University of Groningen

Onmiddellijke voorzieningen en hun externe werking

Faber, Alice

DOI:
[10.33612/diss.127069186](https://doi.org/10.33612/diss.127069186)

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Faber, A. (2020). *Onmiddellijke voorzieningen en hun externe werking: conflicten met contractuele verplichtingen van de rechtspersoon*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. Wolters Kluwer.
<https://doi.org/10.33612/diss.127069186>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

ONMIDDELLIJKE VOORZIENINGEN EN HUN EXTERNE WERKING

Conflicten met contractuele verplichtingen van de rechtspersoon

Verkorte citeerwijze: Faber, *Onmiddellijke voorzieningen en hun externe werking* (IVO nr. 118) 2020/[paragraafnummer].

Volledige citeerwijze: A.C. Faber, *Onmiddellijke voorzieningen en hun externe werking* (Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 118), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, www.h2rplus.nl

ISBN 978 90 13 15884 7

ISBN 978 90 13 15885 4 E-book

NUR 827-715

© 2020, Wolters Kluwer Nederland BV; A.C. Faber

De klantenservice van Wolters Kluwer Nederland B.V. kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

De auteur houdt zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten zijn voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575 is de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding verschuldigd, te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur, redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden en evenmin voor de gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies.

NAVIGATOR

**rijksuniversiteit
 groningen**

Onmiddellijke voorzieningen en hun externe werking

Conflicten met contractuele verplichtingen van de rechtspersoon

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
rector magnificus prof. dr. C. Wijmenga
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

donderdag 18 juni 2020 om 12.45 uur

door

Alice Clara Faber

geboren op 9 september 1957
te Groningen

Promotores

Prof. mr. J.H.M. Willems

Prof. mr. H.B. Krans

Beoordelingscommissie

Prof. mr. A.J. Verheij

Prof. mr. H.E. Boschma

Prof. mr. L. Timmerman

Woord vooraf

Het promotieonderzoek van mr. Alice C. Faber heeft geresulteerd in dit boek, waarop zij onlangs is gepromoveerd aan de Rijksuniversiteit Groningen. Als promotoren traden op prof. mr. J.H.M. Willems en prof. mr. H.B. Krans.

Dit proefschrift gaat over onmiddellijke voorzieningen die conflicteren met contractuele verplichtingen van rechtspersonen. Faber onderzoekt hoe de rechtstoestand is als zo'n conflict zich voordoet.

De tegenstrijdige rechtsplichten die de onmiddellijke voorziening en de overeenkomst aan de rechtspersoon opleggen, worden beheerst door verschillende materieelrechtelijke regimes. Onmiddellijke voorzieningen behoren tot het enquêterecht, terwijl contractuele verplichtingen onder het vermogensrecht vallen. Geanalyseerd wordt welke uitwerking de toepasselijke regels van beide rechtsgebieden hebben in geval van botsingen tussen onmiddellijke voorzieningen en contractverplichtingen. Daarbij wordt tevens aandacht geschonken aan de invloed van het procesrecht van de *contradictoire civile procedure*, waarin een contractuele verplichting wordt beoordeeld, en aan de invloed van de procedureregels van het enquêterecht, die gelden voor de onmiddellijke voorziening. De verschillen in aard tussen de *contradictoire procedure* en de enquêteprocedure worden belicht. Ook de bedoeling van de wetgever bij de aan de Ondernemingskamer gegeven bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen komt aan bod.

Het proefschrift draagt duidelijke sporen van de professionele achtergrond van de auteur, die 10 jaar (senior) raadsheer in de Ondernemingskamer is geweest. Zo worden onderzoeksthema's besproken in het licht van de twee typen onmiddellijke voorzieningen die in de praktijk het frequentst conflicteren met contractverplichtingen van rechtspersonen. Dat zijn de voorzieningen die inbreuk maken op aandelentransacties en de voorzieningen die ingrijpen in bezoldigingsverplichtingen. Deze opzet brengt mee, dat naast de wisselwerking van de voorzieningen met het algemene verbintenissenrecht ook bijzonderheden van het koopovereenkomstenrecht en van het arbeidsrecht aan de orde komen.

Voor het perspectief van de Ondernemingskamer bij beslissingen over potentieel op overeenkomsten inbreuk makende voorzieningen is een belangrijke plaats ingeruimd. Het uitgangspunt is steeds dat een onmiddellijke voorziening effectief dient te zijn en dat de lasten ervan voor de rechtspersoon de baten niet mogen overtreffen. Er wordt nagegaan welke rechten de wederpartij van de rechtspersoon geldend kan maken, welke last de rechtspersoon daarvan kan

WOORD VOORAF

ondervinden, en in hoeverre de effectiviteit van de onmiddellijke voorziening erdoor wordt aangetast. Faber geeft bovendien wenken voor contractpartijen en voor procespartijen over de wijze waarop zij rekening kunnen houden met de samenloop van onmiddellijke voorzieningen en contractuele verplichtingen van de rechtspersoon.

De grenzen van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen die conflicteren met contractverplichtingen van de rechtspersoon zijn in de rechtspraak nog niet nauwkeurig vastgesteld en in de literatuur onderwerp van debat. Dit onderzoek werpt licht op de reikwijdte van die bevoegdheid en draagt bij aan concretisering ervan. Praktijk en wetenschap zullen de vruchten van deze studie plukken. Wij nemen dit helder geschreven proefschrift daarom graag op in de reeks van Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht.

C.A. Schwarz

J.B. Wezeman

Inhoud

Woord vooraf	V
Hoofdstuk 1. Inleiding	1
1.1 De keuze van het onderwerp	1
1.2 Inleiding tot het onderwerp	7
1.3 Vraagstelling	8
1.4 Methode en verantwoording	10
1.5 Overzicht van de inhoud van het onderzoek	12
1.6 Afbakening van het onderzoek	20
1.6.1 Interne en externe rechtsverhoudingen van de rechtspersoon	20
1.6.2 Beperking tot inbreuk makende externe werking van onmiddellijke voorzieningen	21
1.6.3 Beperking tot verplichtingen die aan de onmiddellijke voorziening voorafgaan	22
1.6.4 Beperking tot onmiddellijke voorzieningen	22
1.7 Het begrip ‘derde’	23
1.7.1 Verbintenissen en derden	23
1.7.2 Derde in het burgerlijk procesrecht	24
1.7.3 Derde in het ondernemingsrecht	24
1.7.4 Derde in het enquêterecht	25
1.7.5 Het definiëren van de derde met behulp van artikel 2:8 lid 1 BW; een kanttekening	26
1.7.6 Het gebruik van het begrip derde in dit boek	28
Hoofdstuk 2. Het enquêterecht; het kader van de onmiddellijke voorzieningen	29
2.1 Inleiding	29
2.2 Wettelijke inbedding van de onmiddellijke voorziening; het enquêterecht	29
2.3 Doeleinden van het enquêterecht	31
2.4 Enkele procesrechtelijke opmerkingen over de enquêteprocedure	34
2.5 De procespartijen	37
2.5.1 De rechtspersoon	37
2.5.2 De verzoeker	39
2.5.3 Belanghebbenden	41
2.6 Toetsingscriteria en discretionaire bevoegdheid	43
2.7 De centrale plaats van het belang van de rechtspersoon	47
2.8 Belanghebbenden en de grenzen van de rechtsstrijd	50
2.9 Voorzieningen	53
2.10 Samenvatting en conclusie	57

INHOUD

Hoofdstuk 3.	De bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen	59
3.1	Inleiding	59
3.2	Het ontstaan van artikel 2:349a lid 2 BW; achtergrond	60
3.3	Doel van opname van de onmiddellijke voorzieningen in de wet	64
3.4	Gevolgen van de invoering van artikel 2:349a lid 2 BW	65
3.5	De wetswijziging van 2013	66
3.6	De twee stadia van de beslissing over een onmiddellijke voorziening	67
3.7	De wettelijke criteria voor toepassing van artikel 2:349a lid 2 BW	68
3.8	Karakter van de wettelijke criteria; een hoge drempel	70
3.9	Belangenafweging en de twee beslisstadia	72
3.9.1	Skygate	73
3.9.2	ABN Amro	75
3.9.3	DSM	76
3.9.4	Welk stadium de belangenafweging vergt is ongewis	80
3.10	Reikwijdte van de bevoegdheid; afwijking van dwingend recht	80
3.11	Reikwijdte van de bevoegdheid; onomkeerbare gevolgen	82
3.12	Reikwijdte van de bevoegdheid; subsidiariteit en proportionaliteit	84
3.13	Reikwijdte van de bevoegdheid; nog enkele beperkingen	87
3.14	Samenvatting en conclusie	88
3.14.1	Slotsom	90
Hoofdstuk 4.	Concrete onmiddellijke voorzieningen en hun effecten	91
4.1	Inleiding	91
4.2	Een veelheid aan categorieën onmiddellijke voorzieningen	92
4.3	Samenstelling van organen; schorsing en benoeming van bestuurders	93
4.3.1	Het schorsen van bestuurders	93
4.3.2	Het benoemen van bestuurders	95
4.4	Samenstelling van organen; schorsing en benoeming van commissarissen	97
4.4.1	Het schorsen van commissarissen	97
4.4.2	Het benoemen van commissarissen	98
4.5	Samenstelling van organen; schorsing en benoeming van andere functionarissen	99
4.6	Toedeling van bevoegdheden; overdracht van aandelen ten titel van beheer	100
4.7	Rechtstreekse ingrepen in besluitvorming	104
4.7.1	Het schorsen van stemrecht op aandelen	105
4.7.2	Het verbod op bepaalde besluitvorming	105
4.8	Ingrepen na besluitvorming	108
4.9	Het buiten werking stellen van statutaire bepalingen	109
4.10	Samenvatting en conclusie	111

Hoofdstuk 5.	Doorwerking van onmiddellijke voorzieningen in contractuele rechtsverhoudingen van de rechtspersoon; formele aspecten	115
5.1	Inleiding	115
5.2	Het bindend karakter van rechterlijke uitspraken; het gezag van gewijsde	116
5.3	De toepasselijkheid van het gezag van gewijsde in de enquêteprocedure	119
5.4	De toepasselijkheid van het gezag van gewijsde op beslissingen tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen	120
5.5	Gezag van gewijsde van onmiddellijke voorzieningen in procedures over contractuele rechtsverhoudingen van de rechtspersoon	123
5.6	Derdenwerking van rechterlijke beslissingen	125
5.7	Normatieve werking van onmiddellijke voorzieningen in contradictoire procedures van de rechtspersoon	127
5.8	Wettelijke indicaties over externe werking van onmiddellijke voorzieningen ontbreken	128
5.9	Samenvatting en conclusie	131
5.9.1	Slotsom	133
Hoofdstuk 6.	De Ondernemingskamer en de ter zake van contractuele verhoudingen bevoegde rechter	135
6.1	Inleiding	135
6.2	Bevoegdheid ten aanzien van vermogensrechtelijke verhoudingen	136
6.3	De Ondernemingskamer en het oordeel van de bevoegde rechter	138
6.3.1	Verhouding tussen voorzieningenrechter en bodemrechter; de afstemmingsregel	139
6.3.2	De toepasselijkheid van de afstemmingsregel in de enquêteprocedure	142
6.3.3	Het oordeel van een andere rechter als informatiebron voor de Ondernemingskamer	148
6.4.	Toepasselijk vreemd recht	148
6.5	Samenvatting en conclusie	150
6.5.1	Slotsom	152
Hoofdstuk 7.	De interactie tussen onmiddellijke voorzieningen en de rechten van de wederpartij	153
7.1	Inleiding	153
7.2	Het begrip verbintenis en de verbintenissen van onderzoek	154
7.3	Nakoming en tekortkoming; rechten en bevoegdheden van schuldeiser en schuldenaar	156
7.4	Vordering tot nakoming; samenloop met onmiddellijke voorziening	161
7.5	Verrekeningsbevoegdheid en onmiddellijke voorziening	167
7.6	Onvoorziene omstandigheden	171

INHOUD

7.7	Opschorting; samenloop met onmiddellijke voorzieningen betreffende aandelentransacties en managementovereenkomsten	173
7.8	Het recht op schadevergoeding; toerekenbare tekortkoming en overmacht	177
7.8.1	Tekortkoming en schadevergoeding	177
7.8.2	Overmacht	179
7.8.3	De mate van belemmering van de nakoming	180
7.8.4	Schuld	181
7.8.5	Risico	182
7.9	Verhinderling van nakoming door overheidsvoorschrift of rechterlijke uitspraak	184
7.10	Voorkomen van onmiddellijke voorzieningen; objectieve norm voor schuld	188
7.11	Risico; toerekening van tekortkoming wegens onmiddellijke voorzieningen krachtens wet of rechtshandeling	190
7.12	Risico; toerekening van overheidsvoorschriften krachtens verkeersopvattingen	191
7.13	Risico; de onmiddellijke voorziening als voorzienbare omstandigheid	193
7.14	Ontbinding; samenloop met onmiddellijke voorziening	195
7.15	Samenvatting en conclusie	198
7.15.1	Slotsom	202
Hoofdstuk 8.	Objectieve norm voor schuld aan tekortkoming door onmiddellijke voorzieningen bij aandelentransacties	205
8.1	Inleiding	205
8.2	Verplichtingen van de verkoper van aandelen	207
8.3	Objectieve norm betreffende twijfel aan een juist beleid en enquête; koopovereenkomst en overeenkomst tot samenwerking	209
8.3.1	Geen norm in het algemeen bij koopovereenkomst	209
8.3.2	Overeenkomst tot samenwerking	210
8.3.3	De conformiteitseis dwingt niet tot het voorkomen van een enquête	210
8.3.4	Objectieve norm en beleid jegens de verkochte dochtervennootschap	211
8.4	Objectieve norm en twijfel ten aanzien van de overeenkomst	212
8.4.1	Besluitvorming door de rechtspersoon; formele en materiële aspecten	212
8.4.2	Wettelijke bescherming tegen specifieke gebreken in de besluitvorming; ABN Amro	214
8.4.3	Twijfel aan de besluitvormingsprocedure; HBG	217
8.4.4	Twijfel aan de inhoud van het besluit; HBG	218
8.5	Objectieve norm en gevolgen van onmiddellijke voorzieningen	219
8.5.1	Inleiding	219
8.5.2	Uitstel van de prestatie	220
8.5.3	Uitstel; HBG	220

INHOUD

8.5.4	Uitstel; ABN Amro	224
8.5.5	Invloed op het einde van de onmiddellijke voorziening	225
8.5.6	Onmiddellijke voorziening na uitvoering van de overeenkomst	226
8.6	Samenvatting en conclusie	227
8.6.1	Slotsom	228
Hoofdstuk 9.	Ingerepen in de bezoldiging	231
9.1	Inleiding	231
9.2	Dubbele rechtsverhouding; contractuele aanspraak op bezoldiging; managementovereenkomst, fee en manager	232
9.3	Managementovereenkomst: overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst	234
9.4	Enquêterechtelijke beslissingen en de arbeidsrechtelijke kant van dubbele rechtsbetrekkingen; Hoffmann Beheer	235
9.5	Verdeling in het arbeidsrecht van risico voor schorsing	238
9.6	Enquêterechtelijke ingrepen in bezoldigingsverplichtingen en de arbeidsrechtelijke loonrisicoregeling	240
9.7	Schorsing bij wijze van onmiddellijke voorziening	242
9.7.1	Criteria	242
9.7.2	Ingrep in bezoldiging is uitzondering	243
9.7.3	Bepaling van voorwaarden voor inschakeling van de geschorste functionaris	244
9.8	Ontheffing van de bezoldigingsverplichting is niet inherent aan de schorsingsvoorziening	245
9.9	Jurisprudentie die de vergoeding overlaat aan de benoemde bestuurder	247
9.9.1	Geen ontheffing bezoldigingsverplichting; bevoegdheid bestuurder in overwegingen	248
9.9.2	Ontheffing bezoldigingsverplichting in overwegingen; bevoegdheid bestuurder in overwegingen	248
9.9.3	Ontheffing bezoldigingsverplichting in dictum; bevoegdheid bestuurder in overwegingen	248
9.9.4	Ontheffing bezoldigingsverplichting in dictum; bevoegdheid bestuurder in dictum	249
9.9.5	Geen schorsing, toch bevoegdheid bestuurder betreffende bezoldiging	249
9.9.6	Ontheffing bezoldigingsverplichting; geen rol voor benoemde bestuurder	250
9.10	Aantasting van bezoldigingsaanspraak kan niet worden uitbesteed en hoort in het dictum	250
9.10.1	Vaststelling vergoeding door benoemde bestuurder	251
9.10.2	De Ondernemingskamer beslist over bezoldigingsverplichting	253
9.11	Benoemde bestuurder kan vergoeding vaststellen na bezoldigingsingreep door de Ondernemingskamer	253
9.12	Motiveringen van de bezoldigingsingreep	254
9.13	Ingerepen in de bezoldigingsverplichting; strekking, karakter en vereisten	256

INHOUD

9.14	Omstandigheden die een bezoldigingsingreep vergen; verwijtbaarheid	258
9.14.1	De toestand van de rechtspersoon	258
9.14.2	Het belang van het onderzoek	258
9.14.3	Financiële noodtoestand	259
9.14.4	Verwijtbaarheid is geen criterium voor ingrijpen in de bezoldiging	260
9.15	Risico naar verkeersopvattingen voor ingrepen in bezoldigingsverplichtingen	260
9.15.1	Inleidende opmerkingen	260
9.15.2	Variaties in mate van interne betrokkenheid bij het beleid	262
9.15.3	Wetenschap	263
9.15.4	Invloed	265
9.15.5	Verantwoordelijkheid	267
9.16	Samenvatting en conclusie	270
9.16.1	Slotsom	272
Hoofdstuk 10.	Analyse en conclusies	275
10.1	In het kort	275
10.2	Inleiding	275
10.3	Onmiddellijke voorzieningen	276
10.4	Rangorde tussen onmiddellijke voorziening en contractuele verplichting	278
10.5	Rechtspositie van de wederpartij	281
10.6.	Observaties over bezoldigingsingrepen	290
10.7.	Antwoorden op onderzoeksvragen; slotsommen	292
10.7.1.	Rangorde; onderzoeksvraag f	292
10.7.2.	Informatie over rechtspositie en vordering van de wederpartij; onderzoeksvragen c, d en e	293
10.7.3.	Rechtspositie; onderzoeksvraag a	293
10.7.4.	Succesvolle acties van de wederpartij en nadeel; onderzoeksvraag b en centrale onderzoeksvraag	293
10.7.5.	Aantasting van de doeltreffendheid van de onmiddellijke voorziening	295
10.8.	De bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen; slotsommen	295
Hoofdstuk 11.	Samenvatting	299
11.1	Het enquêterecht en de enquêteprocedure	299
11.2	De onmiddellijke voorzieningen	299
11.3	Het onderzoeksthema	300
11.4.	De bevindingen	301

INHOUD

Bijlagen	305
1. Summary	307
2. Verkort aangehaalde literatuur	313
3. Rechtspraak	327
4. Trefwoordenregister	343
5. Dankwoord	355
6. Curriculum vitae	357

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 De keuze van het onderwerp

[1] Onmiddellijke voorzieningen die doorwerken in contractuele rechtsverhoudingen van de rechtspersoon houden mij al een tijd bezig. Een onmiddellijke voorziening kan een rechtsplicht van de rechtspersoon in het leven roepen, die conflicteert met een rechtsplicht van de rechtspersoon uit een overeenkomst. De rechtspersoon kan dan niet tegelijkertijd én de overeenkomst nakomen én voldoen aan een verplichting die voortvloeit uit de onmiddellijke voorziening.¹ Als zo'n conflict dreigt, rijst de vraag in hoeverre de Ondernemingskamer daar bij het treffen van de onmiddellijke voorziening rekening mee moet en kan houden. Een onomstreden antwoord op die vraag blijkt niet voor het oprapen te liggen. Een van de zaken waarin dat probleem zich heeft geopenbaard, is de enquêteprocedure over ABN Amro.² Die procedure heeft, van alle zaken waarin een onmiddellijke voorziening met een contractuele verplichting in botsing is gekomen, misschien wel de meeste aandacht getrokken.³

[2] ABN Amro Holding N.V. was in 2007 voorwerp van een overnamestrijd.⁴ Haar strategie, haar prestaties en de waardering van haar aandeel stonden bloot aan kritiek van een investeringsfonds.⁵ Dat drong aan op opsplitsing van het bankconcern. ABN Amro Holding voelde niet voor opsplitsing; zij prefereerde een overname en maakte bekend dat ze daarover in gesprek was

-
1. In dit proefschrift worden voorbeelden besproken van onmiddellijke voorzieningen die de rechtspersoon beletten verkochte zaken tijdig te leveren en van onmiddellijke voorzieningen die een tijdelijk verbod inhouden om overeengekomen managementvergoedingen te betalen.
 2. OK 3 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *ARO* 2007/79 (ABN Amro); HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, *ARO* 2007/120 (ABN Amro). Zie ook nt. 26 bij nr. 6.
 3. Zowel in de ondernemingsrechtelijke literatuur als in de algemene pers is de procedure veelvuldig besproken.
 4. Hier wordt de casus kort beschreven. De feitelijkheden zijn ontleend aan OK 3 mei 2007 en HR 13 juli 2007.
 5. Het investeringsfonds is (in de juridische literatuur en in de algemene pers) veelal aangeduid met de termen hedgefonds, hedgefund en private equity (fonds). Dat de overnamestrijd hoog opliep kan onder meer worden afgelezen aan het gebruik van andere termen. Het Financieele Dagblad meldde op 29 maart 2007 nog dat hedgefondsen voor ophef hadden gezorgd, in de dagen daarna verschenen in de krant aanduidingen als “plunderkapitaal” (FD, 2 april 2007), “sprinkhanen” (FD, 5 april 2007), “aasgierkapitalisten” (FD, 11 april 2007).

HOOFDSTUK 1

met Barclays PLC.⁶ Van belang voor het verdere verloop is, dat Barclays niet geïnteresseerd was om ook LaSalle Bank Corporation, een onderdeel van het concern van ABN Amro Holding, over te nemen. Toen deed een consortium van drie banken een voorstel om ABN Amro Holding over te nemen.⁷ Kort nadien sloot ABN Amro Bank, een dochtervennootschap van ABN Amro Holding, een koopovereenkomst met Bank of America Corporation: LaSalle werd verkocht.⁸ Aandeelhouders van ABN Amro Holding, dat wil zeggen Vereniging van Effectenbezitters (VEB) en anderen, hadden bezwaar tegen de verkoop van LaSalle. Ze meenden dat die verkoop de bieding van Barclays op hun aandelen begunstigde en een mogelijk hoger overnamebod door het consortium frustreerde. Verscheidene partijen – bestuur en raad van commissarissen van ABN Amro Holding, de groep rondom VEB verzamelde aandeelhouders, Barclays, het consortium, Bank of America – streefden uiteenlopende belangen na.⁹

In dat stadium werd de Ondernemingskamer in de overnamestrijd betrokken door middel van een enquêteverzoek.¹⁰ VEB c.s. vroegen daarmee om een onderzoek naar de gang van zaken en het beleid van ABN Amro (Holding en Bank). Het ging deze verzoekers er (op z'n minst) ook om dat ze het – potentieel voor hen aantrekkelijker – overnamebod van het consortium serieus konden overwegen. Uitstel van de levering van LaSalle aan Bank of America zou dat kunnen bewerkstelligen. Op verzoek van VEB c.s. verbood de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening de verdere uitvoering van de verkoop van LaSalle zonder voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders van ABN Amro Holding.¹¹

-
6. In de beschikking van de Ondernemingskamer heet het “een mogelijke combinatie” van beide bankconcerns (OK 3 mei 2007, r.o. 2.7).
 7. Het consortium bestond uit The Royal Bank of Scotland Group PLC, Fortis N.V. en Fortis S.A./N.V., en Banco Santander Central Hispano S.A.
 8. ABN Amro Bank verkocht een dochtervennootschap, die tevens de moedervennootschap was van LaSalle.
 9. Waarbij, kort gezegd, het consortium wel opsplitsing van het concern nastreefde, en het bestuur en raad van commissarissen van ABN Amro en Barclays niet.
 10. In het kader van een overnamestrijd wordt vaker een beroep op de Ondernemingskamer gedaan, bijv. OK 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965, *ARO* 2017/108 (AKZO Nobel); OK 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:930, *ARO* 2017/75 (TMG); OK 17 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6440, *ARO* 2007/21 (Stork). Zie 4.8 voor de zaak HBG (OK 4 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AB2476). Een enquêteverzoek in een overname situatie is vaak ook, of vooral, gericht op een onmiddellijke voorziening. Storm merkt op dat bij machtsstrijd bij een beursfonds vaak nauwelijks behoefte aan een onderzoek is (Storm 2018, 2.1). Een onmiddellijke voorziening kan een overnamestrijd (verregaand) beïnvloeden. Van Schilfgaarde noemt de Ondernemingskamer in verband met de procedure ABN Amro een actief deelnemende scheidsrechter (Van Schilfgaarde, *NJB* 2007/1633).
 11. OK 3 mei 2007. In de overwegingen is ook sprake van consultatie van de algemene vergadering van aandeelhouders. Men zou daaruit kunnen afleiden dat de Ondernemingskamer voorafgaande consultatie voldoende zou hebben gevonden. In het dictum valt dat laatste niet te lezen; het dictum houdt de eis van voorafgaande goedkeuring in. A-G Timmerman merkt op dat deze voorziening de rechtsgeldigheid van de overeenkomst onverlet laat en dus geen

[3] Procedurele bijzonderheden blijven op deze plek grotendeels onvermeld. Wel wordt alvast opgemerkt, dat de Ondernemingskamer alleen een onmiddellijke voorziening kan treffen, als naar haar oordeel getwijfeld moet worden aan een juist beleid van de rechtspersoon. In spoedgevallen kan dat oordeel een voorshands oordeel zijn.¹² De casus van ABN Amro was zo'n spoedgeval.¹³ Een gebrek in de besluitvorming over de koopovereenkomst leverde naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer gegronde reden op voor twijfel aan een juist beleid van ABN Amro.¹⁴ Zij overwoog dat de aandeelhouders van ABN Amro Holding bevoegd zijn om te besluiten over verkoop van aandelen ABN Amro Holding.¹⁵ Over verkoop van kleindochter LaSalle beslist in beginsel het bestuur van ABN Amro.¹⁶ De verkoop van LaSalle kon echter beslissend zijn voor het verdere verloop van de overnamestrijd. Het verkoopbesluit kon dan ook niet los worden gezien van een mogelijke transactie met de aandelen in ABN Amro Holding. De verkoop van LaSalle viel daarom naar het oordeel van de Ondernemingskamer onder de werkingssfeer van artikel 2:107a lid 1 BW, waarin bepaalde belangrijke bestuursbesluiten aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen. De aandeelhouders van ABN Amro Holding hadden hierom de gelegenheid moeten krijgen om zich over de voorgenomen verkoop van LaSalle uit te spreken.¹⁷ Dat was niet gebeurd.

Tot zover het voorshandse oordeel dat er reden was voor twijfel aan het beleid van ABN Amro. De motivering van de onmiddellijke voorziening houdt in dat de rechten van de aandeelhouders om in vrijheid te beslissen over verkoop van hun aandelen in ABN Amro Holding slechts kunnen worden hersteld door de uitvoering van de koopovereenkomst op te schorten.¹⁸ Onder ogen werd

rechten van derden aantast (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972, bij HR 13 juli 2007, *ARO* 2007/120, ad R07/102 HR, nr. 4.35.).

12. Zie hierover 2.9.

13. Ter illustratie: op 23 april 2007 heeft ABN Amro de verkoop van LaSalle bekendgemaakt; op 27 april 2007 heeft VEB c.s. een verzoekschrift bij de Ondernemingskamer ingediend; op 27 april en 28 april 2007 zijn verweerschriften ingediend; op (zaterdag) 28 april 2007 heeft een terechtzitting plaats gevonden waar het verzoek, voor zover het over onmiddellijke voorzieningen ging, is behandeld; op 3 mei 2007 is de onmiddellijke voorziening door de Ondernemingskamer uitgesproken. In die (eerste) beschikking werd nog niet over een enquête beslist.

14. Dat valt af te leiden uit OK 3 mei 2007, r.o. 3.22, laatste zin en r.o. 3.24, eerste zin. De motivering is voornamelijk gericht op de onmiddellijke voorziening.

15. OK 3 mei 2007, r.o. 3.17, 3.18 en 3.19. De Ondernemingskamer schetst het stelsel, waarin het bestuur de strategie van de vennootschap bepaalt, de raad van commissarissen daar toezicht op houdt, en de algemene vergadering van aandeelhouders haar opvattingen daarover tot uitdrukking kan brengen door uitoefening van haar in wet en statuten toegekende rechten. In dat stelsel is de besluitvorming over de eigendom van aandelen exclusief voorbehouden aan de houder van die aandelen. Die aandeelhouder was in dit geval (het bestuur van) ABN Amro. De beslissing tot verkoop van LaSalle komt in beginsel toe aan ABN Amro.

16. OK 3 mei 2007, r.o. 3.18.

17. OK 3 mei 2007, r.o. 3.21, 3.22, 3.23 en 3.24.

18. OK 3 mei 2007, r.o. 3.25.

HOOFDSTUK 1

gezien dat die voorziening ingreep in de contractuele relatie van ABN Amro met de koper van LaSalle, Bank of America.¹⁹ Het belang van de koper zal zich (slechts) kunnen vertalen in schadeloosstelling door ABN Amro, overwoog de Ondernemingskamer.

[4] De Hoge Raad casseerde de beschikking.²⁰ Hij oordeelde dat de verkoop niet aan de aandeelhouders van ABN Amro Holding behoefde te worden voorgelegd. Artikel 2:107a lid 1 BW mist hier toepassing.²¹ De misstand die de Ondernemingskamer had bespeurd – een gebrek in de besluitvorming over de koopovereenkomst – deed zich dus niet voor en kon geen reden zijn om aan het beleid van ABN Amro te twijfelen.²² Zonder twijfel aan een juist beleid is er geen plaats voor een onmiddellijke voorziening.

De Hoge Raad wijdde nog een overweging aan de door de Ondernemingskamer veronderstelde gebrekkige besluitvorming.²³ Kort gezegd, het ontbreken van de in artikel 2:107a lid 1 BW vereiste goedkeuring van de algemene vergadering heeft geen externe werking.²⁴ Daarom is de onmiddellijke voorziening, die wel externe werking heeft omdat ze nakoming van de koopovereenkomst belemmert, niet gerechtvaardigd tegenover de koper.²⁵

[5] De ABN Amro-beschikking van de Hoge Raad geeft geen uitsluitel over het vraagstuk hoe de Ondernemingskamer een conflict tussen een contractuele verplichting van de rechtspersoon en een onmiddellijke voorziening moet verdisconteren in haar beslissing. In de casus ABN Amro was de – extern werkende – onmiddellijke voorziening gebaseerd op een gebrek in de besluitvorming, dat geen externe werking heeft. Omdat dat gebrek niet extern werkt, achtte de Hoge Raad de externe werking van onmiddellijke voorziening niet gerechtvaardigd. Met betrekking tot de kwestie van conflicterende verplichtingen uit onmiddellijke voorzieningen en contracten, kan aan de uitspraak slechts de volgende zekerheid worden ontleend: een onmiddellijke voorziening kan geen rechten aantasten die door artikel 2:107a BW worden beschermd. In andere casus kunnen andere omstandigheden een onmiddellijke voorziening vergen, die rechten aantast die niet door die bepaling worden beschermd. Hoe dan moet worden geoordeeld over een onmiddellijke voorziening met externe werking, staat met de beschikking van de Hoge Raad in de zaak ABN Amro niet vast.

19. OK 3 mei 2007, r.o. 3.26 en 3.27.

20. HR 13 juli 2007, *ARO* 2007/120.

21. Zie hierover 8.4.2.

22. De omstandigheden van het geval gaven naar het oordeel van de Hoge Raad geen aanleiding om af te wijken van het beginsel dat het bestuur niet verplicht is de algemene vergadering van aandeelhouders ter zake van verkoop van LaSalle om goedkeuring te vragen of te consulteren (HR 13 juli 2007, r.o. 4.3, 4.4, 4.5, 4.7 en 4.8).

23. HR 13 juli 2007, r.o. 4.10.

24. Art. 2:107a lid 2 BW.

25. En niet tegenover (buitenstaander) Barclays.

[6] In het debat over de zaak ABN Amro, en in de procedures bij de Ondernemingskamer en in cassatie, zijn gedachten naar voren gebracht over de effecten van onmiddellijke voorzieningen op de civielrechtelijke positie van contractuele wederpartijen van de rechtspersoon.²⁶ En over de consequenties van contractuele verplichtingen van de rechtspersoon voor de beslissing over onmiddellijke voorzieningen. Advocaat-Generaal Timmerman constateert dat een onmiddellijke voorziening er toe mag leiden dat de rechtspersoon wanprestatie pleegt tegenover de contractuele wederpartij.²⁷ Daarentegen stelt Van Schilfgaarde dat de rechter partijen niet tot wanprestatie hoort te dwingen.²⁸ In de beschikking van de Ondernemingskamer staat dat in geval van wanprestatie het belang van de wederpartij zich slechts kan vertalen in schadeloosstelling.²⁹ Sommigen menen dat ook nakoming gevorderd kan worden.³⁰ Uit de beschikking van de Hoge Raad is wel afgeleid dat onmiddellijke voorzieningen in beginsel geen rechten uit overeenkomst van een wederpartij kunnen aantasten.³¹ Andere schrijvers ontwaren een beperkter gevolg van de beschikking en veronderstellen dat onmiddellijke voorzieningen de rechten van derden niet kunnen aantasten, indien die worden beschermd door een bepaling als artikel 2:107a lid 2 BW.³²

[7] Het debat heeft niet geleid tot een eenduidige conclusie over de manier waarop de Ondernemingskamer moet opereren als zij een onmiddellijke voorziening nodig acht, die onverenigbaar is met een contractuele verplichting van

-
26. In het debat over de zaak ABN Amro zijn vooral veel andere aspecten belicht. Een prominente plaats werd ingenomen door onderwerpen die verband houden met openbare biedingen en overnames. Aan de toepasselijkheid van art. 2:107a BW is uitvoerig aandacht besteed, zie bijv. concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972, bij HR 13 juli 2007 (ABN Amro). Die aspecten blijven hier goeddeels buiten beschouwing.
 27. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972, bij HR 13 juli 2007, *ARO* 2007/120, ad R07/102 HR, nr. 4.35.
 28. Van Schilfgaarde, *NJB* 2007/1633.
 29. OK 3 mei 2007, r.o. 3.27. Timmerman lijkt daar ook vanuit te gaan, waar hij opmerkt dat de Ondernemingskamer met de verwijzing naar schadevergoeding het belang van de wederpartij voldoende heeft meegewogen (Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972, bij HR 13 juli 2007, *ARO* 2007/120, ad R07/102 HR, nr. 4.37). Nieuwe Weme wijst op een mogelijke schadepost voor Bank of America, die gedurende de opschorting van de transactie de koopprijs liquide moet houden, zonder zekerheid over uiteindelijke uitvoering van de transactie (M.P. Nieuwe Weme, annotatie bij OK 3 mei 2007, *JOR* 2007/143, nr. 12). De oplossing in schadevergoeding vanwege wanprestatie wegens een onmiddellijke voorziening is al eerder geopperd door Brink (M. Brink, annotatie bij OK 4 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AB2476, *JOR* 2001/149, nr. 5, (HBG)).
 30. M.P. Nieuwe Weme, annotatie bij OK 3 mei 2007, *JOR* 2007/143, nr. 12; Van Vliet, *NJB* 2007/1296, nr. 7.1.
 31. M.P. Nieuwe Weme, annotatie bij HR 13 juli 2007, *JOR* 2007/178. Zie ook S.M. Bartman, annotatie bij OK 4 juli 2001, *Ondernemingsrecht* 2001/35 (HBG).
 32. Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017/118. Ik deel die opvatting, zie nr. 5.

HOOFDSTUK 1

de rechtspersoon.³³ Dat kan mede worden verklaard, doordat op de contractuele verplichting en de onmiddellijke voorziening regels uit verschillende rechtsgebieden van toepassing zijn. Voor de contractuele verplichting gelden de regels van het civiele recht dat die verbintenis beheerst.³⁴ De onmiddellijke voorziening behoort tot het enquêterecht.³⁵ Het vraagstuk, hoe het conflict tussen rechtsplichten in de rechterlijke beslissing te verdisconteren, doet zich voor op het snijvlak van die rechtssferen. De regels van die beide rechtsgebieden (lijken te) kunnen botsen. Daarnaast moet bedacht worden dat de gewone burgerlijke rechter degene is die uiteindelijk over de contractuele verplichting oordeelt.³⁶ De enquêteprocedure wijkt nogal af van de (wettelijke) procedureregels voor die rechter.³⁷ Ook dat wringt.

De kwestie is dus onbeslecht gebleven. De grenzen van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, die botsen met contractuele verplichtingen, zijn grotendeels nog onbekend. Ze worden in de jurisprudentie afgetast. De casus ABN Amro is daar een voorbeeld van. Naarmate het verkenningproces vordert, kan de bevoegdheid duidelijker contouren krijgen. Vooralsnog echter lijkt de verkenning zich nog te bevinden in een vroeg stadium, een pioniersfase.³⁸

Dat betekent ten eerste dat de Ondernemingskamer, in geval zij moet beslissen over een onmiddellijke voorziening die conflicteert met een contractuele verplichting van de rechtspersoon, niet kan terugvallen op een wettelijk of een in literatuur en jurisprudentie onbetwist besluitvormingsstraamien. Zij moet telkens

33. Eikelboom meent dat de Ondernemingskamer nakoming van een overeenkomst kan verbieden, als is voldaan aan de door hem geformuleerde connexiteitseis (Eikelboom 2017, p. 11.3.4). Zie hierover 3.8.

34. Zie 7.2.

35. Het enquêterecht wordt beschreven in hfdst. 2.

36. In procedures over burgerlijke rechten is in Nederland de burgerlijke rechter bevoegd. De burgerlijke rechter wordt onderscheiden van (onder anderen) de strafrechter, die bevoegd is in strafzaken, en de bestuursrechter, die bevoegd is in bestuursrechtelijke zaken. De aanduiding ‘gewone’ wordt hier gebruikt ter onderscheiding van de gespecialiseerde burgerlijke rechter. Deze laatste is door de wetgever aangewezen om, met uitzondering van anderen, kennis te nemen van bepaalde zaken. De Ondernemingskamer is zo’n gespecialiseerde burgerlijke rechter. Overigens is ‘gewone burgerlijke rechter’ vast spraakgebruik. Zie over gespecialiseerde rechtspraak Böcker, Havinga, Jettinghoff, Klaassen en Bakker 2010.

37. De enquêteprocedure is een bijzondere verzoekschriftprocedure, waarin het enquêterecht zijn beslag kan krijgen. Het doel van het enquêterecht heeft een prominente praktische component: het is gericht op het bestendige succes van ondernemingen. De enquêteprocedure moet er toe leiden dat de betrokken onderneming de ondernemingsactiviteiten ongehinderd en op juiste wijze kan ontplooien. (Voor de doeleinden van het enquêterecht zoals die zijn geformuleerd in de jurisprudentie, zie 2.3). Daarnaast moeten de beslissingen van de Ondernemingskamer in de enquêteprocedure juridisch deugdelijk zijn en in de juridische dogmatiek passen. Bij (de procedurele aspecten van) contradictoire civiele procedures springt zo’n praktisch doel minder in het oog.

38. Zie over het proces van concretisering van de bevoegdheid ook 3.8.

opnieuw een weg zoeken op een terrein waar verschillende rechtsdomeinen hun uiteenlopende invloeden doen gelden. Ten tweede brengt het onvoorspelbaarheid van de beslissing mee. Ten derde is dit thema wel her en der aan de orde gesteld en besproken, niet alleen naar aanleiding van de zaak ABN Amro maar ook in verband met onmiddellijke voorzieningen die interveniëren in bezoldigingsverplichtingen van de rechtspersoon.³⁹ Toch is het relatief onontgonnen terrein gebleven. Deze constatering hebben de keuze van het onderwerp van dit proefschrift gemotiveerd.

1.2 Inleiding tot het onderwerp

[8] Een onmiddellijke voorziening is een maatregel die wordt getroffen in het kader van een enquêteprocedure. Zo'n maatregel kan worden genomen als de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek dat vergt. Het doel van de onmiddellijke voorziening is orde te scheppen in chaos bij de rechtspersoon, verslechtering van de toestand te voorkomen of het onderzoek te faciliteren.⁴⁰ Een onmiddellijke voorziening heeft effecten voor de rechtspersoon. De som van die effecten moet positief zijn. Anders is de maatregel niet in het belang van de rechtspersoon. Een onmiddellijke voorziening waarvan de lasten voor de rechtspersoon groter zijn dan de baten, valt niet goed te verenigen met de aard van de enquêteprocedure, waarin het belang van de rechtspersoon centraal staat.⁴¹ Een onmiddellijke voorziening die 'netto' negatief uitpakt voor de rechtspersoon is dan ook niet goed verdedigbaar.

Daarom dient de Ondernemingskamer zich, voordat zij over een onmiddellijke voorziening beslist, een voorstelling te maken van die effecten voor de rechtspersoon en de verwachte positieve en negatieve uitwerkingen van de voorziening af te wegen.

Dat de onmiddellijke voorziening per saldo een positief effect moet hebben, geldt ook als de voorziening een rechtsplicht voor de rechtspersoon vestigt, die conflicteert met een van zijn contractuele verplichtingen.⁴² Als de Ondernemingskamer overweegt zo'n conflicterende onmiddellijke voorziening te treffen, heeft zij daarom inzicht nodig in de uitwerking van dat conflict op de rechtspersoon. De effecten kan ze dan betrekken in haar afweging.

[9] Bij onverenigbaarheid van een onmiddellijke voorziening en een contractuele verplichting van de rechtspersoon zijn in theorie drie scenario's voor de rechtstoestand denkbaar. In het eerste scenario prevaleert de contractuele

39. In hfdst. 9 worden onmiddellijke voorzieningen die conflicteren met bezoldigingsverplichtingen besproken. In 9.5 en 9.7 komt de opvatting van J.M. van Slooten aan de orde.

40. Zie 3.3 en verder.

41. Zie 2.7.

42. Het merkwaardige verschijnsel doet zich voor dat 'de rechtspersoon' mannelijk is, terwijl de meeste verschijningsvormen van de rechtspersoon, zoals vennootschappen en de vereniging, vrouwelijk zijn. Daarom staat hier "zijn contractuele verplichtingen".

HOOFDSTUK 1

verplichting. Dat wil zeggen dat de contractuele verplichting niet door een onmiddellijke voorziening wordt aangetast en moet worden nagekomen.⁴³ Een onmiddellijke voorziening waarmee nu juist niet-nakoming wordt beoogd, kan dat nagestreefde resultaat dus niet hebben. Zo'n onmiddellijke voorziening is dan zinloos. In het tweede scenario heeft de onmiddellijke voorziening voorrang en wijkt de contractuele verplichting. De rechtspersoon hóeft die contractuele verplichting gedurende de looptijd van de voorziening niet na te komen. Zijn wederpartij heeft dan geen acties op grond van het niet-nakomen, zodat nadelige consequenties voor de rechtspersoon van zulke acties niet op de loer liggen. In het derde scenario heeft noch de contractuele verplichting, noch de onmiddellijke voorziening prioriteit. In dat geval is de voorziening effectief en kan de rechtspersoon de contractuele verplichting niet of maar ten dele nakomen.⁴⁴ Het derde scenario zal geldend recht blijken te zijn.⁴⁵ Het onderzoek concentreert zich daarom op dit derde scenario. De wederpartij reageert wellicht op de door de onmiddellijke voorziening veroorzaakte tekortkoming in de nakoming. De reactie van de wederpartij zou nadeel voor de rechtspersoon kunnen oproepen. De Ondernemingskamer heeft inzicht nodig in die reactie en in de aard en omvang van het nadeel dat de rechtspersoon mogelijk ondervindt door die reactie. Indien er nadeel te verwachten valt, is dat een negatief effect van de onmiddellijke voorziening.

[10] Het is in het belang van de rechtspersoon dat de Ondernemingskamer doorgrondt welke consequenties de samenloop van een onmiddellijke voorziening met een verplichting van de rechtspersoon uit overeenkomst heeft. Hoe beter het inzicht, des te zorgvuldiger de voor- en nadelen van die voorziening kunnen worden betrokken in de beslissing, en hoe adequater de uiteindelijk getroffen maatregel zal zijn.⁴⁶

1.3 Vraagstelling

[11] Dit proefschrift gaat over de botsing tussen rechtsplechten van de rechtspersoon uit onmiddellijke voorzieningen en zijn rechtsplechten uit contractuele verhoudingen (het derde scenario). Het uitgangspunt is dat de Ondernemingskamer bij het treffen van een onmiddellijke voorziening de effecten van die botsing op de rechtspersoon dient te doorgronden.⁴⁷ Verondersteld wordt dat de wederpartij acties heeft op grond van niet-nakoming door de

43. De onmiddellijke voorziening in de zaak ABN Amro bleek zo'n voorziening te zijn. De Hoge Raad oordeelde dat die voorziening niet getroffen mocht worden.

44. Deze drie scenario's sluiten elkaar uit.

45. In hfdst. 5 en 6.

46. Met een zorgvuldige afweging en een adequate beslissing zijn overigens ook andere belangen, waaronder dat van het gezag van de Ondernemingskamer, gediend.

47. Zie nr. 8 en 10.

rechtspersoon ten gevolge van de onmiddellijke voorziening, zodat de rechtspersoon van die botsing nadeel of last kan ondervinden.⁴⁸ In dat geval behoeft de Ondernemingskamer inzicht in dat nadeel. Daarom staat de volgende vraag centraal in dit onderzoek.

Welke negatieve effecten ondervindt de rechtspersoon, die ten gevolge van een onmiddellijke voorziening een contractuele verplichting niet nakomt, van de reactie van zijn wederpartij op die tekortkoming?

Om die vraag te kunnen bespreken is inzicht nodig in de mogelijke reacties van de wederpartij. Die reacties zijn afhankelijk van zijn rechtspositie. De mate waarin hij zijn rechtspositie in rechte kan effectueren is van invloed.

Dat leidt tot de volgende vragen.

- a. Wat is de rechtspositie van de contractuele wederpartij van de rechtspersoon?
- b. Welke rechten kan de wederpartij laten gelden en welke vorderingen kan hij met succes instellen?

[12] De observatie dat de Ondernemingskamer bij de beslissing over de onmiddellijke voorziening inzicht in het te verwachten nadeel nodig heeft, roept nog andere vragen op.

- c. Kan de Ondernemingskamer voorafgaand aan haar beslissing informatie verwerven over de rechtspositie van de wederpartij?
- d. Kan de Ondernemingskamer voldoende informatie verwerven om de proceskansen van de wederpartij te schatten?
- e. Wordt de Ondernemingskamer bij het verwerven van informatie over de rechtspositie en de proceskansen van de wederpartij geconfronteerd met hindernissen en beperkingen?

Deze laatste vragen komen en passant aan de orde; het zwaartepunt ligt hier niet.⁴⁹

[13] Om te kunnen geraken tot de conclusie dat het derde scenario geldend recht is, worden het eerste en het tweede scenario – prevaleert hetzij de contractuele verplichting, hetzij de voorziening? – in de beschouwing betrokken. Er wordt enige aandacht besteed aan de vraag:

- f. Is er een rangorde tussen verplichtingen van de rechtspersoon uit een contractuele verhouding en verplichtingen uit een onmiddellijke voorziening?

48. Zie nr. 9.

49. Deze vragen roepen nieuwe vragen op, deels van procesrechtelijke aard. Bijvoorbeeld of de Ondernemingskamer de wederpartij als belanghebbende moet oproepen of toelaten tot de enquêteprocedure. Die kwesties vallen grotendeels buiten het bestek van dit onderzoek.

1.4 Methode en verantwoording

[14] Het onderzoek is gericht op beschrijving en analyse van elementen van het enquêterecht, van het overeenkomstenrecht, van het arbeidsrecht, van het koopovereenkomstenrecht, en van het burgerlijk procesrecht die licht kunnen werpen op de geformuleerde onderzoeksvragen. Voor literatuur op het gebied van het enquêterecht is onder meer gebruik gemaakt van de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut. Daarin worden ook de jaarlijkse Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation uitgegeven. Voor de goede orde zij opgemerkt, dat ik sinds 2 oktober 2014 bestuurder van die vereniging ben. Van de redactie van de jaarlijkse uitgave heb ik geen deel uitgemaakt. Bij de selectie van rechterlijke beslissingen is geen volledigheid nagestreefd. In de hoofdstukken 2 en 3 worden een paar beschikkingen van de Hoge Raad besproken, die cruciaal zijn voor de ontwikkeling van het enquêterecht. Daarnaast worden ter toelichting van eigenschappen en eigenaardigheden van de enquêteprocedure veel uitspraken van de Ondernemingskamer opgevoerd.⁵⁰ Het onderzoek van literatuur en jurisprudentie is afgesloten omstreeks het najaar van 2019.

[15] In de periode van 1 maart 2007 tot 1 april 2017 ben ik raadsheer in de Ondernemingskamer geweest. Nadien heb ik incidenteel deelgenomen aan haar rechtspraak. Ik heb een aantal van de in dit boek vermelde beschikkingen mee gewezen.⁵¹ Van informatie uit procesdossiers heb ik voor dit onderzoek geen gebruik gemaakt; weergaven van procedures zijn gebaseerd op beschikkingen, conclusies van de Advocaat-Generaal, en annotaties.

Juristen die professioneel betrokken zijn bij civiele rechtspraak, zijn door drongen van de invloed van de omstandigheden van het concrete geval op

50. Voor alle aangehaalde jurisprudentie geldt, dat in de voetnoten naast de instantie en de datum zo mogelijk een ECLI en een ARO-publicatienummer worden vermeld. Uitvoeriger (publicatie-)informatie is te vinden in de bijlage Rechtspraakregister.

51. Waaronder: OK 20 juli 2007, *ARO* 2007/124; OK 10 januari 2008, *ARO* 2008/20; OK 20 mei 2008, *ARO* 2008/106; OK 5 augustus 2008, *ARO* 2008/133; OK 26 januari 2009, *ARO* 2009/19; OK 30 oktober 2009, *ARO* 2009/161; OK 30 november 2009, *ARO* 2009/182; OK 3 december 2009, *ARO* 2009/183; OK 31 december 2009, *ARO* 2010/6; OK 29 januari 2010, *ARO* 2010/32; OK 14 april 2010, *ARO* 2010/63; OK 29 april 2010, *ARO* 2010/73; OK 20 mei 2010, *ARO* 2010/88; OK 20 mei 2010, *ARO* 2010/90; OK 5 juli 2010, *ARO* 2010/109; OK 16 november 2010, *ARO* 2010/170; OK 7 december 2010, *ARO* 2011/1; OK 16 december 2010, *ARO* 2011/4, *ARO* 2011/5; OK 14 april 2011, *ARO* 2011/71; OK 15 juni 2011, *ARO* 2011/97; OK 13 december 2011, *ARO* 2012/4; OK 18 oktober 2012, *ARO* 2012/151; OK 16 november 2012, *ARO* 2012/162; OK 3 juni 2013, *ARO* 2013/99; OK 21 augustus 2014, *ARO* 2014/175; OK 22 augustus 2014, *ARO* 2014/177; OK 1 oktober 2014, *ARO* 2015/1; OK 28 oktober 2014, *ARO* 2014/147; OK 19 januari 2015, *ARO* 2015/66; OK 3 augustus 2015, *ARO* 2015/189; OK 5 januari 2016, *ARO* 2016/36; OK 5 februari 2016, *ARO* 2016/58; OK 11 november 2016, *ARO* 2017/29; OK 23 januari 2017, *ARO* 2017/34.

de rechterlijke beslissing. Die omstandigheden zijn vaak van doorslaggevend belang. Dit onderzoek is gericht op rechtspraak, zodat er veel belangstelling is voor omstandigheden van mogelijke concrete gevallen. Voor zover bepaalde omstandigheden en gevallen niet zijn geschetst in de literatuur en de jurisprudentie, is het aangekomen op beschrijvingen van imaginaire gevallen, ontsproten aan de eigen fantasie. Die gevallen zijn bedacht en geselecteerd tegen de achtergrond van de eigen ervaringen als raadsheer. Kennis van opvattingen en inzichten van leden en medewerkers van de Ondernemingskamer, van usances binnen haar organisatie en van werkwijzen van door haar benoemde functionarissen, hebben daarbij een rol kunnen spelen.

In hoofdstuk 9 komen onmiddellijke voorzieningen aan de orde waarbij bestuurders van rechtspersonen door de Ondernemingskamer zijn geschorst. Ook worden maatregelen beschreven die ingrijpen in de bezoldiging van geschorste bestuurders. Die beschrijvingen zijn niet steeds instemmend. Sommige voorbeelden zijn beschikkingen uit de voormelde periode van 1 maart 2007 tot 1 april 2017. De bevindingen in hoofdstuk 9 zijn de vrucht van dit onderzoek.

[16] Hoe de Ondernemingskamer de onverenigbaarheid van een onmiddellijke voorziening met een contractuele verplichting van de rechtspersoon in haar beslissing moet betrekken, is grotendeels een open vraag, zoals in nr. 5-7 is aangeduid. Aanvankelijk ging mijn interesse vooral uit de rol van een mogelijke vordering tot schadevergoeding van de wederpartij van de rechtspersoon, in de belangenafweging door de Ondernemingskamer bij de beslissing over dit soort conflicterende onmiddellijke voorzieningen. De slagingskans van een beroep op overmacht door de rechtspersoon leek mij van gewicht. In het onderzoek naar aanknopingspunten voor de Ondernemingskamer als zij over dit soort conflicterende onmiddellijke voorzieningen beslist, bleek van belang hoe de wederpartij reageert op de onmiddellijke voorziening. Daarom ben ik me gaandeweg meer gaan bezig houden met de positie van die wederpartij. De bevindingen kunnen de Ondernemingskamer behulpzaam zijn. Daarnaast kunnen de bevindingen nuttig zijn voor procespartijen bij het bepalen van de proceshouding. Voor de contractuele wederpartij van de rechtspersoon kunnen de gevolgtrekkingen bruikbaar zijn bij de keuze om al of niet als belanghebbende in de enquêteprocedure op te komen en het eigen belang onder de aandacht van de rechter te brengen. Er zijn opmerkingen gemaakt over het voorkomen van en het anticiperen op gevolgen van onmiddellijke voorzieningen voor de wederpartij van de rechtspersoon. Die opmerkingen zouden rechtspersonen en hun contractspartners kunnen aanspreken. De gewone burgerlijke rechter oordeelt over de contractuele rechten van de wederpartij. De observaties kunnen ook hem ten dienste staan.

1.5 Overzicht van de inhoud van het onderzoek

[17] Het onderzoek begint bij de onmiddellijke voorziening. In hoofdstuk 2 wordt het kader van de onmiddellijke voorziening geschetst: het enquête-recht.⁵² Hoofdstuk 3 beschrijft de rechterlijke bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Achtereenvolgens komen de historische achtergrond, de criteria voor toepassing, en de reikwijdte van de bevoegdheid aan bod. In hoofdstuk 4 wordt een aantal verschijningsvormen van de voorzieningen toegelicht. Deze drie hoofdstukken dienen om een beeld te geven van de vereisten voor en de noodzaak van onmiddellijke voorzieningen. Daarmee wordt afgebakend onder welke omstandigheden onmiddellijke voorzieningen worden getroffen.

[18] Met een onmiddellijke voorziening intervenueert de rechter in de interne rechtsverhoudingen binnen de rechtspersoon. De interne rechtsverhoudingen worden in 1.6.1. omschreven als de rechtsverhoudingen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken. In 3.10 tot en met 3.13 wordt besproken hoe ver zo'n maatregel mag strekken. De onmiddellijke voorziening is tijdelijk van aard.⁵³ Met zo'n voorziening mag volgens vaste jurisprudentie tijdelijk inbreuk gemaakt worden op de interne rechtsverhoudingen van de rechtspersoon.⁵⁴ Overigens vormt niet elke ingreep een inbreuk. Er zijn ook onmiddellijke voorzieningen – ingrepen – waarmee de interne rechtsverhoudingen worden hersteld, verhelderd of op orde gebracht.⁵⁵ Die voorzieningen zijn geen onderwerp van dit onderzoek.

[19] Er zijn onmiddellijke voorzieningen waarvan de werking zich niet beperkt tot de interne rechtsverhoudingen van de rechtspersoon, maar waarvan de invloed zich uitstrekt tot externe rechtsverhoudingen. Externe rechtsverhoudingen zijn de verhoudingen die niet de rechtspersoonlijke inrichting en de interne organisatie van de rechtspersoon betreffen. Ook die worden in 1.6.1 omschreven. In de juridische literatuur in het algemeen – dus niet beperkt tot het onderhavige thema – worden allerlei vormen van externe invloed wel aangeduid met 'derdenwerking'. Ik gebruik die aanduiding in dit onderzoek bij voorkeur niet.⁵⁶ Dat heeft te maken met een mogelijke spraakverwarring

52. Een onmiddellijke voorziening kan alleen getroffen worden in het kader van een enquête-procedure, zie 2.9.

53. 2.9.

54. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (Skygate); HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4888 (Versatel II). Zie verder 3.10 en 3.11.

55. Bijv. OK 1 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6843, *ARO* 2010/106 (Euroll Services B.V.). Over de hoedanigheid van een bestuurder bestond onduidelijkheid. Deze 'bestuurder' werd "voor zover nodig" geschorst. Zie ook 4.3.

56. Soms wordt wel aangesloten bij gebruikelijke terminologie, zie bijv. 5.6 (Derdenwerking van rechterlijke beslissingen), dat een aantal vormen van externe invloed inhoudt.

over het begrip derde. In 1.7 wordt een overzicht gegeven van het gebruik van het begrip ‘derde’ in de voor dit onderzoek relevante rechtsgebieden. Dat overzicht bevat een uitvoerige uiteenzetting over dat begrip in het enquêterecht. Het mondt uit in een toelichting over het gebruik van ‘derde’ in dit boek.

[20] Een contractuele relatie van de rechtspersoon met zijn wederpartij is een externe rechtsverhouding.⁵⁷ Zoals hiervoor is opgemerkt, is een (tijdelijke) inbreuk op de interne rechtsverhoudingen mogelijk.⁵⁸ Daarmee is niet gezegd dat een onmiddellijke voorziening ook inbreuk mag maken op een externe rechtsverhouding van de rechtspersoon. De invloed van onmiddellijke voorzieningen op contractuele relaties van een rechtspersoon hoeft overigens niet uit een inbreuk te bestaan. Dat geldt bijvoorbeeld voor voorzieningen die er toe leiden dat de rechtspersoon een vordering incasseert of een verbintenis nakomt of een prestatie ontvangt.⁵⁹ Een onmiddellijke voorziening die de rechtspersoon belet zijn verplichtingen uit een overeenkomst na te komen, vormt wel een inbreuk op een externe rechtsverhouding. Over dat fenomeen gaat het hier.

[21] Onderzoeksvraag f. stelt aan de orde of hetzij de contractuele verplichting, hetzij de onmiddellijke voorziening voorrang heeft (het eerste en het tweede scenario). Die kwestie wordt eerst onder de loep genomen.⁶⁰ Daarmee wordt begonnen om de volgende reden.

[22] Indien een rangorde zou kunnen worden vastgesteld, leidt het conflict tussen de voorziening en de verplichting niet tot veel complicaties voor de rechterlijke beslissing. Als de contractuele verplichting voor gaat, en de onmiddellijke voorziening die bedoeld is om nakoming te verhinderen uitwerking zal missen, ligt het voor de hand om af te zien van die voorziening. Daarmee wordt tevens voorkomen dat de Ondernemingskamer haar eigen gezag ondergraaft door ineffectieve maatregelen te nemen. Ze kan bezien of het met de voorziening beoogde doel – beteugeling van de chaos of facilitering van het onderzoek – gediend is met een andere maatregel. Prevaleert daarentegen de onmiddellijke voorziening, dan heeft de contractuele verplichting geen consequenties voor het uiteindelijke effect van de voorziening voor de rechtspersoon. De rechter hoeft zich dan over die consequenties niet te bekreunen.

[23] Wel geldt het volgende. Zelfs als de onmiddellijke voorziening voorrang zou hebben, speelt de contractuele verplichting van de rechtspersoon nog een rol in de beslissing over zo’n voorziening. Een maatregel die tot gevolg

57. Het onderzoek wordt beperkt tot contractuele verhoudingen; andere externe rechtsverhoudingen blijven buiten beschouwing, zie ook 1.6.1.

58. Nr. 20.

59. Zie 1.6.2.

60. Er zal niet van voorrang blijken. Daaruit wordt geconcludeerd dat het derde scenario naar Nederlands recht geldend is.

HOOFDSTUK 1

heeft dat de rechtspersoon een contractuele verplichting niet nakomt, raakt de belangen van de wederpartij van de rechtspersoon. Die belangen moeten worden betrokken in een afweging van de belangen van de rechtspersoon tegen de belangen van andere partijen.⁶¹ Deze afweging geeft echter geen uitsluitsel over de vraag of de maatregel uiteindelijk in het belang van de rechtspersoon is. Voor die laatste vraag moeten alle positieve en negatieve gevolgen voor de rechtspersoon tegen elkaar worden afgewogen.⁶²

[24] Het vraagstuk van de onverenigbaarheid van de voorziening en de contractuele verplichting wordt in hoofdstuk 5 vanuit formeelrechtelijk perspectief benaderd. De onmiddellijke voorziening wordt in het leven geroepen door een rechterlijke uitspraak. Onderzocht wordt of die ontstaanswijze meebrengt dat een contractuele verplichting moet wijken voor een voorziening. Vervolgens wordt nagegaan of de wetgever zich heeft uitgelaten over externe werking van onmiddellijke voorzieningen. Geeft de wet aanwijzingen over de verhouding tussen enerzijds de onmiddellijke voorziening en anderzijds de rechten van partijen met een externe rechtsverhouding tot de rechtspersoon? Daarbij worden andere regelingen betrokken, waarin de wetgever externe werking uitdrukkelijk heeft benoemd.

[25] Als de rangorde tussen de contractuele verplichting en de conflicterende onmiddellijke voorziening niet aanstonds vaststaat, is onderzoek nodig naar de rechten die de wederpartij van de rechtspersoon kan laten gelden. Wellicht doet de reactie van de wederpartij afbreuk aan het positieve effect van de onmiddellijke voorziening. De onderzoeksvragen a. en b. hebben daar betrekking op.

Hoofdstuk 6 staat in het teken van de vaststelling van die rechten. Ze vloeien voort uit een overeenkomst tussen de rechtspersoon en zijn wederpartij. Dat is een privaatrechtelijke verhouding, die niet tot de jurisdictie van de Ondernemingskamer behoort. Een andere rechter oordeelt over de inhoud van privaatrechtelijke verhoudingen.⁶³ Als de Ondernemingskamer zich verdiept in de denkbare effecten van de onmiddellijke voorziening, betreft ze daarin het (mogelijke) oordeel van de bevoegde rechter over de rechten van de wederpartij. Dat oordeel is medebepalend voor de effecten van de voorziening voor de rechtspersoon.

61. Tot die andere partijen horen ook intern betrokkenen, zoals aandeelhouders en bestuurders. Bij deze afweging staat in het enquêterecht het belang van de rechtspersoon voorop, zie 2.7.

62. In de derde variant (zie nr. 9), waarin de onmiddellijke voorziening de contractuele verplichting onverlet laat, moeten de belangen van andere partijen ook worden afgewogen tegen het belang van de rechtspersoon. Bij die variant kunnen die afwegingen min of meer samenvallen, als die andere partijen rechten tegenover de rechtspersoon kunnen doen gelden waardoor de rechtspersoon negatieve effecten ondervindt.

63. Zie 2.3.

Meestal heeft de bevoegde rechter nog niet geoordeeld over de privaatrechtelijke verhouding als de Ondernemingskamer beslist over een onmiddellijke voorziening. Dan maakt zij zich een voorstelling van het mogelijke, toekomstige oordeel van de bevoegde rechter. Overigens is het niet gezegd dat de bevoegde rechter te zijner tijd zal worden geadieerd.⁶⁴

[26] De bevoegde rechter oordeelt aan de hand van rechtsregels. Die regels maken deel uit van het recht dat van toepassing is op de overeenkomst tussen de rechtspersoon en de wederpartij. Wie zich een beeld wil vormen van het oordeel over de rechten van de wederpartij, behoeft dus inzicht in het op de overeenkomst toepasselijke recht. Aan het verwerven van dat inzicht kunnen haken en ogen zitten, bijvoorbeeld als vreemd recht van toepassing is of als de rechtspersoon en zijn wederpartij arbitrage zijn overeengekomen.⁶⁵ De enquête-procedure leent zich niet goed voor uitvoerige voorlichting over de inhoud van vreemd recht.⁶⁶ Dat heeft te maken met de aard van de procedure en – als over onmiddellijke voorzieningen wordt geoordeeld – met het spoedeisend karakter. Beperkte voorlichting kan meebrengen dat het inzicht van de Ondernemingskamer in de rechtspositie van de wederpartij gebrekkig blijft.⁶⁷ Met dat verschijnsel kan de Ondernemingskamer rekening houden in haar besluitvorming over de onmiddellijke voorziening.

[27] De Ondernemingskamer kan ook te maken krijgen met een al eerder gegeven oordeel van een andere rechter. In dat oordeel speelt de botsing tussen de contractuele verplichting en de onmiddellijke voorziening nog geen rol, want die voorziening heeft de Ondernemingskamer dan nog niet getroffen. Toch kan zo'n oordeel reële aanknopingspunten bieden voor begrip van de rechtspositie van de wederpartij van de rechtspersoon. Daarover gaat 6.3.⁶⁸ Daar wordt ook aangekaart of een oordeel van een andere rechter de Ondernemingskamer beperkt in haar beslissingsruimte, op grond van de afstemmingsregel.⁶⁹

64. In hfdst. 7 komt het achterwege blijven van procedures voor de bevoegde burgerlijke rechter over dit thema aan de orde. Daar worden mogelijke verklaringen voor dat verschijnsel aangestipt.

65. Dan kan voorlichting over de inhoud van de toepasselijke rechtsregels nodig zijn. Dit betreft de onderzoeksvragen c. en e.

66. Zie 6.4.

67. Overigens valt niet uit te sluiten dat het toepasselijke vreemde recht een voorrangsregel inhoudt, die prioriteit geeft aan ofwel de onmiddellijke voorziening dan wel de contractuele verplichting. Mocht dat blijken, dan kan de Ondernemingskamer op die informatie reageren zoals in nr. 22 is beschreven.

68. Vgl. onderzoeksvraag c.

69. Zie 6.3.1.

HOOFDSTUK 1

[28] Vervolgens worden een paar materieelrechtelijke aspecten van het vraagstuk onderzocht.⁷⁰ In hoofdstuk 7 wordt nagegaan welke rechten de wederpartij van de rechtspersoon kan laten gelden, als een onmiddellijke voorziening de rechtspersoon belemmert de overeenkomst na te komen.⁷¹ Er wordt gekeken naar Nederlands recht.⁷²

Rechtspersonen gaan allerlei contracten aan. In de praktijk komen onmiddellijke voorzieningen in aanvaring met verplichtingen van de rechtspersoon uit een paar soorten overeenkomst. In het bijzonder zijn dat aandelentransacties en managementovereenkomsten.⁷³ Het onderzoek naar de rechten van de wederpartij van de rechtspersoon wordt daarom toegespitst op die categorieën overeenkomsten. Bovendien zijn de mogelijke (financiële) consequenties van zo'n conflict naar verwachting bij aandelentransacties het meest verstrekkend.⁷⁴

[29] Contractuele verplichtingen zijn naar Nederlands recht verbintenissen. Hoofdstuk 7 houdt een paar algemene opmerkingen in over het begrip verbintenis naar Nederlands recht en een overzicht van de rechten en bevoegdheden van de schuldeiser. De nadruk ligt op facetten die van belang zijn voor het onderwerp van onderzoek. Aangezien het onderzoek gaat over verbintenissen die de rechtspersoon niet (tijdig en volledig) kan nakomen, is het uitgangspunt telkens dat de rechtspersoon de schuldenaar is. Zijn wederpartij is de schuldeiser, die ten gevolge van de onmiddellijke voorziening wordt geconfronteerd met het uitblijven van de prestatie van de rechtspersoon.

De wederpartij heeft in beginsel recht op nakoming en kan een vordering daartoe instellen. Hij kan de bevoegdheid tot verrekening hebben. De *imprévision* regeling kan uitkomst bieden.⁷⁵ Hij zou een eigen verplichting kunnen opschorten. Hij heeft in beginsel recht op schadevergoeding. En hij kan ontbinding van de overeenkomst nastreven. De criteria voor het gebruik van deze acties komen aan bod. Er wordt onderzocht welke consequenties het gebruik van de acties kan hebben voor de rechtspersoon, waarbij de belangstelling

70. In hfdst. 7, 8 en 9 ligt de nadruk op de onderzoeksvragen a. en b.

71. Vgl. onderzoeksvraag b.

72. In 6.4 wordt die keuze toegelicht.

73. Algemene verbintenisrechtelijke aspecten die relevant zijn voor de onderzoeksvragen zullen worden besproken in het licht van aandelentransacties. Aan de hand van aandelentransacties worden in hfdst. 8 gedachten ontvouwd over schuld aan tekortkoming in de nakoming van verbintenissen ten gevolge van onmiddellijke voorzieningen. In hfdst. 9 wordt toegelicht in welke betekenis de term managementovereenkomst wordt gebruikt. Voor managementovereenkomsten zijn arbeidsrechtelijke regels van belang. Verkeersopvattingen over het risico van tekortkoming in de nakoming ten gevolge van onmiddellijke voorzieningen worden in hfdst. 9 onderzocht in het licht van managementovereenkomsten.

74. Het financiële belang van een conflict kan bovendien zijn weerslag vinden in een grotere bereidheid om erover te procederen en in de proceshouding.

75. Verrekening en de *imprévision* staan ook de rechtspersoon ten dienste. Zie daarover 7.5 en 7.6.

vooral uit gaat naar nadelige gevolgen, omdat die afbreuk kunnen doen aan het beoogde positieve effect van de onmiddellijke voorziening. Ook wordt aandacht besteed aan de mogelijkheid dat succesvolle acties de effectiviteit van de onmiddellijke voorziening kunnen ondermijnen.⁷⁶

[30] Over de acties van de wederpartij en de toepasselijkheid van de criteria voor het aanwenden ervan, oordeelt de gewone burgerlijke rechter.⁷⁷ Een paar gedachten worden gewijd aan de invloed van het enquêterecht en de onmiddellijke voorziening op diens oordeel. Sommige van deze acties worden in de praktijk nauwelijks in stelling gebracht als een onmiddellijke voorziening nakoming van een verbintenis belemmert. Of ze zorgen niet voor problemen. Hoe komt dat? In hoofdstuk 7 worden mogelijke verklaringen geformuleerd.

[31] Aan de schadevergoedingsactie van de wederpartij wordt relatief veel aandacht besteed.⁷⁸ Dat is deels ingegeven doordat in de praktijk onder ogen is gezien, dat een conflict tussen een onmiddellijke voorziening en een verbintenis van de rechtspersoon zou kunnen leiden tot schade.⁷⁹ Aangenomen is wel dat de contractpartner recht heeft op vergoeding door de rechtspersoon van zijn schade.⁸⁰ Geopperd is dat de rechtspersoon de schade, die hij aan zijn wederpartij moet vergoeden, onder omstandigheden op grond van bestuurdersaansprakelijkheid zou kunnen verhalen op zijn bestuurders en commissarissen.⁸¹

76. Dat zou in het uiterste geval kunnen leiden tot het eerste van de drie in 1.2 genoemde scenario's.

77. Zie 6.2; vgl. nr. 25. Hierna wordt soms 'gewone' weggelaten en 'burgerlijke rechter' of 'civiele rechter' geschreven. Zie ook nt. 36 bij nr. 7.

78. 7.8-7.13. Hfdst. 8 en 9.15 hebben er indirect betrekking op.

79. In OK 4 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AB2476 (HBG) r.o. 3.23, wordt gewag gemaakt van "schade aan de hier ingeroepen belangen". Brink leidt hieruit af, dat het risico van schade voor een der betrokken partijen als gevolg van de onmiddellijke voorziening in de beslissing is meegewogen. Hij meent dat als de schade wordt geleden in een verbintenisrechtelijke verhouding, aansluiting moet worden gezocht bij art. 6:74 BW (M. Brink, annotatie bij OK 4 juli 2001, *JOR* 2001/149, nr. 5).

In OK 3 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *ARO* 2007/79 (ABN Amro), is overwogen dat het belang van Bank of America (de wederpartij) zich slechts zal kunnen vertalen in een "geldelijke tegemoetkoming of schadeloosstelling", te betalen door ABN Amro (de rechtspersoon) (r.o. 3.27).

Volgens A-G Timmerman heeft de Ondernemingskamer het belang van Bank of America voldoende betrokken in de noodzakelijke belangenafweging, door te overwegen dat Bank of America recht heeft op schadevergoeding als ABN Amro niet nakomt (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972, bij HR 13 juli 2007, *ARO* 2007/120, ad R07/102 HR, nr. 4.37).

Voor een mogelijke schadepost van Bank of America, zie M.P. Nieuwe Weme, annotatie bij OK 3 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *JOR* 2007/143, nr. 12.

80. Zie nr. 6.

81. Van Vliet, annotatie bij OK 3 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *NJB* 2007/1296. De mogelijkheden tot verhaal door de rechtspersoon, al dan niet op grond van bestuurdersaansprakelijkheid, vallen buiten het bestek van dit onderzoek.

HOOFDSTUK 1

[32] De schuldenaar-rechtspersoon is niet verplicht tot schadevergoeding als de tekortkoming in de nakoming van de verbintenis niet aan hem kan worden toegerekend. Dan is er overmacht. Er wordt gezocht naar omstandigheden waaronder een onmiddellijke voorziening overmacht op kan leveren.⁸² Het praktische nut daarvan is het volgende. Als de onmiddellijke voorziening overmacht zou opleveren, zou de wederpartij geen recht hebben op schadevergoeding. De rechtspersoon ondervindt dan van de voorziening niet het nadeel dat hij de wederpartij schadeloos moet stellen. Met een dergelijk nadeel zou dan bij het treffen van de onmiddellijke voorziening geen rekening hoeven te worden gehouden. Daarmee zou een factor, die de Ondernemingskamer beperkt in haar ruimte bij het treffen van zo'n voorziening, vervallen.

De tekortkoming in de nakoming kan de schuldenaar-rechtspersoon niet worden toegerekend, als die niet aan zijn schuld te wijten is en niet voor zijn risico komt. Voor een geslaagd beroep op overmacht zal dus moeten worden vastgesteld dat schuld en risico ontbreken. De criteria voor overmacht worden uitgewerkt met het oog op onmiddellijke voorzieningen.

[33] Bij het bepalen van schuld wordt een objectieve norm aangelegd: hoe dient een zorgvuldig schuldenaar zich in de gegeven omstandigheden te gedragen. Heeft de schuldenaar in kwestie in het concrete geval niet gehandeld conform die objectieve norm, dan treft hem het subjectieve verwijt dat hij de objectieve norm heeft geschonden. De objectieve norm kan pas worden toegepast, als zij voor het concrete geval inhoud heeft gekregen. De 'maatman' moet worden gevonden. In hoofdstuk 8 wordt gezocht naar concrete objectieve normen voor tekortkomingen door de rechtspersoon, die door onmiddellijke voorzieningen worden veroorzaakt. Dat gebeurt aan de hand van een paar gevoerde procedures over aandelentransacties.

In de beschouwingen worden verschillende situaties betrokken: het vermijden van twijfel aan het beleid van de rechtspersoon; het afwenden van een enquête naar dat beleid; het voorkomen van de onmiddellijke voorziening die de contractuele verplichting dwarsboomt. Deze varianten worden geadresseerd, omdat een onmiddellijke voorziening die niet getroffen wordt, de rechtspersoon niet kan verhinderen zijn verbintenis na te komen. Daarnaast is er aandacht voor procesrechtelijke mogelijkheden om te vermijden dat een onmiddellijke voorziening nakoming van de contractuele verplichting belemmert. Bij elk van deze situaties kan een eigen objectieve norm, een eigen maatman, horen.

[34] Een tekortkoming kan krachtens wet, rechtshandeling of verkeersopvattingen voor risico van de debiteur komen. Wat valt er te zeggen over toerekening van tekortkomingen ten gevolge van onmiddellijke voorzieningen krachtens deze drie gronden van risico? In 7.11 worden toerekening krachtens de wet en toerekening krachtens rechtshandeling behandeld. Omdat tussen

82. Hfdst. 8 en 9.15.

overheidsvoorschriften en rechterlijke uitspraken enige overeenkomsten bestaan, wordt speciaal aandacht besteed aan toerekening krachtens verkeersopvattingen van overheidsvoorschriften.⁸³ De rechtspersoon draagt in beginsel het risico voor de onmiddellijke voorziening die hij kon voorzien toen hij de verbintenis aanging. Daarom komt de voorzienbaarheid van de maatregelen aan bod.

Toerekening naar verkeersopvattingen wordt in 9.15 onderzocht aan de hand van onmiddellijke voorzieningen die ingrijpen in managementovereenkomsten.⁸⁴ Voorwerp van onderzoek is de ingreep in de verplichting van de rechtspersoon om een managementvergoeding te voldoen: de bezoldigingsingreep. Met die verplichting hangt een aanspraak op management fee van zijn wederpartij, de manager, samen.

[35] Twee maatregelen worden in hoofdstuk 9 onder de loep genomen. Dat zijn de schorsing van bestuurders en uitvoerders van bestuurstaken, en de bezoldigingsingreep. Alleen de tweede maatregel breekt in op een externe rechtsverhouding van de rechtspersoon. Deze voorziening kan echter nauwelijks los worden gezien van de maatregel van schorsing, zodat aan gezamenlijke bespreking van beide voorzieningen niet wordt ontkomen. Eerst wordt de aard van de rechtsverhoudingen beschreven, waarop die onmiddellijke voorzieningen aangrijpen (9.2 en 9.3). In dat kader zal relatief veel aandacht uitgaan naar het arbeidsovereenkomstenrecht. Aan de vraag, of het arbeidsovereenkomstenrecht wel toelaat dat de Ondernemingskamer de aanspraak van de bestuurder op bezoldiging tijdelijk opheft, zijn 9.4 tot en met 9.6 gewijd.⁸⁵

Vervolgens wordt de samenhang tussen de schorsingsmaatregel en de bezoldigingsingreep beschreven. Omstandigheden die deze maatregelen uitlokken komen aan bod (9.7 en 9.14). De manieren waarop de Ondernemingskamer omgaat met maatregelen ten aanzien van bezoldiging worden in kaart gebracht aan de hand van een aantal beschikkingen. Die praktijk zal nogal gevarieerd blijken te zijn. Daarom wordt nagegaan welke effecten en rechtsgevolgen de verschillende toepassingen van die maatregelen kunnen hebben, en of die rechtsgevolgen telkens stroken met het oogmerk van zo'n maatregel.⁸⁶ De paragrafen 9.12 tot en met 9.14 staan in het teken van de vraag in hoeverre bezoldigingsingrepen voldoen aan de enquêterechtelijke maatstaven. Prominente thema's zijn de bijzondere betrokkenheid bij de rechtspersoon van de bestuurder wiens aanspraak op management fee wordt aangetast en de verwijtbaarheid van diens handelen.

83. In 7.12.

84. Ingrepen in managementovereenkomsten zijn, naast maatregelen betreffende aandelentransacties, relatief frequente voorzieningen die botsen met contractuele verplichtingen van de rechtspersoon, vgl. nr. 28.

85. Mede in verband met de onderzoeksvragen a. en f.

86. In 9.7-9.11.

HOOFDSTUK 1

[36] Het uitgangspunt is dat onmiddellijke voorzieningen naar verkeersopvattingen voor risico van de rechtspersoon komen.⁸⁷ Denkbaar zijn er omstandigheden waaronder dat risico verschuift naar de wederpartij. Ook hier vragen de betrokkenheid bij de rechtspersoon en het verwijt aan de manager-beleidsbepaler aandacht. Onderzocht wordt of betrokkenheid bij het beleid van de rechtspersoon aanleiding voor risicoverschuiving zou kunnen zijn. In de beschouwing worden de leerstukken over toerekening van kennis aan rechtspersonen en over de aansprakelijkheid van feitelijk beleidsbepalers betrokken. Het feitencomplex dat in de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure wordt beoordeeld, is soms al onderwerp van een enquêteprocedure geweest en heeft mogelijk een onmiddellijke voorziening uitgelokt. Bekeken wordt of het verwijt, dat in de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure weerklinkt bij de rechter vindt, het risico voor zo'n onmiddellijke voorziening doet verschuiven naar de bestuurder.

1.6 Afbakening van het onderzoek

1.6.1 Interne en externe rechtsverhoudingen van de rechtspersoon

[37] Een onmiddellijke voorziening is gewoonlijk een rechterlijke ingreep in het samenstel van rechten en plichten binnen de rechtspersoon.⁸⁸ Die rechten en plichten bepalen de interne rechtsverhoudingen van de rechtspersoon. Deelgenoot aan de interne rechtsverhoudingen zijn de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken als bedoeld in artikel 2:8 lid 1 BW. Volgens vaste jurisprudentie mag een onmiddellijke voorziening tijdelijk inbreuk maken op de geldende interne rechtsverhoudingen.⁸⁹

Externe rechtsverhoudingen zijn verhoudingen die geen betrekking hebben op de rechtspersoonlijke inrichting en de interne organisatie van de rechtspersoon. Ze betreffen niet de verdeling van rechten, bevoegdheden en plichten binnen de rechtspersoon.

[38] Een contractuele verhouding van de rechtspersoon tot zijn wederpartij is naar haar aard extern. Een onmiddellijke voorziening die ingrijpt in een contractuele relatie van de rechtspersoon kan daarom worden aangemerkt als inbreuk op een externe rechtsverhouding. Het is overigens niet uitgesloten dat een deelgenoot aan de interne rechtsverhoudingen tevens een externe rechtsverhouding met de rechtspersoon heeft. Rechtspersonen en hun aandeelhouders en

87. 9.15.

88. Dat interne karakter van de ingreep hangt samen met de doelstellingen van het enquêterecht, zie 2.3.

89. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (Skygate); HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4888, *ARO* 2007/155 (Versatel II). Zie verder 3.10 en 3.11.

bestuurders staan in interne rechtsbetrekkingen tot elkaar. De rechtspersoon kan met zijn aandeelhouder of bestuurder een overeenkomst aangaan en die roept tussen hen een externe rechtsverhouding in het leven.

[39] De keuze van het onderwerp van dit proefschrift brengt mee, dat het onderzoek zich concentreert op contractuele relaties, en dat andere soorten externe verhoudingen buiten beschouwing blijven.⁹⁰ Opmerkingen die worden gemaakt over externe verhoudingen in het algemeen zijn vanzelfsprekend ook van toepassing voor zover die verhoudingen contractuele relaties zijn.

1.6.2 Beperking tot inbreuk makende externe werking van onmiddellijke voorzieningen

[40] De externe invloed van een onmiddellijke voorziening hoeft niet de gedaante van een inbreuk aan te nemen. Hier worden een paar voorbeelden gegeven van voorzieningen die wel (potentieel) van invloed zijn op een contractuele relatie van de rechtspersoon, maar geen inbreuk op die relatie maken. Het komt voor dat rechtspersonen nalaten vorderingen uit overeenkomsten te innen, bijvoorbeeld omdat de bestuurder dat weigert. Met een onmiddellijke voorziening in de vorm van schorsing van de weigerachtige bestuurder kan incasso van de vordering worden bewerkstelligd.⁹¹ De Ondernemingskamer kan een maatregel nemen met het oogmerk de weg te effenen voor nakoming door de rechtspersoon van een verbintenis. Of met het oogmerk de wederpartij van de rechtspersoon de gelegenheid te geven om de prestatie, waartoe zij verplicht is, te leveren.⁹² In deze gevallen is er geen strijd tussen de onmiddellijke voorziening en een verbintenis van de rechtspersoon. Deze soort onmiddellijke voorziening wordt dan ook niet besproken.

90. Die keuze is ingegeven door conflicten die zich hebben voorgedaan tussen onmiddellijke voorzieningen en contractuele verplichtingen van rechtspersonen, zie 1.1.

91. Bijv. OK 1 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:309, *ARO* 2016/46 (Delco Participations B.V.). De rechtspersoon had vorderingen; de bestuurders hadden uiteenlopende visies over de opeisbaarheid van de vorderingen en de wenselijke houding tegenover de (Chinese) debiteuren. Bij onmiddellijke voorziening werd een bestuurder benoemd met beslissende stem en zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid. In de overwegingen (maar niet in het dictum) werd de taak van deze bestuurder beschreven: het bepalen van het procesbeleid betreffende de vorderingen en het beslissen over eventuele incasso maatregelen.

92. Bijv. OK 22 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4041, *ARO* 2017/26 (Loda Holding B.V.), over een bedongen, maar ondanks daartoe verleende volmacht niet door de rechtspersoon gevestigd pandrecht ten gunste van de rechtspersoon. Bij onmiddellijke voorziening werd de (weigerachtige) bestuurder geschorst en een tijdelijk bestuurder benoemd.

HOOFDSTUK 1

1.6.3 Beperking tot verplichtingen die aan de onmiddellijke voorziening voorafgaan

[41] Conflicten tussen verplichtingen en voorzieningen kunnen op twee manieren ontstaan. De Ondernemingskamer kan een onmiddellijke voorziening treffen die conflicteert met een bestaande verbintenis van de rechtspersoon. Maar ook kan de rechtspersoon een verplichting aangaan die zich niet verdraagt met een reeds getroffen voorziening. In dit onderzoek is het uitgangspunt dat de verplichting er eerder is dan de (beslissing over de) onmiddellijke voorziening. Dat vloeit voort uit de achtergrond van de keuze van het onderwerp: de Ondernemingskamer dient de verwachte effecten van een beoogde onmiddellijke voorziening te betrekken in haar beslissing. Met nog onbekende toekomstige verplichtingen van de rechtspersoon kan zij bij haar beslissing geen rekening houden. Daarom vallen verplichtingen die ontstaan na de beslissing over een onmiddellijke voorziening in beginsel buiten het onderzochte thema. Wel zal in 7.13 worden opgemerkt, dat de rechtspersoon bij het aangaan van een verplichting nadat de onmiddellijke voorziening is getroffen, de mogelijke botsing kan voorzien en dat dat consequenties heeft voor zijn beroep op overmacht.

1.6.4 Beperking tot onmiddellijke voorzieningen

[42] Het onderzoek beperkt zich tot de onmiddellijke voorzieningen, als bedoeld in artikel 2:349a BW. In theorie kunnen ook voorzieningen, die na het constateren van wanbeleid kunnen worden getroffen op de voet van artikel 2:355 BW, de rechtspersoon verhinderen een contractuele verplichting na te komen.⁹³ Die voorzieningen zijn door de wetgever expliciet en limitatief opgesomd.⁹⁴ Een aantal van die voorzieningen leent zich niet voor een rechtstreekse ingreep door de Ondernemingskamer in een contractuele verplichting van de rechtspersoon. De voorzieningen van artikel 2:355 BW worden pas getroffen, nadat onderzoek naar het beleid van de rechtspersoon heeft uitgewezen dat van wanbeleid sprake is. Ze hebben niet het karakter van een spoedeisende noodmaatregel. Ze komen tot stand na een procedure, die met meer waarborgen is omkleed dan de procedure die tot een onmiddellijke voorziening leidt.⁹⁵ Er zijn dus verschillen in fundering tussen de onmiddellijke voorziening en de voorziening na wanbeleid.⁹⁶ Daarnaast hebben deze voorzieningen een ander doel.⁹⁷ Bovendien kan gezegd worden, dat het eventuele neveneffect van een voorziening na wanbeleid dat de rechtspersoon een verplichting niet nakomt,

93. Zie 2.9, ook voor de variaties in terminologie voor deze voorzieningen.

94. Art. 2:356 BW.

95. Zie hierover hfdst. 3.

96. De bevoegdheid van de Ondernemingskamer is ook een andere.

97. Zie 2.9.

inherent is aan een door de wetgever uitdrukkelijk gegeven regel. Al deze verschillen brengen mee, dat onverenigbaarheid van een voorziening na wanbeleid met een contractuele verplichting van de rechtspersoon, niet tot de in nr. 7 beschreven moeilijkheden leidt. De voorzieningen na wanbeleid worden daarom niet in de beschouwing betrokken.

1.7 Het begrip ‘derde’

[43] In dit onderzoek spelen zowel het verbintenissenrecht als het enquêtere recht een rol en daarom wordt van beide rechtsgebieden de terminologie gebruikt. Daarbij dreigt verwarring over het begrip ‘derde’.⁹⁸ In deze paragraaf wordt ingegaan op dat begrip en wordt het gebruik van het woord derde in dit boek toegelicht.

1.7.1 Verbintenissen en derden

[44] Uitgangspunt in het overeenkomstenrecht is, dat een overeenkomst alleen verbintenissen in het leven roept voor de partijen bij die overeenkomst.⁹⁹ In dat kader zijn derden degenen die geen partij zijn bij de overeenkomst. Over de precieze afbakening tussen ‘partijen’ en ‘derden’ is gediscussieerd.¹⁰⁰ Het gaat mij hier om niet om een definitie van het begrip derde in het verbintenissenrecht. Het gaat erom de inhoud van het begrip aan te duiden, ter onderscheiding van de inhoud die het woord derde in andere rechtsgebieden heeft. Daarvoor kan worden volstaan met de volgende omschrijvingen. Partij is degene die rechtstreeks of door middel van een vertegenwoordiger de overeenkomst is aangegaan.¹⁰¹ Voor derden brengt de overeenkomst in beginsel geen rechten of plichten mee.¹⁰²

Een verbintenis roept een rechtsbetrekking in het leven tussen de partijen die haar aangaan. Die partijen worden ook wel aangeduid met partij en wederpartij. In het geval van een overeenkomst wordt ook gesproken van contractpartners. De wederpartij en de contractpartner zijn geen derde in het kader van de verbintenis.

98. Zie ook nr. 19.

99. BW Boek 6, Titel 5, Afdeling 4; Asser/Sieburgh 6-III 2018/514.

100. Asser/Sieburgh 6-III 2018/516, 517.

101. Asser/Sieburgh 6-III 2018/514.

102. BW Boek 6, Titel 5, Afdeling 4 houdt uitzonderingen in, onder meer voor het derdenbeding (art. 6:253 BW).

HOOFDSTUK 1

1.7.2 Derde in het burgerlijk procesrecht

[45] Het burgerlijk procesrecht kent eveneens de derde.¹⁰³ Het is, ruwweg, degene die niet procespartij is, de buitenstaander ten opzichte van de procedure.¹⁰⁴ Hierna zal blijken dat een partij, die in het enquêterecht juist niet pleegt te worden aangeduid met derde, in procesrechtelijke zin heel goed derde kan zijn. In het enquêterecht zijn de figuren, die betrokken zijn bij de organisatie van de rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:8 lid 1 BW, geen derden. Als de rechtspersoon verwickeld is in een procedure, en die figuren zijn geen partij in die procedure, zijn ze ‘derde’ in procesrechtelijke zin.

1.7.3 Derde in het ondernemingsrecht

[46] In het ondernemingsrecht heeft het woord derde vaak een andere inhoud dan in het verbintenissenrecht en het procesrecht. Leijten signaleert deze discrepantie ook. Hij wijst er op dat bij primair institutionele rechtsgebieden, zoals het rechtspersonenrecht, derden degenen zijn die buiten de organisatie van de rechtspersoon staan.¹⁰⁵ In – globaal – die betekenis komt ‘derde’ voor in Boek 2 BW en in de Wet op de ondernemingsraden.¹⁰⁶ In commentaren en literatuur valt niet altijd uit de context af te leiden hoe het begrip precies omlijnd wordt. Dat vloeit vermoedelijk voort uit de veronderstelling dat de lezer wel begrijpt welke buitenstaanders worden bedoeld en bovendien is een exacte definitie lang niet altijd nodig. Derden worden soms onderscheiden van wederpartijen.¹⁰⁷ Ook komt het voor dat personen die statutaire rechten hebben – of ze ‘buiten de organisatie staan’ is voor discussie vatbaar – met ‘derden’ worden aangeduid.¹⁰⁸ Een enkele keer wordt opgemerkt dat aandeelhouders niet tot de derden worden gerekend.¹⁰⁹

103. Bijv. art. 118 Rv, oproeping van derden in het geding, en art. 376 Rv, derdenverzet.

104. Door oproeping, bedoeld in art. 118 Rv, transformeert de derde tot partij. Zie daarover Möhlmann, *TCR* 2017/3, p. 100-110.

105. Leijten 2002, p. 65.

106. Bijv. in art. 2:107a, lid 1 aanhef en onder a, BW en in art. 26, lid 5, WOR.

107. Bijv. in art. 2:6 lid 1 BW. In art. 25 lid 1 Handelsregisterwet, dat in verband met art. 2:6 lid 1 BW relevant is, worden alleen derden genoemd. Daarmee wordt iedereen behalve de rechtspersoon aangeduid (Snijder-Kuipers, in: *T&C Ondernemingsrecht* 2019, art. 25 Hregw 2007, aant. 2.e.). Indien ‘derden’ wordt opgevat als ‘iedereen behalve de rechtspersoon’, is dat een ruimere kring dan in de omschrijving van Leijten, waarin derden buiten de organisatie van de rechtspersoon staan.

108. Bijv. Schwarz, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:122 BW, aant. 1, (online, bijgewerkt 15 mei 2018).

109. Bijv. m.b.t. deponering van statutenwijziging (Dortmond 2013/348).

1.7.4 Derde in het enquêterecht

[47] Het enquêterecht maakt deel uit van het ondernemingsrecht. In literatuur en rechtspraak over het enquêterecht worden partijen die niet behoren tot de interne organisatie van de rechtspersoon veelvuldig met derden aangeduid, daarmee aansluitend bij de zojuist vermelde omschrijving van Leijten. Zelf definieert hij, onder verwijzing naar artikel 2:8 lid 1 BW, derden in het enquêterecht als “anderen dan degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken”.¹¹⁰ Op het definiëren van de derde in het enquêterecht met behulp van artikel 2:8 lid 1 BW wordt zo meteen terug gekomen. Het woord derde wordt in het enquêterecht ook gebruikt voor andere figuren. De jurisprudentie en de commentaren die de zaak ABN Amro heeft opgeleverd illustreren dat. Daarin is de derde meestal een (potentiele) contractpartner die geen deel uitmaakt van de organisatie van de rechtspersoon en zijn onderneming.¹¹¹

110. Leijten 2002, p. 65. De zinsnede ‘degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken’ staat in art. 2:8 lid 1 BW.

111. Een paar voorbeelden in chronologische volgorde:

1. De Ondernemingskamer rept van derde partijen (OK 3 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *ARO* 2007/79;
2. M.P. Nieuwe Weme, annotatie bij OK 3 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *JOR* 2007/143, nr. 8;
3. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972, bij HR 13 juli 2007, *ARO* 2007/120, 1e conclusie nr. 4.35: “voorts kan niet als regel worden aanvaard dat een voorziening die de ondernemingskamer treft nimmer ertoe mag leiden dat een vennootschap wanprestatie pleegt onder een overeenkomst met derden. De eis dat een getroffen voorziening proportioneel dient te zijn, omvat mede een beoordeling van de gevolgen die een getroffen voorziening heeft voor derden”; 2e conclusie, nr. 2.11: “dat een voorziening die de ondernemingskamer treft nimmer ertoe mag leiden dat de vennootschap wanprestatie pleegt onder een overeenkomst met derden is geen regel die kan worden aanvaard”;
4. Storm 2008, p. 38: “Aan het slot van zijn beschikking (inzake ABN Amro, ACF) betrok de Hoge Raad de belangen van derden bij uitvoering van de rechtsgeldig gesloten overeenkomst tot verkoop van LaSalle. De door de OK getroffen onmiddellijke voorziening (verbod die overeenkomst uit te voeren) gaf in elk geval voor de duur van het geding externe werking aan die voorziening en was daarom jegens de andere partijen bij die overeenkomst niet gerechtvaardigd.”;
5. Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017/118 (i.v.m. het ontbreken van externe werking van een gebrek in de besluitvorming (art. 2: 107a lid 2 BW)): “... dat in de visie van de Hoge Raad onmiddellijke voorzieningen de rechten van derden niet kunnen aantasten wanneer deze uitdrukkelijk door een bepaling als art. 2:107a lid 2 worden beschermd”.

HOOFDSTUK 1

1.7.5 Het definiëren van de derde met behulp van artikel 2:8 lid 1 BW; een kanttekening

[48] Artikel 2:8 BW behelst een gedragsregel die van toepassing is op de interne verhoudingen binnen de rechtspersoon.¹¹² Op het eerste gezicht ligt het voor de hand en is het aantrekkelijk om voor de afbakening van het begrip derde in het enquêterecht aan te haken bij die bepaling. De derde is dan iedereen die niet valt onder de reikwijdte van die bepaling, dus iedereen die niet behoort tot de ‘rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken’.

[49] In dit verband is de wettelijke bepaling die de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen regelt, artikel 2:349a lid 2 BW, opmerkenswaardig. In tegenstelling tot de versie van het artikel die gold tot 1 januari 2013, houdt de bepaling sindsdien de woorden “gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken” in, waarmee is aangesloten bij artikel 2:8 lid 1 BW.¹¹³ Met de nieuwe formulering is jurisprudentie gecodificeerd over de vereiste belangenafweging bij het treffen van voorzieningen.¹¹⁴ Zo bezien, schrijft deze bepaling in de nieuwe formulering niet voor dat belangen van buitenstaanders worden betrokken in de afweging. De wetgever heeft mijns inziens niet bedoeld een beperking ten opzichte van oudere jurisprudentie aan te brengen.¹¹⁵ Dat kan worden afgeleid uit de vermelding dat ook rekening moet worden gehouden met “externe belangen”.¹¹⁶

112. Van Schilfgaarde 2016/42; Asser/Maeijer & Kroeze 2–I* 2015/224.

113. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel is de betreffende zinsnede uitvoerig besproken, onder verwijzing naar art. 2:8 lid 1 BW, zie Kamerstukken II 2011/12, 32887, 5 (Verslag II) en Kamerstukken II 2011/12, 32887, 6 (NV II). Overigens werd ook gerept van “de belangen van de vennootschap en de bij de vennootschap betrokken partijen”, zie Kamerstukken II 2010/11, 32887, 3, p. 31 (MvT).

