimte is er bijvoorbeeld ook niet indien het gaat om specifieke wettelijke voorschriften zoals het (tijdig) publiceren van de jaarrekening of de administratieplicht.

3.3.3 *Toetsing van bestuurlijke besluitvorming die tot stand is gekomen op basis van advies van een externe deskundige*

In een recente beschikking inzake Estro heeft de OK geoordeeld dat de financieringsconstructie van een bepaalde transactie, hoewel op gespannen voet met de ratio van de wet waardoor deze constructie in rechte ongeoorloofd zou kunnen worden beoordeeld, geen gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken opleverde nu het bestuur was afgegaan op het advies van de met het oog daarop ingeschakelde advocaten van een gerenommeerd zuid-as kantoor. Deze advocaten hadden geadviseerd dat de financieringsconstructie niet in strijd was met het wettelijke financiële steunverbod en daar had het bestuur zich op

²¹ Zie voor een recente uitspraak: Gerechtshof Amsterdam (OK) 17 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3377 (BKS).

gebaseerd.²² Het bestuur wordt dus als het ware gedisculpeerd ten aanzien van haar eigen gedrag dat (mogelijk) in strijd is met de wet, vanwege het feit dat dit, gebaseerd is op extern juridisch advies. De fout die het bestuur zelf heeft gemaakt, wordt haar hierdoor niet toegerekend. Dit is opvallend omdat schuld doorgaans in de enquêteprocedure niet is vereist in het kader van het aannemen dat sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen.²³

Overigens is het niet zo dat indien de rechtspersoon in strijd heeft gehandeld met de wet per definitie wordt aangenomen dat er sprake is van gegronde redenen. De overtreding moet van voldoende ernst zijn, wil hiervan sprake zijn. Deze ernst zou betrekking kunnen hebben op de schendingshandeling zelf: is de schending bijvoorbeeld onderdeel van een bestendige gedragslijn met andere woorden komt deze schending of andere schendingen van wetsbepalingen frequent voor? Ook de vraag of de schendingshandeling gebaseerd is op extern advies heeft betrekking op de handeling zelf. Daarnaast zou de ernst betrekking kunnen hebben op de gevolgen van de schendingshandeling. In casu zegt de OK alleen iets over de schendingshandeling zelf en dan specifiek alleen over de basis van het besluit en niet over de andere aspecten die de overtreding als ernstig zouden kunnen kwalificeren. In het geval de betreffende schending niet gebaseerd zou zijn geweest op een extern advies verschiet deze echter niet van kleur. Het blijft een schending en de gevolgen van de schending veranderen niet. Ook verandert de frequentie niet. Het zou dus eventueel ook zo kunnen zijn geweest dat indien er geen advies was gegeven, de overtreding (ook) niet geleid zou hebben tot gegronde redenen. De OK gooit het echter op de betrokkenheid van de juridisch adviseur door haar oordeel expliciet daaraan te koppelen. Het lijkt mij echter niet dat bestuurders zich in allerlei soortige gevallen achter hun adviseurs kunnen gaan verschuilen. Wellicht speelt in de *Estro*-zaak een rol dat het een specifieke juridische vraag inzake het steunverbod betrof waarbij er geen belangenafweging dient plaats te vinden aangezien het gaat om een verbodsbepaling. De OK motiveert dit echter verder niet.

3.3.3.1 Estro versus VIBA

De benadering in *Estro* wijkt af van een eerdere beschikking (VIBA) waarbij het ging om de vaststelling van wanbeleid in het kader van een gebrekkige inrichting van de jaarrekening. Net als bij het steunverbod ging het ook daarbij niet om een zakelijke beleidskeuze waarbij een belangenafweging dient plaats te vinden. In de VIBA-zaak werd geklaagd dat de OK bij het oordeel dat het gebrekkig inrichten van de jaarrekening gekwalificeerd kon worden als wanbeleid voorbij ging aan de omstandigheden dat deze inrichting gebaseerd was op advies van de accountant, dat de accountant tevens had geadviseerd dat deze inrichting niet in strijd was met de

²² Gerechtshof Amsterdam (OK) 10 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4359 (*Estro*).

