

mr. P.D. Olden

De OK-commissaris

(Bijdrage aan het congres van het Instituut voor Ondernemingsrecht op 15 november 2008 te Groningen)

Inleiding

Het onderwerp van deze bijdrage is de OK-commissaris. Dat is om twee redenen geen gemakkelijk onderwerp: (i) het laat zich bezwaarlijk in een half uur behandelen; en (ii) er is recent veel zinnigs over geschreven door Arnold Croiset van Uchelen in de Bundel 2007/2008 van de Vereniging *Corporate Litigation*. Ik ben het gelukkig niet op alle punten met hem eens. We verschillen - zo lijkt het - vooral van mening over de vraag aan wie de OK-commissaris verantwoording heeft af te leggen. Die vraag stel ik centraal en de onderwerpen die ik behandel hebben alle met het antwoord op deze vraag te maken. Ik zal het hebben over verantwoording afleggen, de bijzonderheid van de commissaris met een doorslaggevende stem, aansprakelijkheid en de vernietiging van besluiten van de OK-commissaris op de voet van art. 2:15 BW.

Fire-and-forget

De benoeming van een commissaris door de OK is een bijzonder fenomeen. De inrichting van de vennootschap bepaalt in belangrijke mate hoe die vennootschap zal functioneren. Er bestaat *inrichtingsvrijheid*. "*Een onderneming heeft normaliter de mogelijkheid om zelf te bepalen voor welk juridisch kleed zij kiest*", aldus de MvT bij het Wetsvoorstel Bestuur en Toezicht¹. De grenzen van de inrichtingsvrijheid zijn gegeven door de wet, de Code en andere bronnen van vennootschapsrecht. Minstens zo belangrijk voor het adequaat functioneren van de vennootschap is de bezetting van de sleutelposities, van de bestuurs- en commissarisposten. De tot benoeming bevoegde organen zullen die sleutelposities trachten te bezetten met de beste beschikbare kandidaten. Integriteit en deskundigheid, in meer of mindere mate uitgewerkt in deelkwaliteiten, zijn daartoe bepalend. Er bestaat *benoemingsvrijheid*, maar ook die is begrensd.

Voor commissarissen geldt, dat zij moeten beschikken over de deskundigheid om de hoofdlijnen van het beleid te kunnen beoordelen en over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van hun taak. De bezetting van organen zoals de RvC moet ook evenwichtig zijn; een voetbalteam kan niet uit louter spitsen bestaan. Ik moet dat wat anders zeggen: een *modern* voetbalteam

¹ ontwerp MvT [...], p.1

kan niet uit louter heteroseksuele, blanke, middelbare, mannelijke spitsen bestaan. De structuurregeling spreekt van "de gewenste deskundigheid en achtergrond" van te benoemen commissarissen. Het woord "achtergrond" brengt mede tot uitdrukking dat de kandidaat zich in zekere mate op deelbelangen mag concentreren. De "deelbelanghebbenden" zijn toegerust met voordrachts- en aanbevelingsrechten. Al deze gedachten over omvang en samenstelling van de RvC vinden hun neerslag in de bekende "profielchets" die zorgvuldig wordt opgesteld.

De OK-benoemde functionaris "fietst hier dwars doorheen". Hij of zij wordt door de OK benoemd. Wat de benoemde functionaris de juiste man of vrouw op de juiste plaats maakt, weet alleen de OK. De OK lijkt vooral over te gaan tot de benoeming van een of meer commissarissen in gevallen, waarin het beleid en de gang van zaken niet structureel ongezond zijn, maar een bepaald deelbelang in de verdrukking dreigt te komen, een patstelling bestaat of waarin aan "conflictmanagement" gedaan moet worden. De profielchets van de OK-commissaris is kort: gepokt & gemazeld. Ik zou daar blank, middelbaar en mannelijk aan toe kunnen voegen, want dat lijkt de praktijk te zijn. Met de geaardheid van de OK-commissaris ben ik niet bekend.

De benoeming door de OK betekent een vergaande inbreuk op de benoemingsvrijheid van de vennootschap. Gaat die inbreuk verder, in die zin dat de vennootschap - via de benoemde commissaris - als het ware *onder toezicht* van de OK komt te staan? Ik denk het niet. Arnold Croiset van Uchelen stelde zich in zijn bijdrage aan de bundel de vraag of de door de OK benoemde functionarissen een verlengstuk zijn van de vennootschap of van de rechter. Hij concludeert dat zij enerzijds gewone bestuurders en commissarissen zijn, en anderzijds "in zekere zin" het verlengstuk zijn van de OK. Hij stelt - en dat is de steeds terugkerende en dragende stelling in zijn bijdrage - dat de OK benoemde bestuurders en commissarissen uitsluitend verantwoording schuldig zijn aan de OK. Zie ik het goed, dan baseert hij deze conclusie met name op de Begemann beschikking van 19 april 2007².