114. Kamerstukken II 2010/11, 32887, 3, p. 20 (MvT). In het bijzonder van HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523 (DSM), waarin werd overwogen: “In elk geval zal de ondernemingskamer bij de uitoefening van haar bevoegdheid (tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, AF) voldoende rekening moeten houden met, en een billijke afweging moeten maken van, de belangen van de betrokken partijen”. Ook valt te lezen dat beoogd is de “grenzen van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te treffen (te) verduidelijken door de vereiste belangenafweging” neer te leggen in art. 2:349a lid 2 BW en dat de jurisprudentie van de Hoge Raad er in de kern op neerkomt dat de Ondernemingskamer rekening moet houden met “de belangen van zowel de rechtspersoon als degenen die krachtens de wet en de statuten zijn betrokken bij zijn organisatie” (MvT, p. 31).

115. Waaronder HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (Skygate).

116. Kamerstukken II 2011/12, 32887, 6, p. 21 (NV II), waar de Minister opmerkt: “Er moet dus een afweging van belangen plaatsvinden. Het gaat dan om de belangen van de rechtspersoon ten opzichte van de bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken partijen. Daarbij moet ook rekening worden gehouden met relevante externe belangen, zoals die van werknemers. Voor wat betreft degenen die krachtens wet en statuut bij de organisatie zijn betrokken, kan worden gedacht aan de belangen van bestuurders, commissarissen en de aandeelhouders.”.

[50] Om de derde met behulp van artikel 2:8 BW scherp te kunnen definiëren, moet worden vastgesteld wie precies die artikel 2:8-figuren zijn.

Het gaat, naast de rechtspersoon zelf, om degenen die hun betrokkenheid bij de verhoudingen binnen de rechtspersoon ontleen aan de wet en de statuten. Daarbij denkt men allereerst aan leden van de organen van de rechtspersoon. Het begrip orgaan is in de wet niet gedefinieerd en de omschrijvingen ervan zijn niet altijd hetzelfde. Kroeze hanteert de omschrijving “een ‘instantie’ aan wie door de wet of de statuten de bevoegdheid is toegekend om besluiten te nemen die rechtens gelden als besluiten van de rechtspersoon”.¹¹⁷ Als orgaan van de naamloze vennootschap en van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid worden aangemerkt de algemene vergadering, het bestuur, de raad van commissarissen en de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen.¹¹⁸ Bij de naamloze vennootschap onderscheidt men ook nog de vergadering van houders van aandelen van een bijzonder soort, en bij de besloten vennootschap de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding.

Maar ook houders van certificaten met vergaderrechten en vruchtgebruikers van aandelen vallen onder artikel 2:8 lid 1 BW.¹¹⁹ Daarnaast worden pandhouders van aandelen meestal gerekend tot degenen die krachtens wet en statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken.¹²⁰ In de voorloper van artikel 2:8 lid 1 BW werden leden, aandeelhouders, houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, en zij die deel uitmaken van de organen van de rechtspersoon opgesomd.¹²¹ Met de nieuwe formulering is gekozen voor een wat ruimere toepasselijkheid.

[51] Artikel 2:8 lid 1 BW betreft dus niet uitsluitend leden van de organen, die een formele positie binnen de rechtspersoon bekleden. Het gaat om wat wel wordt aangeduid als de kring van “institutioneel betrokkenen”.¹²²

117. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/186. Vergelijkbaar: “een uit een of meer personen bestaande functionele eenheid die door de wet of de statuten met beslissingsbevoegdheid in vennootschappelijke aangelegenheden is bekleed” (Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, 2017/3). In Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II 1997/37 luidt de definitie “instanties binnen de rechtspersoon aan wie krachtens wet of statuten de taak en bevoegdheid toekomt om besluiten te nemen die rechtens gelden als besluiten van de rechtspersoon”. Zie voor een beschrijving aan de hand van bevoegdheden en taken ook: Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming* (SBR 7), 2019/93.

118. Art. 2:78a BW en art. 2:189a BW.

119. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/224.

120. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/312. Hamers rekende alleen pandhouders met stemrecht tot de kring van art. 2:8 BW (Hamers, *NV* 1997/10, p. 285). Zie over het stemrecht op verpande aandelen Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019/424.

121. Het betrof het van 1976 tot 1992 vigerend art. 2:7 BW, dat dezelfde strekking had. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/224; Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II 1997/46.

122. Zie ook Van Schilfgaarde 2016/43; hij staat een ruim toepassingsbereik van de bepaling voor tot figuren voor wie ‘institutionele redelijkheid en billijkheid’ geldt. Voor het door Van Schilfgaarde gemaakte onderscheid tussen de contractuele opvatting en de institutionele opvatting over het karakter van vennootschappen zie Van Schilfgaarde 2016/51.

HOOFDSTUK 1

Ik meen dat ook de ondernemingsraad, die niet als orgaan wordt beschouwd maar wel is geïnvolveerd in de vennootschappelijke inrichting of de ‘governance’, deel uitmaakt van die kring en dat leden van het bestuur van een certificaten uitgevende stichting (stichting administratiekantoor) er eveneens bij horen.¹²³ Maeijer heeft geopperd dat de statutaire procureur, de statutaire directeur van een vereniging, coöperatie of stichting, en in bepaalde omstandigheden de ondernemingsraad tot die kring kunnen worden gerekend.¹²⁴ Leijten suggereert dat de faillissementscurator en de bewindvoerder er ook onder moeten worden begrepen.¹²⁵

Op deze plaats wordt niet uitvoeriger ingegaan op redenen om bepaalde figuren wel of niet tot het gezelschap van artikel 2:8 lid 1 BW te rekenen. In grote lijnen bestaat consensus over de samenstelling van die kring. Het voorgaande illustreert dat over de precieze afbakening wel discussie mogelijk is. Die ‘rafelranden’ beperken de geschiktheid van deze bepaling als uitgangspunt voor een nauwkeurige definitie van derden in het enquêterecht.

1.7.6 Het gebruik van het begrip derde in dit boek

[52] Het begrip derde behoort dus tot de lingua franca van het recht, in die zin dat er in het jargon van verschillende rechtsgebieden een buitenstaander mee wordt bedoeld. Het gebruik ervan kan evenwel, zoals uit het voorgaande blijkt, een hachelijke zaak zijn voor wie zich beweegt in de buurt van de raakvlakken van of de scheidslijnen tussen verschillende rechtsgebieden, waarvoor bovendien verschillende regels van formeel recht gelden.

Met dit onderzoek begeef ik mij op een terrein waar het verbintenissenrecht en het enquêterecht elkaar lijken te overlappen, of misschien beter gezegd, om voorrang strijden. Het enquêterecht krijgt gestalte in de enquêteprocedure, die een ander karakter heeft dan de civiele procedure die van toepassing is op verbintenisrechtelijke kwesties. In het onderzoek wordt een prominente plaats ingenomen door partijen die in het verbintenissenrecht uitdrukkelijk niet derden worden genoemd, maar wederpartijen, terwijl zij in het enquêterecht wel met derden plegen te worden aangeduid. Spraakverwarring ligt derhalve op de loer. Ik zal die partijen bij voorkeur wederpartij of contractpartner noemen. Als ik me af en toe van het woord derde bedien bedoel ik nooit de derde in de verbintenisrechtelijke zin van partij voor wie de overeenkomst geen verplichtingen of rechten meebrengt, tenzij ik dat expliciet vermeld. Met ‘derde’ sluit ik aan bij het gebruik van die term in het enquêterecht of ik bedoel ‘buitenstaander’ voor het in die gevallen besproken thema.

123. Zie voor verschillende opvattingen over de positie van de OR: Asser/Maeijer & Kroeze 2–I* 2015/ 225.

124. Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II 1997/46.

125. Leijten 2002, p. 66.

Hoofdstuk 2. Het enquêterecht; het kader van de onmiddellijke voorzieningen

2.1 Inleiding

[53] Ter toelichting van de onderzoeksvragen is in hoofdstuk 1 uiteengezet, dat de Ondernemingskamer de verwachte effecten van een beoogde onmiddellijke voorziening voor de rechtspersoon inventariseert voordat zij beslist. Het onderzoek begint daarom met de onmiddellijke voorziening en aspecten van de beslissing. De mogelijkheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen maakt deel uit van het enquêterecht. In dit hoofdstuk worden het enquêterecht en de enquêteprocedure kort beschreven.

Eigenschappen van de enquêteprocedure die met de aard van het enquêterecht samenhangen komen aan de orde. Een bijzonderheid van het enquêterecht is, dat het gaat om het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon. Dat brengt mee dat de rechtspersoon een aparte plaats heeft in de procedure. Een enquêteverzoek kan worden toegewezen als blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken van de rechtspersoon te twijfelen. De beslissing van de Ondernemingskamer op het verzoek gaat gepaard met een belangenafweging. Bij die afweging zal iets uitvoeriger worden stilgestaan.¹ De belangen van de rechtspersoon wegen zwaar in het enquêterecht. Dat heeft consequenties voor de beslissruimte die de rechter heeft en voor de partijautonomie.

2.2 Wettelijke inbedding van de onmiddellijke voorziening; het enquêterecht

[54] De regeling van het enquêterecht is opgenomen in het Burgerlijk Wetboek in Boek 2, Titel 8, Afdeling 2, *Het recht van enquête*. De bepalingen van Boek 2 zijn dwingend recht, voor zover er niet bij wet van is afgeweken.² Uit

-
1. De beslissing om een onmiddellijke voorziening te treffen gaat gepaard met een eigen afweging, die te onderscheiden is van de belangenafweging bij de beslissing over een enquête. De verschillende belangenafwegingen zien niet steeds op soortgelijke belangen van soortgelijke partijen. Bij de selectie van een onmiddellijke voorziening komt een afweging aan de orde van voordelige effecten voor de rechtspersoon tegen nadelige effecten voor de rechtspersoon. De belangenafwegingen komen aan de orde in hfdst. 3.
 2. Art. 2:25 BW.

HOOFDSTUK 2

de wet kan niet worden afgeleid dat afwijken van de regeling van het enquêterecht mogelijk is.³

[55] Het enquêterecht wordt door Geerts gedefinieerd als: “de mogelijkheid om op bevel van de Ondernemingskamer het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon door een onderzoeker te laten onderzoeken en de mogelijkheid voor de Ondernemingskamer door middel van het treffen van (onmiddellijke) voorzieningen in te grijpen”.⁴ Ook Willems omschrijft het enquêterecht instrumenteel als een juridisch middel, waarmee het beleid van de rechtspersoon en zijn onderneming ter beoordeling kan worden voorgelegd aan de rechter en dat de rechter ingreepmogelijkheden geeft.⁵ Deze omschrijvingen schetsen de bevoegdheden die het enquêterecht de rechter geeft en duiden de procedure en procesrechtelijke bijzonderheden aan. De Hoge Raad heeft het enquêterecht als volgt gekarakteriseerd: “De basis van het enquêterecht is het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon, met het doel na te gaan of sprake is (geweest) van wanbeleid”.⁶ Hierin valt de vermelding van een doel van het enquêterecht op.⁷

[56] De enquêteprocedure is een verzoekschriftprocedure en de Ondernemingskamer is aangewezen als de bevoegde rechter.⁸ In de procedure worden twee fasen onderscheiden.⁹ De eerste fase wordt ingeluid door een in artikel 2:345 BW bedoeld verzoek aan de Ondernemingskamer tot het doen instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon. Op dat verzoek kan de Ondernemingskamer een onderzoeker benoemen, die het onderzoek verricht. De eerste fase eindigt nadat de onderzoeker het verslag van het onderzoek ter griffie van de Ondernemingskamer deponeert.¹⁰ Eventueel

-
3. OK 18 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY3865, *ARO* 2012/151 (Harbour Antibodies), r.o. 3.2: van de wettelijke regeling van het enquêterecht kan niet worden afgeweken en de overheidsrechter is exclusief bevoegd.
 4. Geerts 2004, p. 1.1.
 5. Willems 2016, p. 2. De rechtspersoon is mannelijk, daarom ‘zijn onderneming’; zie ook 1.2 nt. 42.
 6. HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240 (Tekst Lite), r.o. 4.1.1.
 7. Doel en karakter van de procedure zijn verweven. In de volgende paragrafen zal blijken dat het enquêterecht primair gericht is op het functioneren van ondernemingen. Daarmee wijkt de procedure af van procedures die gericht zijn op het beslechten van geschillen. Zie ook 1.1 nt. 37.
 8. In art. 2:345 lid 1 BW staat: “de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam”. Dit kan de indruk wekken dat er nog andere ondernemingskamers zijn. Er is één, landelijk bevoegde, Ondernemingskamer (art. 66 RO). Sinds 1 januari 2012 is er een ondernemingskamer in het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba, die haar eerste zitting hield op 30 maart 2012.
 9. In 2.4 komt een voorafgaande fase aan de orde. Het onderzoek wordt soms als afzonderlijke fase beschouwd.
 10. Zie uitvoeriger over het tijdstip waarop de eerste fase eindigt 2.4. Als geen onderzoek wordt bevolen, eindigt de eerste fase bij afwijzing van het verzoek.

kan de tweede fase volgen, waarin de Ondernemingskamer beoordeelt of uit het verslag van het onderzoek van wanbeleid van de rechtspersoon is gebleken. De Ondernemingskamer kan in geval van wanbeleid de in artikel 2:356 BW vermelde maatregelen treffen. Sommige schrijvers beschouwen het onderzoek als een afzonderlijke fase en onderscheiden dus drie fasen.¹¹ Hier wordt, in overeenstemming met het meest gangbare spraakgebruik, gesproken over een eerste fase, inclusief het onderzoek, en een tweede fase. De procedure wordt beschreven in 2.4 en 2.5.

[57] Onmiddellijke voorzieningen zijn maatregelen die slechts in het kader van de enquêteprocedure genomen kunnen worden. De bevoegdheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen is aan de Ondernemingskamer gegeven in artikel 2:349a lid 2 BW.¹² De bepaling neemt in dit boek een prominente plaats in en wordt daarom hier aangehaald. Zij luidt:

“Indien gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken een onmiddellijke voorziening vereist is in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek, kan de ondernemingskamer in elke stand van het geding op verzoek van de indieners van het in artikel 345 bedoelde verzoek een zodanige voorziening treffen voor ten hoogste de duur van het geding. Artikel 357 lid 6 is van overeenkomstige toepassing.”¹³

2.3 Doeleinden van het enquêterecht

[58] Waartoe dient het enquêterecht? Wie een uitputtend antwoord op die vraag in de wet zoekt, vindt dat niet. Artikel 2:355 lid 5 BW houdt wel een fingerwijzing in. Daar wordt gewag gemaakt van maatregelen die een einde maken aan het wanbeleid of die de gevolgen van het wanbeleid zoveel mogelijk ongedaan maken of beperken.¹⁴

De Hoge Raad heeft in zijn veelbesproken beschikking in de tweede fase van de Ogem-zaak de vraag naar de doeleinden van de enquêteprocedure beantwoord.¹⁵ De doeleinden zijn: de sanering van de verhoudingen en het herstel van

11. Voor een overzicht zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/730.

12. De bepaling maakt deel uit van de wettelijke regeling van het enquêterecht.

13. Voor 1 januari 2013 luidde art. 2:349a lid 2 BW: “Indien in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek een onmiddellijke voorziening is vereist, kan de ondernemingskamer in elke stand van het geding op verzoek van de indieners van het in artikel 345 bedoelde verzoek een zodanige voorziening treffen voor ten hoogste de duur van het geding”. Zie 3.6 over de wetswijziging.

14. Het begrip wanbeleid is niet vast omschreven. Voor voorbeelden zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/790.

15. HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1233 (Ogem). De overweging luidt: “dat de wetgever (...) als doeleinden van een enquête niet slechts heeft beschouwd de sanering van en

HOOFDSTUK 2

gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de rechtspersoon, het verkrijgen van opening van zaken, en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid. Daarnaast wordt de preventieve werking van de mogelijkheid van de instelling van een enquête genoemd. De Hoge Raad knoopt hieraan vast dat ook in geval van faillissement of surséance van betaling een rol voor het enquêterecht kan zijn weggelegd. Eikelboom merkt op dat deze doelstellingen aansluiten bij de MvT bij de regeling van het enquêterecht in 1971.¹⁶ Met het oog op het doel om vast te stellen wie verantwoordelijk is voor wanbeleid, kan het onderzoek zich uitstrekken tot het functioneren van individuen die deel uitmaken van de organen van de vennootschap. Dit blijkt uit de beschikking van de Hoge Raad in de zaak Text Lite.¹⁷

Willems heeft gewezen op het ontbreken van een wettelijke definitie van het enquêterecht en van een wettelijke begrenzing van de functie.¹⁸ Hij heeft op grond daarvan verondersteld dat de enquête onbegrensde doeleinden kan dienen.¹⁹ Ook voor het afdwingen van nakomen van civielrechtelijke overeenkomsten en het vernietigen van overeenkomsten zag hij mogelijkheden binnen de enquêteprocedure.

De reikwijdte van het enquêterecht is niet grenzeloos gebleken. Het beslechten van geschillen van louter vermogensrechtelijke aard behoort niet tot de doeleinden van het enquêterecht en het doen van onderzoek naar de feitelijke achtergrond van geschillen van vermogensrechtelijke aard evenmin. Dat heeft de Hoge Raad bepaald in achtereenvolgens de zaken Unilever en KPNQwest.²⁰

het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid, terwijl bovendien van de mogelijkheid van de instelling van een enquête een preventieve werking zou kunnen uitgaan”.

16. Eikelboom 2017, p. 3.3.1.

17. HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240 (Tekst Lite). R.o. 4.1.1 houdt in: “Bij zodanig onderzoek zal de beoordeling van de verantwoordelijkheid van een orgaan van de rechtspersoon niet altijd los gezien kunnen worden van de individuele verantwoordelijkheid van de personen, die het orgaan uitmaken. In zijn algemeenheid kan dan ook niet gezegd worden dat een enquête zich niet kan uitstrekken tot een onderzoek naar het functioneren van de personen die de rechtspersoon doen optreden”.

18. Willems 2000, p. 37.

19. De enquêteprocedure zou volgens hem kunnen functioneren “ten behoeve van sanering en herstel van gezonde verhoudingen binnen de onderneming van de rechtspersoon, van vaststelling van verantwoordelijkheden, van het doen nakomen van civielrechtelijke overeenkomsten of het uitoefenen van rechten of het vernietigen van overeenkomsten, van het doen nakomen van informatieplichten, van preventie en van rechtsvorming, van het op peil brengen van de faillissementskas, van het afdwingen van medezeggenschapsrechten en van al datgene wat verder maar zou kunnen worden bedacht of van wat zich in de toekomst verder zal kunnen aandienen” (Willems 2000, p. 38).

20. HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465 (Unilever); HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BD5516 (KPNQwest), r.o. 3.2.3. Voor het overige zijn in de KPNQwest-beschikking de doeleinden van het enquêterecht, zoals opgesomd in de Ogem-beschikking, herhaald.

De grenzen staan sindsdien niet onwrikbaar vast en worden in de rechtspraak van tijd tot tijd opgerekt.²¹

De doeleinden, door de Hoge Raad geformuleerd in de beschikkingen in de zaken Ogem en Text Lite en afgebakend in de beslissingen in de zaken Unilever en KPNQwest, benadrukken mijns inziens dat het doel van het enquêterecht van praktische aard is.²² Het enquêterecht staat ten dienste aan het deugdelijk functioneren van rechtspersonen, die ondernemingsactiviteiten ontplooiën en maatschappelijke functies hebben.²³ Het doel van het enquêterecht is in wezen tweeledig. Het enquêterecht is niet alleen gericht op een juiste rechtstoestand, maar ermee wordt ook een adequate bedrijfseconomische toestand nagestreefd.²⁴ De twee bestanddelen zijn naar mijn mening als gelijkwaardig te beschouwen. Deze tweeledigheid vindt weerspiegeling in de samenstelling van de bevoegde rechter. In de Ondernemingskamer hebben leden zitting, de raden, die zijn benoemd vanwege hun expertise op het bedrijfseconomische vlak in ruime zin.²⁵

[59] Op 1 januari 2013, dus na de hiervoor vermelde jurisprudentie, is het enquêterecht gewijzigd.²⁶ Deze herziening heeft niet geleid tot een significante wijziging van de omschrijving van de doeleinden van het enquêterecht. In de MvT is aandacht aan de doeleinden besteed. Gewezen is op de door de Hoge Raad in de Ogem-uitspraak ingezette lijn en de verduidelijking, in de zaak KPNQwest, dat een enquêteverzoek niet toewijsbaar is, als sprake is van een geschil van louter vermogensrechtelijke aard waarbij de doeleinden van een enquête niet verwezenlijkt kunnen worden.²⁷ Welke die doeleinden zijn is in de MvT overigens niet geëxpliciteerd.

-
21. Storm merkt op dat daarbij wordt verwezen naar “de strekking van het enquêterecht” (Storm 2018, 2.1).
 22. Eikelboom wijst op een ander praktisch element: hij noemt het wezen van de enquêteprocedure een praktische manier om te procederen over interne rechtsverhoudingen van de rechtspersoon (Eikelboom 2017, p. 2.2.6).
 23. Zie ook Eikelboom, die opmerkt dat het bij toepassing van het enquêterecht aankomt op de economische werkelijkheid (Eikelboom 2017, p. 2.2.1).
 24. Vgl. A-G Timmerman: “Het enquêterecht beoogt de beginselen van behoorlijk ondernemerschap te bevorderen” (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2005:AU2465, bij HR 18 november 2005 (Unilever), 4.6).
 25. Art. 66 RO. Accountants, bedrijfseconomen, bedrijfskundigen, leden van besturen van beursgenoteerde vennootschappen, medezeggenschapsdeskundigen, enz., worden tot raad benoemd. Men hoeft geen jurist te zijn.
 26. Op die datum is de Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête (Stb. 2012, 274) in werking getreden. Op 8 september 2011 was daartoe Wetsvoorstel 32887 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête naar de Tweede Kamer der Staten Generaal gestuurd.
 27. Kamerstukken II 2010/11, 32887, 3, p. 1 (MvT). Dat neemt niet weg dat veelvuldig vermogensrechtelijke belangen worden nagestreefd met enquêteprocedures. Zie hierover De Bie Leuveling Tjeenk 2016, p. 29.

HOOFDSTUK 2

[60] De doeleinden van het enquêterecht, zoals deze sinds de Ogem-uitspraak worden erkend, vinden weerspiegeling in het onderscheid dat in de literatuur in navolging van Hermans wordt gemaakt tussen curatieve, inquisitoire, en antagonistische enquêtes.²⁸ De curatieve enquête draait om de sanering en het herstel van de gezonde verhoudingen binnen de (onderneming van de) rechtspersoon. Een enquête die vooral gericht is op het verkrijgen van opening van zaken en het aanwijzen van de verantwoordelijken voor mogelijk blijvend wanbeleid heeft een inquisitoir karakter. In het derde type enquête, de antagonistische, gaat het niet primair over de problemen van de (onderneming van de) rechtspersoon. De aandacht gaat daar vooral uit naar de belangen van bij de (onderneming van de) rechtspersoon betrokken partijen en hun conflicten. Van Solinge leidt uit de beschikking in de zaak Slotervaartziekenhuis af, dat ook bescherming van de minderheid van aandeelhouders of certificaathouders tegen machtsmisbruik door de meerderheid tot de doeleinden gerekend moet worden.²⁹

Niet alleen het belang van de rechtspersoon, maar ook de belangen van verscheidene betrokkenen spelen een rol in de enquêteprocedure. Geerts en Van Solinge en Nieuwe Weme wijzen er op dat het bestaan van die belangen heeft bijgedragen aan de ontwikkeling van die drie verschillende typen van enquêtes.³⁰ De antagonistische enquête is volgens Hermans tot bloei gekomen nadat de Ondernemingskamer de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen kreeg.

2.4 Enkele procesrechtelijke opmerkingen over de enquêteprocedure

[61] De enquêteprocedure is een verzoekschriftprocedure.³¹ De regeling voor de verzoekschriftprocedure in eerste aanleg, neergelegd in de derde titel van Boek 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, is in beginsel van toepassing.³² Advocaat-Generaal Timmerman heeft hierover opgemerkt dat de gewone verzoekschriftprocedure van toepassing is, voor zover de specifieke aard van het enquêterecht zich daartegen niet verzet.³³

28. Hermans 2003, p. 116; Hermans 2017, p. 1.3.

29. Van Solinge 2017; HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:905; *ARO* 2014/100 (Slotervaartziekenhuis).

30. Geerts 2004, p. 1.7; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/729.

31. Art. 2:345 BW, art. 2:355 BW.

32. Art. 261 Rv e.v.

33. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:AZ8210, bij HR 30 maart 2007, *ARO* 2007/68 (ATR-Leasing), nr. 5.6.

De Ondernemingskamer, die is aangewezen als – landelijk – bevoegde rechter, is de enige feitelijke instantie.³⁴ Van haar beschikkingen in het kader van het enquêterecht staat (slechts) cassatie open.³⁵ Voor verzoekers en voor de rechtspersoon geldt dat procesvertegenwoordiging verplicht is.³⁶

[62] Welbeschouwd is het niet erg nauwkeurig om over ‘de enquêteprocedure’ te spreken. Immers, zoals de Hoge Raad in de zaak *Laurus* nog eens heeft overwogen, “houdt het in de wet vastgelegde stelsel van het recht van enquête twee afzonderlijke procedures in”.³⁷ In de praktijk van het enquêterecht wordt meestal gesproken over de fases van de enquêteprocedure.³⁸

De eerste procedure, of eerste fase, wordt ingeleid met een schriftelijk verzoek aan de Ondernemingskamer tot het doen instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon.³⁹ Als dat verzoek wordt afgewezen eindigt de eerste fase, die dan de enige fase blijft, met de afwijzende beschikking.⁴⁰

Als het verzoek wordt toegewezen, beveelt de Ondernemingskamer zo’n onderzoek en benoemt zij een onderzoeker, die het onderzoek gaat uitvoeren. De onderzoeker maakt geen deel uit van (de organisatie van) de Ondernemingskamer. Het is een, ten opzichte van de rechter en de procespartijen externe, deskundige persoon aan wie het onderzoek wordt uitbesteed.⁴¹ De beschikking waarin het onderzoek wordt bevolen is een eindbeschikking.⁴² Met die beschikking komt geen einde aan de eerste procedure. Tot de eerste fase wordt het gedeelte van de procedure tot en met het onderzoek gerekend.⁴³ In de beschikking van de Hoge Raad in de zaak *Gucci* valt te lezen dat de eerste fase eindigt als de onderzoeker het verslag van het onderzoek deponeert ter griffie van de Ondernemingskamer.⁴⁴

34. Art. 2:345 lid 1 BW. De Ondernemingskamer is een kamer van het gerechtshof Amsterdam, zie 2.2.

35. Art. 2:359 BW.

36. Art. 2:349a lid 1 BW en art. 2:355 lid 3 BW. Vgl. art. 278 lid 3 Rv.

37. HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, *ARO* 2005/68 (*Laurus*), r.o. 3.7. Zie over (de begrenzing van) de twee procedures ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/730.

38. De begrippen eerste en tweede fase worden wel gebruikt om (in grote lijnen) het verschil weer te geven tussen het onderdeel van de procedure “waarin moet worden beoordeeld of er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen” en dat “waarin moet worden beoordeeld of van wanbeleid sprake is geweest”. Bijv. HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, *ARO* 2003/97 (*Scheipar*), r.o. 3.3.3. Zie ook nr. 56.

39. Art. 2:345 BW.

40. Beroep in cassatie als bedoeld in art. 2:359 BW buiten beschouwing gelaten.

41. Art. 2:345 lid 1 BW. Hermans leidt uit art. 198 lid 1 Rv af dat de onderzoeker onpartijdig en onafhankelijk moet zijn (Hermans 2017, p. 3.2.3). Zie zijn dissertatie over alle mogelijke aspecten van het onderzoek (Hermans 2017).

42. HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1233 (*Ogem*).

43. Soms wordt het onderzoek als een afzonderlijke fase beschouwd, zie hierna.

44. HR 27 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7245 (*Gucci*), r.o. 4.2: “nadat de eerste procedure is geëindigd met het verslag van het onderzoek”. Dit oordeel is bevestigd in onder

HOOFDSTUK 2

Vanaf het depot van het verslag ter griffie gaat een termijn van twee maanden lopen, waarbinnen een tweede procedure kan beginnen.⁴⁵ Getroffen onmiddellijke voorzieningen komen niet te vervallen op het moment van deponering van het onderzoeksverslag.⁴⁶ Ze vervallen pas na het verstrijken van de termijn van twee maanden waarbinnen de tweede procedure moet worden aangevangen. Indien een tweede procedure wordt begonnen kunnen de onmiddellijke voorzieningen voortduren en dus pas nog later expireren.⁴⁷ Dat verschijnsel heeft aanleiding gegeven om het moment van deponering niet te beschouwen als het absolute einde van de eerste procedure.⁴⁸

Eventueel kan na het deponeren van het onderzoeksverslag een tweede procedure volgen, waarvoor een nieuw verzoekschrift nodig is.⁴⁹ In deze tweede fase beoordeelt de Ondernemingskamer of uit het verslag van wanbeleid van de rechtspersoon is gebleken. Bovendien kunnen, indien wanbeleid wordt vastgesteld, de in artikel 2:356 BW limitatief opgesomde voorzieningen worden getroffen.⁵⁰

De enquêteprocedure wordt ook wel eens onderverdeeld in drie fasen, waarbij het onderzoek als een afzonderlijke fase wordt beschouwd. Bovendien valt nog een voorafgaande fase te onderscheiden, die Geerts uitvoerig heeft beschreven.⁵¹ In deze fase moet men, op straffe van niet-ontvankelijk te worden verklaard in een verzoek tot het instellen van een enquête, het bestuur en de raad van commissarissen op de hoogte stellen van bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon en de rechtspersoon een termijn gunnen om orde op zaken te stellen.⁵² Eikelboom merkt het onderdeel van het geding, waarin wanbeleid is geconstateerd en (onmiddellijke) voorzieningen nog niet zijn geëindigd, aan als afzonderlijke, vierde fase.⁵³

meer HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO3356, *ARO* 2011/6 (KPNQwest II), r.o. 4.1.2: “Door het bevel tot het instellen van een onderzoek en de benoeming van de (nader aan te wijzen) onderzoeker(s) heeft de Ondernemingskamer met een uitdrukkelijk dictum op het verzoek beslist. Hoewel met deze beslissing nog geen einde wordt gemaakt aan de door het verzoek ingeleide procedure - dat gebeurt immers pas met de nederlegging van het verslag als bedoeld in art. 2:353 BW - is de beslissing op het verzoek wel een eindbeschikking (...)”. Zie voor het depot van het verslag art. 2:353 lid 1 BW.

45. Art. 2:355 lid 2 BW.

46. Zie hierover 2.9.

47. Bijv. HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1056 (e-Traction II). Zie ook 2.9.

48. Josephus Jitta spreekt over een achterbalkon van de eerste fase (Josephus Jitta 2011, p. 4.14). Eikelboom hanteert een andere indeling in fasen en hij beschouwt het depot van het verslag als een moment waarop een fase (die hij de tweede noemt) wordt beëindigd (Eikelboom 2017, p. 2.7.1).

49. Art. 2:355 BW.

50. Dat gebeurt niet ambtshalve maar op verzoek; art. 2:355 lid 1 BW. Over het tijdstip waarop de tweede fase eindigt zie concl. A-G L. Timmerman ECLI:NL:PHR:2012:BV1056 (e-Traction II), nr. 3.12-3.15.

51. Geerts noemt deze fase de voorfase (Geerts 2004, hoofdstuk I). Zie over deze voorfase ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/748.

52. Art. 2:349 lid 1 BW. Als het verzoek is gedaan door de rechtspersoon, geldt dit niet.

53. Eikelboom 2017, p. 2.7.1.

[63] De wetgever heeft het verzoek tot het instellen van een enquête en het verzoek als bedoeld in artikel 2:355 BW beschouwd als spoedeisende verzoeken en bepaald dat de Ondernemingskamer ze met de meeste spoed behandelt.⁵⁴ Een indruk van wat de voorgeschreven spoed in de praktijk betekent, verkrijgt men uit het rapport *Het recht van enquête*, Een empirisch onderzoek van Cools c.s.⁵⁵ Daarin is niet alleen de duur van enquêteprocedures (eerste en tweede fase) beschreven. Ook is in kaart gebracht hoe lang de periode is die verstrijkt tussen het inleidende verzoekschrift tot het instellen van een onderzoek en de eerste inhoudelijke beschikking waarin een onmiddellijke voorziening wordt getroffen en/of een enquête wordt bevolen.⁵⁶ Ook de jaarverslagen van de Ondernemingskamer geven informatie over de duur van de procedures.⁵⁷

2.5 De procespartijen

2.5.1 De rechtspersoon

[64] Het draait in het enquêterecht om “het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon”.⁵⁸ Het onderzoek naar dat beleid en die gang van zaken is de kern van het enquêterecht.⁵⁹ In artikel 2:344 BW zijn de rechtspersonen opgesomd die onderwerp van een enquête kunnen zijn: de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, en voorts de stichting en de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, die een onderneming in stand houden waarvoor op grond van de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld.⁶⁰ Uit het verzoekschrift waarmee de eerste fase wordt ingeleid zal de identiteit van de rechtspersoon moeten blijken. Dat volgt niet alleen uit artikel 2:345 lid 1 BW, maar ook uit artikel 278 lid 1 Rv dat onder meer voorschrijft dat het verzoekschrift een duidelijke omschrijving van het verzoek vermeldt.

54. Art. 2:349a lid 1 BW voor de 1^e fase en art. 2:355 lid 3 BW voor de 2^e fase.

55. Rapport Cools/Kroeze 2009.

56. Voor niet-beursgenoteerde vennootschappen in de periode 2000-2007: gemiddeld 88 dagen (Rapport Cools/Kroeze 2009, p. 55). Ik heb geen onderzoek gedaan naar die waarde in latere jaren.

57. In 2018 bedroeg de gemiddelde periode (voor alle enquêtezaken, ook beursgenoteerde) tussen het moment waarop partijen om een beslissing vragen en het tijdstip van uitspraak in de eerste fase 61 dagen (Ondernemingskamer Jaarverslag 2018, Hoofdstuk IV, par. 5). De totale doorlooptijd, vanaf het moment van aanbrengen van een enquêtezaak bij de Ondernemingskamer tot de uitspraak in de eerste fase, bedroeg gemiddeld 118 dagen (Ondernemingskamer Jaarverslag 2018, Hoofdstuk IV, par. 5).

58. Art. 2:345 lid 1 BW.

59. HR 27 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7245 (Gucci), r.o. 4.2. Uitvoeriger: Eikelboom 2017, p. 2.2.3.

60. Het enquêterecht kan in andere regelgeving van toepassing zijn verklaard op andere rechtsvormen, zie voor voorbeelden Storm 2018, 2.1.

HOOFDSTUK 2

[65] De rechtspersoon neemt procedureel een bijzondere plaats in. Hij dient, voordat het verzoek wordt gedaan, de gelegenheid te krijgen om de bij de verzoeker levende bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen.⁶¹ Als het verzoek wordt toegewezen draagt hij – vooralsnog – de kosten van het onderzoek.⁶² Hij mag, in tegenstelling tot anderen, zonder meer mededelingen aan derden doen uit het verslag van het onderzoek.⁶³

In de bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering over de gewone verzoekschriftprocedure worden betrokkenen die niet als verzoeker optreden belanghebbenden genoemd. In de praktijk van het enquêterecht wordt van die terminologie afgeweken. In de enquêteprocedure is de rechtspersoon meestal niet de verzoekende partij. Niettemin wordt hij niet met belanghebbende aangeduid.⁶⁴ Veelal wordt de term verweerster gebruikt.⁶⁵

In de wettelijke regeling van het enquêterecht komt de term belanghebbende eenmaal voor. In artikel 349a lid 1 BW is bepaald dat iedere belanghebbende een verzoekschrift kan indienen. In die bepaling wordt daar ook de rechtspersoon onder verstaan. In de praktijk van het enquêterecht wordt de aanduiding ‘belanghebbende’ meestal gereserveerd voor een (engere) kring van betrokkenen, waartoe in elk geval de rechtspersoon niet behoort. Het woord verweerster komt niet voor in de wettelijke regeling van het enquêterecht. Mij lijkt de hiervoor vermelde bijzondere positie van de rechtspersoon in de enquêteprocedure al voldoende reden om hem met het woord verweerder te onderscheiden van andere belanghebbenden.

De rechtspersoon kan zelf om een enquête verzoeken.⁶⁶ Dan doet zich de vreemde situatie voor dat de rechtspersoon zowel verzoeker als verweerder is.⁶⁷ In de periode tussen een uitspraak van de Hoge Raad in februari 2002 en de wetwijziging van 2013 was de rechtspersoon daartoe niet bevoegd en was hij slechts lijdend voorwerp.⁶⁸

61. Art. 2:349 lid 1 BW. Die gelegenheid moet gegeven worden in de voorfase (zie ook nr. 62).

62. Art. 2:350 lid 3 BW.

63. Art. 2:353 lid 3 BW.

64. Pas sinds 2013 is de rechtspersoon bevoegd een enquête naar zijn eigen beleid en gang van zaken te verzoeken, zie art. 2:346, lid 1, aanhef en sub d, BW. Van die bevoegdheid wordt sporadisch gebruik gemaakt.

65. Meestal in vrouwelijke vorm, omdat het meestal een besloten of naamloze vennootschap is.

66. Art. 2:346, lid 1, aanhef en sub d, BW.

67. Bijv. OK 6 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2836, *ARO* 2013/145 (Cryo-Save). Zie ook 2.5.2. De rechtspersoon wordt in die verschillende hoedanigheden vertegenwoordigd door verschillende bestuurders. Zie over mogelijke complicaties en praktische oplossingen: Storm 2018, 2.3.2.2.

68. Wet 18 juni 2012 tot wijziging recht van enquête (Stb. 2012, 274), in werking sinds 1 januari 2013. HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8831, *ARO* 2002/26 (De Vries Robbé). In de periode voor deze beschikking werd de rechtspersoon wel ontvankelijk geacht in een verzoek tot het instellen van een onderzoek naar haarzelf.

2.5.2 De verzoeker

[66] De wet bepaalt in artikel 2:346 BW wie bevoegd zijn tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête.

Een categorie die relatief weinig gebruik maakt van de bevoegdheid bestaat uit: leden van verenigingen, coöperaties of onderlinge waarborgmaatschappijen.⁶⁹ De bevoegdheid is gegeven aan ten minste 300 leden, of ten minste één tiende van het aantal leden, of een aantal dat ten minste één tiende van het stemmental vertegenwoordigt, of zoveel minder als de statuten bepalen.

De categorie van de kapitaalverschaffers treedt veelvuldig op als verzoeker. Enquêtes worden in verreweg de meeste gevallen dan ook verzocht bij een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap.⁷⁰ Voor vennootschappen met een geplaatst kapitaal van maximaal € 22,5 miljoen geldt het volgende.⁷¹ Aandeelhouders zijn enquêtegerechtigd als ze (gezamenlijk) 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, of als ze (gezamenlijk) rechthebbers zijn op een bedrag van aandelen of certificaten daarvan tot een nominale waarde van € 225.000. De statuten kunnen een lagere drempel vaststellen. Bij naamloze of besloten vennootschappen met een geplaatst kapitaal van meer dan € 22,5 miljoen gelden andere drempels.⁷² De aandeelhouders van die vennootschappen zijn enquêtebevoegd als ze (gezamenlijk) 1% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Als de aandelen of certificaten beursgenoteerd zijn geldt een drempel van € 20 miljoen (volgens de slotkoers op de laatste handelsdag voor indiening van het verzoek). Ook hier kunnen de statuten een lagere drempel bepalen.⁷³ In de jurisprudentie heeft de kring van de enquêtegerechtigde kapitaalverschaffers in de loop der tijd vorm gekregen.⁷⁴

69. Art. 2:346 lid 1 aanhef en sub a BW. Rapport Cools/Kroeze 2009, p. 63.

70. Rapport Cools/Kroeze 2009, 4.2.

71. Art. 2:346 lid 1 aanhef en sub b BW.

72. Art. 2:346 lid 1 aanhef en sub c BW.

73. Zie over de eisen van art. 2:346 lid 1 aanhef en sub b en c BW, de kapitaaleisen voor toegang tot de enquêteprocedure, Spruitenburg 2018, p. 3.1.3.

74. Geerts 2004, p. 2.2.2-2.2.6; Eikelboom 2017, p. 2.6.2.3. Uitvoerig over de ontwikkeling van deze categorie: Spruitenburg 2018, hfdst. 3. Voor een overzicht zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/738, 739, 740. Voorbeelden: deelgenoten in een nalatenschap, waarin certificaten vielen, werden aangemerkt als verschaffer van risicodragend kapitaal (HR 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6077, *ARO* 2010/140 (Butôt)); een economisch belang in een vennootschap kan worden gelijk gesteld met het belang van een aandeelhouder (OK 7 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7329, *ARO* 2012/24 (Chinese Workers)); HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7833, *ARO* 2013/97 (Chinese Workers).

De ontwikkeling heeft deels plaatsgevonden onder het enquêterecht van voor 1 januari 2013. Toen luidde de bepaling voor de kapitaalverschaffers, art. 2:346 BW, aanhef en sub b, BW (oud): “indien het betreft een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid: een of meer houders van aandelen of van certificaten van aandelen, die alleen of gezamenlijk ten minste een tiende gedeelte van het geplaatste kapitaal

HOOFDSTUK 2

De rechtspersoon is zelf ook enquêtebevoegd.⁷⁵ Niet alleen het bestuur, maar ook de raad van commissarissen kan het verzoek namens de rechtspersoon indienen.⁷⁶

Verder kan de bevoegdheid om een enquêteverzoek in te dienen bij statuten of bij overeenkomst met de rechtspersoon worden toegekend aan anderen.⁷⁷ Deze mogelijkheid was in het verleden weinig populair.⁷⁸ Daar is verandering in gekomen in 2005 met de zaak Stichting Kinderopvang Nederland.⁷⁹ In een aantal gevallen deed een ondernemingsraad het verzoek op grond van deze bevoegdheid.⁸⁰ Ook individuele werknemers wordt wel het recht tot het indienen van een enquêteverzoek toegekend. De beschikking in de zaak e-Traction is daar een voorbeeld van.⁸¹ De bevoegdheid wordt soms toegekend met het oog op een concreet enquêteverzoek of als onrust bij de rechtspersoon heerst. Het verzoek in de zaak Inter Access Groep werd ingediend door een stichting en leden van de raad van commissarissen die daags voor het verzoek bevoegd waren geworden.⁸² Het gebruik van deze bevoegdheid heeft geleid tot zaken die veel aandacht hebben getrokken, om redenen die niet met het gebruik van de bevoegdheid samenhangen.⁸³

vertegenwoordigen of rechthebbenden zijn op een bedrag van aandelen of certificaten daarvan tot een nominale waarde van € 225.000 of zoveel minder als de statuten bepalen”.

75. Art. 2:346 lid 1, aanhef en sub d, BW. Die bevoegdheid is gebruikt in OK 6 september 2013 (Cryo-Save). Zie ook nr. 65.
76. Art. 2:346 lid 2 BW. Vergelijkbare toezichthoudende organen hebben de bevoegdheid ook.
77. Art. 2:346 lid 1, aanhef en sub e, BW. Spruitenburg betoogt dat de rechtspersoon aan die toekenning voorwaarden voor uitoefening kan verbinden (Spruitenburg 2018, p. 11.6).
78. De mogelijkheid bestond ook voor 2013, art. 2:346, aanhef en sub c, (oud) BW.
79. OK 1 maart 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT4164, *ARO* 2005/36 (Stichting Kinderopvang Nederland), op verzoek van de ondernemingsraad. Cools c.s. noteert over de periode tot en met 2007 vier verzoeken die waren ingediend door degenen die hun bevoegdheid ontleen aan deze bepaling (dwz. de voorloper van art. 2:346 lid 1, aanhef en sub e, BW), en wijst op een toename vanaf 2005 (Rapport Cools/Kroeze 2009, p. 5.5 en 5.8).
80. Zie naast OK 1 maart 2005 (Stichting Kinderopvang Nederland): OK 5 oktober 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:BD4364, *ARO* 2005/186 (Smit Transformatoren); OK 18 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2488, *ARO* 2018/165 (Eneco). Zie in deze laatste beschikking r.o. 2.19 voor vermelding van de overeenkomst waarbij de bevoegdheid aan de (centrale) ondernemingsraad werd verleend.
81. OK 16 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BG8496, *ARO* 2007/166 (e-Traction). Het bestuur had aan verzoekers, allen werknemer die “zich grote zorgen maken over de ontstane situatie”, enquêtebevoegdheid toegekend, zie r.o. 2.9. De oude wettelijke bepaling was van toepassing.
82. OK 31 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3680, *ARO* 2010/6 (Inter Access), r.o. 2.12. Bij overeenkomsten heeft (het bestuur van) Inter Access Groep aan een Stichting Continuïteit en aan de raad van commissarissen als geheel en aan iedere individuele commissaris de enquêtebevoegdheid toegekend. Er werd uitdrukkelijk vermeld dat het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen daaronder begrepen was. Het enquêterecht van voor 2013 was van toepassing. In 2013 is art. 2:346 lid 2 BW in de wet opgenomen: de commissarissen kunnen de enquêtebevoegdheid van de rechtspersoon uitoefenen.
83. Dat geldt voor de in de vorige voetnoten vermelde zaken.

Sinds 2013 is in geval van faillissement van de rechtspersoon de curator bevoegd.⁸⁴ In andere bepalingen zijn nog meer enquêtegerechtigden aangewezen. De advocaat-generaal bij het gerechtshof te Amsterdam kan om redenen van openbaar belang een enquête verzoeken op grond van artikel 2:345 lid 2 BW.⁸⁵ Verzoeken van deze enquêtegerechtigde zijn schaars.⁸⁶ Artikel 2:347 BW geeft de bevoegdheid aan een in die bepaling omschreven vereniging van werknemers.⁸⁷ In de zaken PCM en Meavita ontleenden verzoeksters de bevoegdheid aan deze bepaling.⁸⁸

2.5.3 Belanghebbenden

[67] In het enquêterecht worden de betrokkenen, die niet de verzoeker of de rechtspersoon-verweerder zijn, belanghebbenden genoemd.⁸⁹ Voor de positie van die belanghebbenden is in de eerste plaats de regeling voor de verzoekschriftprocedure van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering relevant.⁹⁰ Uit die regeling blijkt dat in een verzoekschrift belanghebbenden kunnen worden genoemd, dat belanghebbenden in de procedure kunnen verschijnen, en dat belanghebbenden een verweerschrift kunnen indienen dat bovendien een zelfstandig verzoek mag bevatten.⁹¹ Wie belanghebbende kunnen zijn is daarmee nog niet duidelijk; de bepalingen bieden geen omschrijving van het begrip belanghebbende. In het algemeen geldt dat uit de aard van de procedure moet worden afgeleid wie tot de belanghebbenden zijn te rekenen.⁹² In geval van twijfel heeft de rechter daarover het laatste woord.⁹³ Dat is in het enquêterecht niet anders.⁹⁴

84. Art. 2:346 lid 3 BW.

85. Over het begrip openbaar belang in dit verband zie Spruitenburg 2018, p. 10.5. Zij noemt onder meer bedreiging van werkgelegenheid, het belang van de nationale economie, de reputatie van (een sector van) het bedrijfsleven (p. 10.5.2.3). Zie over openbaar belang in de enquêteprocedure ook Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, 2017/117.

86. Cools c.s. telt in de periode van 1971 tot en met 2007 vijf verzoeken van de advocaat-generaal (tot 1 juni 1999 de procureur-generaal) (Rapport Cools/Kroeze 2009, p. 5.5).

87. Cools c.s. telt in de periode van 1971 tot en met 2007 15 verzoeken van werknemersverenigingen (Rapport Cools/Kroeze 2009, p. 5.5).

88. OK 10 januari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC1657, *ARO* 2008/20 (PCM); OK 14 april 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM9340, *ARO* 2010/63, *JOR* 2010/185, m.nt. S.M. Bartman (Abvakabo FNV/Meavita e.a.). Spruitenburg maakt een kanttekening bij de ontvankelijkheid van de werknemersvereniging in de zaak Meavita (Spruitenburg 2018, p. 9.5.7).

89. Zie ook 2.5.1.

90. In de derde titel van Boek 1 Rv.

91. Onderscheidenlijk art. 262 Rv, art. 271 Rv, art. 282 lid 1 en lid 4 Rv.

92. HR 25 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0387, *NJ* 1992/149, m.nt. J.M.M. Maeijer (Leonhard WoltjerStichting).

93. Kamerstukken II 1963/64, 7753, 3, p. 7 (MvT).

94. Josephus Jitta merkt op dat de Ondernemingskamer met die bevoegdheid ruimhartig omgaat (Josephus Jitta, in *T&C Burgerlijk Wetboek*, aant. 4 (online bijgewerkt t/m 1 juli 2019). Jager stelt – mijns inziens terecht – dat de Ondernemingskamer partijen, van wie in redelijkheid

[68] De Hoge Raad heeft in de zaak Scheipar voor het enquêterecht lijnen uitgezet waarlangs beslist moet worden.⁹⁵ Wie bij de uitkomst van de enquêteprocedure een belang heeft dat hij moet kunnen beschermen, kan belanghebbende zijn. Ook wie anderszins nauw betrokken is bij ‘het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld’ kan belanghebbende zijn.

Het gebeurt niet vaak dat de Ondernemingskamer oordeelt dat iemand niet als belanghebbende kan worden aangemerkt. In een geval waarin om een enquête was verzocht bij een vennootschap die een apotheek exploiteerde, knoopte de Ondernemingskamer aan bij het criterium van de Scheipar-zaak.⁹⁶ Een persoon die als waarnemer van de beherend apotheker was opgetreden, maar niet op enige wijze betrokken was geweest bij het beleid of de vennootschapsrechtelijke verhoudingen, werd niet als belanghebbende in de procedure toegelaten. De zaak Case Packing speelde voordat de Hoge Raad zich in de zaak Scheipar had uitgesproken.⁹⁷ Een contractuele wederpartij van een dochtervennootschap van de rechtspersoon werd niet aangemerkt als belanghebbende.⁹⁸ De doeleinden van het enquêterecht en de belangen met het oog waarop de enquêteprocedure de wet is opgenomen, boden geen grond om hem te beschouwen als belanghebbende bij de procedure.⁹⁹ Uit deze uitspraak kan mijns inziens niet worden afgeleid dat een contractuele wederpartij in een enquêteprocedure nooit als belanghebbende kan optreden. Als hij, bijvoorbeeld door een dreigende onmiddellijke voorziening, ‘in een eigen belang kan worden getroffen’ is er mogelijk ruimte om hem als belanghebbende tot de procedure toe te laten. Ook

kan worden vermoed dat ze belanghebbende zijn, op de voet van art. 279 lid 1 Rv moet oproepen voor de behandeling (Jager 2019/11.7).

95. HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, *ARO* 2003/97 (Scheipar), ro 3.3.2: “Bij de beantwoording van de vraag of iemand belanghebbende is, zal een rol spelen in hoeverre deze door de uitkomst van de desbetreffende procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang of in hoeverre deze anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen”.
96. OK 13 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU7820, *ARO* 2012/4 (Leidsestraat Apotheek).
97. OK 29 augustus 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG8178, *ARO* 2002/151 (Case Packing).
98. De dochtervennootschap was een samenwerkingsverband aangegaan met een partij die tevens concurrent was. Tussen de samenwerkingspartijen was een hooglopend conflict ontstaan. In de enquêteprocedure wees de rechtspersoon op het conflict en voerde aan dat de wederpartij/concurrent op onbehoorlijke wijze probeerde de zeggenschap in haar te krijgen (OK 29 augustus 2002, r.o. 3.6).
99. OK 29 augustus 2002, r.o. 3.7: “In het licht van de doeleinden van het enquêterecht en de mogelijkerwijze te treffen voorzieningen en gelet op belangen ter behartiging waarvan de enquêteprocedure in de wet is opgenomen, valt niet in te zien op welke grond (de contractuele wederpartij, AF) zou moeten worden aangemerkt als belanghebbende bij een onderzoek en de uitkomst daarvan”.

Storm ziet ruimte om een crediteur als belanghebbende te beschouwen, omdat diens belang geraakt kan worden door slecht beleid van de rechtspersoon.¹⁰⁰

[69] Tot de belanghebbenden in een enquêteprocedure worden in elk geval gerekend: de bestuurders, de commissarissen, de ondernemingsraad en de aandeelhouders, ook die aandeelhouders die niet enquêtebevoegd zijn omdat zij niet voldoen aan de kapitaaleis van artikel 2:346 BW.¹⁰¹

2.6 Toetsingscriteria en discretionaire bevoegdheid

[70] Een verzoek tot het instellen van een enquête wordt ten eerste getoetst aan artikel 2:344 BW: is het verzoek gericht op een rechtspersoon waarop de regeling van het enquêterecht van toepassing is?

Zo'n verzoek kan verder slechts succesvol zijn als het betrekking heeft op "het beleid en de gang van zaken" van zo'n rechtspersoon.¹⁰² Het verzoek kan vervolgens alleen worden toegewezen indien "blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen".¹⁰³ Onder 'beleid' is begrepen het functioneren van de rechtspersoon en het functioneren van de door de rechtspersoon in stand gehouden onderneming. Bij het beleid kunnen, naast het bestuur, andere organen van de vennootschap betrokken zijn en personen die deel uitmaken van die organen.¹⁰⁴ Wat precies moet worden verstaan onder 'juist beleid' wordt over het algemeen in de uitspraken van de Ondernemingskamer niet expliciet en concreet beschreven. Twijfel aan juist beleid kan worden opgeroepen door, bijvoorbeeld, het schenden van wettelijke en statutaire regels, een impasse in de besluitvorming van (een orgaan van) de rechtspersoon, het voortduren van een intern conflict dat de bedrijfsvoering negatief beïnvloedt, het onvoldoende zorgvuldig omspringen met belangen van minderheidsaandeelhouders, en verstrengeling van het belang van de rechtspersoon met belangen die niet noodzakelijkerwijs parallel lopen met dat van de rechtspersoon.¹⁰⁵

100. Storm 2018, 2.3.2.8.

101. OK 27 mei 1999, ECLI:NL:GHAMS:1999:AD3062 (Gucci). Ten tijde van de beschikking vigeerde een oudere versie van art. 2:346 BW.

102. Art. 2:345 lid 1 BW.

103. Art. 2:350 lid 1 BW.

104. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/780 en de daar vermelde jurisprudentie.

105. Van Wees en Eikelboom geven de volgende voorbeelden: niet voorhanden hebben van informatie over de huidige financiële toestand, budget en businessplan; onvoldoende onderkennen van de kwetsbaarheid van de vennootschap, die geen (eigen) licentie heeft voor het gebruik van de domeinnaam van de webshop die zij exploiteert, waarbij tevens van belang is dat de onderhandelingen met de rechthebbende op de domeinnaam gericht zijn op het verstrekken van een licentie aan een bestuurder tevens aandeelhouder, hetgeen mogelijk een ongeoorloofd tegenstrijdig belang in zich draagt; onduidelijke *governance* omdat niet duidelijk is wie de bestuurder is, vanwege gebreken in de besluitvorming in de algemene vergadering en vanwege de gebrekkige

HOOFDSTUK 2

Artikel 2:345 lid 1 BW houdt niet in “gegronde redenen om aan te nemen dat van wanbeleid sprake is geweest”.¹⁰⁶ Een gerede kans dat het onderzoek wanbeleid zal uitwijzen, is mijns inziens wel nodig voor het toewijzen van het enquêteverzoek.¹⁰⁷ De enquêteprocedure, eerste en tweede fase, is gericht op de vraag of er wanbeleid is geweest.¹⁰⁸ Van Solinge en Nieuwe Weme noemen wanbeleid in de kern genomen een schending van de norm van redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁹ Hierop voortbouwend kan de beoordeling van (gegronde redenen voor) twijfel aan een juist beleid, worden beschouwd als een beoordeling of (naar verwachting zal blijken dat) redelijkheid en billijkheid zijn geschonden.¹¹⁰

[71] Voor de twijfel aan een juist beleid moeten ‘gegronde redenen’ blijken. Dit vereiste is omschreven als: feiten en omstandigheden die tezamen een behoorlijke kans inhouden dat bij een nader onderzoek blijkt van onjuist beleid.¹¹¹ Storm wijst er op dat deze toetsingsnorm verband houdt met de algemeen vennootschapsrechtelijke normen van redelijkheid en billijkheid en behoorlijke vervulling van de bestuurstaak.¹¹² Verbunt noemt dit criterium voor de uitoefening van de bevoegdheid een enquête te bevelen open van aard; de toetsingsnorm is weinig specifiek en vraagt om concretisering in de jurisprudentie.¹¹³ De gegronde redenen kunnen blijken uit het verzoek en de toelichting daarop. De rechter kan zijn oordeel mede baseren op feiten en omstandigheden die naar voren zijn gebracht door de rechtspersoon of door belanghebbenden.

[72] In artikel 2:350 lid 1 BW is een minimumvereiste geformuleerd. Dat wil zeggen: als is vastgesteld dat “blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen” hoeft het enquêteverzoek niet te worden toegewezen. De bevoegdheid van de Ondernemingskamer om een enquête te bevelen is een discretionaire. Dat kan worden afgeleid uit het woord “kan” in artikel 2:345 lid 1 BW. De Hoge Raad heeft dit nog eens duidelijk

vastlegging van de samenwerking tussen partijen (Van Wees en Eikelboom 2018, p. 10.2.4). Voor een reeks voorbeelden zie ook Storm 2018, 3.6.

106. De maatstaf van deze bepaling wordt beschouwd als een lichtere toets dan de toets wanbeleid (Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/753).

107. Dat element ontbreekt in de omschrijving van Geerts weergegeven in nr. 55.

108. Het doel van het onderzoek is na te gaan of er wanbeleid is geweest, zie de definitie van de Hoge Raad, vermeld in nr. 55. In de tweede fase wordt beoordeeld of uit het verslag van wanbeleid is gebleken. Voor omschrijvingen van het begrip wanbeleid, zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/790.

109. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/790. Instemmend: Eikelboom 2017, p. 8.3.2.4, nt. 29.

110. Zie ook 6.3.2 over de aard van de toetsing.

111. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/753.

112. Storm 2018, 2.1.

113. Verbunt 2008. De toetsingsnorm van art. 2:350 lid 1 BW (oud) luidde: “blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen”. Voor zijn betoog is de toevoeging aan de wettekst van “of juiste gang van zaken” niet van wezenlijk belang. Vergelijkbaar: Storm 2018, 2.7.2.1.

overwogen in de zaak Unilever.¹¹⁴ In die zaak had de rechtspersoon zich beroepen op mogelijk voor hem uit een enquête voortvloeiende reputatieschade en mogelijke negatieve invloed op zijn beurskoers. De Hoge Raad overwoog dat bedacht moet worden dat een onderzoek diep kan ingrijpen in het functioneren van de rechtspersoon en dat de enquêteprocedure in slechts één feitelijke instantie wordt gevoerd. Dat moet worden betrokken in een belangenafweging, die met de uitoefening van de bevoegdheid gepaard moet gaan.

Verbunt lijkt de relevante overweging uit de Unilever-beschikking te beschouwen als een bevestiging van het abstracte karakter van het toetsingscriterium van artikel 2:350 lid 1 BW.¹¹⁵ Ik lees in de overweging een benadrukking van het fenomeen dat voldoen aan de wettelijke norm niet zonder meer hoeft te leiden tot toewijzing van een enquêteverzoek. Over het criterium – dat moet blijken van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen – valt uit de Unilever beschikking mijns inziens niet veel meer af te leiden dan dat eraan moet zijn voldaan. Daarmee is niets gezegd over de inhoud en de afbakening van het criterium.

[73] Ik onderken het volgende systeem. Aan de hand van de wettelijke criteria moet worden nagegaan of de verzoeker een zaak aan de Ondernemingskamer voorlegt, die zich bevindt in het domein waarbinnen de Ondernemingskamer de bevoegdheid heeft een enquête te bevelen.¹¹⁶ Dat is het geval als (ook) is voldaan aan de norm dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen. Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of er reden is om een enquête te gelasten of juist reden om dat niet te doen. Uit de Unilever-beschikking blijkt dat aan de beantwoording van die vraag een belangenafweging vooraf moet gaan. In die belangenafweging, die moet steunen op feiten en omstandigheden van het geval, moeten de volgende elementen worden betrokken: de doeleinden van het enquêterecht, de bezwaren tegen een ruime toepassing van het middel van een enquête, en de aard van het geschil tussen partijen.¹¹⁷

114. HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465, *ARO* 2005/197 (Unilever), r.o. 4.4.2: “De aan de ondernemingskamer gegeven bevoegdheid een enquête te bevelen is een discretionaire, dat wil zeggen dat bij de uitoefening van die bevoegdheid een afweging van de betrokken belangen dient plaats te vinden, met dien verstande dat voor toewijzing van een verzoek ingevolge artikel 2:350 lid 1 BW slechts plaats is, wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. (...)”. Art. 2:350 lid 1 (oud) BW was van kracht.

115. Verbunt 2008, p. 154, 155. Zie vorige noot voor de overweging.

116. De criteria staan in art. 344, 345 lid 1 en 350 lid 1 van Boek 2 BW.

117. In deze afweging kunnen verschillende belangen van de rechtspersoon verschillend gewicht in de schaal leggen. In 2.8. komt de rol van belangen van andere partijen aan de orde.

[74] In de Unilever-beschikking is onder ogen gezien dat een enquête nadelige effecten voor een rechtspersoon kan hebben.¹¹⁸ In het algemeen kunnen schadelijke gevolgen, die de rechtspersoon en de aan hem verbonden onderneming of anderen kunnen ondervinden van een enquête, een contra-indicatie opleveren voor het instellen van een enquête.

Het komt overigens niet vaak voor dat de Ondernemingskamer, met gebruikmaking van haar discretionaire bevoegdheid, het verzoek om een enquête afwijst. Het gebeurde in de zaak Wijsmuller.¹¹⁹ Verweerster voerde aan dat “(...) de vennootschap in opspraak kan raken en schade kan leiden als gevolg van het feit dat ze het voorwerp vormt van een enquêteprocedure”. De Ondernemingskamer woog de belangen van de verzoekers af tegen die van de rechtspersoon. Ze verwees naar de discretionaire bevoegdheid en wees het verzoek af.

Ook in de zaak ASMI werd het enquêteverzoek met gebruik van de discretionaire bevoegdheid afgewezen.¹²⁰ Dat werd niet gemotiveerd met mogelijke negatieve gevolgen van een onderzoek. De Ondernemingskamer oordeelde dat er wel gegronde redenen waren om aan een juist beleid van de rechtspersoon te twijfelen, maar dat die redenen noch afzonderlijk noch in onderling verband een onderzoek naar dat beleid rechtvaardigden. In aanmerking werd genomen dat die twijfel werd opgeroepen door “slechts een beperkt deel van de uitgebreide verwijten” van verzoekers en dat “daarmee het ‘gewicht’ aan het breed opgezette geding is komen te ontvallen”.¹²¹

In de zaak KPNQwest kwam de vraag aan de orde of een eerder bevolen onderzoek al dan niet moest worden voorgezet. De Hoge Raad overwoog dat het draait om de belangen van de verzoekers en het belang van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij diens organisatie zijn betrokken. Algemene belangen – bijvoorbeeld het belang van het belegend publiek – zijn niet doorslaggevend.¹²² Houdt dit oordeel nu ook een aanwijzing

118. In de Unilever-zaak: reputatieschade voor de rechtspersoon en drukkende invloed op zijn beurskoers.

119. OK 24 november 1994, ECLI:NL:GHAMS:1994:AD2255 (Wijsmuller). Verzoekers koesterden al enige jaren bezwaren, maar die hadden hen niet eerder tot een enquêteverzoek aangezet. Wel hadden ze vier jaar tevoren hun voornemen om een enquête te verzoeken bekend gemaakt. Die vier jaar oude bezwaren werden aan het enquêteverzoek ten grondslag gelegd. De Ondernemingskamer oordeelde dat uit het feit, dat verzoekers al die tijd geen uitvoering hadden gegeven aan hun voornemen om een enquêteverzoek te doen, kon worden afgeleid dat verzoekers die enquête en de daarmee te verwezenlijken doeleinden zelf van geen belang vonden. Het belang van verzoekers bij een onderzoek naar die oude koeien woog niet op tegen het belang van de rechtspersoon om niet in diskrediet gebracht te worden doordat bekend zou worden dat een onderzoek was gelast.

120. OK 14 april 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ1233, ARO 2011/71 (ASMI II). Deze beschikking werd gegeven na cassatie en terugwijzing door de Hoge Raad.

121. De Hoge Raad acht de motivering van de afwijzende beslissing toereikend (HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1435, ARO 2012/53 (Hermes c.s./ASMI II)).

122. HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO3356, ARO 2011/6 (KPNQwest II), r.o. 4.5.2.: “Bij de beoordeling van een beëindigingsverzoek (...) komt voornamelijk betekenis toe aan de belangen van de oorspronkelijke verzoeker(s) en aan het belang van de rechtspersoon en

in voor de belangenafweging die moet worden gemaakt bij beantwoording van de vraag of al dan niet een enquête moet worden ingesteld? Wellicht kan uit de KPNQwest-beschikking worden afgeleid dat ook in die afweging aan algemene belangen niet snel een hoofdrol kan worden toegekend, maar dat belangen van verzoekers en andere betrokkenen wel moeten meewegen.

2.7 De centrale plaats van het belang van de rechtspersoon

[75] Een bijzonderheid van de enquêteprocedure is dat het belang van de rechtspersoon voorop staat.¹²³ Andere belangen komen op het tweede plan. Met zoveel woorden is dat overwogen in de zaak ATR-Leasing. De Ondernemingskamer had een onderzoek bevolen over een periode die, op instigatie van een verschenen belanghebbende, langer duurde dan waar om de verzoeker had gevraagd.¹²⁴ In cassatie kwam de vraag aan de orde of de Ondernemingskamer daarmee trad buiten de grenzen van rechtsstrijd, die worden bepaald door de verzoeker en eventueel de verwerende rechtspersoon. De Hoge Raad stelde voorop dat de Ondernemingskamer bij het gebruik van haar wettelijke bevoegdheden “een ruime mate van vrijheid in haar beoordeling” heeft en hij bevestigde nogmaals de discretionaire bevoegdheid.¹²⁵ De Ondernemingskamer moet, bij de beslissing om al dan niet een enquête te gelasten, letten op de belangen van verzoekers en op de belangen van bij de rechtspersoon betrokken belanghebbenden. “Daarbij staat het belang van de rechtspersoon voorop”, aldus de Hoge Raad.

[76] Het belang van de rechtspersoon staat voorop. Dat betekent niet dat andere belangen worden veronachtzaamd. De wetgever heeft uitdrukkelijk voorzien in de behartiging van sommige andere belangen. De advocaat-generaal te Amsterdam is bevoegd een enquête te verzoeken als het openbaar belang dat vergt.¹²⁶ De bevoegdheid om een enquête te verzoeken is aan verenigingen van werknemers weliswaar niet gegeven om voor werknemersbelangen op te

degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van KPNQwest zijn betrokken. Aan een algemeen belang, zoals het (...) maatschappelijk belang, waaronder het belang van het belegend publiek, komt daartegenover in beginsel geen doorslaggevend gewicht toe, nu de Ondernemingskamer niet bevoegd is met het oog op het algemeen belang ambtshalve een onderzoek te bevelen”.

123. Bij het antagonistische type enquête (zie 2.3) lijken de belangen van de rechtspersoon minder in het centrum van de aandacht te liggen.

124. OK 1 november 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU8689, *ARO* 2005/192 (ATR-Leasing).

125. HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8210, *ARO* 2007/68 (ATR-Leasing), r.o. 4.4. Een enquêteverzoek is slechts toewijsbaar indien blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid van de betrokken rechtspersoon te twijfelen, maar indien aan dat criterium is voldaan is het “in beginsel aan het oordeel van de ondernemingskamer overgelaten het verzoek tot een enquête al dan niet toe te wijzen”.

126. Art. 2:345 lid 2 BW. Zie 2.5.2.

HOOFDSTUK 2

komen, maar is afhankelijk gesteld van hun statutaire doel om die belangen te behartigen.¹²⁷ Door middel van die bevoegdheid kan in de enquêteprocedure recht worden gedaan aan de belangen van de factor arbeid. Deze ruimte voor andere belangen dan die van de rechtspersoon zelf – en zijn aandeelhouders of leden – past bij de in Nederland heersende opvatting, die vaak wordt aangeduid met stakeholdersmodel.¹²⁸ Daarin valt een rechtspersoon niet samen met de aandeelhouders of leden; hij wordt beschouwd als “een maatschappelijk instituut waarin een veelheid van belangen samenkomt”.¹²⁹ Dat het enquêterecht als geheel niet louter met het oog op de belangen van rechtspersonen in het leven is geroepen, valt af te leiden uit de MvT bij de wijziging van het enquêterecht van 1971.¹³⁰ Deze houdt in dat wordt uitgegaan van de behoefte aan vrijheid en het verantwoordelijkheidsgevoel van ondernemers, maar dat “een rechtsorde die aan onze economische orde beantwoordt” (kort gezegd) om het enquêterecht vraagt.

[77] Met het oog op het belang van de rechtspersoon en op de spoedeisende aard van de enquêteprocedure, is de Ondernemingskamer niet gebonden aan de strikte grenzen van het verzoek. Als ze van oordeel is dat het enquêteverzoek toewijsbaar is, kan ze de omvang van het onderzoek, en daarmee de periode waarover dat onderzoek zich moet uitstrekken, bepalen.¹³¹

De ATR Leasing-beslissing van de Hoge Raad bevestigt niet alleen dat het belang van de rechtspersoon voorop staat, maar illustreert ook een effect van die primaire positie: ten dienste van dat belang heeft de rechter bij zijn beslissing armslag die reikt tot buiten de grenzen van het verzoek. Dat het belang van de rechtspersoon de rechter veel beslisruimte geeft, komt ook tot uiting in de vrijheid van de Ondernemingskamer om andere (onmiddellijke) voorzieningen te treffen dan die waar de verzoeker om heeft gevraagd.¹³²

127. Art. 2:347 BW.

128. Ter onderscheiding van het (Angelsaksisch georiënteerde) shareholdersmodel.

129. Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, 2017/116.

130. Kamerstukken II 1967/68, 9596, 3, p.1 (MvT). Vgl. Eikelboom 2017, p. 3.3.1.

131. HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8210, *ARO* 2007/68 (ATR-Leasing). In de zaak Scheipar was sprake van een, ten opzichte van ATR-Leasing, omgekeerde situatie: een belanghebbende bepleitte een onderzoek over een kortere periode dan waar verzoeker om had gevraagd. De Ondernemingskamer gelastte een onderzoek vanaf de door verzoeker verzochte datum. In cassatie werd geklaagd dat de Ondernemingskamer had moeten motiveren waarom zij ondanks het verweer van de belanghebbende koos voor de door verzoeker gewenste onderzoeksperiode. HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, *ARO* 2003/97 (Scheipar), r.o. 3.6.2: “Aan de ondernemingskamer komt een grote mate van vrijheid toe bij het bepalen van de omvang van een door haar bevolen onderzoek. Op dit punt kunnen aan haar oordeel dan ook geen hoge motiveringseisen worden gesteld.”.

132. Uit HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8338, *ARO* 2002/160 (Zwagerman) wordt algemeen afgeleid dat de rechter ook de vrijheid heeft om in de eerste fase andere voorzieningen te bevelen dan die waar om is verzocht. De beschikking heeft betrekking op voorzieningen als bedoeld in art. 2:356 BW, dus tweede fase-voorzieningen. Zie ook 2.9.

[78] De plicht van de rechter om het belang van de rechtspersoon voorop te stellen gaat ten koste van de partijautonomie. De vrijheid van partijen is overigens niet alleen ingeperkt in de rechtspraak. De inperking is in zekere zin inherent aan de wettelijke regeling. Olden wijst op de samenhang in het enquêterecht tussen de mate waarin verzoeker dominus litis is en de centrale plaats van het belang van de rechtspersoon.¹³³ Hij vergelijkt de door de Ondernemingskamer getroffen onmiddellijke voorzieningen en de voorlopige voorzieningen die de voorzieningenrechter treft, en wijst op het volgende verschil. In kort geding kan de eiser die met succes een voorlopige voorziening vordert, zelf nog beslissen over de tenuitvoerlegging. Voor de verzoeker in een enquêteprocedure geldt dit niet. Een onmiddellijke voorziening wordt zonder meer van kracht zodra de Ondernemingskamer de beschikking geeft.

Ook Geerts merkt op dat men grip op zijn zaak verliest als men een enquêteverzoek aan de Ondernemingskamer voorlegt.¹³⁴ Dit hangt samen met het feit dat de enquêteprocedure een verzoekschriftprocedure is, waarin de rechter, in vergelijking met de procedure die vanouds met een dagvaarding werd ingeleid, een grotere vrijheid van handelen heeft. Die eigenschap van de verzoekschriftprocedure stelt de Ondernemingskamer tot actieve sturing van het proces in staat.¹³⁵ Geerts brengt deze beperking, zo men wil dit verlies, van de partijautonomie niet alleen in verband met procesrechtelijke aspecten van de enquêteprocedure, maar tevens met de prominente plaats van het belang van de rechtspersoon in het enquêterecht.

[79] In het stakeholdersmodel is het belang van de rechtspersoon een enigszins ongrijpbaar begrip. In de rechtspersoon komt immers “een veelheid van belangen” samen.¹³⁶ De Hoge Raad heeft het belang van de vennootschap als volgt omschreven in de zaak Cancun: “Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming”.¹³⁷ Het vennootschapsbelang is hier omschreven met behulp van een praktisch doel: het bestendige succes van de onderneming.¹³⁸ De omschrijving sluit aan bij het praktische karakter van de enquêterecht.¹³⁹ Ik meen dat in het kader van het enquêterecht ook voor rechtspersonen die geen vennootschap zijn bij deze

133. Olden, *Ondernemingsrecht* 2003/p. 549-555, nr. 4.

134. Geerts 2004, p. 1.6.

135. Zie ook Storm 2018, 2.3.6. Storm merkt daar bijvoorbeeld op dat de Ondernemingskamer kan doortasten naar het materiële geschilpunt.

136. Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, 2017/116. Storm somt op de belangen van: aandeelhouders, bestuurders, commissarissen, werknemers, kapitaalverschaffers, crediteuren, afnemers, leveranciers, overheden, etc. (Storm 2018, 2.7.2.2).

137. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, ECLI:NL:HR:2014:799, ECLI:NL:HR:2014:804, ECLI:NL:HR:2014:808, *ARO* 2014/71, *ARO* 2014/73, *ARO* 2014/74, *ARO* 2014/72 (Cancun), r.o. 4.2.1 (in alle beschikkingen).

138. De aanduiding ‘definitie’ lijkt te sterk voor de bewoordingen van de Hoge Raad.

139. Zie 2.3.

HOOFDSTUK 2

omschrijving kan worden aangeknoopt.¹⁴⁰ Mijns inziens kan slechts het belang van de rechtspersoon rechtvaardigen dat de Ondernemingskamer afdoet aan de partijautonomie. In zoverre zie ik een sterk verband tussen de beperking van de partijautonomie en de centrale plaats van de rechtspersoon in de enquête-procedure. Dat gaat weer niet zover, dat slechts aan de partijautonomie zou kunnen worden afgedaan *voor zover* het belang van de rechtspersoon dat *vergt*. Dat wil zeggen: het belang van de rechtspersoon is een drempel voor inbreuk op de partijautonomie, maar bepaalt de inhoud en de mate van de inbreuk niet als de drempel is gehaald. Het spoedeisende karakter van de procedure staat aan zo'n vereiste in de weg. Voor het nauwkeurig aftasten van de grens van wat het belang van de rechtspersoon vergt, is in de spoedeisende procedure geen ruimte.

2.8 Belanghebbenden en de grenzen van de rechtsstrijd

[80] De vooraanstaande plaats van het belang van de rechtspersoon komt tot uitdrukking in de manier waarop de rechter de relevante betrokken belangen weegt bij het nemen van zijn beslissing. Voordat hij aan de afweging toekomt, moet eerst worden vastgesteld welke belangen in de afweging betrokken moeten of mogen worden. Dat leidt tot de vraag welke partijen belangen onder de aandacht van de rechter kunnen brengen. En wat de belanghebbende betreft, hoe hij dat doet. Kiest hij voor zijn verweerschrift (artikel 282 lid 1 Rv) of voor de vorm van een zelfstandig verzoek dat in dat verweerschrift vervat mag zijn (artikel 282 lid 4 Rv)? Deze vragen hangen samen met de vraag wie of wat eigenlijk de grenzen van het speelveld van de enquêterechter bepaalt.

De contouren van de bewegingsruimte van de rechter worden, ook in het enquêterecht, allereerst getekend door de artikelen 23 en 24 Rv. Het uitgangspunt is dat partijen de aard en omvang van de rechtsstrijd bepalen. De rechter is gebonden aan de grondslag van het verzoek en het verweer. Hij mag in beginsel niet meer toewijzen dan partijen aan hem hebben gevraagd. Maar zoals al werd aangestipt, beperken in het enquêterecht de door partijen getrokken grenzen de rechter slechts tot op zekere hoogte.¹⁴¹ De partijautonomie moet inschikken ten behoeve van het belang van de rechtspersoon; dat belang geeft de rechter de gelegenheid de door partijen uitgezette grenzen op te rekken.

Voordat de Hoge Raad de ATR Leasing-beschikking gaf, is gediscussieerd over de vraag in hoeverre de Ondernemingskamer de grenzen van het verzoek mag overschrijden en, daarmee samenhangend, hoe ver de bevoegdheid strekt van de belanghebbende om een zelfstandig verzoek te doen.¹⁴² Hermans

140. Dat zijn immers rechtspersonen die een onderneming in stand houden (2.5.1).

141. 2.7.

142. Voor overzichten van die discussie zie Geerts 2004, p. 3.3.2., en concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:AZ8210, bij HR 30 maart 2007, ARO 2007/68 (ATR-Leasing), nr 5.9. Zie hierover ook 2.7.

veronderstelde dat het de Ondernemingskamer niet vrijstaat aan de onderzoeker een naar periode of onderwerp uitvoeriger onderzoek op te dragen dan de verzoeker en de rechtspersoon wensen.¹⁴³ Hij betrok het standpunt dat die belanghebbenden, die zelf niet enquêtegerechtigd zijn op grond van de artikelen 2:346 en 2:347 BW, niet de mogelijkheid behoren te krijgen de omvang van de rechtsstrijd uit te breiden. Geerts daarentegen betoogde dat de belanghebbende die zelf niet om een enquête kan vragen, wel kan verzoeken om een ruimer onderzoek dan in het oorspronkelijke enquêteverzoek werd beoogd.¹⁴⁴ Dit omdat een zelfstandig verzoek tot uitbreiden van het onderzoek betrekking heeft op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek, zodat aan de connexiteitseis van artikel 282 lid 4 Rv is voldaan.¹⁴⁵ Als onderwerp van het oorspronkelijke enquêteverzoek beschouwt Geerts: “de omstandigheid dat er een kans is dat sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid van de vennootschap te twijfelen”.¹⁴⁶

[81] Over de grenzen van de rechtsstrijd in de enquêteprocedure is geoordeeld in de zaak Cordial.¹⁴⁷ A-G Timmerman karakteriseert in zijn conclusie de enquêteprocedure als een drietrapraket.¹⁴⁸ In de voorfase moeten bezwaren tegen het beleid schriftelijk kenbaar worden gemaakt aan de rechtspersoon, waarmee de feitelijke grondslag van het enquêteverzoek wordt geschetst.¹⁴⁹ Dit biedt de rechtspersoon de waarborg dat hij niet rauwelijks in rechte wordt betrokken. In de eerste fase wordt beoordeeld of een bezwaar, opgenomen in het enquêteverzoek, gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid oplevert. Tussen de in de voorfase opgeworpen bezwaren en de gegronde redenen moet een nauw verband bestaan, de “eerste connexiteitseis”. Als het bezwaar is onderzocht kan het, in de tweede fase, leiden tot het oordeel wanbeleid. Tussen de gegronde redenen van de eerste fase en het wanbeleidsoordeel in de tweede fase, dat steunt op het onderzoeksverslag, moet ook een nauw verband bestaan, de “tweede connexiteitseis”. De omvang van het partijdebat in de eerste en de tweede fase wordt zo bepaald door de in de voorfase kenbaar gemaakte bezwaren. Timmerman wijst er op dat het

143. Hermans 2003, p. 155. In zijn dissertatie beschrijft hij de stand van zaken na de ATR-beschikking (Hermans 2017, p. 2.1.4.).

144. Geerts 2004, p. 3.3.2.

145. A-G Timmerman sloot zich aan bij dit standpunt (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:AZ8210, bij HR 30 maart 2007, ARO 2007/68 (ATR-Leasing)).

146. P.G.F.A. Geerts, annotatie bij HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8210, ONDR 2007/111, 5.

147. HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:316, ARO 2019/93 (Cordial, Turnham, Bab) (ook aangeduid met ‘de zaak Bab’). Het betreft een Curaçaose zaak.

148. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2018:1513, bij HR 8 maart 2019, ARO 2019/93, nr. 3.12-3.15.

149. Art. 2:349 lid 1 BW. Zie over de voorfase 2.4.

HOOFDSTUK 2

streven naar materiële waarheidsvinding in de enquêteprocedure daardoor wordt begrensd.¹⁵⁰

De Hoge Raad volgt de conclusie. Alleen bezwaren die in de voorfase naar voren zijn gebracht, kunnen als gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid leiden tot een enquête. De bezwaren, die ten grondslag liggen aan het oordeel dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen, moeten in elk geval onderzocht worden. Maar het onderzoek hoeft niet tot die bezwaren beperkt te blijven. De Ondernemingskamer heeft grote vrijheid bij het bepalen van de omvang het onderzoek en de onderzoeker kan andere bezwaren in zijn onderzoek betrekken. Er dient wel voldoende samenhang te zijn tussen die andere bezwaren en de bezwaren die hebben geleid tot het oordeel dat blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.¹⁵¹

[82] In de ATR Leasing-beschikking heeft de Hoge Raad overwogen dat de beoordelingsvrijheid van de Ondernemingskamer meebrengt dat belanghebbenden, ook als zij niet bevoegd zijn zelfstandig een enquête te verzoeken, hun standpunt kenbaar mogen maken over alle aspecten van het enquêteverzoek en het eventuele onderzoek. De belanghebbenden kunnen zich dus uitspreken over de toewijsbaarheid van het verzoek, en over de aard en omvang van een mogelijk onderzoek, en over de periode waarover het onderzoek zich zou moeten uitstrekken.

[83] Deze uitspraak wordt vaak aangehaald om te beklemtonen dat de Ondernemingskamer ruime marges heeft bij de beoordeling van een enquêteverzoek en bij het bepalen van aard en omvang van het onderzoek. Ik merk op dat de beschikking ook zien laat dat de beslissingsruimte niet grenzeloos is. Er moet immers gelet worden op de belangen van verzoekers en die van andere bij de (onderneming van de) rechtspersoon betrokken belanghebbenden.¹⁵² Dat vereiste zorgt ook voor een zekere inkadering van de beslisruimte.

150. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2018:1513, bij HR 8 maart 2019, *ARO* 2019/93, nr. 3.16. Het vereiste om in de voorfase bezwaren bekend maken – dat dient ter bescherming van de rechtspersoon – stelt grenzen aan de omvang van het partijdebat, dat weer het streven naar materiële waarheidsvinding begrenst. Ik merk op dat materiële waarheidsvinding ook het belang van de rechtspersoon kan dienen. Het is dus mogelijk, dat zijn belang om in zijn processuele positie beschermd worden en zijn belang bij waarheidsvinding op dit vlak niet parallel lopen.

151. HR 8 maart 2019 *ARO* 2019/93 (Bab), r.o. 3.4.3. Of er voldoende samenhang is hangt af van de omstandigheden van het geval. Voor een gedetailleerder omschrijving van de inhoud van de begrippen ‘nauw verband’ en ‘voldoende samenhang’ in deze context, zie concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2018:1513, bij HR 8 maart 2019, *ARO* 2019/93, nr. 3.13 en 3.15.

152. HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8210, *ARO* 2007/68 (ATR-Leasing), r.o. 4.4.

2.9 Voorzieningen

[84] Het enquêterecht kent twee soorten voorzieningen.¹⁵³ Ten eerste worden in artikel 2:349a lid 2 BW de onmiddellijke voorzieningen genoemd. Onmiddellijke voorzieningen zijn ordemaatregelen van tijdelijke aard. Ze kunnen op korte termijn worden aangewend.¹⁵⁴ Vaak hebben ze het karakter van noodverband: de ergste chaos kan alvast worden bedwongen, de meest pregnante misstand kan onmiddellijk worden opgeheven, interne verhoudingen kunnen worden vlot getrokken, alles in afwachting van nadere oordelen en maatregelen. Er is een grote variatie in onmiddellijke voorzieningen. Voorzieningen die relatief frequent voorkomen zijn: schorsing van een bestuurder of commissaris, benoeming van zo'n functionaris, schorsing van stemrecht op aandelen en tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer.¹⁵⁵

[85] In zijn Versatel II-beschikking besliste de Hoge Raad dat bij wijze van onmiddellijke voorziening een commissaris kon worden aangesteld “met bijzondere, van bepalingen van dwingend recht afwijkende bevoegdheden”.¹⁵⁶ Daaruit is afgeleid dat bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen kan worden afgeweken van regels van dwingend recht.¹⁵⁷

Artikel 2:349a lid 2 BW vermeldt hoe lang deze voorzieningen kunnen voortbestaan: voor ten hoogste de duur van het geding. Een onmiddellijke voorziening eindigt dus in beginsel op het moment dat de procedure tot een einde komt. Als de eerste fase resulteert in een onderzoeksverslag, maar niet wordt gevolgd door een tweede fase, eindigt de onmiddellijke voorziening na het verstrijken van de termijn waarin een tweede fase had kunnen worden geëntameerd. Dat is de periode van de twee maanden nadat het verslag is gedeponneerd.¹⁵⁸ Wordt er wel een tweede fase verzoek ingediend, dan kan de onmiddellijke voorziening voortduren tot het einde van de tweede fase. In de zaak e-Traction heeft de

153. Eikelboom plaatst een kanttekening bij het onderscheid (Eikelboom 2017, p. 10.3.2.1). Ik ga daar hier niet op in en maak de – algemeen gebruikelijke – tweedeling.

154. Het is niet gebruikelijk dat een aanvangstijdstip van de maatregel wordt vermeld; de onmiddellijke voorziening treedt in beginsel in werking op het moment van de uitspraak. In de zaak Leaderland was bij wijze van onmiddellijke voorziening een bestuurder benoemd. In een vervolgbeschikking (OK 3 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:285, ARO 2015/46 (Leaderland)) bepaalde de Ondernemingskamer dat de persoon die als bestuurder werd aangewezen, werd aangewezen met ingang van het tijdstip waarop voldoende financiële zekerheid voor zijn salariskosten zou zijn gesteld. Opgemerkt zij, dat gewoonlijk bij onmiddellijke voorziening ‘een bestuurder’ wordt benoemd. Vervolgens wordt, bij afzonderlijke beschikking, een persoon met naam en toenaam als bestuurder aangewezen.

155. Zie ook Rapport Cools/Kroeze 2009, tabel M.1 en tabel M.2.

156. HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4888, ARO 2007/155 (Versatel II).

157. De aan deze beslissing voorafgaande discussie komt aan de orde in 3.10.

158. Art. 2:355 lid 2 BW.

HOOFDSTUK 2

Hoge Raad uiteengezet wanneer die fase precies eindigt.¹⁵⁹ Dat is als de (eind-) beschikking op het tweede fase-verzoek onherroepelijk wordt.¹⁶⁰ Als echter op dat moment nog tijdelijke voorzieningen, vermeld in artikel 2:356 BW, van kracht zijn, eindigt de enquêteprocedure pas als die voorzieningen eindigen.¹⁶¹ Een en ander neemt niet weg dat de Ondernemingskamer bij het treffen van de onmiddellijke voorziening een eerder tijdstip van expiratie kan bepalen en ook de bevoegdheid heeft een onmiddellijke voorziening tussentijds te beëindigen.

Artikel 2:349a lid 2 BW vermeldt ook wanneer de onmiddellijke voorzieningen kunnen worden getroffen: in elke stand van het geding. De bepaling verwijst naar het in artikel 2:345 BW bedoelde eerste fase verzoek. En deze is van overeenkomstige toepassing verklaard voor de tweede fase.¹⁶² Een verzoek kan dus in elke stand van het geding in de eerste fase en de tweede fase worden gedaan. Er is verondersteld dat onmiddellijke voorzieningen tot de eindbeschikking in de tweede fase, of zelf bij die beschikking konden worden getroffen.¹⁶³ In de zaak e-Traction is overwogen dat geen onmiddellijke voorzieningen meer kunnen worden getroffen nadat de enquêteprocedure is geëindigd. Men kan daarin lezen dat de maatregelen ook nog na de eindbeschikking in de tweede fase getroffen kunnen worden als de procedure dan nog niet is geëindigd.¹⁶⁴

159. HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1056, *ARO* 2012/48 (e-Traction II), r.o. 4.1.5.: “ (...) De in art. 2:349a lid 2 en 2:355 lid 3 BW bedoelde onmiddellijke voorzieningen worden, blijkens eerstgenoemde bepaling, gegeven voor ten hoogste de duur van het geding. Met het geding wordt in dit verband bedoeld de enquêteprocedure. Die procedure eindigt, voor zover hier van belang, met het onherroepelijk worden van de beschikking op het verzoek als bedoeld in art. 2:355 lid 1 BW dan wel, ingeval tijdelijke voorzieningen als genoemd in art. 2:356, aanhef en onder c, d en e, BW zijn getroffen die later eindigen dan het tijdstip waarop de zojuist genoemde beschikking onherroepelijk wordt, bij het eindigen van die voorzieningen. Nadat de enquêteprocedure is geëindigd, kunnen geen onmiddellijke voorzieningen meer worden getroffen.”

160. Het tweede fase-verzoek is het verzoek bedoeld in art. 2:355 lid 1 BW, waarmee wordt verzocht om vast te stellen dat er wanbeleid was.

161. Het zijn de voorzieningen: tijdelijke aanstelling van een of meer bestuurders of commissarissen; tijdelijke afwijking van de door de Ondernemingskamer aangegeven bepalingen van de statuten; tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer. Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/797 en 802 voor de stand van zaken van voor de e-Traction beschikking. Zie nr. 86 over de voorzieningen van art. 2:356 BW.

162. Art. 2:355 lid 3 BW.

163. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/802 en de daar vermelde jurisprudentie en literatuur.

164. In de zaak Loda Holding (OK 7 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3275, *ARO* 2018/201) is bij eindbeslissing in de tweede fase een onmiddellijke voorziening gehandhaafd, tot het moment waarop die eindbeslissing onherroepelijk zou worden. Bij die eindbeslissing werd de rechtspersoon ontbonden en de bestuurder ontslagen. Ter voorkoming van een machtsvacuüm moest de eerder door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijke bestuurder in functie blijven totdat de vereffening van de ontbonden rechtspersoon zou zijn afgerond. Zie voor onmiddellijke voorzieningen bij eindbeschikking in de tweede fase ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/802 en de daar vermelde jurisprudentie en literatuur.

Een verzoek om onmiddellijke voorzieningen kan worden opgenomen in een enquêteverzoek of in een verzoek als bedoeld in artikel 2:355 BW, maar het kan ook afzonderlijk worden ingediend. Voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen is het noodzakelijk dat het enquêteverzoek is gedaan, maar er hoeft nog niet op te zijn beslist.¹⁶⁵ In spoedeisende gevallen kunnen onmiddellijke voorzieningen op voorhand worden toegewezen.¹⁶⁶ Daarvoor vereist de wet dat er naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken van de rechtspersoon te twijfelen.¹⁶⁷ Van deze bevoegdheid moet terughoudend gebruik worden gemaakt.¹⁶⁸

De onmiddellijke voorziening, hoewel zelf tijdelijk van duur en voorlopig van aard, kan gevolgen hebben die onomkeerbaar zijn. Dat is afgeleid uit de Skygate-beschikking en sindsdien bevestigd, onder meer in de zaak Inter Access.¹⁶⁹

[86] De tweede soort voorzieningen die in het enquêterecht een rol speelt, kan alleen worden getroffen in de tweede fase.¹⁷⁰ De voorzieningen van deze tweede categorie zijn limitatief opgesomd in artikel 2:356 BW. Het zijn: schorsing of vernietiging van een besluit; schorsing of ontslag van een bestuurder of commissaris; tijdelijke aanstelling van zo'n functionaris; tijdelijke afwijking van een bepaling van de statuten; tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer; ontbinding van de rechtspersoon. Deze voorzieningen komen in aanmerking in geval van een enquête die gericht is op herstel van gezonde verhoudingen binnen de rechtspersoon. Voorzieningen van deze soort kunnen achterwege blijven; dan volstaat de Ondernemingskamer met de vaststelling dat van wanbeleid sprake is. Bij enquêtes gericht op opening van zaken of vaststelling van verantwoordelijkheid voor (mogelijk) wanbeleid, ligt dat laatste voor de hand. Anders dan onmiddellijke voorzieningen, zijn deze voorzieningen niet voorlopig van aard. Uit de opsomming blijkt ook dat ze niet tijdelijk hoeven

165. Art. 2:349a lid 3 BW. Deze bepaling, in 2013 opgenomen in de wet, is de codificatie van de praktijk waarvoor de Hoge Raad in de zaak DSM de regel heeft geschreven (HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523, *ARO* 2008/4 (DSM)). Zie ook Geerts 2004, p. 5.2.1.

166. Bijv. OK 24 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1626, *ARO* 2017/92 (Fortuna); OK 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965, *ARO* 2017/108 (Akzo Nobel).

167. Art. 2:349a lid 3 BW.

168. HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523, *ARO* 2008/4 (DSM), r.o. 3.6; HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7067, *ARO* 2011/41 (Inter Access), r.o. 3.6.

169. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (Skygate), r.o. 3.6: "dat aan het treffen van voorlopige voorzieningen niet zonder meer in de weg behoeft te staan dat deze kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen, mits de voorziening naar haar aard een voorlopige is". HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7067, *ARO* 2011/41 (Inter Access), r.o. 3.9. Ook in het kort geding kunnen de voorlopige maatregelen onomkeerbare gevolgen hebben.

170. Art. 2:355 lid 1 BW.

HOOFDSTUK 2

zijn (ontslag, ontbinding). Met deze voorzieningen kan dus blijvend worden ingegrepen in de rechtsbetrekkingen binnen de rechtspersoon.¹⁷¹ De voorzieningen kunnen slechts getroffen worden als uit het verslag van de onderzoeker van wanbeleid is gebleken. Het oordeel dat van wanbeleid blijkt, is daarmee een voorwaarde voor de vaststelling van nieuwe rechtsverhoudingen binnen de rechtspersoon door de Ondernemingskamer.¹⁷²

Deze voorzieningen worden vaak aangeduid met ‘definitieve voorzieningen’. Ook de benaming ‘tweede fase voorzieningen’ wordt wel gebruikt. In de tweede fase kunnen echter ook onmiddellijke voorzieningen worden getroffen.¹⁷³ Meestal worden die niet begrepen onder ‘tweede fase voorzieningen’. De terminologie dekt de lading dus niet helemaal, althans kan verwarring wekken. De aanduiding ‘voorzieningen na enquête’ is in dat opzicht eigenlijk ook wat te ruim bemeten.¹⁷⁴ De term ‘wanbeleid-voorziening’ ben ik nog niet tegengekomen.¹⁷⁵ Eikelboom gebruikt de kloeke term eindvoorziening.¹⁷⁶

[87] Voor beide categorieën voorzieningen geldt, dat de Ondernemingskamer deze niet ambtshalve kan treffen. Er is een daarop gericht verzoek nodig. Als echter eenmaal om een voorziening is verzocht, is de Ondernemingskamer niet gebonden aan de door de verzoeker beoogde voorziening(en); er kunnen dan in de beslissing andere voorzieningen uit de bus rollen.¹⁷⁷

[88] Tot 2012 werd meestal aangenomen dat de rechtspersoon en andere belanghebbenden niet om onmiddellijke voorzieningen kunnen vragen als de verzoeker dat (nog) niet heeft gedaan, en dat de verzoeker die om onmiddellijke

171. Zie 9.4. over de externe werking van de voorziening ontslag van de bestuurder.

172. Men zou kunnen menen dat reeds door het rechterlijk oordeel dat van wanbeleid is gebleken, nieuwe rechtsverhoudingen intreden. De rechtspersoon is in zoverre van karakter veranderd, dat hij door dat oordeel het etiket ‘wanbeleid’ heeft. Ik ben geneigd om het wanbeleidsoordeel te beschouwen als vaststelling van een feitelijke toestand, en die rechterlijke vaststelling als voorportaal voor wijziging van interne rechtsverhoudingen. Het intreden van nieuwe rechtsbetrekkingen is mijns inziens afhankelijk van een opvolgende beslissing waarbij een voorziening wordt getroffen. Dat geldt ook als het wanbeleidsoordeel gepaard gaat met vaststelling van wie verantwoordelijk is voor het geconstateerde wanbeleid (art. 2:354 BW). In dat geval kan – bij afzonderlijke beslissing – een externe rechtsbetrekking in het leven worden geroepen: het recht van de rechtspersoon om de onderzoekskosten te verhalen op de verantwoordelijke. Opgemerkt zij dat het wanbeleidsoordeel ook een opmaat kan zijn voor een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure, waarin de gewone burgerlijke rechter nieuwe rechtsbetrekkingen tussen de bestuurder en de rechtspersoon kan vaststellen.

