

den gekwalificeerd¹⁴ en of Jaarsma een verwijt kan worden gemaakt van zijn tekortschieten. De (geschil)beslissing dat Jaarsma de aan SCC toegebrachte schade dient te voldoen, is op de bevestigende beantwoording van onder meer¹⁵ deze drie vragen gegrond, terwijl het dictum erdoor wordt gedragen.

Rechtsbetrekking in geschil in de procedure ex art. 2:354 BW

Ingevolge art. 2:354 BW dient de OK eveneens de centrale rechtsvraag te beantwoorden of Jaarsma tekort is geschoten in zijn bestuurstaak. Wordt deze vraag bevestigend beantwoord, dan komen vervolgens de (rechts)vragen op of dit tekortschieten dermate ernstig is dat het als 'onjuist beleid' in de zin van art. 2:354 BW kan worden gekwalificeerd en of de bestuurder een verwijt kan worden gemaakt van zijn tekortschieten. De vergelijking met art. 2:9 BW leert derhalve dat de rechtsbetrekkingen in geschil in beide procedures dezelfde zijn. De conclusie luidt dan ook dat de bestuurder in de aansprakelijkheidsprocedure niet opnieuw de stelling kan betwisten dat hij tekort is geschoten in zijn taak en dat hem daarvan een verwijt kan worden gemaakt: de oordelen van de OK hierover hebben bindende kracht. De vraag of het tekortschieten van dien aard is, dat het als 'onbehoorlijke taakvervulling' in de zin van art. 2:9 BW kan worden gekwalificeerd, staat nog wel open: de OK heeft zich hierover immers niet uitgelaten. Uit een en ander volgt overigens dat de constatering van de Hoge Raad, dat het hof met zijn oordeel in r.o. 8 'tot uitdrukking [heeft] gebracht dat de beschikkingen niet (tevens) bindend doen vaststaan dat [verweerder] aansprakelijk is op de voet van art. 2:9 BW' (r.o. 3.4), niet zuiver is. Zelfs indien de rechtsbetrekkingen in geschil dezelfde zijn, staat niet bindend vast dat de bestuurder dus aansprakelijk is: daartoe dient nog een aantal vragen, waaronder de kwalificatievraag (en zie ook noot 15), te worden beantwoord!

5. *De maatstaf in de procedure ex art. 2:9 BW.* De beslissing van de Hoge Raad, dat 'voor deze aansprakelijkheid is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt', en dat het hof derhalve een te strenge dan wel onduidelijke maatstaf heeft gehanteerd, is naar mijn mening niet juist. Ingevolge het arrest *Staleman/Van de Ven* is voor aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van art. 2:9 BW vereist (a) dat hij in een behoorlijke vervulling van zijn taak tekort is geschoten en (b) dat hem daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.¹⁶ Het hof geeft naar mijn mening in r.o. 9 enkel aan dat het handelen van Jaars-

ma als bestuurder in ogenschouw moet worden genomen. Het hof oordeelt vervolgens – zo begrijp ik r.o. 10 althans – dat SCC er niet in is geslaagd aannemelijk te maken dat Jaarsma als bestuurder tekort is geschoten in een behoorlijke vervulling van zijn taak (op een wijze dat daarover geen redelijk oordelend ondernemer zou kunnen twifelen). Ik meen dan ook dat, nu de vordering stuk loopt op de onder (a) genoemde voorwaarde, het hof terecht met geen woord rept over de vraag of Jaarsma een (al dan niet ernstig) verwijt van zijn tekortschieten kan worden gemaakt: deze vraag behoefde immers geen behandeling meer!