Ik geloof dat ik dat toch anders zie. Van Uchelen schrijft - en daar ben ik het mee eens - onder verwijzing naar de MvT dat het de bedoeling van de wetgever is geweest de door de OK benoemde bestuurder en commissaris daadwerkelijk de volle taakopdracht te geven die ook aan een "gewone" bestuurder en commissaris toekomt. Om die reden is niet gekozen voor een "beheerder". De MvT spreekt over een "gehele of gedeeltelijke vernieuwing der leiding". Art. 2:356 sub d BW gaf de OK de bevoegdheid om statutaire belemmering weg te nemen, zoals bepalingen die besluiten onderwerpen aan een versterkte meerderheid of aan voorafgaande goedkeuring van een ander orgaan. De bijzondere individuele bevoegdheden waarmee dergelijke functionarissen nu vaak worden uitgerust, zijn een uitvinding van latere datum. De wetsgeschiedenis bevat geen aanwijzingen voor de

²Hof Amsterdam, Ondernemingskamer 19 april 2007, JOR 2007, 142.

stelling dat deze "gewone" bestuurders en commissarissen uitsluitend verantwoording schuldig zijn aan de OK.

Is dat uitgangspunt in de Begemann beschikking uitdrukkelijk losgelaten? Die beschikking vormde de reactie op een nogal bijzonder verzoek van een aandeelhouder. Bij Begemann waren een bestuurder en een commissaris benoemd bij wijze van onmiddellijke voorziening. Het enquêteverzoek werd op een latere zitting behandeld. Sivex verzocht toen om de OK-bestuurder en commissaris op te dragen om verslag van hun bevindingen uit te brengen aan partijen, die daar dan weer op zouden moeten reageren en om intussen een beslissing over het bevelen van een enquête uit te stellen. De OK gaat hierin niet mee en overweegt - kortweg - dat door haar benoemde functionarissen geen verantwoording verschuldigd zijn aan de vennootschap, haar aandeelhouders of andere bij de vennootschap betrokken partijen. Dan zullen - a contrario - deze functionarissen wel uitsluitend verantwoording schuldig zijn aan de OK is kennelijk de gedachte, maar dat staat er niet. Uitdrukkelijk overweegt de OK dat *in het procedurele debat* tussen partijen voor deze functionarissen geen rol is weggelegd. "Verantwoording schuldig zijn" lijkt hier gebruikt in de betekenis "vatbaar voor een opdracht om aan de AvA verslag van bevindingen te doen als een quasi- onderzoeker". Ik begrijp de Begemann uitspraak tegen deze achtergrond. Het verzoek van Sivex verdraagt zich slecht met de systematiek van het enquêterecht: de onderzoekers onderzoeken en rapporteren, de OK-bestuurders en commissarissen richten zich op spoedeisende sanering en herstel van gezonde verhoudingen. Ik lees dus niet in die beschikking dat de OK meent dat de OK-commissaris in het algemeen uitsluitend verantwoording behoeft af te leggen aan de OK.

Ik heb me de vraag gesteld wat dat eigenlijk betekent "uitsluitend verantwoording afleggen aan de OK"? Verantwoording afleggen kent verschillende aspecten. Ik maak een paar observaties:

- a. de OK-commissaris kan niet door de algemene vergadering van aandeelhouders worden geschorst of ontslagen. Dat wordt immers belet door art. 2:357 lid 3 BW, waarin staat dat de vennootschap een voorziening niet ongedaan kan maken en dat een daartoe strekkend besluit nietig is; de OK kan echter een eenmaal benoemde functionaris niet wegsturen, tenzij een daartoe strekkend verzoek is ingediend;
- b. de OK kan de commissaris opdragen om regelmatig aan de OK verslag uit te brengen op de voet van art. 2:357 lid 5 BW. Het woord "uitsluitend" staat er niet. De OK mist de bevoegdheid om op eigen initiatief - dus zonder daartoe strekkend verzoek - een eenmaal getroffen voorziening te wijzigen, ook als het verslag van die commissaris daartoe aanleiding geeft;