173. Zie nr. 85.

174. Geerts gebruikt deze naam (Geerts 2004, 5.3).

175. Wanbeleid-voorziening heeft de charme van de duidelijkheid. Ook aan deze naam kleeft een nadeel. ‘Wanbeleid-voorziening’ heeft een weinig positieve klank, terwijl met de voorziening veelal wordt beoogd een einde aan een misstand te maken, zodat de rechtspersoon met een min of meer schone lei verder kan.

176. Eikelboom 2017.

177. HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8338, *ARO* 2002/160 (Zwagerman). Zie ook nr. 77.

voorzieningen verzoekt, daarmee de weg vrij maakt voor de andere procespartijen om dat ook te doen.¹⁷⁸ Geerts heeft verdedigd dat belanghebbenden ook om onmiddellijke voorzieningen kunnen verzoeken als de indieners van het enquêteverzoek dat niet hebben gedaan.¹⁷⁹

De Hoge Raad heeft in zijn beschikking in de zaak e-Traction bepaald dat de mogelijkheden in deze ruim zijn.¹⁸⁰ Overwogen werd dat andere belanghebbenden dan de indieners van het enquêteverzoek of de indieners van het tweede fase verzoek om een onmiddellijke voorziening kunnen vragen. Eikelboom meent dat dit ook geldt voor maatregelen op de voet van artikel 2:356 BW. Belanghebbenden die niet kunnen verzoeken om wanbeleid vast te stellen, zouden om die maatregelen kunnen vragen, ook als niemand anders dat nog heeft gedaan.¹⁸¹

Partijen die een verzoek kunnen doen tot het treffen van tweede fase voorzieningen zijn: de oorspronkelijke verzoekers, dat wil zeggen de partijen die om een enquête hebben verzocht; andere enquêtegerechtigden, indien het onderzoeksverslag voor hen ter inzage ligt; de advocaat-generaal bij het gerechtshof Amsterdam.¹⁸²

2.10 Samenvatting en conclusie

[89] In dit hoofdstuk zijn de hoofdlijnen van het enquêterecht geschetst. De doeleinden van het enquêterecht brengen de praktische aard van het enquêterecht tot uitdrukking. In het enquêterecht staat niet geschillenbeslechting, maar het functioneren van rechtspersonen centraal. Deze speciale aard van het enquêterecht heeft zijn weerslag op de procedure. Enquêteverzoeken worden spoedeisend geacht. Besproken is hoe de enquêterechter beslist over een enquêteverzoek (2.6). Hij stelt vast of het verzoek een rechtspersoon betreft, die onder de wettelijke enquêteregeling valt. Hij toetst aan de norm, dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon. Dat wettelijke criterium is niet concreet. Als de rechter

178. Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/766 voor literatuur en jurisprudentie van deze en van afwijkende strekking.

179. Geerts 2004, p. 5.2.4.1.

180. HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1056, *ARO* 2012/48 (e-Traction II), r.o. 4.1.3. A-G Timmerman gaat uitvoerig in op de vraag welke partij wanneer bevoegd is om onmiddellijke voorzieningen te verzoeken (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2012:BV1056, bij HR 23 maart 2012, nr. 3.6 e.v.). Hij is voorstander van ruime mogelijkheden voor belanghebbenden om binnen de enquêteprocedure te verzoeken om onmiddellijke voorzieningen.

181. Eikelboom 2017, p. 2.6.3.1.

182. Art. 2:355 lid 1 BW. Art. 2:353 lid 2 BW houdt in dat de Ondernemingskamer kan bepalen dat het verslag ter inzage ligt voor bepaalde personen of iedereen. De beslissing wordt gegeven bij beschikking. Deze beschikking bepaalt dus mede welke partijen bevoegd zijn een tweede fase verzoek te doen.

HOOFDSTUK 2

van oordeel is dat er gegronde redenen voor twijfel zijn, hoeft hij nog geen onderzoek te bevelen. Dat is zijn discretionaire bevoegdheid. Aan de beslissing om al dan niet een onderzoek in te stellen dient een belangenafweging vooraf te gaan. Daarin worden de bezwarende kanten van het onderzoek voor de rechtspersoon betrokken en spelen belangen van andere betrokkenen een rol. Bij enquêterechtelijke beslissingen staat het belang van de rechtspersoon voorop. Er is ingegaan op een effect van het primaat van het belang van de rechtspersoon: de partijautonomie wijkt voor dat belang. Dat komt tot uiting in de beslisruimte van de rechter. Dat is inherent aan de wettelijke regeling. De Ondernemingskamer is niet gebonden aan de grenzen van het verzoek. Ze kan een onderzoek bevelen van een andere omvang, aard en periode dan de verzoeker voor ogen stond. De in de voorfase naar voren gebrachte bezwaren bepalen wel de grenzen van de rechtsstrijd. Er moet een nauw verband bestaan tussen die bezwaren, de gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid op grond waarvan het onderzoek wordt bevolen, en de bevindingen van het onderzoek waarop het oordeel wanbeleid stoelt. Er zijn alvast een paar karakteristieken aangestipt van de onmiddellijke voorzieningen. In het volgende hoofdstuk zullen deze uitvoeriger worden besproken.

Hoofdstuk 3. De bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen

3.1 Inleiding

[90] Dit onderzoek behandelt de rechterlijke beslissing over onmiddellijke voorzieningen met een bepaald gevolg. Het gaat om voorzieningen die (mogelijk) conflicteren met een contractuele verplichting van de rechtspersoon. Zo'n botsing dreigt niet altijd. De beslissing over zulke conflicterende maatregelen is een species van het genus beslissingen over onmiddellijke voorzieningen in het algemeen.¹

[91] In hoofdstuk 1 is met het oog op de onderzoeksvragen uiteengezet, dat de Ondernemingskamer zich bij het treffen van de onmiddellijke voorziening dient te verdiepen in de te verwachten effecten van die voorziening.² Voor de mogelijke effecten van onmiddellijke voorzieningen is de bevoegdheid tot het treffen van die voorzieningen van belang. Over die bevoegdheid en het gebruik daarvan – de beslissing – gaat dit hoofdstuk.

Onmiddellijke voorzieningen worden in het leven geroepen door een beslissing van de Ondernemingskamer. De bevoegdheid daartoe ontleent deze rechter aan artikel 2:349a lid 2 BW. Voordat die bepaling in de wet was opgenomen was men voor ordemaatregelen aangewezen op de toenmalige President in kort geding.³ De doeltreffendheid van de enquêteprocedure was niet optimaal gediend met de kort geding procedure. Zodoende ontstond de behoefte aan een bevoegdheid om ordemaatregelen te treffen binnen de enquêteprocedure. In de gedachtevorming daarover hebben de eigenschappen van de kort geding procedure een rol gespeeld.

[92] De in artikel 2:349a lid 2 BW gegeven bevoegdheid kan slechts op verzoek worden uitgeoefend. De Ondernemingskamer is niet gebonden aan de in het verzoek vermelde specifieke voorzieningen.⁴ Als is voldaan aan de criteria voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen, komt de vraag aan de orde welke voorzieningen moeten worden getroffen. In de praktijk valt de vraag óf er onmiddellijke voorzieningen moeten komen vaak niet goed te onderscheiden

1. Voor allerlei aspecten van onmiddellijke voorzieningen, zie Eikelboom 2017.

2. Hetgeen zij ook pleegt te doen.

3. Deze rechter heet thans voorzieningenrechter.

4. Dat is afgeleid uit HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8338, *ARO* 2002/160 (Zwagerman). Zie 2.7, 2.9.

HOOFDSTUK 3

van de vraag welke voorzieningen dat moeten zijn. Desalniettemin wordt in 3.6 een onderscheid gemaakt tussen deze onderdelen van de beslissing ('beslisstadia'). Onderzocht wordt hoe de criteria voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen uitwerken in het ene beslisstadium, en hoe deze uitwerken in het andere beslisstadium.

De wet stelt de eis dat ofwel de toestand van de rechtspersoon ofwel het belang van het onderzoek een onmiddellijke voorziening vergt. Bovendien is een belangenafweging nodig.⁵ Bij de bespreking van die drie criteria komen overeenkomsten met de voorzieningen in kort geding en de bevoegdheid van de voorzieningenrechter naar voren. Er wordt onderzocht hoe streng de eisen aan het gebruik van de bevoegdheid zijn.

[93] De bevoegdheid van artikel 2:349a lid 2 BW strekt ver. Dat hangt samen met het karakter van de voorziening: het is een noodmaatregel. In 3.10 tot en met 3.13 worden de grenzen van de reikwijdte van de bevoegdheid verkend. Het gaat daarbij vrijwel steeds om het onderdeel van de beslissing waarin de keuze voor de concrete voorziening wordt gemaakt. De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit spelen een rol bij aanwending van de bevoegdheid van artikel 2:349a lid 2 BW. De gevolgen van onmiddellijke voorzieningen kunnen niet altijd ongedaan gemaakt. In sommige gevallen zijn onomkeerbare gevolgen (mogelijk) nadelig voor anderen dan de rechtspersoon. Aan de orde komt in hoeverre dat de beslisruimte van de rechter beperkt (3.11).

3.2 Het ontstaan van artikel 2:349a lid 2 BW; achtergrond

[94] De onmiddellijke voorzieningen hebben hun intrede gedaan in het enquêterecht op 1 januari 1994, toen artikel 2:349a lid 2 BW in het leven werd geroepen.⁶ In de wordingsgeschiedenis van de bepaling hebben het belang van de rechtspersoon en het belang van het onderzoek centraal gestaan. In het Voorontwerp luidde de bepaling: "Indien in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het goede verloop van het onderzoek een onmiddellijke voorziening is vereist (...)".⁷ Uit de MvT bij het Voorontwerp

5. Het in de praktijk ontwikkelde vereiste van een belangenafweging bij het treffen van de maatregelen, werd met de wetwijziging van 1 januari 2013 opgenomen in de wet (zie 3.5).
6. De Wet wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête (aanvullingswet) van 8 november 1993 (*Stb.* 1993, 597; Kamerstuknr. 22 400) trad toen in werking. De bepaling luidde destijds (art. 2:349a lid 2 BW (oud)): "Indien in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek een onmiddellijke voorziening is vereist, kan de ondernemingskamer in elke stand van het geding op verzoek van de indieners van het in artikel 345 bedoelde verzoek een zodanige voorziening treffen voor ten hoogste de duur van het geding.". Voor de geschiedenis van het enquêterecht van voor 1994, zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/726.
7. Voorontwerp van Wet wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête, 8 oktober 1981, SER 88/14, bijl. 4. Olden wijst er op dat in de parlementaire geschiedenis

BEVOEGDHEID TREFFEN ONMIDDELLIJKE VOORZIENINGEN

valt af te leiden dat de ontwerpers van de regeling het probleem voor ogen hadden, dat besluiten van (het bestuur van) de rechtspersoon, en de uitvoering van die besluiten, het (verzochte) onderzoek zouden kunnen doorkruisen. Het wetsontwerp voorzag in de bevoegdheid van de Ondernemingskamer “om ordemaatregelen te treffen om te voorkomen dat het onderzoek wordt gefrustreerd”.⁸ Ter illustratie is gewezen op de situatie waarin gedrag van bestuurders of commissarissen zo nadelig is voor de onderneming, dat onmiddellijke schorsing van zo’n functionaris bij wijze van onmiddellijke voorziening noodzakelijk is om te voorkomen dat hij de onderneming te gronde richt.⁹

[95] Vóór invoering van artikel 2:349a lid 2 BW moest men, als men in het enquêterecht behoefte had aan ordemaatregelen, de President van de rechtbank adriëren en voorlopige voorzieningen in kort geding vorderen.¹⁰ Die rechtsingang bood veel ruimte: men kon terecht, zelfs als een verzoek tot het instellen van een enquête bij de Ondernemingskamer nog niet was ingediend, maar slechts werd overwogen of voorbereid.

Olden beschrijft hoe het optreden van de vakbeweging leidde tot de behoefte aan en het ontstaan van artikel 2:349a lid 2 BW.¹¹ Enquêteprocedures die werden geëntameerd bij dreigende bedrijfssluiting zouden – in de tweede fase – weliswaar kunnen uitmonden in vernietiging van een besluit tot bedrijfssluiting, maar als dat besluit al was uitgevoerd zou zo’n maatregel als mosterd na de maaltijd komen. De vakbeweging was dan aangewezen op het kort geding. Het CNV heeft in 1980 aan de Tweede Kamer voorgesteld voorlopige voorzieningen in het enquêterecht op te nemen, waarna de minister van Justitie met het al genoemde Voorontwerp kwam.

[96] Het was de bedoeling van de ontwerpers van de bepaling, dat de weg naar de President in kort geding zou blijven openstaan in gevallen waarin de nieuwe regeling niet zou voorzien. Dat betreft in de eerste plaats de situatie waarin nog geen enquêteverzoek is ingediend. Daarnaast werd het wenselijk gevonden dat de President bevoegd zou blijven, omdat de aard van de voorzieningen die deze rechter kan treffen onbeperkt is.¹² Hierbij moet worden bedacht dat men er destijds vanuit ging, dat in de enquêteprocedure slechts een aantal vastomlijnde maatregelen bij wijze van onmiddellijke voorziening zou kunnen worden getroffen. Alleen de (destijds) in artikel 2:356 BW opgesomde maatregelen zouden daarvoor

van de bepaling uit 1994 zowel “onmiddellijke voorziening” als “voorlopige voorziening” is gebruikt, kennelijk zonder besef van de precieze betekenis van de terminologie. Aan de uiteindelijke keuze voor de term “onmiddellijke voorziening” kunnen daarom naar zijn mening geen conclusies worden verbonden (Olden, *Ondernemingsrecht* 2003/p. 549-555).

8. Kamerstukken II 1982/83, Voorontwerp van Wet, p. 8 (MvT).

9. Kamerstukken II 1982/83, Voorontwerp van Wet, p. 23 (MvT).

10. Tegenwoordig: de voorzieningenrechter.

11. Olden, *Ondernemingsrecht* 2003/p. 549-555, nr. 2.

12. Kamerstukken II 1982/83, Voorontwerp van Wet, p. 24 (MvT).

HOOFDSTUK 3

in aanmerking komen.¹³ Die beperking is in het wetsvoorstel niet opgenomen. De toenmalige staatssecretaris van Justitie zag geen aanleiding voor die beperking en was van oordeel dat sommige voorzieningen van artikel 2:356 BW “een te definitief karakter dragen om als voorlopige voorzieningen te kunnen worden gekwalificeerd”.¹⁴ Uiteindelijk is artikel 2:349a lid 2 BW in de wet opgenomen, zonder de beperking tot de in artikel 2:356 BW vermelde voorzieningen.

[97] De SER heeft in 1988 een advies aan het wetsontwerp gewijd.¹⁵ Daarin is de – toen nog beoogde – regeling besproken, onder meer in het licht van de bevoegdheid van de President in kort geding tot het treffen van voorlopige voorzieningen.¹⁶ Aandacht werd besteed aan vorderingen tot het treffen van voorlopige voorzieningen die aan kortgedingrechters waren voorgelegd, op het moment dat de Ondernemingskamer nog niet was geadieerd of nog geen beslissing op een enquêteverzoek had gegeven. De SER wierp de vraag op in hoeverre de kortgedingrechter een inhoudelijke afweging moet maken van de belangen van partijen in het licht van enquêteprocedures.¹⁷ De kortgedingrechters legden een zekere terughoudendheid aan de dag bij het treffen van voorlopige voorzieningen op grond van zo’n inhoudelijke afweging.¹⁸ Die terughoudendheid vormde een risico voor de doeltreffendheid van de enquête. Mede daarom achtte de SER het wenselijk de bevoegdheid tot het treffen van voorlopige voorzieningen aan de Ondernemingskamer toe te kennen.¹⁹

De SER was voorstander van het handhaven van een rol voor de President in kort geding. Hij wees er op dat in kort geding niet alleen de belangen die partijen kunnen hebben bij een enquête, maar ook andere belangen ten grondslag kunnen worden gelegd aan een beslissing over voorlopige voorzieningen. Concentratie van de bevoegdheid tot het treffen van voorlopige voorzieningen bij de Ondernemingskamer zou leiden tot uitsluiting van die andere belangen. Indien buiten het enquêterecht gelegen gronden mede de basis vormen van

13. Met uitzondering van ontbinding van de rechtspersoon (art. 2:356 aanhef en sub f BW). De bepaling maakt deel uit van de in 1971 in de wet opgenomen regeling van het enquêterecht en is sindsdien gewijzigd/uitgebreid.

14. Kamerstukken II 1991/92, 22400, 3, p.15 (MvT), waar de Staatssecretaris aansluit bij de opvatting van W.C.L. van der Grinten. Zie ook Geerts 2004, p. 5.2.6.

15. SER 88/14.

16. In het advies is besproken “of er een regeling dient te komen waarbij aan de OK de bevoegdheid wordt gegeven om voorlopige voorzieningen te treffen, in afwachting van de uitslag van het onderzoek”, “of deze bevoegdheid er reeds dient te zijn voorafgaande aan de indiening van een enquêteverzoek” en “hoe deze bevoegdheid zich verhoudt tot de bevoegdheid tot het treffen van voorzieningen door de president van de rechtbank in kort geding” (SER 88/14, p. 15).

17. SER 88/14, p. 16. De vraag werd geformuleerd: “in hoeverre het voor een goede justitie nodig is dat de kortgedingrechter (...) ten behoeve van zijn beslissing treedt in een inhoudelijke afweging van de belangen die partijen kunnen hebben bij het al dan niet treffen van voorlopige voorzieningen in het licht van de (verdere) enquêteprocedures”.

18. SER 88/14, p. 18.

19. SER 88/14, 4.6.

BEVOEGDHEID TREFFEN ONMIDDELLIJKE VOORZIENINGEN

een vordering tot het treffen van voorlopige voorzieningen, dient de President bevoegd blijven, aldus het SER-advies.²⁰ De bevoegdheden van de Ondernemingskamer zouden beperkt kunnen blijven tot het treffen van “voorzieningen, die worden gevorderd in verband met de bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon waarop het enquêteverzoek was gegrond, dan wel met het oog op een juiste afwikkeling van de enquêteprocedure”.²¹

De invoering van de onmiddellijke voorziening heeft dus de weg naar het kort geding niet afgesloten.

[98] Het is niet ondenkbaar dat de Ondernemingskamer en de voorzieningenrechter in hetzelfde feiten- en belangencomplex beiden in staat zijn orde te brengen, elk met hun eigen bevoegdheid.²²

De rol van de voorzieningenrechter naast die van de Ondernemingskamer blijkt uit de zaak van Avinco Holdings.²³ De Ondernemingskamer trof een onmiddellijke voorziening, voordat zij op het enquêteverzoek besliste.²⁴ Enige tijd later beoordeelde de Ondernemingskamer het enquêteverzoek. Dat wees ze af.²⁵ Nu het enquêteverzoek werd afgewezen, kon de onmiddellijke voorziening niet in stand blijven.²⁶ De zaak werd voorgelegd aan de voorzieningenrechter.²⁷ Deze constateerde dat de onmiddellijke voorziening was opgeheven om een

20. SER 88/14, p. 19.

21. Olden zet uiteen, dat bij de introductie van de onmiddellijke voorzieningen werd verwacht dat men de President zou blijven inschakelen vooruitlopend op een enquêteverzoek of na het indienen van een enquêteverzoek in spoedeisende gevallen, en hoe diens rol in de loop der tijd is teruggedrongen (Olden, *Ondernemingsrecht* 2003/p. 549-555, nr. 3).

22. Aan de forumkeuze in concrete gevallen wordt in dit onderzoek geen aandacht besteed.

23. De voorzieningenrechter heette ten tijde van het SER-advies President in kort geding.

24. OK 24 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5118, *ARO* 2017/55 (Avinco Holdings I). De Ondernemingskamer was voorshands van oordeel dat er gegronde reden tot twijfel aan een juist beleid was. (Zie voor deze mogelijkheid 2.9). Er waren voorstellen (van de meerderheidsaandeelhouder) om de dochtervennootschappen te verkopen en de vennootschap te ontbinden. Het was onduidelijk wie bevoegd was de meerderheidsaandeelhouder, AGH, te vertegenwoordigen. De geldigheid van besluitvorming over de voorstellen zou met onzekerheid omgeven zijn. De aandelen die werden gehouden door AGH werden overgedragen ten titel van beheer. Zie over dit type onmiddellijke voorziening 4.6.

25. OK 6 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4119, *ARO* 2018/10 (Avinco Holdings II). Het volgende werd overwogen. Op het punt van de onduidelijkheid over de bevoegdheid de meerderheidsaandeelhouder te vertegenwoordigen in de algemene vergadering van aandeelhouders was er gegronde reden voor twijfel. Maar een onderzoek naar de oorzaak van die onduidelijkheid was niet opportuun. Het geschil over de vertegenwoordigingsbevoegdheid zou in andere jurisdicties (het recht van Curaçao en dat van Panama) moeten worden beoordeeld. De Ondernemingskamer achtte het niet waarschijnlijk dat een enquête in Nederland hierover duidelijkheid zou scheppen.

26. Zie ook 2.9.

27. Rb. Amsterdam (voorzieningenrechter) 20 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1166, *JOR* 2018/118, m.nt. P.J. van der Korst (Avinco Holdings). Meerderheidsaandeelhouder AGH stuurde na afwijzing van het enquêteverzoek aan op (besluitvorming over) liquidatie van de vennootschap. In kort geding vorderde de minderheidsaandeelhouder overdracht ten titel van beheer van de door AGH gehouden aandelen in de vennootschap.

HOOFDSTUK 3

‘technische’ reden (namelijk de afwijzing van het enquêteverzoek) en dat de voorziening nog steeds nodig was. Ze trof dezelfde voorziening als eerder in de enquêteprocedure was getroffen.²⁸ Van der Korst wijst op de verschillen in toetsingskader tussen het kort geding en de enquêteprocedure.²⁹

3.3 Doel van opname van de onmiddellijke voorzieningen in de wet

[99] Ten tijde van het Voorontwerp bestond onzekerheid over de bevoegdheid tot het nemen van maatregelen in de periode tussen het indienen van een enquêteverzoek en het treffen van de in artikel 2:356 BW vermelde voorzieningen.³⁰

Enerzijds leek een bevoegdheidsvacuüm te bestaan. Uit een uitspraak in kort geding was namelijk afgeleid, dat de President vanaf de indiening van een enquêteverzoek niet bevoegd was tot het treffen van maatregelen die zouden neerkomen op een voorziening op grond van artikel 2:356 BW.³¹ Ook de Ondernemingskamer zou in dat stadium niets kunnen doen, want zij had geen bevoegdheid tot het nemen van ordemaatregelen. Het leek er op dat “de uitvoering van een besluit van het bestuur van de onderneming dat dreigt het onderzoek te doorkruisen” niet zou kunnen worden tegengehouden.³²

Anderzijds kon op grond van andere rechterlijke uitspraken worden aangenomen dat de President na het indienen van een enquêteverzoek wel bevoegd was, zodat de President en de Ondernemingskamer zich tegelijkertijd over hetzelfde geschil zouden moeten buigen. Dat laatste werd “niet zeer gelukkig” geacht.³³

De voorgestelde nieuwe regeling kwam aan die problemen tegemoet door de Ondernemingskamer in staat te stellen maatregelen te nemen in de periode vanaf het tijdstip van indienen van het enquêteverzoek tot het einde van het geding.

[100] Volgens de SER was de doeltreffendheid van de enquête met de voorgestelde nieuwe regeling gediend.³⁴ Het werd praktisch gevonden dat de Ondernemingskamer, als de rechter die over het onderzoek beslist, in de hele enquêteprocedure bevoegd zou zijn om maatregelen te nemen met het karakter van artikel 2:356 BW-maatregelen. Het volgende was doorslaggevend. De

28. Ook werd dezelfde beheerder benoemd.

29. P.J. van der Korst, annotatie bij Rb. Amsterdam (voorzieningenrechter) 20 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1166, *JOR* 2018/118, nr. 6. Zie over het bestaansrecht van de onmiddellijke voorziening naast de voorlopige voorziening ook 3.3.

30. Kamerstukken II 1982/83, Voorontwerp van Wet, p. 8 (MvT).

31. Rb. 's-Hertogenbosch (President) 15 juni 1979, ECLI:NL:RBSHE:1979:AC4192.

32. Kamerstukken II 1982/83, Voorontwerp van Wet, p. 8 (MvT).

33. Kamerstukken II 1982/83, Voorontwerp van Wet, p. 8 (MvT).

34. SER 1988/14, 4.4 ev.

Ondernemingskamer werd als gespecialiseerde rechter, beter dan de President, vertrouwd geacht met de aard van de vraagstukken die zich bij enquêtes voordoen. Zij kent bovendien de feiten en omstandigheden van elke afzonderlijke enquête en kan zich op snelle en doeltreffende manier met de onderzoeker verstaan over te treffen voorzieningen. De noodzaak om de Ondernemingskamer deze bevoegdheid te geven, had niet te maken met de snelheid van de President of met diens armslag.³⁵

De SER bestempelde de criteria voor het treffen van voorzieningen op de voet van het voorgestelde artikel 2:349a lid 2 BW als aanzienlijk ruimer dan die voor de voorzieningen van artikel 2:356 BW.³⁶ De regeling neemt “het belang van het onderzoek dan wel de toestand van de rechtspersoon als toetspunt”.³⁷ De wenselijkheid om de bevoegdheid aan de Ondernemingskamer toe te kennen, is door de wetgever onderschreven.³⁸

A-G Timmerman vat de bedoeling van de SER en de wetgever als volgt samen:

“de SER en de wetgever wilden in het enquêterecht een *kortgedingregeling* inbouwen om een efficiënt verloop van de enquêteprocedure te bevorderen”

en

“de wetgever heeft bij het opleggen van onmiddellijke voorzieningen gedacht aan het *verbieden van handelingen die wanbeleid opleveren of het verloop van het onderzoek doorkruisen*”.³⁹

Met die laatste woorden is mijns inziens kernachtig uitgedrukt waar onmiddellijke voorzieningen toe dienen.

3.4 Gevolgen van de invoering van artikel 2:349a lid 2 BW

[101] In de literatuur wordt vaak gewezen op de grote invloed die de invoering van artikel 2:349a lid 2 BW op de ontwikkeling van het enquêterecht heeft gehad.⁴⁰ Dat deze wetwijziging een sterk effect kon hebben, heeft onder meer te maken met de populariteit van de mogelijkheid om een onmiddellijke voorziening te vragen.⁴¹ Onmiddellijke voorzieningen voorzien in een maatschappelijke behoefte.⁴² Die populariteit hoeft niet te verbazen: de in artikel 2:349a lid 2 BW

35. De SER signaleerde dat de President een groot scala aan maatregelen ter beschikking had en snel kon ingrijpen.

36. SER 1988/14, p. 17.

37. SER 1988/14, p. 17.

38. Kamerstukken II 1991/92, 22400, 3, p. 6 (MvT).

39. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BB3523, bij HR 14 december 2007 (DSM), nr. 3.83.

40. Geerts 2004, 1.5; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/765; Storm 2018, 2.3.7.1, laatste alinea.

41. In de periode van 1994 tot en met 2007 is in 74% van het totale aantal enquêtezaken verzocht om het treffen van onmiddellijke voorzieningen (Rapport Cools/Kroeze 2009, 5.8).

42. Rapport Cools/Kroeze 2009, 5.7.

HOOFDSTUK 3

gegeven bevoegdheid blijkt een flexibel instrument dat ruimhartig wordt gebruikt door de rechter. Bovendien is ingrijpen in een vroeg stadium mogelijk geworden. Het treffen van onmiddellijke voorzieningen leidt in de praktijk vaak tot een snelle en effectieve geschilbeslechting. Daaraan heeft bijgedragen, dat Willems veel oog heeft voor die praktische, faciliterende eigenschap van de onmiddellijke voorziening.⁴³ De oorspronkelijke en meest zinvolle doelstelling van het enquêterecht, het herstel van gezonde verhoudingen, is door de invoering van artikel 2:349a lid 2 BW nieuw leven ingeblazen.⁴⁴ Met de onmiddellijke voorziening kwam die doelstelling beter uit de verf dan voor 1994, toen men was aangewezen op de voorlopige voorziening van het kort geding. Dat effect bevestigt het bestaansrecht van de onmiddellijke voorziening naast de voorlopige voorziening.

3.5 De wetswijziging van 2013

[102] Op 1 januari 2013 is de Wet aanpassing van het recht van enquête van kracht geworden.⁴⁵ Dat bracht een wijziging mee van artikel 2:349a lid 2 BW. In de formulering van de bepaling is toen opgenomen dat een belangenafweging moet plaatsvinden.⁴⁶ Dit is codificatie van jurisprudentie.⁴⁷ Die belangenafweging is niet beperkt tot de belangen van de rechtspersoon en de verzoeker. Op de belangenafwegingen die moeten plaatsvinden bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen wordt uitgebreider teruggekomen, onder meer in 3.9. Voor het overige heeft de wetswijziging geen noemenswaardige veranderingen gebracht in deze bevoegdheid.⁴⁸

43. Daarvan geeft hij blijk in bijdragen aan het juridische debat, zie bijv. Willems, ATD, 2.6, 2.7, 4.2. Willems heeft in de periode van 1 januari 1996 tot 1 augustus 2009 als voorzitter leiding gegeven aan de rechtspraak van de Ondernemingskamer. In het kader van dit onderzoek is niet onderzocht of er een verband is tussen zijn aantreden in 1996 en de vanaf dat jaar toenemende aantallen enquêteverzoeken (Rapport Cools/Kroeze 2009, 5.8).

44. Geerts 2004, 5.1; Rapport Cools/Kroeze 2009, 4.1, Willems, ATD, 4.1.

45. Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête (*Stb.* 2012, 274).

46. De bewoordingen van art. 2:349a lid 2 BW ("gelet op") kunnen de vraag oproepen wat de rechter precies moet doen met de belangen. Uit de MvT blijkt dat hij ze moet afwegen (Kamerstukken II 2010/11, 32887, 3, commentaar op artikel 2:349a BW (MvT)).

47. Kamerstukken II 2010/11, 32887, 3, commentaar op artikel 2:349a BW (MvT). Daar wordt verwezen naar HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523, *ARO* 2008/4 (DSM). Zie over de belangenafweging in de jurisprudentie van voor de wetswijziging concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BB3523, bij HR 14 december 2007 (DSM).

48. Zie ook Eikelboom 2017, p. 3.7.

3.6 De twee stadia van de beslissing over een onmiddellijke voorziening

[103] De beslissing om een onmiddellijke voorziening te treffen wordt hier omwille van het betoog verdeeld in twee onderdelen. Die kunnen worden beschouwd als twee stadia van de beslissing of als twee achtereenvolgende beslissingen. Bij de eerste wordt de vraag beantwoord óf ingegrepen dient te worden. De tweede beslissing gaat over de vraag uit welke voorziening de ingreep moet bestaan. In de praktijk is het onderscheid tussen die twee beslissingsstadia niet altijd duidelijk. Dat heeft te maken met het doel van de onmiddellijke voorziening. Dat is – ruim geformuleerd – om chaos bij de rechtspersoon te bedwingen of het onderzoek te faciliteren. Beoogd wordt de situatie waarin de rechtspersoon verkeert te verbeteren, althans verslechtering te voorkomen. Dat rechtvaardigt het rechterlijk ingrijpen. Een dergelijke beoogde verbetering wordt doorgaans niet verwacht van een willekeurige onmiddellijke voorziening, maar van één of meer specifieke voorzieningen.⁴⁹ Daarom ligt het voor de hand dat de rechter de vraag óf is voldaan aan de criteria voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen niet als een abstract vraagstuk beschouwt, maar beantwoordt met een bepaalde onmiddellijke voorziening in het achterhoofd. Het onderscheid tussen enerzijds de vraag óf onmiddellijke voorzieningen moeten worden getroffen en anderzijds de beslissing over de precieze inhoud en omvang van de te treffen voorzieningen heeft in die zin iets kunstmatigs.⁵⁰

[104] Toch zal in de volgende paragrafen hier en daar worden gedifferentieerd tussen de twee stadia van de beslissing.⁵¹ In de ontstaansgeschiedenis van de bepaling is steun te vinden voor het maken van dit onderscheid. In het SER-advies zijn de maatstaven voor het treffen van voorzieningen en de concrete maatregelen die de Ondernemingskamer zou kunnen nemen weliswaar tezamen, maar toch als twee afzonderlijke onderwerpen behandeld.⁵²

49. In hfdst. 4 worden concrete maatregelen besproken en zal blijken dat in sommige situaties verschillende voorzieningen geschikt zijn. Dan kan een keuze gemaakt worden.

50. Mij zijn geen gevallen bekend waarin de Ondernemingskamer eerst in een beschikking besliste dat onmiddellijke voorzieningen nodig waren en vervolgens in een afzonderlijke beschikking de keuze voor de bepaalde voorziening bekendmaakte.

51. O.m. in verband met het betoog in 3.8, dat in het eerste stadium de maatstaven “in verband met de toestand van de rechtspersoon” en “in het belang van het onderzoek” moeten worden aangelegd, en dat in het tweede stadium meer nadruk ligt op de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit. Voor die vereisten zie 3.12.

52. In het SER-advies valt over het Voorontwerp te lezen dat de *keuze* van de voorzieningen beperkt blijft (men ging toen nog uit van een beperking tot de in art. 2:356 BW vermelde maatregelen), maar dat de *criteria* aanzienlijk verruimd worden, omdat het wetsontwerp het belang van het onderzoek dan wel de toestand van de rechtspersoon als toetspunt neemt (SER 88/14, p. 4.4). De toenmalige staatssecretaris van Justitie merkte op dat: “(...) de Ondernemingskamer mag (...), als onmiddellijk ingrijpen geboden is, vrij de voorzieningen (te)

HOOFDSTUK 3

Ook Storm spreekt over een onderscheid, zij het niet precies hetzelfde onderscheid als hiervoor is bedoeld.⁵³ Hij ontwaart in de jurisprudentie van de Hoge Raad, althans voor de onmiddellijke voorzieningen die getroffen worden in verband met de toestand van de rechtspersoon, een onderscheid tussen de vraag of een onmiddellijke voorziening getroffen dient te worden en de vraag hoe diep zo'n voorziening mag ingrijpen in de vennootschappelijke verhoudingen.⁵⁴ Het door Storm aangeduide onderscheid beslaat dus een wat beperkter gebied. Ik meen overigens dat de vraag 'hoe diep mag de voorziening ingrijpen in de vennootschappelijke verhoudingen?' kan worden beschouwd als een species is van het genus 'welke voorziening moet worden getroffen?'.

Ten slotte zij opgemerkt dat het verschil tussen de beslissing om onmiddellijke voorzieningen te treffen en de keuze voor bepaalde maatregelen in de praktijk van de procedures wel degelijk een rol speelt. Het komt nogal eens voor dat verzoekers van onmiddellijke voorzieningen de rechter voorhouden dat ingrijpen noodzakelijk is en om het treffen van voorzieningen verzoeken, zonder het verzoek te concretiseren tot specifieke maatregelen. Nog vaker worden de beoogde voorzieningen wel precies omschreven, maar wordt subsidiair een (ruimere) keuze aan de rechter overgelaten.⁵⁵ Deze praktijk hoeft niet te verbazen. Het met onmiddellijke voorzieningen beoogde doel (verbetering van de situatie) mag dan duidelijk zijn, er zijn soms meer wegen die naar dat Rome kunnen leiden. De keuze is dan aan de rechter.

3.7 De wettelijke criteria voor toepassing van artikel 2:349a lid 2 BW

[105] Artikel 2:349a lid 2 BW kan slechts worden toegepast als is voldaan aan een van de twee in de wettekst vermelde vereisten: ofwel (het eerste vereiste) indien "in verband met de toestand van de rechtspersoon" een onmiddellijke voorziening is vereist, ofwel (het tweede vereiste) indien "in het belang van het onderzoek" een onmiddellijke voorziening is vereist. Het gaat om twee te onderscheiden situaties en het betreft geen cumulatieve vereisten.⁵⁶ Dat neemt niet weg dat samenloop in de praktijk mogelijk is en dat het voorkomt

treffen die zij geboden acht" (onderstreping AF) (Kamerstukken I 1993/94, 22400, 8a (NV I). Dat houdt de suggestie in dat eerst beslist moet worden of een maatregel moet worden getroffen, waarna gekozen kan worden uit een ruim scala maatregelen. Zie uitvoeriger over het SER-advies in 3.2.

53. Storm 2008, p. 26.

54. Storm formuleert het niet bijzonder stellig.

55. In beide gevallen houdt het petitum "de onmiddellijke voorzieningen te treffen die de Ondernemingskamer geraden acht" of een soortgelijke formule in.

56. Het woord "of" in de bepaling duidt daar op. Het volgt ook uit de geschiedenis van de bepaling.

dat verzoeken om onmiddellijke voorzieningen worden gebaseerd op zowel het ene als het andere vereiste.⁵⁷

De SER heeft aangenomen dat ‘de toestand van de rechtspersoon’ mede de toestand van de met die rechtspersoon verbonden onderneming omvat.⁵⁸ Deze veronderstelling van de SER is geen onderwerp van discussie geworden. Sindsdien is de toestand van de onderneming als rechtvaardiging voor het treffen van een onmiddellijke voorziening algemeen aanvaard.

[106] Of nu de toestand van de rechtspersoon dan wel het belang van het onderzoek een onmiddellijke voorziening vergt, in alle gevallen geldt dat gelet moet worden op belangen.⁵⁹ Voor de belangen van de rechtspersoon spreekt dat vanzelf. De rechtspersoon staat immers centraal in de enquêteprocedure.⁶⁰ In ‘degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken’ herkennen we de kring die in artikel 2:8 BW is vermeld. Ook op hun belangen moet acht geslagen worden.

Voordat het vereiste van een belangenafweging in 2013 in de wettelijke bepaling werd vastgelegd, bleek het uit de jurisprudentie.⁶¹ De regeling van artikel 2:349a lid 2 BW kan worden beschouwd als een bijzonder soort kort geding, ingebouwd in het enquêterecht.⁶² In tegenstelling tot het kort geding, komt er niet vervolgens een andere rechter aan te pas die definitieve oordelen velt. Daarnaast kent de enquêteprocedure maar één feitelijke instantie, zonder de gebruikelijke rechtswaARBorgen van een contradictoire procedure. Aan een voorlopige voorziening in het normale kort geding dient een afweging van de belangen van partijen vooraf te gaan en de kortgedingrechter moet acht slaan op de gevolgen voor partijen van de gevraagde voorziening.⁶³ Timmerman betoogde tegen deze achtergrond dat de Ondernemingskamer de noodzaak tot het treffen van een onmiddellijke voorziening moet bezien in het licht van een billijke afweging van de belangen van partijen. Dat klemmt temeer omdat in de

57. OK 12 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4952, *ARO* 2014/6 (Three Ships Enterprises) biedt een voorbeeld. Zie ook 9.7.1.

58. SER 1988/14, p. 17. Het uitgangpunt van de SER was dat de toestand van de rechtspersoon (of het belang van het onderzoek) het “toetspunt” is van de regeling van de onmiddellijke voorzieningen.

59. Art. 2:349a lid 2 BW: “gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken”. Hoewel de wet niet van ‘afwegen’ rept, wordt bedoeld op een belangenafweging. Dat is te lezen in de MvT (zie noot 45 bij 3.5). Er is aansluiting gezocht bij de formulering van art. 254 lid 1 Rv. Ook daar wordt belangenafweging bedoeld.

60. Zie 2.7.

61. Vóór de wetwijziging van 2013 viel het vereiste van belangenafweging af te leiden uit de jurisprudentie van de Hoge Raad (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BB3523, bij HR 14 december 2007 (DSM)).

62. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BB3523, bij HR 14 december 2007 (DSM), nr. 3.83.

63. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BB3523, bij HR 14 december 2007 (DSM), nr. 3.97.

HOOFDSTUK 3

praktijk een onmiddellijke voorziening nogal eens bepalend is voor het verdere verloop van het geding en in de verhouding tussen partijen een voldongen feit creëert. Het eigenlijke geschil tussen partijen wordt dan feitelijk definitief beslist door het treffen van de voorziening.⁶⁴

De belangenafweging en het stadium van de beslissing waarin deze moet worden gemaakt komen in 3.9 terug.

3.8 Karakter van de wettelijke criteria; een hoge drempel

[107] De enquêteprocedure heeft met de onmiddellijke voorziening een kort geding-achtig onderdeel gekregen, een ordemaatregel die lijkt op de door de voorzieningenrechter getroffen voorlopige voorziening. Het ligt daarom voor de hand om de toetsingscriteria voor de beide voorzieningen te vergelijken.

In het kort geding is voor het treffen van een voorziening bij voorraad vereist dat er spoedeisend belang bij die voorziening is, in de zin dat de bodemprocedure niet kan worden afgewacht.⁶⁵ De criteria voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen kunnen worden gezien als een op de enquêteprocedure toegesneden uitwerking van het in het kort geding geldende vereiste van spoedeisend belang.⁶⁶ Op het eerste gezicht lijkt vooral de toetsingsgrond ‘toestand van de rechtspersoon’ overeenkomsten te vertonen met het vereiste van spoedeisend belang uit de kort geding procedure. Bij die grond draait het om snel ingrijpen. Het – op korte termijn dreigende – ontstaan van een misstand moet worden voorkomen of het voortduren van een misstand moet zo snel mogelijk beëindigd. De toetsingsgrond ‘belang van het onderzoek’ lijkt een meer faciliterend karakter te hebben; de onmiddellijke voorziening die op die grond wordt gebaseerd dient ter bevordering van een onbelemmerd verloop van het onderzoek. Maar ook dat criterium heeft trekken van het vereiste van spoedeisend belang. Dat wordt duidelijk als men bedenkt, dat met een onmiddellijke voorziening ten behoeve van het onderzoek niet gewacht kan worden tot het onderzoek voltooid is en er conclusies uit getrokken kunnen worden.

[108] Een onmiddellijke voorziening moet *vereist* zijn. De wettelijke criteria voor het gebruik van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen werpen een hoge drempel op. Daarover bestaat *communis opinio*. De graad van die dwingendheid is op verschillende manieren omschreven. A-G Timmerman merkt op dat de bevoegdheid alleen gebruikt kan worden als “onverwijld ingrijpen noodzakelijk is”.⁶⁷ In de woorden van Geerts moet er

64. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BB3523, bij HR 14 december 2007 (DSM), nr. 3.86.

65. Art. 254 lid 1 Rv.

66. Verbunt 2008, p. 164.

67. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BB3523, bij HR 14 december 2007 (DSM), nr. 3.95.

BEVOEGDHEID TREFFEN ONMIDDELLIJKE VOORZIENINGEN

“een redelijke en voldoende dringende grond” aanwezig zijn; het hangt van de omstandigheden van het geval af of zo’n grond aanwezig kan worden geacht.⁶⁸ De beschrijving van Storm lijkt eerder aan te duiden dat de voorzieningen in evident niet-noodzakelijke gevallen buiten de deur moeten blijven. Hij spreekt over een “benedengrens”.⁶⁹ Volgens hem geeft het woord ‘vereist’ in de bepaling weer, dat er een noodzaak tot het treffen van een onmiddellijke voorziening moet bestaan. De beslissing erover is niet geheel aan de discretie van de Ondernemingskamer overgelaten.

[109] De criteria worden daarnaast gekleurd door de doeleinden van het enquêterecht: het verkrijgen van openheid van zaken, de sanering en het herstel van gezonde verhoudingen, en het vaststellen van de verantwoordelijkheid voor eventueel blijkend wanbeleid.⁷⁰ Dat blijkt uit de geschiedenis van artikel 2:349a lid 2 BW: juist om een efficiënt verloop van de enquêteprocedure te bevorderen is de regeling in het leven geroepen.⁷¹ Het lijkt me dan ook niet aannemelijk dat de ‘redelijke en voldoende dringende grond’ los gezien kan worden van die doeleinden. Volgens Eikelboom moet bij het treffen van de onmiddellijke voorzieningen vooruitgeblikt worden naar mogelijke wanbeleid-voorzieningen.⁷²

[110] Dat de eisen van de wettelijke criteria voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen streng zijn, neemt niet weg dat die criteria open van aard zijn, zoals Verbunt opmerkt.⁷³ Ze behoeven concretisering in de jurisprudentie.

68. Geerts 2004, p. 5.2.3, onder verwijzing naar OK 30 juli 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG8162, ARO 2002/125 (Janson Holding).

69. Storm merkt op dat de Hoge Raad scherper toetst op de motivering van een beschikking waarbij een onmiddellijke voorziening wordt toegewezen dan op de motivering van een afwijzende beschikking (Storm 2008, p. 27).

70. Van Solinge en Nieuwe Weme lezen in de DSM-beschikking van de Hoge Raad (HR 14 december 2007) een aanwijzing dat bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen de doeleinden van het enquêterecht, meer in het bijzonder de sanering en het herstel van de gezonde verhoudingen in het oog moeten worden gehouden (Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/769).

71. 3.2. Zie ook concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BB3523, bij HR 14 december 2007 (DSM), nr. 3.38.

72. Eikelboom 2017, p. 8.4.3.2. Hij leidt uit de DSM-beschikking af dat de enquêterechter alleen onmiddellijke voorzieningen mag treffen die “i) kunnen worden gezien als maatregel van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon die worden getroffen om een eind maken aan wanbeleid of om de gevolgen van het wanbeleid tegen te gaan, of die ii) er op gericht zijn om te voorkomen dat een eindvoorziening moet worden getroffen”. Eikelboom duidt dit aan met connexiteits.

73. Verbunt karakteriseert zowel de criteria voor het gelasten van een enquête als die voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen als open. Hij onderzoekt vervolgens de vraag of de grenzen van de beoordelingsvrijheid en de beslisruimte van de Ondernemingskamer, met het oog op de beginselen van rechtszekerheid en rechtelijke voorspelbaarheid, niet te ruim zijn getrokken (Verbunt 2008, p. 151-152).

[111] De ‘hoge drempel’ geldt mijns inziens voor het eerste stadium van de beslissing.⁷⁴ In de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek moet de voldoende dringende grond liggen om in te grijpen. Als dat is vastgesteld kan de rechter beslissen om een voorziening te treffen. Bij de tweede beslissing, waarbij het om de concrete interventie gaat, zijn de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit van groter belang.⁷⁵

De bevoegdheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen wordt in de literatuur weleens ruim genoemd of er wordt gezegd dat de Ondernemingskamer van de bevoegdheid een ruim gebruik maakt.⁷⁶ Daarbij wordt nauwelijks onderscheid gemaakt tussen de twee beslissingsstadia.⁷⁷ De ruimte die de rechter heeft bij de beslissing óf een voorziening moet worden getroffen, de eerste beslissing, wordt mijns inziens sterk beperkt door de hiervoor beschreven eisen van de ‘hoge drempel’.

Het ruime gebruik van de bevoegdheid door de Ondernemingskamer is dienstig aan de concretisering in de jurisprudentie van de wettelijke criteria voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen. In het proces van concretisering worden grenzen afgetast. Daarbij worden soms grenzen overschreden. De kans daarop is het grootst in de ‘pioniersfase’, de eerste ontwikkelingsfase van bepaalde concretisering.

3.9 Belangenafweging en de twee beslisstadia

[112] Men kan zich afvragen bij welke van de twee achtereenvolgende beslissingsstadia van de beslissing over een onmiddellijke voorziening de belangenafweging moet plaatsvinden.⁷⁸ En is een afweging van belangen eigenlijk wel voorstelbaar bij de vraag of ingegrepen moet worden (de ‘of-vraag’ van het eerste beslisstadium)? Daarvoor moeten er belangen te identificeren zijn die in het stadium van de of-vraag een rol (kunnen) spelen. Hier wordt eerst iets gezegd over de voorstelbaarheid van een afweging van

74. In 3.6 is onderscheid gemaakt tussen twee onderdelen van de beslissing om een onmiddellijke voorziening te treffen; het eerste stadium gaat om de vraag of moet worden ingegrepen en in het tweede stadium wordt een bepaalde voorziening gekozen. Er is op gewezen dat de beslismomenten in de praktijk veelal samenvallen.

75. De eisen van subsidiariteit en proportionaliteit komen in 3.12 aan bod. In het tweede stadium kan een keuze uit concrete voorzieningen gemaakt worden, zie ook hfdst. 4.

76. Verbunt 2008; Geerts 2004, p. 5.2.6; Storm 2008, p. 38; concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BB3523, bij HR 14 december 2007 (DSM), nr. 3.68.

77. Soms kan met ‘ruim gebruik’ (mede) bedoeld zijn dat de Ondernemingskamer voorzieningen treft voordat op het enquêteverzoek is beslist.

78. De beslisstadia zijn beschreven in 3.6. De vraag zou zich kunnen opdringen aan de feitelijke enquête-rechter.

belangen in het eerste beslisstadium.⁷⁹ Daarna wordt ingegaan op de vraag in welk stadium de belangenafweging moet plaatsvinden.⁸⁰

De zaak Unilever wordt in herinnering geroepen.⁸¹ Daarin werd een beroep gedaan op mogelijke, voor de rechtspersoon schadelijke gevolgen van het toewijzen van het enquêteverzoek, in de vorm van reputatieschade en invloed op de beurskoers. Het is niet ondenkbaar dat soortgelijke belangen (zelfstandig, dus onafhankelijk van de beslissing op het enquêteverzoek) om aandacht vragen bij de beslissing op een verzoek om onmiddellijke voorzieningen. Het oordeel dat de toestand van de rechtspersoon zo chaotisch is of dat de kans op een ongestoord onderzoek zo klein wordt geacht dat een onmiddellijke voorziening nodig is, kan zelfstandig (op andere gronden of op sterkere wijze dan de bevolen enquête) een diffamerend effect hebben. Het afwegen van belangen bij beantwoording van de vraag of onmiddellijke voorzieningen moet worden getroffen, lijkt dus niet onmogelijk. Daarom wordt nog enige aandacht besteed aan mogelijke aanwijzingen dat de belangenafweging in een van de twee onderdelen van de beslissing (de of-vraag en de ‘welke-vraag’) moet plaatsvinden.⁸²

3.9.1 Skygate

[113] In de zaak Skygate heeft de Hoge Raad aandacht besteed aan de belangenafweging.⁸³ Eerst zijn de aan de (toenmalige) wettekst ontleende grenzen aan de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen vermeld.⁸⁴ Het is de weergave van een uitgangspunt voor beantwoording van

79. Bespreking van de vraag in welk stadium belangen moeten worden afgewogen zou een zinloze exercitie zijn, als afweging in het eerste stadium ondenkbaar is.

80. Die vraag roept volgende vragen op: vergen de onderscheiden beslismomenten elk een eigen belangenafweging; worden bij het ene beslissonderdeel andere (soorten) belangen gewogen dan bij het andere; maakt het eigenlijk uit waar de belangenafweging wordt gemaakt? Als dat laatste niet het geval is, dan is het gemaakte onderscheid in twee beslissonderdelen, voor zover het de belangenafweging betreft, zonder betekenis. Deze vervolgvragen worden niet uitgediept, gelet op de conclusie in 3.9.4.

81. HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465, *ARO* 2005/197 (Unilever). Zie ook nr. 72-74.

82. Dat gebeurt aan de hand van jurisprudentie die richtinggevend is geweest bij het ontwikkelen van het vereiste van belangenafweging. A-G Timmerman heeft het – destijds nog niet in de wet opgenomen – vereiste geïllustreerd aan de hand van de zaken Skygate (HR 19 oktober 2001) en ABN Amro (HR 13 juli 2007) (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BB3523, bij HR 14 december 2007 (DSM)).

83. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (Skygate), r.o. 3.6. Het betrof een geval van noodzaakfinanciering. De Ondernemingskamer had overwogen dat een tegenstelling tussen de aandeelhouders in de weg stond aan financiering, die alle partijen noodzakelijk achtten, en onmiddellijke voorzieningen getroffen (OK 27 januari 2000 en OK 15 februari 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AG3812 (Skygate)).

84. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (Skygate), r.o. 3.6, eerste zin: “... dat het bij de beoordeling van (...) verzoeken op de voet van het tweede lid van art. 2:349a BW, gaat om de vraag of, in dit geval, in verband met de toestand van de rechtspersoon een

HOOFDSTUK 3

de of-vraag.⁸⁵ Vastgesteld wordt dat is voldaan aan het criterium dat de toestand van de rechtspersoon ingrijpen vergt.⁸⁶ Dan volgt een maatstaf.⁸⁷ De Ondernemingskamer heeft de vrijheid zodanige voorzieningen te treffen als zij in verband met de toestand van de rechtspersoon noodzakelijk acht. Dat gaat over de keuze voor specifieke voorzieningen.⁸⁸ Met de voorzieningen kan tijdelijk inbreuk worden gemaakt op de geldende rechtsverhoudingen binnen de rechtspersoon en ze kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen. Dat laatste zegt iets over de keuzeruimte. Er moet zijn voldaan aan twee voorwaarden, waarvan de tweede betrekking heeft op belangenafweging.⁸⁹ Ik zie daarin een aanwijzing dat de belangenafweging aan de orde moet komen bij de keuze voor een concrete voorziening (de welke-vraag). De Hoge Raad overweegt dat de Ondernemingskamer, bij het kiezen van de concrete maatregel, in overeenstemming met de maatstaf heeft geoordeeld.⁹⁰ Bij de keuze voor de specifieke

onmiddellijke voorziening is vereist en dat het treffen van een zodanige voorziening slechts geldt voor de duur van het geding (...). (onderstrepingen AF).

85. Het lijkt eerder een schets van het besliskader van art. 2:349a lid 2 BW, dan een op deze zaak toegesneden overweging.
86. R.o. 3.6, tweede zin: “De urgentie van de onderhavige financiering en de impasse waarin de betrokken vennootschap wat de besluitvorming betreft verkeerde (...) vormen een voldoende grond voor het treffen van een voorziening als de onderhavige”. De aanduiding “een voorziening als de onderhavige” kan een verwijzing zijn naar “een onmiddellijke voorziening ... voor de duur van het geding” in de vorige zin. Maar ook kan bedoeld zijn ‘een voorziening die het karakter of de eigenschappen heeft van de in deze zaak concreet getroffen voorziening’. Het is onduidelijk of deze tweede zin over gaat over de ‘of-vraag’ dan wel over de vraag uit welke concrete voorziening de ingreep moet bestaan.
87. R.o. 3.6 “(...) de Ondernemingskamer de vrijheid heeft zodanige voorlopige voorzieningen te treffen als zij in verband met de toestand van de rechtspersoon noodzakelijk acht, ook indien daarbij tijdelijk inbreuk wordt gemaakt op de geldende rechtsverhoudingen binnen de vennootschap, en dat aan het treffen van voorlopige voorzieningen niet zonder meer in de weg hoeft te staan dat deze kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen, mits de voorziening naar haar aard een voorlopige is en bij het treffen van een zodanige voorziening voldoende rekening is gehouden met, en een billijke afweging heeft plaatsgevonden van, de belangen van de betrokken partijen.”.
88. Die in het tweede beslisstadium wordt gemaakt.
89. Die voorwaarde luidt: “mits (...) bij het treffen van een zodanige voorziening voldoende rekening is gehouden met, en een billijke afweging heeft plaatsgevonden van, de belangen van de betrokken partijen” (r.o. 3.6.). Als deze zinsnede geïsoleerd wordt gelezen, wekt ze de indruk dat de belangenafweging moet plaatsvinden bij de beslissing óf een voorziening moet worden getroffen. De voorwaarde maakt echter deel uit van een zin die voor het overige betrekking heeft op de keuze van de voorziening.
90. R.o. 3.6: “Uit de voormelde overwegingen van de Ondernemingskamer blijkt dat zij in overeenstemming met deze maatstaf heeft geoordeeld door in aanmerking te nemen dat enerzijds zonder het treffen van de onderhavige voorziening (...) het belang van de betrokken vennootschap ernstig zou kunnen worden geschaad en anderzijds dat deze tijdelijke voorziening voor FTS (verzoekster van cassatie, belanghebbende in feitelijke instantie, AF) niet tot onaanvaardbaar nadelige gevolgen hoeft te leiden”. Dat het om de concrete maatregel gaat, blijkt uit “de onderhavige voorziening” en “deze tijdelijke voorziening”. Overigens komt hier tevens tot uitdrukking dat ook bij de ‘welke-vraag’ een hoge drempel geldt.

voorziening is de belangenafweging verricht.⁹¹ Ook dit is een aanwijzing dat de belangenafweging moet plaatsvinden bij de keuze voor een concrete voorziening.

Uit de Skygate-beschikking van de Hoge Raad kan dus worden afgeleid dat de belangenafweging in het tweede beslisstadium, bij de ‘welke-vraag’, thuishoort.

3.9.2 ABN Amro

[114] De zaak ABN Amro neemt in dit onderzoek een bijzondere plaats in.⁹² Voor de casus wordt hier verwezen naar de weergave in 1.1. De Ondernemingskamer verbood bij wijze van onmiddellijke voorziening de uitvoering van de verkoop door ABN Amro Holding van (kleindochtervennootschap) LaSalle aan Bank of America, zonder voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders van ABN Amro.⁹³ Bij die beslissing werd nagegaan of belangen van Bank of America en andere belangen, zoals die van werknemers, zich tegen die voorziening verzetten.⁹⁴

De beschikking van de Hoge Raad in deze zaak houdt overwegingen in die van belang zijn voor de belangenafweging.⁹⁵ Het komt neer op het volgende. Het gebrek in de besluitvorming, waarop de Ondernemingskamer haar beslissing baseerde, heeft geen externe werking.⁹⁶ Een eventueel verzuim (het niet-voorleggen van het voorgenoemd besluit aan de algemene vergadering van aandeelhouders) heeft geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de transactie. De positie van de koper wordt niet door het gebrek aangetast. De getroffen onmiddellijke voorziening zou wel externe werking hebben. Voor de voorziening zou bij een billijke afweging van belangen geen ruimte zijn, want ze is niet gerechtvaardigd tegenover de koper en de andere externe partij, Barclays.⁹⁷

91. Dat blijkt uit de woorden enerzijds en anderzijds.

92. OK 3 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *ARO* 2007/79 (ABN Amro).

93. Met de overweging dat de rechten van de aandeelhouders om in vrijheid te beslissen over verkoop van hun aandelen in ABN Amro Holding slechts door die opschorting konden worden hersteld (r.o. 3.25). In de overwegingen is ook sprake van consultatie, zie ook nt. 96 bij 8.5.4.

94. OK 3 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *ARO* 2007/79 (ABN Amro), r.o. 3.26 en 3.27.

95. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, *ARO* 2007/120 (ABN Amro). De Hoge Raad deelde niet het voorhandse oordeel van de Ondernemingskamer, dat de verkoop van LaSalle twijfel opriep omdat art. 2:107a BW bij de verkoop niet in acht was genomen en de besluitvorming daarom gebrekkig was. Naar het oordeel van de Hoge Raad valt de verkoop niet onder de werkingssfeer van die bepaling. Met dat oordeel kwam de grond aan elke onmiddellijke voorziening ontvallen. In r.o. 4.10 veronderstelt de Hoge Raad – voor de gedachtevorming – een gebrek in de besluitvorming van het bestuur (“Zelfs als zou moeten worden aangenomen”). Dat zou dan de misstand zijn. Als ik het goed zie slaat de Hoge Raad de vraag, of die misstand dringend een ingreep van de rechter vereist, over.

96. Art. 2:107a lid 1 BW; art. 2:107a lid 2 BW.

97. Zie voor de positie van Barclays 1.1, nr. 2.

HOOFDSTUK 3

De Hoge Raad maakt hier het punt dat de door de Ondernemingskamer getroffen onmiddellijke voorziening, vanwege haar aard – ze heeft externe werking waardoor de nakoming van de koopovereenkomst wordt belemmerd – niet gerechtvaardigd is tegenover de partijen Bank of America en Barclays.⁹⁸ Dat geeft in een afweging van belangen de doorslag, zodat de keuze in elk geval niet op de gevraagde voorzieningen mag vallen. De overweging van de Hoge Raad heeft hier, naar het zich laat aanzien, betrekking op de vraag of deze concrete maatregel getroffen mocht worden. Ik bespeur hier een aanwijzing dat de afweging gemaakt moet worden bij de ‘welke-vraag’.

3.9.3 DSM

[115] De Ondernemingskamer had in de zaak DSM het agenderen van een voorgenomen, door haar ontoelaatbaar geachte, statutenwijziging aangemerkt als gegronde reden om te twijfelen aan een juist beleid.⁹⁹ Zij zag daarin ook grond voor een onmiddellijke voorziening.¹⁰⁰ Gekozen werd voor de concrete maatregel van een verbod om het voorstel tot de betreffende statutenwijziging in stemming te brengen.¹⁰¹

[116] A-G Timmerman stelt zich op het standpunt dat er geen toestand was die vroeg om onverwijld ingrijpen met een onmiddellijke voorziening.¹⁰² Hij vestigt de aandacht op het vereiste van een redelijke belangenafweging, waar

98. Daarbij speelt een rol dat de rechten van de betrokken externe partijen door art. 2:107a lid 2 BW beschermd zouden worden, als er wel een verplichting had bestaan het besluit voor te leggen aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Zie ook Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, 2017/118. In 8.4.2 komt dit onderwerp terug.

99. OK 28 maart 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA1717, ARO 2007/67 (DSM). Het betrof een voorlopig oordeel. De Ondernemingskamer had geoordeeld dat art. 2:92 lid 1 BW een regel van dwingend recht behelst en dat een door DSM voorgenomen statutenwijziging (waarmee loyaliteitsdividend zou worden ingevoerd) een inbreuk op die regel zou vormen, zodat de beoogde statutaire bepaling niet toelaatbaar werd geacht (r.o. 3.12). Door het agenderen van de voorgenomen statutenwijziging zou een toestand in het leven worden geroepen waarin besluitvorming kon plaatsvinden die zou leiden tot die ontoelaatbare statutaire bepaling (r.o. 3.13).

100. R.o. 3.13: “het treffen van een onmiddellijke voorziening” (onderstreping AF). Hier is de beslissing weergegeven dát moet worden ingegrepen.

101. R.o. 3.14.

102. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BB3523, bij HR 14 december 2007 (DSM) (cassatie in het belang der wet), tweede middel van cassatie. Een dringende grond voor het verhinderen van de besluitvorming over de invoering van het loyaliteitsdividend ontbrak (nr. 3.92). Aandeelhouders die bezwaar tegen invoering hadden, zouden op de aandeelhoudersvergadering kunnen tegenstemmen. Mocht desondanks worden besloten het loyaliteitsdividend in te voeren, dan hadden zij met een beroep op art. 2:14 of art. 2:15 BW kunnen proberen de invoering tegen te houden. Bovendien zou de eerste betaling van een eventueel ingevoerd loyaliteitsdividend pas na circa drie jaar plaatsvinden (nr. 3.93).

hij uitvoerig op in gaat.¹⁰³ Hij merkt op dat voor gebruik van de bevoegdheid slechts plaats is als er echt moet worden ingegrepen en het ingrijpen geen uitstel duldt.¹⁰⁴ Het gaat daar over de noodzaak. Dat wekt de indruk dat de belangenafweging moet aangrijpen op de beslissing óf onmiddellijke voorzieningen getroffen moeten worden.¹⁰⁵ Zo'n nijpende situatie op zichzelf is nog niet voldoende voor het aanwenden van de bevoegdheid; er moet een billijke afweging van belangen van partijen plaatsvinden.¹⁰⁶ Het vereiste van een belangen-

103. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BB3523, bij HR 14 december 2007 (DSM), nr. 3.95 e.v.; tegen de achtergrond van het (tweede) cassatiemiddel. De aanleiding om dat cassatiemiddel voor te stellen was de volgende. Door onmiddellijke voorzieningen te treffen voordat op het enquêteverzoek was beslist, kon het gebeuren dat aan een inhoudelijke behandeling niet werd toegekomen en de kern van de enquêteprocedure, het onderzoek, uitbleef (nr. 3.68). Daaraan kleven bezwaren. Het geschil kon zo na een summier rechtsgang met geringe rechtswaarborgen voor de verwerende partij feitelijk worden beslist in een voorfase (nr. 3.86). De cassatievordering was erop gericht "de mogelijkheden van de verwerende partij om zich tegen een dergelijke praktijk te verzetten te verduidelijken en verbeteren" (nr. 3.88). In de toelichting op het middel is gewezen op het volgende. Een van de doeleinden van het enquêterecht is de sanering en het herstel van gezonde verhoudingen. De Ondernemingskamer kan daartoe de in art. 2:356 BW limitatief opgesomde voorzieningen treffen nadat van wanbeleid is gebleken. De bevoegdheid tot het treffen van voorzieningen in de eerste fase "in afwachting van de uitslag van het onderzoek", is niet gelimiteerd tot de voorzieningen van 2:356 BW, omdat de onmiddellijke voorzieningen hooguit kunnen gelden voor de duur van het geding (nr. 3.67). De enquêteprocedure kent geringere rechtswaarborgen voor betrokkenen dan de 'gewone' civielrechtelijke procedures. De Hoge Raad heeft in zijn jurisprudentie gepoogd dit gebrek aan rechtswaarborgen te verminderen (nr. 3.69 en 3.70). Bij de mogelijkheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen zijn ook minder rechtswaarborgen. Er is één feitelijke instantie met minder rechtswaarborgen dan het normale kort geding. Bovendien worden de definitieve oordelen niet door een andere rechter geveld (nr. 3.71). Als de inhoudelijke behandeling uitblijft, wordt het eigenlijke geschil feitelijk definitief beslist doordat de onmiddellijke voorziening doorslaggevend blijkt te zijn voor het verloop van het geding en in de verhouding tussen partijen een *fait accompli* in het leven roept. Terwijl de 'voorfase' niet het geschikte kader biedt om lastige, juridisch inhoudelijke kwesties van vennootschapsrecht te beslechten (nr. 3.90), vanwege de volgende redenen. Ten eerste is voor grondige feitenvaststelling geen gelegenheid en kent de enquêteprocedure minder bewijsrechtelijke waarborgen dan de 'normale' procedure. Die beperkingen zijn - slechts - gerechtvaardigd om effectief te kunnen ingrijpen ter bestrijding van misstanden waarvoor het enquêterecht dient. Ten tweede is het partijdebat doorgaans beperkt. Ten derde kan in een (afzonderlijke) procedure tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen niet worden vastgesteld wat rechtens is tussen partijen; hoogstens wordt een toestand gecreëerd die leidt tot uiteindelijke verwezenlijking van de rechtsverhouding tussen partijen. Ten vierde ontbreekt een tweede feitelijke instantie.

104. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BB3523, bij HR 14 december 2007 (DSM), nr. 3.95, eerste zin.

105. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BB3523, bij HR 14 december 2007 (DSM) nr. 3.65: "(...) de Ondernemingskamer dient, voordat zij besluit een onmiddellijke voorziening op te leggen, met de belangen van betrokkenen rekening te houden en een billijke afweging van deze belangen te voltrekken." (onderstreping AF).

106. Nr. 3.95, tweede zin.

HOOFDSTUK 3

afweging heeft consequenties voor de motivering van de beslissing.¹⁰⁷ Voor een bepaalde soort voorzieningen, althans voorzieningen met een bepaalde soort gevolgen, gelden die consequenties in versterkte mate.¹⁰⁸ Hij vervolgt met een verwijzing naar het kort geding, waar een redelijke belangenafweging vereist is, waarbij de rechter zich rekenschap geeft van de gevolgen van de gevraagde voorziening voor partijen.¹⁰⁹ Het lijkt voornamelijk, maar niet uitsluitend, te gaan om de keuze voor concrete voorzieningen.¹¹⁰ Al met al biedt zijn betoog mijns inziens onvoldoende aanknopingspunten om te bepalen of de enquête-rechter de belangenafweging moet maken bij de of-vraag, dan wel bij de keuze voor een of meer concrete voorzieningen.¹¹¹

[117] De Hoge Raad oordeelde dat de misstand, die de Ondernemingskamer ontwaarde, niet bestond.¹¹² Die misstand kon dus geen grond voor twijfel aan een juist beleid opleveren en evenmin voor het treffen van een voorziening.¹¹³ Uit de beschikking blijkt dat in spoedeisende gevallen op voorhand onmiddellijke voorzieningen kunnen worden getroffen.¹¹⁴ Dan geldt een strenger regime voor het gebruik van de bevoegdheid dan wanneer al een enquête is bevolen.¹¹⁵

107. Nr. 3.95, derde zin.

108. Nr. 3.95, vierde zin, en nr. 3.98 en 3.99.

109. Nr. 3.97 en 3.98. Het vereiste een redelijke belangenafweging heeft er mee te maken dat de rechter, na een korte voorbereidingstijd voor partijen, een voorlopig oordeel over de rechtspositie van partijen geeft. Een vergelijkbaar fenomeen doet zich voor bij toepassing van art. 2:349a lid 2 BW.

110. De voorzieningenrechter moet zich afvragen wat de gevolgen zijn van toewijzing van “de” gevraagde voorlopige voorzieningen (nr. 3.97). In nr. 3.98 en 3.99 gaat het over de (gevolgen van) specifieke (soorten van) voorzieningen. De toevoegingen van “met name” laten zien dat het betoog niet is beperkt tot (de keuze voor) de daar bedoelde concrete voorzieningen.

111. Verbunt merkt op dat de A-G uiteenzet “dat in het algemeen de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, gelet op het bepaalde in art. 2:349a lid 2 BW, slechts kan worden geacht te bestaan in situaties waarin ten eerste onverwijld ingrijpen noodzakelijk is en na afweging van de betrokken belangen die rechtvaardigt dat de bewuste voorzieningen daadwerkelijk worden getroffen.” (Verbunt 2008, p. 169). Wellicht vat Verbunt het betoog van de A-G zo op dat de belangenafweging moet worden gemaakt bij de keuze voor “de bewuste voorzieningen”.

112. HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523, *ARO* 2008/4 (DSM), r.o. 3.3. De Hoge Raad oordeelde dat art. 2:92 lid 1 BW niet de regel van dwingend recht inhoudt die de Ondernemingskamer erin gelezen had.

113. Op die vermeende misstand had de Ondernemingskamer haar voorlopig oordeel gebaseerd dat er gegronde redenen waren om te twijfelen aan een juist beleid en het oordeel dat een onmiddellijke voorziening nodig was.

114. HR 14 december 2007 (DSM), r.o. 3.6. Onmiddellijke voorzieningen kunnen worden getroffen voordat een onderzoek wordt gelast, als “daartoe in het verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek voldoende zwaarwegende redenen bestaan”. Dat suggereert dat onmiddellijke voorzieningen in het belang van het onderzoek kunnen worden getroffen als van het onderzoek zelf nog geen sprake is.

115. Storm merkt op dat het beperkte partijdebat in de praktijk veelal niet beperkter is dan wanneer tegelijkertijd het enquêteverzoek wordt toegewezen en hij leest de derde zin van r.o. 3.6 als

Voor onmiddellijke voorzieningen in elk stadium van de procedure, zowel voorzieningen die op voorhand worden getroffen als die na het gelasten van de enquête, houdt de beschikking aanwijzingen in.¹¹⁶ Een voldoende grond om in te grijpen volstaat niet; er moet ook een afweging van belangen gemaakt worden.¹¹⁷ Het woord ‘noodzaak’ in r.o. 3.7 duidt erop dat een misstand (i.c. een voorgenomen besluit in strijd met de wet) alleen niet voldoende is. Ook moet blijken dat de misstand een voorziening vergt. Er is, met andere woorden, overwogen dat in de toestand van de rechtspersoon of in het belang van onderzoek een dringende noodzaak gelegen moet zijn.¹¹⁸ Dan zou de afweging van belangen neerkomen op beantwoording van de vraag ‘is het echt wel nodig om in te grijpen?’ of de vraag ‘is het nodig om onverwijld in te grijpen?’. De belangenafweging zou dus moeten plaatsgrijpen bij de vraag óf moet worden ingegrepen. Het vervolg van deze overweging lijkt in te houden dat de noodzaak voor de concreet getroffen voorziening ontbrak.¹¹⁹ Maar vervolgens staat er dat er had kunnen worden afgewacht. Dat wijst op het ontbreken van spoedeisend belang. Hoe moet het vereiste van belangenafweging in dat verband worden verstaan? Wordt met belangenafweging dan bedoeld: nagaan of is voldaan aan de (combinatie van de) vereisten van ‘de toestand van de rechtspersoon/belang van het onderzoek’ en ‘spoedeisendheid’? Ook dan zou de belangenafweging moeten plaatsgrijpen bij de vraag óf moet worden ingegrepen

Met de nodige slagen om de arm kan in deze beschikking een aanwijzing worden gelezen, dat de belangenafweging moet plaatsvinden bij de vraag óf moet worden ingegrepen.¹²⁰

het directe uitvloeisel van het woord ‘vereist’ in de wettelijke bepaling en het van nature spoedeisende karakter van onmiddellijke voorzieningen (Storm 2008, p. 31).

116. Er moet rekening mee worden gehouden dat te zijner tijd alleen de maatregelen kunnen worden getroffen om het doel ‘sanering en herstel van gezonde verhoudingen’ te bereiken (r.o. 3.6, vijfde zin). Dit roept de vraag op de concrete onmiddellijke voorzieningen slechts vooruit kunnen lopen op de art. 2:356 BW-voorzieningen voor zover die te zijner tijd gerechtvaardigd zullen zijn. Storm wijst er op, dat de Hoge Raad hier lijkt te suggereren dat beschikkingen over beide soorten voorzieningen in elkaars verlengde moeten liggen en in zijn beschikking Versatel II (HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4888, *ARO* 2007/155) een scherp onderscheid maakt tussen onmiddellijke voorzieningen en 2:356 BW-beschikkingen (Storm 2008, p.34). De Hoge Raad vermeldt in deze overweging de andere doeleinden van het enquêterecht niet. Dat betekent mijns inziens niet dat de onmiddellijke voorzieningen niet kunnen worden getroffen met het oog op die andere doeleinden. Ik houd het er op dat de rechter met de doeleinden van het enquêterecht rekening moet houden en niet lukraak voorzieningen mag treffen, hoe wenselijk die voor de rechtspersoon ook zouden zijn.
117. HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523, *ARO* 2008/4 (DSM), r.o. 3.7, waar het gaat over de vraag óf moet worden ingegrepen: “een” onmiddellijke voorziening.
118. Zie ook 3.8: ‘hoge eisen’ (Timmerman), ‘dringende grond’ (Geerts), ‘benedengrens’ (Storm).
119. HR 14 december 2007 (DSM), r.o. 3.7: “een onmiddellijke voorziening als hiervoor in 3.1 vermeld”.
120. Daarbij moet nog bedacht worden, dat in de zaak DSM onmiddellijke voorzieningen werden getroffen voorafgaand aan de beslissing op het enquêteverzoek. Josephus Jitta en Verbunt merken op dat de door de Hoge Raad in DSM geformuleerde regels ook moeten

HOOFDSTUK 3

3.9.4 Welk stadium de belangenafweging vergt is ongewis

[118] Een ondubbelzinnig antwoord op de vraag, of de belangenafweging moet plaatsvinden bij de beslissing of een onmiddellijke voorziening moet worden getroffen dan wel bij de keuze van een concrete voorziening, valt uit de besproken drie beschikkingen niet te destilleren.

Uit de overwegingen in de Skygate zaak lijkt de voorzichtige conclusie te kunnen worden getrokken dat de belangenafweging moet plaatsvinden bij de keuze voor de voorziening. De uitspraak van de Hoge Raad inzake ABN Amro wijst duidelijker in die richting. De conclusie van de Advocaat-Generaal voor DSM geeft geen uitsluitel. Daarin kunnen aanwijzingen worden gelezen voor een bij de of-vraag vereiste belangenafweging, maar ook signalen dat bij de selectie van een specifieke onmiddellijke voorziening een afweging van belangen moet worden gemaakt. Ook de beschikking van de Hoge Raad in de zaak DSM biedt nauwelijks aanknopingspunten voor beantwoording van deze vraag. Met enige moeite kan in die beschikking steun worden gevonden voor de slotsom dat in elk geval de beslissing, óf een ordemaatregel op zijn plaats is, aan een belangenafweging onderhevig moet zijn.

3.10 Reikwijdte van de bevoegdheid; afwijking van dwingend recht

[119] De vraag of artikel 2:349a lid 2 BW de rechter de bevoegdheid geeft bij de keuze voor concrete onmiddellijke voorzieningen af te wijken van bepalingen van dwingend recht, wordt sinds de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Versatel II bevestigend beantwoord.¹²¹ In die zaak waren bij wijze van onmiddellijke voorziening commissarissen benoemd.¹²² Aan hen kwam bij uitsluiting de bevoegdheid toe om bepaalde beslissingen te nemen en om de vennootschap met betrekking tot bepaalde onderwerpen te vertegenwoordigen, in

worden toegepast als het verzoek om onmiddellijke voorzieningen aan de orde komt nadat een onderzoek is bevolen (M.W. Josephus Jitta, annotatie bij HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523 (DSM), *ONDR* 2008/11; Verbunt 2008).

121. Die constatering behoeft enige nuancering. Verbunt leest in Versatel II dat kan worden afgeweken van dwingende bepalingen van vennootschappelijk organisatierecht en dwingend rechtspersonenrecht (Verbunt 2008, p. 153 en p. 165). Volgens Storm maakt de Hoge Raad een scherp onderscheid tussen de onmiddellijke voorziening en de tweede fase voorziening en hij leidt daaruit af dat met een tweede fase voorziening niet “in algemene zin van dwingend recht” mag worden afgeweken (Storm 2008, p. 33-35). Croiset van Uchelen stelt vast dat de Hoge Raad bevestigt dat afwijkingen van dwingend recht niet zijn toegestaan bij benoeming van functionarissen bij wijze van tweede fase voorziening (Croiset van Uchelen 2008, 200). Van Solinge en Nieuwe Weme betrekken het standpunt dat afwijking van dwingend recht bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen in de tweede fase ook mogelijk is (Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/770).

122. OK 14 december 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU8151, *ARO* 2006/3 (Versatel).

BEVOEGDHEID TREFFEN ONMIDDELLIJKE VOORZIENINGEN

alle gevallen waarin de wet of de statuten van de vennootschap enige bevoegdheid toekennen aan haar raad van commissarissen of waarin die bevoegdheid voortvloeit uit de Nederlandse corporate governance code. De Hoge Raad overwoog dat de Ondernemingskamer onder bepaalde voorwaarden bij wijze van onmiddellijke voorziening een commissaris mag aanstellen met bijzondere, van bepalingen van dwingend recht afwijkende bevoegdheden.¹²³

[120] Eerder had de Hoge Raad de kwestie geadresseerd in zijn uitspraak in de tweede fase van de zaak Zwagerman.¹²⁴ De beschikking heeft een aantal reacties uitgelokt.

Maeijer meent dat de benadering van de Hoge Raad – in Maeijers woorden: dat de dwingendrechtelijke verdeling van bevoegdheden tussen organen van een vennootschap dient te worden gerespecteerd – ook zou moeten gelden als het gaat om de tijdelijke aanstelling van een commissaris op de voet van artikel 2:349a lid 2 BW.¹²⁵ Hij merkt op dat op grond van artikel 2:349a lid 2 BW weliswaar andere voorzieningen kunnen worden getroffen dan die zijn opgesomd in artikel 2:356 BW, maar dat, indien wordt aangesloten bij artikel 2:356 BW, het voor de hand ligt geen ruimere armslag te nemen dan bij rechtstreekse toepassing van die bepaling is toegestaan.

Geerts leidt uit de Zwagerman-beschikking af dat “(onmiddellijke) voorzieningen die de dwingendrechtelijke bevoegdheden tussen de diverse organen van een vennootschap doorbreken (...) niet (mogen) worden getroffen”.¹²⁶

123. HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4888, *ARO* 2007/155 (Versatel II). De Hoge Raad herhaalde wat hij in de zaak Skygate had overwogen (HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (Skygate)). Met onmiddellijke voorzieningen kan tijdelijk inbreuk gemaakt worden op de geldende rechtsverhoudingen binnen de rechtspersoon en aan het treffen van de voorzieningen hoeft niet in de weg te staan dat ze kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen, mits de voorziening naar haar aard voorlopig is en een billijke afweging heeft plaatsgevonden van de belangen van de betrokken partijen (HR 14 september 2007, r.o. 4.2 en 4.3).

124. HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857, *ARO* 2002/40 (Zwagerman), r.o. 3.9: “De tijdelijke aanstelling van een commissaris door de Ondernemingskamer berust op het bepaalde in artikel 2:356 BW. De aldus aangestelde commissaris heeft in beginsel de bevoegdheden als vermeld in art. 2:250 BW. Artikel 2:356 bevat een limitatieve opsomming van de voorzieningen die de Ondernemingskamer kan treffen. Daartoe behoort niet het toekennen van bijzondere, naast de in de zo juist vermelde bepaling genoemde bevoegdheden aan de op de voet van artikel 2:356, aanhef en letter c, aangestelde commissaris. Wel kan de Ondernemingskamer op grond van het bepaalde onder d van laatstgenoemd artikel een voorziening treffen waarbij tijdelijk van de statuten wordt afgeweken in dier voege dat in afwijking van de statuten aan de commissaris bepaalde bevoegdheden worden toegekend. Aan deze commissaris kunnen echter geen andere bevoegdheden worden toegekend dan de wet toelaat.”.

125. J.M.M. Maeijer, annotatie bij HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (Zwagerman), *NJ* 2002/296. Art. 2:349a lid 2 (oud) BW vigeerde.

126. Geerts 2004, p. 5.2.6.1 (p. 271).

HOOFDSTUK 3

Olden beperkt zich in zijn beschouwing niet tot de bevoegdheden van (leden van) vennootschappelijke organen.¹²⁷ Hij betoogt dat het treffen van de in artikel 2:356 BW opgesomde voorzieningen een wettelijke basis heeft. Dat maakt het aanvaardbaar dat van dwingend recht wordt afgeweken. Op grond van de overweging in de MvT dat een aantal van de in artikel 2:356 BW genoemde voorzieningen ook als ordemaatregel kunnen gelden, komt hij tot de conclusie dat “voorzieningen – onmiddellijk of niet – slechts dwingende regels van vennootschapsrecht opzij mogen zetten, indien en voor zover dat in art. 2:356 BW uitdrukkelijk is bepaald”.

Hermans stelt dat de Ondernemingskamer niet de vrijheid heeft om onmiddellijke voorzieningen te treffen die in strijd zijn met dwingend recht, maar Storm plaatst daar weer een vraagteken bij.¹²⁸

A-G Timmerman las in de beschikking in de zaak Zwagerman geen begrenzing van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen door de dwingendrechtelijke bevoegdheden van organen. Hij ging uitvoerig in op de vraag of de Ondernemingskamer bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen mag afwijken van dwingendrechtelijke bepalingen uit Boek 2.¹²⁹ Hij kwam tot de slotsom dat de Zwagerman-beschikking in beginsel alleen grenzen stelt aan de bevoegdheid tot het treffen van voorzieningen op de voet van artikel 2:356 BW. Artikel 2:349a lid 2 BW geeft de Ondernemingskamer de bevoegdheid om in noodsituaties van dwingendrechtelijke bepalingen van Boek 2 BW af te wijken.¹³⁰ Dat sluit aan bij de regel van artikel 2:8 lid 2 BW en is een illustratie van het gezegde: ‘Nood breekt wet’, aldus Timmerman.¹³¹

3.11 Reikwijdte van de bevoegdheid; onomkeerbare gevolgen

[121] Onmiddellijke voorzieningen kunnen worden getroffen “voor ten hoogste de duur van het geding”.¹³² De maatregelen dienen een tijdelijk karakter te hebben en kunnen niet naar hun aard definitief zijn. Dat geldt echter niet voor de gevolgen van die voorzieningen, zoals de Hoge Raad in de beschikking in de zaak Skygate heeft overwogen.¹³³ Geerts wijst er op dat deze beslissing niet

127. Olden, *Ondernemingsrecht* 2003/p. 549-555, nr. 6.

128. R.M. Hermans, annotatie bij OK 14 december 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU8151, *Ondernemingsrecht* 2006/36 (Versatel), nr. 9; P.M. Storm, annotatie bij OK 12 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BM6143, *Ondernemingsrecht* 2007/54 (Versatel).

129. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA4888, bij HR 14 september 2007 (Versatel II).

130. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA4888, bij HR 14 september 2007 (Versatel II), nr. 3.13.

131. Concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA4888, bij HR 14 september 2007 (Versatel II), nr. 3.11.

132. Art. 2:394a lid 2 BW.

133. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (Skygate), r.o. 3.6: “dat aan het treffen van voorlopige voorzieningen niet zonder meer in de weg behoefte te staan dat deze kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen”. Zie hierover ook 3.9.1.

BEVOEGDHEID TREFFEN ONMIDDELLIJKE VOORZIENINGEN

verrassend is, omdat de mogelijkheid van onomkeerbaarheid van gevolgen van onmiddellijke voorzieningen al onder ogen was gezien tijdens de totstandkoming van artikel 2:349a lid 2 BW.¹³⁴

[122] In de zaak Skygate was in verband met de stagnerende besluitvorming binnen de vennootschap een onmiddellijke voorziening getroffen die erop neerkwam, dat het bestuur voor bepaalde besluiten (stemmen vóór een financieringsvoorstel) niet de statutair vereiste goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders behoeft. Hierdoor werd tijdelijk een wijziging gebracht in de binnen de vennootschap geldende rechtsverhoudingen, waardoor het besluit tot het uitgeven van een converteerbare obligatielening tot stand kon komen. Alle (indirecte) aandeelhouders zouden in die lening kunnen participeren. De (meerderheids)aandeelhouder die daarin (naar verwachting) niet zou deelnemen zou evenwel worden geconfronteerd met een definitieve wijziging in de zeggenschapsverhoudingen. De onmiddellijke voorziening hoefde niet noodzakelijkerwijs tot onaanvaardbare nadelige gevolgen voor de meerderheidsaandeelhouder te leiden. De meerderheidsaandeelhouder had het zelf in zijn macht om door participatie de zeggenschapsverhoudingen in stand te laten.¹³⁵ Van Solinge en Nieuwe Weme lezen daarom in de Skygate-beschikking steun voor hun opvatting dat de rechter een grotere vrijheid heeft om onmiddellijke voorzieningen te treffen met onomkeerbare gevolgen, als de potentieel benadeelde partij die onomkeerbaarheid kan beïnvloeden.

De Hoge Raad overweegt: “mits (...) bij het treffen van een zodanige voorziening voldoende rekening is gehouden met, en een billijke afweging heeft plaatsgevonden van, de belangen van de betrokken partijen”.¹³⁶ Aan de belangenafweging moeten volgens Geerts hoge eisen worden gesteld, en uit de beschikking van de Ondernemingskamer moet die belangenafweging en de proportionaliteit van de getroffen onmiddellijke voorziening met onomkeerbare gevolgen ook kenbaar zijn.¹³⁷ Hij concludeert dat de Ondernemingskamer terughoudend moet zijn met het treffen van onmiddellijke voorzieningen met onomkeerbare gevolgen.

Mij dunkt dat terughoudendheid inderdaad geboden is als de onomkeerbare gevolgen nadelig uitwerken voor anderen dan de rechtspersoon en ik kan mij,

134. Geerts verwijst naar de beantwoording van vragen door de staatssecretaris tijdens de behandeling van het wetsvoorstel 22 400 in de Eerste Kamer (Geerts 2004, p. 5.2.6.1).

135. De Hoge Raad overweegt dat dit blijkt uit de bestreden beschikking van de Ondernemingskamer (HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (Skygate), r.o. 3.5).

136. HR 19 oktober 2001 (Skygate), r.o. 3.6. Die belangenafweging heeft er in de zaak Skygate toe geleid dat aan het belang van de vennootschap meer gewicht wordt toegekend dan aan het belang van de aandeelhouder.

137. Geerts 2004, p. 5.2.6.1. De eis van proportionaliteit geldt vanzelfsprekend ook voor onmiddellijke voorzieningen waarvan de gevolgen wel kunnen worden teruggedraaid. De eis van proportionaliteit komt in 3.12 aan de orde.

met Van Solinge en Nieuwe Weme, voorstellen dat die terughoudendheid groter moet zijn al naargelang de onontkoombaarheid van die nadelige gevolgen.¹³⁸

Overigens meen ik dat, afgezien van gevallen waarin nadelige gevolgen voor andere partijen op de loer liggen, onomkeerbare gevolgen van onmiddellijke voorzieningen allerm minst bezwaarlijk hoeven te zijn. Indien een noodtoestand maatregelen vergt, is het immers niet wenselijk dat teruggekeerd wordt tot de oude (nood)toestand nadat de maatregelen zijn uitgewerkt. Onomkeerbare gevolgen liggen bovendien bij veel onmiddellijke voorzieningen zelfs voor de hand: de door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen (bestuurders, commissarissen, beheerders van aandelen) zullen besluiten kunnen nemen die bepaalde toekomstscenario's uitsluiten en die na uitvoering veelal niet meer kunnen worden teruggedraaid.¹³⁹

3.12 Reikwijdte van de bevoegdheid; subsidiariteit en proportionaliteit

[123] Onmiddellijke voorzieningen kunnen slechts getroffen worden als daartoe noodzaak bestaat, maar ook mogen ze niet verder strekken dan noodzakelijk is.¹⁴⁰

Met andere woorden: er moet in beginsel gekozen worden voor de minst verstrekende maatregel waarmee het beoogde doel – kort gezegd het voorkomen of beëindigen van een onwenselijke toestand of het faciliteren van het onderzoek (zie 2.9, 3.2 en 3.3) – kan worden bereikt.¹⁴¹ En de inhoud van de maatregel moet voldoen aan het vereiste van proportionaliteit.¹⁴² Over deze uitgangspunten is geen discussie.

138. Over onmiddellijke voorzieningen met gevolgen die per saldo nadelig zijn voor de rechtspersoon, zie nr. 8.

139. In vergelijkbare zin Geerts, die het niet opmerkelijk acht dat onmiddellijke voorzieningen onomkeerbare gevolgen kunnen hebben (Geerts 2004, voetnoot 101), en plv. P-G Mok (concl. A-G M.R. Mok, ECLI:NL:PHR:2001:AD5138, bij HR 19 oktober 2001, (Skygate), nr. 3.2.6.3). Zie ook nr. 121.

140. Zie 3.8.

141. In beginsel, want het is niet altijd eenvoudig of zelfs mogelijk om te bepalen welke maatregel het minst ver strekt. In veel gevallen dient het ook geen praktisch doel om vast te stellen welke maatregel in absolute zin het minst ver reikt. Overigens, dat de uitoefening van de bevoegdheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen niet het enige kader is waarin dit beginsel niet absoluut geldt, valt te af te leiden uit concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA4117, bij HR 14 september 2007 (Versatel I), nr. 3.12. De A-G merkt op, onder verwijzing naar jurisprudentie van het EHRM betreffende art. 1 Eerste Protocol, “Dat het gestelde doel ook met een lichter middel kan worden bereikt, is op zichzelf niet voldoende om te concluderen dat de inbreuk ongerechtvaardigd is”.

142. Storm meent dat het proportionaliteitsvereiste in beginsel ook geldt bij de vraag of onmiddellijke voorzieningen getroffen moeten worden (Storm 2008, p. 27-28). Dat denk ik ook, vgl. nr. 112 waar wordt opgemerkt dat de belangen waarop in de zaak Unilever een beroep werd gedaan een rol zouden kunnen spelen bij de beslissing om onmiddellijke voorzieningen te

In de literatuur en de jurisprudentie figureren deze uitgangspunten ook wel als twee-eenheid.¹⁴³ In elk geval kan het voorhanden zijn van een lichtere maatregel een rol spelen in de proportionaliteitstoets. Het proportionaliteitsvereiste zal betrokken moeten worden in de belangenafweging, waarover het in 3.7 en 3.9 ging.

[124] Bij het stellen van de eis van proportionaliteit aan onmiddellijke voorzieningen kunnen, meen ik, met betrekking tot het effect van de maatregel de volgende vragen worden onderscheiden.¹⁴⁴ Ten eerste: hoe ver strekt de invloed van de voorziening op de verhoudingen binnen de vennootschap en op het beleid van de vennootschap? Ik noem dit de vraag naar de interne strekking of het interne gevolg. De vraag lijkt op de door Storm gesignaleerde vraag hoe diep een voorziening mag ingrijpen in de vennootschappelijke verhoudingen.¹⁴⁵ Als tweede moet de vraag naar het externe gevolg worden geadresseerd: hoe groot is de inbreuk op belangen van betrokken partijen en anderen?¹⁴⁶ Het met de onmiddellijke voorzieningen beoogde doel moet in redelijke verhouding staan tot het antwoord op de eerste vraag en het antwoord op de tweede vraag. Vereist is een redelijke mate van evenredigheid tussen het beoogde doel en zowel de interne als de externe strekking.

[125] De rol van het proportionaliteitsbeginsel bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen is nog eens aan het licht gekomen in de beschikking in de zaak Skygate.¹⁴⁷ De Ondernemingskamer had, waar surséance van betaling of

treffen. Toepassing van het proportionaliteitsbeginsel bij de vraag *of* moet worden ingegrepen, komt dan neer op de vraag: ‘Staat tegenover de noodzaak om een onmiddellijke voorziening te treffen (gelegen in de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek), waaraan hoge eisen worden gesteld (zie 3.9), een zwaarwegender belang dat noopt tot het afzien van maatregelen?’.

143. Bijv. Van den Ingh in zijn noot bij de Skygate-beschikking: “Men zij erop bedacht dat in die beoordeling nog een ander algemeen uitgangspunt verstopt zit, namelijk dat minder ingrijpende voorzieningen wegens onvoldoende effect niet mogelijk zijn, zulks in aansluiting op het in het eerste cassatiemiddel verdedigde proportionaliteitsbeginsel” (F.J.P. van den Ingh, annotatie bij HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138, *JOR* 2002/5). Zie ook concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA4117, bij HR 14 september 2007, (Versatel I).

144. Het onderscheid is niet noodzakelijk altijd scherp.

145. Zie nr. 104.

146. Uit zijn conclusie in de zaak ABN AMRO leid ik af dat ook Timmerman deze ‘externe strekking’ niet beschouwt als het enige gegeven waartegen het beoogde doel van de maatregel moet worden afgewogen (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972, bij HR 13 juli 2007, *ARO* 2007/120 (ABN Amro), nr. 4.35: “De eis dat een getroffen voorziening proportioneel dient te zijn, omvat *mede* een beoordeling van de gevolgen die een getroffen voorziening heeft voor derden, in het licht van hetgeen met de voorziening is beoogd.” (cursivering AF)).

147. F.J.P. van den Ingh, annotatie bij HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138, *JOR* 2002/5; concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972, bij HR 13 juli 2007, *ARO* 2007/120 (ABN Amro), nr. 4.35.

HOOFDSTUK 3

faillissement van de vennootschap dreigde als gevolg van een impasse in de besluitvorming betreffende financiering, een maatregel ter doorbreking van de impasse getroffen. Plaatsvervangend Procureur-Generaal Mok stelde vast dat de Ondernemingskamer enerzijds de consequenties van de getroffen onmiddellijke voorziening voor de betrokken partijen had onderkend en anderzijds de gevolgen van het uitblijven van de betreffende voorziening (surséance van betaling of faillissement) onder ogen had gezien.¹⁴⁸ Zijns inziens ging de getroffen maatregel niet verder dan strikt noodzakelijk was.

De Hoge Raad oordeelde dat de getroffen onmiddellijke voorziening voldoet aan het vereiste dat geen maatregel voorhanden is die zich minder ver uitstrekt.¹⁴⁹ En dat er evenredigheid is tussen het beoogde doel en – wat hierboven is aangeduid als – het externe gevolg, althans dat de afweging tussen het doel en het externe gevolg op juiste wijze is gemaakt.¹⁵⁰

Het vereiste van proportionaliteit brengt mee dat de belangen van de rechtspersoon worden afgewogen tegen de belangen van anderen dan de rechtspersoon. De kwestie of een maatregel proportioneel is, zal gewoonlijk pas aan de orde kunnen komen bij de keuze voor de concrete maatregel. Bij het tweede onderdeel van de beslissing zal dan de proportionaliteit in de belangenafweging een rol spelen.

Het is overigens denkbaar dat in concrete gevallen verschillende voorzieningen voldoen aan de proportionaliteitseis. Hetzelfde geldt voor de eis van subsidiariteit.¹⁵¹

[126] Het volgende is mogelijk. Er is voldaan aan de wettelijke criteria voor het treffen van een onmiddellijke voorziening, zodat het eerste beslisstadium de conclusie oplevert dat een maatregel nodig is. In het tweede beslisstadium wordt de minst verstrekkende maatregel gekozen, waarmee wordt voldaan aan

148. Concl. A-G M.R. Mok, ECLI:NL:PHR:2001:AD5138, bij HR 19 oktober 2001 (Skygate), nr. 3.2.7.1 t/m 3.2.7.7.

149. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138, (Skygate), r.o. 3.6: “(...) mits (...) bij het treffen van een zodanige voorziening voldoende rekening is gehouden met, en een billijke afweging heeft plaatsgevonden van, de belangen van de betrokken partijen. Uit de voormelde overwegingen van de Ondernemingskamer blijkt dat zij in overeenstemming met deze maatstaf heeft geoordeeld door in aanmerking te nemen dat *enerzijds zonder het treffen van de onderhavige voorziening (...) het belang van de betrokken vennootschap ernstig zou kunnen worden geschaad en anderzijds dat deze tijdelijke voorziening voor FTS (verzoekster van cassatie, belanghebbende in feitelijke instantie, AF) niet tot onaanvaardbaar nadelige gevolgen hoeft te leiden*. Klaarblijkelijk was de Ondernemingskamer van oordeel dat *in de gegeven omstandigheden een minder ingrijpende voorlopige voorziening niet effectief zou zijn (...)*” (cursivering AF).