F. Veenstra

14. De vraag die daarbij speelt, luidt of Jaarsma heeft gehandeld zoals in het algemeen van bestuurders mag worden verwacht. Hierbij dient te worden bedacht dat de opvatting heersend is dat niet iedere tekortkoming meteen tot aansprakelijkheid moet leiden: geaccepteerd moet worden dat bestuurders, gelet op de complexiteit van hun taak, zo nu en dan – vermijdbare – fouten maken; vgl. *Asser/Maeijer 2-III 2000*, nr. 321.
15. Uiteraard dient SCC ook het causaal verband tussen het tekortschieten door Jaarsma en de geleden schade aannemelijk te maken, en dient zij de omvang van de schade aan te tonen.
16. HR 10 januari 1997, *RvdW 1997*, 16 C, r.o. 3.3.1 (*Staleman/Van de Ven*), *NJ 1997*, 360, m.nt. Ma.

Nr. 37

Bestuurder belanghebbende in eerste fase enquêteprocedure. Economische certificaathouder. Machtiging art. 2:351 lid 2 BW

Hoge Raad 6 juni 2003, R02/078HR (OK 106), RvdW 2003, 103, (Scheipar)

Inleiding

In deze beschikking behandelt de Hoge Raad drie interessante vragen:

1. is een voormalig bestuurder belanghebbende in de zin van art. 282 lid 1 Rv in de eerste fase van de enquêteprocedure?
 2. is een 'economische certificaathouder' een certificaathouder in de zin van art. 2:346 sub b BW en derhalve tot het indienen van een enquêteverzoek bevoegd?
 3. kan de OK een onderzoeker reeds op voorhand (dus niet: op diens verzoek) machtigen tot het raadplegen van bescheiden van een nauw verbonden rechtspersoon (art. 2:351 lid 2 BW)?
- De beschikking van de OK, waarvan thans cassatie, werd gepubliceerd

en geannoteerd in JOR (Gerechtshof Amsterdam (OK) 7 augustus 2002, *JOR 2002/193*, m.nt. Josephus Jitta).

Feiten

Scheipar B.V. houdt 29,98% van de aandelen in het kapitaal van het Franse SNF S.A. Andere activa heeft Scheipar niet. Alle aandelen in het kapitaal van Scheipar worden gehouden door de Stichting Administratiekantoor Scheipar, die certificaten heeft uitgegeven aan Credit Lyonnais Luxembourg ('CLL'). CLL houdt de helft van de certificaten 'voor rekening en op instructie' van Issaurat en de andere helft 'voor rekening en op instructie' van Pich. Issaurat en Pich houden bovendien – direct of indirect – de resterende aandelen in het kapitaal van SNF in een zodanige verhouding dat Pich in de algemene vergadering van aandeelhouders van SNF de meerderheid van de stemmen kan uitoefenen, zolang Scheipar van haar stemrecht geen gebruik maakt.

Het bestuur van Scheipar behoeft goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders (dus: de Stichting AK) voor het uitoefenen van het stemrecht op de aandelen SNF. Het bestuur van de Stichting AK behoeft goedkeuring van haar commissarissen voor het uitoefenen van haar stemrecht op de aandelen Scheipar. Die commissarissen zijn weer Issaurat en Pich. Dit betekent dat zolang Issaurat en Pich het oneens zijn, op de aandelen in het kapitaal van SNF die in handen zijn van Scheipar geen stem wordt uitgebracht. MeesPierson Trust is als bestuurder van de Stichting AK en van Scheipar afgetreden naar aanleiding van de geschillen tussen Issaurat en Pich. Scheipar oefent haar stemrecht op de aandelen SNF niet uit, aanvankelijk door stokkende besluitvorming, sinds januari 2002 (ook) door het ontbreken van een bestuurder.

Issaurat verwijt Pich dat hij zijn (nipte) meerderheid misbruikt door in de algemene vergadering van aandeelhouders van SNF een besluit tot het uitkeren van dividend te blokkeren. Issaurat verzoekt met succes een enquête. De OK benoemt bovendien een bestuurder bij Scheipar die – de statutaire bepalingen terzake worden terzijde gesteld – bevoegd is besluiten te nemen en Scheipar te vertegenwoordigen zonder goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders.