²³ Slagter/Assink, *Compendium* 2013, p. 1673.

wet en dat de accountant de jaarrekening van een goedkeuring had voorzien.²⁴ De Hoge Raad oordeelde: “Deze omstandigheden kunnen evenwel niets afdoen aan de eigen verantwoordelijkheid van VIBA voor de juistheid van haar jaarrekening, zodat ook dit onderdeel faalt.” Of de door de OK gevolgde lijn in Estro, waarbij verwijtbaarheid een rol lijkt te spelen, het begin is van een kanteling, zal zich moeten uitwijzen. Daarbij zouden voor de vaststelling van het ontbreken van verwijtbaarheid de uitspraken in andersoortige procedures zoals aansprakelijkheidsprocedures en strafzaken waarbij vertrouwen op advies van een deskundige een rol speelt, van nut kunnen zijn. Hoewel het doel van deze procedures anders is dan die van een enquêteprocedure kunnen de overwegingen ten aanzien van het vertrouwen op extern advies evenwel relevant zijn. Deze uitspraken kunnen inzicht geven in belangrijke aspecten bij beoordeling van gedrag dat gebaseerd is op een extern advies.²⁵ Het gaat daarbij om de vraag of de opdrachtgever in redelijkheid op het advies mocht vertrouwen.

3.3.3.2 Relevante aspecten bij het vertrouwen op extern advies

Het eerste aspect dat bij de beantwoording van deze vraag van belang is, is het gezag van de deskundige. Dit gezag kan worden vastgesteld op grond van zijn/haar expertise of deskundigheid op het gebied van het onderwerp (specialisatie) in combinatie met de complexiteit van de adviesvraag en de reputatie van de deskundige. In aanvulling daarop is ten tweede de onafhankelijkheid van de deskundige van belang. Deze onafhankelijkheid betekent onpartijdigheid en belangeloosheid. Zo oordeelde de OK in de hierboven genoemde Xeikon-zaak in het kader van een *fairness opinion* dat deze niet de functie had van een zelfstandige onafhankelijke waardering omdat de bestuurders de opsteller van de opinie hadden bewogen tot het opnemen van een voor hen gunstige prijs. Geen onafhankelijkheid in dit geval dus. Helemaal onafhankelijk zal de relatie tussen opdrachtgever en deskundige overigens over het algemeen niet zijn omdat de deskundige in de meeste gevallen wordt betaald door de opdrachtgever. In het verlengde hiervan is ten derde de manier waarop en de omstandigheden waaronder advies is ingewonnen relevant. Het feit dat de bestuurder zelf kennis heeft van zaken speelt een rol alsook de vraag of het advies tot stand is gekomen op basis van juiste en relevante informatie. Ook de omstandigheid dat een advies door anderen omstreden is bevonden of dat er vraagtekens bij zijn gezet, wegen mee. Ten vierde is de complexiteit van de adviesvraag een aspect waar rekening mee moet worden gehouden. Ten slotte spelen de inhoud en de vorm van het advies een rol. De betreffende adviesvraag kan een bepaalde vorm vereisen zoals schriftelijk in plaats van mondeling en dat het advies in een gebruikelijke adviesstructuur is opgenomen. Daarnaast dient het advies deugdelijk, duidelijk en concreet te zijn.

²⁴ HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1797 (*VIBA*), zie ook HR 7 december 1989, *NJ* 1990, 242 (*Bredero*).

²⁵ Zie bijvoorbeeld: HR 13 januari 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AC2827, HR 4 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4664, HR 26 februari 2008, HR 26 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC0813, Gerechtshof Leeuwarden 19 augustus 1959, ECLI:NL:GHLEE:1959:2 en HR 1 december 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU7741 en Rb. Amsterdam 26 mei 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX6763.

4. Afsluiting

In dit hoofdstuk zijn verschillende aspecten van bestuurlijke besluitvorming in een vennootschapsrechtelijke setting aan bod gekomen. De enquêterecht-jurisprudentie van de OK die inhoud geeft aan de besluitvormingsnormen staat daarbij centraal. Extra aandacht heb ik besteed aan de rol van externe adviseurs en de normen die gelden in een situatie van tegenstrijdig belang gelet op een aantal recente beschikkingen. In tijden van Corona kan de zorgvuldigheidsnorm onder druk komen te staan nu het werken op afstand zorgt voor een extra dynamiek en de (tijds)druk waaronder bepaalde besluiten worden genomen de besluitvorming niet vergemakkelijkt. Het zal wellicht in de toekomst voor interessante besluitvormingsjurisprudentie kunnen zorgen.