150. HR 19 oktober 2001 (Skygate), r.o. 3.6: “enerzijds zonder het treffen van de onderhavige voorziening (...) het belang van de betrokken vennootschap ernstig zou kunnen worden geschaad en anderzijds dat deze tijdelijke voorziening voor FTS niet tot onaanvaardbaar nadelige gevolgen hoeft te leiden”.

151. Bijv. concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2011:BO7067 bij HR 25 februari 2011, ARO 2011/41 (Inter Access), nr. 3.14.

de eis van subsidiariteit. Evenwel kan het proportionaliteitsvereiste in de belangenafweging alsnog leiden tot de conclusie dat belangen van externe partijen aan de beoogde voorziening in de weg staan.

3.13 Reikwijdte van de bevoegdheid; nog enkele beperkingen

[127] Bij de uitoefening van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen moeten nog enkele grenzen in acht genomen worden. Zo zet Geerts uiteen dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 2:356 BW volgt dat de rechter bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen niet op de stoel van de ondernemer mag gaan zitten.¹⁵²

[128] Een beperking die niet zozeer de inhoud van de onmiddellijke voorziening betreft maar meer de processuele gang van zaken, is in de zaak ATR-Leasing aan de orde gekomen.¹⁵³ De Hoge Raad overwoog dat de rechter in verband met het voorschrift van artikel 24 Rv geen verrassingsbeslissing mag geven.¹⁵⁴ Uit de beschikking is afgeleid, dat dat ook geldt voor de onmiddellijke voorzieningen.¹⁵⁵

Ik merk op dat de beslissing dát wordt ingegrepen nauwelijks als een verrassing kan komen, want aan zo'n beslissing moet een daartoe strekkend verzoek ten grondslag liggen.¹⁵⁶ Speelt het verbod op een verrassing bij de 'óf-beslissing' dan geen rol? Toch wel: de rechter die tijdens de behandeling

152. Geerts 2004, p. 5.2.6.1. Zie ook Eikelboom 2017, p. 15.2.2.1., waar hij de zaak Novero-II aanhaalt (HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1652, *ARO* 2014/106).

153. HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8210, *ARO* 2007/68 (ATR-Leasing).

154. De overweging betreft zowel de beslissing over het instellen van een enquête, als die over de voorzieningen (r.o. 4.5: "Daarbij zal de ondernemingskamer, in verband met het voorschrift van art. 24 Rv., geen beslissing mogen geven waarop de betrokken partijen, gelet op het verloop van het geding en het processuele debat, niet bedacht behoeften te zijn en over de consequenties waarvan zij zich niet hebben kunnen uitlaten. Het staat de ondernemingskamer dan ook niet vrij beslissingen te geven of voorzieningen te treffen die niet stroken met de strekking van het ingediende verzoek of die aan de kenbare bedoeling van verzoekers zodanig afbreuk doen dat moet worden aangenomen dat zij het verzoek, als daaraan op deze wijze uitvoering wordt gegeven, niet zouden hebben gehandhaafd.").

155. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/766; P.G.F.A. Geerts, annotatie bij HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8210 (ATR-Leasing), *ONDR* 2007/111, nr. 8. Josephus Jitta lijkt een andere (ruimere) interpretatie toegedaan (M.W. Josephus Jitta, annotatie bij HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8210 (ATR-Leasing), *JOR* 2007/138). Hij meent dat de Hoge Raad zich uitlaat over beslissingen die "in meer algemene zin" bij (tegen)verzoek kunnen worden gevraagd, en niet speciaal over (onmiddellijke) voorzieningen in de enquêteprocedure.

156. Zie 2.9.

HOOFDSTUK 3

van het verzoek de indruk wekt het te zullen afwijzen, schendt mijns inziens dit voorschrift als hij alsnog een onmiddellijke voorziening treft.¹⁵⁷

Belangrijker is het verbod op een verrassingsbeslissing voor de keuze voor een bepaalde maatregel, de ‘welke-beslissing’. Ik zie hier een ondergrens afgetekend. De gekozen voorziening moet beantwoorden aan het doel dat de verzoeker voor ogen had bij zijn verzoek om een voorziening. Als de gekozen maatregel met een ander doel is getroffen, moet dat andere doel tijdens de behandeling aan de orde zijn gesteld. De voorziening moet stroken met ‘de *strekking* van het ingediende verzoek’ en de ‘*kenbare bedoeling*’ van verzoekers’ (cursivering AF).¹⁵⁸ Met andere woorden: als een voorziening is gevraagd teneinde de financiële administratie te fatsoeneren, maar geen behoefte is geuit om een impasse te doorbreken, kan een ‘financiële administratie-maatregel’ worden genomen. Dat kan een andere maatregel zijn, dan die waar om verzocht is.¹⁵⁹ Er kan echter geen ‘impasse-maatregel’ volgen zonder dat partijen zich daarover hebben kunnen uitlaten.

Het lijkt me niet aannemelijk dat het verbod op een verrassingsbeslissing meebrengt dat de Ondernemingskamer de concrete voorziening voorafgaand aan de beslissing aan de partijen moet voorleggen.¹⁶⁰ En ook niet dat de rechter partijen moet vragen wat ze vinden van een bepaald type voorziening.¹⁶¹ Dat neemt niet weg dat het nuttig kan zijn als de rechter zich op de hoogte stelt van de opvattingen van partijen op dit punt. Het kan hem informatie opleveren over de mogelijke – interne en externe – gevolgen van de beslissing.

3.14 Samenvatting en conclusie

[129] De onmiddellijke voorzieningen zijn in de wet gekomen als antwoord op de behoefte aan ordemaatregelen binnen de enquêteprocedure, waarmee de doeltreffendheid van die procedure kon worden vergroot. Het uitdrukkelijke streven van de wetgever naar versterking van die doeltreffendheid heeft geresulteerd in een procedure-onderdeel met een kort geding-achtig karakter (3.2 en 3.3). Toen de onmiddellijke voorzieningen eenmaal in de wet waren opgenomen, werd de behoefte aan de maatregelen bevestigd: de mogelijkheid om ze te verzoeken is populair gebleken. Hierdoor konden de onmiddellijke voorzieningen een impuls geven aan de ontwikkeling van het enquêterecht (3.4).

157. Andersom zou afwijzing een verrassingsbeslissing kunnen zijn als de rechter toewijzing voorspiegelt.

158. HR 30 maart 2007, ARO 2007/68 (ATR-Leasing), r.o. 4.5.

159. HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8338 (Zwagerman). Zie ook 2.9.

160. Geerts leest deze beschikking wel in die zin. Hij leest bovendien dat een uitvoerig debat over die andere voorziening nodig is (P.G.F.A. Geerts, annotatie bij HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8210 (ATR-Leasing), ONDR 2007/111, nr. 8).

161. Bijv. schorsing van een bestuurder, benoeming van een bestuurder, buitenwerking stelling van een statutaire bepaling. Zie het volgende hoofdstuk voor verschillende typen onmiddellijke voorzieningen.

BEVOEGDHEID TREFFEN ONMIDDELLIJKE VOORZIENINGEN

[130] Voor onmiddellijke voorzieningen kan slechts plaats zijn als is voldaan aan de vereisten van artikel 2:349a lid 2 BW. Die houden in dat ofwel het belang van het onderzoek ofwel de toestand van de rechtspersoon, waaronder mede wordt verstaan de toestand van de met de rechtspersoon verbonden onderneming, een ingreep van de rechter vergt (3.7). De wettelijke criteria vormen een hoge drempel voor het aanwenden van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen; er moet een dringende grond zijn voor het nemen van maatregelen. De criteria worden in de jurisprudentie geconcretiseerd. Dat gaat gepaard met het aftasten en – in de ‘pioniersfase’ – overschrijden van grenzen (3.8).

Naar voren is gekomen dat de rechter bij het uitoefenen van de bevoegdheid van artikel 2:349a lid 2 BW enerzijds te maken heeft met strikte grenzen en anderzijds veel armslag heeft. De ‘hoge drempel’ van de wettelijke criteria vormt een strenge afbakening van de bevoegdheid. Dat hangt samen met het doel en de aard van de procedure, zoals door de wetgever bedoeld: enerzijds verregaande effectiviteit en rechterlijke voortvarendheid en anderzijds beperkte procedurele waarborgen (3.2 en 3.3). Is de drempel eenmaal overschreden, dan heeft de rechter bij de keuze voor een specifieke voorziening heel wat ruimte (3.10 en 3.11).

Net als in het kort geding moet voorafgaand aan het treffen van een voorziening een afweging van belangen van de betrokken partijen plaatsvinden. Men komt de grenzen van de beslisruimte op het spoor door middel van de vereiste belangenafweging. In dit hoofdstuk is een onderscheid gemaakt tussen twee onderdelen of stadia van de beslissing over onmiddellijke voorzieningen: achtereenvolgens de beantwoording van de vraag óf ingegrepen dient te worden en de beslissing welke concrete voorziening dan moet worden getroffen (3.6). Onderzocht is of de vereiste belangenafweging moet aangrijpen op de beslissing dat ingegrepen moet worden, op de keuze voor de feitelijke voorziening, of op beide. De jurisprudentie biedt aanknopingspunten voor de gevolgtrekking dat in beide beslisstadia belangen afgewogen dienen te worden (3.9).

De beslisruimte wordt verder begrensd door de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit, waaraan de onmiddellijke voorzieningen moeten voldoen (3.12). Het doel waartoe de maatregel wordt getroffen, enerzijds, en de invloed ervan op de verhoudingen binnen en het beleid van de vennootschap (de interne werking) en de inbreuk ervan op belangen van anderen (de externe werking), anderzijds, moeten in evenwicht zijn. Het belang van externe partijen kan dus meebrengen, dat een voor de rechtspersoon noodzakelijk geachte maatregel achterwege moet blijven (proportionaliteit). En dat geldt zelfs als geen minder verstreckende, of andere, maatregel voorhanden is (subsidiariteit).

HOOFDSTUK 3

3.14.1 Slotsom

[131] Uit de totstandkomingsgeschiedenis en de jurisprudentie is het volgende afgeleid. De onmiddellijke voorziening is in de wet opgenomen ten behoeve van de effectiviteit van de enquêteprocedure. In het belang van die doeltreffendheid heeft de wetgever gekozen voor een procedure met een niveau van waarborgen, vergelijkbaar met dat van het kort geding. De bevoegdheid, waarvan de reikwijdte in de jurisprudentie wordt geconcretiseerd, staat ten dienste van de doeleinden van de enquêteprocedure. In het belang van die doeleinden is de bevoegdheid verstrekkend. In de enquêteprocedure staat het belang van de rechtspersoon centraal.¹⁶² Dat geldt ook voor de onmiddellijke voorziening. Dat neemt niet weg dat op andere belangen acht geslagen moet worden.

In verband met het onderzoeksthema is dit karakter van de onmiddellijke voorziening relevant. Tegen de achtergrond van dit karakter zullen de belangen van de wederpartij van de rechtspersoon moeten worden beschouwd.

162. Zie hierover 2.7.

Hoofdstuk 4. Concrete onmiddellijke voorzieningen en hun effecten

4.1 Inleiding

[132] In hoofdstuk 3 zijn de karaktereigenschappen van de onmiddellijke voorzieningen en het gebruik van de rechterlijke bevoegdheid tot het treffen ervan besproken. Aan maatregelen zelf is nog weinig aandacht besteed. Welke onmiddellijke voorzieningen zijn er? In de wet staan geen onmiddellijke voorzieningen. Bij het gebruik van de in artikel 2:349a lid 2 BW gegeven bevoegdheid bieden de in artikel 2:356 BW vermelde voorzieningen aanknopingspunten voor de rechter en ook andere maatregelen hebben hun weg in de rechtspraak gevonden. Dit hoofdstuk houdt beschrijvingen van onmiddellijke voorzieningen in. Beoogd wordt om een indruk te geven van typen maatregelen die min of meer tot de ‘standaardgereedschapskist’ van de rechter behoren.

De maatregelen worden in dit hoofdstuk ingedeeld in drie categorieën, naar het soort effecten dat ze bij de rechtspersoon sorteren. Tegen die effecten zal de Ondernemingskamer de negatieve gevolgen afzetten, die de rechtspersoon ondervindt als de voorziening hem belet een contractuele verplichting na te komen.¹

[133] Eerst komen enige maatregelen aan de orde die ingrijpen in de samenstelling van organen van de rechtspersoon (4.3).

De tweede groep onmiddellijke voorzieningen heeft effect op de toedeling van bevoegdheden aan (leden van) organen van de rechtspersoon (4.6).

Maatregelen die rechtstreeks ingrijpen in de besluitvorming, de derde groep, staan centraal in 4.7. Deze ingrepen interessant zijn voor het onderzoeksthema.

De categorie ‘buiten werking stellen van statutaire bepalingen’ wordt in 4.9 onderscheiden naar zijn verschijningsvorm, en niet naar zijn effecten. Gevolgen voor en wijzigingen van bevoegdheden kunnen ook worden bereikt met deze categorie, die daarnaast kan worden aangewend om besluitvorming mogelijk of juist onmogelijk te maken.

1. Zie nr. 8 en 1.3.

4.2 Een veelheid aan categorieën onmiddellijke voorzieningen

[134] De voorzieningen die in de tweede fase kunnen worden getroffen indien van wanbeleid is gebleken zijn in artikel 2:356 BW vermeld.² Daarentegen zijn in de wet geen maatregelen opgesomd die kunnen worden getroffen als onmiddellijke voorziening op de voet van artikel 2:349a lid 2 BW. In elk geval kunnen de voorzieningen die zijn genoemd in artikel 2:356 BW als onmiddellijke voorziening figureren voor zover ze een tijdelijk karakter kunnen hebben.³ Maar ook niet in de wet vermelde maatregelen zijn mogelijk. Aan door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen wordt wel een doorslaggevende of een beslissende stem of een andere bijzondere bevoegdheid toegekend.⁴ Besluiten worden aan de voorafgaande goedkeuring van een bepaalde (al dan niet door de Ondernemingskamer benoemde) functionaris onderworpen. Verboden wordt om over een agendapunt te stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders. Ook het verbod op het (verder) uitvoeren van een overeenkomst, waar dit proefschrift over gaat, is niet als voorziening in de wet genoemd. De rechtspraak vertoont een waaier aan maatregelen.⁵ Verscheidene schrijvers hebben staalkaarten van in de praktijk getroffen onmiddellijke voorzieningen samengesteld.⁶ In het Rapport Cools/Kroeze 2009 zijn de in de jaren 1994 tot en met 2007 getroffen onmiddellijke voorzieningen in categorieën ingedeeld en gekwantificeerd.⁷ Uit die cijfers blijkt dat de benoeming van een bestuurder en de benoeming van een commissaris relatief veel voorkomende maatregelen waren. In mindere mate werden functionarissen geschorst. Voorzieningen die de besluitvorming binnen de rechtspersoon aangaan, zoals schorsing van een genomen besluit of een verbod op besluitvorming, kwamen in de onderzochte periode aanzienlijk minder vaak voor.⁸

2. Nr. 86.

3. De Ondernemingskamer kan bij wijze van onmiddellijke voorziening besluiten van bestuurders, commissarissen, of (andere) organen van de rechtspersoon schorsen (art. 2:356 BW, aanhef en onder a), bestuurders en commissarissen schorsen (aanhef en onder b), bestuurders en commissarissen tijdelijk aanstellen (aanhef en onder c), tijdelijke afwijking van bepalingen van de statuten bepalen (aanhef en onder d), en bepalen dat aandelen tijdelijk zijn overgedragen ten titel van beheer aan een beheerder (aanhef en onder e). Vgl. nr. 96.

4. Zie nr. 141 voor een beschrijving van ‘doorslaggevend’ en ‘beslissend’.

5. Storm telde 15 verschillende soorten voorzieningen in de in 2007 gegeven beschikkingen (Storm 2008, p. 39).

6. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/772; Olden, *Ondernemingsrecht* 2003/p. 549-555, nr. 6. Voor uitvoerige opsommingen zie Holtzer 2002, p. 32; Geerts 2004, p. 5.2.6. Zie ook Rapport Cools/Kroeze 2009, tabellen M.1 en M.2. P.D. Van Gaalen heeft alle in de jaren 1994 tot en met 2003 getroffen onmiddellijke voorzieningen gerubriceerd. Zij geeft verbanden weer tussen de soort gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen en het type getroffen voorzieningen (Van Gaalen 2004).

7. Rapport Cools/Kroeze 2009, p. 5.7.

8. Het patroon in latere jaren is vergelijkbaar (bijv. De Groot, Heuten & Hoogervorst 2017).

[135] Veelvuldig worden meer onmiddellijke voorzieningen tegelijkertijd getroffen. Vaak bestaat er bovendien een samenhang tussen die tegelijkertijd getroffen voorzieningen. De ene maatregel kan nopen tot het treffen van de andere maatregel. Bijvoorbeeld: als de Ondernemingskamer de enige bestuurder of alle bestuurders van een rechtspersoon schorst, zal zij in beginsel moeten voorzien in het bestuur van de rechtspersoon door de tijdelijke aanstelling van een andere bestuurder.

De Ondernemingskamer treft de spoedeisende maatregelen, en niet de Hoge Raad. Daarom ligt het voor de hand dat het in de volgende paragrafen over beschikkingen van de Ondernemingskamer gaat.⁹

4.3 Samenstelling van organen; schorsing en benoeming van bestuurders

[136] De Ondernemingskamer kan bij wijze van onmiddellijke voorziening ingrijpen in het bestuur van de rechtspersoon. In de meest aansprekende vorm bepaalt zij wie de positie van bestuurder bekleedt, door een bestuurder te schorsen of een bestuurder tijdelijk aan te stellen.¹⁰ De ingrepen in het bestuur die bevoegdheden van bestuurders verruimen of beperken, kunnen meestal gerekend worden tot de categorie onmiddellijke voorzieningen ‘afwijken van statutaire bepalingen’. Vaak komt dat neer op ‘buiten werking stellen van statutaire bepalingen’.¹¹

4.3.1 Het schorsen van bestuurders

[137] Een (dreigende) impasse binnen het bestuur van de rechtspersoon kan aanleiding zijn om een bestuurder te schorsen. Bij Euroll Services B.V. was tussen twee aandeelhouders, die elk 50% van de aandelen hielden, een ernstig conflict gerezen, met een impasse in de algemene vergadering van aandeelhouders tot gevolg.¹² De ene aandeelhouder was bestuurder. De andere aandeelhouder, Fersam, was niet als bestuurder ingeschreven. Zij stelde zich op het standpunt dat zij geen bestuurder was maar bestuurstaken uitvoerde uit hoofde van een managementovereenkomst. In die managementovereenkomst stond evenwel vermeld dat de aandeelhouders hadden besloten Fersam te benoemen tot bestuurder. De Ondernemingskamer overwoog dat het onwenselijk zou zijn

9. Het zijn voornamelijk recenter beschikkingen dan de jurisprudentie die Cools c.s. in het empirisch onderzoek heeft betrokken. De indeling naar categorie in dit hoofdstuk stemt niet overeen met de in het Rapport Cools/Kroeze of door Van Gaalen gehanteerde indelingen.

10. In hfdst. 9 wordt schorsing van bestuurders uitvoeriger besproken. Zie 9.7.1 over criteria voor schorsing.

11. Zie 4.9.

12. OK 1 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6843, *ARO* 2010/106 (Euroll Services B.V.).

HOOFDSTUK 4

indien Fersam zich alsnog als bestuurder zou gaan opstellen. Dat zou ongetwijfeld tot een impasse in het bestuur leiden. Fersam werd “voor zover nodig” geschorst als bestuurder.¹³

In de zaak Fam. Van der Linden Holding B.V. werd een bestuurster geschorst, die als zodanig stond ingeschreven in het Handelsregister, maar van wie niet was gebleken dat zij door de algemene vergadering van aandeelhouders was benoemd.¹⁴ Die situatie vroeg om een onmiddellijke voorziening omdat er helderheid over de samenstelling van het bestuur moest komen.¹⁵ Er bleef met de schorsing geen bestuurder over. De Ondernemingskamer benoemde er niet een. Ze liet het over aan de door haar benoemde beheerder van aandelen om een algemene vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen waarin in het bestuur van de vennootschap zou kunnen worden voorzien.

Bij Geomar B.V. schorste de Ondernemingskamer beide bestuurders, die elk indirect 50% van de aandelen in de vennootschap hielden.¹⁶ Ze waren zozeer tegenover elkaar komen te staan dat ze als bestuurders geen gezamenlijk beleid meer konden voeren. Daarnaast veroorzaakten de tussen hen gerezen conflicten een patstelling in de algemene vergadering van aandeelhouders, waardoor de bestuurlijke impasse niet kon worden doorbroken. De Ondernemingskamer achtte het bovendien aannemelijk dat een van de bestuurders voldongen feiten zou creëren ten nadele van de onderneming van Geomar B.V. Er werd een derde tot bestuurder benoemd. Als bijzonderheid werd overwogen dat die bestuurder zich “bij de uitoefening van zijn bestuurstaak naar eigen inzicht (kan) doen bijstaan door de ene bestuurder of de andere bestuurder op door hem te bepalen, nader te stellen voorwaarden”.¹⁷ Deze laatste overweging is geen unicum; de Ondernemingskamer neemt de mogelijkheid, dat de door haar benoemde bestuurder geschorste bestuurders bij de dagelijkse gang van zaken van de onderneming betreft, vaker expliciet op in haar overwegingen.¹⁸

[138] Soms wordt aan de geschorste bestuurder de hem toegekende managementvergoeding ontzegd. Dan wordt bijvoorbeeld bepaald dat de rechtspersoon voor de duur van de schorsing geen management fee aan de geschorste bestuurder verschuldigd is.¹⁹ In de zaak 2Link Holding B.V. gebeurde dat met de overweging dat de (persoon die de bestuurstaken feitelijk uitvoerde namens de)

13. Voorts werden aandelen ten titel van beheer overgedragen. Zie daarover 4.6.

14. OK 16 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO8044, *ARO* 2011/4 (Fam. Van der Linden Holding B.V.).

15. Dit was ook - naast andere punten - reden om aan de juistheid van het gevoerde beleid te twijfelen.

16. OK 11 mei 2010, *ARO* 2010/86 (Geomar B.V.).

17. In 9.7.3 zal worden opgemerkt dat dit soort overwegingen overbodig is.

18. Bijv. OK 26 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3743, *ARO* 2009/19. Zie ook 9.7.3. en 9.9.

19. Zie voor variaties 9.9.6 en 9.12.

bestuurder al ruim anderhalf jaar geen managementwerkzaamheden had verricht.²⁰ In het geval van Geomar B.V. werd aan de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder – in de overwegingen – overgelaten te beslissen “op welk bedrag ten titel van salarisbetaling de ene bestuurder en/of de andere bestuurder aanspraak kan maken” en het dictum hield in dat de geschorste bestuurders slechts aanspraak op betaling van salaris hadden voor zover de benoemde bestuurder dat zou vaststellen.²¹

Zulke voorzieningen aangaande de managementvergoeding zijn ingrepen in contractuele rechtsverhoudingen van de rechtspersoon. Over de praktijk van de Ondernemingskamer om in te grijpen in een bezoldigingsverplichting van de rechtspersoon tegenover zijn bestuurder is discussie. Dat debat komt aan de orde in hoofdstuk 9.²² Daar wordt ook deze praktijk uitvoerig besproken.²³

4.3.2 Het benoemen van bestuurders

[139] Hoewel in de wet (in artikel 2:356 BW) staat ‘tijdelijke aanstelling’ van een bestuurder, gebruikt de Ondernemingskamer voor deze beslissing in het algemeen de formulering: “benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding X tot bestuurder van Y”.²⁴ Verschillende situaties geven aanleiding om een bestuurder te benoemen. Dat gaat soms gepaard met het toekennen van bepaalde bevoegdheden aan die bestuurder en ook wel met bijzondere taken of opdrachten.²⁵ Uit de overwegingen kan blijken dat van de benoemde bestuurder wordt verwacht dat hij zijn aandacht zal richten op bepaalde, in de beschikking omschreven onderwerpen.

[140] Als de Ondernemingskamer de zittende bestuurder(s) schorst, dreigt ontstentenis van het bestuur. Dan wordt gewoonlijk bij wijze van onmiddellijke voorziening een bestuurder aangesteld.²⁶ De ontstentenis van een bestuur kan ook een andere oorzaak hebben. Bij Interfisc Holding B.V. ontbrak de feitelijke bestuurder.²⁷ Het bestuur bestond uit een vennootschap, die op haar beurt werd

20. OK 16 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO4937, ARO 2010/170 (2Link Holding).

21. OK 11 mei 2010, ARO 2010/86 (Geomar B.V.). In gelijke zin OK 26 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3743, ARO 2009/19.

22. 9.4 en 9.6.

23. In 9.8-9.14 wordt ingegaan op de variaties en de effectiviteit van deze maatregelen en op de maatstaven voor het treffen ervan.

24. X staat voor de naam van de benoemde bestuurder en Y voor die van de rechtspersoon. Ik heb geen aanwijzingen dat betekenis moet worden toegekend aan het verschil tussen de bewoordingen van de wet (tijdelijk aanstellen) en de in de beschikkingen van de Ondernemingskamer gebezigde formulering (benoemen).

25. Croiset van Uchelen spreekt over flankerende maatregelen, waarmee zowel de extra bevoegdheden als de bijzondere taken worden bedoeld (Croiset van Uchelen 2008). Zie bijv. OK 11 mei 2010, ARO 2010/86 (Geomar B.V.). Voor voorbeelden zie ook hfdst. 9.

26. Ook hiervan is OK 11 mei 2010 (Geomar B.V.) een voorbeeld.

27. OK 3 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3555, ARO 2013/99 (Interfisc holding B.V.).

HOOFDSTUK 4

bestuurd door een natuurlijke persoon, die het feitelijke bestuur van Interfisc Holding B.V. voerde. De natuurlijke persoon overleed. Bij de (formele) bestuurder van Interfisc Holding B.V. werd geen nieuwe bestuurder benoemd die de feitelijke leiding van Interfisc Holding B.V. op zich zou kunnen nemen. De algemene vergadering van aandeelhouders verkeerde in een impasse, zodat ook de benoeming van een nieuwe (formele) bestuurder uitbleef. Bij wijze van onmiddellijke voorziening werd een bestuurder van Interfisc Holding B.V. benoemd.

[141] Bij een impasse is het niet altijd nodig de zittende bestuurders te schorsen. Soms kan worden volstaan met een minder ingrijpende maatregel.²⁸ Bij P. Theunissen Holding B.V. bestond een impasse tussen beide 50% aandeelhouders die tevens samen het bestuur vormden, met een patstelling in zowel het bestuur als de algemene vergadering van aandeelhouders tot gevolg.²⁹ Besluitvorming was dringend noodzakelijk, want de vennootschap verkeerde in liquiditeitsnood. Bij wijze van onmiddellijke voorziening werd een bestuurder benoemd naast de zittende bestuurders. Bepaald werd dat deze functionaris een doorslaggevende stem en de bevoegdheid de vennootschap zelfstandig te vertegenwoordigen toekwam.³⁰

Ook bij Königsberg B.V. werd een bestuurder benoemd naast de – enige – zittende bestuurder die tevens 50% van de aandelen hield.³¹ Van een impasse in het eenkoppige bestuur was uiteraard geen sprake, maar in de algemene vergadering van aandeelhouders bestond een patstelling tussen deze aandeelhouder-bestuurder en de overige aandeelhouders. De benoemde bestuurder werd uitgerust met een beslissende stem en met de bevoegdheid om de vennootschap zelfstandig te vertegenwoordigen. Tegelijkertijd werd bepaald dat de zittende bestuurder slechts samen met de door de Ondernemingskamer benoemde functionaris bevoegd was de vennootschap te vertegenwoordigen.³²

28. Het beginsel van subsidiariteit vereist dat de minst verstrekkende maatregel wordt toegepast (3.12).

29. OK 7 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO6897, *ARO* 2011/1 (P. Theunissen Holding B.V.).

30. Voor een doorslaggevende stem zie ook: OK 15 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:595, *ARO* 2016/63 (Prien Holding). In OK 19 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:51, *ARO* 2015/66 (Phoenicia Hotel), werd een bestuurder benoemd naast de zittende bestuurder, die de onderzoeker dwarsboomde. De benoemde bestuurder kreeg een doorslaggevende stem en zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid, zodat hij de onderzoeker in staat kon stellen zijn werk te doen. Het was een onmiddellijke voorziening in het belang van het onderzoek.

31. OK 29 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO5175, *ARO* 2010/148 (Königsberg).

32. Ook werden hier aandelen overgedragen ten titel van beheer. Zie 4.6 over overdracht ten titel van beheer.

Salemink beschrijft de doorslaggevende en de beslissende stemmen als volgt.³³ De doorslaggevende stem is een stem die de doorslag geeft als de stemmen staken. Bij de beslissende stem onderscheidt hij twee varianten. De eerste is de stem die telkens nodig is om bestuursbesluiten te kunnen nemen. Met de tweede stemvariant kan een besluit worden doorgedrukt, ook indien die stem afwijkt van de gezamenlijke overige stemmen.³⁴

4.4 Samenstelling van organen; schorsing en benoeming van commissarissen

[142] De schorsing en de benoeming van een commissaris door de rechter grijpt in het algemeen minder diep in dan de schorsing en de benoeming van een bestuurder. Een maatregel die een commissaris betreft zal daarom meestal in verband met het subsidiariteitsvereiste de voorkeur hebben.³⁵ Daarmee is niet gesuggereerd dat de maatregelen uitwisselbaar zijn. Schorsing en benoeming van bestuurders passen gewoonlijk in ontstentenis-situaties en impasses. Waar versterking van het toezicht nodig is, kan eerder aan voorzieningen ten aanzien van commissarissen worden gedacht.

4.4.1 Het schorsen van commissarissen

[143] Het schorsen van een commissaris is een zeldzaamheid.³⁶ De zaak Eneco is in dit opzicht opmerkelijk.³⁷ Bij wijze van onmiddellijke voorzieningen werd de voorzitter van de raad van commissarissen geschorst en werd een tijdelijke voorzitter benoemd. Deze voorzieningen werden gemotiveerd door te verwijzen naar de rol die de voorzitter heeft gespeeld bij de onderwerpen die twijfel aan het beleid opriepen en naar zijn voornemen om terug te treden als commissaris.

33. Salemink, *MvO* 2015, afl. 4.

34. Of in de jurisprudentie van voor Saleminks artikel in 2015 de termen doorslaggevend en beslissend in de door hem gedefinieerde zin zijn gebruikt valt te betwijfelen.

35. Zie 3.12.

36. In Rapport Cools/Kroeze 2009 wordt zo'n beslissing voor de periode 1994-2007 zelfs niet afzonderlijk vermeld. Van Gaalen noemt twee gevallen van schorsing van commissarissen voor 2000: OK 26 februari 1998, *TVVS* 1998/117 (afl. 8) en OK 9 december 1999, *ECLI:NL:GHAMS:1999:AG3805* (Van Gaalen 2004).

37. OK 18 juli 2018, *ECLI:NL:GHAMS:2018:2488*, *ARO* 2018/165 (Eneco). Het was een enquêteverzoek van de centrale ondernemingsraad (zie daarover 2.5.2).

HOOFDSTUK 4

4.4.2 Het benoemen van commissarissen

[144] Het aanstellen van een commissaris kan aangewezen zijn als het bestuur niet in een impasse verkeert en evenmin (anderszins) disfunctioneert, maar toezicht op het bestuur wel wenselijk is.³⁸

Toezicht op het bestuur kan wenselijk zijn om te voorkomen dat belangen van (minderheids)aandeelhouders worden veronachtzaamd. Bij U.A.P. Alkmaar Holding B.V. en de twee door haar bestuurde vennootschappen PZ en Faxgids hielden de besturen van de vennootschappen structureel onvoldoende rekening met de gerechtvaardigde belangen van een (minderheids)certificaathouder van U.A.P. Alkmaar Holding B.V., tevens (indirect) aandeelhouder in PZ en Faxgids.³⁹ De Ondernemingskamer benoemde een commissaris “die erop kan toezien dat met de belangen van de minderheidsaandeelhouder voldoende rekening wordt gehouden”. Bij Creative Kids Concepts B.V. werd om een vergelijkbare reden een commissaris benoemd.⁴⁰

Een voor de hand liggende aanleiding om een commissaris te benoemen is dat het belang van de (onderneming van de) vennootschap vraagt om toezicht op het bestuur. Bij Haute Cuisine Keukendesign B.V. bestond tussen de 40% aandeelhouder en de 60% aandeelhouder een diep wantrouwen.⁴¹ Beiden waren bestuurder, totdat de 60% aandeelhouder zijn medeaandeelhouder als bestuurder aan de kant schoof. De conflictueuze verhouding had haar weerslag op de onderneming en haar financieringsmogelijkheden. De Ondernemingskamer overwoog dat toezicht door een commissaris op (het bestuur van) de vennootschap “in het belang van de onderneming” geboden was. En deze commissaris zou belangen van de 40% aandeelhouder in zijn toezicht kunnen betrekken.

In dit soort gevallen houdt het dictum niet een opdracht aan de commissaris in; in de overwegingen staat dat de commissaris “zal kunnen toezien” of “erop kan toezien” dat met bepaalde belangen voldoende rekening wordt gehouden.⁴² Ook komt de overweging voor dat de commissaris het “tot zijn taak mag rekenen” te onderzoeken of een minnelijke regeling kan worden bereikt.⁴³

38. De wettekst rept van aanstellen en de Ondernemingskamer gebruikt meestal benoemen (vgl. 4.3).

39. OK 20 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM9905, *ARO* 2010/88.

40. OK 18 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5497, *ARO* 2010/85 (Creative Kids Concepts). De minderheidsaandeelhouder was niet vertegenwoordigd in het bestuur, dat in handen was van de meerderheidsaandeelhouder. Er was om schorsing van de bestuurder verzocht, maar de Ondernemingskamer overwoog dat de dagelijkse gang van zaken in de onderneming niet gediend leek met het op een zijspoor zetten van de (natuurlijke persoon achter de) bestuurder.

41. OK 3 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8663, *ARO* 2009/183 (Haute Cuisine).

42. Bijv. de in nt. 39 en nt. 40 vermelde uitspraken OK 20 mei 2010, *ARO* 2010/88 en OK 18 mei 2010, *ARO* 2010/85.

43. Die taak wordt ook wel aan beheerders van aandelen toegedeeld (zie in nr. 149 over de zaak Euroll Services).

Indien aan een commissaris, in afwijking van de statuten, een beslissende stem in enigerlei besluitvorming wordt toegekend, vindt men dat gewoonlijk wel in het dictum terug.⁴⁴ In de zaak van de Rotterdamse Taxi Centrale werd een commissaris benoemd met een beslissende stem. Bovendien werd bepaald dat alle voorstellen van het bestuur aan de algemene vergadering van aandeelhouders waren onderworpen aan voorafgaande goedkeuring door de raad van commissarissen.⁴⁵

4.5 Samenstelling van organen; schorsing en benoeming van andere functionarissen

[145] Bij rechtspersonen met functionarissen die niet bestuurder of commissaris zijn, worden die andersoortige functionarissen wel geschorst of benoemd. Te denken valt aan stichtingen met een raad van toezicht.⁴⁶ Zo werd bij wijze van onmiddellijke voorziening een voorzitter van de raad van toezicht van Stichting Zorgcentra De Betuwe benoemd.⁴⁷ Deze stichting had een bestuur, een raad van toezicht en een centrale cliëntenraad (een medezeggenschapsorgaan). Tussen het bestuur en de centrale cliëntenraad boterde het niet. De Ondernemingskamer overwoog dat er sprake was van “ogenschijnlijke inactiviteit van de raad van toezicht dienaangaande” en dat de toestand van de stichting, waar “mede uit het oogpunt van medezeggenschap belangrijke strategische en beleidsbesluiten (moeten) worden genomen”, vereiste dat een onafhankelijke persoon werd benoemd tot voorzitter van de raad van toezicht. Deze voorzitter kreeg een beslissende stem.

Ook Stichting Sherpa had een bestuur, een raad van toezicht en medezeggenschapsorganen (een cliëntenraad en een ondernemingsraad).⁴⁸ De ernstig verstoorde verhoudingen tussen de (voorzitter van de) raad van toezicht en de medezeggenschapsorganen konden de bestuurbaarheid en de bedrijfsvoering van de stichting schaden. De voorzitter van de raad van toezicht werd geschorst en een onafhankelijke persoon werd tot voorzitter met beslissende

44. Een bevoegdheid is mijns inziens slechts effectief als ze in het dictum staat. Vgl. 9.10.1. Croiset van Uchelen geeft meer voorbeelden van aan benoemde commissarissen toegekende bevoegdheden (Croiset van Uchelen 2008, p. 196-198).

45. OK 11 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3730, *ARO* 2015/191, (Rotterdamse Taxi Centrale N.V.).

46. Ten aanzien van stichtingen als bedoeld in art 2:344, aanhef en onder b, BW, kan een enquête verzocht worden (2.5.1).

47. OK 29 april 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM3172, *ARO* 2010/73 (Stichting Zorgcentra De Betuwe).

48. OK 20 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM9903, *ARO* 2010/90 (Centrale cliëntenraad stichting Sherpa).

HOOFDSTUK 4

stem benoemd.⁴⁹ Deze mocht het tot zijn taak rekenen “te bezien of de huidige samenstelling van het bestuur van Sherpa gehandhaafd dient te blijven”.⁵⁰

Een bijzondere benoeming heeft zich voorgedaan in de zaak Van Oers Holding B.V.⁵¹ De aandelen in de vennootschap werden gehouden door een stichting administratiekantoor. In het bestuur van die stichting was een patstelling ontstaan. Dat had geleid tot een impasse in (het bestuur in haar hoedanigheid van) de algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap. Op verzoek van alle betrokkenen benoemde de Ondernemingskamer een bestuurder, niet van de vennootschap maar van de stichting administratiekantoor. Tegelijkertijd trad een – andere – bestuurder van de stichting terug.

Het schorsen en benoemen van andere functionarissen komt minder voor dan het schorsen en benoemen van bestuurders en commissarissen. Dat valt (deels) terug te voeren op de relatief geringere aantallen enquêteverzoeken bij rechtspersonen die zulke ‘andere’ functionarissen kennen.⁵²

4.6 Toedeling van bevoegdheden; overdracht van aandelen ten titel van beheer

[146] Een impasse in de algemene vergadering van aandeelhouders kan worden doorbroken door de stemverhouding te wijzigen. Dat geschiedt door overdracht ‘ten titel van beheer’ van aandelen aan een door de Ondernemingskamer benoemde beheerder. De beheerder kan vervolgens het stemrecht op die aandelen uitoefenen. Overigens gaan door deze overdracht ook andere bevoegdheden dan het stemrecht over op de beheerder. Te denken valt aan rechten van de aandeelhouder betreffende de algemene vergadering van aandeelhouders: het recht tot het stellen van vragen, convocatierecht, vergaderrecht en agenderingsrecht. Met deze maatregel worden aan de aandeelhouder tijdelijk de rechten en bevoegdheden ontnomen die hem in staat stellen invloed in de rechtspersoon uit te oefenen.⁵³ Deze maatregel kan dus ook voorkomen dat van die rechten en bevoegdheden op voor de rechtspersoon nadelige wijze gebruik wordt gemaakt.

49. Een voorziening in verband met de toestand van de stichting.

50. Ook in OK 4 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2716, *ARO* 2016/174 (Stichting De Gelderhorst), werd een voorzitter van een raad van toezicht van een stichting geschorst. Zie over deze uitspraak 9.7.1.

51. OK 24 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6212, *ARO* 2010/102 (Van Oers Holding).

52. Zie nr. 64.

53. Voor bevoegdheden van de beheerder zie ook Rb. Noord-Holland 5 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10629.

[147] Er is wel verondersteld dat de overdracht van aandelen ten titel van beheer de aandelen en de daaraan verbonden goederenrechtelijke bevoegdheden doet overgaan naar het vermogen van beheerder.⁵⁴ Bij arrest van 30 april 2019 heeft de Ondernemingskamer mijns inziens terecht uitdrukkelijk duidelijk gemaakt dat overdracht ten titel van beheer een rechtsfiguur *sui generis* is, waarbij slechts vennootschapsrechtelijke bevoegdheden worden overgedragen.⁵⁵ Het vereiste van proportionaliteit brengt dit mee: de ingreep hoort niet verder te strekken dan strikt noodzakelijk is.⁵⁶

54. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/808; Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht* 2016/95; Eikelboom 2017, p. 17.6.2.1. Overgang van de aandelen naar het vermogen van de beheerder zou complicaties meebrengen (onder meer van fiscale en erfrechtelijke aard), die hier onbesproken blijven in verband met de hierna te vermelden beslissing van de Ondernemingskamer van 30 april 2019.

55. OK 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1535, *ARO* 2019/114. R.o. 3.9. luidt, voor zover van belang: “De voorziening overdracht van aandelen ten titel van beheer brengt niet mee dat de aandelen in goederenrechtelijke zin tot het vermogen van de beheerder gaan behoren. Het gaat in de context van het enquêterecht om een rechtsfiguur *sui generis*, die, mede in het licht van het bepaalde in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, geen verdergaande gevolgen heeft dan noodzakelijk is voor het daarmee beoogde doel, te weten (in het onderhavige geval) het bevorderen van sanering en herstel van gezonde verhoudingen binnen de vennootschap. Dit betekent dat de voorziening overdracht van aandelen ten titel van beheer bewerkstelligt dat de aan de aandelen verbonden vennootschapsrechtelijke bevoegdheden (waaronder het vergaderrecht en het stemrecht) tijdelijk zijn overgedragen aan de beheerder, maar dat de overige aandeelhoudersrechten (waaronder het recht op dividend, voorkeursrechten en rechten in het kader van de geschillenregeling en de uitkoopprocedure) bij de aandeelhouder blijven. De door de Ondernemingskamer benoemde beheerder van aandelen is dan ook niet bevoegd om over de aan hem in beheer gegeven aandelen te beschikken; die bevoegdheid blijft bij de aandeelhouder. Opmerking verdient nog dat beslag, executie, bezwaring en vervreemding van de aandelen het beheer niet raken. Ten slotte merkt de Ondernemingskamer op dat voor zover eerdere uitspraken blijk gaven van een andere opvatting omtrent de reikwijdte van de voorziening overdracht van aandelen ten titel van beheer, zij hiervan terugkomt, en dat het voorgaande zowel geldt voor op de voet van artikel 2:349a BW als voor op de voet van artikel 2:356 BW getroffen voorzieningen van overdracht van aandelen ten titel van beheer. Het voorgaande laat overigens onverlet dat de Ondernemingskamer zo nodig de (vennootschapsrechtelijke) gevolgen van een door haar getroffen voorziening van overdracht van aandelen ten titel van beheer nader kan regelen (met (analoge) toepassing van artikel 2:357 lid 2 BW).”.

Ook procesrechtelijk is het een bijzondere uitspraak. De Ondernemingskamer wees hier een arrest in hoger beroep van een kortgedingvonnis. Dat is een unicum. De Ondernemingskamer is niet aangewezen als appelrechter voor civiele kort gedingen. Het kort geding hield wel verband met een geschil waarvoor de Ondernemingskamer bevoegd is: het ging over het verschaffen van inlichtingen ten behoeve van een uitstootprocedure. In hoger beroep werd betoogd dat niet de aandeelhouder maar de beheerder ten titel van beheer de procedure moest voeren.

56. Ook dit blijkt uit de in de vorige noot aangehaalde overweging.

HOOFDSTUK 4

[148] Het gebruikelijke dictum luidt “bepaalt bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding dat de aandelen van X in Y ten titel van beheer zijn overgedragen aan Z”.⁵⁷ Voor 2011 luidde deze beslissing nogal eens “beveelt met onmiddellijke ingang bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding de overdracht ten titel van beheer aan Z van de door X gehouden aandelen in het geplaatste kapitaal van Y”.⁵⁸ De wijziging van de formulering is ingegeven door de gedachte dat de beschikking het beheer van de aandelen van rechtswege doet overgaan op de beheerder en dat levering niet nodig is.

[149] In gevallen waarin twee aandeelhouders elk de helft van de aandelen houden, de zogenaamde 50-50 verhoudingen, wordt vaak van beide aandeelhouders één aandeel overgedragen.⁵⁹ In de zaak *Euroll Services B.V.* gebeurde dat “zodat op het niveau van de algemene vergadering van aandeelhouders – waar nodig – besluitvorming kan plaatsvinden”.⁶⁰

Als de impasse zich zowel in het bestuur als in de algemene vergadering van aandeelhouders openbaart, komt de combinatie van benoeming van een bestuurder met overdracht van aandelen ten titel van beheer voor. In de zaak *Königsberg B.V.* werd “gezien de impasse die zich in de algemene vergadering van aandeelhouders manifesteert” van alle aandeelhouders, naar rato van hun aandelenbezit, telkens een minimaal aantal aandelen overgedragen aan de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder.⁶¹ De benoemde functionaris kreeg dus een dubbelfunctie: hij werd bestuurder, tevens beheerder van aandelen.

57. Waarbij X staat voor de aandeelhouder, Y voor de vennootschap en Z voor de benoemde beheerder. Bijv. OK 22 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:517, *ARO* 2015/68 (*Uw Slager B.V.*) en OK 13 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4669, *ARO* 2018/35 (*Aptitude en TRM*). In deze laatste beschikking werden verzoeken van verscheidene partijen, gericht op verscheidende vennootschappen, beoordeeld. De aandelen in *Aptitude Health B.V.* die werden gehouden door *TRM Holding B.V.* werden, met uitzondering van een aandeel, overgedragen aan beheerder A. De aandelen in *Aptitude Health B.V.* die werden gehouden door *Rojanets Investments LLC* werden, met uitzondering van een aandeel, overgedragen aan beheerder B. Meestal worden alle overgedragen aandelen ondergebracht bij dezelfde beheerder.

58. Een voorbeeld biedt OK 4 juli 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BG9333, *ARO* 2007/126 (*Samlerhuset*). In die beschikking is deze onmiddellijke voorziening getroffen met een expiratedatum.

59. OK 22 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:517, *ARO* 2015/68 (*Uw Slager*).

60. OK 1 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6843, *ARO* 2010/106 (*Euroll Services B.V.*). De Ondernemingskamer overwoog ook dat de beheerder van de aandelen het tot zijn taak mocht rekenen te pogen een minnelijke regeling tussen partijen te bewerkstelligen. Zie over deze zaak ook nr. 137.

61. OK 29 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO5175, *ARO* 2010/148 (*Königsberg*). Zie ook nr. 141.

Ook bij Weerts & Van Rooij Holding B.V. kreeg de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder/beheerder een dubbelfunctie.⁶² Overwogen werd dat herstel van de besluitvorming op het niveau van de algemene vergadering van aandeelhouders geboden was, zodat noodzakelijke besluiten over het opmaken van jaarrekeningen konden worden genomen.

Bij Ploeg Beheer werd een bestuurder benoemd, die werd bekleed met een beslissende stem en zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid, en beide aandeelhouders zagen een aandeel overgedragen ten titel van beheer aan die bestuurder.⁶³

Aandelen kunnen ook ten titel van beheer worden overgedragen aan een commissaris. In de zaak van Cancun Holding II B.V. had de Ondernemingskamer een commissaris benoemd.⁶⁴ Enkele maanden na die benoeming werd op initiatief van de ene aandeelhouder een voorstel tot wijziging van de samenstelling van het bestuur geagendeerd voor de algemene vergadering van aandeelhouders. De commissaris stemde daarmee niet in. De Ondernemingskamer achtte wijziging van het bestuur niet in het belang van de vennootschap. Zij trof een onmiddellijke voorziening waardoor het voorstel tot wijziging van het bestuur zonder steun van de commissaris (of de andere aandeelhouder) niet zou kunnen worden aangenomen. Bepaald werd dat de aandelen, die werden gehouden door de aandeelhouder die voornemens was het voorstel tot wijziging van het bestuur te steunen, waren overgedragen ten titel van beheer aan de commissaris.⁶⁵

De zaak Small Society B.V. toont een variant waarbij van elke 50% aandeelhouder één aandeel ten titel van beheer wordt overgedragen aan de door de Ondernemingskamer benoemde commissaris.⁶⁶

Soms wordt verzocht aandelen van de ene aandeelhouder aan een andere aandeelhouder over te dragen. Het is moeilijk voorstelbaar dat zo'n overdracht wordt bevolen. Een impasse zou er weliswaar mee opgelost zijn, maar de ingreep lijkt me een disproportioneel risico op schending van de belangen van de buitenspel gezette aandeelhouder mee te brengen.

62. OK 18 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO4922, *ARO* 2010/171. Het conflict tussen de 50% aandeelhouders, tevens bestuurders, resulteerde in schorsing van beide bestuurders, benoeming van een derde tot bestuurder, en in de overdracht ten titel van beheer van één aandeel van elk van beide aandeelhouders aan de benoemde bestuurder.

63. OK 30 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8664, *ARO* 2009/182 (Ploeg Beheer). De verstoorde verhouding tussen de beide 50% aandeelhouders, tevens bestuurders, bracht een patstelling in het bestuur en in de algemene vergadering van aandeelhouders mee.

64. OK 30 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8127, *ARO* 2009/161 (Cancun Holding II).

65. OK 29 januari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL8345, *ARO* 2010/32 (Cancun Holding II).

66. OK 16 november 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5630, *ARO* 2012/162 (Small Society). Tussen de twee aandeelhouders heerste "een diepgeworteld wantrouwen" met een impasse in het bestuur en in de algemene vergadering van aandeelhouders tot gevolg.

4.7 Rechtstreekse ingrepen in besluitvorming

[150] In het voorgaande is gebleken dat het schorsen of benoemen van functionarissen soms de weg vrijmaakt voor besluitvorming. Daarnaast kan besluitvorming worden gefaciliteerd door specifieke bevoegdheden te beperken of toe te delen.

Het komt ook voor dat de Ondernemingskamer besluitvorming, of deelname daaraan, verhindert. Zo'n ingreep in de besluitvorming doet zich voor in verschillende gedaanten. In grote lijnen kunnen die verdeeld worden in maatregelen die aangrijpen op de besluitvormer en maatregelen die gericht zijn op bepaalde besluitvorming.⁶⁷ Het onderscheid is evenwel niet scherp en mengvormen kunnen voorkomen. Tot de eerste categorie kan het schorsen van het stemrecht op aandelen worden gerekend.⁶⁸ Het verbod om een bepaald besluit te nemen en het verbod om een bepaalde vergadering te houden behoren tot de tweede groep.

De voorbeelden in deze paragraaf hebben betrekking op besluitvorming door de algemene vergadering van aandeelhouders. Daaruit moet niet geconcludeerd worden dat de Ondernemingskamer niet ingrijpt – in beperkende of belemmerende zin – in de besluitvorming door andere organen. Ten aanzien van maatregelen die de besluitvorming van het bestuur betreffen, zal echter grote terughoudendheid worden betracht. Het uitgangspunt dat de rechter niet op de stoel van de ondernemer mag plaatsnemen brengt dat mee.⁶⁹

In 4.8 wordt aandacht besteed aan een rechterlijke ingrepen die plaatsvonden nadat een bestuursbesluit tot stand was gekomen.

[151] Na overdracht van aandelen ten titel van beheer aan een beheerder kan de besluitvorming in de algemene vergadering van aandeelhouders ongehinderd plaatsvinden, zij het dat de beheerder daaraan deelneemt in de plaats van een of meer aandeelhouders. De aandeelhouder wiens aandelen ten titel van beheer zijn overgedragen kan het stemrecht op die aandelen in het geheel niet uitoefenen en is dus geheel van de besluitvorming uitgesloten. Soms kan worden volstaan met schorsing van het stemrecht op aandelen.⁷⁰ Dat kan gebeuren

67. Onder 'besluitvormer' moet hier worden verstaan een (rechts)persoon met een bepaalde hoedanigheid (aandeelhouder, bestuurder) die beslissingsbevoegdheid meebrengt. De hier bedoelde maatregelen die de besluitvormer treffen, houden hun effectiviteit indien de hoedanigheid overgaat op een ander individu.

68. Deze voorziening betreft niet het stemrecht dat toekomt aan een bepaalde aandeelhouder, maar het stemrecht dat is verbonden aan (bepaalde) aandelen (vgl. nt. 67).

69. Over dit uitgangspunt zie nr. 127.

70. Bijv. OK 20 juli 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BI9172, *ARO* 2007/124. Schorsing van stemrecht is minder verstrekkend dan overdracht ten titel van beheer, als de aandeelhouder nog wel andere aan de aandelen verbonden rechten kan uit te oefenen, zoals het agenderingsrecht en het vergaderrecht. Vgl. de in nr. 152 te noemen beschikking OK 8 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1977, *ARO* 2006/151 (Bonne Route).

zonder concretisering, maar ook voor een bepaalde periode, een bepaalde vergadering of een bepaald besluit. Ook kan een bepaalde vergadering of bepaalde besluitvorming – gedurende een bepaalde periode – worden verboden.

4.7.1 Het schorsen van stemrecht op aandelen

[152] In de zaak Rickley International B.V. had de ene aandeelhouder zijn belang van 70% aangeboden aan de andere aandeelhouder, maar die was (nog) niet op het aanbod ingegaan.⁷¹ De toestand van de vennootschap en de uit die aanbieding voortvloeiende onzekerheid over de besluitvorming door de algemene vergadering van aandeelhouders waren voor de Ondernemingskamer aanleiding om het stemrecht dat was verbonden aan de aangeboden aandelen te schorsen.

In de zaak Inter Access werd een van de aandeelhouders uitgesloten van deelname aan besluitvorming over verhoging van het maatschappelijk kapitaal.⁷² Dat gebeurde in de vorm van schorsing van het stemrecht, verbonden aan de door die aandeelhouder gehouden aandelen, voor de algemene vergadering van aandeelhouders waarvoor die verhoging van het maatschappelijk kapitaal zou worden geagendeerd. Met deze maatregel werd een aandeelhouder die besluitvorming had geblokkeerd buitengesloten, zodat de voorziening in feite de weg vrij maakte voor die besluitvorming.⁷³

In het geval van Bonne Route werd de schorsing van het stemrecht gecombineerd met de tijdelijke ontheffing van de aandeelhouder van haar vergaderrecht.⁷⁴

4.7.2 Het verbod op bepaalde besluitvorming

[153] In het geval van Fortuna Entertainment Group werd het de algemene vergadering van aandeelhouders verboden te stemmen over de goedkeuring van een voorgenomen overnametransactie.⁷⁵ Het betrof een besluit van het bestuur waarvoor op grond van artikel 2:107a BW goedkeuring van de aandeelhouders nodig is.⁷⁶ De voorzieningen waren erop gericht dat (alsnog) toereikende informatie aan de aandeelhouders kon worden verschaft en alsnog op juiste wijze besluitvorming zou plaatsvinden. In het dictum is zeer concreet vermeld dat het gaat om “agendapunt 3” in de vergadering van “26 april 2017”.

71. OK 15 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ9724, *ARO* 2011/97 (Rickley).

72. OK 31 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3680, *ARO* 2010/6 (Inter Access).

73. Tegelijkertijd werd aan het bestuur de bevoegdheid gegeven om, met goedkeuring van de raad van commissarissen, aandelen uit te geven aan een andere aandeelhouder, zonder daartoe strekkend besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders, en met uitsluiting van het voorkeursrecht van de overige aandeelhouders. Zie voor andere gevallen van schorsing van stemrecht Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/772.

74. OK 8 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1977, *ARO* 2006/151 (Bonne Route).

75. OK 24 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1626, *ARO* 2017/92 (Fortuna).

76. De onmiddellijke voorziening greep dus niet aan op de besluitvorming in het bestuur.

HOOFDSTUK 4

Tegelijkertijd werd een commissaris benoemd met exclusieve bevoegdheid om te beslissen over de informatievoorziening aan de aandeelhouders.⁷⁷

Bij Body Control Concepts Holding had de algemene vergadering van aandeelhouders unaniem besloten tot ontslag van een van de bestuurders.⁷⁸ Er was een nieuwe bestuurder benoemd. Nu stuurde een aandeelhouder aan op agendering van het ontslag van die nieuwe bestuurder en benoeming van een nieuw bestuur. De Ondernemingskamer achtte een nieuwe wijziging in het bestuur niet in een belang van (de continuïteit van) de onderneming en verbood de algemene vergadering van aandeelhouders daartoe te besluiten, tenzij unaniem.⁷⁹

[154] De zaak ASMI biedt een voorbeeld van een verbod op bepaalde besluitvorming gedurende een bepaalde periode.⁸⁰ Enkele aandeelhouders hadden gedurende enige tijd met het bestuur en de commissarissen overlegd over de strategie.⁸¹ Op verzoek van een van die aandeelhouders werd het ontslag van de bestuurder en enkele commissarissen alsmede de benoeming van vervangende functionarissen geagendeerd voor de algemene vergadering van aandeelhouders. Voorafgaand aan de vergadering verkreeg Stichting Continuïteit ASMI preferente aandelen.⁸² De aandeelhouder op wiens initiatief de punten waren geagendeerd wilde kunnen vergaderen volgens de oude stemverhouding.⁸³ Men verzocht de Ondernemingskamer om daarop gerichte maatregelen. Het werd de algemene vergadering van aandeelhouders verboden om tijdens de uitgeschreven vergadering besluiten te nemen over het geagendeerde ontslag en de benoeming van bestuurder en commissarissen.⁸⁴ Tegelijkertijd werd ASMI bevolen om op een termijn van uiterlijk acht weken een buitengewone algemene vergadering

77. Dat was meteen de enige taak van deze commissaris, zo blijkt uit het dictum. Het is opmerkelijk dat deze commissaris geen lid werd van de raad van commissarissen (OK 24 april 2017 (Fortuna), r.o. 3.18).

78. OK 14 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8659, *ARO* 2011/158 (Body Control Concepts).

79. Het verbod luidt: “om besluiten te nemen die wijziging brengen in de samenstelling van het bestuur van de vennootschap, behoudens met unanieme stemmen”.

80. OK 20 mei 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BD2197, *ARO* 2008/106; *JOR* 2008/158 (ASMI). Het is de eerste beschikking in die zaak.

81. Zij waren samen goed voor ongeveer 28,5% van de stemrechten.

82. Meer dan 29% van de stemrechten.

83. Alsof Stichting Continuïteit ASMI geen preferente aandelen hield.

84. Overwogen werd dat het overleg tussen aandeelhouders en het bestuur over de koers van de vennootschap niet voldragen was. Tijd en ruimte voor voorgezet overleg waren wenselijk. De beoogde vervanging van bestuurder en commissarissen dreigde dat te doorkruisen. Besluiten tot vervanging moesten daarom voorkomen worden. Anderzijds mocht aan de aandeelhouders niet geruime tijd het recht worden onthouden om besluitvorming door de algemene vergadering van aandeelhouders tot stand te doen brengen. En ze mochten niet in onzekerheid blijven over de gerechtigdheid van Stichting Continuïteit ASMI om in die besluitvorming te participeren.

van aandeelhouders te doen plaatsvinden waarin over die agendapunten zou kunnen worden besloten.⁸⁵

De Ondernemingskamer beschrijft verboden besluitvorming en de periode waarvoor zo'n verbod geldt niet altijd zo concreet als in de beschikking in de zaak ASMI. In de zaak van e-Traction Europe B.V. werd het de algemene vergadering van aandeelhouders verboden "enig besluit te nemen" totdat de Ondernemingskamer zou hebben beslist op een aantal verzoeken, waaronder verzoeken tot het treffen van (andere) onmiddellijke voorzieningen.⁸⁶ Overwogen werd dat het noodzakelijk is "te voorkomen dat zich een situatie kan voordoen die zich niet verdraagt met hetgeen de Ondernemingskamer eerder met betrekking tot onmiddellijke voorzieningen heeft beslist of dienaangaande zal beslissen".⁸⁷ De volgende dag beval de Ondernemingskamer overdracht ten titel van beheer van de aandelen in het kapitaal van e-Traction Europe B.V.⁸⁸

85. De rechter hield de vinger aan de pols: partijen werd opgedragen om halverwege die termijn "mededelingen te doen omtrent de uitkomst van het in de rechtsoverwegingen bedoelde voortgezette overleg", zodat zonodig vóór het verstrijken van de termijn voor de buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders een terechtzitting kon worden gehouden. Het geschil zou door het overleg overigens niet worden opgelost.

86. OK 13 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BG8497, *ARO* 2008/1 (e-Traction). Dit is chronologisch de vierde beschikking in deze zaak. In de eerste beschikking (OK 16 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BG8496, *ARO* 2007/166) en de derde beschikking (OK 5 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BD4242, *ARO* 2007/191, strekkend tot herstel van twee misslagen) was een enquête bevolen bij e-Traction Europe en haar twee dochtervennootschappen, was bij e-Traction Europe een bestuurder benoemd en waren haar drie bestuurders geschorst. De geschorste bestuurders Le Comte en Heinen waren tevens kapitaalverschaffer. Le Comte oefende samen met Heinen het bestuur uit over de vennootschap die de aandelen hield in e-Traction Europe B.V. De door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder had voor een algemene vergadering van aandeelhouders het aantrekken van kapitaal en de vrijwaring ten behoeve van hemzelf geagendeerd. Le Comte verzocht ook het ontslag van Heinen en de derde - geschorste - bestuurder te agenderen en hij dreigde met aansprakelijkstelling van de benoemde bestuurder. Die laatste wilde zijn bestuurderschap slechts voortzetten als de aansprakelijkstelling van tafel zou zijn. Toen hem geen vrijwaring werd gegeven verzocht hij de Ondernemingskamer hem van zijn functie te ontheffen. De verzoekers tot enquête (werknemers aan wie op de voet art. 2:346 sub c (oud) BW de enquêtebevoegdheid was verleend; vgl. 2.5.2.) verzochten daarop om bij wijze van onmiddellijke voorziening te bepalen dat alle betrokken partijen de benoemde bestuurder moesten vrijwaren. Heinen en de derde geschorste bestuurder verzochten om een verbod om de vergadering te houden op de geplande datum, overdracht ten titel van beheer van de aandelen in e-Traction Europe en, in afwachting van die overdracht, een verbod op het uitoefenen van het stemrecht op die aandelen. De verzoeken werden behandeld op de dag van de algemene vergadering van aandeelhouders, voorafgaand aan die vergadering. De Ondernemingskamer deed onmiddellijk uitspraak.

87. Deze beschikking is gegeven voordat het uitgangspunt werd, dat de beschikking waarin de rechter overdracht ten titel van beheer uitspreekt, de aandelen doet overgaan. Zie 4.6.

88. OK 14 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC4577, *ARO* 2008/2 (e-Traction). De overwegingen behelzen dat de conflicten tussen Le Comte enerzijds en de andere kapitaalverschaffers anderzijds zich zullen manifesteren in de aandeelhoudster (r.o. 3.15). Het verzoek, gericht op vrijwaring van de benoemde bestuurder van aansprakelijkstellingen, is niet

HOOFDSTUK 4

Een tijdelijk verbod op besluitvorming kan meebrengen dat een bepaald besluit de facto niet meer genomen kan worden. Bijvoorbeeld: besluitvorming over een overname zal niet altijd uitgesteld kunnen worden. In zo'n geval heeft een tijdelijk verbod op besluitvorming het onomkeerbare gevolg dat de overname niet plaatsvindt.⁸⁹

4.8 Ingrepen na besluitvorming

[155] Indien voltooide besluitvorming aan de rechter wordt voorgelegd, komt het voor dat de rechter een stokje steekt voor uitvoering van het besluit. Het zijn relatief zeldzame beslissingen. Ingrepen na besluitvorming zijn voor het onderhavige onderzoek een interessante categorie. Als de gewraakte besluitvorming heeft geleid tot contractuele verplichtingen van de rechtspersoon, kan de onmiddellijke voorziening in conflict komen met zo'n verplichting.

Een besluit van een algemene vergadering van aandeelhouders werd geschorst in de zaak Skygate.⁹⁰ Het besluit strekte tot uitgifte van aandelen in het kapitaal van de holding ter financiering van werkmaatschappij Skygate B.V., waarvan de holding 90% van de aandelen hield. De Ondernemingskamer overwoog dat onvoldoende zeker was of het besluit rechtsgeldig tot stand was gekomen en of de ene aandeelhouder wel bereid en in staat was om in de financieringsbehoefte te voorzien op de wijze als in het besluit was neergelegd. Het besluit werd geschorst “voor zover moet worden aangenomen dat het besluit rechtsgeldig tot stand is gekomen”.⁹¹

Bij Micam ging het om een besluit van de prioriteitsaandeelhouders. Micam hield alle aandelen in Akkerbouw. De vergadering van prioriteitsaandeelhouders van Micam, bestaande uit vier broers, besloot tot goedkeuring van de verkoop van die aandelen, met een stem tegen. In het bestuur van Micam had nog geen besluitvorming plaatsgevonden. De Ondernemingskamer schorste het goedkeuringsbesluit van de prioriteitsaandeelhouders en verbood de beide vennootschappen iedere verdere (uitvoering van) besluitvorming over verkoop van aandelen of de onderneming.⁹²

toewijsbaar “omdat de gevraagde voorzieningen niet naar haar aard als voorlopig kunnen worden aangemerkt en een voorziening niet kan worden getroffen met bindend effect jegens niet in het geding betrokken derden”. De Ondernemingskamer beëindigde de benoeming van benoemde bestuurder en, om te voorkomen dat de vennootschap zonder bestuurder zou zijn, de schorsing van bestuurder Heinen.

89. Zie over onomkeerbare gevolgen van onmiddellijke voorzieningen 3.11.

90. OK 27 januari 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AG3812 (Skygate).

91. De Hoge Raad spreekt over schorsing van het besluit en in de literatuur wordt de beslissing van de Ondernemingskamer ook zo aangeduid, HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (Skygate). Het dictum van de Ondernemingskamer luidt: “schorst ... de uitvoering van het besluit”.

92. OK 22 juni 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BG9334, *ARO* 2007/102.

Ook een besluit van het bestuur van een rechtspersoon kan geschorst worden. Dat kan natuurlijk slechts effect hebben als het besluit nog niet is uitgevoerd. Zo'n besluit wordt soms echter pas door (een begin van) uitvoering ervan kenbaar voor degenen die niet tot het besluitvormende orgaan behoren. Zo'n partij verzoekt wel eens de (verdere) uitvoering van een besluit te verbieden. In de zaak HBG werd verzocht om bij wijze van onmiddellijke voorziening een besluit van HBG tot het aangaan van een samenwerkingsovereenkomst te vernietigen, dan wel de verdere uitvoering van dat besluit te schorsen.⁹³ Het besluit was in zoverre al uitgevoerd, dat de overeenkomst was aangegaan. Het dictum luidt "Verbiedt bij wijze van onmiddellijke voorziening en voor de duur van het geding HBG aan de aangegane joint venture/samenwerking (verder) uitvoering te geven".⁹⁴ Het uitvoeren van de overeenkomst die ter uitvoering van het besluit was aangegaan werd dus verboden.

4.9 Het buiten werking stellen van statutaire bepalingen

[156] Het tijdelijk buiten werking stellen van statutaire bepalingen levert een gevarieerde verzameling onmiddellijke voorzieningen op. Met dit type maatregelen kunnen bevoegdheden tijdelijk worden ontnomen en kan besluitvorming mogelijk worden gemaakt of juist worden geblokkeerd. Deze voorzieningen worden hier in een afzonderlijke paragraaf samengebracht. Daarbij is meer gelet op hun gezamenlijke verschijningsvorm, namelijk die van een ingreep in de statutaire bepalingen, dan op het effect dat ze sorteren, de ene keer primair de bevoegdheden rakend en de andere keer voornamelijk de besluitvorming.

93. OK 4 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AB2476 (HBG). Deze zaak wordt in hfdst. 8 ook besproken. Daarom volgt hier een wat uitvoeriger weergave van de casus. HBG ontplooidde bouwactiviteiten en, in haar dochtervennootschap HAM, baggeractiviteiten. Fusiebesprekingen met Boskalis waren beëindigd zonder fusie. Daarna bracht Boskalis een bod uit op de aandelen in HBG's dochtervennootschap HAM. De algemene vergadering van aandeelhouders van HBG voelde voor het bod, maar HBG wilde zich concentreren op bundeling van de activiteiten van HAM met die van Ballast Nedam. Sommige aandeelhouders van HBG hadden daar ernstige bedenkingen tegen. Heijmans wilde haar bouwactiviteiten samenvoegen van met die van HBG, maar wilde pas een definitief bod uitbrengen als vaststond Boskalis HAM van HBG zou overnemen. HBG, HAM en Ballast Nedam gingen een samenwerkingsovereenkomst aan. Die hield in dat Ballast Nedam haar baggeractiviteiten zou inbrengen in HAM tegen uitgifte aan Ballast Nedam van aandelen in het kapitaal van HAM. Heijmans en Boskalis stonden daarmee buitenspel. Op dat punt van de overnamestrijd werd de Ondernemingskamer geadieerd door een aantal aandeelhouders van HBG (vgl. nt. 10 bij 1.1). Een enquête werd gelast. De Ondernemingskamer oordeelde dat HBG de algemene vergadering van aandeelhouders onvoldoende inzicht had gegeven in de beweegredenen voor en onvoldoende had betrokken in de besluitvorming die leidde tot de samenwerkingsovereenkomst met Ballast Nedam en zij plaatste vraagtekens bij de inhoud van het besluit.

94. Overwogen werd dat indien in de tweede fase wanbeleid van HBG vastgesteld zou worden, dat waarschijnlijk geen gevolgen meer zou kunnen hebben als de afspraken tot samenwerking intussen in daden waren omgezet. Zie over de onmiddellijke voorziening ook 8.5.3.

HOOFDSTUK 4

[157] Indien de Ondernemingskamer aan door haar benoemde functionarissen bepaalde bevoegdheden toebedeelt, kan dat gepaard gaan met het buiten werking stellen van statutaire bepalingen. Dat gebeurde bij *Rokin87 B.V.*⁹⁵ De statuten hielden in dat voor een aantal bestuursbesluiten de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders nodig was. De Ondernemingskamer schorste de bestuurder, benoemde een ander tot bestuurder en creëerde armslag voor deze functionaris door het statutaire goedkeuringsrecht van de algemene vergadering van aandeelhouders tijdelijk buiten werking te stellen.

Ook in de zaak *Slotervaartziekenhuis* werd een voorziening getroffen met het oog op noodzakelijke adequate besluitvorming door de tijdelijke bestuurder. Deze door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder stond voor de keuze om een, al voor de enquêteprocedure gesloten, koopovereenkomst gestand te doen of te ontbinden. De Ondernemingskamer kon in (het betreffende stadium van) de enquêteprocedure niet vaststellen of daarbij toestemming of een ander besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders (wettelijk of statutair) vereist was. Voor zover dat vereiste bestond, werd het bij wijze van onmiddellijke voorziening buiten werking gesteld.⁹⁶

[158] In de zaak *MKA-chirurgen* werden de onmiddellijke voorzieningen getroffen om de verstoorde samenwerkingsrelatie tussen de vennootschap en een ziekenhuis te normaliseren en de interne verhoudingen te reguleren.⁹⁷ Binnen de vennootschap was ernstige ruzie ontstaan tussen enerzijds twee aandeelhouders, tevens bestuurders, en anderzijds de derde aandeelhouder, tevens bestuurder. Constructieve besluitvorming bleek niet mogelijk.⁹⁸ Er werd een bestuurder met beslissende stem benoemd, zonder wie *MKA-chirurgen* niet vertegenwoordigd kon worden. Verder werd bepaald, in afwijking van de statuten, dat alleen het bestuur beslist over het bijeenroepen van een algemene vergadering van aandeelhouders en de agenda kan bepalen.⁹⁹ Dat kon dus niet zonder medewerking van de benoemde bestuurder.

95. OK 5 augustus 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BH0011, *ARO* 2008/133 (*Rokin87*).

96. OK 11 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4525, *ARO* 2014/5 (*Slotervaartziekenhuis*). Vijfde beschikking in deze zaak. Zie ook nr. 265. De zaak staat ook bekend onder de namen van de vennootschappen die voorwerp van de enquête waren, *Jeemer B.V.* en *Meromi B.V.*

97. OK 23 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4490, *ARO* 2018/13 (*MKA-chirurgen*), r.o. 3.7.

98. Omdat de zeggenschap gelijk verdeeld was, elk hield een derde, zouden de twee aandeelhouders ontslag van de derde als bestuurder kunnen bewerkstelligen. Dat werd in dit geval in het belang van de vennootschap niet voldoende geacht.

99. In het dictum zijn statutaire artikelen met nummer vermeld. Wat die precies inhouden staat niet in de beschikking. Het lijkt erop dat hier een bevoegdheid, die in de statuten aan enig orgaan of persoon was toegekend, is overgeheveld naar de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder.

[159] Tot slot is hier een voorbeeld van het buiten werking stellen van een statutaire bepaling met terugwerkende kracht. Over een samenwerkingsovereenkomst van een dochtervennootschap van Case Packing Sales Europe B.V. was een geschil met de samenwerkingspartner ontstaan.¹⁰⁰ De aandelen waren verdeeld over een vader en zijn drie kinderen. De vader (en de moeder) en een van de kinderen (samen goed voor meer dan de helft van stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders) hadden een vertegenwoordiger van de samenwerkingspartner bij schriftelijke onherroepelijke volmacht gemachtigd om namens hen in een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders te stemmen over overgang van hun stemrecht op de samenwerkingspartner en over benoeming van aan de samenwerkingspartner gelieerde personen tot gevolmachtigde bestuurders van Case Packing Sales Europe B.V. De vader (en de moeder) riepen later de nietigheid van de volmacht in. De Ondernemingskamer betwijfelde of alle volmachtgevers zich de strekking van hun handelen hadden gerealiseerd en constateerde dat over de geldigheid, de omvang en de strekking van de volmacht verschillen van mening bestonden. Daardoor moest gevreesd worden voor ernstige conflicten in de algemene vergadering van aandeelhouders indien de gevolmachtigde daaraan zou deelnemen. Bij wijze van onmiddellijke voorziening werd de statutaire bepaling, die inhield dat een aandeelhouder bij schriftelijk gevolmachtigde de algemene vergadering van aandeelhouders kan bijwonen en daarin het woord kan voeren, buiten werking gesteld, met terugwerkende kracht tot vóór de datum waarop de volmacht was verleend.¹⁰¹

4.10 Samenvatting en conclusie

[160] In dit hoofdstuk is nagegaan hoe de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen in de praktijk wordt gebruikt en welke effecten voor de rechtspersoon met de maatregelen wordt beoogd. Daartoe is een blik geworpen op concrete onmiddellijke voorzieningen, hun verschijningsvormen en de omstandigheden waarin de rechter heeft gekozen voor juist die specifieke maatregel.

De praktijk laat een grote verscheidenheid aan onmiddellijke voorzieningen zien (4.2). In dit hoofdstuk is een indeling gehanteerd in maatregelen die betrekking hebben op de samenstelling van organen, maatregelen die een herverdeling

100. OK 29 augustus 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG8178, ARO 2002/151 (Case Packing).

101. Daarnaast werd, voor zover moest worden aangenomen dat de volmachtsakte (toch) rechtseffect zou hebben, de daarin neergelegde volmacht geschorst. En het daaruit voor de gevolmachtigde voortvloeiende recht om aan de algemene vergadering van aandeelhouders deel te nemen, daarin het woord te voeren en een stem uit te brengen, werd geschorst. Zo werd aan aandeelhouders de bevoegdheid ontnomen om een 'vergader- en stemvolmacht' te verlenen en tegelijkertijd werd hun bevoegdheid om zelf hun vergader- en stemrechten uit te oefenen hersteld.

HOOFDSTUK 4

van bevoegdheden bewerkstelligen en maatregelen die ingrijpen in de besluitvorming.

De eerste categorie wordt relatief frequent toegepast (4.3-4.5). De rechter schorst bestuurders onder meer om duidelijkheid te scheppen over de samenstelling van het bestuur en om een impasse te doorbreken of te voorkomen (4.3). Gewezen is alvast op het verschijnsel dat soms wordt bepaald dat een geschorste bestuurder geen aanspraak heeft op bezoldiging tijdens de schorsing.¹⁰² Bestuurders worden benoemd bij ontstentenis van een bestuur, maar ook om het hoofd te bieden aan een impasse (4.3). Het schorsen en het benoemen van een commissaris kan zijn ingegeven door de wenselijkheid van toezicht op het bestuur, al dan niet in het belang van (minderheids)aandeelhouders (4.4). Ook leden van andere organen kunnen bij wijze van onmiddellijke voorziening worden geschorst en benoemd (4.5).

In de tweede categorie, die van de maatregelen die een verschuiving van bevoegdheden teweegbrengen, valt de overdracht van aandelen ten titel van beheer (4.6). Met die voorziening worden aandeelhoudersbevoegdheden in handen van een beheerder gelegd. Dit type voorziening dient ter doorbreking van impasses, tot herstel van de mogelijkheid tot besluitvorming of ter voorkoming van ongewenste besluitvorming. Soms wordt een afzonderlijke beheerder benoemd, maar de aandelen ook wel worden overgedragen aan een door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder of commissaris.

Ingrepen in de besluitvorming, de derde categorie, zijn geschetst in 4.7. Er is een onderscheid gemaakt in maatregelen die gericht zijn op de deelnemer aan de besluitvorming en maatregelen die zich concentreren op de besluiten. In 4.8 is gebleken dat een onmiddellijke voorziening nadat besluitvorming is voltooid niet als mosterd na de maaltijd hoeft te komen. Dan wordt een besluit van een algemene vergadering van aandeelhouders of een bestuur geschorst en wordt verboden uitvoering te geven aan een besluit. Het zijn voorzieningen die sporadisch worden getroffen. Voor het onderhavige onderzoek zijn ze interessant als het verboden besluit heeft geresulteerd in een contractuele verplichting van de rechtspersoon.

[161] Buiten de indeling in drie categorieën om is in 4.9 het buiten werking stellen van een statutaire bepaling besproken. Dit type maatregelen biedt een veelheid aan mogelijkheden om in te grijpen in de wijze waarop organen tot besluitvorming kunnen komen en om bevoegdheden te ontnemen, te creëren of te herverdelen. De slagvaardigheid van de benoemde bestuurder kan worden bevorderd en aan de bevoegdheid van een aandeelhouder om een vergader- en stemvolmacht te verlenen kan worden getornd.

Een aantal van de beschreven casus illustreert dat regelmatig meer onmiddellijke voorzieningen tegelijkertijd worden getroffen en dat vaak sprake is van samenhang tussen die voorzieningen. Gebleken is dat de Ondernemingskamer de

102. Daar wordt in hfdst. 9 dieper op ingegaan.

CONCRETE ONMIDDELLIJKE VOORZIENINGEN EN HUN EFFECTEN

door haar benoemde functionarissen weleens suggesties meegeeft voor de vervulling en de reikwijdte van hun taak. Er is aandacht geschonken aan elementen van de rechterlijke beslissing die niet in het dictum van de beschikking terecht komen en aan de bewoordingen waarmee de onmiddellijke voorziening in het dictum wordt weergegeven. Dat de ene keer alle zeggenschapsrechten aan de aandeelhouder worden ontnomen, de andere keer alleen zijn stemrecht wordt geschorst, en de volgende keer het stemmen over een bepaald besluit wordt verboden, illustreert dat differentiatie mogelijk is bij het treffen van voorzieningen. De Ondernemingskamer kan de maatregel vaak nauwkeurig toesnijden op de situatie, en soms kiezen uit verschillende maatregelen. Als van een beoogde onmiddellijke voorziening, die conflicteert met een contractuele verplichting van de rechtspersoon, nadelige effecten voor de rechtspersoon (en andere partijen) verwacht worden, kan die speelruimte worden gebruikt om het nadeel tot een minimum te beperken.

Hoofdstuk 5. Doorwerking van onmiddellijke voorzieningen in contractuele rechtsverhoudingen van de rechtspersoon; formele aspecten

5.1 Inleiding

[162] Volgens vaste jurisprudentie kan met een onmiddellijke voorziening tijdelijk inbreuk gemaakt worden op geldende rechtsverhoudingen binnen de rechtspersoon.¹ De werking van een onmiddellijke voorziening strekt zich soms uit tot externe rechtsverhoudingen van de rechtspersoon.² Dat doet zich onder meer voor als met de onmiddellijke voorziening niet te verenigen valt dat de rechtspersoon een verbintenis uit een overeenkomst nakomt.³ In het derde scenario heeft de onmiddellijke voorziening dan tot neveneffect dat op een contractuele verhouding inbreuk wordt gemaakt of dreigt te worden gemaakt.⁴ Wat is dan de rechtspositie van die wederpartij?⁵ Kan hij zijn rechten met succes in rechte inroepen?⁶ Is er een rangorde tussen rechtsplichten uit de onmiddellijke voorziening en de contractuele verplichtingen van de rechtspersoon, in de zin

-
1. HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (Skygate) en HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4888, *ARO* 2007/155 (Versatel II). In 3.10-3.13 is besproken hoe ver de onmiddellijke voorziening mag strekken. Interne rechtsverhoudingen zijn de rechtsverhoudingen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken. Ze worden beheerst door de gedragsregel van art. 2:8 lid 1 BW. Zie nr. 37. Over de kring van art. 2:8 lid 1 BW zie nr. 50-51.
 2. Externe rechtsverhoudingen hebben geen betrekking op de rechtspersoonlijke inrichting en de interne organisatie van de rechtspersoon, zie nr. 37.
 3. Een contractuele verhouding van de rechtspersoon is een externe verhouding, zie nr. 38. Externe partijen kunnen ook anderszins te maken krijgen met de gevolgen van onmiddellijke voorzieningen, maar die krijgen in dit onderzoek nauwelijks aandacht.
 4. De invloed van een voorziening op een externe verhouding is niet altijd een inbreuk (nr. 40). In 1.2 zijn drie scenario's beschreven voor de rechtstoestand die zou kunnen optreden als een onmiddellijke voorziening en een contractuele verplichting botsen. Ten eerste: de onmiddellijke voorziening heeft geen effect. Ten tweede: de contractuele verplichting hoeft niet te worden nagekomen (dan wordt de wederpartij geconfronteerd met dat rechtsgevolg). Ten derde: de rechtspersoon heeft ten gevolge van de effectieve voorziening een probleem omdat hij de contractuele verplichting niet kan nakomen. Zie ook 1.3. Het uitgangspunt in dit onderzoek is dat het derde scenario vigeert, zodat de Ondernemingskamer inzicht in de rechtspositie van de wederpartij behoeft.
 5. Onderzoeksvraag a.
 6. Vgl. onderzoeksvraag b.

dat een van de twee voor gaat?⁷ Elke onmiddellijke voorziening is de vrucht van een rechterlijke beslissing. Die ontstaanswijze zou consequenties kunnen hebben voor een rangorde. Wellicht kunnen aanwijzingen van de wetgever licht op het vraagstuk werpen. Dit hoofdstuk staat in het teken van dat ‘formele perspectief’.

5.2 Het bindend karakter van rechterlijke uitspraken; het gezag van gewijsde

[163] Een rechterlijke uitspraak bindt alleen de partijen in het geding. Dat is een beginsel van het burgerlijk procesrecht.⁸ De bindende kracht van een uitspraak, aangeduid met ‘het gezag van gewijsde’, wordt geregeld in artikel 236 Rv.⁹ De bepaling houdt in dat rechterlijke beslissingen over een rechtsbetrekking tussen partijen, die partijen binden en tussen hen vast staan in latere procedures. Beukers zet uit een dat zonder het leerstuk gezag van gewijsde geschilpunten niet blijvend beslecht kunnen worden, zodat procederen zinloos zou zijn.¹⁰

Het gezag van gewijsde geldt tussen dezelfde partijen.¹¹ In beginsel kunnen anderen zich er niet op beroepen, dat stuit af op het beginsel van hoor en wederhoor.¹² Procespartijen kunnen de rechterlijke beslissing over hun rechten en plichten beïnvloeden, doordat zij hun standpunten daaromtrent aan de rechter kunnen voorleggen. Degenen die niet in de procedure zijn betrokken kunnen dat niet, zodat de rechter geen rekening kan houden met hun rechten en belangen.¹³ Aan een partij die geen invloed heeft kunnen hebben in het debat dat aan de beslissing vooraf is gegaan, hoort de beslissing daarom niet te kunnen worden tegengeworpen. Ook het belang van een goede procesorde is niet voldoende om een beslissing gezag van gewijsde toe te kennen tegenover partijen die niet betrokken waren in de procedure waarin die beslissing tot stand kwam.¹⁴

-
7. Vgl. onderzoeksvraag f. In 1.3 is vermeld dat de vraag naar voorrang (het eerste en het tweede scenario) wordt onderzocht om te kunnen concluderen dat het derde scenario geldend recht is.
 8. Het enquêterecht – geregeld in Boek 2 BW – is onderdeel van het burgerlijk recht.
 9. Gezag van gewijsde moet niet worden verward met ‘kracht van gewijsde’. Met dat laatste wordt aangeduid dat tegen een rechterlijke beslissing geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat. Zie over het moment waarop een uitspraak kracht van gewijsde krijgt: Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/115. Een beslissing moet in kracht van gewijsde zijn gegaan om gezag van gewijsde te kunnen hebben (art. 236 Rv). Uitvoeriger: Beukers 1994, 3.3.
 10. Beukers 1994, 2.2.
 11. Onder ‘dezelfde partijen’ zijn begrepen de rechtverkrijgenden onder algemene of bijzondere titel (art. 236 lid 2 Rv).
 12. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/150. In 5.6 komen andere vormen van binding aan de orde, waarmee andere partijen wel te maken kunnen krijgen.
 13. Lindijer 2006, 83.
 14. Van der Wiel, *NJB* 2011/671 en Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/150.

Beslissingen over ‘een rechtsbetrekking tussen partijen’ zijn beslissingen over geschilpunten omtrent de rechten en verplichtingen die partijen ten opzichte van elkaar hebben.¹⁵ Ieder van hen kan zich in volgende procedures met succes er op beroepen, dat een dergelijk geschilpunt al tussen hen beslecht is en niet opnieuw ter discussie kan staan. Dat beroep kan ook succes hebben als niet precies hetzelfde wordt gevorderd; van belang is dat een rechter over de in wezen zelfde rechtsbetrekking heeft beslist.¹⁶ Als tussen dezelfde partijen in een latere procedure een andere feitelijke grondslag of een andere rechtsbetrekking aan de orde komt, is het gezag van gewijsde niet van toepassing.¹⁷ De beslissingen hoeven niet in het dictum te staan om gezag van gewijsde te hebben; aan dragende overwegingen komt eveneens bindende kracht toe.¹⁸

[164] Partijen kunnen niet altijd met succes een beroep doen op het gezag van gewijsde van beslissingen die in een eerder geding tussen hen zijn genomen. Rechterlijke beslissingen die naar hun aard voorlopig zijn, zoals beslissingen in kort geding, hebben geen gezag van gewijsde.¹⁹ Zulke beslissingen houden op z’n hoogst een voorlopig oordeel in over de rechtsbetrekking tussen partijen en behelzen geen definitieve beoordeling van de rechtsbetrekking in geschil.²⁰ Sommige beslissingen krijgen op enig moment een definitief karakter, maar worden aanvankelijk als ‘voorlopig’ of ‘voorschandse’ aangemerkt. Zij ontberen bindende kracht zolang hun voorlopige of voorschandse status duurt. Aan beslissingen ten overvloede komt evenmin gezag van gewijsde toe. Andere beslissingen zonder gezag van gewijsde zijn beslissingen waarin alleen een rechtsregel wordt geformuleerd en beslissingen van zuiver feitelijke aard.²¹ Verder verdraagt de aard van sommige procedures en van sommige rechtsbetrekkingen zich maar in beperkte mate met een beroep op het gezag van gewijsde van beslissingen.²²

15. Lindijer wijst er op dat er geen beslissing over de rechtsbetrekking in geschil is gegeven, als de eerdere uitspraak geen beoordeling ten gronde inhoudt (Lindijer 2006, 76).

16. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/147.

17. Beukers onderscheidt tussen nieuwe vorderingen gericht op hetzelfde rechtsgevolg en nieuwe vorderingen gericht op een ander rechtsgevolg (Beukers 1994, 4.2).

18. R.L. Bakels, in: Jongbloed & Ernes, *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht* 2014/11.14. Zie uitvoeriger over beslissingen waaraan wel en beslissingen waaraan geen gezag van gewijsde toekomt: Beukers 1994, hfdst 4.

19. HR 16 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1583, *NJ* 1995/213.

20. Lindijer 2006, 76.

21. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/148. In 5.6 komt de invloed van beslissingen die zuivere rechtsoordelen inhouden kort aan de orde.

22. Bijv. de procedure bedoeld in art. 7:685 BW.

[165] Artikel 236 Rv gaat over vonnissen, maar analogische toepassing op beschikkingen is onder omstandigheden mogelijk.²³ Er zijn verschillende situaties waarin het gezag van gewijsde een rol kan spelen in verband met beschikkingen.²⁴ In het kader van dit onderzoek is de situatie interessant waarin de rechtspersoon in een contradictoire procedure over zijn contractuele verplichting, een beroep doet op het gezag van gewijsde van een beslissing die in een beschikking (door de Ondernemingskamer) is gegeven.²⁵

De eerdere beslissing, waarvan het gezag van gewijsde wordt ingeroepen, moet vanzelfsprekend betrekking hebben op de rechtsbetrekking in geschil tussen partijen.²⁶ Lindijer merkt op dat de toepasbaarheid van het gezag van gewijsde hiervan afhangt.²⁷ Beukers laat zien dat in sommige verzoekschrift-procedures de verzochte maatregel gericht is op het belang van een ander rechtssubject dan van de twistende partijen.²⁸ Dan beslist de rechter niet over een rechtsbetrekking tussen partijen.

Analogische toepassing op beschikkingen is mogelijk als de beoordeling plaatsvindt op basis van een aan bodemprocedures eigen feitenonderzoek. En partijen moeten vrijelijk kunnen beschikken over rechtsgevolgen, anders ontbreekt de in artikel 236 Rv verdisconteerde partijautonomie.²⁹

Asser legt een verband tussen de bindende kracht van een beslissing en de procedure die tot de beslissing heeft geleid. Om gezag van gewijsde te kunnen hebben, moet de beslissing de vrucht zijn van een behoorlijke procesvoering die gericht was op het verkrijgen van een definitief oordeel over de rechtsbetrekking in geschil.³⁰ Hij wijst er op dat beslissingen in rekestprocedures niet steeds aan die omschrijving voldoen; ze komen soms tot stand

23. Volgens vaste rechtspraak, zie bijv. concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2017:1089 bij HR 22 december 2017, *NJ* 2018/276, nr. 2.11.

24. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/155. Ten eerste als in een verzoekprocedure het gezag van gewijsde wordt ingeroepen van een beslissing die in een vonnis is gegeven. In 6.3 wordt enige aandacht besteed aan de situatie waarin de gewone burgerlijke rechter al over de contractuele verplichting heeft geoordeeld voordat bij beschikking over een onmiddellijke voorziening wordt beslist. Voor het overige is die volgorde van beslissingen voor dit onderzoek niet bijzonder interessant. Ten tweede de situatie waarin in een verzoekprocedure een beroep wordt gedaan op het gezag van gewijsde van een beslissing in een beschikking. Deze situatie doet zich in het kader van het onderhavige onderzoek niet voor. Het gaat hier over een derde situatie.

25. De gewone burgerlijke rechter oordeelt in een contradictoire procedure over de contractuele verplichting van de rechtspersoon (zie hfdst. 6). Hij stelt de rechtspositie van de wederpartij vast (vgl. onderzoeksvraag a, 1.3). De procedure die tot een onmiddellijke voorziening leidt is een rekestprocedure. Over het beroep op het gezag van gewijsde van een onmiddellijke voorziening gaan 5.4 en 5.5.

26. En ze moet kracht van gewijsde hebben.

27. Lindijer 2006, 76.

28. Zij geeft het voorbeeld van zaken van ouderlijke macht en voogdij (Beukers 1994, 3.5.2).

29. Schaafsma-Beversluis, in *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, titel 3 Rv, aant. 20 (online bijgewerkt t/m 20 oktober 2014).

30. Asser 1997, p. 57 e.v.

met weinig procedurele waarborgen.³¹ Ook Beukers ziet een relatie tussen de beperkte toepasbaarheid van het gezag van gewijsde op beschikkingen en de geringere waarborgen in de procedures die leiden tot beschikkingen.³² Zij wijst op waarborgen met betrekking tot het toelichten van partijstandpunten, het processuele debat, rechtsmiddelen en bewijs.

Ook beslissingen in verstekvonnissen kunnen gezag van gewijsde hebben. Van Schaick meent dat er niet noodzakelijkerwijs een debat aan de beslissing vooraf hoeft te gaan.³³ Hij neemt aan, dat het gezag van gewijsde van beschikkingen niet alleen geldt voor de partijen in de rekestprocedure, maar ook voor belanghebbenden die zijn opgeroepen maar niet verschenen.³⁴

[166] Cruciaal voor het toekennen van gezag van gewijsde aan een beslissing blijkt steeds het volgende. Om een partij het gezag van gewijsde van een beslissing met succes te kunnen tegenwerpen, is vereist dat die partij behoorlijk de gelegenheid heeft gekregen om zijn standpunt naar voren te brengen bij het tot stand komen van die beslissing.³⁵ Niet doorslaggevend is of die partij die mogelijkheid heeft gebruikt. Mij lijkt daarom de behoorlijke oproeping van belanghebbenden een wezenlijke voorwaarde om hen te kunnen confronteren met het gezag van gewijsde van een beslissing.

5.3 De toepasselijkheid van het gezag van gewijsde in de enquêteprocedure

[167] De Hoge Raad heeft in de zaak Ogem geoordeeld over het bindend karakter van de vaststelling door de Ondernemingskamer dat van wanbeleid is gebleken.³⁶ Het oordeel houdt in dat partijen, die in de enquêteprocedure zijn verschenen en – kort gezegd – zich hebben uitgelaten over een verzoek tot

31. Ze hebben ook niet altijd betrekking op ‘een rechtsbetrekking in geschil’. Zie over de (procedurele waarborgen in de) enquêteprocedure 2.4. Zie 3.8 en 3.10-3.13 over de bijzonderheden van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, die samenhangen met het karakter van (spoedeisende) ordemaatregel.

32. Beukers 1994, 3.5.2.

33. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/149.

34. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/155. Dat zou een consequentie zijn van behoorlijke oproeping die in het nadeel van de belanghebbende kan werken. Voor een gevolg van niet-deugdelijke oproeping waartegen de belanghebbende beschermd wordt, zie HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1279, ARO 2019/127 (Xeikon), aangehaald in nt. 65 bij 5.5. Voor oproeping van belanghebbenden: art. 30j lid 2 Rv.

35. Van der Wiel noemt dit een rechtvaardiging van de binding van partijen (Van der Wiel, *NJB* 2011/671).

36. HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1233 (Ogem), r.o. 5.

het vaststellen van wanbeleid, aan die vaststelling gebonden zijn.³⁷ Dit oordeel leidde tot de veronderstelling, dat aan de feiten die de Ondernemingskamer in de tweede fase vaststelt en aan het op grond van die feiten geconstateerde wanbeleid gezag van gewijsde toekomt in andere procedures.³⁸ Bij die andere procedures werd in het bijzonder gedacht aan individuele contradictoire aansprakelijkheidsprocedures tegen leden van organen van de rechtspersoon. In de zaak Laurus werd een en ander verduidelijkt.³⁹ De vaststelling dat van wanbeleid is gebleken bindt weliswaar degenen die in de tweede fase zijn verschenen, maar die vaststelling impliceert niet de persoonlijke aansprakelijkheid van de leden van de betrokken organen. De door de Ondernemingskamer vastgestelde feiten staan in een aansprakelijkheidsprocedure niet op voorhand vast tussen de partijen die in de tweede fase van de enquêteprocedure zijn verschenen.⁴⁰

Geconcludeerd kan worden dat het gezag van gewijsde in de tweede fase beperkt is tot het oordeel dat van wanbeleid is gebleken en dat de overwegingen van de Ondernemingskamer niet (zonder meer) gezag van gewijsde hebben. Over de toepasselijkheid van het gezag van gewijsde in de eerste fase van de enquêteprocedure is daarmee overigens geen uitsluitel gegeven.

5.4 De toepasselijkheid van het gezag van gewijsde op beslissingen tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen

[168] Het is maar zeer de vraag of en in hoeverre een beslissing over een onmiddellijke voorziening gezag van gewijsde kan hebben. De procedure die tot een onmiddellijke voorziening leidt, lijkt niet te voldoen aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van het gezag van gewijsde.⁴¹ Die voorwaarden zijn onder meer dat de beslissing voortvloeit uit een behoorlijke procesvoering, die gekenmerkt wordt door partijautonomie, ruimte biedt voor feitenonderzoek, en gericht is op het verkrijgen van een definitief oordeel over

37. Die partijen hebben de gelegenheid benut om invloed uit te oefenen op de beslissing door hun standpunt naar voren te brengen, vgl. nr. 163. Vgl. ook nr. 165. Voor de enquêteprocedure zie 2.4.

38. J.M.M. Maeijer, annotatie bij HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466 (Ogem). Hij werpt tegen de veronderstelde uitleg bezwaren op.

39. HR 8 april 2005, *ECLI:NL:HR:2005:AS5010*, *ARO* 2005/68 (Laurus), r.o. 3.8. De overweging betreft het recht op bewijslevering.