- c. over décharge is al het nodige geschreven³. Ik meen dat de OK niet de bevoegdheid heeft om namens de rechtspersoon afstand te doen van een rechtsvordering. Het gaat niet alleen om een ongerechtvaardigde onteigening van het onderliggende vorderingsrecht, zoals Tuijtel terecht heeft betoogd. Het gaat ook om het afsnijden van toegang tot de rechter, hetgeen in strijd is met art. 17 van de Grondwet; de OK heeft overigens in de NIBO-beschikking⁴ anders beslist;
- d. de RvC heeft bepaalde collectieve verplichtingen jegens de algemene vergadering van aandeelhouders, zoals de verplichting om alle verlangde inlichtingen te geven, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet. Ik zie niet in dat de RvC die verplichting niet langer zou hebben, indien hij is uitgebreid met een OK-commissaris of geheel door OK-commissarissen is vervangen; hooguit kan een situatie-specifiek beroep gedaan worden op de zwaarwichtige belangen-uitzondering;
- e. de commissaris heeft collegiale verplichtingen jegens zijn mede-commissarissen. Ik denk dat die verplichtingen ook rusten op een OK-commissaris. De OK-commissaris opereert niet in een vacuüm, waarbij hij bijvoorbeeld alle informatie voor zichzelf kan houden;
- f. ik zie niet in waarom een OK-commissaris niet gehouden zou zijn om de jaarrekening te tekenen. Arnold van Uchelen schrijft dat OK-commissarissen de jaarrekening niet hoeven te tekenen, omdat zij geen verantwoording schuldig zijn aan de algemene vergadering van aandeelhouders. De jaarrekening is echter bestemd voor een breder publiek dan de algemene vergadering van aandeelhouders. In de tweede plaats biedt de Begemann-beschikking onvoldoende grond om dit zo algemeen te zeggen. De OK-commissaris moet m.i. gewoon tekenen en als er goede gronden zijn om dat niet te doen, dan laat hij dat na onder opgave van redenen.

Deze aspecten van verantwoording afleggen overziend, geloof ik dat OK-functionarissen ook in dit opzicht overwegend "gewoon" zijn. Ik meen ook dat de OK dit niet anders ziet. In dezelfde Begemann-beschikking staat ook te lezen:

"De Ondernemingskamer stelt voorop dat deze door haar benoemde functionarissen niet meer, maar ook niet minder bevoegdheden (rechten en verplichtingen) toekomen dan zodanige functionarissen uit hoofde van de wet en – behoudens een anders-

³Noot van Josephus Jitta bij Hof (Ondernemingskamer) 31 maart 2006, JOR 2006, 181. M.M. Tuijtel: Decharge door de Ondernemingskamer? Ondernemingsrecht 2007-164.

⁴Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 31 maart 2006, JOR 2006, 181 m.nt. Josephus Jitta.

luidende beslissing daaromtrent van de Ondernemingskamer – de statuten van de vennootschap rechtens hebben."

Het meest in de buurt van een "verlengstuk" kwamen de bestuurder en commissaris in een andere Begemann-beschikking, althans op het eerste gezicht. In die beschikking bepaalde de OK dat de bij Begemann benoemde bestuurder en commissaris het tot hun taak mochten rekenen om - kortweg - besluiten te onderzoeken en zo zij dat geboden achtten in rechte aan te tasten. Deze functionarissen werden benoemd op de voet van art. 2:349a BW, dus als onmiddellijke voorziening. Die zaak ging naar de Hoge Raad en werd afgedaan op art. 81 RO. Ik schreef een nogal kritische noot bij die beslissing, althans bij de conclusie van A-G Timmerman. Mijn bezwaar tegen de beschikking van de OK was met name dat de OK de door haar benoemde functionarissen leek in te zetten om iets te doen wat in die fase van de procedure niet voor de hand ligt: een vordering instellen tot vernietiging van besluiten op basis van *eigen onderzoek* terwijl de enquête - in de zin van onderzoek - nog niet was afgerond. Dat is moeilijk te verenigen met de centrale rol die het enquêteverslag inneemt in de enquêteprocedure⁵. Ik vind dit ook wezenlijk iets anders dan de vingerwijzing, dat de commissaris het tot zijn taak mag rekenen om een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven. Timmerman concludeerde dat de klacht tegen dit deel van de beschikking feitelijke grondslag mist, omdat het ging om niet meer dan een aansporing van de OK die ten doel heeft om de nieuw benoemde functionarissen in staat te stellen om hun taak goed te vervullen. Hij putte voor die lezing vermoedelijk een aanwijzing uit de uitleg die de OK zélf gaf aan deze beschikking in een latere Begemann-beschikking. Het was geen opdracht, aldus de OK, maar een mogelijkheid waarop de functionarissen voor alle duidelijkheid waren geweest. Of de OK steeds op dit spoor zat of er op is teruggekeerd, is niet relevant. Ik vat het uiteindelijke standpunt van de OK op als een aanwijzing dat de OK zich niet inhoudelijk wil bemoeien met het doen en laten van de door haar benoemde functionarissen en hun geen opdracht meegeeft die hen tot verlengstuk maakt.