Beslissing en commentaar

De eerste vraag

De OK heeft voormalig bestuurder MeesPierson Trust als belanghebbende aangemerkt in de procedure op de voet van art. 2:345 BW. Terecht meent de

Hoge Raad. Vooropgesteld moet worden dat uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen moet worden afgeleid wie tot de belanghebbenden zijn te rekenen. Dit is reeds uitgemaakt in HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992, 149. Daarbij zal een rol spelen – zegt de Hoge Raad – in hoeverre iemand door de uitkomst van de desbetreffende procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat hij daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang of in hoeverre hij anderszins zo nauw betrokken is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld dat daarin een belang gelegen is. Omdat een voormalig bestuurder van een rechtspersoon die aan een enquête dreigt te worden onderworpen (het gaat hier immers om de eerste fase) voor de periode die hem aangaat voor het beleid verantwoordelijk kan worden gehouden, is hij belanghebbende. Uitdrukkelijk en zonder omhaal van woorden zegt de Hoge Raad dat er geen reden is om onderscheid te maken tussen de eerste en de tweede fase van de enquêteprocedure.

Commentaar

In de *Ogem*-zaak (HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466) heeft de Hoge Raad het 'inquisitoire karakter' van de enquêteprocedure onderstreept door te overwegen dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat doel van de enquêteprocedure onder meer is 'vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid'. Dat de OK een (oud)bestuurder in haar beschikking verantwoordelijk (niet: aansprakelijk) kan houden voor zijn aandeel in het wanbeleid is dus niet nieuw.

De beslissing in de *Gucci*-zaak (HR 27 september 2000, *NJ* 2000, 653) stelde buiten twijfel dat de eerste fase niet kan eindigen in een beschikking waarin wanbeleid wordt vastgesteld. Wanbeleid kan uitsluitend worden vastgesteld in een procedure op de voet van art. 2:355 BW indien uit het onderzoeksverslag van wanbeleid is gebleken, dus in de tweede fase. Wie voor dat wanbeleid verantwoordelijk is kan daarom evenmin in de eerste fase worden vastgesteld.

In de *Text Lite*-zaak (HR 4 juni 1990, *NJ* 1997, 671) beklagden enkele (oud)bestuurders en commissarissen zich over het feit dat zij niet bij het enquêteverzoek (de eerste fase) betrokken waren, terwijl de OK (in de tweede fase) wel een oordeel velde over de mate waarin zij voor het geconstateerde wanbeleid verantwoordelijk waren. De Hoge Raad wees de klachten af, juist wijzend op het verschil tussen de eerste en de tweede fase: 'Het verzoek tot enquête betreft de rechtspersoon en niet de individuele bestuurder of commis-

saris. Verzoekers zijn terecht niet betrokken in de procedure die leidde tot de beschikking waarin het enquêteverzoek werd toegewezen. Door het treffen van voorzieningen als bedoeld in art. 2:356 BW en door kostenverhaal op grond van art. 2:354 BW toe te staan zijn burgerlijke rechten en verplichtingen (civil rights and obligations) van de betrokken bestuurders en commissarissen in het geding. (...) Op de procedures voorzien in de artt. 2:354 en 2:355 BW zijn voorts de bepalingen van de gewone verzoekschriftprocedure zoveel mogelijk van toepassing, hetgeen meebrengt dat de individuele bestuurders en commissarissen op wie de verzoeken gericht zijn, in die procedures betrokken moeten worden.' Bij het Europees Hof voor de rechten van de mens¹⁷ hield deze opvatting stand.