40. Zie uitvoerder over de uitspraken van de Hoge Raad inzake Ogem en Laurus: Wezeman 2010.

41. Zie voor de procedure 2.7, 3.2, 3.3, 3.9 en 3.10.

een rechtsbetrekking in geschil.⁴² De onmiddellijke voorziening daarentegen vloeit voort uit een kortgedingachtige procedure, met beperkingen van de procedurele waarborgen, vergelijkbaar met de beperkingen in het kort geding.⁴³ In de enquêteprocedure is er slechts één feitelijke instantie en voor bewijslevering is de facto nauwelijks ruimte.⁴⁴ Of het element partijautonomie voldoende uit de verf komt is twijfelachtig.⁴⁵ In het enquêterecht staat het belang van de rechtspersoon voorop. Ter bevordering van dat belang heeft de rechter beslissingsruimte, die ten koste kan gaan van de partijautonomie.⁴⁶ Het primaat van het belang van de rechtspersoon brengt mee dat (het verzoek om) een onmiddellijke voorziening primair dat belang betreft. De beslissing hoeft geen oordeel in te houden over een ‘rechtsbetrekking in geschil’ tussen de partijen in de enquêteprocedure.⁴⁷

De procedure mondt uit in een ordemaatregel, die wordt getroffen in afwachting van de uitslag van het onderzoek.⁴⁸ De beslissingen over onmiddellijke voorzieningen zijn vaak sterk verweven met de oordelen over de gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid van de rechtspersoon. Die oordelen zijn geen voorlopige oordelen die pas in een latere procedure definitief (kunnen) worden. Het oordeel op zichzelf kan niet later ter discussie worden gesteld.⁴⁹ In strikt procedurele zin zijn het definitieve oordelen.⁵⁰ Toch betwijfel ik of het voor de hand ligt deze een definitief karakter toe te dichten zoals hiervoor in 5.2 is bedoeld. Inhoudelijk betreffen die oordelen immers redenen om te twijfelen en geen zekerheden. Of die twijfels terecht zijn kan pas achteraf worden vastgesteld als het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon is voltooid.

42. Zie 5.2.

43. Zie voor een vergelijking van de beslissing tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen met het kort geding nr. 107. Zie ook 3.3. In nt. 103 bij 3.9.3 zijn de beperkingen aan de waarborgen uitvoerig belicht.

44. Vooralsnog is bewijslevering in enquêteprocedures een zeldzaamheid. De Ondernemingskamer heeft in de zaak Delco Participation B.V. een getuigenverhoor gelast op de voet van art. 2:352a BW (OK 3 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3574, ARO 2017/151). Zie over bewijslevering in de enquêteprocedure ook 6.2.

45. Vgl. nr. 165 over de toepasbaarheid van het gezag van gewijsde op beslissingen bij beschikking.

46. Zie 2.7 en 2.8 over de beperkte partijautonomie in het enquêterecht. Zie nr. 77 en 87 over de mogelijkheid dat niet de verzochte onmiddellijke voorziening wordt getroffen, maar een andere.

47. Vgl. Beukers 1994, 3.5.2 en (daarover) nr. 165.

48. 3.2 en 3.3.

49. Cassatie staat open, zie 2.4.

50. Ook beslissingen tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen zijn formeel definitieve oordelen. Anders is het als de onmiddellijke voorziening ‘voorshands’ wordt getroffen, voordat op het enquêteverzoek is beslist (nr. 85).

HOOFDSTUK 5

[169] Dit alles tezamen vormt mijns inziens een al te wankel basis om toepasselijkheid van het gezag van gewijsde op beslissingen over onmiddellijke voorzieningen aan te nemen.

[170] Voor het geval, in weerwil van alle zojuist opgeworpen onzekerheden, de toepasselijkheid van het gezag van gewijsde op beslissingen in de eerste fase van de enquêteprocedure en beslissingen over onmiddellijke voorzieningen mag worden verondersteld, volgen nog enkele opmerkingen.

Eerder is de bijzondere positie van betrokkenen bij de interne rechtsverhoudingen binnen de rechtspersoon naar voren gekomen.⁵¹ Voor het honoreren van een beroep op het gezag van gewijsde, kan de omstandigheid dat een partij de hoedanigheid van intern betrokkene heeft, op zichzelf geen argument zijn.⁵² Daartoe wordt het volgende in herinnering geroepen. De wet geeft aan verschillende intern betrokkenen enquêtebevoegdheid, zij kunnen als verzoeker optreden.⁵³ Ook verschijnen aandeelhouders, bestuurders en commissarissen – allen intern betrokkenen – veelvuldig als belanghebbende in de procedure. Maar het is geen zeldzaamheid dat niet alle aandeelhouders, bestuurders en commissarissen zich als belanghebbenden melden. Zou voor die niet-verschenen betrokkenen bij de interne verhoudingen het (hypothetische) gezag van gewijsde gelden? Daarvoor is in elk geval nodig dat zij behoorlijk zijn opgeroepen zodat ze de kans hebben gehad hun opvatting over het verzoek te uiten.⁵⁴ Voor intern betrokkenen die niet zijn opgeroepen – omdat ze buiten het blikveld van de Ondernemingskamer zijn gebleven – kan het gezag van gewijsde niet gelden. Verder oefenen intern betrokkenen soms invloed uit op het partijdebat, hoewel zij geen procespartij zijn. Dat geldt voor bestuurders, die namens de rechtspersoon deelnemen aan het geding, maar niet zelf als procespartij optreden.⁵⁵ Ze oefenen de invloed dan uit namens de rechtspersoon. Ze nemen daarmee geen eigen positie en geen eigen standpunt in de procedure in.⁵⁶ Op grond van deze betrokkenheid kan mijns inziens tegenover hen het gezag van gewijsde niet worden ingeroepen.⁵⁷

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat ook buitenstaanders, die geen deel hebben aan de interne verhoudingen, als procespartij in de enquêteprocedure kunnen optreden.⁵⁸ Indien die buitenstaanders aan de procedure deelnemen, zou het (hypothetische) gezag van gewijsde ook voor hen kunnen gelden.

51. 1.7.5. Interne rechtsverhoudingen zijn omschreven in 1.6.1.

52. In hfdst. 9 zal blijken dat de hoedanigheid van intern betrokkene van invloed is op de verkeersopvattingen over het risico voor een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting. De hoedanigheid van intern betrokkene speelt daar wel een rol.

53. 2.5.2.

54. Vgl. nr. 165-166.

55. Dat kunnen ook andere interne betrokkenen doen.

56. Art. 2:9 BW.

57. Nog afgezien van de eerder in deze paragraaf besproken beletsels.

58. Bijv.: de enquêtegerechtigde advocaat-generaal en enquêtegerechtigde verenigingen van werknemers (2.5.2).

5.5 Gezag van gewijsde van onmiddellijke voorzieningen in procedures over contractuele rechtsverhoudingen van de rechtspersoon

[171] Onderzoeksvraag b. stelt aan de orde welke vorderingen de wederpartij van de rechtspersoon met succes kan instellen als een onmiddellijke voorziening de rechtspersoon belet zijn contractuele verplichting na te komen. In dat verband wordt in deze paragraaf onderzocht of de onmiddellijke voorziening gezag van gewijsde kan hebben tegenover de contractpartners van de rechtspersoon. Daarbij wordt omwille van het betoog, net als in nr. 170, de toepasselijkheid van het gezag van gewijsde in de eerste fase verondersteld.⁵⁹ Het gaat hier om een beroep door de rechtspersoon op het gezag van gewijsde van een bij beschikking getroffen voorziening, in een latere contradictoire procedure.⁶⁰ Kan de rechtspersoon het gezag van gewijsde van onmiddellijke voorzieningen inroepen tegenover zijn contractpartner in latere gedingen? Een bevestigend antwoord zou meebrengen dat de voorziening in die gevallen de facto voorrang heeft (het tweede scenario) – het thema van onderzoeksvraag f.

[172] Voor (rechts)personen met een contractuele rechtsverhouding tot de rechtspersoon geldt, dat de onmiddellijke voorziening voor hen slechts bindende kracht kan hebben op grond van het gezag van gewijsde, indien deze procespartij in de enquêteprocedure zijn geweest.⁶¹ Dan zou in een latere procedure tussen hen en de rechtspersoon over de contractuele verhouding, de voorziening aan hen kunnen worden tegengeworpen. Het is niet vanzelfsprekend dat contractspartijen van de rechtspersoon betrokken zijn in de enquêteprocedure. Als ze niet behoren tot een categorie enquêtegerechtigden, kunnen ze niet als verzoeker in de procedure optreden.⁶² Om als belanghebbende tot de enquêteprocedure te worden toegelaten, dient de contractuele wederpartij te voldoen aan het criterium om als zodanig te worden aangemerkt.⁶³ Voor toepassing van het gezag van gewijsde jegens de contractspartij, is niet doorslaggevend of hij

59. In 5.3 en 5.4 zijn argumenten tegen de toepasselijkheid van het gezag van gewijsde op beslissingen in de eerste fase van de enquêteprocedure en beslissingen over onmiddellijke voorzieningen behandeld.

60. In nt. 24 bij nr. 165 zijn twee andere situaties vermeld waarin het gezag van gewijsde een rol kan spelen in verband met beschikkingen.

61. In de in nr. 171 vermelde veronderstelling en als aan de overige vereisten van art. 236 Rv is voldaan (zie 5.2).

62. 2.5.2.

63. HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, *ARO* 2003/97 (Scheipar), r.o. 3.3.2: “Bij de beantwoording van de vraag of iemand belanghebbende is, zal een rol spelen in hoeverre deze door de uitkomst van de desbetreffende procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang of in hoeverre deze anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen”. Zie ook 2.5.3.

aan dat criterium voldoet; beslissend is of hij behoorlijk is opgeroepen.⁶⁴ Als (bij aanvang van de enquêteprocedure) niet onderkend wordt dat een contractspartij als belanghebbende kan worden aangemerkt, zal hij niet worden opgeroepen.⁶⁵

Er zijn ook partijen die zowel een contractuele – externe – als een interne rechtsverhouding met de rechtspersoon hebben. Een voorbeeld is de bestuurder die een managementovereenkomst met de rechtspersoon heeft gesloten.⁶⁶ Deze figuren worden uit hoofde van hun interne betrokkenheid opgeroepen als belanghebbende. Een beroep op het gezag van gewijsde van een onmiddellijke voorziening is daarom – afgezien van de besproken beletsels – kansrijker tegenover contractuele wederpartijen die betrokken zijn bij de interne verhoudingen.

In hoofdstuk 9 komen onmiddellijke voorzieningen aan de orde, waarvan de invloed zich uitstrekt tot contractuele verhoudingen van de rechtspersoon met zijn intern betrokkenen, in het bijzonder bestuurders. Daar zal worden opgemerkt, dat de uiteindelijk getroffen maatregel soms slechts zijdelings aandacht krijgt in het partijdebat in de enquêteprocedure. Ik meen dat dit verschijnsel een (extra) beletsel vormt voor een geslaagd beroep op het gezag van gewijsde van zo’n maatregel.

[173] De ‘rechtsbetrekking’ die voorligt in de latere contradictoire procedure tussen de rechtspersoon en zijn contractpartner, is hoogstwaarschijnlijk niet beoordeeld in de enquêteprocedure. Bij de beslissing over voorzieningen gaat het om de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek.⁶⁷ Indien in zo’n beslissing een contractuele verplichting van de rechtspersoon wordt betrokken, gebeurt dat in dat kader. De verplichting zelf – haar aard en inhoud – staat dan niet ter discussie, ook niet als de Ondernemingskamer het nakomen van de verplichting tijdelijk verbiedt. Een debat over de

64. 5.2. Behoorlijke oproeping is ook van belang voor de vraag of een belanghebbende kan worden ontvangen in zijn (cassatie-)beroep. Dat kan worden afgeleid uit HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1279, *ARO* 2019/127 (Xeikon), r.o. 3.1. De Ondernemingskamer had geoordeeld dat belanghebbende T (naast anderen) verantwoordelijk was voor een deel van het vastgestelde wanbeleid. In een verbeterbeschikking oordeelde zij dat T ook voor een ander deel van het vastgestelde wanbeleid verantwoordelijk was. T was niet verschenen in de ‘verbeterprocedure’ (het onderdeel van de procedure dat leidde tot de verbeterbeschikking). Hij werd ontvangen in zijn cassatieberoep, omdat hij naar het oordeel van de Hoge Raad buiten zijn schuld niet was verschenen in de verbeterprocedure; hij was niet deugdelijk opgeroepen door de Ondernemingskamer.

65. De contractuele wederpartij kan zich eigener beweging als belanghebbende melden in de enquêteprocedure. Vrees dat het gezag van gewijsde in een latere procedure met succes tegen hem zal worden ingeroepen, hoeft hem daar mijns inziens niet van te weerhouden (zie de observaties in nr. 174).

66. De bestuurder is qualitate qua bij de interne verhoudingen betrokken, terwijl zijn overeenkomst met de rechtspersoon naar haar aard extern is (nr. 38). Dit voorbeeld wordt in 9.2 uitvoeriger besproken.

67. 3.7.

verplichting is niet nodig. De veronderstelling dat de verplichting bestaat is voor het nemen van de maatregel voldoende. In het latere geding wordt het besliskader niet gevormd door de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek, en het belang van de rechtspersoon staat daarin niet vanzelfsprekend voorop. Het gaat in dat latere geding over de vermogensrechtelijke verhouding. Het ligt daarom bepaald niet voor de hand dat het geschilpunt in die latere procedure in wezen al in de onmiddellijke voorziening-beslissing is beslecht. Ook dat zal meestal in de weg staan aan een succesvol beroep op het gezag van gewijsde van een onmiddellijke voorziening in een procedure over een contractuele verplichting.

[174] Het voorgaande (5.4 en 5.5) leidt tot de volgende observaties. De procedure die tot een onmiddellijke voorziening leidt heeft kortgedingachtige trekjes. De procedurele waarborgen zijn beperkt en de partijautonomie staat onder druk. De beslissing is in formele zin een definitief oordeel, maar materieel kunnen de oordelen die aan de beslissing ten grondslag liggen nauwelijks definitief genoemd worden. In 5.4 heb ik op grond van die karakteristieken van de procedure betwijfeld of het gezag van gewijsde wel toepasselijk kan zijn. De bijzonderheden, die zich voordoen als de tweede procedure bestaat uit een contradictoire procedure tussen de rechtspersoon en zijn wederpartij over een contractuele verplichting die met een onmiddellijke voorziening conflicteert, werpen extra hindernissen voor een geslaagd beroep door de rechtspersoon op het gezag van gewijsde van de onmiddellijke voorziening. Al met al acht ik het onaannemelijk dat een onmiddellijke voorziening gezag van gewijsde heeft in een geding tussen de rechtspersoon en zijn wederpartij over een contractuele verplichting. Dat betekent dat het gezag van gewijsde het succes van vorderingen van de wederpartij niet beperkt (vergelijk onderzoeksvraag b.). Het thema van het gezag van gewijsde onthult ook geen rangorde tussen contractuele verplichtingen van de rechtspersoon en verplichtingen uit onmiddellijke voorzieningen (vergelijk onderzoeksvraag f.). Het thema levert geen aanwijzingen op voor de geldigheid van de scenario's een en twee.

5.6 Derdenwerking van rechterlijke beslissingen

[175] De invloed van een rechterlijke beslissing strekt zich uit tot buiten de procedure die tot die beslissing heeft geleid. Ook bij het ontbreken van gezag van gewijsde kan de beslissing effecten hebben in latere procedures. Die kunnen zich voordoen in gedingen waar een of meer zelfde partijen bij betrokken zijn, maar ook in procedures tussen andere partijen. Daarnaast kan de beslissing van betekenis zijn voor partijen die niet bij het tot stand komen van de beslissing betrokken waren, zonder dat sprake is van een latere procedure. Over enkele van die vormen van werkzaamheid gaat deze paragraaf.

[176] De beslissing kan rechtsgevolgen hebben die andere partijen in zekere mate binden. Het meest verstrekkend is die binding bij beslissingen die erga omnes werken; dan worden anderen geconfronteerd met rechtsgevolgen die bindend voor hen zijn. De binding beperkt zich dan niet tot de partijen voor wie het gezag van gewijsde geldt. Het verschil tussen het begrip gezag van gewijsde en de werking van een uitspraak komt naar voren in een voorbeeld waarin derden worden geconfronteerd met hen bindende rechtsgevolgen.⁶⁸ Uitspraken als bedoeld in artikel 2:16 lid 1 BW, die luiden ‘het besluit is nietig’ of ‘vernietigt het besluit’, hebben tot rechtsgevolg dat er geen besluit (meer) is. Aan dat rechtgevolg is iedereen gebonden. Dat geldt echter niet voor de beslissingen die de rechter, om tot zo’n oordeel te kunnen komen, neemt over gronden van nietigheid of gronden voor vernietiging. Die beslissingen hebben wel gezag van gewijsde, maar ze kunnen weer ter discussie worden gesteld in gedingen tussen andere partijen of over andere rechtsbetrekkingen tussen dezelfde partijen. Die discussie zal het rechtsgevolg (‘er is geen besluit’) niet aantasten.⁶⁹

Dit voorbeeld illustreert ook dat de wet voor sommige soorten beslissingen de reikwijdte van de werking bepaalt. In 5.8 zal worden gezien of de wetgever dat ook gedaan heeft voor onmiddellijke voorzieningen.

[177] Constitutieve vonnissen kunnen rechtsgevolgen veroorzaken waar derden mee te maken krijgen.⁷⁰ Zij kunnen niet heen om rechtsgevolgen die in het leven zijn geroepen tussen partijen in een procedure waar ze zelf niet bij betrokken waren.

[178] Een rechterlijke uitspraak waarin een rechtsregel wordt geformuleerd kan normatieve kracht hebben: de precedentwerking.⁷¹ Bindende kracht gaat van zulke uitspraken uit voor zover de geformuleerde rechtsregel overeenstemt met het geldende recht. In het algemeen zal in latere procedures een beroep op de beslissing waarin die rechtsregel is geformuleerd worden gehonoreerd.

[179] Een beslissing die geen zuiver rechtsoordeel behelst, heeft geen precedentwerking. In een procedure tussen andere partijen heeft zij evenmin de bindende kracht van het gezag van gewijsde. Van der Wiel betoogt dat zo’n

68. Ook Asser heeft dit voorbeeld besproken (Asser 1997, p. 68). Derde heeft hier de betekenis van buitenstaander, vgl. 1.7.

69. Asser vermeldt dat Van Schilfgaarde in art. 2:16 lid 1 BW een uitbreiding van het gezag van gewijsde ziet (Asser 1997, p. 68-69). Ik ga daar hier niet op in.

70. Bijv. de onderhuurder die geconfronteerd wordt met de ontbinding van de huurovereenkomst tussen verhuurder en huurder (Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/151).

71. Van der Wiel, *NJB* 2011/671. Binding aan uitspraken over het recht vloeit voort uit binding aan het recht zelf.

beslissing in een soortgelijk geschil wel normatieve invloed kan hebben.⁷² Het gelijkheidsbeginsel brengt dat mee. De rechter moet vergelijkbare gevallen, voor zover ze vergelijkbaar zijn, in beginsel langs dezelfde lijnen beoordelen. Het is rechtvaardig en efficiënt, om aan een gegrond betoog van een partij dezelfde rechtsgevolgen te verbinden als in een eerdere procedure aan dat betoog zijn verbonden. De wederpartij in de latere procedure kan evenwel verweer voeren tegen dat betoog. Daarmee krijgt in die latere procedure de partij-autonomie vorm. Het verweer kan een verschil blootleggen met het geschil dat in het eerdere geding werd beslecht. Dat kan ertoe leiden dat in de latere zaak afwijkend wordt geoordeeld. De normatieve werking van oordelen die geen zuivere rechtsoordelen zijn, betreft zodoende een voorwaardelijke binding, aldus Van der Wiel. Hij meent dat een oordeel, waarop een partij invloed heeft kunnen uitoefenen, in een latere procedure, waarin die partij dezelfde positie inneemt, tot uitgangspunt kan worden genomen.⁷³

5.7 Normatieve werking van onmiddellijke voorzieningen in contradictoire procedures van de rechtspersoon

[180] Kan een onmiddellijke voorziening normatieve werking hebben in een contradictoire procedure tussen de rechtspersoon en zijn wederpartij over een niet-nagekomen contractuele verplichting?⁷⁴ Ik acht dat niet goed voorstelbaar. In die situatie lijkt niet aan alle door Van der Wiel beschreven voorwaarden voor normatieve werking te worden voldaan.⁷⁵ Die condities worden hier langsgelopen.

Van belang is, dat een partij invloed op de beslissing heeft kunnen uitoefenen. Vaststaat dat de rechtspersoon in de enquêteprocedure invloed heeft op de beslissing.⁷⁶ Indien de contractpartner als verzoeker of belanghebbende in

72. Van der Wiel, die spreekt over normatieve kracht, leidt dat af uit HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treek/Dexia) (Van der Wiel, *NJB* 2011/671). Die uitspraak houdt een “handreiking” in voor de “efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling” van grote hoeveelheden (soortgelijke) geschillen over effectenlease-contracten.

73. Niet alleen in geval van collectieve acties, ook bij gewone procedures. Van der Wiel gaat nog een stap verder, en meent dat een oordeel normatieve werking kan hebben in een procedure tussen partijen die geen van allen waren betrokken bij het tot stand komen van dat oordeel. Beslissend is of de partij tegen wie dat eerdere oordeel wordt ingeroepen, voldoende gelegenheid heeft om de ongelijksoortigheid van het eerdere geschil te bepleiten. Zo’n beroep op een oordeel in een procedure tussen andere partijen is voor het onderhavige onderzoek niet van veel belang. In de enquêteprocedure waarin de onmiddellijke voorziening wordt getroffen, is de rechtspersoon partij, althans opgeroepen. In een procedure over de contractuele verplichting van de rechtspersoon, waarmee de onmiddellijke voorziening conflicteert, is de rechtspersoon eveneens partij of is hij opgeroepen.

74. Normatieve werking zoals aangeduid in nr. 179.

75. Zie nr. 179.

76. Een rechtspersoon wordt altijd opgeroepen en verschijnt meestal.

HOOFDSTUK 5

de enquêteprocedure is opgetreden, is ook wat die partij betreft aan die voorwaarde voldaan. Partijen kunnen zelfs in beide procedures dezelfde formele positie innemen, de rechtspersoon die van verweerder en de contractpartner die van verzoeker/eiser. Men bedenke wel dat de posities in beide procedures, gelet op het verschil in aard tussen de procedures, slechts tot op zekere hoogte vergelijkbaar zijn. Van een soortgelijk geschil kan men niet spreken. De enquêteprocedure gaat over het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon; de contradictoire procedure over zijn contractuele verplichting. Eventueel zou in de latere procedure een vergelijkbaar betoog gehouden kunnen worden als in de enquêteprocedure. Maar of daaraan in de latere procedure dezelfde rechtsgevolgen verbonden kunnen worden, is twijfelachtig. Het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon bepalen het kader waarbinnen in de enquêteprocedure rechtsgevolgen teweeggebracht worden. Voor de latere, contradictoire procedure geldt dat niet.

Ik meen dan ook dat in beginsel geen rol kan zijn weggelegd voor normatieve werking van onmiddellijke voorzieningen in contradictoire procedures. Het thema van de normatieve invloed beperkt het succes van vorderingen van de wederpartij niet (onderzoeksvraag b.). Het biedt geen aanknopingspunten voor een rangorde tussen contractuele verplichtingen van de rechtspersoon en verplichtingen uit onmiddellijke voorzieningen (onderzoeksvraag f.), en geen aanwijzingen voor rechtsgeldigheid van het eerste of het tweede scenario.⁷⁷

5.8 Wettelijke indicaties over externe werking van onmiddellijke voorzieningen ontbreken

[181] In 5.6 zijn rechterlijke beslissingen genoemd, waarvoor de wet afzonderlijk bepaalt hoever ze doorwerken. In deze paragraaf wordt nagegaan of er zulke bijzondere bepalingen zijn voor onmiddellijke voorzieningen. De aandacht gaat uit naar doorwerking van beslissingen tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen in externe (contractuele) verhoudingen. Ook wordt gezocht naar impliciete vingerwijzingen van de wetgever over de invloed van die beslissingen op die externe rechtsverhoudingen.

[182] Voor rechterlijke uitspraken op de voet van artikel 2:349a lid 2 BW, waarmee een onmiddellijke voorziening wordt getroffen, is niet expliciet bepaald dat ze iedereen binden.⁷⁸ De wetgever heeft doorwerking van onmiddellijke voorzieningen in externe verhoudingen van de rechtspersoon ook

77. Vgl. de conclusie over het thema van het gezag van gewijsde in nr. 174.

78. Zo'n bepaling zou een aanwijzing zijn dat de voorziening voorrang zou hebben boven de contractuele verplichting. Zie onderzoeksvraag f. Zo'n aanknopingspunt ontbreekt.

niet expliciet uitgesloten.⁷⁹ Er zijn in de wet geen soorten externe rechtsverhoudingen en geen (categorieën) rechten aangewezen die bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen buiten schot moeten blijven. Anderzijds blijkt uit de wetgeschiedenis, waaronder die van de op 1 januari 2013 ingevoerde Wet aanpassing enquêterecht, evenmin expliciet dat de wetgever onbeperkte externe werking heeft ingecalculleerd.⁸⁰

Directe aanwijzingen van de wetgever over de invloed van onmiddellijke voorzieningen op externe verhoudingen ontbreken.

[183] In dit kader verdient opmerking dat de wetgever aandacht heeft besteed aan gevolgen van de voorzieningen die op de voet van de artikelen 2:355 en 2:356 BW kunnen worden getroffen nadat wanbeleid is vastgesteld.⁸¹ In artikel 2:357 lid 2 BW is bepaald dat de Ondernemingskamer zo nodig de gevolgen van de door haar getroffen voorzieningen regelt. Ik ben geneigd om de bewoordingen “regelt zo nodig de gevolgen” in die bepaling op te vatten als een bevoegdheid om aanvullende maatregelen te nemen of aanwijzingen te geven voor de (praktische) uitwerking van de getroffen voorzieningen.⁸² Leijten leest in de bepaling een voorschrift om de gevolgen voor derden te betrekken in de aan de beslissing voorafgaande belangenafweging.⁸³ Hij acht

79. Opgemerkt zij dat de advocaat-generaal en de Hoge Raad in de zaak ABN Amro nadruk hebben gelegd op de in het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972, bij HR 13 juli 2007, *ARO* 2007/120, ad R07/102 HR, nr. 3.49-3.53; HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, *ARO* 2007/120 (ABN Amro), r.o. 4.4). Dat houdt verband met de situatie waarin art. 2:107a lid 2 BW van toepassing is en met de strekking van die bepaling. Ik meen dat er niet uit kan worden afgeleid, dat het vereiste van rechtszekerheid in het handelsverkeer *in het algemeen* in de weg staat aan een onmiddellijke voorziening die inbreuk maakt op een contract. Anders: Eikelboom, die de veronderstelling noteert, dat de overweging van de Hoge Raad over de zekerheid in het handelsverkeer een meer algemene strekking heeft, almede de alternatieve veronderstelling dat die overweging beïnvloed is doordat de contractuele wederpartij niet behoorde tot de kring van art. 2:8 BW (Eikelboom 2017, p. 11.2.2). Ik betwijfel ook of de rechtszekerheid in het handelsverkeer te allen tijde zwaarder weegt dan – en dus voorrang moet krijgen boven – het belang van de rechtspersoon, dat met een onmiddellijke voorziening gediend is. De wetgever heeft met de onmiddellijke voorziening in het belang van de rechtspersoon een bijzondere procedure en een bijzonder instrument in het leven geroepen. De wetgever heeft daarbij de rechtszekerheid in het handelsverkeer niet een uitzonderingspositie gegeven.

80. Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête (Stb. 2012, 274), in werking getreden 1 januari 2013.

81. Voor die voorzieningen zie 2.9.

82. Josephus Jitta vermeldt jurisprudentie van die strekking (Josephus Jitta, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, 2019, art. 2:357 BW, aant. 1 b. (bijgewerkt t/m 1 juli 2019)).

83. Leijten verstaat onder ‘derden’: anderen dan degenen die betrokken zijn bij de interne rechtsverhoudingen (Leijten 2002, p. 71-72). Hij citeert de MvT op een voorganger van art. 2:357 lid 2 BW, die ook bij mij de indruk wekt dat de wetgever vooral dacht aan gevolgen die voor derden te goeder trouw onaanvaardbaar zouden zijn.

dat voorschrift ook toepasselijk op onmiddellijke voorzieningen. Daar leidt hij uit af, dat de wetgever consequenties voor derden van voorzieningen – zowel onmiddellijke voorzieningen als voorzieningen na wanbeleid – mogelijk acht. Daarmee bestaat over de precieze aard van die consequenties nog geen duidelijkheid.

De wetgever heeft de wetswijziging van 1 januari 2013 niet aangegrepen om, vergelijkbaar met artikel 2:357 lid 2 BW, te bepalen dat de rechter zo nodig de gevolgen van getroffen onmiddellijke voorzieningen regelt. In dat licht meen ik dat aan artikel 2:357 lid 2 BW geen vergaande conclusies kunnen worden verbonden over de invloed van onmiddellijke voorzieningen op de externe rechtsverhoudingen van de rechtspersoon. Daarbij maakt het niet uit of de bepaling moet worden begrepen als een voorschrift voor belangenafweging dan wel als een bevoegdheid met betrekking tot de praktische uitwerking van voorzieningen. Ik merk op dat de bepaling, zowel in de ene, als in de andere interpretatie, buitenstaanders slechts tot op zekere hoogte bescherming biedt tegen de invloed van (onmiddellijke) voorzieningen.

[184] De enquêteprocedure is niet de enige procedure waar de Ondernemingskamer kennis van neemt. Ook procedures inzake jaarrekeningen behoren tot haar bevoegdheid.⁸⁴ De jaarrekeningprocedure kent een bepaling die enigszins lijkt op die van artikel 2:357 lid 2 BW. Als de Ondernemingskamer het besluit tot vaststelling van een jaarrekening vernietigt, kan zij “de gevolgen van de vernietiging beperken” (artikel 2:451 lid 4 BW).

Buiten de jurisdictie van de Ondernemingskamer worden derden in Boek 2 BW soms uitdrukkelijk beschermd tegen de gevolgen van een rechterlijke beslissing.⁸⁵ Een voorbeeld daarvan is de bepaling in artikel 2:16 lid 2 BW dat vernietiging (door de rechter) van bepaalde besluiten van de rechtspersoon niet aan in die bepaling bedoelde wederpartijen van die rechtspersoon kan worden tegengeworpen.⁸⁶ Zo’n bepaling biedt de buitenstaander aanmerkelijk meer bescherming dan de regeling van artikel 2:357 lid 2 BW en die van artikel 2:451 lid 4 BW.

Buiten Boek 2 BW, maar binnen de sfeer van de rechtspraak van de Ondernemingskamer, springt artikel 26 lid 5 Wet op de ondernemingsraden (WOR) in het oog. Daarin is – kort gezegd – bepaald dat de Ondernemingskamer op verzoek van een ondernemingsraad voorzieningen kan treffen in een beroepsprocedure tegen een besluit van de ondernemer. De voorziening is gericht tot

84. Art. 2:447 lid 1 BW.

85. Zie 1.7 over het gebruik van het begrip derde.

86. Zie ook nr. 176. Het ontbreken van werking jegens derden van een rechterlijke beslissing moet worden onderscheiden van (het ontbreken van) externe werking van onbevoegde of gebrekkige besluitvorming. Een voorbeeld van dat laatste biedt art. 2:107a lid 2 BW. Die bepaling speelde een rol in de zaak ABN Amro.

de ondernemer. Ze kan bestaan uit een verbod om handelingen te verrichten ter uitvoering van het besluit. De voorziening kan ook een verplichting behelzen om het besluit in te trekken en de gevolgen van het besluit ongedaan te maken. De bepaling houdt bovendien in dat zo'n voorziening door derden verworven rechten niet kan aantasten.⁸⁷

Er kan op dit punt een verschil worden geconstateerd tussen het enquêterecht en de WOR. Dat verschil acht ik niet toereikend voor de conclusie dat aan onmiddellijke voorzieningen in het enquêterecht externe werking toekomt, in de zin dat partijen met een contractuele verhouding tot de rechtspersoon, zich de gevolgen van de onmiddellijke voorziening moeten laten welgevalen. Voor de tegenovergestelde conclusie biedt het verschil evenmin voldoende aanknopingspunten.⁸⁸

Ook de omstandigheid dat derden elders in Boek 2 BW uitdrukkelijk beschermd worden tegen de gevolgen van rechterlijke beslissingen is mijns inziens voor elk van beide conclusies onvoldoende.

5.9 Samenvatting en conclusie

[185] Uit jurisprudentie blijkt dat de bindende kracht van de beschikking waarin wanbeleid is vastgesteld beperkte reikwijdte heeft. Conclusies over het gezag van gewijsde in de eerste fase van de enquêteprocedure vallen uit de jurisprudentie nauwelijks te trekken (5.3). Aannemelijk is geworden dat het gezag van gewijsde niet kan gelden voor beslissingen over onmiddellijke voorzieningen (5.4). Het gezag van gewijsde verdraagt zich slecht met het kortgedingachtige karakter van de procedure die tot de beslissing leidt. In de enquêteprocedure kan de partijautonomie bovendien op de achtergrond raken ten faveure van het belang van de rechtspersoon. Oordelen over onmiddellijke voorzieningen zijn formeel definitieve oordelen, maar materieel zijn ze niet als 'definitief' te beschouwen. Pas na afronding van het onderzoek naar het beleid van de rechtspersoon kan gezegd worden of de redenen tot twijfel, waarop die oordelen zijn gebaseerd, in zekerheden zijn omgezet. Hierin heb ik aanleiding gevonden om te betwijfelen of wel gesproken kan worden van definitieve beslissingen over de rechtsbetrekking in geschil. De hoedanigheid van betrokkene bij de interne rechtsverhoudingen van de rechtspersoon, brengt niet mee dat men het gezag van gewijsde eerder tegen zich moet laten gelden.

87. Ook deze bepaling biedt meer bescherming dan art. 2:357 lid 2 BW en 2:451 lid 4 BW. Op de vraag welke buitenstaanders in het kader van art. 26 lid 5 WOR als 'derden' kunnen worden aangemerkt, wordt hier niet ingegaan. Zie daarover Sikkink en Zaal, *TAO* 2018, 3. Zij zetten ook uiteen dat de derde in deze bepaling niet te goeder trouw hoeft te zijn en zij bepleiten de bescherming te beperken tot derden te goeder trouw.

88. Vgl. Leijten 2002, p. 71.

HOOFDSTUK 5

In het geval van een beroep van de rechtspersoon op het gezag van gewijsde van een onmiddellijke voorziening in een later contradictoir geding tegen zijn contractpartner over een contractuele verplichting, speelt bovendien nog het volgende. Het is onwaarschijnlijk dat het in de latere procedure voorliggende geschilpunt al is beslecht in de onmiddellijke voorziening-beslissing. Dat komt omdat de besliskaders van beide procedures sterk verschillen. Bij de beslissing over een onmiddellijke voorziening gaat het om de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek. Het belang van de rechtspersoon neemt een centrale plaats in. In de contradictoire procedure wordt geoordeeld over de vermogensrechtelijke contractverhouding. De belangen van de rechtspersoon en zijn wederpartij zijn daarin gelijkwaardig.

De kans van slagen van een beroep op het gezag van gewijsde van een onmiddellijke voorziening in een latere procedure over een contractuele verplichting is al met al minimaal. Het gezag van gewijsde is daarom geen (beperkende) factor voor de rechtspositie en de proceskansen van de wederpartij, als de rechtspersoon ten gevolge van een onmiddellijke voorziening zijn contractuele verplichtingen niet nakomt. Aan het thema van het gezag van gewijsde kan geen aanwijzing worden ontleend dat de onmiddellijke voorziening ten opzichte van de contractuele verplichting prevaleert (vergelijk onderzoeksvraag f).

[186] Partijen voor wie het gezag van gewijsde van een beslissing niet geldt kunnen wel te maken krijgen met andere vormen van werking van die beslissing (5.6). Aandacht is besteed aan het concept normatieve werking, de invloed die een beslissing kan hebben in een soortgelijk geschil, al dan niet tussen dezelfde partijen. Ik heb betoogd dat de onmiddellijke voorziening in beginsel geen normatieve werking kan hebben in contradictoire procedures tussen de rechtspersoon en zijn contractpartner (5.7).

[187] De wet bepaalt de reikwijdte van de werking van sommige soorten beslissingen. In 5.8 figureerden bepalingen die inhouden dat de rechter de gevolgen van een beslissing kan regelen of beperken. Soms worden derden beschermd tegen de gevolgen van rechterlijke beslissingen, doordat is bepaald dat zo'n beslissing hun rechten niet kan aantasten. Duidelijk werd dat de wetgever zich niet expliciet heeft uitgelaten over de doorwerking van de onmiddellijke voorziening. Er is niet bepaald dat de maatregelen iedereen binden. Evenmin zijn vormen van invloed van de maatregelen uitdrukkelijk uitgesloten en bepalingen die de werking beperken of die buitenstaanders beschermen ontbreken. Daarom is bezien of de doorwerking van de maatregelen aan de hand van impliciete wettelijke aanwijzingen valt te beschrijven. Een rondgang langs een paar wetsartikelen uit Boek 2 BW en de WOR, waarin de doorwerking van

DOORWERKING VAN ONMIDDELLIJKE VOORZIENINGEN

enige rechterlijke beslissingen wordt geregeld, leverde onvoldoende houvast op voor conclusies over de werking van beslissingen op de voet van artikel 2:349a lid 2 BW.

5.9.1 Slotsom

[188] Dit hoofdstuk leidt tot de volgende conclusies. De origine van de onmiddellijke voorziening – ze ontstaat door een rechterlijke beslissing – legt geen voorrang van de onmiddellijke voorziening boven de contractuele verplichting van de rechtspersoon bloot. De enkele omstandigheid dat de onmiddellijke voorziening tot stand komt door een rechterlijke beslissing, heeft geen consequenties voor de rechtspositie van de contractuele wederpartij, noch voor het succes van zijn op de contractuele rechtsverhouding gebaseerde vorderingen (vergelijk onderzoeksvragen a. en b.). De wetgever heeft geen aanwijzing gegeven voor doorwerking van onmiddellijke voorzieningen in contractuele rechtsverhoudingen van de rechtspersoon.

Dit betekent dat op grond van het onderzoek in dit hoofdstuk niet aannemelijk is dat het tweede scenario – de onmiddellijke voorziening prevaleert – geldend recht is. Dat het eerste scenario – de onmiddellijke voorziening heeft geen effect – geldend recht is, is evenmin plausibel gebleken.

Hoofdstuk 6. De Ondernemingskamer en de ter zake van contractuele verhoudingen bevoegde rechter

6.1 Inleiding

[189] Bij het treffen van een onmiddellijke voorziening maakt de Ondernemingskamer een afweging van de verwachte positieve en negatieve effecten van zo'n voorziening voor de rechtspersoon.¹ Als de beoogde maatregel dreigt te interfereren met een contractuele verplichting van de rechtspersoon, betreft ze die feitelijkheid in haar beslissing. De reactie van de wederpartij is wellicht dermate bezwaarlijk voor de rechtspersoon, dat de onmiddellijke voorziening per saldo in diens nadeel uitwerkt. Om zich een voorstelling van zulke nadelige gevolgen te kunnen maken heeft de Ondernemingskamer daarom inzicht in de rechtspositie van de wederpartij nodig (onderzoeksvraag a.).

Die rechtspositie vloeit voort uit de overeenkomst tussen de rechtspersoon en zijn wederpartij. Dat is een vermogensrechtelijke verhouding die niet onder de jurisdictie van de Ondernemingskamer valt (6.2). Als de enquêterechter de rechtspositie van een wederpartij verdisconteert in de beslissing over een onmiddellijke voorziening, speelt het mogelijke oordeel van de bevoegde rechter een rol.

[190] In dit hoofdstuk worden een paar facetten besproken van deze bevoegdheidsverdeling, vanuit het perspectief van de Ondernemingskamer, die over de onmiddellijke voorziening heeft te beslissen. Onderzocht wordt in hoeverre de beslissingsruimte van de enquêterechter wordt beperkt door een eerder rechterlijk oordeel.² Nagegaan wordt of de afstemmingsregel toegepast moet worden door de enquêterechter (6.3.2). Het verschil in aard tussen de procedure voor de gewone burgerlijke bodemrechter en de enquêteprocedure, en het bijzondere karakter van het enquêterecht blijken telkens relevant.

-
1. Zij beperkt zich niet tot de gevolgen voor de rechtspersoon; ook gevolgen voor anderen worden in de beslissing betrokken, zie bijv. 3.9. Die spelen in de hier primair onderzochte afweging geen rol (nr. 23).
 2. Vgl. onderzoeksvraag f. naar een mogelijke rangorde tussen (verplichtingen uit) contractuele verhoudingen en (verplichtingen uit) onmiddellijke voorzieningen.

HOOFDSTUK 6

[191] De onderzoeksvragen c., d., en e. stellen het verwerven van informatie over de rechtspositie van de wederpartij door de Ondernemingskamer aan de orde. Aan die vragen wordt in dit hoofdstuk ook aandacht besteed. Paragraaf 6.3.3 gaat over het nut van uitspraken van andere rechters voor beslissingen in de enquêteprocedure, in gevallen waarin de afstemmingregeling niet toepasselijk is.³ Als vreemd recht van toepassing is, of als partijen arbitrage hebben afgesproken, doen zich bijzonderheden voor, die de Ondernemingskamer kunnen belemmeren in het verwerven van informatie over de rechtspositie van de wederpartij (6.4).⁴

6.2 Bevoegdheid ten aanzien van vermogensrechtelijke verhoudingen

[192] De jurisdictie van de Ondernemingskamer wordt bepaald door de doeleinden van het enquêterecht. Het beslechten van vermogensrechtelijke disputen behoort niet tot die doeleinden.⁵ Deze grens aan haar bevoegdheid wordt door de Ondernemingskamer af en toe bevestigd in een beschikking.⁶ Deze begrenzing brengt mee dat ze niet bevoegd is om te oordelen over de inhoud van de rechtsbetrekking tussen de rechtspersoon en zijn wederpartij.⁷ Dat is voorbehouden aan de gewone burgerlijke rechter.⁸ De rechten, die de wederpartij kan laten gelden op grond van een contract met de rechtspersoon, kan de Ondernemingskamer niet bindend vaststellen.

Deze beperking van de competentie van de Ondernemingskamer hangt mijns inziens ten nauwste samen met het karakter van de enquêteprocedure. In die procedure staat het belang van de rechtspersoon en zijn onderneming voorop.⁹ Het belang van een contractuele wederpartij van de rechtspersoon neemt in de enquêteprocedure geen gelijkwaardige positie in. In 2.7 is uiteengezet dat de ruimte, die de enquêterechter in het belang van de rechtspersoon

3. Onderzoeksvragen c. en d.

4. Onderzoeksvraag e.

5. HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465 (Unilever); HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BD5516 (KPNQwest). Zie uitvoeriger 2.3.

6. Bijv.: OK 21 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC7530, *ARO* 2008/79 (Yukos), r.o. 3.5: “De Ondernemingskamer stelt voorop dat niet de Ondernemingskamer maar de gewone civiele rechter — absoluut — bevoegd is de (rechts)vraag wie heeft te gelden als aandeelhouder van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid indien daarover geschil bestaat rechtens bindend te beslissen, nu immers een zodanige beslissing op zichzelf van puur vermogensrechtelijke aard is.”. Zie ook r.o. 3.10. Zie voor een ander voorbeeld nt. 44 bij 8.4.1.

7. Zie ook Eikelboom 2017, p. 11.3.2. Hij wijst er bovendien op dat art. 2:8 lid 2 BW geen grondslag biedt voor afwijking van de absolute bevoegdheidsregels.

8. Indien een Nederlandse rechter bevoegd is. Zie nr. 194 voor bevoegdheid van buitenlandse rechters. Voor het begrip gewone burgerlijke rechter, zie 1.1 nt. 36.

9. Uitvoeriger 2.3 en nr. 75.

heeft, de partijautonomie inperkt. Ook een contractuele wederpartij zou, indien hij in een enquêteprocedure zou opkomen, worden geconfronteerd met die inperking. De enquêteprocedure kent bovendien maar een feitelijke instantie en is niet omgeven met dezelfde waarborgen als de *contradictoire procedure*. Daardoor is de rechter in de enquêteprocedure niet goed geëquipeerd tot het beslechten van vermogensrechtelijke geschillen. Ook Eikelboom legt een verband tussen de competentieverdeling en het verschil in waarborgen tussen de enquêteprocedure en de *contradictoire procedure*. Hij wijst er op dat in een enquêteprocedure een bewijsaanbod niet hoeft te worden gehonoreerd en dat er geen recht op tegenbewijs is.¹⁰ Ik meen dat dit verschil tussen de procedures in theorie nog wel te ondervangen zou zijn. De enquêterechter is niet verplicht een bewijsaanbod te passeren; hij mag een feitenonderzoek verrichten, gelijk aan dat in een *contradictoire procedure*. In de praktijk zou echter de met bewijslevering gemoeide vertraging van het geding niet stroken met het wettelijk verankerde spoedeisend karakter van de enquêteprocedure.¹¹ Dat vertraging een voortvarende sanering van verhoudingen in de weg staat, met alle potentiële onwenselijke bedrijfseconomische gevolgen van dien, vind ik een zwaarwegend argument om het beslechten van vermogensrechtelijke geschillen buiten de enquêteprocedure te houden.

[193] De Ondernemingskamer kan geen contractuele – externe – rechtsverhouding vaststellen. In de tweede fase kan zij, door middel van voorzieningen vermeld in artikel 2:356 BW, wel nieuwe interne rechtsverhoudingen vaststellen.¹² Dit verschil kan mede worden verklaard door verschillen tussen de eerste fase en de tweede fase in spoedeisendheid en in waarborgen. Aan het vaststellen van rechtsbetrekkingen in de tweede fase gaat een uitvoerig feitenonderzoek vooraf in de vorm van de enquête door de onderzoeker, waarvan verslag gelegd wordt. Er is meer tijd voor partijdebat.

In de tweede fase staat, net als in de eerste fase, het belang van de rechtspersoon voorop. Belangen van partijen met wie de rechtspersoon externe betrekkingen onderhoudt zijn ook in de tweede fase niet gelijkwaardig. Dat kan verklaren dat in de opsomming van artikel 2:356 BW geen bevoegdheid is opgenomen om in de tweede fase externe rechtsverhoudingen bindend vast te stellen.

[194] Mogelijk heeft niet de Nederlandse rechter, maar een buitenlandse rechter rechtsmacht.¹³ De bevoegde rechter zal over de inhoud van de rechtsbetrekking tussen de rechtspersoon en zijn wederpartij oordelen volgens het toepasselijke,

10. Eikelboom 2017, p. 2.2.4, onder verwijzing naar HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, *ARO* 2005/68 (Laurus), r.o. 3.9. Zie ook Eikelboom 2017, p. 8.4.4.1.

11. Art. 2:349a lid 1 BW. Zie uitvoeriger nr. 63.

12. Deze ingrepen kunnen het herstel van gezonde verhoudingen binnen de rechtspersoon bewerkstelligen (nr. 86).

13. In de zaak ABN Amro was de rechter te New York bevoegd inzake het verkoopcontract tussen ABN Amro en Bank of America (M.P. Nieuwe Weme, annotatie bij OK 3 mei 2007, *JOR* 2007/143, nr. 12).

Nederlandse of vreemde, recht. Het maakt voor de vaststelling van de vermogensrechtelijke betrekking dan ook geen wezenlijk verschil of de Nederlandse dan wel een buitenlandse rechter bevoegd is.¹⁴ Niet wie er oordeelt, maar het toepasselijke recht is daarvoor doorslaggevend. Mogelijk zijn de rechtspersoon en zijn wederpartij arbitrage overeengekomen.¹⁵ In dat geval zal het gaan om de inhoud van het oordeel van de bevoegde arbiter.¹⁶ De Ondernemingskamer hoeft zich dus niet vergaand te verdiepen in de vraag welke rechter bevoegdheid heeft, maar kan volstaan met de constatering dat zij zelf niet bevoegd is. Partijen bij de enquêteprocedure zouden van mening kunnen verschillen over welke rechter, de Nederlandse of een vreemde of een arbiter, bevoegd is. Ook dan geldt dat de Ondernemingskamer niet in dat twistpunt hoeft te treden.

6.3 De Ondernemingskamer en het oordeel van de bevoegde rechter

[195] Aangezien de Ondernemingskamer zelf niet bevoegd is te oordelen over de inhoud van de vermogensrechtelijke betrekking van de rechtspersoon, moet ze bij haar beslissing over een voorziening die mogelijk conflicteert met die betrekking, afgaan op het oordeel van een andere, bevoegde rechter. Als zich nog geen (bevoegde) rechter heeft uitgelaten over de contractuele verhouding, maakt ze zich een voorstelling van dat oordeel.¹⁷ Dat is dus een voorstelling van een toekomstig oordeel van de bevoegde rechter. Het is geen uitzondering dat een rechter zijn beslissing mede baseert op een prognose over een toekomstig oordeel van een andere rechter. De voorzieningenrechter doet het: hij dient zich in het algemeen een voorstelling te maken van een toekomstig oordeel van de bodemrechter, waarop hij met zijn voorlopig oordeel vooruitloopt.¹⁸ Ten tijde van de beslissing door de

14. Wellicht wordt de beslissing van de wederpartij om wel of niet een procedure te entameren beïnvloed door bijzonderheden van het proces voor de bevoegde rechter. Dat wordt hier niet onderzocht.

15. Bijv. OK 21 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9691, *ARO* 2013/65 (Spebio). Er was een aantal overeenkomsten; op sommige was Frans recht van toepassing, op andere Nederlands recht. In een van de overeenkomsten was het Nederlands Arbitrage Instituut bevoegd verklaard (r.o. 2.8-2.1). Zie over de procedurele verwikkelingen r.o. 2.22-2.24. De Ondernemingskamer slaat acht op de arbitrale uitspraak (r.o. 3.3). Zie ook 6.3.

16. Art. 1073 Rv is voor het toepasselijke arbitragerecht van belang.

17. De Ondernemingskamer heeft overwogen dat, waar zij zelf niet bevoegd is over een (rechts) vraag te oordelen, zij “in het geval dat dienaangaande een beslissing van de bevoegde rechter niet voorhanden is, zich over die (rechts)vraag een oordeel dient te vormen” (OK 21 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC7530, *ARO* 2008/79 (Yukos), r.o. 3.5). Dat oordeel geldt in de enquêteprocedure als uitgangspunt.

18. En hij dient zich daar in beginsel naar te richten (HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1705, *NJ* 1996/462, r.o. 3.4). De verhouding tussen de voorzieningenrechter en de bodemrechter

Ondernemingskamer, staat veelal niet vast of de bevoegde rechter zal worden geroepen om te oordelen over de vermogensrechtelijke betrekking van de rechtspersoon. In die zin maakt de Ondernemingskamer zich een voorstelling van een *mogelijk* toekomstig oordeel.

6.3.1 Verhouding tussen voorzieningenrechter en bodemrechter; de afstemmingsregel

[196] De verhouding tussen de civiele bodemrechter en de voorzieningenrechter wordt gekenmerkt door artikel 257 Rv. Een beslissing in een civiele bodemprocedure prevaleert boven een uitspraak in kort geding over hetzelfde geschil. Als de bodemrechter anders oordeelt dan eerder de voorzieningenrechter deed, verliest de beslissing van deze laatste haar kracht.¹⁹

Ook bij een andere chronologie, als de bodemrechter eerder heeft beslist dan de voorzieningenrechter, moet deze laatste bij zijn beslissing over een voorlopige voorziening zijn oordeel in beginsel afstemmen op dat van de bodemrechter.²⁰ Dit wordt aangeduid met de ‘afstemmingsregel’.²¹ Het maakt daarbij niet uit of het oordeel van de bodemrechter is vervat in een tussenvonnis of een eindvonnis, is opgenomen in overwegingen dan wel het dictum, en evenmin of het nog onderhevig is aan een rechtsmiddel.²² Uitzonderingen op de afstemmingsregel zijn mogelijk, onder meer als het bodemvonnis klaarblijkelijk op een misslag berust terwijl de beslissing op een aangewend rechtsmiddel niet kan worden afgewacht.²³

Het primaat van het oordeel van de bodemrechter vindt rechtvaardiging in het verschil in aard tussen de procedures. De bodemprocedure is met meer waarborgen omgeven dan het kort geding. Die waarborgen krijgen voor een belangrijk deel inhoud door het verschijnen van de gedaagde partij en een daadwerkelijk partijdebat. Krans ziet daarin redenen om de afstemmingsregel te

komt hierna uitvoeriger aan de orde.

19. HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5870 (Staat/NVV c.s.). Zie over de gevolgen voor de beslissing van de voorzieningenrechter uitvoeriger: Van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod (BPP nr. 19)* 2019/67.
20. HR 7 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0015 (Yukos/Promneftstroy en Rosneft); HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5870 (Staat/NVV c.s.). Deze chronologie kan bijvoorbeeld optreden als van het kort geding vonnis hoger beroep is ingesteld, dat wordt behandeld nadat de bodemrechter heeft beslist.
21. Krans merkt op dat de Hoge Raad deze term gebruikt in HR 7 januari 2011 (Yukos/-Promneftstroy en Rosneft) r.o. 3.4.3 (H.B. Krans, annotatie bij HR 7 januari 2011, *NJ* 2011/304, nr. 5).
22. HR 7 januari 2011 (Yukos/Promneftstroy en Rosneft), r.o. 3.4.2.; HR 19 mei 2000 (Staat/NVV c.s.), r.o. 3.2.
23. HR 7 januari 2011 (Yukos/Promneftstroy en Rosneft), r.o. 3.4.2. Een andere uitzondering betreft “een zodanige wijziging van omstandigheden dat moet worden aangenomen dat de bodemrechter ingeval hij daarvan op de hoogte zou zijn geweest, tot een andere beslissing zou zijn gekomen”.

beperken tot contradictoire bodemprocedures.²⁴ De Hoge Raad lijkt toepassing van de afstemmingsregel inderdaad voor te behouden aan bodemprocedures op tegenspraak. Hij heeft in de zaak KB-Lux overwogen, dat aan de afstemmingsregel ten grondslag ligt dat de rechtsverhouding tussen partijen in een contradictoire bodemprocedure, zo nodig na bewijslevering en rapportage door deskundigen, in beginsel bindend tussen partijen wordt vastgesteld, hetgeen in kort geding niet het geval is.²⁵

In beginsel is het voor toepasselijkheid van de afstemmingsregeling nodig dat het kort geding en de bodemprocedure tussen dezelfde partijen wordt gevoerd. Dat sluit, meen ik, aan bij deze door de Hoge Raad geformuleerde grondslag, waarvan bindende vaststelling van een rechtsverhouding tussen partijen de kern vormt. Krans leidt uit het arrest van de Hoge Raad inzake Yukos/Promneftstroy en Rosneft af dat uitzonderingen mogelijk zijn; volgens hem is niet vereist dat in het kort geding exact dezelfde partijen optreden als in de bodemprocedure.²⁶ In die uitspraak is niet expliciet vermeld welke omstandigheden een uitzondering rechtvaardigen.²⁷

Het is niet nodig dat in kort geding en bodemprocedure precies dezelfde rechtsvraag is voorgelegd.²⁸ Volgens Krans draait het bij de toepasselijkheid van de afstemmingsregeling om de mate van verwantschap tussen de procedures en de samenhang tussen de rechtsvragen.²⁹

[197] De afstemmingsregel vindt niet alleen toepassing als de bodemrechter een burgerlijke rechter is. Ook in de verhouding tussen de bestuursrechter en de (burgerlijke) voorzieningenrechter speelt deze een rol. De Hoge Raad heeft overwogen dat de voorzieningenrechter, als voor zijn beoordeling de rechtmatigheid van een bestuursbesluit van belang is, zijn oordeel over de

24. H.B. Krans, annotatie bij HR 7 januari 2011, *NJ* 2011/304, nr. 20.

25. HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128 (KB-Lux), r.o. 3.3.3.

26. H.B. Krans, annotatie bij HR 7 januari 2011, *NJ* 2011/304, nr. 8, 9, 12. Anders: Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 257 Rv, aant. 5 (online, bijgewerkt t/m 8 september 2019).

27. In de bodemzaak had de rechtbank geoordeeld – kort gezegd – dat de benoeming in Rusland van een curator van Yukos Oil in Nederland niet kon worden erkend. Deze curator had aandelen verkocht. De koper was geen partij in de bodemzaak. In kort geding kwam zij op in de hoedanigheid van aandeelhouder. Die hoedanigheid werd betwist. Zij had de aandelen geleverd gekregen van de curator, wiens benoeming ingevolge het oordeel van de bodemrechter niet werd erkend. De rechtsvraag in het kort geding, of hij tot levering bevoegd was en diengevolge de koper rechtsgeldig aandeelhouder was geworden, lag daarmee in het verlengde van het oordeel van de bodemrechter. Het ligt voor de hand dat deze omstandigheid aanleiding is voor de uitzondering op het beginsel dat de afstemmingsregeling toepasselijk is als in het kort geding en de bodemprocedure dezelfde partijen optreden. Of voor de uitzondering voldoende is dat de te beoordelen rechtsvragen in elkaars verlengde liggen, of dat er bijkomende voorwaarden zijn, is uit het arrest niet met zekerheid af te leiden. Zie over de casus van Yukos ook 6.3.2.

28. HR 7 januari 2011 (Yukos/Promneftstroy en Rosneft), r.o. 3.4.3.

29. H.B. Krans, annotatie bij HR 7 januari 2011, *NJ* 2011/304, nr. 10 en 11.

rechtmatigheid van dat besluit in beginsel moet afstemmen op het oordeel van de bestuursrechter.³⁰ Aan die verplichting liggen de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter en het beginsel van formele rechtskracht ten grondslag. Dat beginsel houdt in, dat indien tegen een besluit van een bestuursorgaan een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan, de burgerlijke rechter uit moet gaan van de rechtmatigheid van (de totstandkoming en de inhoud van) het besluit, zolang het niet is vernietigd.³¹ Of een bestuursrechtelijk besluit formele rechtskracht heeft, hangt dus af van de (mogelijkheid van) beoordeling in een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang.³² De regel van formele rechtskracht, vermeldt Lindijer, voorkomt tegengestelde beslissingen van de bestuursrechter en de burgerlijke rechter. Daarmee is het vertrouwen in de rechtspraak gediend.³³

De voorzieningenrechter kan ook stuiten op geschilpunten die niet de geldigheid van het besluit betreffen. Als hij zulke geschilpunten beoordeelt, is hij daarbij niet gebonden aan inhoudelijke overwegingen van de bestuursrechter.³⁴

[198] Uit de zojuist vermelde jurisprudentie kan de grondslag van de afstemmingsregel worden afgelezen.³⁵ En het toepassingsgebied is er in aangeduid. Daarmee is de ratio van de regel nog niet gegeven. De ratio moet, lijkt me, gezocht worden in de rechtszekerheid: het doel is het voorkomen van tegenstrijdige rechterlijke uitspraken.³⁶ De KB-Lux uitspraak wijst ook op die ratio. Uit dat arrest blijkt dat de toepasselijkheid van de afstemmingsregel op beslissingen van de bestuursrechter mede berust op de formele rechtskracht.³⁷ Dat beginsel voorkomt tegengestelde beslissingen. De afstemmingsregel kan worden beschouwd als wegwijzer voor situaties van dreigende tegenstelling tussen beslissingen van voorzieningenrechters en eerdere beslissingen van

30. HR 24 april 2015 (KB-Lux), r.o. 3.3.4.

31. Scheltema, *NTBR* 2009/23. Dat geldt ook als geen gebruik is gemaakt van die met waarborgen omklede procedure.

32. Zie ook concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2014:2345, bij HR 24 april 2015, 7.1.

33. Lindijer 2006, 273. Zie over het element van rechtszekerheid ook concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2004:AO3167, bij HR 7 mei 2004, 2.2.

34. Zodanige gebondenheid vloeit niet voort uit het beginsel van de formele rechtskracht. Over feiten die de bestuursrechter in zijn oordeel heeft betrokken, dient de civiele rechter, dus ook de voorzieningenrechter, zich derhalve zelfstandig een oordeel te vormen (HR 24 april 2015 (KB-Lux), r.o. 3.3.4). Van Angeren leidt uit HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661 (Staat-Stichting Beheer SNS Reaal e.a.) af, dat de voorzieningenrechter ook zelfstandig over vragen van juridische aard kan oordelen (Van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak (R&P nr. SB7)* 2019/81, 2).

35. Voor de grondslag zoals geformuleerd in het KB-Lux arrest, zie nr. 197.

36. Snijders stipt het punt van de rechtszekerheid in verband met de afstemmingsregel zijdelings aan (H.J. Snijders, annotatie bij HR 19 mei 2000, *NJ* 2001/407, nr. 2.a.). Mogelijk doelt hij op een aanverwante vorm van rechtszekerheid, namelijk de zekerheid dat men houvast kan ontleen aan een rechterlijke beslissing. Zie over die vorm ook: concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2004:AO3167, bij HR 7 mei 2004, 2.2.

37. Zie nr. 197.

HOOFDSTUK 6

bodemrechters. Uitgedrukt in termen van zijn ratio, voorkomt de afstemmingsregel dat de rechtsgevolgen van de beslissing van de voorzieningenrechter onverenigbaar zijn met de rechtsgevolgen van de beslissing van de bodemrechter. Daarop voortbordurend zou ik ‘samenhangende rechtsvragen’ willen verstaan als: rechtsvragen die kunnen leiden tot rechterlijke oordelen, die naar hun rechtsgevolgen onverenigbaar zijn.

6.3.2 De toepasselijkheid van de afstemmingsregel in de enquêteprocedure

[199] Beschouwt men de enquêteprocedure in het licht van de door de Hoge Raad geformuleerde grondslag van de afstemmingsregel, dan valt het volgende op.³⁸ De eerste fase van de enquêteprocedure is niet een contradictoire procedure waarin rechtsverhoudingen tussen partijen bindend kunnen worden vastgesteld.³⁹ Voor bewijslevering en rapportage door deskundigen is voorafgaand aan het oordeel in de eerste fase (de facto) geen plaats.⁴⁰ In de eerste fase van de procedure zijn de oordelen in wezen gebaseerd op twijfel over het beleid van de rechtspersoon, waarover pas in de tweede fase, na het onderzoek, uitsluitel kan worden verkregen.⁴¹ Dat zijn redenen voor toepassing van de afstemmingsregel in de eerste fase van de enquêteprocedure, in die zin dat de enquêterechter zich dient te richten naar een eerdere beslissing van een gewone civiele rechter in een bodemprocedure. Voor de beslissing over een onmiddellijke voorziening geldt dat eens te meer; die komt tot stand na een onderdeel van de enquêteprocedure, dat met beperkte waarborgen is omgeven en wel wordt vergeleken met het kort geding.⁴² Er zijn echter redenen om aan te nemen dat de rol van de afstemmingsregel in de enquêteprocedure beperkt is. Die redenen worden hieronder uiteengezet.

[200] Verwantschap van procedures en samenhang van rechtsvragen kunnen nauwelijks los van elkaar gezien worden. Of een civiele bodemprocedure en een enquêteprocedure voldoende verwantschap vertonen en of de in die procedures voorliggende rechtsvragen voldoende samenhangen om de afstemmingsregel toe te passen, kan alleen in de omstandigheden van het geval worden vastgesteld. Wel kan in het algemeen het volgende worden opgemerkt over de verschillen in aard tussen de civiele bodemprocedure en de enquêteprocedure.

38. Aan de afstemmingsregel ligt ten grondslag dat de rechtsverhouding tussen partijen in een contradictoire bodemprocedure, zo nodig na bewijslevering en rapportage door deskundigen, in beginsel bindend tussen partijen wordt vastgesteld, hetgeen in kort geding niet het geval is (HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128 (KB-Lux), r.o. 3.3.3). Zie hierover 6.3.1.

39. Over het karakter van de enquêteprocedure zie 2.6. en 2.7.

40. Dat hangt samen met het spoedeisend karakter van de procedure (art.2:349a lid 1 BW). Zie ook nr. 192 en nt. 44 bij 5.4.

41. Vgl. nr. 168.

42. Zie 2.6, 2.7 en nr. 106.

Enerzijds is de enquêteprocedure een rechtsgang met de Ondernemingskamer als exclusief bevoegde rechter.⁴³ Anderzijds is de gewone burgerlijke rechter exclusief bevoegd ter zake van (ondernemingsrechtelijke) rechtsvragen over de inhoud van ondernemingsrechtelijke rechtsbetrekkingen en ter zake van contractuele relaties van de rechtspersoon.⁴⁴ Die betrekkingen kan hij bindend vaststellen. Storm merkt op dat met het enquêterecht beoogd wordt in te grijpen in het functioneren van een onderneming. Daarmee verschilt het enquêterecht wezenlijk van het overige ondernemingsrecht.⁴⁵ Bij de gewone burgerlijke rechter gaat het om handhaving van rechten. Willems spreekt over “twee afzonderlijke kolommen van exclusieve rechterlijke bevoegdheid”.⁴⁶ Hij wijst er op dat het enquêterecht geen materieel ondernemingsrecht inhoudt en ook geen regeling van rechtsvordering behelst.⁴⁷ Het enquêterecht is een juridisch instrument waarmee de rechter in het kader van de enquêteprocedure kan ingrijpen in het beleid van de rechtspersoon en zijn onderneming.⁴⁸ Dat instrument ontbeert de civiele rechter die oordeelt over de inhoud van rechtsbetrekkingen. Er zij op gewezen dat dit instrument ook valt te onderscheiden van de maatregelen die de voorzieningenrechter treft. Die laatste maatregelen lopen vooruit op het beoordelen en vaststellen van rechtsbetrekkingen in de civiele bodemprocedure. De bevoegdheid tot (blijvende) ingrepen in het beleid heeft de voorzieningenrechter niet. Het karakter van de enquêteprocedure correspondeert in dit opzicht niet met de aard van de procedure voor de gewone civiele rechter.⁴⁹ Dit verschil in aard tussen de beide procedures moet niet worden verward met het verschil in aard tussen de kortgedingprocedure en de bodemprocedure, dat is beschreven in 6.3.1. Dat laatste verschil, dat aan de afstemmingsregel ten grondslag ligt, ziet op de waarborgen in die procedures.

Concrete procedures kunnen op het eerste gezicht verwant zijn, zeker als min of meer hetzelfde feitencomplex voorligt. Ik meen dat het beschreven uiteenlopen van de karakters van de enquêteprocedure en de civiele bodemprocedure kan meebrengen, dat de verwantschap dan toch onvoldoende is voor toepasselijkheid van de afstemmingsregel.

43. Voor bijzonderheden over de procedure zie 2.4-2.7.

44. Bijv.: de gewone burgerlijke rechter beoordeelt of iemand aandeelhouder is (OK 21 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC7530, ARO 2008/79 (Yukos), r.o. 3.5). De aanduiding ‘venootschapsrechtelijke betrekkingen’ is ook gangbaar. Tot de jurisdictie van de gewone burgerlijke rechter horen meer procedures die zijn gebaseerd op bepalingen van Boek 2 BW, bijvoorbeeld vorderingen op grond van onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder (art. 2:9 BW).

45. Storm 2018, 2.1.

46. Willems 2016, p. 2.

47. Het enquêterecht rekent hij, evenals de procedure op de voet van art. 26 WOR, tot het ‘processuele ondernemingsrecht’ van de Ondernemingskamer (Willems 2016, p. 2). De procedureregels voor de enquêteprocedure worden ontleend aan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

48. Willems spreekt over “corporate en business policy” (Willems 2016, p. 2).

49. Zowel de bodemrechter als de voorzieningenrechter.

[201] Ook de mate van samenhang tussen de rechtsvraag in de contradictoire civiele procedure en de rechtsvraag in de enquêteprocedure, hangt af van de omstandigheden van het geval. Met betrekking tot de mogelijke mate van samenhang kan het volgende worden bedacht. De beoordeling in de enquêteprocedure van het beleid en het functioneren van een rechtspersoon komt neer op beoordeling van gedrag. Het vertoonde gedrag wordt afgezet tegen een norm, namelijk hoe het gedrag zou moeten zijn.⁵⁰ Een door Timmerman gemaakt onderscheid kan licht werpen op het type rechtsvragen dat dan beoordeeld wordt.⁵¹ Hij onderscheidt gedragsvraagstukken van structuurvraagstukken. Die tweede categorie gaat over de inrichting van vennootschappen en de interne rechtsposities.⁵² Hij betoogt dat rechtszekerheid voorop hoort te staan bij rechterlijke beoordeling van vragen over de structuur van een vennootschap. Daarentegen is een hoofdrol weggelegd voor redelijkheid en billijkheid, als – achteraf – gedrag wordt beoordeeld en zo nodig aan de hand van de omstandigheden van het geval – achteraf – de gedragsnorm wordt bepaald.

In de enquêteprocedure wordt bij de beoordeling van het functioneren van een rechtspersoon de norm van redelijkheid en billijkheid gehanteerd. Dat klinkt door in de omschrijving door Van Solinge en Nieuwe Weme van het begrip wanbeleid. Volgens hen is wanbeleid in de kern genomen een schending van de norm van redelijkheid en billijkheid.⁵³

Als de gewone civiele rechter oordeelt over de inhoud van ondernemingsrechtelijke betrekkingen, beoordeelt hij rechtsvragen in het kader van structuurvraagstukken. Die rechtsvragen liggen in een ander domein dan de thema's waarover de enquêterechter beslist, die zich beweegt op het gebied van de ondernemingsrechtelijke gedragsnormen. Ook rechtsvragen over andere vermogensrechtelijke betrekkingen, waarover de gewone burgerlijke rechter oordeelt, liggen buiten het gedragsnormen-domein van de enquêterechter.

Kunnen rechtsvragen uit deze verschillende domeinen bij beoordeling door verschillende rechters resulteren in verschillende, onverenigbare rechtsgevolgen? Die vraag is relevant als de mogelijke onverenigbaarheid cruciaal is voor de samenhang tussen de rechtsvragen, zoals in nr. 198 is gesuggereerd.

50. Dat is het gedrag van de 'maatman'. Over de maatman zie Castermans 2008. Hij noemt de maatman een meetinstrument van het burgerlijk recht en geeft een overzicht van methoden van vormgeven van de maatman.

51. Timmerman, *WPNR* 2013/6969. Het onderscheid valt niet één op één samen met het verschil tussen de rechtsvragen in de bodemprocedure en de geschilpunten in de enquêteprocedure.

52. Die bepaald worden door betrekkingen van vermogensrechtelijk aard, zie bijv. OK 21 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC7530, *ARO* 2008/79 (Yukos), r.o. 3.5.

53. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/790. Ook zo: Eikelboom 2017, p. 8.3.2.4, nt. 29. Die omschrijving spreekt mij aan. Er dringen zich deze vragen op: zijn niet alle rechtsregels (ook structuur- en ordeningsregels) uiteindelijk 'gestolde' redelijkheid en billijkheid; is niet elke schending van rechtsregels uiteindelijk schending van redelijkheid en billijkheid? Dit zijn vragen van meer filosofische aard, die in het kader van dit onderzoek niet worden besproken.

Beoordeling van structuurvragen hebben vastgestelde rechtsverhoudingen en verplichtingen tot rechtsgevolg. Enquêteverzoeken zijn gericht op ander-soortige rechtsgevolgen: vaststelling dat het beleid niet deugt; ingrepen in het beleid. Waar rechtsvragen uit verschillende domeinen resulteren in ongelijk-soortige rechtsgevolgen, lijkt het me niet erg voor de hand liggend, dat die rechtgevolgen onverenigbaar zijn. Bij het ontbreken van onverenigbaarheid van de rechtsgevolgen, zou er ook weinig samenhang tussen de rechtsvragen zijn. De (structuur)rechtsvragen in de civiele bodemprocedure en de enquête-rechtelijke vragen in de enquêteprocedure zouden dan onvoldoende samenhangen voor toepassing van de afstemmingsregel in de enquêteprocedure.

[202] De Ondernemingskamer beoordeelt in de eerste fase van enquêteprocedures geen structuurvragen; ze stelt de inhoud van ondernemingsrechtelijke betrekkingen niet bindend vast.⁵⁴ Ze begeeft zich dus niet op het terrein van de gewone burgerlijke rechter. Wel kan ze te maken krijgen met structuurvraagstukken die behoren tot het domein van die rechter.⁵⁵ Dat deed zich voor toen een enquête bij Yukos Finance B.V. en Yukos International UK werd verzocht.⁵⁶ De enquêtegerechtigdheid van verzoekers, die hun bevoegdheid baseerden op de hoedanigheid van aandeelhouder van Yukos Finance, werd ter discussie gesteld.⁵⁷ De enquêterechter diende te beslissen over de ontvankelijkheid, die afhankelijk was van het aandeelhouderschap van de verzoekers. Opgemerkt zij, dat het ontvankelijkheidsoordeel geen inhoudelijk enquête-rechtelijk oordeel over gedrag betreft. Of iemand wel of niet aandeelhouder is van een vennootschap, is een structuurkwestie, het betreft de inhoud van een interne rechtsbetrekking van de rechtspersoon. De verzoekers claimden aandeelhouder te zijn geworden, doordat de curator van Yukos Oil hen de aandelen Yukos Finance had verkocht en geleverd. De Rechtbank Amsterdam had eerder (in een bodemprocedure) geoordeeld dat de curator niet bevoegd was en dat door hem genomen aandeelhoudersbesluiten nietig waren.⁵⁸ De Ondernemingskamer oordeelde dat niet kon worden aangenomen dat verzoekers

54. Zie nr. 193 over vaststelling van die betrekkingen in de tweede fase. Wel kan de Ondernemingskamer de inhoud van ondernemingsrechtelijke betrekkingen tijdelijk wijzigen door middel van onmiddellijke voorzieningen. Die beslissingen zijn bindend in zoverre ze niet worden gecasseerd.

55. Zie nr. 203 over de beoordeling van contractuele verplichtingen door de Ondernemingskamer.

56. OK 21 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC7530, ARO 2008/79 (Yukos). In Moskou was Yukos Oil failliet verklaard. De aangestelde curator had namens Yukos Oil aandeelhoudersbesluiten genomen. Zie over deze casus ook 6.3.1.

57. Zie 2.5.2. over de enquêtebevoegdheid van aandeelhouders.

58. Rb. Amsterdam 31 oktober 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB6782 (Yukos). Over de bevoegdheid van de Russische curator zijn in Nederland kort gedingen en een bodemprocedure gevoerd. Zie ook 6.3.1. Dit oordeel over de rechtsgeldigheid van uitgeoefende vennootschapsrechtelijke bevoegdheden betreft een structuurvraagstuk.

eigenaar van de aandelen waren geworden.⁵⁹ Ze legde aan dat oordeel de door de rechtbank uitgesproken onbevoegdheid van de curator ten grondslag.⁶⁰ De enquêtebeschikking houdt in dat, nu de gewone, absoluut bevoegde civiele rechter in de bodemprocedure heeft beslist, die beslissing door de Ondernemingskamer in de enquêteprocedure moet worden gevolgd.⁶¹ Er valt een parallel te bespeuren met het door de Hoge Raad beoordeelde geval van KB-Lux. Er was niet slechts sprake van een eerdere beslissing in een met waarborgen omklede bodemprocedure, bovendien was het eerdere oordeel gegeven door de bevoegde rechter, terwijl de later oordelende rechter – in de zaak Yukos: de Ondernemingskamer – op dat punt juist niet bevoegd was.⁶² Het geval Yukos laat dus het volgende zien. De Ondernemingskamer, geconfronteerd met een structuur-rechtsvraag die behoort tot het domein van de gewone burgerlijke rechter, stemt haar beslissing in de enquêteprocedure af op het oordeel van de bevoegde rechter.

Een van de verzoekers in de Yukos-enquêteprocedure was geen partij geweest in de procedure voor de Rechtbank Amsterdam. De Ondernemingskamer haakte aan bij artikel 236 lid 2 Rv en overwoog dat het vonnis van de rechtbank ook jegens die partij als uitgangspunt in de enquêteprocedure geldt.⁶³ Bovendien achtte zij niet aannemelijk dat de gewone civiele rechter, in een procedure waarin die partij wel betrokken zou zijn, tot een ander oordeel zou komen.⁶⁴ Daarmee geeft deze uitspraak blijk van de ook door Krans verwoorde opvatting, dat voor afstemming de partijen in beide procedures niet precies dezelfde hoeven te zijn.⁶⁵

[203] Voor de goede orde zij er op gewezen, dat rechtsvragen over contractuele verhoudingen niet helemaal vergelijkbaar zijn met structuurrechtsvragen over de inrichting van vennootschappen en de interne rechtsposities. Ze hebben met structuurvragen gemeen, dat ze gaan over vermogensrechtelijke betrekkingen. Over gedragskwesties gaan ze in wezen niet. Wel kunnen gedragsnormen een rol in de beoordeling spelen, bijvoorbeeld bij de vraag of er overmacht van de schuldenaar is.⁶⁶

59. De Ondernemingskamer beslist over ontvankelijkheid van de verzoekers, maar stelt het aandeelhouderschap – de rechtsbetrekking – niet bindend vast.

60. OK 21 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC7530, *ARO* 2008/79 (Yukos), r.o. 3.12-3.16.

61. OK 21 maart 2008 (Yukos), r.o. 3.6. De verzoekers werden in de enquêteprocedure niet enquêtebevoegd bevonden en werden niet-ontvankelijk verklaard.

62. In de zaak KB-Lux was de bestuursrechter – en niet de civiele rechter – bevoegd ter zake van de rechtmatigheid van het bestuursbesluit en in de zaak Yukos was de gewone civiele rechter – en niet de Ondernemingskamer – bevoegd te oordelen over het aandeelhouderschap.

63. OK 21 maart 2008 (Yukos), r.o. 3.9.

64. OK 21 maart 2008 (Yukos), r.o. 3.11.

65. H.B. Krans, annotatie bij HR 7 januari 2011, *NJ* 2011/304, nr. 8, 9, 12. Zie hierover 6.3.1.

66. Zie over overmacht 7.8.2.

Als de Ondernemingskamer een voorziening treft die conflicteert met een contractuele verplichting van de rechtspersoon, beoordeelt zij niet de rechtsvraag ‘welke inhoud heeft de verplichting’.⁶⁷ Die vraag staat in de enquêteprocedure niet ter discussie. Het bestaan van een verplichting met een bepaalde strekking is in de enquêteprocedure uitgangspunt. Tussen partijen in de enquêteprocedure kan onenigheid bestaan over de precieze inhoud van de verplichting. Ook dan stelt de Ondernemingskamer die inhoud niet vast.⁶⁸ De onmiddellijke voorziening, die het nakomen van een verplichting met een bepaalde strekking belemmert, wordt dan getroffen voor het geval en voor zover de verplichting die strekking heeft. De strekking van de verplichting hoeft niet vast staan in de enquêteprocedure, om er een onmiddellijke voorziening op toe te snijden. De rechtsvraag naar de inhoud van een verplichting speelt in die zin in de enquêteprocedure geen rol. Dat is niet anders, indien een gewone civiele rechter al over de inhoud van de contractuele verplichting van de rechtspersoon heeft geoordeeld en deze heeft vastgesteld.⁶⁹

De Ondernemingskamer treedt dus niet in een structuurvraag als ze beslist over voorzieningen die kunnen conflicteren met contractuele verplichtingen van de rechtspersoon. Ik vind het ook daarom onaannemelijk dat de afstemmingsregel toepasselijk is bij die categorie beslissingen, die in dit onderzoek centraal staat.⁷⁰

[204] Ook aan de gewone burgerlijke rechter worden wel gedragskwesties voorgelegd. Dat gebeurt bijvoorbeeld in procedures over bestuurdersaansprakelijkheid en, in de eerste aanleg, in geschillenregelingsprocedures.⁷¹ Als de oordelen van die rechter en de enquêterechter over gedragsvraagstukken tot onverenigbare rechtsgevolgen kunnen leiden, zou dat aanleiding kunnen zijn voor toepassing van de afstemmingsregel.⁷²

67. Dat is een vraag naar een vermogensrechtelijke betrekking.

68. Eikelboom merkt op dat de Ondernemingskamer in OK 31 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3680, *ARO* 2010/6 (Inter Access) de inhoud van een (aandeelhouders)overeenkomst uitlegt (Eikelboom 2017, p. 11.2.2). Ik veronderstel dat hem r.o. 3.14 voor ogen staat. Daarin staan bewoordingen als “aannemelijk is”, “geenszins valt uit te sluiten” en “indien in een meergenoemd artikel (...) is neergelegd, het beroep daarop bij de huidige stand van zaken (...) als onaanvaardbaar worden aangemerkt”. Die formuleringen zouden er op kunnen wijzen dat de Ondernemingskamer zich hier een voorstelling van de inhoud van verplichtingen maakt, dan wel, voor het geval de verplichtingen de beschreven inhoud hebben, de getroffen onmiddellijke voorziening motiveert. Of daarmee inhoud van de overeenkomst wordt vastgesteld, laat ik hier in het midden, gelet op mijn in 1.4 vermelde betrokkenheid. Vgl. nt. 44 bij 8.4.1.

69. De omstandigheid dat die rechter eerder oordeelt, brengt dus geen voorrang van de contractuele verplichting mee (vgl. onderzoeksvraag f.). Het eerdere oordeel van de burgerlijke rechter leidt niet tot geldigheid van het eerste scenario.

70. Naast de belemmeringen voor toepassing, die samenhangen met de verschillen in aard tussen de enquêteprocedure en de procedure voor de gewone civiele rechter, zoals in nr. 200 vermeld.

71. Art. 2:336 lid 3 BW.

72. Indien aan de overige voorwaarden voor toepassing is voldaan. Zie voor het toepassingsbereik 6.3.1. In hfdst. 9 wordt aandacht besteed aan beïnvloeding over en weer van (oordelen

HOOFDSTUK 6

6.3.3 Het oordeel van een andere rechter als informatiebron voor de Ondernemingskamer

[205] Als de afstemmingsregel in een concrete enquêteprocedure niet toepasselijk is, dan kan het oordeel van een andere rechter toch van belang zijn in die enquêteprocedure. Het oordeel van de andere rechter – al dan niet in een eindvonnis, in een dictum, in kracht van gewijsde – kan een indicatie inhouden over de rechtspositie van de wederpartij van de rechtspersoon. Voor de enquêterechter die zich een voorstelling van die rechtspositie wil maken is dat oordeel daarom een bron van informatie.⁷³ Naarmate de andere rechter zich concreter heeft uitgelaten over die rechtspositie, biedt zijn uitspraak de Ondernemingskamer meer houvast.

[206] Zo'n oordeel van een andere rechter waar de Ondernemingskamer informatie aan kan ontleen, kan ook een arbitrale uitspraak zijn. Uit haar beschikking in de zaak Spebio valt af te leiden dat de Ondernemingskamer acht slaat op arbitrale uitspraken over (tekortkomingen in de nakoming van) contractuele verplichtingen.⁷⁴

[207] In nr. 10 is opgemerkt dat de rechtspersoon er belang bij heeft dat de Ondernemingskamer een zo goed mogelijk beeld krijgt van de positie van de wederpartij. Vanuit dat oogpunt doet de rechtspersoon er goed aan om de Ondernemingskamer op zo'n uitspraak van een andere rechter te wijzen, ook als die uitspraak hem onwelgevallig is. Bij de onmiddellijke voorziening zijn ook de verzoeker en mogelijk belanghebbenden betrokken. Die kunnen belang hebben bij kennisneming door de Ondernemingskamer van een oordeel van een andere rechter. Maar voor die partijen valt dat in het algemeen niet te zeggen. Onder omstandigheden kan zo'n partij het juist in zijn belang achten om de Ondernemingskamer over de rechtspositie van de wederpartij in het ongewisse te laten.

6.4 Toepasselijk vreemd recht

[208] De vraag hoe de bevoegde rechter zal oordelen over de contractuele betrekking tussen de rechtspersoon en zijn wederpartij, moet worden beantwoord naar het recht dat van toepassing is op de overeenkomst. Als Nederlands recht van toepassing is maakt de Ondernemingskamer zich een voorstelling

over) gedragsvraagstukken in bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures en (oordelen over) verkeersopvattingen over het risico voor het niet nakomen van contractuele verplichtingen ten gevolge van een onmiddellijke voorziening.

73. Vgl. nr. 195.

74. OK 21 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9691, *ARO* 2013/65 (Spebio), r.o. 3.3.

van dat oordeel. Als vreemd recht van toepassing is, zal de Ondernemingskamer naar alle waarschijnlijkheid voorlichting over de inhoud van dat recht nodig hebben.⁷⁵ Over de vermoedelijke uitkomst van een eventuele arbitrage kan eveneens behoefte aan inlichtingen zijn. Partijen kunnen voorlichting – ook over andere thema's – in hun processtukken opnemen. Bedacht moet worden dat de enquêteprocedure voor uitvoerige voorlichting weinig ruimte biedt. Dat is inherent aan het door de wetgever bepaalde karakter van de procedure. Bij beslissingen over onmiddellijke voorzieningen is er, vanwege het element van spoedeisendheid, nog minder plaats voor. Summiere voorlichting kan een beperkende factor zijn voor het inzicht dat de Ondernemingskamer verkrijgt in het toepasselijke recht en daarmee in het vermoedelijke oordeel van de bevoegde rechter.

[209] Niet valt uit te sluiten dat de in de enquêteprocedure verschenen partijen van mening verschillen over het recht dat van toepassing is op de contractuele verplichting van de rechtspersoon. Daarnaast kan over de inhoud van het toepasselijke recht onenigheid bestaan. De beslissing daarover is voorbehouden aan de bevoegde rechter. Ook voor uitvoerig debat over en beoordeling van deze mogelijke geschilpunten is binnen de enquêteprocedure naar haar aard nauwelijks ruimte.⁷⁶ Zulke meningsverschillen zijn een extra handicap voor de Ondernemingskamer. De gegevens, die haar een beeld kunnen verschaffen van het (toekomstige) oordeel van de bevoegde rechter, zijn dan betwist, hetgeen de onzekerheid over dat oordeel vergroot. Haar inzicht in de positie van de wederpartij van de rechtspersoon kan dan wankel gefundeerd of gebrekkig zijn. Dat betekent onzekerheid over de rechten die de wederpartij kan laten gelden als een onmiddellijke voorziening botst met een contractuele verplichting van de rechtspersoon. Eventuele negatieve effecten van de voorziening op de rechtspersoon zijn dan ongewis. Het ligt voor de hand dat de Ondernemingskamer met die onzekerheid rekening houdt bij haar beslissing over de onmiddellijke voorziening.

Overigens zijn niet alle geschilpunten over het toepasselijke recht en de inhoud ervan in dit verband relevant. Slechts geschilpunten die uiteenlopende conclusies over de rechtpositie van de wederpartij impliceren, leiden tot de beschreven toename van onzekerheid.

75. Rechtspersonen gaan overeenkomsten aan waarop vreemd recht van toepassing is. De mogelijkheden zijn zeer talrijk. Alleen al daarom blijven beschouwingen over de inhoud van vreemd recht achterwege. Dat geldt *mutatis mutandis* voor arbitrage.

76. Vgl. nr. 208.

6.5 Samenvatting en conclusie

[210] Om de rechtspositie van de wederpartij van de rechtspersoon in de beslissing over een onmiddellijke voorziening te kunnen betrekken, heeft de Ondernemingskamer inzicht nodig in die rechtspositie (onderzoeksvraag a.). Dat inzicht wordt verschaft door het oordeel van de rechter onder wiens jurisdictie de contractuele verhouding tussen de rechtspersoon en de wederpartij valt. Die rechter is bevoegd de rechtspositie van de wederpartij vast te stellen. De verhouding tussen het oordeel van de Nederlandse bevoegde rechter en de beslissing van de Ondernemingskamer wordt sterk bepaald door de verschillen tussen de procedure voor die bevoegde rechter en de enquêteprocedure.

In de eerste fase van de enquêteprocedure worden geen rechtsverhoudingen bindend vastgesteld en het is geen contradictoire procedure. Waar een onmiddellijke voorziening wordt getroffen, vertoont de procedure trekken van het kort geding. Dat zijn factoren die er op wijzen dat de enquêterechter de afstemmingsregel in acht moet nemen, als de gewone rechter in een bodemprocedure heeft geoordeeld. Beschouwingen over de verwantschap tussen de procedures en de mogelijke samenhang tussen de voorgelegde rechtsvragen, hebben echter kanttekeningen opgeleverd over de toepasselijkheid van de afstemmingsregel in de enquêteprocedure (6.3.2). De enquêteprocedure draait om het beleid van de rechtspersoon en geeft de rechter mogelijkheid daarin te interveniëren. In die zin heeft de enquêteprocedure een ander karakter dan de (bodem)procedure voor de gewone civiele rechter. Deze laatste heeft niet het instrumentarium om in te grijpen in beleid. Dat geldt ook voor de voorzieningenrechter. Diens maatregelen zijn geen interventies in beleid, ze lopen vooruit op oordelen in de bodemprocedure. Meestal ontbreekt de voor toepasselijkheid van de afstemmingsregel vereiste verwantschap tussen een bodemprocedure en een enquêteprocedure. De thema's die in enquêteprocedures worden beoordeeld betreffen het functioneren van de rechtspersoon. De enquêteprocedure culmineert in een oordeel over wanbeleid, dat wil zeggen een oordeel over schending van redelijkheid en billijkheid. In geval de gewone civiele bodemrechter de inrichting van een rechtspersoon en de inhoud van interne rechtsposities vaststelt, oordeelt hij over andersoortige rechtsvragen, die gericht zijn op andersoortige rechtsgevolgen, dan de vragen waarover de enquêterechter oordeelt. Onverenigbaarheid van ongelijksoortige rechtsgevolgen lijkt niet voor de hand te liggen. Mijns inziens kan dat betekenen, dat er relatief weinig samenhang bestaat tussen de rechtsvragen, die de gewone rechter beantwoordt, en de rechtsvragen, waarmee de Ondernemingskamer wordt geconfronteerd. Dan vormt de ongelijksoortigheid van de rechtsvragen een obstakel om de afstemmingsregel toe te passen in de enquêteprocedure.

De conclusie is dat de afstemmingsregel onder omstandigheden kan worden toegepast in de enquêteprocedure.

De enquête rechter begeeft zich niet op het terrein van de gewone burgerlijke rechter, als hij een onmiddellijke voorziening treft die conflicteert met een contractuele verplichting van de rechtspersoon. Hij beoordeelt noch het bestaan van de verplichting, noch de inhoud ervan, maar neemt tot uitgangspunt dat de rechtspersoon een verplichting heeft. Hieraan verbind ik de conclusie, dat de afstemmingsregel niet van toepassing is op beslissingen over voorzieningen die interfereren met contractuele verplichtingen. Dat betekent dat de beslisruimte van de enquête rechter in die gevallen niet wordt beperkt door de afstemmingsregel. De afstemmingsregel brengt dan ook niet mee, dat (verplichtingen uit) contractuele verhoudingen de facto prevaleren boven (verplichtingen uit) onmiddellijke voorzieningen.⁷⁷ Aan de hand van de afstemmingsregel kan niet worden geconcludeerd dat het eerste scenario geldend recht is.

Ook als de afstemmingregeling niet toepasselijk is, kan de Ondernemingskamer informatie over de rechtspositie van de wederpartij ontlenen aan een uitspraak van een andere rechter.⁷⁸ Die informatie kan aanwijzingen inhouden over van de onmiddellijke voorziening te verwachten nadeel voor de rechtspersoon. De rechtspersoon heeft er daarom belang bij dat de Ondernemingskamer deze informatie in haar beslissing betreft. Hij kan in de enquête procedure de aandacht op zo'n rechterlijke uitspraak vestigen.

Het spreekt niet vanzelf dat er al een bevoegde rechter zijn licht heeft laten schijnen over de contractuele relatie van de rechtspersoon, op het moment dat de Ondernemingskamer een onmiddellijke voorziening treft. De Ondernemingskamer moet het dan stellen zonder vaststaand antwoord op onderzoeksvraag a. (wat is de rechtspositie van de contractuele wederpartij van de rechtspersoon?).

De toepasselijkheid van vreemd recht is een complicerende factor bij het verwerven van inzicht in de rechtspositie van de wederpartij.⁷⁹ Bij toepasselijkheid van vreemd recht is de kans op een negatief antwoord op onderzoeksvraag d. mijns inziens aanzienlijk.⁸⁰ Onzekerheid over de rechtspositie van de wederpartij kan leiden tot onduidelijkheid over negatieve effecten van de beoogde onmiddellijke voorziening. De vraag, die in het onderzoek centraal staat, is in zo'n situatie nauwelijks te beantwoorden.⁸¹

77. Andere aanwijzingen voor een antwoord op onderzoeksvraag f. levert het thema van de afstemmingsregel evenmin op.

78. Het is een mogelijkheid om de informatie te verwerven, waar onderzoeksvraag c. op ziet.

79. Dat is een in onderzoeksvraag e. bedoelde hindernis.

80. Onderzoeksvraag d. luidt: Kan de Ondernemingskamer voldoende informatie verwerven om de proceskansen van de wederpartij te schatten?

81. 'Welke negatieve effecten ondervindt de rechtspersoon, die ten gevolge van een onmiddellijke voorziening een contractuele verplichting niet nakomt, van de reactie van zijn wederpartij op die tekortkoming?' (1.3).

HOOFDSTUK 6

6.5.1 Slotsom

[211] De gewone burgerlijke rechter is bevoegd kennis te nemen van vorderingen, voortvloeiend uit contractuele verplichtingen. Hij en de Ondernemingskamer hebben verschillende toetsingskaders. De afstemmingsregel is niet toepasselijk op beslissingen over onmiddellijke voorzieningen die conflicteren met contractuele verplichtingen. Een rangorde tussen de onmiddellijke voorziening en de contractuele verplichting kan daarom niet uit de afstemmingsregel worden afgeleid. In dit hoofdstuk zijn geen aanknopingspunten gevonden voor de conclusie dat hetzij het eerste scenario, hetzij het tweede scenario als geldend recht kan worden beschouwd.⁸²

De afstemmingsregel legt de enquêterechter geen beperkingen op bij de beslissing over een onmiddellijke voorziening.

De rechtspersoon heeft er belang bij dat de Ondernemingskamer geïnformeerd is over het oordeel van de bevoegde rechter, als dat oordeel inzicht kan verschaffen in de rechtspositie van zijn wederpartij en daarmee licht kan werpen op te verwachten nadeel van de onmiddellijke voorziening voor de rechtspersoon.

Toepasselijkheid van vreemd recht op de contractuele verhouding van de rechtspersoon, kan een belemmerende factor zijn bij het verwerven door de Ondernemingskamer van inzicht in de positie van de wederpartij. Extra behoedzaamheid bij het treffen van een conflicterende onmiddellijke voorziening is dan geboden.

82. Zie nr. 9. Het eerste scenario: de onmiddellijke voorziening heeft geen effect; het tweede scenario: de onmiddellijke voorziening prevaleert.

Hoofdstuk 7. De interactie tussen onmiddellijke voorzieningen en de rechten van de wederpartij

7.1 Inleiding

[212] Dit onderzoek gaat over onmiddellijke voorzieningen die conflicteren met contractuele verplichtingen van de rechtspersoon. De samenloop van zo'n verplichting en de voorziening kan nadelige consequenties voor de rechtspersoon hebben en de effectiviteit van de voorziening verminderen.¹ Die invloed van de contractuele verplichtingen op de uitwerking van onmiddellijke voorzieningen is mede afhankelijk van de wederpartij van de rechtspersoon.² Wat is zijn rechtspositie en hoe kan hij die laten gelden (onderzoeksvragen a. en b.). Daarover gaat dit hoofdstuk. Ook komt aan de orde, welke invloed de rechtspersoon heeft op de (uitoefening van de) rechten door zijn wederpartij. En er is aandacht voor zijn mogelijkheden om – in het licht van de rechten van de wederpartij – te voorkomen dat een voorziening hem belet zijn verplichting na te komen.

In het debat over onmiddellijke voorzieningen die de rechtspersoon een verbod oplegden om aan een contractuele verplichting te voldoen, overheerste de gedachte dat zo'n verplichting zou kunnen oplossen in (een verplichting tot) schadevergoeding. Die veronderstelling is onder omstandigheden niet onjuist. Naar Nederlands recht is zij echter onvolledig. Als een onmiddellijke voorziening een contractuele verplichting van de rechtspersoon doorkruist, zijn er ook andere gevolgen mogelijk.

[213] Een contractuele verplichting van de rechtspersoon vloeit voort uit een externe rechtsverhouding van de rechtspersoon. Naar Nederlands recht zijn die verplichtingen verbintenissen.³ De invloed van voorzieningen op verbintenissen van andere partijen wordt niet besproken, net zomin als de invloed op de positie

1. Dit is het derde scenario. In dit hoofdstuk is het uitgangspunt dat het derde scenario vigeert. Daar is reden voor. In de twee voorgaande hoofdstukken zijn geen aanwijzingen naar voren gekomen dat het eerste of het twee scenario geldend recht zouden zijn. Zie nr. 9 voor de drie scenario's.

2. Inzicht in die invloed kan de Ondernemingskamer behulpzaam zijn bij het kiezen van de meest doeltreffende voorziening (nr. 8).

3. In dit onderzoek staan de afdwingbare verbintenissen in het middelpunt (7.2).

HOOFDSTUK 7

van de rechtspersoon van schuldeiser.⁴ Bij de verbintenissen die de aandacht hebben, neemt de rechtspersoon de positie van schuldenaar in en is zijn wederpartij de schuldeiser.⁵ In 7.3 wordt de volgorde toegelicht waarin de rechten en bevoegdheden van de schuldeiser en de schuldenaar worden besproken.

[214] De gewone burgerlijke rechter is bevoegd kennis te nemen van geschillen over contractuele verplichtingen van de rechtspersoon.⁶ In hoofdstuk 6 is de verhouding tussen deze rechter en de enquêterechter onderzocht. Die verhouding en de toetsingskaders van beide rechters zijn van belang voor de te bespreken acties van de wederpartij van de rechtspersoon. Naar Nederlands recht is nakomen hoofdregel en de vordering tot nakoming zal in beginsel dan ook worden toegewezen. Er zijn uitzonderingen mogelijk. Er wordt nagegaan of de bevoegde rechter in zijn armslag wordt beperkt door uitzonderingen of bijzonderheden die uit het enquêterecht voortvloeien.