Het is mogelijk om de vijand op afstand te treffen door het afschieten van een granaat. Heeft het projectiel eenmaal de loop verlaten, dan eindigt elke controle over de baan die het zal beschrijven. De granaat is dom. Het is ook mogelijk de vijand te treffen met een slimme raket, van het type "fire-and-forget". Zo'n raket zoekt zelf zijn weg en past zich aan aan veranderende omstandigheden. Er bestaat ook nog de draad-geleide raket, die na het afvuren verbonden blijft met de lanceerinrichting door een zeer dunne draad, waarlangs de raket zijn vlieg-instructies ontvangt. Voor mij is de OK-commissaris van het type "fire and forget". Dat maakt de OK-commissaris ook zo'n aantrekkelijke voorziening. Hij reageert zelfstandig op nieuwe ontwikkelingen, onafhankelijk van de OK. Zie ik het goed, dan

⁵ HR 27 september 2000, NJ 2000, 653 (Gucci).

ziet Arnold de OK-commissaris meer als een draad-geleid projectiel.

Wie immers verantwoording verlangt, neemt wat hij verneemt niet voor kennisgeving aan. Die wil ook kunnen bijsturen. Dat is een logische en menselijke reactie. Van Uchelen acht beperkt overleg tussen de OK en de door haar benoemde functionarissen voorzichtig toelaatbaar, zolang dat overleg maar geen invloed heeft op de uitkomst van de procedure zelf. Die invloed kan het overleg hebben, indien de OK-commissaris feitelijke informatie, oordelen of argumenten overbrengt buiten aanwezigheid van de andere partijen zodat die zich daar niet over kunnen uitlaten en dat overleg mag niet. Ander overleg mag wel.

Ik ben strenger. Ik zou elk overleg, waarmee de commissaris beoogt buiten de partijen om het draagvlak van de OK te testen voor een voorgenomen handeling van die commissaris verdacht en ongewenst vinden. Ik geef u straks een voorbeeld van die praktijk, die naar ik hoop is verlaten. Met het toewijzen van een enquêteverzoek ontstaat voor de vennootschap en belanghebbenden een periode waarin met een vingerknip over hun burgerlijke rechten en plichten kan worden beschikt. Dat vergt dat art. 6 EVRM strikt wordt nageleefd. Het gaat er niet om of de uitkomst van de procedure wordt beïnvloed, ook de schijn daarvan moet worden vermeden.

Hoe zit dat dan met een verwante figuur, bijvoorbeeld de bewindvoerder in surseance. Met de OK-commissaris heeft de bewindvoerder gemeen dat in meer of mindere mate de normale governance verandert om bepaalde belangen veilig te stellen. Er zijn echter ook grote verschillen. Een fundamenteel verschil is dat de vennootschap zélf om surseance verzoekt. De vennootschap krijgt daarvoor ook iets terug: de rust om financieel orde op zaken te stellen. De vennootschap ruilt dus een deel van haar autonomie voor respijt; dat respijt bedreigt de belangen van de crediteuren en de bewindvoerder dient die belangen doorlopend af te wegen tegen de belangen van de vennootschap bij het voortduren van dat respijt.

Een OK-commissaris wordt aangesteld bij twijfel aan een juist beleid en gebleken noodzaak tot het treffen van een ordemaatregel. De vennootschap heeft niet om deze inbreuk op haar autonomie gevraagd. De inwilliging van een enquêteverzoek markeert vanuit het perspectief van de vennootschap eerder een periode van onrust en chaos; een "hangend kort geding", waarin belanghebbenden steeds kunnen trachten om bij de OK gehoor te vinden voor nieuwe inbreuken op die autonomie. Art. 6 EVRM verdient in die situatie alle zorg en aandacht. Ik ben daarom niet geporteerd van bestuurders en commissarissen die uitsluitend verantwoording afleggen aan de OK. Dat wordt mij veel te knus.

Ik heb geen bezwaar tegen overleg over louter procedurele aangelegenheden, zoals timing, dat dan bij voorkeur via de secretaris van de OK plaatsvindt. De recente Vialle-beschikking⁶ laat overigens zien hoe de OK omgaat met dergelijk

⁶ Hof Amsterdam, Ondernemingskamer 3 oktober 2008, ARO 2008, 162.

overleg en dat is gelukkig zeer prudent. Het ging daar om een commissaris die vond dat zijn taak was volbracht en die ook door partijen in dat standpunt werd gesteund. De beschikking maakt melding van de globale inhoud van het overleg tussen de commissaris en de secretaris van de OK, van een voornemen tot beschikking langs de lijnen van dat overleg en een uitnodiging aan partijen om op die voorgenomen beschikking schriftelijk te reageren. Het achterkamertjesgevaar is zo voldoende ondervangen.