Het is opmerkelijk dat de Hoge Raad enerzijds meent dat in de eerste fase de burgerlijke rechten en verplichtingen van de betrokken (oud)bestuurders niet in het geding zijn, terwijl hij anderzijds meent (of: nadien is gaan menen) dat de betrokken (oud)bestuurders belang hebben om in de eerste fase betrokken te worden, omdat zij (in de tweede fase) voor de periode die hen aangaat voor het beleid verantwoordelijk kunnen worden gehouden. Natuurlijk kun je zeggen dat een (oud)bestuurder er belang bij heeft om het verzoek tot enquête tegen te houden, omdat hij aldus belet dat een noodzakelijke voorwaarde in vervulling gaat voor het verzoek tot het vaststellen van wanbeleid en zijn aandeel daarin, maar dat is wel dun. Wellicht moet in het oordeel van de Hoge Raad alsnog steun worden gelezen voor de mening die A-G Wesseling-van Gent verwoordde in haar conclusie bij HR 18 april 2003, *JOR* 2003/110 (*RNA/Westfield*) en die in die beschikking door de Hoge Raad niet is besproken. In de beschikking op het verzoek tot enquête van Westfield (dus: de eerste fase) had de OK vastgesteld dat RNA zelf had gesteld dat zij het bod van Westfield met alle middelen wilde tegenhouden. Wesseling-van Gent meent dat deze vaststelling uit de eerste fase – naast de bevindingen in het onderzoeksverslag – mede het oordeel van de OK in de tweede fase kon schragen, dat was gebleken dat RNA Westfield definitief buiten de deur wilde houden. Vast staat dat de eerdere beschikking geen gezag van gewijsde heeft, nu het gaat om een verzoekschriftprocedure. Wesseling-van Gent meent¹⁸: 'Het contentieuze element is echter in de enquêteprocedure dermate overwegend dat ik meen dat het van overeenkomstige toepassing kan worden verklaard, hetgeen meebrengt dat RNA in deze procedure tot het treffen

van voorzieningen haar standpunt uit de procedure tot het instellen van een onderzoek kan worden tegengeworpen.' Als de vastgestelde feiten in de eerste fase hun schaduw als het ware vooruit werpen en mede aan het oordeel van de OK in de tweede fase ten grondslag kunnen worden gelegd, is begrijpelijk dat een (oud)bestuurder er alle belang bij heeft om ook in de eerste fase zijn zegje te doen. De mening van Wesseling-van Gent gaat verder dan de wél door de Hoge Raad in de RNA-beschikking aanvaarde opvatting dat de OK haar oordeel mede mocht baseren op hetgeen voorts in de procedure was gesteld en gebleken.¹⁹ Het ging toen immers om de mondelinge behandeling en de processtukken in dezelfde procedure waarin het wanbeleid wordt vastgesteld, niet om feiten uit een eerdere procedure. Als het 'gezag van gewijsde' overeenkomstige toepassing vindt, gebeurt dat alleen indien een partij zich daarop beroept; de OK kan mijns inziens niet *ambtshalve* de feiten die in de eerste fase zijn vastgesteld in de tweede fase aan haar beslissing ten grondslag leggen.²⁰

De tweede vraag

De Hoge Raad overweegt dat terecht niet wordt bestreden dat – naar het oordeel van de Ondernemingskamer ligt besloten – de economisch gerechtigde op certificaten van aandelen gelijk gesteld moet worden met de certificaathouder als bedoeld in art. 2:346, aanhef en onder *b* BW. Indien aan de economische certificaathouder in zijn verhouding tot de juridische certificaathouder alle bevoegdheden toekomen met betrekking tot de zeggenschap en de certificaten geheel en al voor rekening en risico van de economische certificaathouder worden gehouden, brengt de strekking van het enquêterecht met zich mee dat de daardoor aan de kapitaalverschaffer verleende bescherming door de economische certificaathouder kan worden ingeroepen. Anders dan het onderdeel betoogt, is daartoe niet noodzakelijk dat tussen de economisch rechthebbende op de certificaten en de aandeelhouder een rechtstreekse contractuele band bestaat.

Commentaar

De OK heeft eerder aanvaard dat een 'economische certificaathouder' een enquêteverzoek indient en dat hij

17. EHRM 19 maart 2002, *JOR* 2002/127

18. Conclusie A-G Wessels-van Gent, 3.19.

19. RNA-beschikking, r.o. 3.13; zie ook: D.M. Thierry; 'Het enquêteverslag staat centraal, maar niet alleen', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 296.