7.2 Het begrip verbintenis en de verbintenissen van onderzoek

[215] De wet geeft geen definitie van het begrip verbintenis en het woord wordt in de rechtsliteratuur in verschillende betekenissen gebruikt.⁷ In dit hoofdstuk wordt aangesloten bij de omschrijving van Sieburgh, die onder ‘verbintenis’ verstaat: een “vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is”.⁸ Deze begripsbepaling omvat zowel de aanspraak als de verplichting, ook aangeduid met actieve en passieve kant van de verbintenis.⁹ Die corresponderen met elkaar.¹⁰ De omschrijving laat zien dat de verbintenis een rechtsverhouding is.¹¹

Verbintenissen worden onderscheiden in verbintenissen die in rechte afdwingbaar zijn, ook aangeduid met civiele verbintenissen, en verbintenissen waarvan geen nakoming kan worden gevorderd, de natuurlijke verbintenissen.¹²

4. Dat laatste op een enkele opmerking na, bijv. in nr. 216 en in 7.5.

5. De onmiddellijke voorzieningen die worden onderzocht, belemmeren immers de rechtspersoon in het nakomen van een verbintenis.

6. Zie nt. 36 bij 1.1 voor het gebruik van de aanduiding ‘gewone burgerlijke rechter’.

7. Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen (SBR 4)* 2018/5 en 6; Asser/Sieburgh 6-I 2016/6.

8. Asser/Sieburgh 6-I 2016/6. Vergelijkbaar Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen (SBR 4)* 2018/5. Zie Asser/Sieburgh 6-I 2016/12 en 13 voor andere betekenissen waarin ‘verbintenis’ wordt gebruikt.

9. Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen (SBR 4)* 2018/5.

10. Asser/Sieburgh 6-I 2016/16.

11. Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen (SBR 4)* 2018/10.

12. Art. 6:3 BW definieert de natuurlijke verbintenis. Zie voor het onderscheid Asser/Sieburgh 6-I 2016/14 en 15.

De meeste verbintenissen zijn afdwingbaar, de tweede categorie komt veel minder voor.¹³

[216] De verbintenissen die voorwerp van onderzoek zijn, vallen in de categorie van de afdwingbare verbintenissen. Is de verbintenis afdwingbaar, dan kan degene die tot de prestatie gerechtigd is, de schuldeiser, degene die tot die prestatie verplicht is, de schuldenaar, tot nakoming dwingen. Hij doet dat door gebruik te maken van zijn bevoegdheid om een rechtsvordering in te stellen en het veroordelende vonnis te executeren.¹⁴ Hierna gaat het steeds over de afdwingbare verbintenissen; de natuurlijke verbintenis wordt buiten beschouwing gelaten.¹⁵

De aandacht gaat hier uit naar verbintenissen die voortvloeien uit (wederkerige) overeenkomsten.¹⁶ Te denken valt aan verbintenissen uit arbeidsovereenkomsten, koopovereenkomsten en huurovereenkomsten.¹⁷ Een onmiddellijke voorziening kan er aan in de weg staan dat de rechtspersoon zijn verplichting uit zo'n verbintenis nakomt. Een verbod om een koopovereenkomst uit te voeren, bijvoorbeeld, vormt een belemmering voor de rechtspersoon om de verkochte zaak aan de koper te leveren.

De onmiddellijke voorzieningen waar het in dit onderzoek om gaat, belemmeren de rechtspersoon een verbintenis na te komen. De schuldenaar van die verbintenis is dus de rechtspersoon. De wederpartij is de schuldeiser.

Onmiddellijke voorzieningen kunnen invloed hebben op verplichtingen van anderen dan de rechtspersoon.¹⁸ Bespiegelingen over die invloed blijven goeddeels achterwege.¹⁹ Denkbaar is dat de rechtspersoon in zijn hoedanigheid van schuldeiser last heeft van een onmiddellijke voorziening, doordat de voorziening hem belet om van de prestatie van zijn schuldenaar gebruik te maken. Die mogelijke uitwerking van die voorzieningen wordt hier evenmin besproken.

13. Krans noemt de afdwingbaarheid een kenmerk van de verbintenis en de niet afdwingbare verbintenis een onvolmaakte verbintenis (Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen (SBR 4)* 2018/9).

14. Asser/Sieburgh 6-I 2016/32.

15. Het thema van omzetting van natuurlijke verbintenissen (art. 6:5 BW) komt evenmin aan de orde, omdat het niet bijdraagt aan inzicht in het onderwerp van dit onderzoek.

16. De rechtspersoon kan verplichtingen hebben uit verbintenissen die niet voortvloeien uit (wederkerige) overeenkomsten, bijv. verbintenissen uit onrechtmatige daad (Boek 6 BW, Titel 3), zaakwaarneming (art. 6:198 BW), ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW).

17. Arbeidsovereenkomsten, koopovereenkomsten en huurovereenkomsten zijn wederkerige overeenkomsten in de zin van art. 6:261 BW.

18. Sommige onmiddellijke voorzieningen zijn voor anderen dan de rechtspersoon een beletsel om een verbintenis na te komen. Bijv. managementovereenkomsten (hfdst. 9).

19. In hfdst. 9 volgt wel een enkele opmerking over dat beletsel, evenals in 7.7.

7.3 Nakoming en tekortkoming; rechten en bevoegdheden van schuldeiser en schuldenaar

[217] De verbintenis verplicht de schuldenaar tot een prestatie. Nakomen is het voldoen van de prestatie.²⁰ Nakoming is geregeld in afdeling 6.1.6 BW.²¹ De afdeling betreft regeland recht.

Als de schuldenaar aan de verplichting voldoet, als hij de verbintenis nakomt, gaat de verbintenis door nakoming teniet.²² Een verbintenis kan ook op andere manieren tenietgaan.²³ Dat gebeurt bijvoorbeeld als de overeenkomst waar ze onderdeel van is wordt ontbonden.²⁴ Ook verrekening resulteert in het teniet gaan van de verbintenis.²⁵

Niet-nakomen is het uitblijven van de prestatie.²⁶ Niet-nakomen van de verbintenis heeft gevolgen, die zijn geregeld in afdeling 6.1.9 BW.²⁷ Voor het niet-nakomen van verbintenissen uit wederkerige overeenkomsten zijn daarnaast de bepalingen van afdeling 6.5.5 BW van belang.

[218] De schuldenaar die niet voldoet aan hetgeen de verbintenis van hem vergt, schiet tekort in de nakoming van de verbintenis. Of het achterwege blijven van de prestatie aan de schuldenaar kan worden toegerekend, speelt daarbij geen rol.²⁸ Een tekortkoming in de nakoming kan bestaan uit het geheel of gedeeltelijk uitblijven van nakoming of uit niet tijdige nakoming of uit niet

20. Scheltema definieert nakoming als: “het verrichten van een prestatie die volledig, zowel wat betreft inhoud als wat betreft het tijdstip waarop zij is verricht, beantwoordt aan een verbintenis” (Scheltema, *Nakoming* (Mon. BW nr. B32a) 2016/3). Zie voor nakomen en voldoen Asser/Sieburgh 6-I 2016/190. Sieburgh en Scheltema duiden ook het verschil aan tussen de termen ‘nakomen’ en ‘voldoen’ en het ruimere begrip ‘betalen’.

21. Elders in de wet zijn bijzondere bepalingen over nakoming te vinden (Scheltema, *Nakoming* (Mon. BW nr. B32a) 2016/2).

22. Dit is de natuurlijke wijze van tenietgaan (Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/75).

23. Zie over (meer vormen van) teniet gaan van verbintenissen Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/75; Asser/Sieburgh 6-I 2016/44, 45 en 46.

24. Over ontbinding zie 7.14.

25. Over verrekening zie 7.5.

26. Onder het begrip niet-nakomen vallen allerlei vormen van niet voldoen, bijvoorbeeld het niet-nakomen in de periode voordat er gepresteerd moet worden (De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/49.3; Asser/Sieburgh 6-I 2016/317).

27. Afdeling 9, titel 1 van boek 6 BW, getiteld ‘De gevolgen van niet nakomen van een verbintenis’ (art. 6:74 BW e.v.). Deze afdeling gaat niet over niet-nakomen voordat het hoeft, noch over opschorten, etc. Het zwaartepunt ligt bij tekortkoming in de nakoming (Asser/Sieburgh 6-I 2016/320). De Jong wijst er op dat deze afdeling vooral over de verplichting tot schadevergoeding gaat en van belang is voor ontbinding (De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/129). Zie ook De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/1. Het BW bevat op andere plaatsen meer regels voor niet-nakoming, bijvoorbeeld in afdeling 3 van Boek 7 voor niet-nakoming door de verkoper.

28. De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/49.4.

behoorlijke nakoming.²⁹ De aandacht gaat hier voornamelijk uit naar de tekortkoming in de nakoming. Andere vormen van niet-nakomen blijven grotendeels buiten beschouwing. Wel komt de opschorting aan de orde in 7.7.³⁰

[219] Men kan pas tekortkomen als de verbintenis opeisbaar is, dat wil zeggen op het moment waarop de prestatie moet worden verricht.³¹ Dat moment kan door schuldeiser en schuldenaar wel (artikel 6:39 BW) of niet (artikel 6:38 BW) zijn bepaald. Als partijen geen tijdstip hebben bepaald, kan de aard van de overeenkomst meebrengen dat uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit wanneer moet worden nagekomen.³² Als er geen tijdstip voor nakoming vaststaat, is de verbintenis meteen opeisbaar.³³

De verbintenissen waarmee onmiddellijke voorzieningen kunnen botsen, kunnen zowel verbintenissen met tijdsbepaling als verbintenissen zonder tijdsbepaling zijn. Van de conflicterende verbintenissen die in dit onderzoek worden besproken, ligt het voor de hand dat het verbintenissen met tijdsbepaling zijn.³⁴

In een aantal gevallen treden de gevolgen van niet-nakoming al in voordat de vordering opeisbaar is.³⁵ Tot die uitzonderingen behoren de gevallen waarin vaststaat dat nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn. Is het geval waarin een onmiddellijke voorziening nakoming van een nog niet opeisbare verbintenis verbiedt zo'n uitzondering? Ik betwijfel dat. Het is de vraag of steeds vast staat dat tijdige en behoorlijke nakoming onmogelijk is. Als de rechtspersoon in staat is de noodtoestand, die tot de onmiddellijke voorziening heeft geleid, te redresseren, kan de voorziening worden beëindigd. En mogelijk staat nog beroep in cassatie open tegen de enquêtebeslissing of de onmiddellijke voorziening. Ook dat kan het einde van de voorziening betekenen.

Een onmiddellijke voorziening heeft het karakter van noodmaatregel.³⁶ Daarom ligt het voor de hand dat de maatregel gericht is op het belemmeren van een verplichting die al opeisbaar is of dat op korte termijn zal worden. Voor de afweging van de Ondernemingskamer bij een onmiddellijke voorziening, die potentieel conflicteert met een verbintenis, kan het uitmaken of

29. Asser/Sieburgh 6-I 2016/317. Het begrip tekortkoming is minder ruim dan het begrip niet-nakoming. Zie hierover ook De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/131.

30. Een terecht beroep op opschorting is geen tekortschieten (De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/49.4).

31. De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/131.

32. Scheltema, *Nakoming* (Mon. BW nr. B32a) 2016/22.

33. Bevoegde opschorting door de schuldenaar staat aan opeisbaarheid in de weg. Zie 7.7.

34. Voor de verplichtingen van de rechtspersoon uit managementovereenkomsten geldt, dat indien partijen geen tijdstippen voor het (periodiek) voldoen van de managementvergoeding hebben bepaald, die tijdstippen uit gewoonte of redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Aandelentransacties zonder vormen van tijdsbepaling kan ik me moeilijk voorstellen. Zie hfdst. 9 voor managementovereenkomsten en hfdst. 8 voor aandelentransacties.

35. Art. 6:80 BW; Asser/Sieburgh 6-I 2016/319.

36. Nr. 84 en 107.

die verbintenis opeisbaar is.³⁷ Als er nog tijd is voor de rechtspersoon om de bezwaarlijke gevolgen van niet-nakoming te verminderen, kan dat in de afweging een rol spelen.³⁸

[220] Als nakoming blijvend onmogelijk is, ontstaat de tekortkoming op het moment waarop de vordering opeisbaar wordt.³⁹ Als nakoming niet blijvend onmogelijk is en de (deugdelijke) prestatie niet wordt geleverd, is de nakoming vertraagd.⁴⁰ De schuldenaar dient dan in beginsel nog in de gelegenheid te worden gesteld om na te komen. Dat gebeurt door middel van een ingebrekestelling, waarin hem een termijn voor nakoming wordt gesteld.⁴¹ Als de schuldenaar niet binnen die termijn nakomt, raakt hij na het verstrijken ervan in verzuim.⁴² Pas dan wordt van tekortkoming gesproken.⁴³ Verzuim kan intreden zonder ingebrekestelling in bepaalde in de wet vermelde gevallen.⁴⁴ Een daarvan betreft de in artikel 6:83 sub c BW genoemde situatie, waarin de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat die laatste tekort zal schieten in de nakoming van zijn verbintenis. In het kader van dit onderzoek zou de volgende vraag kunnen rijzen. Valt een mededeling door de rechtspersoon aan zijn schuldeiser van een getroffen conflicterende onmiddellijke voorziening onder de toepassingssfeer van die bepaling? Dat is een kwestie van uitleg.⁴⁵ Ik meen dat de blote mededeling dat de voorziening is getroffen daarvoor onvoldoende is. Zoals al is gememoreerd, staat niet steeds vast dat een conflicterende onmiddellijke voorziening daadwerkelijk in de weg zal staan aan tijdige en behoorlijke nakoming.⁴⁶ Voor toepasselijkheid

-
- 37. Ook voor de rechtspersoon kan dat uitmaken. Op hem kan de plicht rusten zijn wederpartij te waarschuwen voor de naderende belemmering van de nakoming. Dat aspect blijft hier buiten beschouwing, want voor de afweging door de rechter bij de beslissing over de maatregel is het niet van belang. Ook kan, als de verbintenis nog niet opeisbaar is, de rechtspersoon nog tijd hebben om op grond van onvoorziene omstandigheden te verzoeken om wijziging van de overeenkomst waarvan de verbintenis deel uitmaakt (zie 7.6).
 - 38. In de volgende paragrafen komen verschillende bezwaarlijke gevolgen aan de orde.
 - 39. De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen (SBR 4)* 2018/131.
 - 40. De Jong merkt op dat het wettelijke stelsel voor schadevergoedingsplicht onderscheidt in enerzijds blijvende onmogelijkheid en anderzijds vertraging (De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen (Mon. BW nr. B33)* 2017/8).
 - 41. Art. 6:82 lid 1 BW.
 - 42. De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen (Mon. BW nr. B33)* 2017/49.2. Hier geldt steeds dat de vordering opeisbaar is (art. 6:81 BW). Katan beschrijft verzuim als ‘dat wat van een niet-nakoming een tekortkoming maakt’ (Katan, in: *GS Verbintenissenrecht*, paragraaf 2 Boek 6 BW, aant. A4 (online, bijgewerkt 1 april 2018)). Sieburgh beschrijft het als ‘een tekortkoming bestaande in een toerekenbare vertraging in de nakoming van een opeisbare verbintenis, zonder dat die nakoming reeds blijvend onmogelijk is’ (Asser/Sieburgh 6-I 2016/318).
 - 43. Zie over het moment waarop van tekortkoming wordt gesproken genuanceerder: De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen (Mon. BW nr. B33)* 2017/49.4.
 - 44. Art. 6:83 BW.
 - 45. De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen (Mon. BW nr. B33)* 2017/24.2.
 - 46. Zie nr. 219.

van artikel 6:83 sub c BW zou daarom op zijn minst uit de mededeling van de rechtspersoon moeten blijken dat hij geen kans ziet, of niet voornemens is, tijdige expiratie van de voorziening te bewerkstelligen.

Verzuim is een toestand.⁴⁷ De Jong noemt verzuim een gekwalificeerde vorm van vertraging.⁴⁸ Voor de tekortkoming (in geval van vertraging) die recht op schadevergoeding en de bevoegdheid tot ontbinding geeft, is verzuim vereist.⁴⁹ Het thema verzuim komt in dit onderzoek nauwelijks aan bod. Het is niet van doorslaggevend belang voor het betoog over de effecten van verbintenissen van de rechtspersoon op de uiteindelijke uitwerking van onmiddellijke voorzieningen. Het karakter van de oorzaak van de tekortkoming, de onmiddellijke voorziening, heeft evenmin invloed op de rol van verzuim bij het bepalen van (het tijdstip van intreden van) de tekortkoming. Aan verzuim worden niet andere eisen gesteld om de enkele reden dat er een onmiddellijke voorziening in het spel is. Waar verzuim vereist is, wordt het verondersteld.

[221] Leidt een onmiddellijke voorziening die nakoming in de weg staat, tot blijvende of tijdelijke onmogelijkheid van de nakoming? Dat hangt af van het geval. Een onmiddellijke voorziening is tijdelijk van aard. Als de voorziening expireert voordat de verbintenis opeisbaar wordt, veroorzaakt deze geen tekortkoming.⁵⁰ Hier wordt uitgegaan van de verbintenis die opeisbaar is als de onmiddellijke voorziening wordt getroffen, of opeisbaar wordt tijdens de looptijd van de voorziening.

Er zijn prestaties die op een bepaald tijdstip of in een bepaalde periode geleverd moeten worden en nadien zinloos dan wel zonder waarde voor de schuldeiser zijn. Als vaststaat dat de looptijd van de onmiddellijke voorziening dat tijdstip of die periode omvat, ligt het voor de hand de nakoming als blijvend onmogelijk te beschouwen. Daarbij wordt de kanttekening gemaakt, dat de kans dat een voorziening voortijdig beëindigd wordt, afdoet aan de zekerheid dat niet zal worden nagekomen.⁵¹

47. Verzuim wordt vaak aangeduid als ‘periode’ waarin de schuldenaar nog niet heeft gepresteerd en aan de vereisten van art. 6:81 BW (namelijk: uitblijvende prestatie, opeisbaarheid, voldaan aan eisen art. 6:82 en 83 BW, toerekenbare vertraging, niet blijvend onmogelijk) is voldaan (De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/49.2). Zie ook Asser/Sieburgh 6-I 2016/384.

48. De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/49.2; De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/131.

49. Katan, in: *GS Verbintenissenrecht* art. 6:81 BW, aant. 5 (online, bijgewerkt 1 april 2018); De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/131. Recht op schadevergoeding en bevoegdheid tot ontbinding komen hierna aan de orde.

50. Men kan zich afvragen wat in zo’n geval het nut van de onmiddellijke voorziening is. Gedacht kan worden aan situaties waarin de Ondernemingskamer in verband met onduidelijkheid over het moment van opeisbaarheid voor de zekerheid een voorziening treft. Ook belet zo’n onmiddellijke voorziening dat de rechtspersoon reeds voordat de verbintenis opeisbaar is nakomt. Voor het verdere betoog zijn voorzieningen, die tijdens hun looptijd de verbintenis niet dwarsbomen, niet interessant.

51. Vgl. nr. 219.

De prestatie kan ook vertraagd zijn door de onmiddellijke voorziening. Dat is het geval als na expiratie van de voorziening nog kan worden voldaan aan de verplichting uit de verbintenis.⁵² Dan creëert de onmiddellijke voorziening een tijdelijke onmogelijkheid. Voor tekortkoming in de nakoming is dan verzuim nodig.⁵³

Onmogelijke nakoming kan blijvend of tijdelijk onmogelijk zijn. Dat zegt iets over de duur van de onmogelijkheid, de periode waarin de onmogelijkheid zich voordoet. Er is niet mee gezegd bij welke mate van belemmering gesproken kan worden van onmogelijkheid. Die strekking van het begrip onmogelijk krijgt aandacht in 7.8, waar het gaat over het recht op schadevergoeding.⁵⁴

[222] De schuldeiser heeft naar Nederlands recht in beginsel de keuze uit de volgende acties. Hij heeft recht op nakoming van de verbintenis en dat recht kan hij afdwingen door nakoming te vorderen.⁵⁵ Als de schuldenaar tekortschiet in de nakoming van de verbintenis, kan de schuldeiser i) een eigen verplichting tegenover de schuldenaar opschorten, ii) de schuldenaar aanspreken tot schadevergoeding, en iii) de wederkerige overeenkomst waaruit de verbintenis voortvloeit geheel of gedeeltelijk ontbinden.⁵⁶ Welke van deze rechten de schuldeiser daadwerkelijk kan effectueren, hangt af van de situatie.⁵⁷

Bij dit alles moet bedacht worden dat in de verhouding tussen schuldeiser en schuldenaar de eisen van redelijkheid en billijkheid een belangrijke rol spelen.⁵⁸ Dat volgt uit artikel 6:2 BW en, voor verbintenissen uit overeenkomsten, uit artikel 6:248 BW. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de beperkende werking en de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid. Ook de op redelijkheid en billijkheid gestoelde regeling van de *imprévision* staat de schuldeiser ten dienste.⁵⁹

Verder kan de schuldenaar de bevoegdheid hebben tot verrekening van zijn schuld.⁶⁰ Verrekening heeft facetten van nakoming.⁶¹

52. Bezoldigingsverplichtingen kunnen gewoonlijk later worden nagekomen; nakoming wordt door de onmiddellijke voorziening niet blijvend onmogelijk. Zie over deze verplichtingen in hfdst. 9.

53. Verondersteld wordt dat aan het vereiste van verzuim – waar nodig – is voldaan, zie nr. 220.

54. Absoluut onmogelijk voor iedereen en (relatief) onmogelijk voor een bepaalde schuldenaar in de omstandigheden van het geval komen daar aan de orde.

55. Art. 3:296 BW.

56. Onderscheidenlijk art. 6:52 BW e.v., art. 6:262 BW e.v.; art. 6:74 BW e.v.; art. 6:265 BW e.v. Voor nuancering bij opschorting, zie 7.7.

57. Van belang is onder meer of nakoming nog mogelijk is dan wel tijdelijk of blijvend onmogelijk is, en of de tekortkoming aan de schuldenaar wordt toegerekend.

58. Krans spreekt over een grondnorm die bepalend is voor het wederzijdse gedrag van schuldeiser en schuldenaar (Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/28). Opgemerkt zij dat redelijkheid en billijkheid ook de verhoudingen binnen de rechtspersoon beheersen (art. 2:8 BW).

59. Zie 7.6.

60. Art. 6:127 BW.

61. Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/112.

De genoemde thema's worden hierna, met het oog op het onderwerp van dit onderzoek, besproken in de volgende volgorde.⁶² Begonnen wordt met de vordering tot nakoming, want het recht op nakoming staat naar Nederlands recht voor de schuldeiser voorop.⁶³ Verrekening volgt daarop. Dan komt *imprévision*; die regeling biedt de schuldeiser uitzicht op nakoming in een aangepaste vorm. Het volgende onderwerp is opschorting, dat nog tot nakoming kan leiden, maar ook het voorportaal voor schadevergoeding of ontbinding kan zijn. Daarna wordt schadevergoeding behandeld. Als de schuldeiser zijn vordering tot (vervangende) schadevergoeding toegewezen krijgt, heeft hij geen uitzicht meer op nakoming. Tot slot volgt ontbinding. De verbintenissen van schuldeiser en schuldenaar over en weer gaan daarmee teniet. Deze volgorde weerspiegelt niet de reikwijdte van de effecten die de rechtspersoon-schuldenaar kan ondervinden van de uitoefening van de besproken rechten en bevoegdheden. Die effecten zijn gevarieerd en komen aan de orde bij de onderscheiden onderwerpen.

De onmiddellijke voorzieningen die voorwerp van onderzoek zijn, belemmeren de rechtspersoon om een verbintenis na te komen. Bij die verbintenissen is de rechtspersoon de schuldenaar en zijn wederpartij de schuldeiser. Tegen deze achtergrond worden in de volgende paragrafen de posities van de schuldenaar (of debiteur) en de schuldeiser (of crediteur) belicht. Bij verrekening zal de rechtspersoon ook in de rol van schuldeiser verschijnen en de wederpartij in die van schuldenaar.

7.4 Vordering tot nakoming; samenloop met onmiddellijke voorziening

[223] Ingevolge artikel 3:296 lid 1 BW zal de gewone burgerlijke rechter een vordering van een crediteur jegens zijn schuldenaar tot nakoming van een verbintenis in beginsel toewijzen.⁶⁴ Toewijzing van de nakomingsvordering is naar Nederlands recht de hoofdregel.⁶⁵ De rechter kan van toewijzing afzien als zich een uitzondering voordoet. Uitzonderingen kunnen uit de wet, uit de

62. Daarbij worden niet alle finesses besproken.

63. Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/95.

64. Als het een afdwingbare verbintenis betreft en deze opeisbaar is, vgl. nr. 219 en 220. Een toerekenbare tekortkoming is niet vereist (zie over toerekenbaarheid 7.8.1 en 7.8.2). Haas wijst er op dat art. 3:296 BW niet de grondslag van het recht op nakoming inhoudt, maar de processuele bevoegdheid biedt om een rechtsvordering tot nakoming in te stellen (Haas 2009, 2.2.2).

65. Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/95; Huydecoper, *Reële executie* (Mon. BW nr. A13) 2011/6 en 11. Zie nr. 143 over de keuze van de schuldeiser tussen nakoming en schadevergoeding en over de prominenter plaats van schadevergoeding in Angelsaksische rechtsstelsels en onder oud BW.

HOOFDSTUK 7

aard van de verplichting of uit een rechtshandeling volgen.⁶⁶ De vordering kan ook worden afgewezen wegens gebrek aan belang.⁶⁷ Jongbloed merkt op dat de rechter discretionaire bevoegdheid heeft; als deze de veroordeling tot nakoming niet opportuun vindt, kan hij de vordering afwijzen op de grond dat er een uitzondering is of op de grond dat eiser onvoldoende belang heeft.⁶⁸

Volgens Van Nispen kunnen partijen bij een overeenkomst afspreken dat nakoming van bepaalde verbintenissen niet in rechte zal worden gevorderd.⁶⁹ Dan vloeit zo'n uitzondering op de hoofdregel voort uit een rechtshandeling. Als de nakomingsvordering door partijen is uitgesloten, zijn de hierna te bespreken nadelige effecten van die vordering op de onmiddellijke voorziening niet te vrezen. Gevallen van samenloop van onmiddellijke voorzieningen met verbintenissen, waarvan vordering tot nakoming contractueel is uitgesloten, zijn mij niet bekend.

[224] De wettelijke bepalingen van het enquêterecht houden geen uitzondering in op de hoofdregel van artikel 3:296 BW.⁷⁰ De bewoordingen van die bepalingen zijn geen obstakel voor de gewone burgerlijke rechter om een vordering tot nakoming toe te wijzen, als nakoming wordt belemmerd door een onmiddellijke voorziening.⁷¹ De bedoeling van de wetgever staat, naar ik meen, wel in de weg aan toewijzing. Voor de rechter zijn aan de bedoeling van de wetgever goede argumenten te ontlelen om een uitzondering op grond van de wet aan te nemen. De wetgever heeft met de onmiddellijke voorziening een bijzondere procedure in het leven geroepen, ter bevordering van de doelmatigheid van de enquêteprocedure, waarin het belang van de rechtspersoon voorop staat.⁷²

66. Dat blijkt uit de tekst van de bepaling.

67. Art. 3:303 BW. Het belang bij de vordering kan bijvoorbeeld onvoldoende zijn, als het niet meer mogelijk is de prestatie te leveren. De Jong stelt dat de verbintenis teniet gaat bij blijvende onmogelijkheid om na te komen, waarna rechtsgevolgen overblijven (De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/10).

68. Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:296 BW, aant. 5 (bijgewerkt 20 september 2019). Volgens Huydecoper is deze discretionaire bevoegdheid beperkt tot gevallen waarin nakoming redelijkerwijs niet (meer) mogelijk is (Huydecoper, *Reële executie* (Mon. BW nr. A13) 2011/12). Haas meent dat de rechter geen discretionaire bevoegdheid heeft om de vordering af te wijzen, maar dat hij wel kan afwijzen op grond van gebrek aan belang en op grond van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (Haas 2009, 8.2.2, 8.2.3, 8.2.4). Zie hierna nr. 225.

69. Van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht* (Mon. BW nr. A11) 2018/15. Jongbloed wijst op belemmeringen die bijzondere bepalingen daartegen kunnen opwerpen (Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:296 BW, aant. 7 (online, bijgewerkt 20 september 2019)).

70. Zie ook 5.8.

71. Het beoordelingskader van de Ondernemingskamer is het enquêterecht. Ze treedt niet in vermogensrechtelijke verhoudingen van de rechtspersoon en diens wederpartij. Dat is voorbehouden aan de gewone burgerlijke rechter (nr. 58 en 6.2). Aan deze rechter worden de vorderingen tot nakoming voorgelegd, evenals vorderingen tot schadevergoeding (7.8) en tot ontbinding (7.14). Zie over de verhouding tussen de oordelen van de gewone burgerlijke rechter en de enquêterechter 6.3.2.

72. Hfdst. 3.

Daarbij heeft hij externe werking van de voorzieningen niet uitgesloten.⁷³ Het beoordelingskader van de gewone burgerlijke rechter is het verbintenissenrecht. Als hij wordt geadieerd nadat een onmiddellijke voorziening is getroffen, zal hij binnen dat rechtskader zelfstandig tot zijn beslissing komen. Hij kan daarbij niet treden in enquêterechtelijke beslissingen. Wel ligt het voor de hand dat hij zich verdiept in de beweegredenen voor en de gevolgen van de beslissing van de Ondernemingskamer tot het treffen van de onmiddellijke voorziening (zoals de Ondernemingskamer zich een voorstelling zal maken van een mogelijk oordeel van de gewone civiele rechter). De rechter kan – op grond van die voorstelling – nakoming van een verbintenis die conflicteert met de voorziening niet opportuun achten.⁷⁴ Hij zou dan gebruik kunnen maken van de hem door Jongbloed toegedichte discretionaire bevoegdheid, door een uitzondering op de regel van 3:296 lid 1 BW aan te nemen.⁷⁵

[225] De gewone burgerlijke rechter kan aanknopen bij de redelijkheid en billijkheid, om een uitzondering op het recht op nakoming te maken.⁷⁶ Hij kan in aanmerking nemen dat de schuldeiser, bij diens keuze tussen nakoming of schadevergoeding, gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁷⁷ Bij die keuze moet de schuldeiser de gerechtvaardigde belangen van zijn wederpartij betrekken en onder omstandigheden genoeg nemen met een voor de wederpartij minder bezwarende schadevergoeding. Daarnaast kan de rechter acht slaan op het volgende. Haas wijst op het ontbreken van een algemene wettelijke bepaling, die het recht op nakoming beperkt in de gevallen waarin nakoming relatief onmogelijk is.⁷⁸ Relatief onmogelijk is nakoming die feitelijk mogelijk is, maar offers van de schuldenaar vraagt die in redelijkheid

73. Zie nr. 182.

74. Hij zou van oordeel kunnen zijn dat het belang van de rechtspersoon dat gediend is met de onmiddellijke voorziening (bijv. het voortbestaan van de rechtspersoon), zwaarder weegt dan het belang van diens schuldeiser bij nakoming. Vgl. over de rol die een in het belang van de rechtspersoon getroffen onmiddellijke voorziening kan spelen in de beslissing van de gewone burgerlijke rechter: Rb. Amsterdam (voorzieningenrechter) 20 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1166 (Avinco Holdings). In dat geval ging het niet om niet-nakoming in verband met een onmiddellijke voorziening.

75. Een uitzondering op grond van de wet ontbreekt, zie hiervoor, en een uitzondering uit de aard van de verplichting ligt vermoedelijk niet voor de hand. Om een uitzondering te kunnen aannemen, zou de rechter de (beslissing van de Ondernemingskamer tot het treffen van de) onmiddellijke voorziening als rechtshandeling moeten aanmerken. Als rechtshandeling wordt beschouwd een handeling met een door de handelende persoon beoogd rechtsgevolg (Asser/Sieburgh 6-III 2018/2) of een handeling, gericht op het bewerkstelligen van een rechtsgevolg (Schut 1987, p. 2). Voor zover bekend zijn zulke discretionaire oordelen nog niet gegeven. Zie ook nr. 227.

76. Haas onderscheidt drie uitwerkingen van de redelijkheid en billijkheid, die tot uitzonderingen op het recht op nakoming kunnen leiden (Haas 2009, 6.2). Twee daarvan worden hier genoemd.

77. HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (Multi Vastgoed/Nethou).

78. Haas 2009, 6.2. Hij noemt bijzondere overeenkomsten waarvoor wel zo'n wettelijke beperking bestaat, waaronder koop (art. 7:21 BW).

niet van hem kunnen worden gevegd.⁷⁹ Volgens hem staat evenwel vast dat de schuldeiser geen recht heeft op nakoming die voor de schuldenaar onevenredig bezwarend is.

Wat zijn de ‘offers’ die een rechtspersoon moet brengen om een verbintenis na te komen, waarvan nakoming bij wijze van onmiddellijke voorziening tijdelijk verboden is? Die laten zich niet makkelijk in het algemeen beschrijven. Bedacht moet worden dat een onmiddellijke voorziening een spoedeisende maatregel is, die noodzakelijk is in verband met de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek.⁸⁰ Als (tijdelijk) niet-nakomen in verband met de noodtoestand van de rechtspersoon geboden is, zal nakoming in strijd met de onmiddellijke voorziening de noodtoestand (potentieel) in stand laten of verlengen. Is de voorziening getroffen in het belang van het onderzoek, dan zal nakoming het onderzoek frustreren. Dat staat de doeleinden van het enquêterecht in de weg en kan dus op termijn schadelijk voor de rechtspersoon uitpakken.⁸¹ Dat zijn offers die voor de rechtspersoon bijzonder bezwarend zijn. De rechter kan op die gronden het nakomen van de verbintenis als onevenredig bezwarend voor de rechtspersoon aanmerken.⁸²

[226] Ik meen dat de gewone burgerlijke rechter zou moeten afzien van het toewijzen van een vordering tot nakoming, als die nakoming bij onmiddellijke voorziening verboden is.⁸³ Daar zijn goede gronden voor: de bedoeling van de wetgever (nr. 224) en de redelijkheid en billijkheid (nr. 225). Toewijzing zou leiden tot tegengestelde rechterlijke beslissingen.⁸⁴ Daartegenover valt te wijzen op de verschillen in waarborgen tussen de contradictoire bodemprocedure en de kort-gedingachtige procedure die tot een onmiddellijke voorziening leidt. Alleen al vanwege die verschillen verplichten de afstemmingsregel en de regel van de formele rechtskracht de gewone burgerlijke rechter niet om zijn oordeel af te stemmen op de beslissing over de onmiddellijke voorziening.⁸⁵ Al met al valt niet uit te sluiten dat de vordering tot nakoming wordt toegewezen, hoewel met die nakoming in strijd met een onmiddellijke voorziening zou worden gehandeld.⁸⁶

79. HR 21 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5738, *NJ* 1977/73 (Oosterhuis/Unigro).

80. Nr. 105, 107, 108.

81. Zie hierover 2.3.

82. In gevallen waarin nakoming na expiratie van de onmiddellijke voorziening nog mogelijk is, kan dat een bijkomende reden zijn om de vordering tot nakoming (vooralsnog) niet toe te wijzen.

83. Dat geldt ook voor de vordering tot nakoming van een bezoldigingsverplichting, zie 9.6.

84. De tegenstelling betreft niet het recht van de schuldeiser op nakoming; de Ondernemingskamer oordeelt daarover niet. Het zou gaan om de tegengestelde verplichtingen: ‘moeten nakomen’ versus ‘niet mogen nakomen’. Zie over tegenstrijdige rechterlijke beslissingen ook Van Schaick, *NTBR* 2013/1.

85. De afstemmingsregel en het beginsel van formele rechtskracht zijn in 6.3 besproken.

86. De veroordeling tot nakoming kan bovendien worden versterkt met een dwangsom.

[227] Mij zijn geen gevallen bekend van doorgezette civiele procedures tot nakoming van een bij onmiddellijke voorziening verboden verplichting.⁸⁷ Wel kan gewezen worden op een zekere terughoudendheid van de gewone rechter als een zaak door de Ondernemingskamer is beoordeeld, bij haar aanhangig is of op het punt staat aanhangig te worden gemaakt. Storm signaleert die terughoudendheid.⁸⁸ Hij heeft voorbeelden verzameld van procedures, waarin aan de Ondernemingskamer en de gewone burgerlijke rechter hetzelfde feitencomplex werd voorgelegd.⁸⁹ Het komt voor dat de gewone rechter in afwachting van het oordeel van de Ondernemingskamer de zaak aanhoudt.⁹⁰ De terughoudendheid betreft niet speciaal procedures over verbintenissen waarvan de nakoming onverenigbaar is met een onmiddellijke voorziening. Op grond van Storms bevindingen is dan ook niet goed te voorspellen, hoe de Nederlandse burgerlijke rechter zal oordelen over verbintenissen die in verband met een onmiddellijke voorziening niet worden nagekomen.

[228] Uit het voorgaande blijkt dat niet vaststaat dat de Nederlandse bevoegde rechter een nakomingsvordering zal afwijzen als een onmiddellijke voorziening aan nakoming in de weg staat.⁹¹ Ik acht de kans op een toewijzend vonnis niet groot, omdat het mij aannemelijk lijkt dat de gewone burgerlijke rechter een van de in nr. 226 weergegeven gronden aangrijpt om de vordering niet toe te wijzen. De (geringe) kans op een toewijzend vonnis brengt wel een

87. Nieuwe Weme vermeldt een vordering tot nakoming. De Ondernemingskamer had uitvoering van een overeenkomst tussen ABN Amro en Bank of America verboden. Bank of America heeft nakoming gevorderd bij de rechter te New York, aldus Nieuwe Weme. Hij lijkt die vordering niet kansloos te achten. Hij wijst erop dat ABN Amro bij het aangaan van de overeenkomst rechtsgeldig is vertegenwoordigd en dat Bank of America niet bekend was met een (mogelijke) interne bevoegdheidsbeperking. Naar Nederlands recht zou Bank of America met die vordering zijns inziens niet handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid (M.P. Nieuwe Weme, annotatie bij OK 3 mei 2007, *JOR* 2007/143 (ABN Amro), nr. 12). Ook Van Vliet merkt op dat Bank of America nakoming kan vragen (M.J. van Vliet, annotatie bij OK 3 mei 2007, *NJB* 2007/1296 (ABN Amro), p. 7.1). Voor zover bekend is de vordering niet doorgezet. Een New Yorkse veroordeling tot nakoming zou vermoedelijk opmerkelijk zijn geweest. Op de overeenkomst was het recht van de staat New York van toepassing (OK 3 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *ARO* 2007/79 (ABN Amro), r.o. 2.16). Een veroordeling tot nakoming is evenwel naar Anglosaksisch recht geen regel maar uitzondering; schadevergoeding is gebruikelijker (Krans, in: De Jong, Krans & Witsink, *Verbintenissenrecht algemeen (SBR 4)* 2018/95). Zie over de casus ABN Amro ook 1.1, 3.9.2, 8.4.2, 8.5.4 en 8.5.5. Zie over schadevergoeding naar Nederlands recht 7.8.

88. Storm 2018/1.3. Eikelboom veronderstelt dat de gewone rechter aan wie een nakomingsvordering wordt voorgelegd, geneigd is rekening te houden met het oordeel van de Ondernemingskamer (Eikelboom 2017, p. 11.3.5).

89. Storm 2018/1.3. Die voorbeelden betreffen niet alleen de enquêteprocedure maar ook andere procedures die tot de jurisdictie van de Ondernemingskamer behoren. En ze betreffen gevarieerde vorderingen, voorgelegd aan de gewone rechter, waaronder vorderingen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid.

90. Storm 2018/1.3.

91. Nakomingsvorderingen waarover vreemde rechters oordelen zijn niet onderzocht.

risico mee. De rechtspersoon kan gehoor geven aan het toewijzende vonnis.⁹² De onmiddellijke voorziening heeft dan geen effect. Als de enquêterechter zich bewust is van het risico van toewijzing van een nakomingsvordering en van de gevolgen daarvan, kan hij dat verdisconteren in de beslissing over een onmiddellijke voorziening. Wellicht wordt dat risico in de praktijk goed onder ogen gezien en worden maatregelen, waaraan zo'n risico kleef, achterwege gelaten. Dat is een mogelijke verklaring zijn voor het in de praktijk uitblijven van prangende problemen bij samenloop van een onmiddellijke voorziening met een vordering tot nakoming. Overigens wordt opgemerkt dat het beschreven bezwaar niet kleef aan toewijzing van de nakomingsvordering die plaatsgrijpt na beëindiging van de voorziening.

[229] Er zijn verschillende redenen denkbaar die wederpartijen doen afzien van een vordering tot nakoming.⁹³ Als er uitzicht is op spoedige opheffing van de onmiddellijke voorziening, kan de wederpartij zich de moeite van de vordering besparen. Dat vooruitzicht kan er zijn als de problemen die aanleiding voor de maatregel waren worden aangepakt. Beroep in cassatie, ingesteld tegen de beslissing van de Ondernemingskamer om de enquête te bevelen of om de onmiddellijke voorziening te treffen, kan ook tot opheffing van de voorziening leiden.⁹⁴

Ook andere drijfveren om geen nakoming te vorderen zijn voorstelbaar. De schuldeiser zou er commerciële redenen voor kunnen hebben als hij vaker met de rechtspersoon contracteert. Er zouden strategische redenen kunnen zijn. Een rechtspersoon, naar wiens beleid een enquête is bevolen, bevindt zich in onrustig vaarwater. Een schuldeiser die een aandelentransactie met de rechtspersoon in een later stadium nastreeft, zou toename van de onrust in strijd met zijn belang kunnen vinden. Hij wil daarom de rechtspersoon misschien niet lastigvallen met een vordering. Bij managementovereenkomsten (en andere duurovereenkomsten) gaat de wederpartij van de rechtspersoon er wellicht van uit ooit gecompenseerd te zullen worden voor de tekortkoming ten gevolge van de onmiddellijke voorziening.⁹⁵

92. Mogelijk is bij wijze van onmiddellijke voorziening een bestuurder of andere functionaris van de rechtspersoon benoemd. Zo'n functionaris zou de voorkeur kunnen geven aan de onmiddellijke voorziening en niet aan het toewijzend vonnis.

93. Naast de taxatie dat de slaagkans bij de Nederlandse rechter gering is, vgl. nr. 228.

94. Dat gebeurde in de zaak ABN Amro: HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, *ARO* 2007/120.

95. Managementovereenkomsten worden behandeld in hfdst. 9.

7.5 Verrekeningsbevoegdheid en onmiddellijke voorziening

[230] Bij verrekening voldoet de schuldenaar zijn schuld met een prestatie die hij te vorderen heeft van zijn wederpartij.⁹⁶ Zijn schuld gaat daardoor teniet en in die zin lijkt verrekening op nakoming.⁹⁷ Partijen moeten over en weer elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn.⁹⁸ De prestaties moeten “aan elkaar beantwoorden”.⁹⁹ Dat betekent dat de prestaties over en weer gelijksoortig moeten zijn.¹⁰⁰ Met de vordering uit de ene verbintenis moet de schuld uit de andere verbintenis voldaan kunnen worden. Dit vereiste brengt mee dat verrekening meestal wordt toegepast op verbintenissen die geldsommen of zaken van dezelfde soort tot voorwerp hebben.¹⁰¹ De schuldenaar moet daarnaast bevoegd zijn om zijn schuld te betalen en zijn vordering moet afdwingbaar zijn.¹⁰² Het initiatief is aan de schuldenaar.¹⁰³ Het gevolg van verrekening is dat beide verbintenissen tot hun gemeenschappelijk beloop teniet gaan.¹⁰⁴ De regeling voor verrekening is niet onder alle omstandigheden onverkort toepasbaar.¹⁰⁵ Partijen kunnen bovendien van de regeling afwijken of verrekening helemaal uitsluiten, want de wettelijke bepalingen over verrekening zijn van regelend recht.¹⁰⁶

De schuldenaar, die een verbintenis uit een wederkerige overeenkomst niet nakomt, kan worden geconfronteerd met een verklaring tot ontbinding van die overeenkomst van zijn wederpartij. Als de schuldenaar bevoegd was tot verrekening, kan hij dat na die verklaring alsnog – onverwijld – doen.¹⁰⁷

96. Art. 6:127 BW e.v.

97. Verrekening heeft ook een zekerheidsfunctie (Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/114)).

98. Art. 6:127 lid 2 BW. Op deze hoofdregel bestaan uitzonderingen, onder meer art. 6:130 BW, 6:133 BW, 6:134 BW. Over het geval van beslag (art. 6:130 lid 2 BW), zie nr. 234.

99. Art. 6:127 lid 2 BW.

100. Schuijling merkt op dat prestaties gelijksoortig zijn, als de wederpartij de prestatie van de schuldenaar, die bestaat uit hetgeen de schuldenaar te vorderen heeft van de wederpartij, niet kan weigeren zonder in schuldeisersverzuim te geraken (Schuijling, *Verrekening* (Mon. BW nr. B40) 2019/10).

101. Asser/Sieburgh 6-II 2017/226; Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/112. Schuijling vermeldt de mogelijkheid van verrekening in geval van vermogensrechten waaraan dezelfde rechten en bevoegdheden zijn verbonden (Schuijling, *Verrekening* (Mon. BW nr. B40) 2019/10). Zie ook nt. 114 bij nr. 232.

102. Voor uitzonderingen op het vereiste van afdwingbaarheid zie art. 6:131 BW. De schuld hoeft niet opeisbaar te zijn (Schuijling, *Verrekening* (Mon. BW nr. B40) 2019/13).

103. Voor het tot stand komen van verrekening is een verklaring van de schuldenaar nodig (art. 6:127 lid 1 BW). Zie 7.6 over wijziging op grond van onvoorziene omstandigheden op initiatief van de schuldenaar.

104. Art. 6:127 lid 1 BW.

105. Afwijkingen van de regeling zijn onder meer gegeven in de Faillissementswet. Zie daarover Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2) (Wessels *Insolventierecht* nr. III) 2019/ 3365.

106. Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/113. De gevallen waarin de werkgever een vordering op de werknemer mag verrekenen met een loonschuld zijn limitatief opgesomd in art. 7:632 BW, zie daarover nr. 231.

107. Art. 6:134 BW; Schuijling, *Verrekening* (Mon. BW nr. B40) 2019/26.

Het zal niet zo vaak voorkomen dat de rechtspersoon de verbintenis, die hij door een onmiddellijke voorziening niet kan nakomen, in verrekening kan betrekken. Het vereiste dat prestatie aan schuld beantwoordt brengt dat mee. De rechtspersoon kan de schuld alleen verrekenen met zo'n 'beantwoordende' prestatie. Samenloop van verrekeningsbevoegdheid van de rechtspersoon en onmiddellijke voorzieningen lijkt daarom eerder uitzondering dan regel.

[231] De rechtspersoon, die ingevolge een onmiddellijke voorziening zijn verbintenis niet kan nakomen en tevens een verrekenbare tegenvordering op zijn wederpartij heeft, kan het initiatief nemen tot verrekening. Hij hoeft dat niet te doen. Als hij verrekent, is hij af van zijn eigen verplichting, maar de prestatie van de wederpartij kan hij ook niet meer tegemoetzien.¹⁰⁸ Als het tenietgaan van de tegenvordering per saldo ongunstig voor de rechtspersoon is, zal hij zich niet op verrekening beroepen. Een uiteindelijk negatief effect valt van verrekening op initiatief van de rechtspersoon dus niet te verwachten. De Ondernemingskamer hoeft de mogelijkheid van verrekening door de rechtspersoon dan ook in beginsel niet te betrekken in de beslissing over de onmiddellijke voorziening.

Een uitzondering hierop kan zich voordoen bij tegenstrijdige belangen. De beslissing over verrekening door de rechtspersoon wordt de facto genomen door een natuurlijk persoon. Als deze persoon ook betrokken is bij de wederpartij, zou hij in zijn besluitvormig over verrekening het belang van die wederpartij kunnen laten prevaleren. Zulke belangentegenstellingen hoeven de Ondernemingskamer niet te weerhouden de beoogde voorziening te treffen. Het risico van een belangentegenstelling kan op andere manieren worden ondervangen.¹⁰⁹

Onmiddellijke voorzieningen die ingrijpen in loonbetalingsverplichtingen van de rechtspersoon komen aan de orde in hoofdstuk 9. De bevoegdheid tot verrekening met betrekking tot verschuldigd loon is beperkt. De gevallen waarin de werkgever een vordering op de werknemer mag verrekenen met een loonschuld, zijn limitatief in de wet opgesomd.¹¹⁰ Loon, dat onder de zogenoemde beslagvrije voet valt, kan niet worden verrekend.¹¹¹ Samenloop van een verrekeningsbevoegdheid van de rechtspersoon en een onmiddellijke voorziening

108. Voor zover de verbintenis van de wederpartij hetzelfde beloop heeft; de verbintenissen gaan (slechts) tot hun gemeenschappelijk beloop teniet.

109. Bijvoorbeeld door bij wijze van onmiddellijke voorziening tijdelijk de beslissingsbevoegdheid te ontheffen van zijn bevoegdheid of de beslissingsbevoegdheid over te dragen aan iemand anders, vgl. 4.3, 4.6, 4.7 en 4.9.

110. Art. 7:632 BW. De bepaling is van dwingend recht. Zie ook Barentsen, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:632 BW, aant. 3 (online, bijgewerkt 8 augustus 2018).

111. Art. 7:632 lid 2 BW; Barentsen, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:632 BW, aant. 2 (online, bijgewerkt 8 augustus 2018). Schuijling acht die bepaling overbodig, omdat art. 6:135, aanhef en sub a, BW bepaalt dat bevoegdheid tot verrekening ontbreekt, in geval beslag op de vordering van de wederpartij niet geldig zou zijn (Schuijling, *Verrekening (Mon. BW nr. B40)* 2019/20).

die nakoming van een loonbetalingsverplichting belemmert, zal door deze beperkingen minder frequent voorkomen.¹¹²

[232] Ook de wederpartij van de rechtspersoon die door een onmiddellijke voorziening niet nakomt kan een verrekeningsbevoegdheid hebben. De wederpartij heeft dan een verrekenbare schuld aan de rechtspersoon. Als de wederpartij zijn bevoegdheid uitoefent, valt zijn vordering op de rechtspersoon weg tegen zijn schuld aan de rechtspersoon.¹¹³ De wederpartij krijgt dan een resultaat dat in beginsel overeenkomt met het resultaat dat hij zou hebben verkregen als de rechtspersoon zijn verbintenis zou zijn nagekomen. Een onmiddellijke voorziening die is getroffen met het oogmerk om dat resultaat te vermijden, kan in dat geval aan effectiviteit inboeten. De vraag is of dat kan worden opgelost door de onmiddellijke voorziening op een bepaalde manier in te richten. Ik betwijfel dat. De voorziening zou dan moeten inhouden, dat de wederpartij zijn vordering op de rechtspersoon niet mag verrekenen met de schuld van de rechtspersoon, die voorwerp van de voorziening is. Dat zou neerkomen op een verbod of gebod aan het adres van de wederpartij. De relatie van die partij met de rechtspersoon is niet een interne rechtsverhouding. Ik meen dat zo'n bevel daarom valt buiten de reikwijdte van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen.

Voor de rechtspersoon betekent verrekening door de wederpartij het volgende. Als de wederpartij verrekent, gaat diens verbintenis tegenover de rechtspersoon teniet. De rechtspersoon zal de prestatie van de wederpartij moeten missen, wat in theorie bezwaarlijk voor hem zou kunnen zijn. Met dat bezwaar zou bij het treffen van de onmiddellijke voorziening rekening moeten worden gehouden. In de praktijk zal het vermoedelijk wel meevallen met dit bezwaar. Dat heeft te maken met het vereiste, dat de prestatie aan de schuld beantwoordt. De rechtspersoon komt er niet wezenlijk anders voor te staan door het gemis, ten gevolge van de verrekening, van de prestatie van de wederpartij. Die prestatie is immers vergelijkbaar met de eigen, niet nagekomen verplichting. Anders is het wellicht als rechtspersoon en wederpartij over en weer verbintenissen zijn aangegaan met betrekking tot aandelen (bijvoorbeeld uitgifte van aandelen over en weer of aandelenruil). Mogelijk wordt de prestatie dan geacht te beantwoorden aan de schuld.¹¹⁴ Toch kan

112. De Ondernemingskamer hoeft in het algemeen geen rekening te houden met verrekening door de rechtspersoon, zie eerder in nr. 231.

113. Daarbij zou de vraag kunnen rijzen of voldaan is aan het vereiste dat de wederpartij betaling van zijn vordering kan afdwingen, of dat de onmiddellijke voorziening aan de afdwingbaarheid weg staat. Zie nr. 224-226 voor de de facto afdwingbaarheid van verbintenissen waarmee onmiddellijke voorzieningen conflicteren.

114. Art. 6:127 lid 2 BW. Schuijling wijst op de mogelijkheid dat verbintenissen tot het leveren van vermogensrechten (zoals effecten) waaraan dezelfde rechten en bevoegdheden zijn verbonden, worden beschouwd als gelijksoortig (Schuijling, *Verrekening* (Mon. BW nr. B40) 2019/10).

dan voor de rechtspersoon verrekening aanzienlijk minder aantrekkelijk zijn dan nakoming van de verbintenissen over en weer. Dit zal afhangen van de omstandigheden van het geval.

[233] Voor verrekening moet de vordering in beginsel afdwingbaar zijn.¹¹⁵ Een onmiddellijke voorziening die nakoming van een verbintenis verbiedt, zou aan afdwingbaarheid, en daarmee aan verrekening, in de weg kunnen staan.¹¹⁶ In 7.4 is rekening gehouden met de mogelijkheid dat een vordering tot nakoming wordt toegewezen als een onmiddellijke voorziening nakoming verhindert.¹¹⁷ Mocht de voorziening overmacht voor de rechtspersoon opleveren, dan kan de wederpartij in elk geval niet met succes nakoming vorderen.¹¹⁸ Een verbintenis valt in beginsel niet af te dwingen als de schuldenaar door overmacht niet kan nakomen.¹¹⁹ Overmacht aan de zijde van de schuldenaar tast echter de verrekeningsbevoegdheid van zijn wederpartij niet aan.¹²⁰ Als een onmiddellijke voorziening verhindert dat de rechtspersoon een verbintenis nakomt en die verhindering overmacht oplevert, betekent dat voor verrekening het volgende: zijn wederpartij die een eigen schuld te verrekenen heeft, kan tot verrekening overgaan. Die verrekening heeft mogelijk bezwaarlijke gevolgen.¹²¹ Dat is een gevolg waarmee bij het treffen van de voorziening rekening gehouden dient te worden.

[234] Als op een vordering beslag is gelegd, kan de schuldeiser de vordering niet (meer) opeisen. Dat tast de verrekeningsbevoegdheid van zijn schuldenaar niet aan.¹²² Als de vordering, die de schuldeiser op de schuldenaar heeft, wordt beslagen, kan de schuldenaar zijn tegenvordering op die schuldeiser dus in beginsel nog steeds in verrekening brengen.

De vergelijking tussen beslag en onmiddellijke voorzieningen dringt zich op. Een beslag, dat niet wordt gevolgd door faillissement en wordt opgeheven, belemmert de schuldeiser tijdelijk om de vordering op te eisen. Het element van tijdelijkheid kleeft ook aan de onmiddellijke voorziening. Na expiratie van de voorziening is de weg vrij om alsnog na te komen.¹²³ Toch is verrekening in geval van beslag niet goed vergelijkbaar met verrekening bij een onmiddellijke

115. Zie nr. 230.

116. Zie ook. nr. 224-226.

117. Nr. 228.

118. Zie 7.9-7.13 over de onmiddellijke voorziening als overmachtsgrond.

119. Haas 2009, 5.2.2.

120. Art. 6:79 BW. Asser/Sieburgh 6-II 2017/238.

121. Zoals in nr. 232 beschreven.

122. Art. 6:130 BW lid 2. Asser/Sieburgh 6-II 2017/235. In art. 6:130 BW zijn meer omstandigheden vermeld waaronder een schuldenaar een tegenvordering in verrekening kan brengen, hoewel de schuldeiser diens vordering niet meer kan opeisen. Zie Schuijling, *Verrekening* (Mon. BW nr. B40) 2019/17 over een ratio van die bepaling: een verrekeningsbevoegdheid behoort niet te snel te vervallen door een oorzaak buiten de sfeer van de schuldenaar.

123. Voor zover dat na het tijdsverloop nog mogelijk is.

voorziening. In het geval van een onmiddellijke voorziening is de schuldenaar (de rechtspersoon) tijdelijk verhinderd om na te komen. Bij beslag treft de vermindering de schuldeiser; het beslag ontnemt hem de bevoegdheid zijn vordering op te eisen.¹²⁴

[235] Gewoonlijk houdt een onmiddellijke voorziening die er op gericht is dat de rechtspersoon een verbintenis tijdelijk niet nakomt, geen aanwijzing over verrekening in. Voor verrekening door de wederpartij spreekt het vanzelf dat zo'n aanwijzing ontbreekt.¹²⁵ Bij het treffen van de onmiddellijke voorziening zou de Ondernemingskamer wel met verrekening door de wederpartij rekening moeten houden om twee redenen. Ten eerste kan verrekening door de wederpartij de effectiviteit van de onmiddellijke voorziening ondergraven.¹²⁶ Ten tweede kan verrekening door de wederpartij bezwaarlijk zijn voor de rechtspersoon.¹²⁷

Is het nuttig of wenselijk om in de onmiddellijke voorziening een aanwijzing op te nemen voor verrekening door de rechtspersoon? Allereerst kan bedacht worden dat samenloop van een verrekeningsbevoegdheid van de rechtspersoon met een onmiddellijke voorziening niet voor de hand ligt.¹²⁸ Als de onmiddellijke voorziening nakoming van een loonbetalingsverplichting in de weg staat, is de kans dat de rechtspersoon die verplichting kan verrekenen nog kleiner, want voor verrekening van loonschulden bestaan wettelijke beperkingen.¹²⁹ Van verrekening op initiatief van de rechtspersoon zijn geen negatieve effecten voor de rechtspersoon te verwachten.¹³⁰ Uitzonderingen daarop kunnen zich voordoen bij belangentegenstellingen. Aan de risico's van zulke negatieve effecten bij belangentegenstellingen kan het hoofd geboden worden door middel van andere onmiddellijke voorzieningen. Een aanwijzing over verrekening is daarvoor niet nodig.

7.6 Onvoorziene omstandigheden

[236] Redelijkheid en billijkheid beheersen de verhoudingen tussen schuldeiser en schuldenaar. Een speciale verschijningsvorm van redelijkheid en billijkheid is de *imprévision*-regeling.¹³¹ Op grond van omstandigheden, die bij

124. Een omgekeerde situatie doet zich voor als op een vordering van de rechtspersoon op zijn wederpartij beslag wordt gelegd, en de rechtspersoon tevens schuldenaar is van de wederpartij. De rechtspersoon kan zijn schuld niet verrekenen met de beslagen vordering op de wederpartij. Dat zou ten koste van de beslaglegger gaan.

125. Zo'n aanwijzing aan de wederpartij kan niet bij onmiddellijke voorziening worden gegeven, zie nr. 232.

126. Nr. 232.

127. Nr. 232.

128. Nr. 230.

129. Nr. 231.

130. Nr. 231.

131. Art. 6:258 BW.

het tot stand komen van de overeenkomst niet bestonden en door partijen niet in de overeenkomst zijn verdisconteerd, kan een partij de rechter vragen de overeenkomst te wijzigen, als ongewijzigde instandhouding naar redelijkheid en billijkheid niet verwacht mag worden.¹³² Of de omstandigheden wel of niet ‘voorzien’ zijn als bedoeld in deze bepaling, is een kwestie van uitleg van de overeenkomst.¹³³

De *imprévision*-regeling biedt niet alleen de crediteur, maar ook de schuldenaar de mogelijkheid het initiatief te nemen.¹³⁴ Bovendien is er ruimte voor minder verstrekende oplossingen dan algehele ontbinding, hetgeen voor beide partijen aantrekkelijk kan zijn. De schaduwzijde voor de schuldenaar is dat de regeling zijn beroep op overmacht kan inperken.¹³⁵

[237] De *imprévision*-regeling is van dwingend recht.¹³⁶ Contractspartijen kunnen wijziging van hun overeenkomst op de voet van deze bepaling niet uitsluiten. Men kan wel voorkomen dat omstandigheden aanleiding worden voor wijziging, door ze in de overeenkomst te betrekken. Dan zijn deze niet ‘onvoorzien’.

Zo kunnen de rechtspersoon en zijn wederpartij bij het aangaan van hun overeenkomst aandacht besteden aan de mogelijkheid dat een onmiddellijke voorziening met de overeenkomst zal interfereren. Ook na het aangaan van de overeenkomst is dat nog mogelijk. Om te vermijden dat de overeenkomst in zo’n geval kan worden gewijzigd, hoeven partijen de ‘omstandigheden’ (de onmiddellijke voorziening) niet verregaand te concretiseren.¹³⁷ Wel moet bedacht worden, dat de ruimte voor uitleg door de rechter groter is naarmate de bewoordingen, waarmee partijen onmiddellijke voorzieningen in hun contract verdisconteren, algemener zijn.¹³⁸ Met de ruimte voor rechterlijke uitleg groeit het risico, dat het contract toch onderhevig kan zijn aan wijziging op de voet van artikel 6:258 BW.

132. De regeling geldt voor overeenkomsten (ook niet-wederkerige). In deze paragraaf gaat het daarom over overeenkomsten.

133. De maatstaf is niet of een omstandigheid letterlijk onvoorzien is, maar of partijen de omstandigheid in hun overeenkomst hebben verdisconteerd (Asser/Sieburgh 6-III 2018/436 en 439). Zie voor het vereiste dat de omstandigheid nog niet bestond Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5) 2017/7.48.1.

134. Daarmee wijkt de regeling af van de in dit hoofdstuk besproken acties van de crediteur, de vordering tot nakoming, opschorting, de vordering tot schadevergoeding en (de vordering tot) ontbinding.

135. Asser/Sieburgh 6-I 2016/343. Met wijziging van de overeenkomst kan ook aan de belangen van de schuldeiser tegemoet worden gekomen. Dat valt uit het oogpunt van redelijkheid en billijkheid te prefereren boven een geslaagd beroep op overmacht van de schuldenaar, waarbij de belangen van de schuldeiser in het gedrang komen. Zie ook nt. 199 bij nr. 246 over de verhouding tussen de *imprévision*-regeling en het beroep op overmacht.

136. Art. 6:250 BW.

137. Asser/Sieburgh 6-III 2018/448.

138. Vgl. Bakker, in: *GS Verbintenissenrecht* art. 6:258 BW, aant. 1.4, (online, bijgewerkt 1 april 2019); hij noemt de waarde van het gebruik van algemene bewoordingen beperkt.

[238] Een uitzondering op de *imprévision*-regeling is gemaakt voor omstandigheden die naar de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van de partij die de wijziging verlangt.¹³⁹ Als de onmiddellijke voorziening te beschouwen is als een omstandigheid die naar verkeersopvattingen voor rekening van de rechtspersoon komt, beperkt deze uitzonderingsbepaling de rechtspersoon-schuldenaar in zijn mogelijkheden om in verband met een (onvoorziene) onmiddellijke voorziening wijziging van zijn overeenkomst te vragen.¹⁴⁰

7.7 Opschorting; samenloop met onmiddellijke voorzieningen betreffende aandelentransacties en managementovereenkomsten

[239] Een crediteur is onder omstandigheden bevoegd de nakoming van een eigen verplichting op te schorten als zijn schuldenaar de verbintenis niet nakomt.¹⁴¹ Niet nodig is dat de schuldenaar tekortschiet, het volstaat dat hij niet nakomt.¹⁴² Een toerekenbare tekortkoming van de schuldenaar is dus ook niet vereist.¹⁴³ Wie de eigen verplichting opschort, moet een opeisbare vordering hebben op zijn wederpartij.¹⁴⁴ Er moet ‘voldoende samenhang’ bestaan tussen de niet nagekomen verplichting van de schuldenaar en de opgeschorte prestatie van de schuldeiser.¹⁴⁵ De opschortingsbevoegdheid is een verweermiddel, dat kan worden ingeroepen door de partij van wie de vordering niet voldaan wordt. Wie zijn verplichting bevoegd opschort, schiet niet tekort als hij niet nakomt.

Opschorting is niet bedoeld om een blijvende toestand in het leven te roepen. De partij die opschort, streeft doorgaans naar nakoming door zijn wederpartij. Met uitstel van de eigen verplichting oefent hij druk uit op zijn wederpartij om

139. Art. 6:258 lid 2 BW.

140. Een voorziening kan naar verkeersopvattingen voor rekening van de rechtspersoon komen, omdat de voorziening getroffen wordt indien de toestand van de rechtspersoon er aanleiding toe geeft. In 7.11-7.13 wordt toegespitst op het risico voor onmiddellijke voorzieningen.

141. Art. 6:52 BW e.v. houden de algemene regeling in. Art. 6:262 BW e.v. bevatten de bepalingen voor wederkerige overeenkomsten. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b) 2013/2.1 en 2.2.

142. Asser/Sieburgh 6-I/273; Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b) 2013/12.1. In dit hoofdstuk wordt vooral aandacht besteed aan de tekortschietende schuldenaar. Het opschortingsrecht wordt in dat licht behandeld.

143. Toerekening komt in 7.8 aan de orde.

144. Art. 6:52 lid 1 BW. Voor uitzonderingen zie Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b) 2013/9.1-9.4.

145. In de samenhang ligt volgens Streefkerk de rechtsgrond voor opschorting (Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b) 2013/6.1). Zie over de samenhang ook Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b) 2013/ hfdst. 14.

na te komen.¹⁴⁶ Opschorting biedt daarnaast enige zekerheid voor het geval de wederpartij uiteindelijk niet nakomt, en dat niet-nakomen uitmondt in een verplichting van de wederpartij tot (vervangende) schadevergoeding of in ontbinding.¹⁴⁷ Ook vooruitlopend op verrekening kan de schuldeiser zekerheid aan een opschorting ontlelen.

Bevoegdheid tot opschorting ontbreekt als nakoming van de verbintenis blijvend onmogelijk is.¹⁴⁸ Deze hoofdregel geldt niet bij wederkerige overeenkomsten.¹⁴⁹ Dan kan opschorting – zelfs als nakoming van de verbintenis door de wederpartij blijvend onmogelijk is – ook worden gebruikt als opstapje tot ontbinding.¹⁵⁰

Contractspartijen kunnen van de wettelijke regeling afwijken. De opschortingsbevoegdheid kan worden uitgesloten, beperkt of uitgebreid.¹⁵¹

[240] Een schuldeiser zou van zijn opschortingsbevoegdheid gebruik kunnen maken in reactie op een door een onmiddellijke voorziening ingegeven tekortkoming van een rechtspersoon.¹⁵² Mogelijk beoogt de schuldeiser daarmee de rechtspersoon tot nakomen te bewegen voordat de voorziening expireert.¹⁵³ Dat de schuldeiser dat doel met opschorting bereikt, lijkt me niet erg waarschijnlijk.¹⁵⁴ Zekerheid dat de rechtspersoon ná expiratie van de voorziening zal nakomen, verkrijgt de schuldeiser niet door opschorting.

[241] De rechtspersoon blijft (tijdelijk) verstoken van de prestatie van de wederpartij, als die gebruik maakt van zijn opschortingsbevoegdheid. De rechtspersoon kan daardoor nadeel ondervinden.¹⁵⁵ Dat nadeel zou het positieve

146. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b) 2013/7.1 en 12.1.

147. Zie over variaties van de zekerheid die met opschorting wordt bewerkstelligd uitvoerig Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b) 2013/7.2. Zie ook Asser/Sieburgh 6-I 2016/270. De schuldeiser die in afwachting van ontbinding zijn eigen verplichting opschort, ontleent daaraan de zekerheid dat hij na ontbinding geen vordering tot ongedaanmaking van zijn eigen prestatie hoeft in te stellen.

148. Art. 6:54, aanhef en onder b, BW.

149. Art. 6:264 BW. Voor dit onderzoek zijn wederkerige overeenkomsten interessant, zie nr. 216.

150. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b) 2013/7.2.a.

151. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b) 2013/3.1.

152. Opschorting door de rechtspersoon wordt niet besproken. Het uitgangspunt is hier immers dat de rechtspersoon in de nakoming van zijn verbintenis belemmerd wordt door een onmiddellijke voorziening. Dat is niet een omstandigheid die de rechtspersoon bevoegdheid of aanleiding geeft tot opschorting. Daarom wordt in deze paragrafen met opschorting telkens opschorting door de wederpartij van de rechtspersoon bedoeld.

153. Dan gebruikt hij opschorting als pressiemiddel; zie ook Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b) 2013/7.1.

154. De rechtspersoon kan in theorie de onmiddellijke voorziening negeren en toch nakomen (nr. 250). Dan zijn overigens nieuwe obstakels denkbaar, bijvoorbeeld in de vorm van een met een dwangsom versterkt verbod door de voorzieningenrechter.

155. Vgl. nr. 232, 233, 235, 264 en 265.

effect, dat met de onmiddellijke voorziening wordt beoogd, teniet kunnen doen. Als opschorting waarschijnlijk is en het nadeel ervan groter is dan voordeel van de voorziening, ligt het voor de hand dat de Ondernemingskamer afziet van de maatregel. Een mogelijke of dreigende opschorting met een relatief gering nadelig effect voor de rechtspersoon hoeft de rechter niet te weerhouden van de onmiddellijke voorziening.

In geval van aandelentransacties zou opschorting van een eigen verplichting door de wederpartij de rechtspersoon voor forse problemen kunnen plaatsen. Als de rechtspersoon zich heeft verbonden om aandelen in een dochter te leveren of om aandelen in het eigen kapitaal uit te geven aan een wederpartij, hangt daarmee gewoonlijk een verplichting van die wederpartij samen – betaling van een koopprijs in geld of eigen aandelen, dan wel storting op de aandelen – waar de rechtspersoon veel belang bij heeft.¹⁵⁶ Soms wordt de transactie door de rechtspersoon beschouwd als redding uit een benarde financiële situatie.¹⁵⁷ Als de wederpartij zijn eigen verplichting opschort, in reactie op het uitblijven van de levering of emissie, blijft de rechtspersoon langer verstoken van die reddingsboei.

Opschorting bij door onmiddellijke voorzieningen verboden aandelentransacties heeft in de enquêterechtelijke praktijk geen problemen opgeleverd.¹⁵⁸ In 7.4 zijn redenen genoemd om vorderingen tot nakoming achterwege te laten.¹⁵⁹ Wellicht wordt om dergelijke motieven ook afgezien van opschorting. Een andere voor de hand liggende verklaring is dat partijen bij aandelentransacties gebruik maken van de mogelijkheid de opschortingsbevoegdheid uit te sluiten of te beperken.

Dat opschorting bij aandelentransacties in de praktijk geen problemen geeft, kan ook te maken hebben met het volgende. De onmiddellijke voorziening in dit soort gevallen pleegt zich niet te beperken tot de enkele verbintenis van de rechtspersoon; de maatregel strekt ertoe de (verdere) uitvoering van de gehele overeenkomst te verbieden.¹⁶⁰ Zo'n verbod is gericht tot de rechtspersoon. De voorziening houdt over de verplichtingen van de wederpartij geen

156. Dat is een samenhangende verplichting uit een wederkerige overeenkomst. Zie daarover Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b) 2013/14.2 en 14.3.

157. Een financiële noodsituatie kan ook om conversie van een lening vragen, zie bijv. OK 31 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3680, *ARO* 2010/6 (Inter Access).

158. Er zij op gewezen dat opschorting buiten het zicht van de (enquête)rechter kan blijven, vgl. Streefkerk, *Opschortingsrechten* (Mon. BW nr. B32b) 2013/7.3.

159. In nr. 229. Voor (vergelijkbare) drijfveren om geen ontbinding na te streven zie nr. 265.

160. In de zaak HBG werd verboden uitvoering te geven aan de joint venture (OK 4 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AB2476); zie voor het relevante deel van het dictum nt. 76 bij 8.5.3. In de zaak ABN Amro werd uitvoering van de Purchase and Sale Agreement verboden (OK 3 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *ARO* 2007/79); zie voor relevante deel van het dictum nt. 93 bij 8.5.4.

expliciete aanwijzingen in.¹⁶¹ Misschien moet het verbod tot ‘uitvoering van de overeenkomst’ zo worden verstaan, dat het in ontvangst nemen door de rechtspersoon van de prestatie van de wederpartij er onder is begrepen. Als die lezing juist is, is het uitblijven van de prestatie van de wederpartij in de voorziening ingecalculeerd. De nadelen daarvan wegen dan kennelijk in de ogen van de Ondernemingskamer niet op tegen de voordelen van de onmiddellijke voorziening.

[242] Tussen rechtspersonen en hun bestuurders zijn vaak management-overeenkomsten van kracht, waarin de aanspraak van de bestuurder op een management fee is geregeld.¹⁶² In 4.3.1 is gewag gemaakt van onmiddellijke voorzieningen die strekken tot schorsing van bestuurders. Het komt voor dat bij zo’n maatregel wordt bepaald dat de rechtspersoon geen management fee verschuldigd is.¹⁶³ Dat leidt ertoe dat de rechtspersoon tekort zal schieten in zijn verplichting om de managementvergoeding te voldoen. Moet de Ondernemingskamer er in zulke gevallen rekening mee houden, dat de rechtspersoon nadelige gevolgen ondervindt doordat de bestuurder zijn verplichting opschort? Het antwoord is nee. Formeel zou de bestuurder, in reactie op het uitblijven van de betaling van de vergoeding door de rechtspersoon, zijn eigen prestatie kunnen opschorten. Die prestatie bestaat uit zijn bestuurderswerkzaamheden. De schorsing van de bestuurder is er echter juist op gericht dat hij zijn werkzaamheden tijdelijk staakt. Opschorting door de bestuurder is daarom in zulke gevallen zinledig.¹⁶⁴ Dat verklaart waarom opschorting door bestuurders in zulke gevallen achterwege blijft.¹⁶⁵

161. Dat zou ook buiten de enquêterechtelijke bevoegdheid van de Ondernemingskamer vallen, zie nr. 58.

162. In hfdst. 9 komen deze overeenkomsten uitvoeriger aan de orde.

163. Hfdst. 9.

164. Hier wordt buiten beschouwing gelaten of het niet gebruik maken door de rechtspersoon van de management diensten moet worden aangemerkt als schuldeisersverzuim van zijn zijde als bedoeld in art. 6:58 BW.

165. Het gaat hier steeds over opschorting door de wederpartij van de rechtspersoon. Voor de volledigheid wordt het volgende opgemerkt over opschorting door de rechtspersoon. De onmiddellijke voorziening van schorsing van een bestuurder heeft verschillende gevolgen. Een daarvan is dat de bestuurder zijn verplichting tegenover de rechtspersoon om werkzaamheden te verrichten niet na kan komen. (Daarnaast kan hij geen bevoegdheden gebruiken en geen rechten uitoefenen.) Als de Ondernemingskamer niet ingrijpt in de bezoldigingsverplichting van de rechtspersoon, blijft de bezoldigingsverplichting in stand. In 9.8 wordt dat uiteengezet. Bij de rechtspersoon zou de wens kunnen opkomen om zijn – met de niet verrichte werkzaamheden samenhangende – bezoldigingsverplichting op te schorten. Art. 6:54, aanhef en sub a, BW (Geen bevoegdheid tot opschorting bestaat voor zover de nakoming van de verbintenis van de wederpartij wordt verhinderd door schuldeisersverzuim) lijkt daaraan in de weg te staan. Bedacht moet worden dat de onmiddellijke voorziening is gericht tot de rechtspersoon en gerelateerd is aan twijfel aan zijn beleid en gang van zaken. De onmiddellijke voorziening zou kunnen worden aangemerkt als een verhindering in de nakoming door de bestuurder die opkomt aan de kant van de rechtspersoon, als bedoeld in

7.8 Het recht op schadevergoeding; toerekenbare tekortkoming en overmacht

7.8.1 Tekortkoming en schadevergoeding

[243] Bij tekortkoming in de nakoming heeft de schuldeiser in beginsel de keuze uit verschillende acties, waaronder de vordering tot nakoming en de vordering tot schadevergoeding.¹⁶⁶ Naar Nederlands recht wordt de nakomingsvordering in beginsel toegewezen.¹⁶⁷ Dat is anders in Angelsaksische stelsels, waar schadevergoeding de standaard is en veroordelingen tot nakoming de uitzonderingen zijn.¹⁶⁸ Tjittes zet uiteen dat de rechter in die stelsels nakoming alleen beveelt als dat rechtvaardiger wordt gevonden dan schadevergoeding.¹⁶⁹ Krans wijst er op dat het vroeger, onder het oude Burgerlijk Wetboek, ook in Nederland vanzelfsprekend was dat veroordelingen om te geven, te doen of na te laten werden opgelost in schadevergoeding.¹⁷⁰ In het debat over conflicten tussen onmiddellijke voorzieningen en contractuele verplichtingen domineerde de veronderstelling, dat zo'n botsing (slechts) zou kunnen leiden tot een schadevergoedingsverplichting van de rechtspersoon tegenover zijn wederpartij.¹⁷¹ Mogelijk heeft de invloed van het Angelsaksische recht en het oud BW een rol gespeeld bij die veronderstelling.¹⁷²

art. 6:58 BW. Gevallen van opschorting van de bezoldigingsverplichting door de rechtspersoon zijn mij niet bekend.

166. Nr. 222. In beginsel kan de schuldeiser kiezen tussen nakoming en schadevergoeding, maar de keuzevrijheid wordt beperkt door de eisen van redelijkheid en billijkheid (HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (Multi Vastgoed/Nethou)). Zie ook Scheltema, *Nakoming* (*Mon. BW nr. B32a*) 2016/1.

167. Nr. 223.

168. Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (*SBR 4*) 2018/95; Huydecoper, *Reële executie* (*Mon. BW nr. A13*) 2011/8. Over schadevergoedingsvorderingen bij contractuele verplichtingen in het Engelse recht, zie Krans 1999/1.17. In nt. 87 bij 7.4 is gewag gemaakt van een vordering tot nakoming van een verplichting waarop het recht van de staat New York van toepassing was (in de zaak ABN Amro). Voor zover bekend heeft die vordering niet tot een veroordeling geleid.

169. Tjittes, *RMThemis* 2001, p. 161-162. Tjittes ziet in het arrest HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (Multi Vastgoed/Nethou) enige toe neiging tot het Anglo-Amerikaanse recht. Met het arrest wordt volgens hem aansluiting bewerkstelligd van het Nederlandse recht bij internationaal aanvaarde rechtsregels.

170. Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (*SBR 4*) 2018/95. Zie ook Huydecoper, *Reële executie* (*Mon. BW nr. A13*) 2011/6. Het arrest HR 5 januari 2001 (Multi Vastgoed/Nethou) markeert volgens Tjittes enig herstel van de historische banden van het Nederlandse contractenrecht (Tjittes, *RMThemis* 2001, p. 161-162).

171. Nr. 6 en 212. Brink heeft die veronderstelling verwoord (M. Brink, annotatie bij OK 4 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AB2476, *JOR* 2001/149 (HBG), nr. 5). Schadevergoeding ligt voor de hand als men er van uitgaat dat de rechter een vordering tot nakoming zal afwijzen. Zie daarover nr. 224-226.

172. De contracten bij aandelentransacties zullen gewoonlijk clausules over schadevergoeding bij niet-nakoming inhouden. Zulke clausules in contracten die zijn opgesteld naar Angel-

[244] Een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar in beginsel tot het vergoeden van de schade die de schuldeiser door die tekortkoming lijdt.¹⁷³ Een tekortkoming bestaat uit het geheel of gedeeltelijk uitblijven van nakoming of uit niet tijdige of niet behoorlijke nakoming.¹⁷⁴ Als de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend, is de verplichting tot schadevergoeding er niet. Toerekening is echter de hoofdregel.¹⁷⁵ De betreffende bepalingen zijn van regelend recht.¹⁷⁶

Vervangende schadevergoeding, die de prestatie zelf vervangt, valt niet te combineren met een vordering tot nakoming of een vordering tot ontbinding.¹⁷⁷ Aanvullende schadevergoeding, die dient ter vergoeding van vertragschade of van gevolgschade, kan worden gevorderd naast nakoming, vervangende schadevergoeding of ontbinding.¹⁷⁸ Voor het recht op schadevergoeding is causaal verband tussen de tekortkoming en schade nodig.¹⁷⁹ Aan de inhoud en de omvang van verplichtingen tot schadevergoeding wordt geen aandacht besteed.¹⁸⁰ Het gaat hier om de voorwaarden waaronder de verplichting tot schadevergoeding er is.

Men kan pas tekortkomen als de verbintenis opeisbaar is.¹⁸¹ Als de tekortkoming de schuldenaar wordt toegerekend, treedt de verplichting tot schadevergoeding meteen in, in geval nakoming blijvend onmogelijk is.¹⁸² In zo'n situatie kan terstond schadevergoeding worden gevorderd.¹⁸³ Is nakoming niet blijvend

saksisch recht of naar oud BW zullen extra aandacht in het debat hebben gevestigd op de schadevergoedingsmogelijkheid.

173. Art. 6:74 lid 1 BW.

174. Daarbij maakt het niet uit of nakoming nog mogelijk is, dan wel blijvend of tijdelijk onmogelijk. Asser/Sieburgh 6-I 2016/317. Zie ook nr. 217-221.

175. De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/14. Dat toerekening de hoofdregel is, heeft consequenties voor de stelplicht en de bewijslast. In beginsel moet de schuldenaar stellen en bewijzen dat de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend.

176. Art. 6:74 BW, art. 6:75 BW.

177. Art. 6:87 BW.

178. Art. 6:277 BW.

179. Causaal verband is geen onderscheidend thema voor de vraag naar de uiteindelijke uitwerking van onmiddellijke voorzieningen. Causaal verband tussen de onmiddellijke voorziening als oorzaak van de tekortkoming en de door de schuldeiser geleden schade wordt het verdere betoog verondersteld. Causaal verband kan, in de - sterk casuïstische - omstandigheden van het geval, ontbreken.

180. De inhoud en de omvang van verplichtingen tot schadevergoeding zijn geregeld in afdeling 6.1.10 BW.

181. Voor een verplichting tot schadevergoeding is een tekortkoming van de schuldenaar vereist. Art. 6:80 BW houdt voor een aantal gevallen in dat de gevolgen van niet-nakoming intreden voordat de vordering opeisbaar is. Zie over opeisbaarheid ook nr. 219-221.

182. In geval van blijvend onmogelijke nakoming is voor het ontstaan van de schadevergoedingsverplichting slechts toerekenbaarheid van de tekortkoming vereist (De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/3).

183. De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/135.

onmogelijk, maar blijft deze uit, dan is deze vertraagd.¹⁸⁴ Dan is er pas sprake van tekortkoming als de schuldenaar in verzuim is.¹⁸⁵ Er kan bij nakoming die niet blijvend onmogelijk is, pas een recht van de schuldeiser op schadevergoeding ontstaan als is voldaan aan het vereiste van verzuim van de schuldenaar.¹⁸⁶ De categorie van vertraging die in het kader van dit onderzoek enige aandacht krijgt, is die van de tijdelijke onmogelijkheid.¹⁸⁷

7.8.2 Overmacht

[245] Een tekortkoming is niet toerekenbaar, als zij niet te wijten is aan de schuld van de schuldenaar en evenmin krachtens de wet, een rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.¹⁸⁸ De schuldenaar heeft dan ingevolge artikel 6:75 BW een beroep op overmacht.¹⁸⁹ De bepaling is van regeland recht; partijen bij een overeenkomst kunnen het beroep op overmacht uitbreiden of beperken.¹⁹⁰ Voor de rechtspersoon betekent dat, dat hij – in theorie – met zijn wederpartij overeen kan komen dat hij in geval van een onmiddellijke voorziening een ruimer beroep op overmacht zal hebben.¹⁹¹ Zijn aansprakelijkheid voor een tekortkoming ten gevolge van die voorziening wordt dan beperkt. De mogelijkheid voor de rechtspersoon om zich te beroepen op de *imprévision*-regeling zal daarmee overigens ook beperkt worden, want partijen hebben een onmiddellijke voorziening dan verdisconteerd in hun overeenkomst.¹⁹²

184. De Jong merkt op dat het wettelijke stelsel voor schadevergoedingsplicht onderscheidt in enerzijds blijvende onmogelijkheid en anderzijds vertraging (De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/8).

185. Art. 6:74 lid 2 BW. De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/3 en 8. Over verzuim, art. 6:81 BW e.v., zie ook nr. 220. Zie De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/49.4 over de rol van verzuim in de heersende (enge) leer en in de ruime leer, waarvan De Jong voorstander is. Ik ga daar hier niet op in.

186. Verzuim wordt verondersteld waar het vereist is, zie nr. 220.

187. Tijdelijke onmogelijkheid is een vorm van vertraging (De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/8).

188. Art. 6:75 BW. Sieburgh wijst er op dat de term toerekenbaar betekent dat een verwijt niet vereist is (Asser/Sieburgh 6-I 2016/318).

189. Asser/Sieburgh 6-I 2016 /332. De term overmacht is niet altijd in de zelfde betekenis gebruikt. Zie Cauffman en Croes, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:75 BW, aant. 2.1 (online, bijgewerkt 18 december 2018) voor anders geformuleerde definities van overmacht. De tekortkoming die aan de debiteur wordt toegerekend wordt ook met wanprestatie aangeduid (Asser/Sieburgh 6-I 2016/332; De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/132).

190. Als partijen het beroep op overmacht van de schuldenaar uitbreiden, wordt diens aansprakelijkheid beperkt, en vice versa. Cauffman en Croes, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:75 BW, aant. 1.1 (online, bijgewerkt 18 december 2018) wijzen op de verwantschap tussen contractuele bepalingen waarin het beroep op overmacht wordt verruimd en exonatieclausules.

191. Zie ook 7.11.

192. Zie ook 7.6.

7.8.3 De mate van belemmering van de nakoming

[246] Voor een geslaagd beroep op overmacht moet er een verhindering in de nakoming van de verbintenis zijn.¹⁹³ Hierna wordt ervan uitgegaan dat de tekortkoming die tot zo'n beroep leidt, voortkomt uit een verhindering in de nakoming.¹⁹⁴ Belemmeringen om na te komen zijn denkbaar in gradaties, variërend van 'absoluut voor eenieder onmogelijk' tot 'voor deze schuldenaar bezwaarlijk'. De ruimte om een tekortkoming, die niet voortvloeit uit een absolute onmogelijkheid na te komen, niet aan de schuldenaar toe te rekenen, verschilt per overmachtsleer.¹⁹⁵ Kort gezegd: in de objectieve leer gaat het om absolute onmogelijkheid voor iedereen; de subjectieve leer draait om de vragen of de concrete debiteur tot nakoming in staat is en of hij schuld draagt aan het uitblijven van de prestatie.¹⁹⁶ Er wordt over subjectieve of relatieve onmogelijkheid gesproken.

Naar Nederlands recht is absolute onmogelijkheid niet vereist voor overmacht. De omstandigheden van het concrete geval spelen een belangrijke rol. Zij bepalen mede of een verhindering om te presteren voor de betreffende schuldenaar als overmacht kan worden gekwalificeerd.¹⁹⁷ Nakoming kan praktisch zo bezwaarlijk zijn, dat deze als onmogelijk wordt aangemerkt en overmacht kan opleveren.¹⁹⁸ Als nakoming slechts bezwaarlijk is – en niet meer dan dat –, is er geen overmacht.¹⁹⁹ Een van de vormen van relatieve

193. De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/172; De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/13. Voor uitzonderingen, waarin overmacht kan optreden zonder verhindering om na te komen, zie Asser/Sieburgh 6-I 2016/340. Die gevallen spelen hier geen rol en blijven onbesproken.

194. De in de praktijk gehanteerde terminologie vertoont op dit punt enige variatie. Sieburgh wijst er op dat in de parlementaire geschiedenis over 'onmogelijkheid' wordt gesproken (Asser/Sieburgh 6-I 2016/340). Zie ook De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/13 (en 8); zij merkt op dat moet worden vastgesteld dat nakoming (blijvend) onmogelijk is, voordat kan worden gezien of de verhindering aan de schuldenaar moet worden toegerekend.

195. In de loop der tijd zijn verscheidene theorieën ontwikkeld over het begrip overmacht. Voor een overzicht zie Asser/Sieburgh 6-I 2016/334-338. In het Nederlandse recht convergeren de subjectieve en de objectieve richtingen en is een risico-element toegevoegd.

196. Haas definieert subjectieve onmogelijkheid in de sleutel van redelijkheid: er is relatieve onmogelijkheid als nakoming in redelijkheid niet van de schuldenaar kan worden gevergd (Haas 2009, 5.2.2).

197. Asser/Sieburgh 6-I 2016/343.

198. De Jong wijst in dit verband op het belang van de vraag of van de schuldeiser mag worden verwacht dat hij de schuldenaar alsnog in de gelegenheid stelt om na te komen (De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/9.3).

199. Als nakoming van de verbintenis voor de schuldenaar buitengewoon bezwaarlijk is geworden door onvoorziene omstandigheden, kan art. 6:258 BW uitkomst bieden. Sieburgh merkt op dat deze bepaling enerzijds een zekere rechtsbescherming biedt bij aanzienlijke bezwaarlijkheid die geen overmacht oplevert, en anderzijds een beroep op overmacht in de weg kan staan omdat wijziging van de overeenkomst mogelijk is (Asser/Sieburgh 6-I 2016/343). Zie voor de regeling van art. 6:258 BW in 7.6.

onmogelijkheid is de juridische onmogelijkheid om na te komen.²⁰⁰ Deze komt hierna in 7.9 uitvoeriger aan de orde.

7.8.4 Schuld

[247] Een tekortkoming die de debiteur had moeten voorkomen of vermijden, is aan zijn schuld te wijten en levert geen overmacht op. Het draait hier om de invloed die de schuldenaar heeft op het optreden van de belemmering. Naarmate hij meer macht heeft over het ontstaan van de tekortkoming, kan hem de tekortkoming eerder worden verweten.²⁰¹

Of er schuld is hangt ten eerste af van de strekking en de inhoud van de verbintenis en van het gedrag dat een zorgvuldige schuldenaar in de gegeven omstandigheden tentoon zou spreiden. Dit is de objectieve norm die een rol speelt bij de bepaling van schuld.²⁰² Als de objectieve norm geschonden is, komt een subjectieve component aan de orde.²⁰³ Subjectieve verwijtbaarheid ontbreekt als de normschending de debiteur niet persoonlijk kan worden verweten. De tekortkoming is aan de schuld van de schuldenaar te wijten, als deze onvoldoende zorg heeft betracht om haar te voorkomen.²⁰⁴ In de betekenis van subjectieve verwijtbaarheid wordt hier het begrip schuld gebruikt.²⁰⁵

In 7.10 wordt schuld van de rechtspersoon in het licht van onmiddellijke voorzieningen onder de loep genomen. Daar wordt aandacht besteed aan het voorkomen van onmiddellijke voorzieningen.

200. De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/9.3.

201. Cauffman en Croes, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:75 BW, aant. 4.1 (online, bijgewerkt 18 december 2018).

202. In hfdst. 8 wordt onderzoek gedaan naar de inhoud van de objectieve normen bij verbintenissen uit aandelentransacties waarmee een onmiddellijke voorziening interfereert.

203. Asser/Sieburgh 6-I 2016/344. De Jong spreekt over objectieve toetsing en subjectieve toetsing (De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/14). Zie ook De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/173).

204. Zorgplicht kent vele verschijningsvormen. Voor voorbeelden, zie Cauffman en Croes, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:75 BW, aant. 4.1 (online, bijgewerkt 18 december 2018).

205. In tegenstelling tot schuld in de ruimere zin van 'toerekenbare normschending', die men in de oudere drukken van de Asser Serie tegenkwam.

HOOFDSTUK 7

7.8.5 Risico

[248] Risico komt niet pas aan de orde als schuld ontbreekt; er is geen vaste volgorde.²⁰⁶ Over een hiërarchie van de toerekeningsbronnen wet, rechtshandeling en verkeersopvattingen geeft artikel 6:75 BW geen uitsluitel. Specifieke partijafspraken over overmacht prevaleren in beginsel boven wet, verkeersopvattingen en ook boven schuld.²⁰⁷ Dat is inherent aan het karakter van de bepaling, die van regelend recht is, zodat partijen bij overeenkomst kunnen afwijken. De Jong meent dat verkeersopvattingen normaal gesproken zullen wijken voor een duidelijke wettelijke of contractuele aanwijzing.²⁰⁸ Rogmans benadrukt de gelijkwaardigheid van de drie elementen wet, rechtshandeling en verkeersopvattingen.²⁰⁹ Overigens kan het voorkomen dat toerekening mogelijk is op grond van meer dan één factor. Dat komt doordat wet, rechtshandeling en verkeersopvattingen elkaar beïnvloeden.²¹⁰ Maatschappelijke opvattingen over risicoverdeling werken door in wetgeving en andersom.

[249] In de wet is toerekening ‘krachtens de wet’ uitgewerkt: de debiteur is aansprakelijk voor hulppersonen en voor door hem gebruikte zaken.²¹¹ Daarnaast zijn in de wet speciale toerekeningsmaatstaven opgenomen voor een paar bijzondere gevallen.²¹² In 7.11 zal worden opgemerkt dat de wet niet voorziet

206. Hartkamp formuleert: “Bij ontbreken van subjectieve verwijtbaarheid (schuld) komt aan de orde of de normschending op grond van de wet, de rechtshandeling of de verkeersopvattingen aan de schuldenaar wordt toegerekend.” (Asser-Hartkamp 4-I 1996/322). Men zou daarin een volgorde kunnen lezen. Ook Rogmans lijkt uit te gaan van een volgorde, waar hij schrijft dat als schuld wordt vastgesteld, de risicovraag niet aan de orde komt (Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Mon. BW nr. A20) 2007/49). De stap “is er schuld” kan mijns inziens worden overgeslagen als iets voor risico van de debiteur komt. Een andere kwestie is of schuld eenvoudiger is vast te stellen dan risico. Dat kan reden zijn om eerst te onderzoeken of er schuld is. Bij toerekening krachtens de wet ligt eenvoudige vaststelling van risico voor de hand.

207. Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Mon. BW nr. A20) 2007/50. Partijafspraken, overeenkomsten, behoren tot de categorie rechtshandelingen. Zie ook Cauffman en Croes, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:75 BW, aant. 7.1 (online, bijgewerkt 18 december 2018). De verkeersopvattingen kunnen in geval van partijafspraken van belang zijn voor de uitleg van de afspraken.

208. De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/14. Zie aldaar voor meer opvattingen over de onderlinge verhoudingen tussen de toerekeningsfactoren. Cauffman en Croes suggereren dat toerekening naar verkeersopvattingen pas aan de orde kan komen als er geen schuld of risico op grond van wet of rechtshandeling is (Cauffman en Croes, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:75 BW, aant. 8.1 (online, bijgewerkt 18 december 2018)).

209. Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Mon. BW nr. A20) 2007/51. Met dien verstande dat rechtshandelingen in de vorm van duidelijke partijafspraken prevaleren, zoals hiervoor is opgemerkt.

210. Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Mon. BW nr. A20) 2007/19 en 20.

211. Art. 6:76 BW; art. 6:77 BW.

212. Bijv. art. 6:204 BW voor het geval van tekortschieten in de nakoming van de uit onverschuldigde betaling voortvloeiende verbintenis tot teruggave.

in toerekening van tekortkomingen die worden veroorzaakt door onmiddellijke voorzieningen.

Bij rechtshandelingen die bepaalde tekortkomingen voor rekening van de schuldenaar brengen, valt te denken aan in contracten opgenomen garanties.²¹³ Omgekeerd kunnen contractspartijen aansprakelijkheid van de schuldenaar voor bepaalde feiten uitsluiten. Rechtspersonen en hun wederpartijen kunnen de mogelijkheid van een toekomstige onmiddellijke voorziening in hun contract opnemen.²¹⁴

Over de laatste categorie, die van de verkeersopvattingen, zal in veel gevallen discussie mogelijk zijn.²¹⁵ Memelink betoogt dat een verkeersopvatting een opvatting is over hoe het recht behoort te zijn, niet over hoe de rechtstoestand is.²¹⁶ Verkeersopvattingen kunnen in de tijd veranderen, omdat nu eenmaal de maatschappij waarin die opvattingen leven aan verandering onderhevig is.²¹⁷ Ook speelt een rol naar welke kring en welk ‘verkeer’ men kijkt om opvattingen te vinden.²¹⁸

Financieel onvermogen en onbekwaamheid van de schuldenaar komen naar verkeersopvattingen in het algemeen voor risico van die schuldenaar.²¹⁹ Ook omstandigheden die bij het aangaan van de verbintenis voor de debiteur voorzienbaar zijn komen voor diens risico.²²⁰ Het gaat niet alleen om datgene wat hij voorziet, maar ook om omstandigheden die hij kan voorzien en dus moet voorzien.²²¹ De schuldeiser mag verwachten dat de schuldenaar met zulke omstandigheden rekening houdt. De schuldenaar moet voor die omstandigheden een voorbehoud maken, of van de verbintenis afzien of passende voorzorgsmaatregelen treffen. Ik merk op dat deze maatstaf in de buurt komt van de objectieve norm van schuld, die wordt bepaald door het gedrag van een zorgvuldig schuldenaar.

213. De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/173.

214. Zie daarover 7.11. Zie nr. 264 over die mogelijkheid in verband met ontbinding.

215. Abas merkt op dat dit criterium weinig houvast biedt en dat verschil van inzicht over hoe een verkeersopvatting luidt inherent is aan de regeling (Abas, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 1998 afl. 3). Memelink beschrijft mogelijke methoden om verkeersopvattingen op te sporen en daaraan klevende bezwaren (Memelink 2009/3.3.1), en zij zet uiteen dat verkeersopvattingen worden geconcretiseerd met behulp van velerlei verschillende noties en verwachtingen (Memelink 2009/5.4.2.6).