De OK-commissaris met bijzondere bevoegdheden

In veel gevallen wordt de OK-commissaris toegerust met bijzondere bevoegdheden. Het gaat vaak om een versterkte invloed op de besluitvorming en soms om vertegenwoordigingsbevoegdheid of een combinatie van die twee. De situaties waarin de OK tot de benoeming van een "supercommissaris" overgaat zijn zeer divers en een inventarisatie valt buiten het bestek van deze voordracht. Ik beperk mij tot wat je zou kunnen zien als het "normaaltype". De OK:

"...benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding, met terzijdestelling in zoverre van artikel X van haar statuten, een nader bekend te maken persoon tot commissaris met beslissende stem in de raad van commissarissen van Y."

De OK heeft het in voorkomend geval ook over "doorslaggevende stem". Ik geloof niet dat daarmee iets anders wordt bedoeld dan met "beslissende stem", al is dat niet evident. Wat is dat, een "beslissende stem in de RvC"? Een commissaris kan een beslissende of doorslaggevende stem hebben in het geval de stemmen staken, een zogenaamde "wipstem". Zie ik het goed, dan is het daar allemaal mee begonnen⁷. De commissaris kan echter ook - en dat is een bevoegdheid die verder strekt - geacht worden bij elke stemming de meerderheid, hoe groot die ook is, te hebben overstemd. Zijn er dus drie reguliere commissarissen en één supercommissaris, dan is het voorstel met drie stemmen tegen en één "superstem" vóór aangenomen. Ik geloof dat de OK dit bedoelt. Ware dit anders, dan zou bijvoorbeeld de uitbreiding van de tweekoppige RvC van MucoVax⁸ met één supercommissaris met beslissende stem niet voor de hand hebben gelegen. Een beslissende "wipstem" zou die commissaris ook hebben gehad zonder de uitdrukkelijke vermelding dat zijn stem "beslissend" was; het is aannemelijker dat de OK deze commissaris de macht wilde geven om een "blok" van de twee oude commissarissen te passeren.

⁷ Bijvoorbeeld: Hof Amsterdam, Ondernemingskamer 8 oktober 1992, Maandblad NV 71, p. 20.

⁸ Hof Amsterdam, Ondernemingskamer 25 mei 2007, ARO 2007, 84.

De doorslaggevende stem is niet verenigbaar met art. 2:140 lid 4 BW, tweede volzin. Daar staat dat een commissaris niet méér stemmen kan uitbrengen dan de andere commissarissen gezamenlijk. In de Versatel-beschikking⁹ heeft de Hoge Raad echter uitgemaakt, dat de OK voor ten hoogste de duur van het geding - dus als onmiddellijke voorziening - een commissaris mag aanstellen met bijzondere, van bepalingen van dwingend recht afwijkende bevoegdheden. De Hoge Raad herhaalde zijn eerdere overweging uit de Zwagerman-beschikking¹⁰ dat niet van regels van dwingend recht mag worden afgeweken bij het treffen van een 356-voorziening.

Op die beslissing is kritiek gekomen. Het belangrijkste argument van de tegenstanders is dat de 356-voorziening op een meer solide feitelijk fundament getroffen kan worden dan een onmiddellijke voorziening. De OK en betrokken partijen hebben immers van het verslag van het onderzoek kunnen kennisnemen en er heeft een uitvoeriger debat plaatsgevonden. Het zou onbevredigend zijn, dat bij wijze van "vluggertje" wél en op dat meer solide fundament niet een maatregel getroffen mag worden in strijd met dwingend recht. De Hoge Raad onderbouwde zijn standpunt met twee argumenten:

- a. als het gaat om een ordemaatregel die omwille van een spoedeisende kwestie (een "noodgeval") getroffen wordt, past meer vrijheid;
- b. art. 2:356 is een limitatieve opsomming van voorzieningen die in de tweede fase getroffen mogen worden.

Ik vind dat tweede argument wel een beetje een doodoener, maar ik zie anders dan Arnold van Uchelen geen ruimte om de wet zo te interpreteren dat de supercommissaris binnen die limitatieve opsomming past. Over het eerste argument valt wel te debatteren. Men kan immers stellen dat een "noodgeval" zich ook kan voordoen nadat uit het verslag van wanbeleid is gebleken. Er is echter een verschil tussen de aard en functie van de onmiddellijke voorziening enerzijds en de 356-voorziening anderzijds. De onmiddellijke voorziening wordt getroffen "voor de duur van het geding". Het noodgeval wordt bestreden met een "noodverband" om spoedeisende redenen; het hoeft niet zo lang mee en het is allicht het beste onder de omstandigheden. Het "Handboek Soldaat" bevatte ook aanwijzingen voor de zogenaamde "ZelfHulpKameradenHulp" die in een net ziekenhuis niet worden toegepast. Ik wijs op het dichten van de "slurpende borstwond" met een grondzeiltje. De onmiddellijke voorziening verdwijnt "vanzelf" als niet tijdig een tweede-fase-verzoek wordt gedaan. Wordt wel een tweede-fase-verzoek gedaan (of wordt de onmiddellijke voorziening hangende de tweede fase getroffen), dan staat vast dat in de tweede-fase-beschikking het noodverband aan de orde komt en zo nodig wordt vervangen door een behoorlijk windsel.