20. Vaste rechtspraak, laatstelijk: HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 400.

voor de toepassing van art. 2:346 BW aan een certificaathouder gelijk wordt gesteld.²¹ Josephus Jitta wijst in zijn noot in JOR bij de beschikking van de OK waarvan cassatie reeds op de gevolgen van een dergelijke extensieve uitleg. De vraag is voorts of 'dubbele certificering' ertoe leidt dat zowel de economische certificaathouder als de juridische certificaathouder een enquêteverzoek mag doen. Wat zou het belang van de juridische certificaathouder nog kunnen zijn bij een enquêteverzoek? Ik zou menen dat de juridische certificaathouder door het 'wegcontracteren' van zijn economische belang bij de onderliggende aandelen én zijn (toch al minimale) zeggenschap geen certificaathouder meer is. In de overweging van de Hoge Raad dat 'strekking van het enquêterecht met zich mee [brengt] dat de daardoor aan de kapitaalverschaffer verleende bescherming door de economische certificaathouder kan worden ingeroepen' moet het woord 'uitsluitend' worden ingelezen. In deze opvatting zijn alleen de aandeelhouder en de economische tot de aandelen gerechtigde tot het indienen van het verzoek bevoegd.

De derde vraag

De Hoge Raad houdt vast aan de tekst van art. 2:351 lid 2 BW. De Hoge Raad overweegt dat de OK niet ambts-halve of op verzoek van degene die voorlopige voorzieningen vraagt deze machtiging kan verlenen, doch alleen daarover kan beslissen naar aanleiding van een eventueel verzoek van de door haar benoemde onderzoeker waarin wordt toegelicht waarom deze machtiging in verband met een behoorlijke taakvervulling van de onderzoeker(s) in het onderhavige geval noodzakelijk is en waarover de betrokken rechtspersoon zonedig en zo mogelijk wordt gehoord.

Commentaar

Het commentaar kan kort zijn. De Hoge Raad heeft terecht oog voor het feit dat een derde-vennootschap die geen onderwerp is van het onderzoek slechts in uitzonderlijke gevallen met het onderzoek moet worden lastiggevalen. Het gemotiveerde verzoek van de onderzoeker legt daarbij meer gewicht in de schaal dan het verzoek van de 'partij die voorlopige voorzieningen vraagt'. Ik ga er overigens van uit dat het oordeel van de Hoge Raad zich meer in het algemeen uitstrekt tot de partij die het enquêteverzoek doet.

P.D. Olden en C.C. Borgart

Nr. 38

Ontheffing van een commissaris op zijn verzoek uit zijn functie vanwege de aan zijn functioneren verbonden risico's en de dwangsom in het enquêterecht

Ondernemingskamer 26 mei 2003, rekestnrs. 256/2002 OK, 847/2002 OK en 848/2002 OK (Makelaardij Huis 77), ARO 2003, 89