216. Memelink 2009/3.4.2. Ze spreekt over de normatieve lading van het begrip verkeersopvatting.

217. Zie ook Memelink 2009/4.5.4.1.

218. Rogmans onderscheidt onder meer maatschappelijk verkeer en economisch verkeer (Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Mon. BW nr. A20) 2007/14, 52). Hij merkt op dat bij verkeersopvattingen in het kader van Boek 6 BW ook maatschappelijke opvattingen van niet-economische aard relevant kunnen zijn. Dat laatste treedt vermoedelijk minder op de voorgrond bij verbintenissen van rechtspersonen die door onmiddellijke voorzieningen worden belemmerd.

219. De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/9.2; De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4) 2018/177.

220. Asser/Sieburgh 6-I 2016/354.

221. De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/19.2.

Daardoor zal de grens tussen schuld en risico niet altijd goed zijn vast te stellen. Voorzienbaar is niet hetzelfde als ‘mogelijk’: dat een omstandigheid voor mogelijk moet worden gehouden is niet voldoende om een beroep op overmacht te doen afstuiten. Het optreden van de belemmering moet waarschijnlijk zijn en de normale schuldenaar moet dat kunnen voorzien.²²²

De in het verkeer geldende opvattingen worden niet alleen gekleurd door de oorzaak van tekortkoming maar ook door de aard van de verbintenis. In 9.15 wordt aandacht besteed aan verkeersopvattingen in verband met de bezoldigingsverplichting uit managementovereenkomsten. Daar wordt opgemerkt dat het voor de hand ligt dat een onmiddellijke voorziening naar verkeersopvattingen voor risico van de rechtspersoon komt.

7.9 Verhinderende van nakoming door overheidsvoorschrift of rechterlijke uitspraak

[250] De rechterlijke uitspraak hoeft nakoming van een verbintenis niet in absolute zin onmogelijk te maken. Dat geldt ook voor sommige onmiddellijke voorzieningen; in theorie zou de rechtspersoon die maatregelen naast zich kunnen neerleggen.²²³ De rechtspersoon kan een voorziening, die een prestatie verbiedt, negeren en de prestatie toch leveren. Voor een succesvol beroep op overmacht is het niet nodig dat nakoming absoluut onmogelijk is.²²⁴ De vraag of een onmiddellijke voorziening subjectieve of relatieve onmogelijkheid oplevert is daarmee relevant.

Voor de volledigheid wordt het volgende opgemerkt: nakoming van een rechterlijk verbod kan als onmogelijk worden bestempeld, als dezelfde rechter in een ander vonnis een tegenstrijdige uitspraak doet.²²⁵

222. De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen (SBR 4)* 2018/177, a. Cauffman en Croes, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:75 BW, aant. 8.2 (online, bijgewerkt 18 december 2018), wijzen er op dat ook van belang is dat men op de gevolgen van de belemmering kan anticiperen.

223. Dat geldt niet voor voorzieningen waarbij een functionaris wordt geschorst of van een bevoegdheid wordt ontheven, waarbij een functionaris wordt benoemd, of waarbij statutaire bepalingen buiten werking worden gesteld. Die voorzieningen werken van rechtswege. Handelen of nalaten door de rechtspersoon heeft geen effect op zulke voorzieningen. Een verbod op bepaalde besluitvorming kan een rechtspersoon in theorie wel naast zich neerleggen. Zie voor soorten onmiddellijke voorzieningen in hfdst. 4.

224. Vgl. nr. 246.

225. BenGH 25 mei 1999, ECLI:NL:XX:1999:AD3060 (Greenib Car BV/Aaltink). Het is een uitspraak over het begrip onmogelijkheid in de zin van art. 611d Rv en art. 4 lid 1 Eenvormige Beneluxwet betreffende de dwangsom. Dat betreft een zo specifieke materie, dat er voor beantwoording van de vraag, of een onmiddellijke voorziening onmogelijkheid kan opleveren, mijns inziens geen aanknopingspunten in deze uitspraak te vinden zijn. Zie evenwel H.J. Snijders, annotatie bij BenGH 25 mei 1999, *NJ* 2000/14. Hij gaat, toegespitst op dwangsommen, in op het thema van de ontoerekenbare tekortkoming (nr. 6). Daarbij wijst hij op het verschil tussen het niet-nakomen van een overeenkomst en het niet-nakomen van een vonnis en zet het volgende uiteen. Bij het niet-nakomen van een rechterlijk vonnis doet de

[251] Er is een gelijkenis tussen de rechterlijke uitspraak enerzijds en het overheidsvoorschrift, dat wil zeggen de wet en de op de wet gebaseerde regelgeving, anderzijds. Ze zijn beide afkomstig van met overheidsgezag beklede instanties.²²⁶ Die analogie is aanleiding om hier een vergelijking te maken met de situatie waarin een overheidsvoorschrift zich verzet tegen een prestatie. Nakoming is vaak, met overtreding van dat voorschrift, mogelijk. Die omstandigheid staat niet in de weg aan een succesvol beroep op overmacht.²²⁷ Nakoming, die bij overheidsvoorschrift verboden is, kan als onmogelijk worden beschouwd.²²⁸ Er is dan wettelijke of juridische onmogelijkheid.²²⁹ De plicht om het overheidsvoorschrift na te leven weegt zwaarder dan de plicht om de verbintenis na te komen.²³⁰ Dat valt terug te voeren op het gewicht dat wordt toegekend aan

vraag, of eventuele onmogelijkheid van nakoming voor risico van de schuldenaar komt, er niet toe. Wat hem betreft is niet vol te houden, dat iemand toerekenbaar tekort schiet omdat hij een vonnis, dat achteraf onjuist blijkt, niet nakomt. In kort geding opgelegde dwangsommen blijven verbeurd als de bodemrechter later anders oordeelt dan de voorzieningenrechter. Ze bevorderen de effectiviteit van het rechterlijk verbod (ook van het voorlopige). In het onderhavige onderzoek gaat het in zoverre om het omgekeerde, dat onderzocht wordt wat de situatie is als men aan een rechterlijke uitspraak wel gehoor geeft en (daardoor) een verbintenis niet nakomt.

- 226. Waarbij het onderscheid tussen die overheidsinstanties en de staatstaken die ze vervullen valt terug te voeren op de leer van de trias politica.
- 227. Asser/Sieburgh 6-I 2016/359; stelliger Asser-Hartkamp 4-I 1996/337: “De omstandigheid, dat de schuldenaar met overtreding van het verbod zijn verplichting nog had kunnen nakomen, kan hem natuurlijk dit beroep (op overmacht, AF) niet ontnemen.”.
- 228. Dat is zo in de overmachtstheorieën die sinds het begin van de 20e eeuw gangbaar zijn, ook in de objectieve leer. Voor een korte aanduiding van de theorieën zie 7.8.3. Twee wat oudere arresten (ook vermeld bij Asser/Sieburgh 6-I 2016/359) illustreren de ontwikkeling van deze opvatting:
 - 1) HR 25 juni 1915, *Weekblad van het recht* nr. 9809, m.nt. E.M. Meijers; *NJ* 1915, p. 673: Een meelfabriek, die een partij meel uit haar voorraad te Wormerveer had verkocht maar nog niet had geleverd, kreeg te maken met een (antispeculatie) maatregel die in de weg stond aan levering conform het koopcontract. Zij kwam de koopovereenkomst niet na en weigerde te leveren. De Hoge Raad oordeelde dat nakoming van het koopcontract onmogelijk was geworden door de overheidsmaatregel. Overwogen werd, dat omstandigheden, die een rol zouden kunnen spelen bij de beoordeling van een beroep op feitelijke overmacht, in het geval van overmacht als uitvloeisel van een wettelijk verbod slechts in aanmerking kunnen worden genomen voor zover met die omstandigheden rekening is gehouden in het wettelijke voorschrift zelf.
 - 2) HR 27 januari 1921, *NJ* 1921, p. 353: Een verkoper van bonenstaken deed tevergeefs een beroep op overmacht, veroorzaakt door het overheidsverbod. Hij had een partij verkocht en slechts ten dele geleverd, toen de percelen waar hij de bonenstaken vandaan haalde werden getroffen door een verbod van de overheid om staken te kappen. Geoordeeld werd dat de overeenkomst niet inhield dat de bonenstaken van die percelen afkomstig moesten zijn; de verkoper had aan zijn leveringsplicht kunnen voldoen met elders verworven bonenstaken.
- 229. Jurisprudentie over nakoming die indruist tegen een overheidsvoorschrift is niet talrijk. Nakoming van een contractuele leveringsverplichting werd onmogelijk geacht in het geval dat een door de gemeente gevestigd voorkeursrecht eraan in de weg stond; de vordering tot nakoming kwam niet voor toewijzing in aanmerking (Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AU6152, r.o. 4.9).
- 230. De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen (SBR 4)* 2018/135.

het algemeen belang dat met het overheidsvoorschrift gemoeid is. Dit laatste wordt van hoger orde geacht dan de individuele, particuliere belangen van contractspartijen.²³¹ Bij een onwettig of onrechtmatig overheidsvoorschrift is die plicht er in beginsel niet, zodat er geen juridische onmogelijkheid is.²³² Desalniettemin kunnen er redenen zijn om van de schuldenaar niet te vergen dat hij nakomt. Dan is er een praktische onmogelijkheid (het kan feitelijk niet lukken) of een morele onmogelijkheid (de risico's voor de schuldenaar zijn te groot).²³³

[252] Het is de vraag of de opvattingen over overmacht opleverende overheidsvoorschriften passen op gevallen waarin nakoming strijdig is met een rechterlijke uitspraak. De wet en op de wet gebaseerde regelgeving (overheidsvoorschriften) kunnen worden gekarakteriseerd als 'rechtsvoorschriften met een algemene strekking die gericht zijn tot het publiek in het algemeen'.²³⁴ Een uit het overheidsvoorschrift voortkomende belemmering om na te komen treft allen binnen de door het overheidsvoorschrift bestreken rechtssfeer. Die karaktereigenschappen hebben rechterlijke uitspraken vaak niet. De rechtelijke uitspraak heeft veelal betrekking op een concreet geschil en is slechts tussen de partijen in het geding bindend.²³⁵

Een onmiddellijke voorziening is altijd gericht tot een individuele rechtspersoon. Dat geldt ook voor een voorziening die een tijdelijk verbod om na te komen inhoudt. Zo'n maatregel vormt in het algemeen slechts voor de rechtspersoon-schuldenaar een beletsel en hoeft niet in de weg te staan aan een vergelijkbare prestatie door iemand anders. Dat aan de onmiddellijke voorziening, anders dan aan het overheidsvoorschrift, de algemene strekking ontbreekt, lijkt een contra-indicatie om nakoming in strijd met de voorziening zonder meer als juridisch onmogelijk aan te merken. Deze constatering behoeft de volgende relativering.

Van overheidsvoorschriften, die een algemene trekking hebben, kunnen overheidsmaatregelen, die een (meer) individuele strekking hebben, worden onderscheiden. Ook overheidsmaatregelen kunnen verhinderingen van nakoming veroorzaken. Over een door een gemeente gevestigd voorkeursrecht op onroerende zaken werd in de jurisprudentie geoordeeld, dat dit voorkeursrecht voor de eigenaresse "definitief een wettelijk beletsel vormt om haar contractuele leveringsverplichting" na te komen, zodat nakoming "blijvend onmogelijk

231. Zie ook Asser/Sieburgh 6-I 2016/338.

232. HR 20 juni 1947, *NJ* 1947/390.

233. De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (*Mon. BW nr. B33*) 2017/9.3. Zij geeft als voorbeelden respectievelijk het geval van onrechtmatig door de overheid in beslag genomen goederen, waardoor levering onmogelijk is, en het geval van het risico van bedrijfsstillegging bij overtreding van een verbod.

234. Scholten omschrijft de wet als "de gedragsregel, die de krachtens de constitutie met de taak belaste autoriteit aan de aan haar gezag onderworpenen voorschrijft" (Asser-Scholten (*Algemeen deel*) 1974, p. 33).

235. Vgl. 5.2 over het gezag van gewijsde.

is geworden”.²³⁶ In een andere casus had een gemeente zaken onteigend, zodat de onteigende niet kon voldoen aan zijn verplichting die zaken te leveren. Geoordeeld werd, dat de omstandigheid dat de onteigende door de onteigening niet aan zijn verplichting kon voldoen hem niet als een tot schadevergoeding verplichtende tekortkoming kon worden aangerekend.²³⁷ Uit deze jurisprudentie blijkt, dat niet doorslaggevend is of de verordening van de overheid een algemene strekking heeft. Ook overheidsmaatregelen, die individuele gevallen betreffen, blijken wettelijke of juridische onmogelijkheid om na te komen te kunnen opleveren. De omstandigheid dat een onmiddellijke voorziening geen algemene strekking heeft, laat dus op zichzelf onverlet dat de voorziening wordt aangemerkt als oorzaak van juridische onmogelijkheid om na te komen.

[253] Hiervoor is vermeld dat nakoming in strijd met een overheidsvoorschrift als juridisch onmogelijk wordt beschouwd, omdat bij een overheidsvoorschrift een algemeen belang betrokken is.²³⁸ Met een onmiddellijke voorziening wordt het belang van de rechtspersoon gediend, en gewoonlijk niet een algemeen belang. Dat is een argument om de plicht van de rechtspersoon om de onmiddellijke voorziening na te leven niet zwaarwegender te achten dan de contractuele verplichting om de verbintenis na te komen. Het algemeen belang is echter niet het enige hogere belang, dat aan het nakomen van een minder zwaarwegende verplichting in de weg staat. Nakoming, die onmiddellijk ernstig gevaar voor leven, vrijheid, gezondheid of eerbaarheid meebrengt, kan als onmogelijk worden beschouwd.²³⁹ Men bedenke dat de onmiddellijke voorziening in het leven wordt geroepen in verband met een noodtoestand van de rechtspersoon. Nakoming, in strijd met de onmiddellijke voorziening, kan acuut gevaar opleveren voor het welzijn van de rechtspersoon (en soms mogelijk voor zijn voortbestaan). Dat is een argument om aan de plicht om de onmiddellijke voorziening na te leven meer gewicht toe te kennen dan aan de plicht van de rechtspersoon om de verbintenis na te komen. Nakoming, die door een onmiddellijke voorziening verboden is, kan dan als juridisch onmogelijk worden aangemerkt. Mijns inziens moet nakoming als juridisch onmogelijk worden beschouwd, indien de onmiddellijke voorziening is getroffen ter bescherming van de kern van de gezonde toestand van de rechtspersoon. Ik betwijfel of ook van juridische onmogelijkheid kan worden gesproken als de onmiddellijke voorziening die essentie

236. Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AU6152, r.o. 4.9. De primaire vordering tot nakoming werd afgewezen.

237. HR 10 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AC1576 (Gem. Rotterdam/Engel), r.o. 3.7. Niet is met zoveel woorden overwogen dat nakoming onmogelijk was. Dat zou ook in zoverre overbodig zijn, dat de onteigende praktisch niet meer in staat was de onteigende zaken te leveren.

238. Opgemerkt zij dat uit Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AU6152, niet goed kan worden afgeleid dat een algemeen belang van hogere orde vergde dat het particuliere belang van de contractspartij moest wijken.

239. Asser/Sieburgh 6-I 2016/338. Zij spreekt over ‘hogere plichten’.

niet raakt.²⁴⁰ De conclusie, dat tekortschieten in de nakoming, die samenhangt met een onmiddellijke voorziening, in het algemeen wettelijk of juridisch onmogelijk is, kan daarom, meen ik, niet getrokken worden.²⁴¹

[254] Het overheidsvoorschrift of de overheidsmaatregel kan een verbod behelzen, dat alle manieren van nakomen dwarsboomt. Maar het kan ook gaan om een verbod, dat onverlet laat dat de prestatie op een andere manier wordt geleverd.²⁴² Dan is er reden om niet te spreken van juridische onmogelijkheid. Een rechterlijke verbod in de vorm van een onmiddellijke voorziening heeft vaak betrekking op een prestatie met een uniek karakter, die alleen de rechtspersoon kan leveren.²⁴³ Ik meen dat in geval van zo'n unieke prestatie nakoming juridisch onmogelijk kan zijn.

7.10 Voorkomen van onmiddellijke voorzieningen; objectieve norm voor schuld

[255] Als de rechtspersoon de tekortkoming had moeten vermijden of voorkomen, is er geen overmacht. Daarbij speelt de in 7.8.4 beschreven objectieve norm voor schuld een rol: van belang is wat in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht van een zorgvuldige schuldenaar. Het gaat om het gedrag van de – abstracte zorgvuldige – debiteur-rechtspersoon in het licht van zijn relatie met de crediteur. Deze objectieve norm is niet dezelfde als de norm van artikel 2:8 BW. Die bepaling is gericht tot betrokkenen bij de interne rechtsverhoudingen binnen de rechtspersoon en ziet op hun gedrag. De maatstaf van artikel 2:8 BW betreft niet de hier onderzochte externe rechtsverhouding tussen de rechtspersoon en diens wederpartij.²⁴⁴

Bij het bepalen van (het ontbreken van) schuld, zal allereerst moeten worden nagegaan of het eigenlijk wel mogelijk is de tekortkoming te vermijden of te voorkomen. Vervolgens dient de objectieve norm te worden geconcretiseerd, want voor het ontbreken van schuld is vereist dat de rechtspersoon niet het subjectieve verwijt treft dat zijn handelen niet strookt met de objectieve norm.²⁴⁵ Daarna kan worden bekeken of deze rechtspersoon bij machte is of is geweest om te voorkomen of te vermijden dat de onmiddellijke voorziening nakoming in de weg staat.

240. Onmiddellijke voorzieningen betreffende de bezoldiging van bestuurders, die in hfdst. 9 aan de orde komen, zijn gewoonlijk niet wezenlijk voor het deugdelijke bestaan van de rechtspersoon.

241. In 7.12 worden nog paar woorden gewijd aan overheidsvoorschriften en -maatregelen in verband met toerekening van de verhindering aan de debiteur.

242. Zoals het geval was in HR 27 januari 1921, *NJ* 1921, p. 353 (zie nt. 228 bij nr. 251).

243. Bijv. bij aandelentransacties.

244. Interne en externe rechtsverhoudingen zijn omschreven in 1.6.1.

245. Zie 7.8.4. Bedacht moet worden dat handelen of nalaten van een rechtspersoon bestaat uit handelen of nalaten van natuurlijke personen dat aan de rechtspersoon wordt toegerekend. Die toerekening is een thema dat niet besproken wordt.

[256] Als het aankomt op het voorkomen of vermijden dat een onmiddellijke voorziening nakoming verhindert, leiden – in theorie – verschillende wegen naar Rome.

Ten eerste kan bedacht worden, dat voor een onmiddellijke voorziening slechts plaats is als er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de rechtspersoon te twijfelen. Een rechtspersoon die zodanige twijfel voorkomt, voorkomt elke onmiddellijke voorziening.²⁴⁶ Dus moet worden nagegaan of de rechtspersoon (volledige) controle heeft over de factoren die de twijfel aan zijn beleid en gang van zaken oproepen.²⁴⁷

Ten tweede: een concrete onmiddellijke voorziening valt te voorkomen door te zorgen dat zich geen feitelijke omstandigheden voordoen die nopen tot die specifieke maatregel.²⁴⁸

Verder is de proceshouding van de rechtspersoon, als hij eenmaal voorwerp van een enquêteverzoek is, wellicht van invloed op het voorkomen van een onmiddellijke voorziening. De rechtspersoon kan zich refereren aan het oordeel van de rechter of verstek laten gaan, verweer voeren tegen het enquêteverzoek, en – bij een toegewezen verzoek – in cassatie gaan. Hij kan al of niet bezwaar maken tegen een bepaalde onmiddellijke voorziening. Bovendien kan hij trachten de rechter te bewegen af te zien van zo'n onmiddellijke voorziening door voorstellen ter verbetering van de eigen toestand voor te leggen of opschorting van bepaald eigen gedrag aan te bieden.

In het algemeen lijken er dus mogelijkheden te zijn om onmiddellijke voorzieningen, en de daaruit voortvloeiende verhindering, te voorkomen. Bij al die opties geldt: indien de onmiddellijke voorziening daadwerkelijk vermeden zou kunnen worden, dan moet de objectieve norm inhoud krijgen, alvorens het gedrag van de tekortschietende rechtspersoon kan worden gelegd langs de lat van die (geconcretiseerde) objectieve norm.

[257] Ter concretisering van de objectieve norm laten de zojuist weergegeven mogelijkheden om een onmiddellijke voorziening te voorkomen zich vertalen in de volgende vragen. Is een rechtspersoon tegenover zijn crediteur gehouden om een enquête en een onmiddellijke voorziening te voorkomen? Mag een crediteur bepaalde proceshandelingen en een bepaalde proceshouding van de rechtspersoon verwachten? De objectieve norm in een concrete situatie laat

246. Het gaat daarbij om twijfel aan een juiste gang van zaken en een juist beleid en dus niet om de vaststelling van wanbeleid. Als, na voltooiing van het verslag van het onderzoek, geen wanbeleid geconstateerd wordt, neemt dat niet weg dat er gegronde twijfel aan een juist beleid bestond. Een andere situatie doet zich voor als de Hoge Raad het oordeel van de Ondernemingskamer, dat aan een juist beleid getwijfeld worden, vernietigt; dan moet – terugblikkend – worden geconstateerd dat de twijfel van meet af aan niet gerechtvaardigd was. Over verkeersopvattingen over het gebruik maken van rechterlijke verlos, zie Rogmans, *Verkeersopvattingen (Mon BW A20)* 2007/62.

247. Rechtspersonen hebben het ontstaan van twijfel niet altijd in de hand, zie 8.3.1.

248. Ook hiervoor geldt dat de rechtspersoon daarover geen volledige controle heeft.

HOOFDSTUK 7

zich pas preciseren tegen de achtergrond van de feitelijke omstandigheden van dat geval. In hoofdstuk 8 worden aan de hand van aandelentransacties pogingen ondernomen om de objectieve norm in te kaderen. Daarbij komen onder meer deze vragen weer aan de orde.

7.11 Risico; toerekening van tekortkoming wegens onmiddellijke voorzieningen krachtens wet of rechtshandeling

[258] De rechtspersoon, die tekortschiet in de nakoming ten gevolge van een onmiddellijke voorziening, heeft geen beroep op overmacht als de tekortkoming krachtens de wet, rechtshandeling of verkeersopvattingen voor zijn rekening komt.²⁴⁹

In de wet is niet bepaald dat rechterlijke beslissingen in het algemeen overmacht opleveren en ook voor de onmiddellijke voorziening ontbreekt een bepaling met die strekking. Evenmin is wettelijk geregeld dat een onmiddellijke voorziening voor risico van de rechtspersoon komt en dus juist geen overmacht oplevert.

Het lijkt mij mogelijk, dat rechtspersonen en hun contractpartners, met vooruitziende blik, bij overeenkomst expliciet bepalen dat onmiddellijke voorzieningen, al dan niet onder bepaalde omstandigheden, niet of juist wel voor rekening van de rechtspersoon komen.²⁵⁰ In het kader van dit onderzoek zou de vraag kunnen rijzen op welke manier de Ondernemingskamer zo'n regeling tussen contractpartners zou moeten verdisconteren in haar beslissing over een onmiddellijke voorziening. Ik meen dat zij als uitgangspunt kan nemen dat de gewone burgerlijke rechter de regeling tussen de contractpartners zal respecteren. Dat geldt ook als de contractuele regeling afwijkt van de verkeersopvattingen. Artikel 6:75 BW is immers van regelend recht.²⁵¹

Partijen die in hun contract een regeling hebben opgenomen voor onmiddellijke voorzieningen hebben de mogelijkheid van zo'n maatregel onder ogen gezien. Er zij gewezen op het verschil tussen 'onder ogen zien' en 'voorzien'. Bij het eerste wordt rekening gehouden met de abstracte mogelijkheid dat ooit een voorziening wordt getroffen. Dat is niet genoeg om een maatregel als

249. En de tekortkoming mag niet aan zijn schuld te wijten zijn (7.8 en 7.10).

250. Dan vloeit het risico voort uit die rechtshandeling. Uit de jurisprudentie van de Ondernemingskamer zijn mij geen gevallen bekend. In contracten met uitvoerige exoneraties en garanties, bijvoorbeeld bij aandelentransacties en activa/passivatransacties, zouden bepalingen van die strekking niet uit de toon vallen. Voorstelbaar is dat de rechtspersoon de indruk wil vermijden dat een onmiddellijke voorziening dreigt. De rechtspersoon zal in dat geval niet het initiatief voor zo'n bepaling nemen. Het is overigens denkbaar dat de contractspartijen een regeling hebben getroffen voor het geval enige rechterlijke beslissing of enige overheidsmaatregel een prestatie belemmert. Dan valt de onmiddellijke voorziening mogelijk onder die contractuele regeling.

251. De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/14. Zie ook nr. 245.

voorzienbaar aan te merken. Voorzienbaar is een onmiddellijke voorziening als in de omstandigheden van het geval rekening moet worden gehouden met de gerede kans op een maatregel. In 7.13 komt het risico van een voorzienbare onmiddellijke voorziening aan de orde. In de praktijk zal niet altijd scherp kunnen worden afgebakend, wanneer het stadium intreedt waarin een maatregel voorzienbaar is.²⁵²

7.12 Risico; toerekening van overheidsvoorschriften krachtens verkeersopvattingen

[259] Rogmans merkt op, dat vanouds overheidsmaatregelen naar verkeersopvattingen niet voor risico van de debiteur horen te komen.²⁵³ Met het oog op de in 7.9 aangeduide gelijkenis tussen rechterlijke uitspraken en overheidsvoorschriften en -maatregelen, wordt in deze paragraaf aandacht besteed aan toerekening van overheidsmaatregelen.²⁵⁴

Er wordt wel op gewezen, dat verhindering als gevolg van een overheidsvoorschrift of overheidsmaatregel die de schuldenaar kon voorzien, voor zijn rekening komt.²⁵⁵ Het komt mij voor dat de toerekening in zulke gevallen niet zozeer samenhangt met de aard van de verhindering, namelijk voortvloeiend uit een overheidsmaatregel, maar met de voorzienbaarheid van de verhindering.²⁵⁶ In een zaak over een onvoorziene bouwstop, bijvoorbeeld, speelde het gebrek aan voorzienbaarheid van de overheidsmaatregel een belangrijke rol.²⁵⁷ De zaak betrof een verbod, dat na het aangaan van de verplichting door de debiteur was ingetreden en ontstaan was buiten zijn schuld.²⁵⁸ De overheidsmaatregel (de bouwstop) leverde overmacht op.

252. Over het risico in dat grijze gebied zou een geschil kunnen rijzen, als de ene partij de maatregel kon voorzien en de andere partij bij contract is aangewezen als drager van het risico. De regels van de (precontractuele) goede trouw komen dan om de hoek kijken.

253. Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Mon BW A20) 2007/53.

254. In 7.9 is onderzocht of nakoming die door een onmiddellijke voorziening wordt belemmerd, als juridisch onmogelijk kan worden aangemerkt. Er zijn vergelijkingen gemaakt met nakoming die bij wet of wettig overheidsvoorschrift of bij overheidsmaatregel verboden is. Dat nakoming niet absoluut, maar 'slechts' juridisch onmogelijk is, staat niet in de weg aan een succesvol beroep op overmacht (Asser/Sieburgh 6-I 2016/359).

255. Asser/Sieburgh 6-I 2016/359; De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/19.2.

256. Zie over voorzienbare omstandigheden 7.8.5 en 7.13.

257. Zo belangrijk dat men zich kan afvragen of het uitblijven van toerekening niet meer te maken had met het gebrek aan voorzienbaarheid dan met de oorsprong van het beletsel, de overheidsmaatregel.

258. Hof Arnhem 29 juni 1965 (tussenarrest), Hof Arnhem 17 mei 1966, ECLI:NL:GHARN:1966:AC4653: Iemand had een bouwperceel gekocht en de verplichting op zich genomen om dat perceel binnen twee jaar te bebouwen. Ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst was niet te voorzien dat van overheidswege een bouw-

In de volgende zaken vloeide de verhindering voort uit een overheidsmaatregel. In het arrest *Gemeente Rotterdam/Engel* is zonder veel omhaal overwogen dat de omstandigheid dat de debiteur door onteigening niet kon voldoen aan zijn leveringsverplichting, hem niet “als een tot schadevergoeding verplichtende tekortkoming” kon worden toegerekend.²⁵⁹ De andere uitspraak houdt uitvoeriger overwegingen in over toerekening.²⁶⁰ Aan de orde kwam de voorzienbaarheid van de verhindering (die naar het oordeel van het hof niet kwam vast te staan) en de vraag of de debiteur de overheidsmaatregel had moeten bestrijden (dat was ten dele onvoldoende toegelicht door (de oorspronkelijke) eiser en ten dele naar redelijkheid niet van de debiteur te vergen).²⁶¹ De tekortkoming werd niet aan de schuldenaar toegerekend.

Uit de uitspraken kan een verband worden afgeleid tussen de overheidsmaatregel als oorzaak van de verhindering en de niet-toerekening. Erg sterk vind ik dat verband niet uit de motiveringen naar voren komen. Ik meen dat over toerekening naar verkeersopvattingen van overheidsmaatregelen aan de hand van deze arresten nauwelijks algemene uitspraken te doen zijn.

Voor het denken over toerekening van een overheidsmaatregel is ook de casus *AKU/Stalen Steiger* enigszins illustratief.²⁶² Het ging niet om overmacht aan de zijde van de schuldenaar, maar om een beletsel dat aan de zijde van de schuldeiser was opgekomen.²⁶³ *AKU* moest door een overheidsmaatregel het

stop zou worden afgekondigd, die nakoming van de verbintenis om binnen twee jaar te bouwen verhinderde. Die verhindering werd de koper niet toegerekend. De arresten zijn gewezen onder het oude BW.

259. HR 10 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AC1576 (*Gem. Rotterdam/Engel*), r.o. 3.7. Het debat, voor zover valt af te leiden uit het arrest en de conclusie A-G, draaide ook niet om de vraag of een overheidsmaatregel overmacht oplevert.

260. Hof's-Hertogenbosch 27 januari 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AU6152, r.o. 4.9, r.o. 4.11-4.16, ten aanzien van de subsidiaire vordering.

261. De verdeling van de stelplicht/bewijslast in deze zaak wordt hier niet besproken. Ook de vraag of het individuele belang opwoog tegen een algemeen belang (vgl. nr. 251), blijft buiten beschouwing.

262. HR 17 juni 1949, *NJ* 1949/544, m.nt. Ph.A.N. Houwing (*AKU/Stalen Steiger*); HR 17 juni 1949, *NJ* 1949/545. De zaak is beoordeeld onder oud BW. *Stalen Steiger* had uit hoofde van een huurovereenkomst steigermateriaal aan *AKU* ter beschikking gesteld. Als gevolg van een evacuatiebevel van de Duitse bezetter raakte *AKU* verstoken van het huurgenot. Zij weigerde de huur te betalen, omdat zij – kort gezegd – haar huurrecht niet had kunnen uitoefenen. P-G Berger heeft opgemerkt dat de overheidsmaatregel overmacht opleverde voor de huurder om zijn recht uit te oefenen (en voor de verhuurder om het genot van het gehuurde te verschaffen). De Hoge Raad oordeelde dat *Stalen Steiger* aan haar verplichtingen had voldaan, dat *AKU* verhinderd was de prestatie in ontvangst te nemen, en wel wegens omstandigheden die haar persoonlijk betreffen – haar terreinen lagen in het geëvacueerde gebied – en dat *AKU* huur moest betalen.

263. Destijds was schuldeisersverzuim niet in de wet geregeld. Dat gebeurde met de invoering van het huidige BW (1992) in afdeling 6.1.8. Art. 6:58 BW luidt: “De schuldeiser komt in verzuim, wanneer nakoming van de verbintenis verhinderd wordt (...) doordat een ander beletsel van zijn zijde opkomt, tenzij de oorzaak van verhindering hem niet kan worden

genot van de prestatie van de andere partij ontberen.²⁶⁴ De reden waarom AKU door de overheidsmaatregel werd belemmerd de prestatie te genieten, vloeide naar het oordeel van de Hoge Raad voort uit omstandigheden die haar persoonlijk betroffen (de overheidsmaatregel had betrekking op het geografische gebied waar zij was gevestigd). Met andere woorden: de belemmering kwam voor haar risico, omdat haar persoonlijke omstandigheden haar ontvankelijk voor de overheidsmaatregel maakten. Waar het mij om gaat is, dat hier een overheidsmaatregel niet zonder meer voldoende is voor toerekening van de verhindering. Er zijn ‘persoonlijke omstandigheden’ nodig.

Aan een onwettige overheidsmaatregel of onwettig overheidsvoorschrift hoeft men zich niets gelegen te laten liggen en die levert daarom in beginsel geen overmacht op.²⁶⁵ Zo’n voorschrift of maatregel kan nakoming wel praktisch of moreel onmogelijk maken.²⁶⁶ Moreel onmogelijk is een prestatie als de debiteur door zo’n maatregel te negeren zodanige risico’s zou lopen, dat niet van hem gevergd kan worden dat hij de maatregel naast zich neer legt.²⁶⁷ Dan kunnen de verkeersopvattingen meebrengen dat de verhindering niet aan de debiteur wordt toegerekend. Dan kan er dus wel overmacht zijn.

Deze jurisprudentie leidt niet tot een eenduidige conclusie over de relatie tussen de door de overheid opgeworpen verhindering en de toerekening van de tekortkoming. Onvoorzienbaarheid van de verhindering lijkt een voorwaarde voor niet-toerekening te zijn. Persoonlijke omstandigheden kunnen, ook bij onwettige overheidsvoorschriften en -maatregelen, een rol spelen.

7.13 Risico; de onmiddellijke voorziening als voorzienbare omstandigheid

[260] De onmiddellijke voorziening die is getroffen voordat de rechtspersoon de verbintenis aangaat levert voor hem geen overmacht op.²⁶⁸ Een uit de voorziening voortvloeiende tekortkoming zit dan van meet af aan ingebakken in de verbintenis.²⁶⁹

toegerekend”. Sieburgh spreekt over een aan overmacht van de schuldenaar overeenkomstige figuur (Asser/Sieburgh 6-I 2016/297).

264. De Hoge Raad oordeelde dat AKU niet bevrijd was van haar tegenprestatie. Onder oud recht gold dat, bij een geslaagd beroep van de ene partij op overmacht, de andere partij niet meer aan haar verplichtingen behoefde te voldoen. Zie ook Asser/Sieburgh 6-I 2016/373.

265. Asser/Sieburgh 6-I 2016/359. Het valt ook af te leiden uit HR 20 juni 1947, *NJ* 1947/390.

266. Zie hierover nr. 251.

267. De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/9.3.

268. Vgl. 7.8. Vgl. Asser/Sieburgh 6-I 2016/354.

269. Conflicten tussen onmiddellijke voorzieningen en later ontstane verbintenissen vallen (grotendeels) buiten het bereik van het onderhavige onderzoek. De Ondernemingskamer kan bij het treffen van een maatregel nog geen rekening houden met een verbintenis die de rechtspersoon nadien aangaat.

Als een onmiddellijke voorziening is getroffen, weet de rechtspersoon dat gewoonlijk. Hij kan dan, op het moment dat hij de verbintenis aangaat, voorzien dat de onmiddellijke voorziening hem zal belemmeren die verplichting na te komen. En hij behoort dat ook te voorzien.²⁷⁰

Het is in theorie mogelijk dat een onmiddellijke voorziening wordt getroffen en dat de rechtspersoon daarvan niet of pas na verloop van tijd op de hoogte raakt. Te denken valt aan de rechtspersoon die niet in de procedure is verschenen, en die geen (kenbaar) adres heeft waar mededeling van de beslissing kan worden ontvangen, noch bevoegde vertegenwoordigers die over de beslissing ingelicht kunnen worden. Ik meen dat de rechtspersoon zich dan niet achter zijn onwetendheid kan verschuilen. Als de rechtspersoon verkeert in een toestand, waardoor hem ontgaat dat een rechter over hem oordeelt, moet dat voor zijn risico komen. De onmiddellijke voorziening kan ook beschouwd worden als omstandigheid die hij behoort te kennen. Daarmee behoort hij te voorzien dat de maatregel hem zal verhinderen de verplichting na te komen.

[261] Als de rechtspersoon ten tijde van het aangaan van een verbintenis de onmiddellijke voorziening kon zien aankomen, ligt het voor de hand dat de tekortkoming voor zijn rekening komt.²⁷¹ Maar wanneer kan gezegd worden dat de rechtspersoon de onmiddellijke voorziening kan voorzien? Wanneer is het zo waarschijnlijk dat een onmiddellijke voorziening getroffen zal worden, dat de rechtspersoon er rekening mee moet houden? Dat zal afhangen van veel feitelijke omstandigheden. Het stadium waarin de enquêteprocedure zich bevindt kan een rol spelen.²⁷² De ontvangst van het schriftelijke bezwaar, bedoeld in artikel 2:349 lid 1 BW, kan een cruciaal moment zijn. Dat lijkt mij zeker het geval, als in die schriftelijke mededeling wordt aangekondigd dat om een onmiddellijke voorziening zal worden verzocht.²⁷³

270. Vgl. De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Mon. BW nr. B33) 2017/19.2.

271. Dat sluit aan bij de algemene opvatting over voorzienbaarheid van verhinderingen (zie 7.8.4). Men zou als volgt kunnen redeneren. Als de onmiddellijke voorziening voorzienbaar is, is er geen overmacht en komt de tekortkoming ten laste van de rechtspersoon. De Ondernemingskamer houdt in beginsel rekening met die last voor de rechtspersoon. Dat kan er toe leiden dat de maatregel niet wordt getroffen. Als de rechtspersoon dat allemaal incalculeert, kan hij (wellicht op goede gronden) verwachten dat de maatregel zal uitblijven. Het optreden van de belemmering is dan wellicht zeer onwaarschijnlijk geworden. De vraag is of de maatregel dan nog voorzienbaar voor de rechtspersoon genoemd kan worden. Als het intreden van de belemmering niet waarschijnlijk is, hoeft de normale schuldenaar de belemmering niet te voorzien. Vgl. 7.8.4.

272. De (processuele) mogelijkheden om voorzieningen te voorkomen (invloed op het ontstaan van twijfel aan het beleid, op de toestand die tot ingrijpen noopt, en op het procesverloop, zie nr. 256) kunnen ook hier van invloed zijn.

273. Dat voornemen kan ook blijken uit een aan de schriftelijke mededeling gehecht concept verzoekschrift.

7.14 Ontbinding; samenloop met onmiddellijke voorziening

[262] Ontbinding kan plaatsvinden bij wederkerige overeenkomsten. Deze kan geheel of gedeeltelijk plaatsvinden.²⁷⁴ Ontbinding kan zonder rechterlijke tussenkomst maar kan ook door de rechter worden uitgesproken.²⁷⁵ Voor het recht van de schuldeiser op ontbinding maakt het niet uit of nakoming mogelijk is of – tijdelijk dan wel blijvend – onmogelijk.²⁷⁶ Verder is voor ontbinding niet nodig dat de tekortkoming aan de rechtspersoon wordt toegerekend.²⁷⁷ De bijzondere aard van een tekortkoming of de geringe betekenis ervan kunnen wel meebrengen dat deze ontbinding met haar gevolgen niet gerechtvaardigd is.²⁷⁸ De Hoge Raad heeft uiteengezet dat artikel 6:265 lid 1 BW de structuur kent van een hoofdregel (iedere tekortkoming geeft de schuldeiser de bevoegdheid de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden), gevolgd door een ‘tenzij-bepaling’ (die een uitzondering op de hoofdregel inhoudt), die tezamen de materiële rechtsregel behelzen.²⁷⁹ De hoofdregel en de tenzij-bepaling brengen samen tot uitdrukking dat alleen een tekortkoming van voldoende gewicht recht op ontbinding geeft.²⁸⁰ Of die situatie zich voordoet, dient niet alleen beoordeeld te worden langs de lat van ‘de bijzondere aard’ of ‘de geringe betekenis’ van een tekortkoming; alle omstandigheden van het geval kunnen van belang zijn.²⁸¹ Onderzocht moet worden of, gelet op alle omstandigheden, de tekortkoming deze ontbinding rechtvaardigt.²⁸²

274. Art. 6:265 lid 1 BW, art. 6:270 BW.

275. Art. 6:267 BW.

276. Zie F.B. Bakels, *Ontbinding overeenkomsten* (Mon. BW nr. B58) 2011/4 voor een overzicht van vereisten en mogelijkheden.

277. Asser/Sieburgh 6-III 2018/681. Het vereiste van verzuim blijft onbesproken (nr. 220). Zie over toerekening 7.8.

278. Art. 6:265 lid 1 BW. In deze bepaling hebben volgens Bakels redelijkheid en billijkheid vorm gekregen (F.B. Bakels, *Ontbinding overeenkomsten* (Mon. BW nr. B58) 2011/61).

279. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810 (Eigen Haard). Het arrest wordt ook aangeduid met ‘tenzij-arrest’. Deze prejudiciële beslissing biedt: een overzicht van de verdeling van stelplichten en bewijslast; een overzicht van jurisprudentie over de verhouding tussen het recht op ontbinding en de belangen van de schuldenaar; een overzicht van jurisprudentie over de verhouding van het recht op ontbinding tot andere rechten van de schuldeiser. De schuldeiser hoeft bijvoorbeeld niet af te zien van een gerechtvaardigde ontbinding ‘op de enkele grond dat hij door een alternatief – bijvoorbeeld nakoming met schadevergoeding – niet in een wezenlijk nadeliger positie zou komen te verkeren’ (HR 24 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1859, (Tromp/Regency), r.o. 5).

280. HR 28 september 2018 (Eigen Haard), r.o. 3.5: “In zodanig geval behoeft niet van een schuldeiser gevergd te worden dat hij met een tekortschietende wederpartij als contractspartner verder moet”.

281. HR 28 september 2018 (Eigen Haard), r.o. 3.8.1.

282. HR 28 september 2018 (Eigen Haard), r.o. 3.8.3. A-G Wissink noemt de tenzij-bepaling “het contragewicht voor de in beginsel bestaande ontbindingsbevoegdheid”; onder omstandigheden kan het zijn dat de tekortkoming “deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt” (concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2018:787, bij HR 28 september 2018 (Eigen Haard), nr. 2.19). Schelhaas merkt op, dat nu alle omstandigheden van het geval in

Zou de *oorzaak* van een tekortkoming ‘een omstandigheid van het geval’ kunnen zijn, die meeweegt bij de beoordeling of de tekortkoming van voldoende gewicht is voor ontbinding?²⁸³ Misschien kan de oorzaak van een tekortkoming ook onder de ‘bijzondere aard’ ervan worden begrepen.²⁸⁴ Tekortkomingen in dit onderzoek worden veroorzaakt door een onmiddellijke voorziening. Erg voor de hand liggend lijkt het me niet om een tekortkoming aan te merken als ‘van onvoldoende gewicht’ voor ontbinding, alleen omdat die tekortkoming het gevolg is van een onmiddellijke voorziening.²⁸⁵

[263] Er kan gedeeltelijk worden ontbonden als de prestatie qua hoeveelheid tekortschiet of gedeeltelijk van onvoldoende kwaliteit is.²⁸⁶ Of in geval het geheel van onvoldoende kwaliteit is.²⁸⁷ Duurovereenkomsten lenen zich voor gedeeltelijke ontbinding in de tijd. Zo’n temporele ontbinding kan ook prestaties in een periode betreffen; na die tijdspanne loopt de overeenkomst dan weer door.²⁸⁸ Deze derde variant laat zich voorstellen bij tekortkomingen ten gevolge van onmiddellijke voorzieningen die bezoldigingsverplichtingen betreffen.²⁸⁹ Zo’n voorziening werpt gedurende een bepaalde periode een belemmering op om na te komen. Voor die periode zou gedeeltelijk ontbonden kunnen worden. De overeenkomst kan in stand blijven voor de tijd na expiratie van de

de (beoordeling van de) ontbinding moeten worden betrokken, er voor de redelijkheid en billijkheid maar weinig ruimte overblijft (H.N. Schelhaas, annotatie bij HR 28 september 2018, *AA* 2019/4, p. 293-302, 2.4.1, 4.5; uitvoeriger Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (*Mon. BW nr. A5*) 2017/36.4).

283. Schelhaas inventariseert een aantal omstandigheden, onder meer: de bijzondere aard of geringe betekenis van het tekortkoming; de gevolgen van de ontbinding; het voorhanden zijn van een voor de schuldenaar minder bezwarend alternatief; de ernst van de tekortkoming in relatie tot het belang van de schuldenaar bij instandhouding van de overeenkomst/de afhankelijkheid van de schuldenaar van instandhouding van de overeenkomst; aard en betekenis van het niet nagekomen beding/raakt de tekortkoming aan de kern van de overeenkomst; de (bijv. commerciële) hoedanigheid van contractspartijen (H.N. Schelhaas, annotatie bij HR 28 september 2018, *AA* 2019/4, p. 293-302, 4.4). Zijn opsomming omvat niet ‘de oorzaak van de tekortkoming’.
284. Daarvoor ken ik geen aanwijzingen. De geringe betekenis van de tekortkoming lijkt niet snel verband te kunnen houden met de oorzaak van de tekortkoming. Of een tekortkoming van geringe betekenis is zal in het concrete geval moeten worden vastgesteld.
285. Men kan het volgende tegenwerpen. Als de onmiddellijke voorziening van korte duur is en de verbintenis na expiratie nog grotendeels kan worden nagekomen, kan er aanleiding zijn de tekortkoming niet van voldoende gewicht te achten. Maar dat heeft niet te maken met de oorzaak van de tekortkoming. Dan is de (uiteindelijke) omvang van de tekortkoming gering.
286. Dit kan leiden tot kwantitatief gedeeltelijke ontbinding, voor het gedeelte dat te weinig of ondeugdelijk is gepresteerd (Stolp 2007, 6.1).
287. Dat geeft aanleiding tot gedeeltelijke ontbinding in de vorm van kwalitatieve vermindering van de prestaties (Stolp 2007, 6.1).
288. Stolp 2007, 6.1; De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (*SBR* 4) 2018/252. De Jong onderscheidt daar nog een vierde variant van gedeeltelijke ontbinding, waarbij clausules voor niet-nakoming in stand blijven.
289. Zie over dat type voorziening hfst. 9.

voorziening.²⁹⁰ Toch ligt temporele ontbinding in zo'n geval niet voor de hand. Het initiatief tot ontbinding moet komen van de wederpartij van de rechtspersoon.²⁹¹ Die heeft daar in zoverre weinig belang bij, dat de onmiddellijke voorziening hem tevens ontheft van zijn eigen verplichting, het uitvoeren van bestuurswerkzaamheden.²⁹²

[264] Partijen bij de overeenkomst kunnen de bevoegdheid tot ontbinding uitsluiten en beperken.²⁹³ Dat zouden de rechtspersoon en zijn wederpartij kunnen doen met het oog op een onmiddellijke voorziening. Die regeling kan dan inhouden dat niet de gehele overeenkomst wordt ontbonden indien de rechtspersoon, ten gevolge van een onmiddellijke voorziening, een verbintenis uit die overeenkomst niet kan nakomen. Zo'n regeling kan voor de rechtspersoon aantrekkelijke kanten hebben, als de verplichtingen van de wederpartij van vitaal belang voor hem zijn. Bij aandelentransacties kan dat het geval zijn.²⁹⁴

Partijen kunnen een tekortkoming ten gevolge van een onmiddellijke voorziening ook voorkomen door de onmiddellijke voorziening juist als ontbindende voorwaarde in hun overeenkomst op te nemen. Dat kan uitkomst bieden als men dringend een overeenkomst wil sluiten, maar voorziet dat over (een verzoek tot het treffen van) een voorziening zal worden beslist. Daarmee vergelijkbaar is een ontbindende voorwaarde dat een enquête zal worden gelast.²⁹⁵

[265] Praktijkvoorbeelden van problematische ontbinding wegens niet nakoming ten gevolge van een onmiddellijke voorziening ken ik niet. Dat kan ermee te maken hebben dat partijen de bevoegdheid tot ontbinding contractueel hebben beperkt. In 7.4 zijn een paar mogelijke verklaringen gegeven voor het ontbreken van voorbeelden van nakomingsvorderingen betreffende verplichtingen die bij onmiddellijke voorziening zijn verboden.²⁹⁶ Om de daar genoemde redenen zou men ook terughoudend kunnen zijn met (vorderingen tot) ontbinding.

Dat neemt niet weg dat de rechter in een enquêteprocedure wel met het thema ontbinding geconfronteerd wordt. Soms is dat urgent. Dat blijkt uit de zaak Slotervaartziekenhuis.²⁹⁷ Delta en Meromi verkochten de aandelen in

290. En voor de tijd die al is verstreken voordat de onmiddellijke voorziening is getroffen.

291. Art. 6:265 lid 1 BW.

292. Als de bezoldigingsverplichting deel uitmaakt van een arbeidsovereenkomst kunnen er ook bezwaren van arbeidsrechtelijke aard zijn. Zie in hfst 9.

293. Zie ook Asser/Sieburgh 6-III 2018/602.

294. Vgl. nr. 241.

295. In de zaak TICA werd een ontbindende voorwaarde van die strekking opgenomen in een koopovereenkomst die werd gesloten nadat een enquêteverzoek was gedaan en een verweerschrift daartegen was ingediend, maar voor de mondelinge behandeling van het verzoek (OK 27 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:597, ARO 2014/57 (TICA), r.o. 2.12).

296. Nr. 229.

297. OK 11 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4525, ARO 2014/5 (Slotervaartziekenhuis), de vijfde beschikking in deze zaak. Van onmiddellijke voorziening die het nakomen

Slotervaartziekenhuis.²⁹⁸ Na toewijzing van het enquêteverzoek moest worden beslist over al dan niet nakomen van de koopovereenkomst. Die beslissing werd beschouwd als cruciaal in de machtsstrijd en ook als cruciaal voor het voortbestaan van de onderneming van Slotervaartziekenhuis. Delta verzocht de Ondernemingskamer om voor de benoemde bestuurder de weg vrij te maken om de koopovereenkomst na te komen. De aandeelhouders van Meromi die de enquête hadden verzocht, wilden dat de Ondernemingskamer de bestuurder zou opdragen de koopovereenkomst te ontbinden. De verzoeken tot het geven van een opdracht aan de bestuurder werden afgewezen.²⁹⁹ De Ondernemingskamer liet het aan de tijdelijk bestuurder over om te beoordelen of de koopovereenkomst gestand gedaan moest worden.³⁰⁰ De bestuurder ontbond niet.³⁰¹

Eerder is gewezen op het bezwaarlijke gevolg van verrekening en opschorting, dat de rechtspersoon verstoken blijft van de prestatie van de wederpartij. Zo'n bezwaar kan zich ook voordoen bij (gedeeltelijke) ontbinding.³⁰² Bij het treffen van een onmiddellijke voorziening kan die schaduwzijde meegewogen worden.

7.15 Samenvatting en conclusie

[266] Uitoefening door de wederpartij van de rechtspersoon van zijn rechten en bevoegdheden, kan de rechtspersoon voor moeilijkheden plaatsen of afbreuk doen aan de effectiviteit van de onmiddellijke voorziening. In dit

van een verbintenis verbod, was geen sprake. Evenmin ging een initiatief tot ontbinding uit van de wederpartij. Slotervaartziekenhuis was een dochtervennootschap van Meromi (de rechtspersoon in de enquêteprocedure). In het kader van een machtsstrijd kwam het overgrote deel van de aandelen in handen van Delta, die als bestuurder invloed in Meromi had en die als belanghebbende in de enquêteprocedure verscheen.

298. De overeenkomst werd gesloten twee dagen voordat de Ondernemingskamer zou beslissen op het enquêteverzoek. Dat verzoek werd toegewezen en een bestuurder werd benoemd. Daarmee verviel de bestuurs-invloed van Delta in Meromi. Tevens werd een beheerder van aandelen benoemd.
299. Met de overweging dat alle bevoegdheden van wet en statuten aan de benoemde bestuurder toekomen en dat de Ondernemingskamer geen instructies tot bestuurshandelingen geeft (OK 11 december 2013, r.o. 3.1).
300. OK 11 december 2013, r.o. 3.6. De Ondernemingskamer stelt de tijdelijk bestuurder in staat de bestuurstaken uit te voeren, door de weg vrij te maken om de koopovereenkomst na te komen.
301. De verzoekers tot enquête lieten daags na de beschikking van de Ondernemingskamer ten laste van Delta beslag leggen op de aandelen in Slotervaartziekenhuis, voor schadevergoeding die zij zouden lijden bij nakoming van de koopovereenkomst. Kort nadien werd het beslag op vordering van Delta opgeheven. De voorzieningenrechter betrok het oordeel van de Ondernemingskamer uitvoerig in zijn overwegingen, maar besliste binnen zijn eigen besliskader (Rb. Noord-Holland (voorzieningenrechter), 20 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:12721 (Slotervaartziekenhuis), bijv. r.o. 4.13 en 4.14).
302. Bij ontbinding door de rechter en bij buitengerechtelijke ontbinding op de voet van art. 6:267 lid 1 BW.

hoofdstuk is de interactie tussen onmiddellijke voorzieningen en de rechten en bevoegdheden van de wederpartij onderzocht. Het gaat om dat de rechtspersoon die ten gevolge van onmiddellijke voorziening niet aan een verplichting kan voldoen. De rechtspersoon is in die gevallen de schuldenaar en zijn wederpartij is de schuldeiser. In dat perspectief zijn de rechten en bevoegdheden van schuldeiser en schuldenaar besproken.

[267] Toewijzing van de vordering tot nakoming is naar Nederlands recht de hoofdregel. Onderzocht is of verhindering in de nakoming door een onmiddellijke voorziening aanleiding is voor een uitzondering op deze hoofdregel (7.4). De tekst van de wettelijke bepalingen van het enquêterecht geeft daarvoor geen ruimte. Ik heb betoogd dat de bedoeling van de wetgever bij de onmiddellijke voorziening argumenten biedt om een uitzondering op grond van de wet aan te nemen. Ik meen dat de bevoegde rechter oordeelt conform de bedoeling van de wetgever, als hij de nakomingsvordering afwijst. In de achtergronden en de gevolgen van een onmiddellijke voorziening kan hij aanknopingspunten vinden om een uitzondering op de hoofdregel aan te nemen. Nakoming in strijd met de onmiddellijke voorziening kan de noodtoestand van de rechtspersoon bestendigen of het onderzoek belemmeren.³⁰³ Dat zijn offers voor nakoming, die de rechtspersoon onevenredig kunnen bezwaren. Nakoming is in die gevallen relatief onmogelijk en redelijkheid en billijkheid staan aan toewijzing van de vordering tot nakoming in de weg. Ik vind het aannemelijk dat de nakomingsvordering op een van deze gronden wordt afgewezen. Het derde scenario neigt hier naar het tweede scenario, waarin de onmiddellijke voorziening voorrang heeft.³⁰⁴ Een tegenargument is dat de afstemmingsregel en de regel van de formele rechtskracht geen beletsels vormen voor de gewone burgerlijke rechter om de nakomingsvordering toe te wijzen, ook als nakoming in strijd is met een onmiddellijke voorziening. Toewijzing van de nakomingsvordering valt niet uit te sluiten.

Procedures over prestaties die bij onmiddellijke voorziening verboden zijn, zijn zeldzaam. Het is mede daarom lastig om algemene voorspellingen te doen over de oordelen van de gewone civiele rechter in zulke procedures. Er zijn hypothesen opgevoerd ter verklaring van dat gebrek aan praktijkvoorbeelden. De verwachting dat de onmiddellijke voorziening geen lang leven beschoren zal zijn, commerciële en strategische motieven, en (in 7.14) de mogelijkheid om de bevoegdheid tot ontbinding contractueel uit te sluiten of te beperken passeerden daarbij de revue.

303. Dat kan afdoen aan de doeleinden van het enquêterecht. De rechtspersoon kan in theorie (ook zonder veroordeling tot nakoming) de verbintenis nakomen in strijd met de onmiddellijke voorziening (zie nr. 250).

304. Zie voor de drie scenario's nr. 9.

[268] Samenloop van verrekening door de rechtspersoon met een onmiddellijke voorziening heeft nauwelijks haken en ogen, waar de Ondernemingskamer rekening mee zou moeten houden. Verrekening door de rechtspersoon kan wel problemen geven, als degene die erover beslist een tegenstrijdig belang heeft. Aan zulke belangentegenstellingen kan met andere onmiddellijke voorzieningen het hoofd worden geboden. In de onmiddellijke voorziening hoeft geen aanwijzing te worden opgenomen voor verrekening door de rechtspersoon.

Verrekening door de wederpartij kan bezwaarlijk zijn. Hij verkrijgt door verrekening een resultaat dat lijkt op nakoming door de rechtspersoon. De effectiviteit van een onmiddellijke voorziening, die juist was gericht op het beletten van nakoming, kan door verrekening worden aangetast. Betoogd is, dat die aantasting niet goed valt te voorkomen, omdat de Ondernemingskamer de wederpartij niet kan verbieden om te verrekenen. Afgezien van dit effectiviteitsrisico, kan de rechtspersoon last hebben van verrekening door de wederpartij, doordat diens prestatie uitblijft. De kans op die last is getaxeerd als gering, met uitzondering van de gevallen waarin verbintenissen uit aandelentransacties worden verrekend (7.5).

[269] Als de rechtspersoon tekortkomt in de nakoming, kan zijn wederpartij in beginsel een eigen verplichting opschorten, en hij kan de rechtspersoon aanspreken tot schadevergoeding, en hij kan, als het gaat om een wederkerige overeenkomst, aansturen op ontbinding.

De verbintenissen, die worden doorkruist door een onmiddellijke voorziening, zijn gewoonlijk verbintenissen met een aanwijsbaar tijdstip waarop moet worden nagekomen; dan worden ze opeisbaar (7.3). Opeisbaarheid is een vereiste voor tekortkoming. De looptijd van een onmiddellijke voorziening is om allerlei redenen ongewis. Daarom staat onmogelijkheid om tijdig en behoorlijk na te komen gewoonlijk niet vast op het moment dat de voorziening wordt getroffen.

Verbintenissen waarmee onmiddellijke voorzieningen potentieel conflicteren, zijn opeisbaar of worden binnenkort opeisbaar. Als de voorziening in het leven wordt geroepen voordat de opeisbaarheid intreedt, heeft de rechtspersoon wellicht nog gelegenheid het hoofd te bieden aan bezwaarlijke gevolgen van de voorziening. Die mogelijkheid kan de Ondernemingskamer in haar afweging betrekken.

Het hangt van de inhoud van de verbintenis af of na expiratie van de onmiddellijke voorziening nog zinvol kan worden gepresteerd. Als dat niet het geval is, kan de nakoming als blijvend onmogelijk worden aangemerkt, en treedt de tekortkoming in als de verbintenis opeisbaar wordt. Het is problematisch om vast te stellen dat een prestatie na expiratie van de voorziening onmogelijk zal zijn, omdat het precieze moment van expiratie altijd een onzekere factor is.

Indien na de looptijd van de onmiddellijke voorziening nog gepresteerd kan worden, dan is de nakoming door de voorziening vertraagd. Bij vertraagde nakoming is verzuim vereist voor tekortkoming. Verzuim wordt in dit onderzoek verondersteld waar het vereist is.

[270] Opschorting door de wederpartij kan het positieve effect van de onmiddellijke voorziening ondermijnen. Net als bij verrekening springt dat vooral bij aandelentransacties in het oog. In geval van verkoop of emissie van aandelen kan de rechtspersoon zoveel belang hebben bij de prestatie van de wederpartij, dat opschorting van die prestatie voor de rechtspersoon onoverkomelijk is. Onmiddellijke voorzieningen die aandelentransacties doorkruisen zijn vaak zo geformuleerd, dat ingecalculeerd lijkt dat de wederpartij (tijdelijk) niet presteert. Bij managementovereenkomsten hoeft geen rekening te worden gehouden met consequenties van opschorting door de wederpartij; de onmiddellijke voorziening – schorsing van de bestuurder – heeft juist ten doel dat de prestatie uitblijft.

[271] In Angelsaksische stelsels staat het recht op schadevergoeding voorop en is de veroordeling tot nakoming uitzonderlijk. Angelsaksische opvattingen over schadevergoeding lijken van invloed te zijn geweest op het denken over conflicten tussen onmiddellijke voorzieningen en contractuele verplichtingen, waarin ook het oud BW sporen heeft achtergelaten (7.8). Het Nederlandse recht op schadevergoeding en het beroep op overmacht zijn onderzocht.

Nakoming die onverenigbaar is met een onmiddellijke voorziening, is niet altijd in absolute zin onmogelijk. Soms kan de rechtspersoon de voorziening in theorie negeren en de verbintenis toch nakomen. Die omstandigheid staat niet in de weg aan een succesvol beroep op overmacht. Betoogd is dat met de onmiddellijke voorziening zwaarwegende ‘hogere belangen’ gemoeid kunnen zijn, van vergelijkbaar gewicht als het algemeen belang, waarvoor de verplichting tot nakoming moet wijken. Nakoming in strijd met een onmiddellijke voorziening dient als juridisch onmogelijk te worden beschouwd, als de voorziening de essentie van het bestaan en het beleid van de rechtspersoon betreft. Als de onmiddellijke voorziening een unieke, slechts door deze debiteur leverbare prestatie verbiedt, kan de verboden nakoming mijns inziens ook als juridisch onmogelijk worden beschouwd.

Als de schuldenaar de tekortkoming had moeten voorkomen heeft hij er schuld aan. Overmacht ontbreekt dan. Methoden om een onmiddellijke voorziening te voorkomen zijn gezocht in: het voorkomen van gegronde twijfel aan een juist beleid, het vermijden van omstandigheden die om een onmiddellijke voorziening vragen, wijzen waarop de rechtspersoon het verloop van de enquête-procedure en de beslissing van de rechter kan beïnvloeden (7.10). Dat roept de vragen op of de rechtspersoon een enquête en een onmiddellijke voorziening moet voorkomen, en of zijn wederpartij bepaalde proceshandelingen en een

HOOFDSTUK 7

bepaalde proceshouding van de rechtspersoon mag verwachten. Die vragen kunnen van nut zijn bij het bepalen van de objectieve norm voor het bepalen van schuld in gevallen van tekortkoming wegens een onmiddellijke voorziening. Hoofdstuk 8 zal daarover gaan.

Uit de wet is niet af te leiden voor wiens rekening een tekortkoming komt die het gevolg is van een onmiddellijke voorziening (7.11). Als contractspartijen afspraken over de risicoverdeling hebben gemaakt met het oog op onmiddellijke voorzieningen, kan de Ondernemingskamer ervan uitgaan dat de bevoegde rechter zal oordelen conform die risicoverdeling. Zo'n afspraak maakt de onmiddellijke voorziening niet zonder meer tot voorzienbare omstandigheid. Oorzaken van tekortkomingen die voor de schuldenaar voorzienbaar waren, komen krachtens verkeeropvattingen voor zijn rekening. Over voorzienbaarheid van onmiddellijke voorzieningen als bron van tekortkomingen ging 7.13. Het stadium waarin de enquêteprocedure zich bevindt, acht ik van belang.

[272] De tekortkoming moet van voldoende gewicht zijn om de overeenkomst te ontbinden (7.14). De enkele omstandigheid dat niet-nakoming wordt veroorzaakt door een onmiddellijke voorziening, zal niet snel leiden tot het oordeel dat de tekortkoming van onvoldoende gewicht is. Gedeeltelijke ontbinding voor een bepaalde periode in verband met onmiddellijke voorzieningen die ingrijpen in bezoldigingsverplichtingen, hoewel in theorie voorstelbaar, ligt in de praktijk niet voor de hand. Dat komt omdat de wederpartij geen belang heeft bij zo'n gedeeltelijke ontbinding, want de onmiddellijke voorziening heeft hem al van zijn eigen verplichting ontheven.

7.15.1 Slotsom

[273] De wederpartij van de rechtspersoon, die zijn verbintenis niet nakomt in verband met een onmiddellijke voorziening, heeft in beginsel een vordering tot schadevergoeding. Maar dat niet alleen. Ook de vordering tot nakoming, verrekening, de *imprévision* regeling, opschorting, en ontbinding staan hem ter beschikking.

Acties van de wederpartij kunnen voor de rechtspersoon zodanig negatieve gevolgen hebben, dat het met de onmiddellijke voorziening beoogde gunstige effect er door wordt geneutraliseerd. Dit risico kleefte aan verrekening en opschorting van verbintenissen uit aandelentransacties, aan schadevergoeding en aan ontbinding.

INTERACTIE ONMIDDELLIJKE VOORZIENINGEN EN RECHTEN WEDERPARTIJ

Daarnaast kan de reactie van de wederpartij op het niet-nakomen door de rechtspersoon afbreuk doen aan de doeltreffendheid van de onmiddellijke voorziening. Die dreiging gaat uit van de nakomingsvordering en van verrekening.

De kans dat een actie van de wederpartij het effect van de onmiddellijke voorziening ondermijnt, is niet steeds heel groot. Desalniettemin doet de enquête-rechter er goed aan de mogelijkheid te betrekken in de beslissing over een onmiddellijke voorziening. Daarbij kan deze niet vertrouwen op een verzachtend effect van de *imprévision* op de gevolgen van de botsing tussen overeenkomst en onmiddellijke voorziening.

Hoofdstuk 8. Objectieve norm voor schuld aan tekortkoming door onmiddellijke voorzieningen bij aandelentransacties

8.1 Inleiding

[274] Een geslaagd beroep op overmacht door de rechtspersoon doet af aan het succes van de vordering tot schadevergoeding van de wederpartij.¹ De rechtspersoon heeft geen beroep op overmacht, als de tekortkoming aan zijn schuld te wijten is. Om te kunnen vaststellen of schuld ontbreekt, moet worden bepaald hoe een zorgvuldige schuldenaar in de gegeven omstandigheden zich dient te gedragen. Dat is de objectieve norm die wordt aangelegd.² Vervolgens wordt getoetst of de schending van de objectieve norm aan de concrete debiteur kan worden verweten.³

Inzicht in de objectieve norm is dus voor dit onderzoek relevant. De objectieve norm is immers medebepalend voor de slaagkans van een beroep op overmacht door de rechtspersoon. Van die slaagkans hangt het succes van de schadevergoedingsvordering van de wederpartij af (onderzoeksvraag b). Dat succes beïnvloedt op zijn beurt de negatieve effecten die de rechtspersoon van de onmiddellijke voorziening kan ondervinden (de centrale onderzoeksvraag).

De objectieve norm moet worden geconcretiseerd.⁴ In dit hoofdstuk wordt onderzocht of uit de overeenkomst voor de rechtspersoon een objectieve norm voortvloeit, die strekt tot het voorkomen van onmiddellijke voorzieningen. En er wordt nagegaan hoe die maatstaf kan worden geconcretiseerd.⁵

-
1. In het derde scenario heeft de wederpartij van de rechtspersoon, die ten gevolge van een onmiddellijke voorziening niet nakomt, in beginsel jegens de rechtspersoon een vordering tot schadevergoeding (7.8-7.13). Zie voor de drie scenario's nr. 9.
 2. Zie nr. 247 en 7.10.
 3. Zo niet, dan ontbreekt subjectieve verwijtbaarheid (nr. 247).
 4. Nr. 255.
 5. Daarbij wordt teruggegrepen op de twee vragen die in nr. 257 zijn geformuleerd over gedrag van de rechtspersoon in zijn hoedanigheid van zorgvuldig crediteur: 'Is een rechtspersoon tegenover zijn crediteur gehouden om een enquête en een onmiddellijke voorziening te voorkomen?'; 'Mag een crediteur bepaalde proceshandelingen en een bepaalde proceshouding van de rechtspersoon verwachten?'.

HOOFDSTUK 8

Onmiddellijke voorzieningen kunnen alleen getroffen worden als er redenen zijn om een enquête te bevelen en zijn vaak nauw met die redenen verflochten.⁶ Als de rechtspersoon twijfel aan zijn beleid en gang van zaken weet te vermijden, voorkomt hij onmiddellijke voorzieningen. De beschouwingen worden daarom niet beperkt tot het vermijden van een onmiddellijke voorziening, maar het voorkomen van een enquête wordt erin betrokken (8.3 en 8.4).

Het onderzoek in dit hoofdstuk is, bij gebreke aan op dit thema toegespitste literatuur, casuïstisch. De zaken die ter illustratie worden opgevoerd gaan over aandelentransacties.⁷ Daarvoor is gekozen omdat aandelentransacties vaak een rol spelen in enquêteprocedures.⁸ In enquêteprocedures over een biedingsstrijd of overnameconflict dient zich bovendien relatief vaak de vraag aan, of een voorziening nodig is die conflicteert met een verplichting uit een aandelentransactie. Er zijn wel andersoortige overeenkomsten en andere omstandigheden te bedenken, die een objectieve norm aan het licht kunnen brengen. Het praktische nut van fantasieën over zulke overeenkomsten en omstandigheden is gering.⁹

Het kan bij aandelentransacties gaan om koopovereenkomsten, waarbij een rechtspersoon een (al dan niet 100%) aandelenbelang verkoopt.¹⁰ Het kan ook gaan om overeenkomsten tot uitgifte van aandelen of aandelenruil. Verwikkelingen rond overeenkomsten kunnen aanleiding geven om aan het beleid van de rechtspersoon te twijfelen.¹¹ De twijfel wordt in zulke gevallen opgeroepen door een dubbelrol van degene die over de transactie besluit of door gebrekkige informatievoorziening aan belanghebbenden die niet tevens besluitvormer zijn of door schending van formaliteiten. Bij koopovereenkomsten kan het ontbreken van een deugdelijke, onafhankelijke waardering van de ver-

6. Zie ook nr. 256.

7. Koopovereenkomsten en een samenwerkingsovereenkomst.

8. Zie nr. 28.

9. Over managementovereenkomsten, die in de praktijk ook van belang zijn, gaat hfdst. 9.

10. In enquêteprocedures figureren ook koopovereenkomsten waarbij rechtspersonen bedrijfsmiddelen of andere cruciale activa verkopen. Voor die gevallen gelden de algemene, niet op aandelentransacties toegespitste, opmerkingen die in dit hoofdstuk worden gemaakt over koopovereenkomsten. De rechtspersoon kan ook als koper optreden. Die gevallen worden niet besproken. De frequentie – in de praktijk – van onmiddellijke voorzieningen die de rechtspersoon als koper beletten verbintenissen na te komen, geeft daartoe geen aanleiding.

11. OK 9 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3967, *ARO* 2017/7 (Intrasonics Holdings B.V.): Het besluit tot verkoop van aandelen in de dochtervennootschap leverde, in onderling verband met andere omstandigheden, twijfel op. De SPA was getekend en aandelen waren ‘in overdracht’ (r.o. 2.23). De getroffen voorziening had uitdrukkelijk niet tot doel de overdracht van aandelen ongedaan te maken (r.o. 3.17).

kochte zaken een rol spelen.¹² Als de gang van zaken rondom de overeenkomst inderdaad kwestieus is, draagt dat bij tot of leidt dat tot het oordeel dat een onderzoek gerechtvaardigd is. Ook kan de overeenkomst aanleiding geven voor onmiddellijke voorzieningen.¹³

Bij de vraag naar het normatieve gedrag van de rechtspersoon die als contractpartner optreedt, concentreert de aandacht zich op de tijdsperiode van het tot stand komen van de overeenkomst tot de voltooiing van de uitvoering ervan.¹⁴ Als in dit hoofdstuk wordt gesproken over het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon, wordt grosso modo het beleid en de gang van zaken in die periode bedoeld.

Waar wordt geconcludeerd dat de rechtspersoon gehouden is om twijfel aan zijn beleid en een enquête naar dat beleid te voorkomen, worden daaronder zijn processuele mogelijkheden daartoe begrepen.¹⁵

8.2 Verplichtingen van de verkoper van aandelen

[275] De koopovereenkomst is een bijzondere overeenkomst die mede wordt beheerst door Boek 7 BW. De verplichtingen van de verkoper zijn beschreven in de artikelen 7:9 BW en verder; de bepalingen zijn (grotendeels) van regeland recht. De regeling geldt ook voor koop en verkoop van vermogensrechten, voor zover de aard van het betreffende recht zich daar niet tegen verzet.¹⁶ Aandelen worden tot de vermogensrechten gerekend.¹⁷ De bepalingen van Boek 7 BW over de verplichtingen van de verkoper zijn in beginsel dan ook van toepassing op koop en verkoop van aandelen.

[276] Voor het hier besproken onderwerp zijn de hoofdverplichtingen van de verkoper van belang. Dat zijn allereerst de verplichtingen tot overdracht van de eigendom van de verkochte zaak en tot aflevering van de verkochte

12. OK 22 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3988, *ARO* 2017/24 betreft de verkoop van werkmaatschappijen zonder onafhankelijke waardering.

13. OK 3 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *ARO* 2007/79 (ABN Amro).

14. Waaronder de periode van onderhandeling, voorafgaand aan het daadwerkelijk sluiten van de overeenkomst, wordt begrepen.

15. De rechtspersoon kan met zijn proceshouding mogelijk invloed uitoefenen op het treffen of het voortbestaan van de onmiddellijke voorziening. Ook kan hij, voordat over de voorziening wordt beslist, aanbieden de toestand die de voorziening vergt, op te heffen. Zie nr. 256.

16. Art. 7:47 BW. Zie Asser/Hijma 7-I 2019/206, 212 over de wijze waarop deze bepaling de regeling van koop en verkoop van toepassing verklaart op vermogensrechten. Uitvoerig: Wessels, *Koop: algemeen* (Mon. BW nr. B65a) 2015/hfdst. VII.

17. Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/286; Wessels, *Koop: algemeen* (Mon. BW nr. B65a) 2015/62.

zaak.¹⁸ De verplichtingen tot eigendomsoverdracht en aflevering zijn resultaatsverbintenissen.¹⁹ De verkoper moet alles doen om het resultaat tot stand te brengen. In zoverre hebben deze verplichtingen aspecten van een inspanningsverbintenis.²⁰

Aandelen zijn in beginsel overdraagbaar.²¹ De overdraagbaarheid kan evenwel statutair beperkt zijn.²² Voor de levering van aandelen geeft de wet speciale voorschriften over in acht te nemen formaliteiten, die variëren per soort aandeel.²³ Hier wordt als uitgangspunt genomen, dat de rechtspersoon de bijzonderheden op het gebied van de overdraagbaarheid en de levering van aandelen in acht neemt. In zoverre heeft de rechtspersoon dan voldaan aan zijn inspanningsverbintenis om eigendomsoverdracht en aflevering tot stand te brengen.

Verder is de verkoper verplicht om een zaak af te leveren, die beantwoordt aan de overeenkomst.²⁴ Deze verplichting wordt aangeduid met conformiteitseis. Het niet voldoen aan de conformiteitseis verplicht tot schadevergoeding, als de tekortkoming toerekenbaar is. Over de mate van toepasselijkheid van dit onderdeel van de verplichtingenregeling op koop en verkoop van aandelen, bestaan verschillende opvattingen.²⁵ Dat debat blijft hier om de volgende reden onbesproken. De objectieve norm die in dit hoofdstuk wordt onderzocht, wordt bepaald door het gedrag van de normale, zorgvuldige schuldenaar in gegeven omstandigheden. Ik meen dat de conformiteitseis de denkbelden kleurt over het gedrag van zorgvuldige schuldenaars van alle koopovereenkomsten. Dus ook bij specifieke soorten koopovereenkomst waarvoor de conformiteitseis toepassing mist. Ook als de conformiteitseis niet geldt, moet een zorgvuldig schuldenaar zich in beginsel onthouden van gedrag dat afdoet aan de conformiteit.

18. Asser/Hijma 7-I 2019/405; Wessels, *Koop: algemeen* (Mon. BW nr. B65a) 2015/23. Onder aflevering wordt verstaan het stellen van de zaak in het bezit van de koper (art. 7:9 lid 2 BW).

19. Asser/Hijma 7-I 2019/406, 428.

20. Hijma wijst op (het voldoen aan formaliteiten voor) overdrachts- en leveringshandelingen (Asser/Hijma 7-I 2019/407).

21. Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019/286, 379.

22. Zie hierover Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019/380.

23. Te onderscheiden zijn: aandelen aan toonder, aandelen op naam, aandelen op naam in een beursgenoteerde vennootschap. Zie hierover uitvoerig Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019/366 – 374, 378. Overigens is uitgifte van aandelen vergelijkbaar gebonden aan formaliteiten.

24. Art. 7:17 lid 1 BW. Hijma onderscheidt dit als een derde hoofdverplichting naast de hoofdverplichtingen overdracht van eigendom en aflevering (Asser/Hijma 7-I 2019/405).

25. Asser/Hijma 7-I 2019/472, 473.

Het risico van een verkochte zaak gaat bij aflevering over van de verkoper op de koper.²⁶ Bij verkoop van aandelen valt te denken aan risico van waardedaling (door inflatie) en risico van wijziging van wisselkoersen.²⁷ Als een onmiddellijke voorziening de uitvoering van een koopovereenkomst belemmert, kan de rechtspersoon tijdelijk niet voldoen aan zijn verplichting tot eigendoms-overdracht en zijn verplichting tot aflevering. Bij uitstel van het moment van aflevering ten gevolge van de onmiddellijke voorziening – vertraging in de nakoming die tot tekortkoming kan leiden (7.3) – kan de verkochte zaak door tijdsverloop een waardevermindering ondergaan. De conformiteits eis kan dan in het geding zijn.

8.3 Objectieve norm betreffende twijfel aan een juist beleid en enquête; koopovereenkomst en overeenkomst tot samenwerking

8.3.1 Geen norm in het algemeen bij koopovereenkomst

[277] Hoort een rechtspersoon, die aandelen in een (klein)dochter verkoopt, volgens een objectieve norm te voorkomen dat twijfel ontstaat aan zijn eigen beleid, die tot een enquête kan leiden?²⁸

Een norm, die inhoudt dat een rechtspersoon *in het algemeen* tegenover een koper van aandelen in een dochter gehouden is om twijfel aan het eigen beleid te vermijden, is moeilijk voorstelbaar.

Ten eerste kunnen rechtspersonen het ontstaan van twijfel niet altijd beïnvloeden.²⁹ Verstoorde verhoudingen, bijvoorbeeld onmin tussen aandeelhouders, en gedrag van leden van organen of van andere personen, dat niet als gedrag van de rechtspersoon heeft te gelden, zijn oorzaken van twijfel waar de rechtspersoon weinig invloed op heeft.³⁰

Ten tweede lijkt een norm, die er toe strekt dat de verkoper twijfel aan het eigen beleid vermijdt, te weinig toegespitst op het belang en de positie van de koper. Gegronde redenen tot twijfel aan het beleid van de rechtspersoon-verkoper hoeven de uitvoering van de koopovereenkomst niet te belemmeren. Een enquête naar dat beleid hoeft dat evenmin te doen. De belangen van de koper kunnen buiten schot blijven.

26. Art. 7:10 BW.

27. Wessels, *Koop: algemeen* (Mon. BW nr. B65a) 2015/70.

28. Een enquête naar het beleid van de (klein)dochter zal de verkopende vennootschap, voor zover in haar macht, in het algemeen wel moeten voorkomen. Dat wordt hier niet uitgewerkt.

29. Hoe meer invloed de schuldenaar kan uitoefenen op het ontstaan van de tekortkoming, hoe eerder de tekortkoming hem kan worden verweten. Zie hierover 7.8.4. Zie ook 7.10.

30. Zie nr. 70 voor meer voorbeelden van redenen voor twijfel.

HOOFDSTUK 8

Ik meen daarom dat niet *in het algemeen* van een zorgvuldig schuldenaar verwacht kan worden dat hij twijfel aan zijn beleid vermijdt.

8.3.2 Overeenkomst tot samenwerking

[278] Aandelentransacties die worden aangeduid met overeenkomst tot samenwerking kunnen verschillende gedaanten aannemen. Ze kunnen elementen van koop en verkoop, van ruil en van uitgifte van aandelen hebben. Het is, net als bij de koopovereenkomst, goed mogelijk dat de wederpartij geen last ondervindt van twijfel aan en een enquête naar het beleid van de rechtspersoon.³¹ Een voor alle vormen van samenwerkingsovereenkomst geldende objectieve norm, die de rechtspersoon voorschrijft een enquête te voorkomen, is daarom niet aannemelijk.

[279] Samenwerkingsovereenkomsten zijn gewoonlijk gericht op een langdurige relatie. Meer dan bij incidentele of kortstondige contacten, is het bij duurzame betrekkingen denkbaar dat de contractpartner belang heeft bij de reputatie van de rechtspersoon. Onder omstandigheden – te denken valt aan aard en intensiteit van de samenwerking – mag de samenwerkingspartner verwachten, dat de rechtspersoon doet wat in zijn macht ligt om afbreuk aan zijn reputatie door een enquête te voorkomen. Dat kan betekenen dat de rechtspersoon elke vorm van enquête moet voorkomen.³² Maar ook dat hij een enquête naar bepaalde onderwerpen, met een bepaalde duur of intensiteit, of van een bepaalde vorm moet voorkomen.³³ De rechtspersoon zal in beginsel ook de procesrechtelijke acties moeten nemen die daartoe dienstig kunnen zijn.

8.3.3 De conformiteitseis dwingt niet tot het voorkomen van een enquête

[280] De conformiteitseis brengt mee, dat de waarde van de verkochte aandelen op het moment van levering beantwoordt aan de overeenkomst.³⁴ Bij een (ongebruikelijke) waardedaling, tussen de totstandkoming van de overeenkomst en het moment van levering, schiet de verkoper tekort. Om te bepalen of de verkoper schuld heeft aan die tekortkoming – en de tekortkoming hem wordt toegerekend – moet de objectieve norm voor het gedrag van een zorgvuldige verkoper worden vastgesteld. In dit geval is dat gedrag waarmee zo'n waardedaling wordt vermeden. Die maatstaf wordt hier aangeduid met 'de vermijd-waardedaling-norm'.

31. Zie 8.3.1.

32. Ook als van onmiddellijke voorzieningen geen sprake is.

33. Bij vorm kan gedacht worden aan concernenquêtes.

34. Bij aandelen ligt het meestal niet voor de hand dat ze exact dezelfde waarde hebben als op het moment van sluiten van het contract.

[281] Bepaalde gedragingen van een rechtspersoon kunnen de waarde van (aandelen in) zijn dochters beïnvloeden.³⁵ Factoren die de waarde van (de aandelen in) de dochter beïnvloeden, leveren vaak ook redenen voor twijfel aan het beleid van de moeder op.³⁶ Brengt de vermijd-waardedaling-norm nu mee dat de moeder tegenover de koper gehouden is om twijfel – en een enquête – betreffende *die factoren* te voorkomen (een objectieve ‘vermijd-twijfel’ norm)? Dat lijkt voor de hand te liggen. De vermijd-waardedaling-norm lijkt moeilijk te onderscheiden van een vermijd-twijfel-norm, als ze dezelfde gedragingen van de verkopende moeder betreffen. Aan de hand van een ratio van de norm valt mogelijk wel te differentiëren. Een norm moet een doel dienen. De ratio van de ‘vermijd-waardedaling-norm’ is begrijpelijk: de koper moet geleverd krijgen wat hij kocht. Daarentegen blijft het waarom van een verplichting tegenover de koper om een enquête te voorkomen hier ongrijpbaar. Daar komt bij dat de twijfel aan een juist beleid niet noodzakelijkerwijs wordt veroorzaakt door het handelen of nalaten van de rechtspersoon zelf, zoals hiervoor is opgemerkt. Ik meen daarom dat de vermijd-waardedaling-norm geen objectieve vermijd-twijfel norm meebrengt. Met andere woorden: uit de koopovereenkomst vloeit geen objectieve norm voort, die de voorschrijft dat de rechtspersoon *twijfel* of een *enquête* moet voorkomen betreffende onderdelen van haar beleid die de waarde van zijn dochter beïnvloeden.

8.3.4 Objectieve norm en beleid jegens de verkochte dochtervennootschap

[282] Een bijzonder facet van beleid vraagt de aandacht, namelijk het beleid van de moeder *ten aanzien van* de (klein)dochter. Met specifiek op de dochter gericht beleid bepaalt de moeder (mede) de gang van zaken van die dochter.³⁷ De moeder oefent invloed uit op grond van haar wettelijke en statutaire

35. De verkopende rechtspersoon hoeft geen vennootschap te zijn – ook andere rechtspersonen kunnen dochters hebben, waarvan zij de aandelen verkopen. Omdat het in de praktijk meestal om vennootschappen gaat, wordt de verkopende rechtspersoon hierna ook wel ‘moedervernootschap’ of ‘moeder’ genoemd.

36. Bijvoorbeeld als het beleid van een houdstervennootschap (de continuïteit van) de in een dochter-werkmaatschappij gedreven onderneming in gevaar brengt. Zie OK 4 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1709, *ARO* 2018/138 (Trifier). Vgl. ook OK 27 augustus 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3277, *ARO* 2018/185 (Hoeve Holland), waarin verstoorde verhoudingen in de moeder de bedrijfsvoering in de dochter verlamden. In OK 2 augustus 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2798, *ARO* 2018/181 (Nijhuis Fabel) bestonden onduidelijkheden over leningsovereenkomsten tussen de moedervernootschap en haar dochters; dat was een reden voor twijfel aan het beleid van de moedervernootschap.

37. In de praktijk is de grens tussen ‘beleid ten aanzien van de dochter’ en de in de vorige alinea’s besproken handelingen of factoren die de waarde van de aandelen in de dochter beïnvloeden, niet altijd scherp.

bevoegdheden.³⁸ Bevoegdheden van die laatste categorie kunnen verstrekkend zijn. Het beleid van de moeder jegens de dochter kan de waarde van de dochter beïnvloeden. Zeker bij het financieel beleid jegens de dochter ligt dat voor de hand.³⁹

[283] Zojuist is beschreven dat de vermijd-waardedaling-norm, die voortvloeit uit de conformiteitseis, een herkenbaar doel heeft: de koper dient een zaak te ontvangen die beantwoordt aan de overeenkomst.⁴⁰ Daarentegen blijft het doel van een vermijd-twijfel-norm ten aanzien van onderdelen van het beleid die de waarde van de dochter beïnvloeden diffuus. Dat laatste geldt ook voor beleid *jegens* de dochter. Ik meen daarom dat in beginsel evenmin een objectieve norm kan worden aangenomen, die strekt tot het voorkomen van twijfel aan beleid dat specifiek op de dochter is gericht.

[284] Een enquête bij de moeder in verband met twijfel aan het beleid jegens de dochter kan echter beslag leggen op (tijd, bedrijfsvoering, et cetera van) de dochter. Ook kan de enkele omstandigheid dat een enquête wordt bevolen in zo'n geval de reputatie van de dochter raken.⁴¹ Dan wordt een rechtstreeks verband tussen enerzijds de twijfel of de enquête en anderzijds het belang van de koper zichtbaar. In zulke gevallen is een objectieve norm aannemelijk, die er toe strekt dat de verkopende rechtspersoon geen twijfel laat ontstaan aan zijn beleid *jegens* de dochter.

8.4 Objectieve norm en twijfel ten aanzien van de overeenkomst

8.4.1 Besluitvorming door de rechtspersoon; formele en materiële aspecten

[285] De overeenkomst die de rechtspersoon sluit kan twijfel oproepen aan het beleid en de gang van zaken. De manier waarop de overeenkomst tot stand is gekomen kan bedenkelijk zijn. Ook aan de inhoud van de overeenkomst kan getwijfeld worden.

38. Bevoegdheden van de moeder betreffen bijvoorbeeld benoeming en ontslag van bestuurders, commissarissen en andere functionarissen van dochters; zeggenschap over (bepaalde) bestuursbesluiten van dochters; zeggenschap over aspecten van de dagelijkse bedrijfsvoering van dochters en de financiën van dochters.

39. Voor een voorbeeld van financieel beleid van een moeder jegens haar dochters, zie OK 23 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:209, *ARO* 2017/34 (Kaal Masten). Dat beleid jegens de dochters was geen grond voor twijfel aan het beleid van de moeder.

40. 8.3.3.

41. Vgl. nr. 72.

Besluitvorming door een rechtspersoon over het aangaan van een overeenkomst is onderdeel van het beleid. Is er een objectieve norm te identificeren, die strekt tot het vermijden van twijfel aan dat onderdeel van het beleid? Bij beantwoording van die vraag moet het volgende worden bedacht. Aan een besluit van de rechtspersoon over het aangaan van een overeenkomst, kan een formele en een materiële kant worden onderscheiden. Het formele aspect betreft de procedure van besluitvorming.⁴² Het materiële deel bestaat uit de inhoud van de besluitvorming, die ten grondslag ligt aan en ten nauwste samenhangt met de inhoud van de overeenkomst.

[286] De Ondernemingskamer kan maar beperkt treden in de inhoud van overeenkomsten, zonder op de stoel van de ondernemer te gaan zitten. Dat laatste mag zij niet.⁴³ In theorie zal zij alleen in extreme gevallen de inhoud van overeenkomsten – en daarmee de inhoud van de eraan ten grondslag liggende besluitvorming – (afwijzend) beoordelen. Alleen in zulke bijzondere gevallen bestaat een kans dat op grond van de inhoudelijke kant van de besluitvorming een enquête bevolen wordt.⁴⁴

Mijns inziens moet de rechtspersoon die buitengewone gevallen vermijden. Ik meen dat hij tegenover zijn contractpartner gehouden is te voorkomen dat de inhoud van de besluitvorming en de overeenkomst bloot staat aan zodanige kritiek, dat deze aanleiding geeft tot een enquête. Weliswaar staat niet vast, dat de rechtspersoon zijn verbintenis niet zal kunnen nakomen als een enquête

42. In de zaak ABN Amro oordeelde de Ondernemingskamer over de besluitvormingsprocedure, dus het formele aspect. Zie 8.4.2.

43. Zie ook nr. 127 en 150.

44. In de zaak TMG was de inhoud van besluiten onvoldoende voor het (voorshandse) oordeel dat er gegronde redenen waren voor twijfel aan een juist beleid (OK 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:930, ARO 2017/75). Het betrof een biedingsstrijd. Een consortium van VPE en Mediahuis bereidde een openbaar bod op TMG voor. TMG onderhandelde tevens met Talpa. In november 2016 sloten TMG en VPE een overeenkomst, de Undertaking, inhoudend dat VPE bij een concurrerend superieur bod zijn aandelen aan die bidder zal aanbieden (r.o. 2.23). Op 5 maart 2017 ondertekenden TMG en het consortium een fusieprotocol (r.o. 2.105). Talpa vroeg op 8 maart 2017 om (een enquête en) onmiddellijke voorzieningen. Er werd niet gevraagd om een direct gebod of verbod om een (verbintenis uit een) overeenkomst na te komen. De Ondernemingskamer behandelde de verzoeken om onmiddellijke voorzieningen op voorhand en hield de beslissing over een enquête aan. Het aan de Ondernemingskamer voorgelegde conflict was verweven met de Undertaking en het fusieprotocol. Die overeenkomsten werden in de beoordeling betrokken, ook de inhoud ervan. Op grond van overwegingen “in het kader van de beoordeling van de toewijsbaarheid van de verzochte onmiddellijke voorzieningen – immers niet de Ondernemingskamer maar de gewone burgerlijke rechter is bevoegd te oordelen over de uitleg” (r.o. 3.23), “neemt de Ondernemingskamer vooralsnog aan” dat de Undertaking een bepaalde strekking heeft (r.o. 3.24). Ook werd ingegaan op bezwaren tegen de inhoud van het fusieprotocol (r.o. 3.36). De verzoeken om onmiddellijke voorzieningen werden afgewezen.

bevolen wordt. Maar bij twijfel aan de inhoud van de overeenkomst, zal het onderzoek ook gericht zijn op de overeenkomst. De kans op belemmering door hetzij het onderzoek, hetzij voorzieningen in de tweede fase neemt daardoor toe. Bovendien is een enquête, gericht op de overeenkomst, het voorportaal voor een onmiddellijke voorziening die de overeenkomst betreft. Al met al geldt: als de inhoud van de overeenkomst gegronde twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken kan oproepen, bevindt de rechtspersoon zich in een ‘gevaarzone’ van onzekerheid over onbelemmerde nakoming van die overeenkomst.

Daar kan men tegenover stellen dat de wederpartij bij de totstandkoming van de inhoud van de overeenkomst betrokken is. Hij heeft daardoor tot op zekere hoogte inzicht in de inhoud van het besluit van de rechtspersoon om te contracteren. Tot op zekere hoogte, omdat de wederpartij facetten zoals de interne financiële afwegingen van en de financiële gevolgen voor de rechtspersoon niet altijd kan overzien.⁴⁵ Ik denk niet dat het voor het bepalen van een objectieve norm uitmaakt dat de wederpartij op de hoogte is. Wel zou dat inzicht van de wederpartij onder omstandigheden een ‘eigen-schuld’ factor kunnen zijn. Op grond van dat inzicht kan de schade dan (gedeeltelijk) aan de wederpartij zelf worden toegerekend als bedoeld in artikel 6:101 BW. Dat leidt tot vermindering van de schadevergoedingsverplichting van de rechtspersoon-schuldenaar.

8.4.2 Wettelijke bescherming tegen specifieke gebreken in de besluitvorming; ABN Amro

[287] De twijfel aan het beleid van ABN Amro betrof de totstandkoming van een koopovereenkomst. Het ging om de formele kant van de besluitvorming door de vennootschap. Het volgende wordt in herinnering geroepen.⁴⁶ Het besluit tot verkoop van (de aandelen in) LaSalle was tot stand gebracht volgens de regels voor verdeling van de bevoegdheden over de organen van een vennootschap.⁴⁷ Die verdeling brengt mee dat het bestuur van ABN Amro in beginsel beslist over verkoop van de (klein)dochter LaSalle. De verkoop kon echter van beslissende invloed zijn op een mogelijke transactie met de aandelen in ABN Amro.⁴⁸ Over die transactie gaan de aandeelhouders van ABN Amro.

45. Brink benoemt afwegingen en gevolgen als onderdelen van de inhoud van besluitvorming (M. Brink, annotatie bij OK 4 juli 2001, *JOR* 2001/149 (HBG)).

46. De casus is beschreven in 1.1.

47. OK 3 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *ARO* 2007/79 (ABN Amro), r.o. 3.17, 3.18.

48. OK 3 mei 2007, r.o. 3.21, laatste volzin, r.o. 3.23, laatste volzin. Door de verkoop van LaSalle werden de aandeelhouders in ABN Amro naar het oordeel van de Ondernemingskamer beperkt in de besluitvorming over de aandelen ABN Amro (meer precies ABN Amro Holding) (r.o. 3.24, 3.25).

De verkoop van LaSalle viel daarom naar het oordeel van de Ondernemingskamer onder de werkingssfeer van artikel 2:107a lid 1 BW; de aandeelhouders van ABN Amro hadden de gelegenheid moeten krijgen zich over de voorgenomen verkoop van LaSalle uit te spreken. Dat was niet gebeurd. Die gang van zaken was – naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer – gegronde reden voor twijfel.⁴⁹ De Hoge Raad zou die beslissing nadien casseren en oordelen dat artikel 2:107a lid 1 BW hier toepassing mist.⁵⁰

Pogingen tot concretisering van een objectieve norm ter voorkoming van twijfel aan een juist beleid, leiden in het licht van deze casus tot de volgende opmerkingen. Een koper heeft recht op nakoming van de koopovereenkomst.⁵¹ Dat brengt mijns inziens mee dat de verkopende rechtspersoon tegenover de koper gehouden is het proces van zijn besluitvorming tot het aangaan van de koopovereenkomst zo in te richten, dat in de overeenkomst geen aanleiding tot tekortkoming in de nakoming zit ingebakken.⁵² De tekortkoming is dan immers voorzienbaar. Maar voor het overige is het besluitvormingsproces van de verkoper een interne vennootschappelijke kwestie, waar de koper in beginsel niets mee te maken heeft. De verkoper is niet *in het algemeen* tegenover de koper gehouden om gegronde twijfel over zijn besluitvormingsprocedure en een enquête naar die besluitvorming te vermijden.

[288] Bij ABN Amro ging het om een type gebrek in de besluitvorming, waarvoor de wet bepaalt, dat het de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur niet aantast.⁵³ Als een bestuur, ter uitvoering van een besluit dat zonder de vereiste goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders tot stand is gekomen, tot buitenstaanders gerichte rechtshandelingen verricht, kan het ontbreken van goedkeuring niet aan die buitenstaanders worden tegenworpen.⁵⁴ Het gebrek in de besluitvorming van ABN Amro zou daarom geen

49. Dat valt af te leiden uit OK 3 mei 2007 r.o. 3.22, laatste zin, en r.o. 3.24, eerste zin. De motivering is voornamelijk gericht op de onmiddellijke voorziening. Het oordeel is voorlopig; in de beschikking werd nog niet over een enquête beslist. Zie over die mogelijkheid nr. 85.

50. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, ARO 2007/120 (ABN Amro).

51. Nakoming staat voor de schuldeiser voorop (nr. 222, 223).

52. Waaronder een tekortkoming ten gevolge van een onmiddellijke voorziening, vgl. de in nr. 286 beschreven ‘gevaarzone’. Hier worden ook andere uit de besluitvorming voortvloeiende oorzaken van tekortkomingen bedoeld.

53. Art. 2:107a lid 2 BW. Over die bijzonderheid en de toepasselijkheid van art. 2:107a BW, zie concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972, bij HR 13 juli 2007 (ABN Amro).

54. Voor intern gerichte rechtshandelingen geldt dit niet. Om misverstanden te vermijden zij erop gewezen dat de contractuele wederpartij in verband met dit thema in de literatuur veelal wordt aangeduid met ‘derde’. Bijv. Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, 2017/118; concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972, bij HR 13 juli 2007 (ABN Amro); M.P. Nieuwe Weme, annotatie bij HR 13 juli 2007, JOR 2007/178). Voor het gebruik van ‘derde’ in dit boek zie 1.7.6.

externe werking hebben, zelfs als artikel 2:107a lid 1 BW hier wel van toepassing zou zijn geweest, aldus de Hoge Raad.⁵⁵

Artikel 2:107a lid 2 BW is niet de enige wettelijke regeling voor specifieke gebreken in de besluitvorming. Vergelijkbaar zijn de artikelen 2:164 lid 2 BW en 2:274 lid 2 BW, die zien op het ontbreken van goedkeuring van de raad van commissarissen.⁵⁶ Zulke bepalingen bieden derden (in de betekenis van wederpartij-buitenstaander) een zekere bescherming tegen concrete onvolkomenheden in de interne besluitvorming van de rechtspersoon, doordat die gebreken geen externe werking hebben.⁵⁷

In deze alinea wordt uitgegaan van de veronderstelling, dat twijfel aan een juist beleid kan worden opgeroepen door een facet van de besluitvorming, dat wordt bestreken door een wettelijke regeling die de contractpartner beschermt.⁵⁸ Tegen de achtergrond van die veronderstelling wordt de volgende vraag onderzocht. Is het bestaan van die beschermende regelgeving van betekenis voor een eventuele objectieve norm? Met andere woorden: brengt de omstandigheid dat zo'n wettelijke regeling bestaat mee, dat de vennootschap tegenover haar contractpartner gehouden is om twijfel te voorkomen over dat specifieke onderdeel van haar beleid?