De 356-voorziening daarentegen wordt getroffen nadat de rechtspersoon is on-

⁹ HR 14 september 2007, JOR 2007, 238.

¹⁰ HR 1 maart 2002, NJ 2002, 296.

derzocht, de vinger op de zere plek is gelegd en het proces van sanering en herstel van gezonde verhoudingen al is ingezet, al dan niet als gevolg van de eerder getroffen ordemaatregelen. De 356-voorziening wordt aan een door de OK te bepalen werkingsduur gekoppeld. Op enig moment moet de rechtspersoon weer terug naar normale verhoudingen of zij dient - in uitzonderlijke en hopeloze gevallen - te worden ontbonden. Voorzieningen die de regels van dwingend vennootschapsrecht doorkruisen, zijn niet bevorderlijk voor een terugkeer naar die normale situatie. Wegen de argumenten pro-Zwagerman nu zwaarder dan contra-Zwagerman? Ik vind uiteindelijk doorslaggevend dat de rechtspersoon niet wordt gedwongen om nog jaren door te brengen in een door de OK geschapen governance-couveuse. Wel een supercommissaris dus als orde-maatregel, niet een supercommissaris op de voet van 2:356 BW.

Nu zou de OK zich niet door art. 2:140 lid 4 BW hoeven te laten weerhouden om toch de gewenste situatie te benaderen: de OK kan immers commissarissen benoemen én ontslaan; zij kan de RvC dus een samenstelling geven, waarin de OK-commissarissen de meerderheid hebben, desnoods door alle zittende commissarissen te ontslaan en één OK-commissaris te benoemen. Of dat praktisch is en leidt tot een optimale samenstelling is natuurlijk zeer de vraag. Bovendien heeft de OK bij het gebruik van deze methode niet de mogelijkheid om de doorslaggevende stem uitsluitend toe te kennen ten aanzien van bepaalde onderwerpen, zoals bijvoorbeeld gebeurde bij Stork en bij Versatel.

Aansprakelijkstelling en aansprakelijkheid

Het komt regelmatig voor dat een bij de rechtspersoon betrokken partij de OK-commissaris aansprakelijk stelt en hem aldus van koers tracht te brengen. Een verstandige OK-commissaris zal eerst in een gesprek trachten de aansprakelijksteller op andere gedachten te brengen. Lukt dat niet, dan heeft de commissaris de keuze uit drie mogelijkheden. Hij kan:

- a. de aansprakelijkstelling negeren;
- b. zijn oor laten hangen naar de wensen van de "aansprakelijksteller";
- c. aftreden.

Van deze drie keuzes is keuze b. (oor laten hangen) vanzelfsprekend de slechtste. Een commissaris kan niet toestaan dat zijn doen en laten wordt afgedreigd. Het wordt nog enger als de aansprakelijkstelling verborgen blijft en de buitenwereld niet weet onder invloed van welke "prikkel" het gedrag van de commissaris gestalte krijgt. Ik denk en ik hoop dat dit niet voorkomt.

De keuze om af te treden is aanmerkelijk minder slecht, omdat de OK én betrokken partijen in ieder geval weten wat er aan de hand is en maatregelen kunnen treffen. Hoe het de aansprakelijksteller in zo'n geval kan vergaan, weten we uit de e-Traction beschikking van 14 december 2007, ARO 2008, 2. Het ging in dat

geval om een OK-bestuurder die na een aansprakelijkstelling aftrad. De OK haalt genadeloos uit: een van de eerder geschorste kemphanen wordt weer in het zadel gehesen en de invloed van de andere kemphaan wordt verder teruggedrongen door overdracht van aandelen ten titel van beheer. In deze beschikking staan drie stellingen over het aansprakelijk stellen van een OK-bestuurder:

- a. het aansprakelijk stellen van een OK-bestuurder kan - behoudens wellicht zeer bijzondere omstandigheden - reeds in het algemeen niet wel worden aanvaard;
- b. een partij die van oordeel is dat aanleiding bestaat voor wijziging in enig opzicht of intrekking van een getroffen onmiddellijke voorziening, dient daartoe de aangewezen weg te volgen, dat wil zeggen bij verzoekschrift aan de Ondernemingskamer;
- c. een gedwongen afstand van vorderingen gaat de spankracht van een onmiddellijke voorziening te buiten.

