

vens) een bestuurder betreft. Ik kan echter geen redenen bedenken waarom de overwegingen uit Versatel niet tevens, mutatis mutandis, van toepassing zouden zijn op de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder en commissaris. Ik meen daarom dat de rechtsklacht die het subonderdeel opwerpt faalt. De bijzondere van de wet afwijkende bevoegdheden die de Ondernemingskamer toekent aan Meuter als bestuurder acht ik in het licht van rov. 3.15 naar behoren gemotiveerd. Aldaar wijst de Ondernemingskamer op het belang dat het beleid van Begemann m.b.t. het vervreemden en verwerven van activa dan wel het vereffenen van haar vermogen moet worden gevormd door functionarissen die niet afkomstig zijn van of gelieerd aan Sivex dan wel Tulip. Begemann-bestuurder Van den Berg is adviseur van de RvC en voormalig voorzitter van de raad van bestuur van Tulip. In dit licht bezien acht ik de aan de heer Meuter als bestuurder toegekende van de wet afwijkende bevoegdheden voldoende gemotiveerd. Voor wat betreft de van de wet afwijkende bevoegdheden die Holsboer zijn toegekend, ligt dat in zoverre anders, dat niet is gebleken van tegenstrijdig belang van de zittende commissaris, Jacobs. Jacobs is op 19 januari 2006 tot commissaris benoemd; hij heeft van 12 mei 2006 t/m 7 september 2006 de functie van tijdelijk bestuurder vervuld, waarna hij terugkeerde in zijn functie als commissaris. In verschillende hoedanigheden is Jacobs bij de vennootschap betrokken geweest gedurende een periode waarin naar het voorhandse oordeel van de Ondernemingskamer sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid; kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft de Ondernemingskamer in dit gegeven aanleiding gezien om aan Holsboer als commissaris bijzondere bevoegdheden te verlenen.

3.32. Subonderdeel 4d klaagt eveneens over de bijzondere vertegenwoordigingsbevoegdheid die de Ondernemingskamer toekent aan Meuter. De Ondernemingskamer heeft miskend dat op grond van art. 2:146, tweede zin, BW is voorgeschreven dat de AVA, in alle gevallen waarin de vennootschap een tegenstrijdig belang heeft met een of meer van haar bestuurders, steeds bevoegd is een of meer andere personen dan commissarissen aan te wijzen om haar te vertegenwoordigen. De Ondernemingskamer handelt in strijd met dit voorschrift en maakt daarmee inbreuk op de bevoegdheden

die zijn toegekend aan de algemene vergadering. De toekenning van de bijzondere vertegenwoordigingsbevoegdheid is eveneens in strijd met art. 2:130 lid 1 BW, op grond waarvan het volledige bestuur bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen.

3.33. Het subonderdeel loopt stuk op hetgeen ik hierboven in par. 3.31 heb betoogd.

Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping.

Hoge Raad

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:
verwerpt het beroep;
veroordeelt Sivex in de kosten van het geding in cassatie (...; red.).

NOOT

Dit beroep in cassatie is door de Hoge Raad afgedaan op art. 81 RO. Deze noot gaat daarom met name over de conclusie van A-G mr. L. Timmerman. Zijn conclusie strekt tot verwerping van het beroep. In par. 3.15 e.v. behandelt Timmerman het onderdeel dat opkomt tegen een van de getroffen onmiddellijke voorzieningen. Ik zal mij beperken tot dat gedeelte van de conclusie.

Het dictum van de beschikking van de OK van 28 december 2006, waarvan cassatie, luidt voor zover relevant: "benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding en voor zoveel nodig in afwijking en aanvulling van haar statuten drs. R.J. Meuter te Bussum tot bestuurder van Koninklijke Begemann Groep NV, aan wie, in alle gevallen waarin de wet of de statuten van Koninklijke Begemann Groep NV terzake enige bevoegdheid toekennen aan het bestuur, bij uitsluiting de bevoegdheid toekomt om

beslissingen te nemen over en om Koninklijke Begemann Groep NV te vertegenwoordigen in ieder overleg en bij iedere rechtshandeling met betrekking tot het vervreemden en verwerven van activa, waaronder begrepen deelnemingen, en het aantasten van besluiten en rechtshandelingen die zijn genomen of aangegaan in de periode vanaf 14 oktober 2005;”

Het lichaam van de beschikking van de OK bevat nog de volgende passage: “De te benoemen functionarissen mogen het tot hun taak rekenen zich te (doen) informeren omtrent de sinds de aankondiging van het openbare bod door Sivex op 14 oktober 2005 in het kader van de vereffening van het vermogen van Begemann verrichte (rechts)handelingen dan wel genomen besluiten en deze – zo zij zulks ter bescherming dan wel consolidatie van de belangen van de (minderheids)aandeelhouders geboden achten – in rechte aan te tasten.” Het onderdeel klaagt over de aansporing van de OK aan de door haar benoemde bestuurder om zich te (doen) informeren over de genomen besluiten en deze aan te tasten en de exclusieve bevoegdheid daartoe die de OK in het dictum aan de door haar benoemde bestuurder geeft.