Feiten

Bij beschikking van 5 maart 2003 (ARO 2003, 51) heeft de OK beslist dat sprake is van wanbeleid van Makelaardij Huis 77 BV (hierna verder ook aangeduid als de vennootschap). Tevens heeft de OK ex art. 2:356 sub f BW de vennootschap ontbonden en een commissaris (die al eerder bij wijze van onmiddellijke voorziening door de OK bij beschikking van 28 december 2000 was) benoemd voor de periode dat haar vereffening zal voortduren en bepaald dat deze tevens met de vereffening van de vennootschap is belast. Voorts heeft de OK bepaald dat de commissaris een overeenkomst van verzekering op de door hem gewenste voorwaarden kan sluiten tegen – de gevolgen van – (eventuele) aansprakelijkheid waarmee hij in (en/of in verband met de uitoefening van) zijn functie kan worden of wordt geconfronteerd en bepaald dat de kosten van voormelde verzekeringsovereenkomst voor rekening van de vennootschap komen. De door de OK benoemde commissaris heeft bij brief van 2 april 2003 de OK doen weten dat hij er, gezien de omstandigheden in de onderhavige zaak, niet in is geslaagd op aanvaardbare voorwaarden een verzekering als hiervoor vermeld te sluiten, dat ervan moet worden uitgegaan dat niet alle partijen in deze zaak hem zullen willen toezeggen dat zij hem in verband met de uitoefening van de functie waarin hij door de OK is benoemd niet aansprakelijk zullen stellen, noch dat zij hem zullen willen vrijwaren indien hij aansprakelijk wordt gesteld en de advocaat van een van de aandeelhouders hem – naar de opvatting van de commissaris zonder enige deugdelijke grond – aansprakelijk heeft gesteld voor beweerdelijk geleden en nog te lijden schade geleden ten gevolge van de naar de bewering van deze aandeelhouder tekortschietende wijze waarop de commissaris die functie heeft uitgeoefend. Tegen deze achtergrond heeft de commissaris de OK verzocht hem te ontheffen uit zijn functie van commissaris van de vennootschap.

Beslissing

Het verzoek van de commissaris komt de OK gezien het door hem aangevoerde als alleszins redelijk voor. Zij ontheft hem uit zijn functie van commissaris van de vennootschap met ingang van 2 april 2003.

Commentaar

1. Dit is bij mijn weten de eerste beschikking waarin een door de OK benoemde commissaris uit zijn functie is ontheven vanwege een dreiging tot aansprakelijkheidstelling. Een veront-rustende gang van zaken. In de literatuur wordt vrij algemeen aangenomen dat de door de OK benoemde bestuurder en commissaris onder dezelfde aansprakelijkheidsregels vallen als de 'gewone' bestuurder en commissaris.²² Ook de OK – zoals uit de onderhavige beschikking onder andere blijkt – stelt zich op dit standpunt.²³ Bij dit alles kan men de ogen echter niet sluiten voor het feit dat de tijdelijke bestuurders en commissarissen in de enquêteprocedure hun functie aanvaarden op een tijdstip dat de vennootschap er niet goed voorstaat. Om aan die bijzondere positie recht te doen kunnen partijen de door de OK benoemde bestuurder of commissaris toezeggen dat zij hem in verband met de uitoefening van zijn functie niet aansprakelijk zullen stellen en hem zullen vrijwaren indien hij (door anderen) aansprakelijk gesteld wordt.²⁴ Zie in dit verband bijvoor-

21. OK 9 december 1999, JOR 2000/33 (Sito).

22. Zie P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, p. 76-77; IJsselmuiden in zijn TVVS-annotatie onder OK 23 juni 1993, TVVS 1994, p. 278 (ITP Holland); J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen RUG 1998), p. 196 en S.L. Sluijters, 'De aansprakelijkheid van een door de OK in het kader van een enquêteprocedure aangestelde bestuurder', V&O 1999, p. 26-28 en M.W. Josephus Jitta, 'De aansprakelijkheid van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen, in: *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, p. 463-472. Anders Joosten die meent dat de tweede zin van art. 2:138 lid 7 BW, dat bepaalt dat een door de rechter benoemde bewindvoerder niet als ware hij bestuurder aansprakelijk gesteld kan worden op grond van art. 2:138 BW, naar analogie op de tijdelijk door de OK benoemde bestuurders en commissarissen van toepassing is; H.F.J. Joosten, 'Enquête: Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van "functionarissen"', in: Prinsengrachtreeks 1998/1, *De ondernemingskamer*, p. 25.

23. Josephus Jitta meent zelfs dat uit HR 4 oktober 2002, NJ 2002, 556 (Zwagerman) kan worden afgeleid dat de HR zich ook op dit standpunt stelt; Josephus Jitta, a.w., p. 464 en 472.

24. Zie P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, p. 76-77.