Met de laatste stelling - dat een gedwongen afstand van vorderingen de spankracht van een voorziening te buiten gaat - ben ik het graag eens. Dat geldt niet voor de eerste twee stellingen. Hoezeer ook begrijpelijk - zeker in het licht van de gronden van de aansprakelijkstelling in de zaak e-Traction - de eerste stelling is m.i. onjuist en de tweede doet niet geheel recht aan het probleem.

"Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent", luidt artikel 17 van de Grondwet. Een aansprakelijkstelling is in feite niet meer dan een laatste waarschuwing van degene die voornemens is van zijn grondrecht gebruik te maken. In zekere zin heeft het doelwit van de aansprakelijkstelling zelfs recht op zo'n laatste waarschuwing, opdat hij de kans krijgt om tijdig tot inkeer te komen. Je kunt een grondrecht niet ontnemen of inperken op grond van de verdenking dat er niet werkelijk een voornemen bestaat om naar de rechter te gaan. Dat kan evenmin omdat de aansprakelijkstelling iedere grond lijkt te ontberen. Dat zal de rechter moeten uitmaken.

De tweede stelling doet niet geheel recht aan het probleem, omdat een verzoek tot wijziging of intrekking van een onmiddellijke voorziening de reeds veroorzaakte schade niet goedmaakt. Ik zou bovendien ook de stelling wel aandurven, dat de OK de natuurlijke neiging zal hebben om de door haar aangestelde functionarissen in bescherming te nemen, zodat niet vaststaat dat een dergelijk verzoek de kans krijgt die het verdient.

De enige werkelijke oplossing is dat de OK slechts functionarissen benoemt, die in voldoende mate gehard zijn en kunnen leven met het vooruitzicht aansprakelijk gesteld te worden. Alleen dan kan men er in redelijke mate zeker van zijn dat de OK-commissaris kiest voor het negeren van de aansprakelijkstelling, dus "keuze a." maakt. Dat hoort erbij en wie daar niet tegen kan moet er niet aan beginnen. Forensische accountants worden ook bijna steevast aansprakelijk gesteld. Daarbij geldt wel één voorwaarde. Er moet adequate dekking bestaan voor tenminste de kosten van verweer tegen de aansprakelijkstelling. De OK zou m.i. steevast op de

voet van art. 2:357 lid 2 BW hetzij een verzekering, hetzij een depôt voor de kosten van bijstand moeten bevelen. Naar ik begrijp, is een OK-commissaris nagevoeg onverzekerbaar en dat zal wel de reden zijn, waarom een bevel tot verzekeren niet wordt gegeven. Een depôt ten laste van de vennootschap trekt weer een zware wissel op de liquiditeit en het zou onder omstandigheden een serieus beletsel kunnen zijn voor toewijzing van een enquêteverzoek. Er is eigenlijk maar één oplossing en dat is een "staatspotje" voor advocaatkosten. Ik kom daarop nog terug.

Wordt de aansprakelijkstelling daadwerkelijk gevolgd door een procedure, dan dient zich de vraag aan welke norm de rechter moet gebruiken om het gedrag van de OK-commissaris te toetsen. Josephus Jitta¹¹ bepleit een dubbele toets. De gedragingen van de OK-commissaris moeten worden getoetst aan de normale norm én aan een soort maatman, een "over voldoende inzicht en ervaring beschikkende door de Ondernemingskamer benoemde commissaris". Van Uchelen¹² en Sluijters¹³ bepleiten toepassing van de normale normen. Ik sluit me daarbij aan. Een maatman is moeilijk te vinden. De OK-commissaris wordt in zodanig verschillende kwesties ingezet, dat nauwelijks een standaard is te ontwikkelen. Ik denk ook dat het niet nodig is om een dubbele toets aan te leggen. De normen voor interne aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW en externe aansprakelijkheid ex 6:162 BW zijn steeds meer naar elkaar toe gegroeid. In NOM/Willems¹⁴ bevestigde de Hoge Raad deze convergentie uitdrukkelijk. In Schwandt/Berghuizer papierfabriek¹⁵ had de Hoge Raad al uitgemaakt dat de rechter alle omstandigheden van het geval in zijn oordeel moet betrekken en rekening moet houden met aangevoerde disculpatiegronden. De rechter is dus bevoegd om alle omstandigheden van het geval in zijn oordeel te betrekken, dus ook de noodsituatie waarin de commissaris werd benoemd, de acute noodzaak tot het verrichten van handelingen terwijl de tijd voor een grondige inventarisatie ontbrak, eventuele tegenwerking van belanghebbenden... alles waarmee een OK-commissaris maar geconfronteerd kan worden. Indien dergelijke omstandigheden in het oordeel worden betrokken, dan zal de OK-commissaris het wel heel bont moeten maken, voordat hem een ongunstig vonnis wacht. Daarbij komt dan nog dat de schade die verongelijkte aandeelhouders menen te lijden door het doen en laten van een OK-commissaris doorgaans in waardevermindering van hun aandelen tot uitdrukking

¹¹ M.W. Josephus Jitta: De aansprakelijkheid van door de ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen, in: Klaassen (redactie), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt. Serie Onderneming en Recht, p. 469.