Timmerman leest in de geciteerde passages niet meer dan – kortweg – een aansporing van de OK die ten doel heeft om de nieuw benoemde functionarissen in staat te stellen hun taak naar behoren te kunnen vervullen en concludeert dat het onderdeel feitelijke grondslag mist (par. 3.22). Alicht is deze conclusie gevoed door de klacht, die met name gericht is op de onverenigbaarheid van het “informeren” door de benoemde functionarissen en het onderzoek van de onderzoekers. Aldus verstaan is begrijpelijk dat de klacht feitelijke grondslag mist, omdat de OK niet heeft bevolen dat de bestuurders een parallel onderzoek moeten gaan uitvoeren. Timmerman schrijft echter ook: “Ik zou het inderdaad onjuist achten wanneer een bij onmiddellijke voorziening door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder gaat proberen na enig door hem verricht onderzoekswerk transacties aan te tasten waarnaar de door de Ondernemingskamer aangestelde onderzoeker nu juist onderzoek dient te verrichten.” Ik denk dat de OK dit bij uitstek op het oog heeft gehad en in ieder geval heeft zij de door haar

benoemde bestuurder hiertoe uitgerust in afwijking van de wettelijke regeling. Zou niet de beslissing van de OK even onjuist zijn als de poging tot het aantasten van transacties die zij met haar beslissing uitlokt? Ik meen van wel. De OK kan bij wijze van onmiddellijke voorziening uitvoering van besluiten schorsen. Het vernietigen van besluiten van organen van de vennootschap bij wijze van onmiddellijke voorziening strookt niet met de SkyGate beschikking (HR 19 oktober 2001, «JOR» 2002/5, m.nt. I). Een dergelijke voorziening zou niet “naar haar aard een voorlopige” zijn. De OK kan weer wel op de voet van art. 2:356 sub a BW besluiten vernietigen. Dat kan zij uitsluitend doen indien uit het verslag van wanbeleid is gebleken (vgl. Gucci (HR 27 september 2000, «JOR» 2000/217, m.nt. M. Brink)).

De benoeming van een bestuurder als zodanig is wel naar haar aard een voorlopige voorziening. Het risico bestaat steeds dat een dergelijke bestuurder uit de bocht vliegt en ingrijpende maatregelen treft die niet ongedaan gemaakt kunnen worden. Dat risico ligt echter niet in de voorziening als zodanig besloten, maar in de taakuitoefening door de bestuurder. Die taakuitoefening wordt “gewoon” bestreken door art. 2:9 BW. De recente e-Traction beschikking (Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, «JOR» 2008/34, m.nt. Josephus Jitta en ARO 2008, 2) heeft m.i. slechts betrekking op partijen die de door de OK benoemde bestuurder trachten te intimideren met aansprakelijkstellingen. Niet wel kan worden aanvaard, aldus de OK in die beschikking, dat een dergelijke bestuurder door een partij aansprakelijk wordt gesteld. Een partij die meent dat de voorziening wijziging of intrekking behoeft, moet zich bij verzoekschrift wenden tot de OK. Dat ook de *vennootschap* een bestuurder – na diens terugtreden – niet zou mogen aanspreken op een onbehoorlijke taakvervulling, lees ik niet in de e-Traction beschikking. Ik denk overigens wel dat de rechter uiterst terughoudend moet zijn bij het beoordelen van een dergelijke vordering tegen een door de OK benoemde bestuurder.

Zou nu het predicaat “onjuist” dat Timmerman uitsprekt over de bestuurder die na enig onderzoek probeert transacties aan te tasten begrepen moeten worden in de sleutel van de

"(on)behoorlijke taakvervulling" als bedoeld in art. 2:9 BW? Ik zou dat toch een wat wonderlijke uitkomst vinden. De bestuurder wordt niet alleen door de OK op pad gestuurd met een uitdrukkelijk mandaat ("hij mag tot zijn taak rekenen..."), maar ook met exclusieve bevoegdheden om dat mandaat uit te voeren. Zijn taakvervulling kan toch achteraf moeilijk beoordeeld worden los van de achtergrond waartegen zijn benoeming plaats had. Dat de OK dit mandaat verleent ter "bescherming dan wel consolidatie van de belangen van de (minderheids)aandeelhouders" betekent kennelijk dat de OK er rekening mee houdt dat de uitkomst van het onderzoek niet kan worden afgewacht; ware dat anders, dan zou de OK wel hebben aangezien of een verzoek tot vernietiging op de voet van art. 2:356 sub a BW zou worden gedaan. Tegelijkertijd ziet de OK ervan af om zélf een oordeel te vellen over de bestreden besluiten; zij had die kunnen schorsen, ook al was een verzoek daartoe niet gedaan. De beslissing betekent dan ook, dat de OK aanvaardt dat een vernietigingsactie door de bestuurder wordt ingezet voor het verslag beschikbaar is na een eigen beoordeling van de noodzaak en kans van slagen van een vernietigingsactie. Daarmee is kennelijk ook het risico aanvaard, dat hangende de vernietigingsprocedure een verslag wordt neergelegd, waaruit geen wanbeleid blijkt. Het ligt niet voor de hand om een bestuurder die precies datgene heeft gedaan wat de OK van hem verwachtte, onbehoorlijk taakvervulling aan te wrijven. Ik zie geen grond om de gevolgen van de beslissing van de OK af te wentelen op de door haar benoemde bestuurder, ook niet als hij een procedure heeft ingezet waarvoor nadien op grond van het enquêteverslag onvoldoende basis blijkt te bestaan.

De bevoegdheid die de OK de door haar benoemde bestuurder heeft gegeven is exclusief. Dat betekent dat het wettelijke vereiste wordt doorbroken, dat een vernietigingsvordering van de rechtspersoon wordt ingesteld *krachtens bestuursbesluit*; de overige bestuurders van Begemann komen er niet aan te pas. De vennootschap wordt aldus in een procedure betrokken, waarin de zienswijze van de vennootschap slechts voor het voetlicht wordt gebracht door een net aangetreden éénling met een tijdelijke functie.

Ik vind dat dit punt onvoldoende doorklinkt in de conclusie, waar Timmerman stelt dat de OK "het oog heeft gehad op uitoefening van *normale* bevoegdheden om rechtshandelingen in rechte aan te tasten die aan in het bijzonder de bestuurder van een vennootschap toekomen" (par. 3.28). Die bevoegdheid is niet zo normaal, hetgeen Timmerman ook erkent waar hij enkele paragrafen later met een verwijzing naar Versatel (HR 14 september 2007, «JOR» 2007/238, m.nt. Bartman onder «JOR» 2007/239) verdedigt dat de OK "*bijzondere van de wet afwijkende bevoegdheden*" mag toekennen (curs. PDO). De exclusiviteit werkt ook de andere kant op: ik begrijp dat de reguliere bestuurders niet namens de vennootschap een vernietigingsactie kunnen instellen. Je zou daarom kunnen zeggen dat de vennootschap in zekere zin van de rechter wordt afgehouden, hetgeen in strijd is met art. 17 Gw.

Dit alles overziend, zou mij meer aanspreken de redenering dat de benoeming van een bestuurder door de OK de bevoegdheid van het bestuur om "krachtens bestuursbesluit" namens de vennootschap vernietiging van besluiten te vorderen niet aantast, maar dat het bij wijze van onmiddellijke voorziening aanmoedigen en mogelijk maken van een "eenmansactie" het stelsel van het enquête-recht doorkruist. De OK moet geen maatregelen die zij zelf niet mag treffen uitbesteden aan de door haar benoemde bestuurders onder het mom dat niet de OK, maar die bestuurders – in eigen discretie – bepalen of die maatregelen uiteindelijk worden getroffen. De OK begeeft zich bovendien op een glijdende schaal. Zou de OK in voorkomend geval de door haar benoemde bestuurder ook mogen toerusten om zelfstandig en onder uitsluiting van de rechten van de algemene vergadering van aandeelhouders een besluit tot ontbinding van de vennootschap te nemen? Het argument, dat aan de vordering tot vernietiging in ieder geval nog een rechter te pas komt, gaat dan niet op. De bestuurder is dan in nog sterkere mate een "verlengstuk" van de OK.