¹² idem, p. 228.

¹³ S.L. Sluijters: De aansprakelijkheid van een door de OK in het kader van een enquêteprocedure aangestelde bestuurder. In: V&O februari 1999/ Afl. 2, p. 26 e.v.

¹⁴ HR 20 juni 2008, LJN: BC4959.

¹⁵ Schwandt/Berghuizer papierfabriek.

komt. Een vordering tot verhaal van dergelijke "afgeleide schade" maakt slechts in zeer uitzonderlijke situaties een kans. Bij mijn weten is nog nooit een OK-commissaris in een procedure betrokken. Dat kan zijn, doordat de bedreigde functionaris steevast aftreedt, maar het kan ook zijn omdat een dergelijke procedure als tamelijk kansloos beschouwd mag worden. Ik denk dat men wel blaft, maar niet bijt. Om die reden zou het "staatspotje" voor advocaatkosten niet erg kostbaar hoeven te zijn.

Vernietiging van besluiten

Kan een belanghebbende een vordering instellen tot vernietiging van een besluit van de OK-commissaris op de voet van art. 2:15 BW? Een dergelijke kwestie was aan de orde in de zaak ITP Holland. Ik doe aan alle details van die zaak geen recht, maar het gaat om de grote lijnen. Bij ITP Holland was wanbeleid geconstateerd. Alle aandelen werden ten titel van beheer aan een stichting overgedragen. Het bestuur werd onder controle geplaatst van een OK-bestuurder. De stichting stelde als aandeelhouder de jaarrekening vast met daarin een post die een van de kernpunten niet aanstond. Na een verloren jaarrekeningprocedure stelde een van de aandeelhouders een vordering in tot vernietiging van het besluit tot vaststelling van de jaarrekening. ITP Holland concludeerde onder meer tot niet-ontvankelijkheid, omdat de vernietiging werd gevorderd van besluiten die - in de weergave van de rechtbank - "met instemming van de Ondernemingskamer [zijn genomen]" en aldus doende de rechtbank werd gevraagd het werk van de OK over te doen. De rechtbank verwerpt dit verweer:

"Aan haar worden andere geschilpunten ter beslissing voorgelegd dan waarover de Ondernemingskamer heeft beslist en heeft kunnen beslissen. Vanzelfsprekend, zo vervolgt de rechtbank, neemt dat aan de betrokkenheid van de Ondernemingskamer bij de totstandkoming van een aantal van de aangevochten besluiten en aan de opvattingen van de ondernemingskamer niet het gewicht."

Een van de grieven tegen het vonnis luidt - in de samenvatting van het Hof - dat rechtens geen ruimte bestaat om directie- of aandeelhoudersbesluiten die tot stand zijn gebracht onder regie van de OK door de door de OK benoemde personen onder en krachtens de voorzieningen van de OK te vernietigen. Het Hof volstaat met de ongemotiveerde vaststelling dat de grief van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. Dit oordeel lijkt mij juist.

Wat betreft de "regie" van de OK. Ik had beloofd een voorbeeld te geven van het vooraf laten aftekenen van een voorgenomen beslissing van de OK-functionaris. In dit geval was door de bestuurder vóór het bestreden besluit werd genomen,

verslag uitgebracht op de voet van art. 2:357 BW. De toenmalige voorzitter van de OK schreef terug, dat een bepaald in dat verslag betrokken standpunt dat direct raakte aan het voorgenomen besluit "geheel wordt gedeeld door de (kern)leden van de Ondernemingskamer". Natuurlijk werd dit briefje ingebracht. De andere kamer van hetzelfde Hof had hier geen boodschap aan.

Kortom: rechters zijn rechters en commissarissen zijn gewoon commissarissen en zo moet het zijn. Ik wil - en daarmee rond ik af - benadrukken dat de OK-commissaris in veel gevallen een heel nuttige remedie is. Ik ken er tenminste twee die na afloop van hun OK-benoeming bij de vennootschap op "normale wijze" zijn benoemd. Ze waren kennelijk goed bevallen.