Ik zie tenslotte ook niet zo goed hoe de beslissing van de OK in de praktijk moet uitwerken. Besluiten van organen van de vennootschap kunnen niet buitengerechtelijk worden vernietigd. Daartoe is een uitspraak van de rechter vereist. De vordering tot

vernietiging op de voet van art. 2:15 BW is vatbaar voor hoger beroep en cassatie. Er gaat dus nogal wat tijd overheen voordat definitief vast staat wat het lot van de bestreden besluiten zal zijn. Dat maakt moeilijk te begrijpen, waarom de OK enerzijds niet zélf de besluiten van Begemann schorst en anderzijds meent dat de uitkomst van het onderzoek niet kan worden afgewacht en vervolgens een voorziening treft, waarvan het resultaat pas ná het neerleggen van het verslag van het onderzoek verwacht kan worden. Zou de OK slechts hebben willen zeker stellen dat vorderingen tot vernietiging binnen de vervalttermijn van een jaar zijn ingesteld? Het lijkt me ook bepaald niet uitgesloten, dat nog geen definitieve uitkomst van de vernietigingsprocedure bekend zal zijn op het moment dat de door de OK benoemde bestuurder door het eindigen van de enquêteprocedure zijn positie verliest. En wat doet de OK als bijvoorbeeld de rechtbank de vordering heeft afgewezen en de verzoekers op de voet van art. 2:356 a BW de OK verzoeken om de bestreden besluiten te vernietigen?

Dat deze kwestie op de voet van art. 81 RO is afgedaan, vind ik jammer. De Hoge Raad lijkt eerste fase beschikkingen met een feitelijk en wat minder principiële karakter nogal eens af te doen met art. 81 RO (vgl. Backers & Zoon en CallActive), maar waar echt duidelijkheid gewenst is, verschaft de Hoge Raad die ook wel (vgl. ABN AMRO, Versatel (I-III), DSM, ATR Leasing). Kennelijk schaarde de Hoge Raad de onderhavige zaak in het eerste rijtje. Bij persbericht van 31 maart 2008 maakte Begemann overigens bekend dat de procedure bij de Ondernemingskamer was gestopt na het bereiken van een schikking. De zaak Begemann zal vermoedelijk niet meer voor jurisprudentie zorgen.

Paul Olden
advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam

124

Hoge Raad
21 maart 2008, nr. R07/012HR, LJN BC1849
(mrs. Beukenhorst, De Savornin Lohman, Van Buchem-Spapens, Streefkerk, Asser)
(concl. A-G Timmerman)
Noot mr. R.G.J. Nowak

Vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang. Geldigheid van door een statutaire bepaling aan bestuurder verleende vertegenwoordigingsbevoegdheid bij tegenstrijdig belang is niet afhankelijk van (uitdrukkelijk) besluit *ava*. 'Wegschrijven' in statuten toegestaan. Een vanwege tegenstrijdig belang onbevoegd verrichte rechtshandeling is ongeldig ofwel nietig. Inroepen nietigheid onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

[BW art. 2:256]

*Op grond van art. 23 lid 2 van de statuten van Pinakel ('ook in de gevallen, waarin de vennootschap een tegenstrijdig belang met een directeur heeft, is die directeur tot vertegenwoordiging van de vennootschap bevoegd'), was enig bestuurder (tevens enig aandeelhouder) NSI ook bij het bestaan van een tegenstrijdig belang bevoegd Pinakel te vertegenwoordigen bij het geven van goedkeuring voor de schuldovername door Interglobia. Weliswaar kan een dergelijke bepaling niet aan de *ava* de haar door de tweede zin van art. 2:256 BW verleende bevoegdheid ontnemen om in het geval van een tegenstrijdig belang een of meer andere personen aan te wijzen om de vennootschap te vertegenwoordigen, en rust op het bestuur van de vennootschap de plicht om de *ava* zo tijdig te informeren over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang, dat deze in de gelegenheid is haar bevoegdheid uit te oefenen (vgl. HR 3 mei 2002, «JOR» 2002/111, m.nt. I en m.nt. JJvH). Maar indien – zoals in dit geval – de *ava* haar bevoegdheid om een andere vertegenwoordiger aan te wijzen niet uitoefent, blijft bevoegd degene die krachtens de statutaire bepaling in geval van een tegenstrijdig belang bevoegd is, in dit geval NSI als bestuurder. Anders dan van de zijde van Uoti wordt betoogd, brengt het dwingendrechtelijke karakter van de tweede zin van art. 2:256 BW niet mee dat de gel-*