Enerzijds biedt het bestaan van zo'n wettelijke regeling aanknopingspunten om zo'n objectieve norm aan te nemen. De wetgever heeft de bescherming van de wederpartij tegen bepaalde onvolkomenheden in de besluitvorming van de vennootschap klaarblijkelijk zo belangrijk gevonden, dat hij er expliciete regelingen voor heeft ontworpen. Aan het belang van de wederpartij is zodoende veel gewicht toegekend. Het is aannemelijk dat een zorgvuldig schuldenaar dat belang respecteert.

Anderzijds maakt de wettelijke beschermingsregeling zo'n objectieve norm vanuit het oogpunt van de wederpartij overbodig. Manco's in de interne besluitvorming van de vennootschap raken hem immers niet. Dat betekent dat een objectieve norm, die ertoe strekt dat de vennootschap twijfel aan haar beleid voorkomt, hier geen doel dient. Hiervoor is betoogd, dat bij gebreke aan een

55. Winter, Wezeman en Schoonbrood merken hierover op, dat in de visie van de Hoge Raad onmiddellijke voorzieningen de rechten van derden niet kunnen aantasten als die door een bepaling als art. 2:107a lid 2 BW worden beschermd (Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, 2017/118).

56. Dit is geen volledige opsomming. Zie bijv. ook art. 107a, lid 3 en 4, BW; van een andere orde – met de tussenstap van een rechterlijke beslissing – art. 26 lid 5 WOR. Art. 2:16 BW betreft door de rechter vastgestelde nietigheid en vernietiging, en heeft niet op een specifiek gebrek betrekking, zie nr. 176.

57. Het 'ontbreken van externe werking' moet genuanceerd worden. Lennarts wijst op mogelijke uitzonderingen voor wederpartijen die op de hoogte zijn van het ontbreken van goedkeuring (Lennarts, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, 2019, art. 2:107a BW, aant. 3 (online, bijgewerkt 1 juli 2019)).

58. De OK-beschikking inzake ABN Amro wees op het bestaan van zo'n categorie van twijfel. Die beschikking is gecasseerd en kan dus niet meer dienen ter staving van het bestaan van die mogelijkheid.

doel, een objectieve norm ter vermindering van twijfel aan het beleid bestaansrecht mist.⁵⁹ Dat geldt mijns inziens ook als de twijfel ziet op facetten van de besluitvorming, die vallen onder de toepasselijkheid van wettelijke regelingen die wederpartijen beschermen. De zojuist opgeworpen vragen beantwoord ik dan ook ontkennend. Ik kom tot de slotsom dat het bestaan van een wettelijke beschermingsregeling niet afzonderlijk een argument biedt om een objectieve norm aan te nemen, die de vennootschap tegenover haar wederpartij verplicht twijfel aan haar beleid te voorkomen.⁶⁰

8.4.3 Twijfel aan de besluitvormingsprocedure; HBG

[289] In het geval van HBG gaf zowel de manier waarop het besluit tot stand kwam (het formele aspect) als de inhoud van het besluit (het materiële aspect) aanleiding om aan een juist beleid te twijfelen.⁶¹ Net als bij ABN Amro, behoorde de besluitvorming van HBG tot de bevoegdheid van het bestuur, vergde het besluit in beginsel geen instemming of goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders en was het conform die bevoegdheidsverdeling tot stand gekomen.⁶² De Ondernemingskamer achtte de besluitvormingsprocedure van HBG – de formele kant – gebrekkig, omdat het bestuur en de raad van commissarissen de algemene vergadering van aandeelhouders onvoldoende hadden betrokken in de besluitvorming en onvoldoende inzicht hadden gegeven in de beweegredenen voor het besluit en omdat de betrokken belangen, waaronder die van de aandeelhouders, in de besluitvorming onvoldoende kenbaar en toetsbaar waren meegewogen.⁶³ Daarbij speelden de volgende omstandigheden een rol. HBG placht over strategische beleidsbeslissingen, uitvoeriger dan algemeen gebruikelijk was, te overleggen met haar aandeelhouders.⁶⁴ Ze had, anders dan was voorgespiegeld, aan de algemene vergadering onvoldoende gelegenheid geboden tot gedachtewisseling over het bod van Boskalis en de voorkeur van bestuur en

59. Nr. 281 en 283.

60. De hiervoor in nr. 287 beschreven maatstaf, dat de rechtspersoon zijn besluitvorming tot het aangaan van de koopovereenkomst zo moet inrichten, dat in de overeenkomst geen tekortkoming zit ingebakken, blijft overeind.

61. OK 4 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AB2476 (HBG). Uit r.o. 3.10-3.11 blijkt dat de wijze van tot stand komen en de inhoud elk zelfstandig een gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid opleverden. De casus is weergegeven in nt. 93 bij 4.8. HBG besloot met Ballast Nedam te gaan samenwerken. Dat besluit impliceerde dat ze niet inging op een bod van Boskalis op haar dochter HAM. De hoofdlijnen van de samenwerkingsovereenkomst waren vastgelegd in een Memorandum of Understanding.

62. OK 4 juli 2001 (HBG), r.o. 3.5.

63. OK 4 juli 2001 (HBG), r.o. 3.6-3.10 en 3.21.

64. OK 4 juli 2001 (HBG), r.o. 3.6. Op die afwijking van de standaard hoeft een contractspartner mijns inziens niet verdacht te zijn. Als het (subjectieve) gedrag van de rechtspersoon niet strookt met een objectieve norm, kan deze zich mijns inziens dan ook niet ter rechtvaardiging beroepen op zijn afwijkende gewoonte.

HOOFDSTUK 8

commissarissen voor Ballast Nedam. Daardoor bleef deelname van de aandeelhouders aan de meningsvorming onder de maat. Een meerderheid van de aandeelhouders was het niet eens met de keuze voor Ballast Nedam.

Een discussie naar aanleiding van artikel 2:107a BW, zoals die later zou worden gevoerd in de zaak ABN Amro, was in de zaak HBG niet aan de orde.⁶⁵ De Hoge Raad oordeelde, anders dan de Ondernemingskamer, dat HBG geen verplichting had tot voorafgaande consultatie van de algemene vergadering van aandeelhouders over het bod van Boskalis, noch over het besluit tot samenwerking met Ballast Nedam.⁶⁶

8.4.4 Twijfel aan de inhoud van het besluit; HBG

[290] De inhoud van het besluit van HBG leverde een afzonderlijke ge-gronde reden op voor twijfel. HBG had niet duidelijk gemaakt, waarom het bod van Boskalis niet aanvaardbaar zou zijn en niet serieuzer was onder-zocht. Dit terwijl het ingaan op een dergelijk bod onder omstandigheden wenselijk kan zijn.⁶⁷ Daarnaast stond de financiële deugdelijkheid niet vast, zowel wat betreft de uitgangspunten als wat betreft de verwachte synergie-voordelen.⁶⁸

HBG en Ballast Nedam zouden samenwerken in HBG's dochter HAM, waarbij Ballast Nedam aandelen in HAM zou verkrijgen. Nadat de samenwer-king zou zijn vormgegeven, zouden Ballast Nedam en HBG als aandeelhouders in HAM vergelijkbare posities innemen. Tot aan het moment waarop de samen-werking zijn beslag krijgt, geldt mijns inziens dat het gedrag van een zorg-vuldig schuldenaar – de objectieve norm – vergelijkbaar is met het gedrag van een zorgvuldig verkoper van aandelen. Daarover heb ik hiervoor het volgende betoogd. Een aan de koopovereenkomst klevende objectieve norm, inhoudend

65. Art. 2:107a BW is pas na de beschikking in HBG in werking getreden op 1 oktober 2004 (Stb. 2004, 370, Kamerstukken 28179; gewijzigd Kamerstukken 31877, Stb. 2010, 250, 1 juli 2010). De beoogde samenwerking met Ballast zou ook niet leiden tot wijziging van het ondernemingsprofiel of de strategie van HBG (OK 4 juli 2001, r.o. 3.14).

66. In de tweede fase: HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1486, *ARO* 2003/38 (HBG). Van de eerste fase beschikking van de Ondernemingskamer is geen cassatie ingesteld. Zie over de casus HBG en de commentaren betreffende corporate governance, die de beschik-kingen hebben uitgelokt, uitvoerig Overkleef 2017, 5.4.4.

67. OK 4 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AB2476 (HBG), r.o. 3.12-3.14. Voor discussie vatbaar is of dit de inhoud van het besluit betreft, dan wel beschouwd kan worden als onderdeel van de totstandkomingsprocedure, namelijk onderzoek naar en afweging van alternatieven. De tweede opvatting ligt voor de hand in geval het besluit wordt gelezen louter als een besluit om met Ballast in zee te gaan. De Ondernemingskamer heeft het besluit hier ruimer geïnterpreteerd als twee onlosmakelijk verbonden keuzes, een voor Ballast en de andere tegen Boskalis en Heijmans (r.o. 3.15). Brink expliciteert 'inhoud' als volgt: "gronden, beweegredenen, afwegingen die gemaakt zijn en de te verwachten gevol-gen" (M. Brink, annotatie bij OK 4 juli 2001, *JOR* 2001/149 (HBG), nr. 3).

68. OK 4 juli 2001 (HBG), r.o. 3.15-3.19.

dat de rechtspersoon een enquête moet voorkomen naar zijn beleid voor zover dat de waarde van de aandelen (in de dochter) beïnvloedt, hoeft op grond van de conformiteits niet te worden aangenomen.⁶⁹ De rechtspersoon dient echter te vermijden, dat twijfel over specifiek op de dochter gerichte onderdelen van zijn beleid de reputatie van de dochter schaden of beslag leggen op haar tijd en bedrijfsvoering.⁷⁰

8.5 Objectieve norm en gevolgen van onmiddellijke voorzieningen

8.5.1 Inleiding

[291] Vloeit uit een overeenkomst een objectieve norm voort op grond waarvan de rechtspersoon onmiddellijke voorzieningen moet voorkomen?⁷¹ Omstandigheden die nopen tot het treffen van een onmiddellijke voorziening vallen niet noodzakelijkerwijs samen met de omstandigheden die twijfel aan een juist beleid oproepen. De opmerkingen die in 8.3 zijn gemaakt over objectieve normen, die strekken tot het voorkomen van twijfel aan een juist beleid, gelden evenwel in grote lijnen ook voor het vermijden van situaties die om onmiddellijke voorzieningen vragen. Daarom wordt niet afzonderlijk ingegaan op het vermijden van aanleidingen voor onmiddellijke voorzieningen. De aandacht wordt toegespitst op wat onmiddellijke voorzieningen teweegbrengen.

[292] Niet elke onmiddellijke voorziening heeft invloed op de positie van de wederpartij. Met onmiddellijke voorzieningen die de overeenkomst noch de positie van de wederpartij raken, heeft die wederpartij niets te maken. Die voorzieningen creëren ook niet het probleem van botsende verplichtingen voor de rechtspersoon. Het is daarom onwaarschijnlijk dat een zorgvuldig schuldenaar geacht wordt in het algemeen onmiddellijke voorzieningen te vermijden. Zo'n algemene objectieve norm is niet aannemelijk.

[293] Terzijde wordt opgemerkt dat de eisen van redelijkheid en billijkheid zouden kunnen meebrengen dat de rechtspersoon-schuldenaar zijn wederpartij moet waarschuwen voor een dreigende belemmering om na te komen door een onmiddellijke voorziening.⁷² Indien mogelijk, kan de wederpartij

69. Zie 8.3.3.

70. Zie 8.3.4.

71. Hier wordt weer toegespitst op de periode van het tot stand komen van de overeenkomst tot de voltooiing van de uitvoering van de overeenkomst, vgl. nr. 274.

72. Zie Asser/Hijma 7-I* 2019/35, 37 voor uit redelijkheid en billijkheid voortvloeiende waarschuwingsplichten.

HOOFDSTUK 8

dan schadebeperkende maatregelen nemen. De verplichting tot waarschuwen zal pas intreden, als (voldoende) waarschijnlijk is dat de belemmering zal optreden.⁷³ Het thema van de verplichting tot waarschuwen wordt niet uitgediept.⁷⁴

8.5.2 Uitstel van de prestatie

[294] Onmiddellijke voorzieningen zijn tijdelijk van aard. Een onmiddellijke voorziening kan het nakomen van een verbintenis dus slechts gedurende een bepaalde periode belemmeren. De prestatie wordt uitgesteld tot na expiratie van de onmiddellijke voorziening. Veruit de meeste onmiddellijke voorzieningen worden getroffen “voor de duur van het geding”. Dat brengt mee, dat bij het treffen van een maatregel niet vaststaat wanneer zij precies tot een einde zal komen. Bij aanvang van de voorziening valt daarom vaak niet te bepalen tot wanneer de prestatie wordt uitgesteld. Het is afhankelijk van de verbintenis of na het tijdsverloop nog gepresteerd kan worden. Uitgestelde prestaties die niet als tekortkoming in de nakoming worden aangemerkt vallen in beginsel buiten het besproken onderwerp.⁷⁵ Bij het aftasten van de contouren van concrete objectieve normen, worden hierna een paar voorzieningen besproken waarbij uitstel van de prestatie een rol speelde.

8.5.3 Uitstel; HBG

[295] Bij onmiddellijke voorziening in de zaak HBG werd verboden om uitvoering te geven aan de gesloten samenwerkingsovereenkomst.⁷⁶ Dat die maatregel HBG met tegenstrijdige verplichtingen opzadelde staat niet vast;

73. Zie ook 7.13.

74. Nt. 37 bij 7.3.

75. Vgl. nr. 217-221. De voorziening kan schade berokkenen, onafhankelijk van de vraag of de prestatie na expiratie als nakoming kan worden aangemerkt. Nieuwe Weme wijst op de noodzaak voor de koper om gedurende de opschorting van een transactie de koopprijs paraat te houden, zonder zekerheid dat de transactie doorgaat (M.P. Nieuwe Weme, annotatie bij OK 3 mei 2007, *JOR* 2007/143, nr. 12).

76. Verzocht was om het besluit van HBG tot het aangaan van een samenwerkingsovereenkomst met Ballast Nedam te vernietigen, dan wel de (verdere) uitvoering van dat besluit te schorsen. Vernietigen van een besluit bij wege van onmiddellijke voorziening is niet mogelijk, want de onmiddellijke voorziening dient voorlopig van aard te zijn. Op de voet van art. 2:356 BW kan in de tweede fase wel een besluit worden vernietigd (zie nr. 86). De onmiddellijke voorziening luidt: “Verbiedt bij wege van onmiddellijke voorziening en voor de duur van het geding Hollandsche Beton Groep N.V. aan de op 26 juni 2001 met Ballast Nedam N.V. en Ballast Nedam Baggeren B.V. aangegane joint venture/samenwerking (verder) uitvoering te geven” (dictum OK 4 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AB2476, (HBG)). Voor de casus zie ook nt. 93 bij 4.8. Zie ook 8.4.3 en 8.4.4.

nakoming na expiratie van de voorziening lijkt mogelijk. De zaak is in de literatuur in verband gebracht met het vraagstuk of onmiddellijke voorzieningen rechten van derden kunnen aantasten.⁷⁷ Om die reden en omdat de casus mogelijk behulpzaam is bij het bepalen van een objectieve norm, komt deze hier aan de orde.

Uit de beschikking leid ik af dat de Ondernemingskamer er rekening mee hield dat een betere besluitvorming tot een ander besluit zou kunnen leiden.⁷⁸ De beschikking vermeldt niet met welk precieze oogmerk werd verboden de aangegane samenwerking (verder) uit te voeren. Of de onmiddellijke voorziening is getroffen om de weg naar een ander besluit te openen is dus niet zeker. Als de samenwerkingsovereenkomst eenmaal was uitgevoerd, zou eventuele vaststelling van wanbeleid in een tweede fase waarschijnlijk geen consequenties kunnen hebben, zo werd overwogen.⁷⁹ Die overweging wijst op het oogmerk om consequenties mogelijk te maken met betrekking tot de (uitvoering van de) overeenkomst.⁸⁰ Wellicht was de verwachting, dat HBG de overeenkomst zou beëindigen of wijzigen naar aanleiding van de resultaten van de enquête of van vastgesteld wanbeleid. In hoeverre HBG daartoe de mogelijkheden had, kan niet uit de beschikking worden afgeleid. Evenmin blijkt welke nadelen zouden kleven aan wijzigen of afblazen.

Tegenover de veronderstelling, dat met de voorziening werd beoogd wijziging van de overeenkomst mogelijk maken, staat het volgende. De Ondernemingskamer lijkt (ook) uit te gaan van uitstel van de prestatie en dus niet van wijziging of beëindiging van de overeenkomst.⁸¹ Daarop wijst de overweging dat eventuele schade op korte termijn, voor de duur van de voorziening, gering werd geacht.⁸²

77. O.m. S.M. Bartman, annotatie bij OK 4 juli 2001, *Ondernemingsrecht* 2001/35 (HBG). Met 'derden' zijn niet derden ten opzichte van de contractuele relatie bedoeld, maar degenen die niet zijn betrokken bij de organisatie van de rechtspersoon.

78. OK 4 juli 2001 (HBG), r.o. 3.20. De enquête bij HBG werd bevolen op grond van bezwaren tegen de besluitvormingsprocedure en tegen de inhoud van het besluit.

79. OK 4 juli 2001 (HBG), r.o. 3.23. De reden om de onmiddellijke voorziening te treffen, gelegen in het belang om consequenties te kunnen verbinden aan mogelijk wanbeleid, werd afgewogen tegen de "eventuele schade aan hier ingeroepen belangen". Die schade werd beperkt geacht, omdat het onderzoek naar verwachting kort zou duren. Daarmee zou de voorziening, en dus het uitstel van de uitvoering van de overeenkomst, ook van korte duur zijn. De schade is niet geconcretiseerd.

80. Voor andere mogelijke consequenties van het oordeel 'wanbeleid' (zie nr. 86) zou een verbod op uitvoering van de overeenkomst niet nodig zijn.

81. Nakoming na expiratie van een voorziening is bij een samenwerkingsovereenkomst goed voorstelbaar; de samenwerking vangt dan later aan.

82. Los van dit alles kan de voorziening worden gelezen als de uitdrukking van de opvatting dat de algemene vergadering ten onrechte was gepasseerd.

[296] Hield de Ondernemingskamer er bij het treffen van de onmiddellijke voorziening in de zaak HBG rekening mee, dat zij in de tweede fase het besluit tot het aangaan van samenwerkingsovereenkomst mogelijk zou vernietigen dan wel uitvoering van de overeenkomst zou verbieden?⁸³ Dat valt niet te lezen in de beschikking in de eerste fase. In de tweede fase werd verzocht om het besluit tot het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst te vernietigen en maatregelen te treffen die uitvoering van die overeenkomst zouden verhinderen.⁸⁴ Dat verzoek werd afgewezen.⁸⁵

De volgende vraag dringt zich op. Zou een vernietiging door de Ondernemingskamer op de voet van artikel 2:356 aanhef en onder a BW van het besluit tot het aangaan van de samenwerkingsovereenkomst gevolgen kunnen hebben voor de overeenkomst?⁸⁶ Artikel 2:357 lid 2 BW verleent de Ondernemingskamer de bevoegdheid de gevolgen van de door haar getroffen (tweede fase) voorzieningen te regelen.⁸⁷ Die bevoegdheid strekt niet tot het vernietigen of wijzigen van een overeenkomst, bij wijze van regeling van het gevolg van een voorziening.⁸⁸ De zojuist geformuleerde vraag komt daarom neer op de vraag: is op vernietiging op de voet van artikel 2:356 aanhef en onder a BW een ander regime van toepassing dan op vernietiging op de voet van artikel 2:16 lid 2 BW? Die vraag kan worden uitgebreid met: is een ander regime van toepassing dan op andere wijzen van ongedaan making van het besluit? Op die vragen wordt in dit onderzoek niet ingegaan.

83. Vgl. de door Eikelboom geformuleerde connexiteitseis (Eikelboom 2017, p. 8.4.3.2). Zie ook nr. 109. De voorzieningen, die kunnen worden getroffen nadat wanbeleid is vastgesteld, zijn opgesomd in art. 2:356 BW. Daarin is het verbieden van het uitvoeren van overeenkomsten niet vermeld. Dat was in 2002 evenmin het geval.

84. OK 22 januari 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AD8368, *ARO* 2002/19 (HBG), r.o. 1.2 onder b. Het oordeel wanbeleid werd uitgesproken: dictum en r.o. 3.53.

85. OK 22 januari 2002 (HBG), r.o. 3.55-3.58.

86. Indien die beslissing niet zou zijn gecasseerd. De tweede fase beschikking van de Ondernemingskamer in de zaak HBG is door de Hoge Raad vernietigd.

87. Over de strekking van de bevoegdheid zie nr. 183 en vgl. nr. 314. Over de reikwijdte van deze bevoegdheid bestaat discussie. Zie voor een overzicht Winters, in: *Sdu Commentaar Burgerlijk Wetboek Boek 2*, art. 2:357 BW, aant C.2. Die discussie wordt hier niet uitgediept. OK 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1535, *ARO* 2019/114, r.o. 3.9, houdt mijns inziens in een fingerwijzing in. Daar is vermeld dat de Ondernemingskamer zo nodig “de (vennootschapsrechtelijke) gevolgen” van een door haar getroffen voorziening kan regelen met toepassing van art. 2:357 lid 2 BW (cursivering AF). Ik lees hier overigens niet een strikte beperking tot vennootschapsrechtelijke gevolgen; het regelen van praktische gevolgen valt mijns inziens ook onder de bevoegdheid. Zie over deze beschikking ook 4.6. In de tweede fase van de zaak TCA (OK 6 juli 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AY0520, *ARO* 2006/137 (TCA)) vernietigde de Ondernemingskamer besluiten tot het aangaan van managementovereenkomsten en verbood zij de rechtspersoon op de voet van art. 2:357 lid 2 BW uitvoering aan die overeenkomsten te geven. Opgemerkt zij, dat daarmee de overeenkomsten niet zijn aangetast.

88. In dit geval: vernietiging van het besluit van het bestuur en de RvC om de samenwerkingsovereenkomst aan te gaan.

[297] Er van uitgaande dat de onmiddellijke voorziening in de zaak HBG bedoeld was om wijziging of annulering van de overeenkomst te faciliteren, valt een enkele opmerking te maken over een objectieve norm.⁸⁹ Zo'n voorziening heeft slechts zin als de rechtspersoon, na vaststelling van wanbeleid door de rechter, de overeenkomst nog kan aantasten. Als die mogelijkheid voor de rechtspersoon ontbreekt, zou de maatregel niet getroffen hoeven worden. De rechtspersoon zou zo'n onmiddellijke voorziening dus kunnen voorkomen, door de overeenkomst zo in te richten, dat hij geen recht heeft de overeenkomst te wijzigen of te beëindigen na constatering van wanbeleid. Het lijkt mij niet voor de hand liggen dat partijen expliciet in hun overeenkomst zo'n regeling opnemen voor het geval wanbeleid bij de verkoper zal worden geconstateerd.⁹⁰ Als van een enquêteprocedure (nog) geen sprake is, kan van een verkoper nauwelijks verwacht worden dat hij de aandacht vestigt op de hypothetische mogelijkheid dat zijn beleid ooit als wanbeleid zal worden bestempeld. Daarom betwijfel ik of van een zorgvuldig schuldenaar wordt verwacht dat hij aanstuurt op zo'n expliciete contractuele bepaling. Een objectieve norm met die inhoud vind ik niet aannemelijk.

Contractspartijen hebben de vrijheid om zo'n wijzigingsrecht uitdrukkelijk wel aan de rechtspersoon toe te kennen.⁹¹ Daarmee zouden zij mijns inziens impliciet accepteren, dat met een onmiddellijke voorziening uitstel van de prestatie wordt bewerkstelligd tot die wijziging. Voor vergoeding aan de wederpartij van door de onmiddellijke voorziening veroorzaakte schade is onder die omstandigheden geen plaats.

Uit het voorgaande blijkt, dat het oogmerk van de maatregel relevant kan zijn voor de manier waarop de maatregel had kunnen worden voorkomen. In het geval van HBG: een maatregel met het oogmerk consequenties voor de overeenkomst te faciliteren zou zijn afgewend door zulke consequenties bij voorbaat in de overeenkomst uit te sluiten.

[298] Uitstel van de prestatie door een onmiddellijke voorziening kan schade veroorzaken. Dat werd ook overwogen in de beschikking in de zaak HBG. Als die schade kan worden beperkt door het uitstel te beperken, moet een zorgvuldig schuldenaar-rechtspersoon doen wat in zijn macht ligt om het einde van de onmiddellijke voorziening te bespoedigen. Hij kan dat doen door

89. Met de nodige voorzichtigheid, waarbij scherp in het oog moet worden gehouden dat in de wat oudere jurisprudentie de onmiddellijke voorzieningen gewoonlijk summier werden gemotiveerd. Dat maakt het (nog) lastiger dan bij latere uitspraken – en vooral theoretisch – om de redengeving voor de voorziening te isoleren van de motivering van de beslissing om een enquête te bevelen.

90. Ik heb geen onderzoek gedaan naar clausules in (samenwerkings)overeenkomsten.

91. Of dat voor de hand ligt blijft hier in het midden.

de aanleiding voor de voorziening weg te nemen, door te voldoen aan voorwaarden voor beëindiging, of een bepaalde proceshouding.⁹² Hierna wordt over dit thema iets meer gezegd naar aanleiding van de zaak ABN Amro.

8.5.4 *Uitstel; ABN Amro*

[299] In de zaak ABN Amro werd bij onmiddellijke voorziening verboden uitvoering te geven aan de koopovereenkomst.⁹³ Of de maatregel tot uitstel van de prestatie zou hebben geleid, is op grond van de beschikking niet met zekerheid te zeggen. Uit de beschikking valt namelijk de beoogde leveringsdatum niet af te leiden.⁹⁴ Tijdsdruk in de overeenkomst blijkt overigens wel uit de beschikking.⁹⁵ Verder ontbreekt een expiratedatum van de voorziening. Met de voorziening werd beoogd te voorkomen dat werd gepresteerd (geleverd) voordat de algemene vergadering van aandeelhouders zich over de overeenkomst had uitgelaten. Hoewel het niet expliciet een voorwaarde voor beëindiging wordt genoemd, volgt uit het dictum dat de voorziening zal zijn uitgewerkt indien “*goedkeuring van de (buitengewone) algemene vergadering van aandeelhouders van ABN AMRO Holding N.V. tot het aangaan van die overeenkomst*” wordt verkregen.⁹⁶ In zoverre had ABN Amro – in theorie –

92. Zie ook nr. 256.

93. OK 3 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *ARO* 2007/79 (ABN Amro). De voorziening luidt: “verbiedt ABN AMRO Bank N.V. en voor zoveel nodig ABN AMRO Holding N.V. (...) bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding over te gaan tot (verdere) uitvoering van, of (verdere) medewerking te verlenen aan enige handeling ter uitvoering van de Purchase and Sale Agreement inzake de aandelen in ABN AMRO North America Holding Company, gesloten op 22 april 2007 tussen ABN AMRO Bank N.V. en Bank of America Corporation, dan wel over te gaan tot het nemen van enig ander besluit als gevolg waarvan (de onderneming van) ABN AMRO North America Holding Company onderscheidenlijk haar groepsvennootschappen geheel of gedeeltelijk wordt onderscheidenlijk worden vervreemd, zonder voorafgaande goedkeuring van de (buitengewone) algemene vergadering van aandeelhouders van ABN AMRO Holding N.V. tot het aangaan van die overeenkomst”. Zie voor de casus ook nr. 2 en 3.

94. Of de verplichting tot levering van LaSalle nog kon worden nagekomen als de onmiddellijke voorziening na de beoogde leveringsdatum zou expireren – met andere woorden: of een ‘harde’ datum was afgesproken – valt evenmin uit de beschikking af te leiden. Die mogelijkheid blijft hier onbesproken (zie nr. 221). Gelet op de rechtsstrijd die in deze zaak na de eerste beschikking is gevolgd, moet worden aangenomen dat met latere levering niet meer aan de verbintenis kon worden voldaan.

95. De contractspartners konden de overeenkomst beëindigen als op 1 mei 2008 de aandelen niet geleverd waren. De koopovereenkomst bevatte een go shop regeling, die voorziet in beëindiging van de overeenkomst in geval van een hoger bod van een andere partij met een toepasselijk tijdschema (r.o. 2.16).

96. Het valt op dat de Ondernemingskamer overweegt dat de uitvoering van de koopovereenkomst vooralsnog moet worden opgeschort totdat de aandeelhouders zich “hebben kunnen uitspreken” (r.o. 3.25). In het dictum staat “voorafgaande goedkeuring”. Die discrepantie is in cassatie aan de orde gesteld. De beschikking is om andere redenen gecasseerd.

enige invloed op de voorziening: zij kon de koopovereenkomst voorleggen aan haar aandeelhouders, met goedkeuring als mogelijk resultaat.

8.5.5 *Invloed op het einde van de onmiddellijke voorziening*

[300] Als de rechtspersoon door bepaald gedrag kan bewerkstelligen dat de voorziening wordt beëindigd – waarmee uitstel wordt opgeheven of bekort, zodat de prestatie tijdig kan worden geleverd – moet de rechtspersoon als zorgvuldig schuldenaar dat mijns inziens in beginsel doen.⁹⁷ Ook als niet zeker is dat dat gedrag tot het einde van de voorziening zal leiden, maar er slechts een gerede kans bestaat op beëindiging, moet de rechtspersoon die kans in beginsel aangrijpen.

Deze objectieve norm is wel een grove. Gedragingen, die het einde van de onmiddellijke voorziening bespoedigen, kunnen tegelijkertijd andere consequenties voor de rechtspersoon hebben. Naarmate die consequenties bezwaarlijker en ingrijpender zijn, zal het subjectieve verwijt aan de rechtspersoon dat zijn handelen niet strookt met de objectieve norm eerder ontbreken.⁹⁸ Indien vast staat dat de handelingen van de rechtspersoon het einde van de voorziening zullen inluiden, kan dat – positieve – effect van die handelingen worden afgezet tegen negatieve consequenties. Zo'n afweging is lastiger naarmate enerzijds het positieve effect op de voorziening en anderzijds de negatieve implicaties ongelijksoortiger zijn.⁹⁹ Complex is het als de bedoelde handelingen van de rechtspersoon weliswaar een stap zijn op weg naar beëindiging van de voorziening, maar daar op geen garantie bieden. De casus ABN Amro is daarvan een voorbeeld: de rechtspersoon zou goedkeuring kunnen vragen aan de algemene vergadering van aandeelhouders, maar of de goedkeuring zou worden verkregen was ongewis.¹⁰⁰

Het geval ABN Amro laat ook zien voor welke dilemma's een rechtspersoon kan komen te staan. Indien goedkeuring zou zijn gevraagd en geweigerd, welke speelruimte zou (het bestuur) van ABN Amro dan hebben?¹⁰¹

[301] Het voorgaande geldt ook tijdens de procedure in de aanloop naar de beslissing over de voorziening. De rechtspersoon zou in sommige gevallen de voorziening kunnen afwenden door de eigen toestand te verbeteren of

97. Zie ook 8.5.3.

98. In die gevallen ontbreekt schuld (nr. 255).

99. Te denken valt aan wel en niet in geld uitdrukbare gevolgen of aan gevolgen die zich in verschillende perioden openbaren.

100. De beschikkingen in deze zaak wijzen op het tegendeel.

101. Na het vragen van goedkeuring zou het standpunt dat geen goedkeuring vereist was moeilijker te verdedigen zijn. Het bestuur zou klem zitten tussen een door hem op strategische gronden gewenste overeenkomst met Bank of America enerzijds en de expliciet geworden, geformaliseerde wens van de AvA anderzijds.

bepaalde gedragingen toe te zeggen.¹⁰² Hij kan zich dan gesteld zien voor de beschreven complexe afweging en dilemma's. Er waren in de zaak ABN Amro bovendien nog procesrechtelijke mogelijkheden om de onmiddellijke voorziening aan te tasten. Op het enquêteverzoek was nog niet beslist.¹⁰³ Bij afwijzing van dat verzoek zou de voorziening van de baan zijn. De mogelijkheid van cassatie heeft zich verwezenlijkt: de beschikking is gecasseerd en de Hoge Raad heeft overwogen dat de algemene vergadering geen goedkeuringsrecht had.

[302] Als bepaalde handelingen van de rechtspersoon de voorziening mogelijk afwenden of doen eindigen, maar de kans daar op gering is en bovendien onwenselijke consequenties van dat gedrag vaststaan of waarschijnlijk zijn, kan mijns inziens niet van de rechtspersoon worden gevergd dat hij pogingen tot beëindiging doet. Niet omdat het subjectieve verwijt in die omstandigheden zou ontbreken, maar omdat dan geen objectieve norm kan worden aangenomen.¹⁰⁴

8.5.6 Onmiddellijke voorziening na uitvoering van de overeenkomst

[303] De onmiddellijke voorziening bij Holding Erstad Den Heijhof B.V. riep geen met een verbintenis uit een overeenkomst strijdige verplichting in het leven.¹⁰⁵ Toch wordt zij hier genoemd om de objectieve norm in te kaderen. De voorziening werd getroffen toen de besluitvorming over verkoop van de aandelen in dochtervennootschappen was voltooid, de overeenkomst tot stand was gekomen, en zelfs al aan de leveringsverplichting was voldaan.¹⁰⁶ De

102. Zie ook nr. 256.

103. Terzijde: in r.o. 3.25 is geformuleerd dat “geenszins kan worden uitgesloten dat een onderzoek (...) zal (kunnen) worden bevolen”. Naar mijn indruk formuleert de Ondernemingskamer tegenwoordig het voorschandse oordeel dat aan een juist beleid getwijfeld kan worden stilliger. Bijv. OK 24 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1626, *ARO* 2017/92 (Fortuna), r.o. 3.16.

104. De consequentie van deze opvatting is dat de rechtspersoon in zo'n geval geen schuld aan het voortduren van de voorziening heeft. Dat laat onverlet dat (het voortduren van) de maatregel naar verkeersopvattingen voor zijn rekening kan komen.

105. OK 16 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2325, *ARO* 2013/124 (Holding Erstad). Holding wilde haar twee dochtervennootschappen verkopen aan Pelzhuis, een koper die was gelieerd aan haar aandeelhouders Pelzers en Diephuis. De derde aandeelhouder, Benu, maakte bezwaar en dat resulteerde in een (schikkings-)overeenkomst: Pelzers en Diephuis zouden de aandelen van Benu in Holding na waardering kopen. Voordat de waardering plaatsvond, verkocht en leverde Holding de dochters aan Pelzhuis. De Ondernemingskamer overwoog (r.o. 3.10) dat niet zeker is of Pelzers en Diephuis de nog vast te stellen prijs van de aandelen Holding aan Benu zouden kunnen betalen. Zo niet, dan zou Benu aandeelhouder blijven van Holding, waar het belangrijkste actief, de dochters, inmiddels uit zou zijn.

106. Een ingreep in dat stadium is een zeldzaamheid binnen een toch al uitzonderlijke categorie voorzieningen; zie 4.8. Minder vergaand in dit opzicht is de beschikking in de zaak Slotervaartziekenhuis (OK 11 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4525, *ARO* 2014/5). Er was al wel een koopovereenkomst tot stand gekomen, maar nog niet geleverd. De Ondernemingskamer effende door middel van een onmiddellijke voorziening de weg voor de

Ondernemingskamer schorste het besluit tot verkoop van de aandelen en gelastte het bestuur van de vennootschap – dat bij wijze van voorziening werd aangevuld met een extra bestuurder, wiens instemming nodig was voor besluiten – het nodige te doen om de overdracht van de aandelen ongedaan te maken.¹⁰⁷ Deze onmiddellijke voorziening raakte de overeenkomst niet rechtstreeks; zij had slechts tot gevolg dat nakoming zou kunnen worden teruggedraaid. Bijzonderheden in deze casus waren, dat twee aandeelhouders van de vennootschap indirect bestuurder van de koper waren en dat zij ter zitting hadden toegezegd te zullen meewerken aan terug levering van de aandelen.¹⁰⁸

Een voltooide levering van aandelen kan de Ondernemingskamer niet terugschroeven. Evenmin kan zij degene aan wie geleverd is met een onmiddellijke voorziening verplichten tot medewerking aan terug levering. Net zomin kan ze een koper van aandelen – of van andere zaken – opdragen mee te werken aan ongedaan making van de koop.¹⁰⁹ Vennootschappen en hun contractpartners hoeven daarom geen rekening te houden met voorzieningen die voltooide leveringen aantasten. Een objectieve norm, die een zorgvuldig schuldenaar noopt zulke voorzieningen te vermijden, kan dan ook niet worden aangenomen.

8.6 Samenvatting en conclusie

[304] Een negatief effect dat de rechtspersoon van de onmiddellijke voorziening kan ondervinden, bestaat uit een vordering tot schadevergoeding door zijn wederpartij.¹¹⁰ Als de rechtspersoon zich tegen zo'n vordering kan verweren met een beroep op overmacht, heeft de vordering geen succes (onderzoeksvraag b). De inhoud van de objectieve norm is daarmee van belang voor het mogelijke nadeel dat van de onmiddellijke voorziening voor de rechtspersoon te verwachten valt. In dit hoofdstuk is de objectieve norm onderzocht

OK-bestuurder om de overeenkomst te ontbinden (hetgeen de bestuurder overigens niet heeft gedaan).

107. Een aanwijzing in het dictum in de vorm van een bevel aan het bestuur om iets te doen is uitzonderlijk. Het bevel is geformuleerd als een inspanningsverplichting ("al het nodige te doen").

108. OK 16 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2325, *ARO* 2013/124 (Holding Erstad), r.o. 3.12. Zonder die toezegging was de voorziening naar mijn overtuiging niet in deze vorm gegoten. Want zonder de toegezegde medewerking zou 'het nodige doen om de overdracht van de aandelen ongedaan te maken' geen adequate maatregel zijn. De aanwijzing zou dan niet meer kunnen betekenen dan 'aan de nieuwe aandeelhouder vriendelijk vragen of hij wil terugdraaien' of 'onderzoeken of een vordering tot terug levering mogelijk is'. Bij de toezegging in de zaak Holding Erstad heeft vermoedelijk een rol gespeeld dat de koper gelieerd was aan aandeelhouders/bestuurders van de vennootschap. Een echte buitenstaander was de koper in die zin niet.

109. Zulke bevelen vallen buiten de bevoegdheid van de Ondernemingskamer.

110. In het (geldende) derde scenario houdt de rechtspositie van de wederpartij dat in. Zie nr. 8, 9, 11 en onderzoeksvraag a.

HOOFDSTUK 8

aan de hand van procedures over aandelentransacties. Er is nagegaan, hoe een zorgvuldig schuldenaar geacht wordt te handelen om te vermijden dat hij ten gevolge van een onmiddellijke voorziening tekortschiet in de nakoming van een verbintenis uit contract. De conformiteitseis, die bij koopovereenkomsten een rol speelt, is betrokken in de beschouwingen. Ook is aandacht besteed aan wettelijke bepalingen die wederpartijen beschermen tegen bepaalde gebreken in de besluitvorming van hun contractpartners.

8.6.1 Slotsom

[305] Het onderzoek naar de objectieve norm heeft de volgende concrete bevindingen opgeleverd.¹¹¹

De rechtspersoon is tegenover zijn wederpartij niet gehouden om:

1. twijfel aan zijn beleid in het algemeen te voorkomen;
2. twijfel en een enquête te voorkomen over aspecten van zijn beleid die de waarde van zijn dochter beïnvloeden;
3. twijfel te voorkomen aan zijn besluitvormingsproces in het algemeen;
4. twijfel te voorkomen aan aspecten van zijn besluitvorming, die vallen onder een wettelijke regeling die de wederpartij beschermt tegen gebreken in die besluitvorming;
5. onmiddellijke voorzieningen in het algemeen te vermijden;
6. onmiddellijke voorzieningen die voltooide leveringen aantasten te voorkomen.

De rechtspersoon is mogelijk tegenover zijn wederpartij bij een samenwerkingsovereenkomst gehouden om:

7. die twijfel en die enquête te voorkomen, die het risico op schade aan de eigen reputatie meebrengen.

De rechtspersoon is tegenover zijn wederpartij (de koper van zijn dochter) gehouden om:

8. twijfel en een enquête te voorkomen met betrekking tot zijn beleid *jegens* zijn verkochte dochter, voor zover de enquête beslag legt op de tijd, de bedrijfsvoering, et cetera van de dochter of haar reputatie raakt;
9. twijfel en een enquête te voorkomen betreffende de inhoud van zijn besluitvorming over het aangaan van de overeenkomst;

111. Het geval HBG heeft geen overtuigende aanwijzingen over een objectieve norm onthuld. Met voorzichtigheid is geconcludeerd dat een zorgvuldig schuldenaar geen regeling in zijn contract hoeft op te nemen waarin, voor het geval wanbeleid zal worden geconstateerd, aantasting van de overeenkomst bij voorbaat is uitgesloten. Ik vind deze conclusie onvoldoende gefundeerd om haar in dit overzicht op te nemen.

10. gebreken in zijn besluitvormingsprocedure over de overeenkomst, die leiden tot tekortkoming in de nakoming, te vermijden¹¹²;
11. tijdens de procedure inspanningen te verrichten die reëel uitzicht bieden op het afwenden van de onmiddellijke voorziening, als schade daardoor vermeden of beperkt wordt;
12. inspanningen te verrichten die reëel uitzicht bieden op beëindiging van de onmiddellijke voorziening, als schade daardoor vermeden of beperkt wordt.

De rechtspersoon schendt dus geen objectieve norm, verbonden aan de verbintenis met zijn wederpartij, indien de categorieën twijfel, enquête of onmiddellijke voorzieningen 1 tot en met 6 zich voordoen.¹¹³ Dat wil zeggen dat zijn beroep op overmacht niet wordt beperkt door schuld aan twijfel en enquête van de categorieën 1 tot en met 4, noch door schuld aan onmiddellijke voorzieningen van de categorieën 5 en 6.¹¹⁴

Als de rechtspersoon twijfel of een enquête van de categorieën 8 en 9 niet heeft voorkomen, heeft hij een objectieve norm, samenhangend met de verbintenis met zijn wederpartij, geschonden. Als de wederpartij op die grond een vordering tot schadevergoeding instelt, heeft de rechtspersoon geen beroep op overmacht. Dat betekent voor de beslissing van de Ondernemingskamer over een onmiddellijke voorziening die tot niet nakomen van de verbintenis zal leiden het volgende. Zij kan rekening houden met een reële kans dat een schadevordering van de wederpartij succes zal hebben.¹¹⁵ De omvang van de verwachte schade – negatieve effecten van onmiddellijke voorziening – kan zij afwegen tegen de beoogde positieve effecten van de maatregel. Ik meen dat de Ondernemingskamer eveneens van een succesvolle schadevordering uit zou moeten gaan, als er sprake is van twijfel of een enquête van categorie 7. Bij twijfel van categorie 7 is ongewis gebleven of de rechtspersoon een objectieve norm schendt – en hij schuld aan de tekortkoming heeft –, zodat de slaagkans van zijn beroep op overmacht in zo'n geval niet is te voorspellen.

De rechtspersoon schendt een objectieve norm, gelieerd aan de verbintenis met zijn wederpartij, indien een gebrekkige besluitvormingsprocedure over de overeenkomst/verbintenis leidt tot een onmiddellijke voorziening, die nakoming belemmert (categorie 10). De rechtspersoon kan dan een succesvolle

112. Dat geldt ook voor tekortkomingen die niet door onmiddellijke voorzieningen worden veroorzaakt.

113. Een en ander afgezien van opzet en grove schuld. Die thema's zijn niet in het onderzoek naar de objectieve norm betrokken.

114. Daarmee is niet gezegd dat twijfel, enquêtes en voorzieningen uit deze categorieën niet voor risico van de rechtspersoon kunnen komen. Over risico zie 7.11-7.14 en 9.18.

115. Er kunnen andere redenen zijn – buiten de enquête en onmiddellijke voorziening – om de schadevordering af te wijzen; die zijn hier buiten beschouwing gelaten.

HOOFDSTUK 8

schadevergoedingsvordering van de wederpartij tegemoet zien.¹¹⁶ Het ligt dus voor de hand dat de Ondernemingskamer de schadevergoeding als mogelijk negatief effect van de onmiddellijke voorziening in haar beslissing betreft, in geval gebrekkige besluitvorming een argument is om de voorziening te treffen.

Het verzaken van de inspanningen van categorie 11 en 12 leidt tot schending van een objectieve norm. De inspanningen van categorie 12 zullen pas geleverd kunnen worden nadat de voorziening is getroffen. De Ondernemingskamer kan daarom bij het nemen van haar beslissing slechts beperkt rekening houden met schending van die norm.

De rechtspersoon en overige procespartijen kunnen met deze bevindingen hun proceshouding afstemmen.¹¹⁷ De gewone burgerlijke rechter aan wie een schadevordering wordt voorgelegd, zou de bevindingen 1 tot en met 6 en 8 tot en met 12 behulpzaam kunnen vinden.

116. Ook hier: daargelaten andere redenen voor afwijzing van die vorderingen.

117. De bevindingen 7, 8, 9 en 10 kan de rechtspersoon al in zijn doen en laten betrekken voordat een enquête wordt verzocht.

Hoofdstuk 9. Ingrepen in de bezoldiging

9.1 Inleiding

[306] In 4.3.1 is het schorsen van bestuurders aan de orde gekomen. Bij schorsing bepaalt de Ondernemingskamer nogal eens dat de rechtspersoon aan de bestuurder geen vergoeding verschuldigd is over de periode van schorsing. Daarmee treedt de Ondernemingskamer in een verplichting van de rechtspersoon uit een managementovereenkomst met de bestuurder.¹ Dit type maatregel staat in dit hoofdstuk centraal.²

Met het oog op dit type ingreep wordt onderzocht hoe schorsing door de Ondernemingskamer zich verhoudt tot de arbeidsrechtelijke loondoorbetalingsverplichting (9.6). Die verhouding is van belang voor de vraag of de verplichting uit een arbeidsovereenkomst, dan wel een onmiddellijke voorziening die in de bezoldigingsverplichting ingrijpt, voorrang heeft (onderzoeksvraag f). Betoogd zal worden dat de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening kan ingrijpen in een bezoldigingsverplichting van de rechtspersoon. Met andere woorden: de stelling is dat de bezoldigingsverplichting niet prevaleert.³

De Ondernemingskamer bepaalt in haar beschikkingen niet steeds op dezelfde wijze dat geen managementvergoeding verschuldigd is. Uiteengezet zal worden dat de maatregel in de verschijningsvorm van een onmiddellijke voorziening effectief kan zijn; in andere verschijningsvormen sorteert deze nauwelijks effect (9.7-9.11). De ingreep dient dus te voldoen aan de criteria voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen (9.13, 9.14).

1. Managementovereenkomst is niet een in de wet gedefinieerd begrip. Op deze pagina's wordt met managementovereenkomst de overeenkomst bedoeld, op grond waarvan de bestuurder werkzaamheden verricht, waartegenover de rechtspersoon hem een vergoeding verschuldigd is. De wederpartij bij een managementovereenkomst wordt manager genoemd; de tussen hen afgesproken vergoeding wordt ook management fee genoemd. Met die terminologie wordt aangesloten bij het spraakgebruik (9.2). Het karakter van de rechtsverhouding, waar de Ondernemingskamer zich met de bezoldigingsingreep in mengt, is medebepalend voor de rechtspositie van de wederpartij – onderzoeksvraag a – (9.3).
2. Zie ook nr. 28.
3. De aard van de bezoldigingsverplichting – al dan niet voortvloeiend uit een arbeidsovereenkomst – brengt niet mee dat een inbreuk daarop met een onmiddellijke voorziening onmogelijk is; het eerste scenario vigeert niet. De aard van de bezoldigingsverplichting brengt dus geen uitzondering mee op de bevindingen in eerdere hoofdstukken, dat het eerste en het tweede scenario geen geldend recht zijn.

[307] De rechtspersoon kan een schadevordering van de wederpartij niet afweren met een beroep op overmacht, als de onmiddellijke voorziening naar verkeersopvattingen voor zijn risico komt.⁴ De verkeersopvattingen zijn dus relevant voor de slaagkans van die vordering (onderzoeksvraag b). Over toerekening naar verkeersopvattingen van bezoldigingsingrepen gaat 9.15. Het vertrekpunt van de gedachtevorming is dat onmiddellijke voorzieningen naar verkeersopvattingen voor risico van de rechtspersoon komen.

9.2 Dubbele rechtsverhouding; contractuele aanspraak op bezoldiging; managementovereenkomst, fee en manager

[308] De taken, rechten en bevoegdheden van een bestuurder worden bepaald door zijn vennootschapsrechtelijke, interne rechtsverhouding met de rechtspersoon.⁵ Een besluit van de rechtspersoon waarbij aan de bestuurder een vergoeding voor zijn taakvervulling wordt toegekend maakt deel uit van de interne rechtsverhouding. Bij naamloze en besloten vennootschappen bepaalt gewoonlijk de algemene vergadering van aandeelhouders de bezoldiging van de bestuurder.⁶

Het gaat in dit onderzoek niet om de interne rechtsverhouding, maar om een contractuele relatie tussen de bestuurder en de rechtspersoon. Over het ontstaan van zo'n contractuele rechtsverhouding bestaan verschillende opvattingen. In de ene komt die verhouding tot stand door benoeming tot bestuurder en aanvaarding van de benoeming. In de andere opvatting kan de contractuele verhouding pas ontstaan door het aangaan van een afzonderlijke overeenkomst.⁷ Voor zover zou moeten worden aangenomen – in de laatste opvatting – dat geen contractuele verhouding tot stand is gekomen, zou de bezoldiging in die gevallen (slechts) op de interne rechtsverhouding berusten. Die gevallen zijn niet interessant voor

4. Art. 6:74 lid 1 BW en 6:75 BW. Zie 7.8. In het vorige hoofdstuk is, met het oog op een beroep op overmacht door de rechtspersoon, onderzoek gedaan naar schuld van de rechtspersoon.

5. Over interne en externe rechtsverhoudingen van rechtspersoon, zie 1.6.1.

6. Art. 2:135 lid 4 BW voor de naamloze vennootschap; art. 2:245 BW voor de besloten vennootschap. De statuten kunnen bepalen dat een ander (orgaan) de bezoldiging vaststelt. Uitvoerder: Lokin, *De bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen* (IVOR nr. 113) 2018/332. In geval van een one-tier board kunnen de uitvoerende bestuurders niet daartoe worden aangewezen (art. 2:239a BW). Het bezoldigingsbesluit heeft direct externe werking, waarop het bepaalde in art. 2:16 lid 2 toepasselijk is (Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/25, g). Zie ook Lokin, *De bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen* (IVOR nr. 113) 2018/333.

7. Zie over beide opvattingen Lokin, *De bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen* (IVOR nr. 113) 2018/333. Lokin onderscheidt een contractuele rechtsbetrekking en een functionele rechtsbetrekking.

dit onderzoek, dat draait om inbreuken op de externe verhoudingen.⁸ De beide opvattingen worden hier dan ook niet verder besproken; het uitgangspunt is dat tussen rechtspersoon en bestuurder een contractuele relatie bestaat.

Die contractuele rechtsverhouding is naar haar aard extern. De combinatie van de externe rechtsverhouding en de interne rechtsverhouding wordt in de literatuur wel aangeduid met dubbele rechtsbetrekking of dubbele rechtsband van een bestuurder met een vennootschap.⁹

In dit hoofdstuk wordt onderzoek gedaan naar beslissingen van de Ondernemingskamer over de aanspraak van de geschorste functionaris op een vergoeding. Het gaat daarom alleen over contractuele betrekkingen waarvan een bezoldigingsverplichting deel uitmaakt.

[309] De overeenkomsten, waarin rechtspersoon en statutair bestuurder (onder meer) de werkzaamheden die tot de taak van de bestuurder behoren en diens recht op een vergoeding vastleggen, dragen allerlei namen. Veel voorkomend is de aanduiding managementovereenkomst; de overeengekomen vergoeding wordt dan management fee genoemd. Die benamingen worden hier gebruikt.

Managementovereenkomsten worden gesloten met statutair bestuurders, en ook met (rechts)personen die geen statutair bestuurder zijn, maar wel bestuurs- of managementtaken uitvoeren. Die laatste contractpartners hebben niet een interne rechtsverhouding met de rechtspersoon uit hoofde van de hoedanigheid van bestuurder. Ze hebben dus geen dubbele rechtsbetrekking. Deze figuren worden, evenals statutaire bestuurders, soms bij onmiddellijke voorziening tijdelijk van hun taken ontheven. Het komt dan ook voor dat hen de overeengekomen vergoeding wordt ontzegd. Zij worden daarom in de beschouwing betrokken. Degenen die met de rechtspersoon een managementovereenkomst hebben gesloten en een management fee zijn overeengekomen, worden hier aangeduid met ‘manager’, of ze nu wel dan wel geen dubbele rechtsbetrekking met de vennootschap hebben.

8. Dat een onmiddellijke voorziening tijdelijk inbreuk op de interne verhoudingen mag maken staat niet ter discussie, zie nr. 113; HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138 (Skygate), r.o. 3.6.

9. Sommige schrijvers lijken de term ‘dubbele rechtsverhouding’ te reserveren voor de combinatie van een vennootschappelijke met een arbeidsrechtelijke verhouding. Zie bijv. Van Slooten en Zaal, *Ondernemingsrecht* 2008/85, en J.M.M. Maeijer, annotatie bij HR 28 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AD3216, *NJ* 2000/556 (Hoffmann Beheer). Anderen gebruiken de term in de ruimere zin van combinatie van een vennootschapsrechtelijke met een contractuele verhouding. Zie bijv. Van Solinge en Nieuwe Weme in Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/262. In dit hoofdstuk wordt in het gebruik van de term aangesloten bij de laatste groep. Of deze term ook in zwang is bij andere rechtspersonen dan vennootschappen, heb ik niet onderzocht.

HOOFDSTUK 9

In dit hoofdstuk wordt de ene keer gesproken over de verplichting van de rechtspersoon om de management fee te betalen en de andere keer over het recht of de aanspraak van zijn wederpartij op die vergoeding.¹⁰ Opgemerkt zij, dat bezoldigingsverplichting en aanspraak op managementvergoeding twee kanten van dezelfde medaille zijn.

9.3 Managementovereenkomst: overeenkomst van opdracht of arbeidsovereenkomst

[310] Op grond van de managementovereenkomst worden werkzaamheden verricht tegen beloning. Als op zo'n overeenkomst Nederlands recht van toepassing is, is het een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW of een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 lid 1 BW.¹¹ Een arbeidsovereenkomst impliceert een gezagsverhouding, terwijl die bij opdracht juist ontbreekt.¹² In een arbeidsovereenkomst moet de arbeid persoonlijk worden verricht.¹³ Volgens Verhulp brengt dit mee dat de werknemer een natuurlijk persoon moet zijn.¹⁴ Op arbeidsovereenkomsten is het arbeidsrecht van toepassing en dat kent veel regels die in meer of mindere mate dwingend zijn.¹⁵ Driekwartdwingende regels zijn wettelijke bepalingen waarvan uitsluitend bij cao of publiekrechtelijke regeling kan worden afgeweken.

In de volgende paragrafen komt dat karakter van het arbeidsrecht her en der naar voren, voor zover relevant in het kader van dit onderzoek. Op de verschillen tussen arbeidsovereenkomst en opdracht wordt op deze plaats niet ingegaan.¹⁶

De managementovereenkomsten die figureren in de enquêterechtspraak, zijn gesloten tussen enerzijds de rechtspersoon en anderzijds ofwel een andere rechtspersoon, dan wel een natuurlijke persoon. In het eerste geval is de wederpartij niet een natuurlijke persoon, en kan dus met zekerheid worden gezegd

10. In beschikkingen komt die variatie ook voor, zie ook 9.9.

11. Keizer, in: *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:610 BW, aant. 1.1 (online, bijgewerkt 1 januari 2019). Werkzaamheden tegen beloning kunnen ook aanneming van werk zijn als bedoeld in art. 7:750 lid 1 BW. Aanneming van werk is gericht op het tot stand brengen van “een werk van stoffelijke aard”. Het is daarom hoogst onwaarschijnlijk dat een managementovereenkomst moet worden gekwalificeerd als aanneming van werk. De managementovereenkomst tussen een beursgenoteerde vennootschap en haar bestuurder is geen arbeidsovereenkomst (en dus een overeenkomst van opdracht), zie art. 2:132 lid 3 BW.

12. Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/19.

13. Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/23.

14. Verhulp in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, 2019, art. 7:610 BW, aant. 2.

15. Zie voor de categorieën dwingendrechtelijke regels Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/16.

16. Voor het hier besproken thema is het onderscheid van ondergeschikt belang. Zie 9.6, waarin wordt uiteengezet dat het arbeidsrecht niet in de weg staat aan aantasting van de aanspraak op management fee bij wege van onmiddellijke voorziening.

dat het geen arbeidsovereenkomst is.¹⁷ In het tweede geval, als de wederpartij een natuurlijke persoon is, kan niet altijd uit de beschikking van de Ondernemingskamer worden afgeleid of de managementovereenkomst te kwalificeren is als een arbeidsovereenkomst of als een opdracht.¹⁸

[311] De toepasselijkheid van vreemd recht op de managementovereenkomst blijft buiten beschouwing.¹⁹ Ook voert het te ver om de vraag te bespreken, of partijen vreemd recht van toepassing kunnen verklaren in geval de managementovereenkomst naar Nederlands moet worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst, beheerst door het arbeidsovereenkomstenrecht met zijn dwingendrechtelijke karakter. Overigens valt in de beschikkingen van de Ondernemingskamer nauwelijks iets te lezen over het op concrete managementovereenkomsten toepasselijke recht. Daaruit leid ik uit af dat de vraag naar het toepasselijke recht in de beslissingen zelden een rol speelt.

[312] Een opdrachtgever kan de overeenkomst opzeggen.²⁰ Aan de hand van de regels van Boek 6 BW moet worden vastgesteld of de opzegging wanprestatie oplevert en tot schadeplechtigheid van de opdrachtgever leidt.²¹ Als een overeenkomst van opdracht door de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan, dan is loon verschuldigd.²² Overeenkomsten, die kunnen worden gekwalificeerd als overeenkomst van opdracht, waarbij geen loon verschuldigd is, zijn voor het onderwerp niet interessant en blijven dus onbesproken.²³ De wettelijke regels voor opdracht maken onderscheid tussen opdrachtgevers die natuurlijke persoon zijn en opdrachtgevers die rechtspersoon zijn.²⁴ In het kader van dit onderzoek is de rechtspersoon de opdrachtgever en daarom wordt hierna met opdrachtgever steeds een rechtspersoon bedoeld.

9.4 Enquêterechtelijke beslissingen en de arbeidsrechtelijke kant van dubbele rechtsbetrekkingen; Hoffmann Beheer

[313] Een beslissing van de Ondernemingskamer over de interne helft van de dubbele rechtsverhouding kan de externe helft beïnvloeden. Is de externe helft van de dubbele rechtsband een arbeidsovereenkomst, dan wordt die beheerst

17. Als de wederpartij niet bezoldigd wordt, bestaat er evenmin een arbeidsovereenkomst. Gevallen waarin bezoldiging ontbreekt vallen buiten het hier besproken thema.

18. De rechtspositie van de wederpartij in bredere zin valt dan niet met zekerheid vast te stellen. Onderzoeksvraag a valt dan niet nauwkeurig te beantwoorden.

19. Zie 6.4.

20. Art. 7:408 lid 1 BW.

21. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/154-158.

22. Art. 7:405 lid 1 BW.

23. Met managementovereenkomst wordt een overeenkomst waarin een recht op vergoeding is afgesproken aangeduid (nt. 1 bij 9.1 en nr 309).

24. Bijv. art. 7:408 lid 3 BW.

door de (dwingendrechtelijke) regels van het arbeidsrecht. In hoeverre de (dwingende) arbeidsrechtelijke regels grenzen stellen aan enquêterechtelijke beslissingen, is onderwerp geweest van debat.

In de zaak Hoffmann Beheer speelde het onderscheid tussen de twee kanten van de dubbele rechtsbetrekking, de vennootschappelijke rechtsverhouding en – in die zaak – de arbeidsrechtelijke verhouding, een rol. Bij beschikking in de tweede fase heeft de Ondernemingskamer, op de voet van artikel 2:356 sub b BW, de bestuurder ontslagen met ingang van de datum waarop hij in de eerste fase, bij wijze van onmiddellijke voorziening, was geschorst.²⁵ In cassatie werd betoogd dat een arbeidsovereenkomst niet met terugwerkende kracht kan worden ontbonden. De Hoge Raad stelde vast dat de Ondernemingskamer de bestuurder alleen had ontslagen als bestuurder van de vennootschap. Naar zijn oordeel is de Ondernemingskamer wat betreft dat vennootschapsrechtelijke ontslag niet gebonden aan wettelijke of statutaire bepalingen.²⁶ De vennootschapsrechtelijke verhouding kon met terugwerkende kracht worden beëindigd. De uitspraak vermeldt niet expliciet dat de Ondernemingskamer kan beslissen over de arbeidsrechtelijke afwikkeling.²⁷

In cassatie ging het over de bevoegdheid tot het treffen van voorzieningen na wanbeleid. Die voorzieningen zijn, anders dan onmiddellijke voorzieningen, limitatief opgesomd en hebben tot doel het wanbeleid op te heffen.²⁸ Toch worden hier verkort een paar elementen uit het debat dat is gevolgd op de uitspraak weergegeven. Ze illustreren de ontwikkeling van het denken over de manoeuvreerruimte van de Ondernemingskamer in het spanningsveld tussen het vennootschapsrecht en het arbeidsrecht.

[314] De beschikking in cassatie leek te impliceren dat de vennootschapsrechtelijke betrekking en de arbeidsrechtelijke band te scheiden zijn.²⁹ Door onder anderen Maeijer is het standpunt ingenomen dat de artikelen 2:355 en 2:356 BW in verband met artikel 2:357 lid 2 BW de Ondernemingskamer de ruimte bieden om de arbeidsrechtelijke verhouding af te wikkelen, door de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen te ontbinden (zonder terugwerkende kracht).³⁰ Van Slooten plaatst vraagtekens bij arbeidsrechtelijke

25. OK 3 april 1997; OK 8 oktober 1998, *JOR* 1998/166 (Hoffmann Beheer).

26. HR 28 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AD3216 (Hoffmann Beheer), r.o. 3.4.

27. Witteveen betwijfelt of uit de uitspraak volgt dat de Ondernemingskamer arbeidsrechtelijke beslissingen mag nemen (Witteveen 2010, nt. 12).

28. Nr. 86.

29. Maeijer leidt uit de beschikking inzake Hoffmann Beheer af dat het vennootschappelijk ontslag door de Ondernemingskamer op zichzelf geen afbreuk doet aan de rechten en verplichtingen uit hoofde van de arbeidsrechtelijke relatie (J.M.M. Maeijer, annotatie bij HR 28 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AD3216, *NJ* 2000/556, nr. 2). De hierna te vermelden arresten van de Hoge Raad van 15 april 2005 wijzen in andere richting.

30. J.M.M. Maeijer, annotatie bij HR 28 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AD3216, *NJ* 2000/556, nr. 4. Zo ook Van Solinge en Nieuwe Weme in Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/806; zie voorts de door hen genoemde schrijvers.

beslissingen door de Ondernemingskamer. Hij ziet, in verband met het kortgedingachtige karakter van de enquêteprocedure, een principieel bezwaar tegen de bevoegdheid van de Ondernemingskamer in arbeidsrechtelijke beslissingen. Die beslissingen zijn immers niet meer bij de normaal bevoegde rechter aan te tasten, zodat het arbeidsovereenkomstenrecht niet ten volle tot zijn recht komt en beknotting van de rechten van de werknemer dreigt.³¹

De Hoge Raad heeft in twee arresten van 15 april 2005 kort gezegd bepaald, dat een vennootschapsrechtelijk besluit tot ontslag van een bestuurder het einde van de arbeidsovereenkomst meebrengt.³² Naar aanleiding van die uitspraken stelt Witteveen dat de hoedanigheden van bestuurder en van werknemer bij het ontslag onplitsbaar zijn.³³ Hij concludeert dat (ook) het ontslag van de bestuurder door de Ondernemingskamer in de tweede fase op de voet van artikel 2:356 BW automatisch het einde van de arbeidsovereenkomst betekent. Hij zet uiteen dat die conclusie ook geldt indien een – tot de werkgever gericht – wettelijke opzegverbod van kracht is.³⁴ Ik wijs op een verschil tussen ontslag door een orgaan van de vennootschap en ontslag door de Ondernemingskamer. Het laatste is met waarborgen omgeven: er ligt een onderzoeksverslag en een wanbeleidsoordeel van een onafhankelijke rechter aan ten grondslag.³⁵

Bij ontslag verliest de bestuurder automatisch zijn aanspraak op loon.³⁶ Ik zou de redenering van Witteveen willen volgen en veronderstellen dat tweede fase enquêterechtelijke beslissingen niet alleen het verlies van aanspraak op loon, maar in beginsel ook andere gevolgen kunnen hebben, die binnen het domein van dwingend arbeidsrecht vallen.

De vraag of de Ondernemingskamer ook over niet automatisch intredende gevolgen moet beslissen beantwoordt Witteveen ontkennend, waarbij hij wijst op het limitatieve karakter van de opsomming in artikel 2:356 BW en op het doel van die voorzieningen, te weten het opheffen van wanbeleid. Een beslissing van de Ondernemingskamer over gevolgen van de getroffen voorzieningen na wanbeleid, zoals bedoeld in artikel 2:357 lid 2 BW, moet bijdragen aan verwezenlijking van het doel van zo'n voorziening en niet verder strekken, aldus Witteveen.

31. Van Slooten, *SR* 2001, p. 277. Tegen arbeidsrechtelijke beslissingen in de tweede fase van de enquêteprocedure lijkt hij minder bezwaren te zien dan tegen arbeidsrechtelijke beslissingen in de eerste fase.

32. HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2713; HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2030.

33. Witteveen 2010, p. 469.

34. Hij leidt uit de arresten af dat bij ontslag van de bestuurder de regels van Boek 2 BW prevaleren boven die van Boek 7 BW (Witteveen 2010, p. 474).

35. Als een vennootschappelijk ontslagbesluit al het einde van de arbeidsovereenkomst impliceert, is dit onafhankelijke karakter eens te meer reden om aan te nemen dat de arbeidsrechtelijke band geslaakt wordt bij het OK-ontslag.

36. Witteveen 2010, p. 475.

In de visie van Holtzer en Boersma kan de (overige) afwikkeling van de arbeidsrechtelijke relatie door de Ondernemingskamer wel onder de bepaling van artikel 2:357 lid 2 BW vallen.³⁷

9.5 Verdeling in het arbeidsrecht van risico voor schorsing

[315] In het arbeidsrecht ligt het risico van het niet tewerkstellen van de werknemer die tot werkzaamheden bereid is, bij de werkgever.³⁸ Deze moet het loon doorbetalen. Dit is de loonrisicoregeling. De voor rekening van de werkgever komende oorzaken van het niet verrichten van arbeid zijn divers.³⁹ Ook schorsing van de werknemer ligt in de risicosfeer van de werkgever, zoals blijkt uit het arrest Van der Gulik/Visser en Partners.⁴⁰

Onder op non-actiefstelling worden vaak meer vormen van niet-tewerkstellen begrepen dan onder schorsing. Schorsing wordt veelal gereserveerd voor een op non-actiefstelling waartoe de werknemer aanleiding gaf.⁴¹ In het arrest Van der Gulik/Visser is geen onderscheid gemaakt tussen schorsing en op non-actiefstelling; benadrukt is dat ook als de schorsing of op non-actiefstelling aan de werknemer zelf is te wijten, het loon moet worden doorbetaald.⁴² Aangenomen wordt dat de arbeidsrechtelijke gevolgen van alle vormen van op non-actiefstellen gelijk zijn.

De achtergrond van het uitgangspunt dat schorsing voor rekening van de werkgever komt – dat deze zich niet eenzijdig aan zijn loonverplichtingen kan onttrekken – is, dat hij anders zijn verplichtingen zou kunnen ontlopen door willekeurig te schorsen.⁴³

37. Holtzer en Boersma, *TAO* 2017, 2. Zij gaan eveneens in op de vraag of vennootschappelijk ontslag met terugwerkende kracht door de Ondernemingskamer ook beëindiging van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht meebrengt. Die discussie betreft voorzieningen na wanbeleid en valt buiten het kader van dit onderzoek.

38. Art. 7:628 lid 1 BW, dat luidt: ‘De werkgever is verplicht het naar tijdruimte vastgestelde loon te voldoen indien de werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij het geheel of gedeeltelijk niet verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen’. Voor de wetswijziging van 1 januari 2020 was in art. 7:627 (oud) BW bepaald dat geen loon verschuldigd is voor niet-verrichte arbeid en was (afzonderlijk) in art. 7:628 lid 1 (oud) BW het risico van het niet tewerkstellen bij de werkgever gelegd.

39. Zie voor een overzicht Van Slooten, in: *T&C BW* 2018, art. 7:628 BW, aant. 4.

40. HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3057 (Van der Gulik/Visser en Partners). Het arrest is gewezen voor de wetswijziging van 2020 (zie nt. 38 bij nr. 315). Voor een afwijkend oordeel over een op non-actief gestelde directeur die verdacht wordt van ernstige misdrijven, zie Rb. Zeeland-West-Brabant (Ktr.) 16 januari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BY8467.

41. Bijv. G.J.J. Heerma van Voss, annotatie bij HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3057 (Van der Gulik/Visser en Partners), *NJ* 2007/332, nr. 2. Het onderscheid wordt niet altijd gehanteerd, zie bijv. Holtzer en Boersma, *TAO* 2017, 2.

42. HR 21 maart 2003 (Van der Gulik/Visser en Partners), r.o. 3.5.

43. HR 21 maart 2003 (Van der Gulik/Visser en Partners), r.o. 3.5: “De werkgever kan zich immers, zolang de arbeidsovereenkomst bestaat, niet eenzijdig aan de verplichting tot

[316] De Hoge Raad heeft in het arrest *Werknemer/Wilco* geoordeeld over de verdeling van het risico gedurende een gerechtelijke procedure na ontslag op staande voet.⁴⁴ Kort gezegd is het aan de werknemer om te stellen “dat de oorzaak van het niet verrichten van de arbeid – ondanks het rechtsgeldig gebleken ontslag op staande voet – in redelijkheid voor rekening van de werkgever dient te komen”.⁴⁵ De Hoge Raad overwoog dat het moeilijk te rechtvaardigen is dat een werkgever, van wie “redelijkerwijze niet kan worden gevergd de arbeids-overeenkomst te laten voortduren”, desondanks steeds verplicht zou zijn tot loonbetaling over de duur van een procedure.⁴⁶

Brengt het arrest *Werknemer/Wilco* veranderingen mee ten opzichte van de stand van zaken, zoals die blijkt uit de beslissing inzake *Van der Gulik/Vissers*?⁴⁷ Er wordt in het arrest uitdrukkelijk onderscheiden tussen enerzijds schorsing en op non-actiefstelling en anderzijds een geldig ontslag op staande voet. Bij ontslag op staande voet eindigt de arbeidsovereenkomst, en daarmee het recht op loon, ingevolge de wet onmiddellijk. Benadrukt wordt dat schorsing en op non-actiefstelling “eenzijdig door de werkgever opgelegde maatregelen zijn (...) waaraan de wet geen gevolgen verbindt voor het recht op loon”.⁴⁸ Die overweging lijkt een bevestiging van de heersende leer dat bij eenzijdige schorsing door de werkgever het recht op loon niet vervalt.

loonbetaling onttrekken, ook niet ingeval het gedrag van de werknemer grond voor schorsing of op non-actiefstelling oplevert”; G.J.J. Heerma van Voss, annotatie bij HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3057 (*Van der Gulik/Vissers en Partners*), *NJ* 2007/332, nr. 4.

44. HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209, (*Werknemer/Wilco*). Samenvatting van de procedure: De werknemer is op 7 oktober 2015 op staande voet ontslagen wegens diefstal. De kantonrechter heeft het ontslag op staande voet vernietigd en de werkgever veroordeeld tot betaling van het loon vanaf 7 oktober 2015. In hoger beroep is bepaald dat de arbeidsovereenkomst eindigt op 31 mei 2017 en dat de werknemer over de periode vanaf 7 oktober 2015 tot 31 mei 2017 op grond van art. 7:627 (oud) en 7:628 (oud) BW geen aanspraak heeft op loon. In cassatie werd dit oordeel over de aanspraak op loon bestreden.
45. HR 13 juli 2018 (*Werknemer/Wilco*), r.o. 3.10.
46. HR 13 juli 2018 (*Werknemer/Wilco*), r.o. 3.7.1.
47. HR 21 maart 2003 (*Van der Gulik/Vissers en Partners*).
48. HR 13 juli 2018 (*Werknemer/Wilco*), r.o. 3.9.3: “Voor de betekenis van het arrest *Van der Gulik/Vissers* is van belang dat een schorsing en een op non-actiefstelling eenzijdig door de werkgever opgelegde maatregelen zijn die weliswaar (kunnen) berusten op (vermeend) verwijtbaar gedrag van de werknemer, maar waaraan de wet geen gevolgen verbindt voor het recht op loon. Uit het arrest *Van der Gulik/Vissers* volgt dat een zodanig gevolg wel mogelijk is indien daarvoor een wettelijke grondslag bestaat (in het arrest: indien op grond van de daartoe in art. 7:628 lid 5 BW geopende mogelijkheid bij schriftelijke overeenkomst of bij reglement van art. 7:628 lid 1 BW was afgeweken). Bij een ontslag op staande voet is sprake van een andere situatie dan waarop het arrest *Van der Gulik/Vissers* ziet. Anders dan bij een schorsing of een op non-actiefstelling, verbindt de wet als uitgangspunt aan een geldig ontslag op staande voet het gevolg dat de arbeidsovereenkomst onmiddellijk eindigt, waarmee ook het recht op loon vervalt. De strenge eisen die voor een ontslag op staande voet gelden, maken het voor de werknemer aanstonds duidelijk wat zijn positie is en waartegen hij desgewenst kan opkomen. Van een situatie die voor de toepassing van art. 7:628 lid 1 BW op één lijn moet worden gesteld met die van het arrest *Van der Gulik/Vissers*, is daarom geen sprake.” Ten tijde van het arrest vigeerde art. 7:628 (oud) BW.

[317] De wetsgeschiedenis vermeldt dat de invoering van het nieuwe artikel 7:628 lid 1 BW geen wezenlijke verandering van de risicoverdeling meebrengt en dat de cassatierechtspraak van kracht zal blijven.⁴⁹ In de Memorie van Antwoord is opgemerkt, dat het wetsvoorstel ruimte biedt om over de periode van schorsing door de werkgever bij wijze van disciplinaire maatregel het loon niet te betalen, omdat dit dan redelijkerwijs voor risico van de werknemer komt.⁵⁰ Dit is een verruiming ten opzichte van de eerdere praktijk. Die verruiming komt neer op een verschuiving van het risico naar de werknemer als hem iets te verwijten valt. De vermeldingen in de parlementaire behandeling dateren van voordat in 2018 het arrest *Werknemer/Wilco* werd gewezen. In het licht van dat arrest zou de verruiming beperkt kunnen blijken te zijn.⁵¹

9.6 Enquêterechtelijke ingrepen in bezoldigingsverplichtingen en de arbeidsrechtelijke loonrisicoregeling

[318] Schorsingen door de Ondernemingskamer gaan soms gepaard met ingrepen in de bezoldiging van de geschorste persoon.⁵² Op deze praktijk is kritiek geuit.⁵³ Van Slooten wijst er in zijn bezwaren op dat de risicoverdeling onderdeel is van een driekwartdwingende regeling.⁵⁴ Daarmee is de vraag aan de orde of de arbeidsrechtelijke risicoverdelingsregeling wel toelaat dat tijdens enquêterechtelijke schorsing de vergoeding niet wordt doorbetaald.⁵⁵

49. Op 1 januari 2020 heeft deze bepaling art. 7:627 (oud) BW en art. 7:628 lid 1 (oud) BW vervangen. Daarbij is de risicoverdeling neergelegd in de ene nieuwe bepaling. Wet Werk en Zekerheid, Kamerstukken II 2014/15, 33818, 3, p. 87-89, houdt in: “Op grond van de voorgestelde formulering zal het aan de werkgever zijn om te stellen en bij betwisting aan nemelijk te maken dat bij de werknemer de bereidheid ontbrak de bedongen arbeid te verrichten, alsmede dat het niet (kunnen) verrichten van de arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer komt.”

50. Wet Werk en Zekerheid, Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, 3, p. 101: “In situaties van schorsing door de werkgever biedt het wetsvoorstel dan ook ruimte om over de periode waarin de werknemer bij wijze van disciplinaire maatregel is geschorst, tevens het loon niet betalen omdat dit dan redelijkerwijs voor risico van de werknemer komt.” Zie hierover ook Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder* (Mon. SR nr. 68) 2015/5.6.2.

51. Over de vraag of het arrest Van der Gulik/Vissers na de wetswijziging nog van toepassing is, zie concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2018:525, bij HR 13 juli 2018 (*Werknemer/Wilco*), 4.9.

52. Die ingrepen manifesteren zich in variaties; zie daarover 9.9.

53. Bennaars wijst op een verschil in procesrechtelijke waarborgen: de bestuurder kan bij de gewone burgerlijke rechter in twee feitelijke instanties procederen en in de enquêteprocedure slechts in een (Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder* (Mon. SR nr. 68) 2015/5.6.2).

54. Van Slooten, SR 2001, p. 277. In nr. 314 is zijn principiële bezwaar tegen arbeidsrechtelijke beslissingen in brede zin door de Ondernemingskamer vermeld. Voor driekwartdwingende regels zie nr. 310.

55. Het vraagstuk doet zich alleen voor bij managementovereenkomsten die arbeidsovereenkomst zijn. Op opdrachten is de arbeidsrechtelijke risicoverdelingsregeling niet van toepassing.

De risicoverdelingsregeling is bedoeld om te voorkomen dat werkgevers eenzijdig onder hun loonverplichtingen kunnen uitkomen.⁵⁶ In de bewoordingen van het arrest *Werknemer/Wilco* is het eenzijdige karakter van een schorsing door de werkgever weer naar voren gekomen.⁵⁷ Ik meen dat “eenzijdig” een sleutelwoord is als het aankomt op een vergelijking tussen schorsing door de werkgever en schorsing door de Ondernemingskamer. Als een functionaris bij wijze van onmiddellijke voorziening wordt geschorst, is sprake van een ingreep door een onafhankelijke rechter. Dan speelt de achtergrond van de risicoverdelingsregeling – te voorkomen dat de werkgever zich eenzijdig aan zijn verplichtingen onttrekt – geen rol.⁵⁸ Dat ontbreken van het eenzijdige karakter is mijns inziens van belang voor de praktijk van de Ondernemingskamer. De onmiddellijke voorziening van schorsing is onafhankelijk van aard. Daarom acht ik het te verdedigen dat een ingreep in de bezoldigingsverplichting bij zo’n schorsing niet onverenigbaar is met de arbeidsrechtelijke regels voor risicoverdeling. Als de schorsing bij wijze van onmiddellijke voorziening nauw samenhangt met onaanvaardbaar optreden van de functionaris, kan bovendien aansluiting gezocht worden bij de verwijzing in de wetgeschiedenis naar schorsing bij wijze van disciplinaire maatregel.⁵⁹

[319] Waar de arbeidsrechtelijke risicoverdelingsregeling toepassing mist, wordt teruggevallen op de regels van het algemene overeenkomstenrecht om te bepalen welke rechten de geschorste functionaris heeft als hem zijn vergoeding wordt ontzegd.

De geschorste functionaris zou nakoming kunnen vorderen op de voet van artikel 3:296 lid 1 BW. In 7.4 is beschreven op welke goede gronden de gewone burgerlijke rechter een vordering tot nakoming van een bij onmiddellijke voorziening verboden verplichting kan afwijzen. In geval van vorderingen tot nakoming van bezoldigingsverplichtingen, kan de rechter daarnaast argumenten ontleen aan de interne betrokkenheid van de functionaris bij het beleid van de rechtspersoon.⁶⁰ Lettend op die betrokkenheid, kan hij op grond redelijkheid en billijkheid afzien van toewijzing van de vordering tot nakoming. De gewone

56. Zie nr. 315.

57. Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2018:525, bij HR 13 juli 2018 (*Werknemer/Wilco*), 4.7.8.: “De beslissing in het arrest *Van der Gulik/Vissers*, dat de werkgever ook tijdens een schorsing of op non-actiefstelling verplicht is tot doorbetaling van loon, is niet los te zien van het ontbreken van een wettelijke basis voor schorsing of op non-actiefstelling (zonder loonbetaling). De kernoverweging van het arrest is dan ook, zo lijkt mij, dat de werkgever ‘zich niet eenzijdig aan de verplichting tot loonbetaling kan onttrekken’.”

58. Ook Holtzer en Boersma merken op dat in de enquêteprocedure de Ondernemingskamer, en niet de werkgever, beslist dat geen doorbetaling van loon tijdens schorsing plaatsvindt (Holtzer en Boersma, *TAO* 2017, 2, p. 59).

59. Zie nr. 317.

60. De interne betrokkenheid wordt in 9.15 besproken.

burgerlijke rechter kan ook steun vinden voor dat oordeel in de omstandigheden die de Ondernemingskamer hebben bewogen tot het treffen van de bezoldigingsmaatregel. De (uitzonderlijke) omstandigheden waaronder wordt voldaan aan de criteria voor het treffen van zo'n voorziening, worden beschreven in 9.14.

[320] Hierna komen gevallen aan bod waarin de Ondernemingskamer de ontzegging van een vergoeding aan de geschorste persoon motiveert met de overweging dat die persoon (uit eigener beweging) de werkzaamheden al geruime tijd niet of nauwelijks verricht.⁶¹ Het lijkt mij aannemelijk, dat in zulke gevallen het niet verrichten van de overeengekomen arbeid in redelijkheid voor rekening van die persoon behoort te komen, als bedoeld in artikel 7:628 lid 1 BW.

9.7 Schorsing bij wijze van onmiddellijke voorziening

9.7.1 Criteria

[321] De Ondernemingskamer schorst een bestuurder of andere functionaris als ze van oordeel is dat die persoon vooralsnog niet te handhaven is, al dan niet op grond van sterke aanwijzingen dat de noodtoestand mede door hem is veroorzaakt.⁶² Als een bestuurder met andere voorzieningen, 'flankerende' maatregelen, wel te handhaven is, zal de Ondernemingskamer daarvoor kiezen.⁶³ Bij flankerende maatregelen kan gedacht worden aan benoeming – naast de zittende bestuurder – van een onafhankelijke bestuurder, eventueel met doorslaggevende of beslissende stem, of aan benoeming van een commissaris.⁶⁴

In herinnering wordt geroepen dat een onmiddellijke voorziening kan worden getroffen in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek.⁶⁵

Schorsing van een functionaris in verband met de toestand van de rechtspersoon gaat vaak gepaard met ernstige twijfel aan zijn functioneren en soms met een verwijt aan zijn adres. Maar dat hoeft niet. Schorsing kan ook worden ingegeven, doordat de geschorste functionaris tijdelijk niet de juiste persoon op de juiste plek is of omdat er sprake is van incompatibilité d'humeur, die aan niemand valt toe te rekenen. Of als niet duidelijk is of iemand wel bestuurder is.⁶⁶

61. 9.9.6 en 9.12.

62. Zie over schorsing van andere functionarissen, commissarissen et cetera, 4.5.

63. Ook met het oog op de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, vgl. 3.12.

64. Zie over deze mogelijkheden 4.3-4.5.

65. 3.7.

66. OK 12 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:289, ARO 2016/27: Onduidelijkheid bestond over de vraag wie bestuurder van de vennootschap was. Daaruit vloeiden conflicten tussen aandeelhouders voort. In dit soort gevallen wordt meestal overwogen dat de bestuurder wordt geschorst "voor zover hij nog bestuurder is" of "voor zover nodig".

In de beschikking in de zaak van Stichting De Gelderhorst werd zelfs benadrukt dat verdachtmakingen en verwijten, gericht tegen de te schorsen persoon, bij de beslissing tot schorsing geen rol speelden.⁶⁷

Schorsing in het belang van het onderzoek heeft altijd te maken met obstructie door de geschorste persoon of met zwaarwegende aanwijzingen dat hij het onderzoek zal frustreren. Bij deze categorie schorsing speelt dus vrijwel steeds een element van verwijt een rol.

Uit de motivering van de beslissing is niet altijd kenbaar of aan de schorsing een verwijt aan de geschorste ten grondslag ligt. Dat heeft onder meer te maken met het volgende. Onmiddellijke voorzieningen worden niet altijd uitvoerig gemotiveerd en dat geldt ook voor schorsingsbeslissingen.⁶⁸ Daardoor kan het onduidelijk zijn op grond van welk criterium de onmiddellijke voorziening is getroffen: in verband met de toestand van de rechtspersoon, in het belang van het onderzoek, of bij een combinatie van die twee. De meeste schorsingen houden verband met de toestand van de rechtspersoon. Als geschorst wordt onder verwijzing naar de motivering van de twijfel aan een juist beleid, dan blijkt uit de context dat schorsing op die grondslag plaatsvindt.⁶⁹ Schorsing louter in het belang van het onderzoek komt niet veel voor.⁷⁰

9.7.2 Ingrep in bezoldiging is uitzondering

[322] De meeste door de Ondernemingskamer uitgesproken schorsingen gaan niet gepaard met enige bepaling over de vergoeding van de geschorste persoon. Het zou te ver voeren om hier in te gaan op alle denkbare redenen om de vergoeding ongemoeid te laten; de focus is juist gericht op ingrepen in de management fee. Toch een paar opmerkingen.

Soms laat de Ondernemingskamer zich uit over de bezoldiging zonder in te grijpen.

Als een beschikking de suggestie aan de door de Ondernemingskamer benoemde functionaris inhoudt om een minnelijke regeling te beproeven, pleegt de vergoeding niet aan de geschorste persoon te worden ontzegd.⁷¹ Dat lijkt mij in het algemeen een verstandige gewoonte, al is het maar om de zaak niet op de

67. OK 4 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2716, *ARO* 2016/174 (Stichting De Gelderhorst), r.o. 3.24; met de schorsing werd het doorbreken van een impasse beoogd.

68. Wel heb ik de indruk dat in recentere jurisprudentie motiveringen iets uitvoeriger zijn.

69. Bijv. OK 10 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1584, *ARO* 2018/112 (Aeon Plaza Hotels), r.o. 3.20-3.21.

70. In OK 12 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4952, *ARO* 2014/6 (Three Ships Enterprises) speelden beide criteria een rol: de onmiddellijke voorzieningen (naast schorsing ook overdracht van aandelen ten titel van beheer) werden getroffen in het belang van het onderzoek en in het belang van de vennootschap en haar onderneming (r.o. 3.14).

71. Bijv. OK 21 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:379, *ARO* 2016/41 en OK 1 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:358, *ARO* 2018/93. Zie 4.3 en 4.4 m.b.t. suggesties aan benoemde functionarissen. Anders OK 11 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4392, *ARO* 2017/29 (Royalties), waarin ontzeggingen van het recht op een managementvergoeding wel samengingen met de suggestie een schikking te beproeven.

HOOFDSTUK 9

spits te drijven. Een interventie in de bezoldiging kan de emoties doen oplopen en de schikkingsbereidheid doen afnemen.

Verzoeken om te bepalen dat aan een te schorsen bestuurder geen vergoeding toekomt gedurende de schorsing honoreert de Ondernemingskamer zelden. Ze wijst ze soms zelfs met zoveel woorden af, zoals gebeurde in de zaak ZED+. ⁷²

9.7.3 Bepaling van voorwaarden voor inschakeling van de geschorste functionaris

[323] Een door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder (of andere functionaris) kan een geschorste bestuurder betrekken bij de bestuurswerkzaamheden. ⁷³ In haar beschikkingen wijst de Ondernemingskamer de benoemde bestuurder daar nog wel eens op. ⁷⁴ Zo'n overweging is in zoverre overbodig, dat de benoemde bestuurder alle bevoegdheden van bestuurder heeft en vanzelfsprekend in het kader van zijn bestuurstaak iedereen voor werkzaamheden mag inschakelen. De opmerking dat de bestuurder zich door de geschorste persoon mag laten bijstaan kan daarom, meen ik, worden opgevat als een verheldering. Die dient om latere discussie te voorkomen of om de indruk te vermijden dat iedere betrokkenheid van de geschorste bestuurder strijdig zou zijn met de geest van de concrete onmiddellijke voorziening.

[324] Als de benoemde bestuurder zich laat bijstaan door een geschorste persoon, bepaalt de eerstgenoemde onder welke voorwaarden dat gebeurt. Dit type beschikkingen houdt frasen in als “op door hem te bepalen voorwaarden”. Die zinsneden staan gewoonlijk alleen in de overwegingen, soms in de overwegingen en tevens in het dictum, en sporadisch alleen in het dictum. ⁷⁵ Op het

72. OK 18 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:532, *ARO* 2016/67, (ZED+), r.o. 3.14: “het verzoek ... te bepalen dat aan (de geschorste bestuurder, AF) gedurende de schorsing geen bezoldiging toekomt is niet toewijsbaar. Het is aan (de benoemde bestuurder, AF) als bestuurder van (de vennootschap, AF) om te bepalen of en zo ja tegen welke bezoldiging (de geschorste bestuurder) feitelijk betrokken kan blijven”.

73. De door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder wordt hierna ook wel kortweg aangeduid met ‘benoemde bestuurder’ of ‘OK-bestuurder’. Het kan praktisch zijn om de geschorste bestuurder bij de werkzaamheden te betrekken als deze beter is ingevoerd in de branche dan de OK-bestuurder.

74. Zie ook 4.3 en de daar vermelde beschikkingen OK 11 mei 2010, *ARO* 2010/86 (Geomar) en OK 26 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3743, *ARO* 2009/19.

75. Voorbeelden van de eerste categorie (alleen in de overwegingen, niet in het dictum): OK 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5492, *ARO* 2018/51, r.o. 3.11 (“deze bestuurder zal zich bij de uitoefening van zijn bestuurstaak bij (de vennootschap, AF) naar eigen inzicht kunnen doen bijstaan door (de te schorsen bestuurder, AF) op door hem te bepalen, nader te stellen voorwaarden”); OK 6 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1294, *ARO* 2018/110 (Monitor Management), r.o. 3.7 (“Deze bestuurder zal zich bij de uitoefening van zijn bestuurstaak in verband met de bedrijfsvoering van de onderneming naar eigen inzicht

eerste gezicht lijkt ook de toevoeging, dat de benoemde bestuurder de voorwaarden bepaalt, een open deur. Het staat een bestuurder vrij met wie dan ook te contracteren over werkzaamheden en daarbij de voorwaarden te bedingen die hij wenselijk vindt. Net zoals het overigens een geschorste persoon vrij staat om te weigeren onder die voorwaarden werkzaamheden te verrichten.

De vraag is of onder de voorwaarden die de OK-bestuurder (opnieuw) kan bepalen ook de bezoldiging van de geschorste bestuurder valt. Daarover gaat het in de volgende paragraaf.

9.8 Ontheffing van de bezoldigingsverplichting is niet inherent aan de schorsingsvoorziening

[325] Bedacht moet worden dat een nieuwe aanspraak op managementvergoeding, tevens een nieuwe bezoldigingsverplichting, pas in het leven kan worden geroepen als de oorspronkelijke aanspraak/verplichting terzijde is geschoven. Dus de benoemde bestuurder kan alleen iets over de bezoldiging beslissen als de bezoldigingsverplichting niet (ongewijzigd) in stand is gebleven bij de schorsing.

De Ondernemingskamer ontheft de rechtspersoon niet altijd expliciet van zijn bezoldigingsverplichting, als deze het aan de OK-bestuurder overlaat of, en zo ja tegen voorwaarden, hij de geschorste bestuurder inschakelt. Evenmin ontnemt ze de geschorste bestuurder uitdrukkelijk zijn aanspraak op vergoeding.⁷⁶ Kan de OK-bestuurder, bij gebreke aan zo'n uitdrukkelijke ontheffing of ontneming, wel beslissen over de bezoldiging? Daarvoor zou moeten worden aangenomen dat tijdelijke opheffing van de bezoldigingsverplichting inherent is aan schorsing door de Ondernemingskamer. Kan dat worden aangenomen? Daar vallen een paar kanttekeningen bij te maken.

[326] Ten eerste dringt zich de volgende vraag op. Valt alleen de bezoldigingsverplichting van de rechtspersoon bij schorsing automatisch weg, of vervalt het hele met de contractuele relatie tussen rechtspersoon en manager samenhangende complex van verplichtingen en rechten over en weer? De

kunnen doen bijstaan door (één der) partijen op door hem/haar te bepalen, nader te stellen voorwaarden"). Vergelijkbaar OK 15 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3802, *ARO* 2017/11 (in combinatie met de suggestie van een minnelijke schikking) en OK 5 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:487, *ARO* 2016/58 (Strara Vastgoed) (met suggestie minnelijke schikking). Vgl. OK 5 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4755, *ARO* 2014/1. Voor een voorbeeld van de tweede categorie zie OK 11 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4392, *ARO* 2017/29 (Royaums), met de suggestie om een minnelijke regeling te beproeven (zie ook 9.9.4 en 9.12).

76. In OK 18 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:532, *ARO* 2016/67, (ZED+) werd zelfs expliciet niet beslist dat de vennootschap geen vergoeding aan de geschorste persoon verschuldigd was (zie ook in 9.7.2).

onmiddellijke voorziening van schorsing heeft ten doel dat de geschorste zich niet met (het bestuur en beleid van) de rechtspersoon kan bemoeien. De maatregel is dus gericht op de bevoegdheden, taken en werkzaamheden van de geschorste. Automatisch verval van alle (onbenoemde) verplichtingen bij een schorsing zou gemakkelijk verder kunnen strekken dan voor het doel noodzakelijk is. Dat zou niet stroken met het noodzaak-vereiste. De vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit, waaraan een maatregel moet voldoen, staan snel aan in de weg aan ongespecificeerd verval van alle verplichtingen.⁷⁷ Het is alleen al daarom onaannemelijk dat schorsing automatisch alle verplichtingen tijdelijk aantast.⁷⁸ Overigens zou de Ondernemingskamer bij automatisch verval nauwelijks de reikwijdte van haar ingreep kunnen overzien, zonder zich verregaand te verdiepen in alle verplichtingen die concrete overeenkomsten tussen rechtspersoon en manager meebrengen.⁷⁹

Indien de meeste verplichtingen niet automatisch door de schorsing worden aangetast, valt niet goed in te zien waarom de bezoldigingsverplichting als enige automatisch zou worden opgeheven.

[327] Ten tweede zij er op gewezen, dat in het arbeidsrecht de werkgever bij schorsing het loon moet doorbetalen, op grond van de regeling voor risicoverdeling die een driekwartdwingend karakter heeft.⁸⁰ In 9.6 heb ik betoogd dat een ingreep in de bezoldigingsverplichting bij wege van onmiddellijke voorziening niet onverenigbaar is met die arbeidsrechtelijke regeling. Ik acht het echter moeilijk te rechtvaardigen dat afwijking van zo'n dwingende regeling automatisch (en stilzwijgend) zou kunnen plaatsvinden. Het enquêterecht lijkt daarvoor geen aanknopingspunten te bieden.

[328] Ten derde valt de vermelde veronderstelling – dat tijdelijke opheffing van de bezoldigingsverplichting inherent is aan schorsing door de Ondernemingskamer – niet goed te rijmen met de beschikkingen waarin wel expliciet wordt bepaald dat de vergoeding niet verschuldigd is. Men kan tegenwerpen dat zulke uitdrukkelijke overwegingen, net als de overweging dat de geschorste persoon kan worden ingeschakeld, moeten worden beschouwd als een verduidelijking ten overvloede ter voorkoming van misverstanden.⁸¹ Expliciete overwegingen over de bezoldigingsverplichting komen betrekkelijk sporadisch voor, in tegenstelling tot die over het inschakelen van de geschorste. Dat verschil valt niet goed te verklaren als het zou gaan om verheldering van de situatie tijdens de schorsing.

77. Vgl. 3.8 en 3.12.

78. Voor arbeidsovereenkomsten, waarop een stelsel van in meer of mindere mate dwingende regels van toepassing is, is het helemaal onvoorstelbaar.

79. Het is niet nodig dat de Ondernemingskamer bij elke schorsing een catalogus opstelt van rechten en plichten die onder de schorsing vallen; dat de geschorste functionaris zijn bevoegdheden en taken niet mag vervullen spreekt voor zich.

80. Zie 9.5 over de regeling voor risicoverdeling.

81. Vgl. nr. 323.

[329] Ik meen dan ook dat een tijdelijke ontheffing van de bezoldigingsverplichting niet structureel in schorsing door de Ondernemingskamer zit ingebakken.

Als de Ondernemingskamer de bezoldigingsverplichting of de aanspraak op vergoeding niet uitdrukkelijk opheft, kan de benoemde bestuurder dus geen bezoldiging vaststellen. De overweging, dat de benoemde bestuurder voorwaarden voor inschakeling van de geschorste functionaris vaststelt, kan in die gevallen als volgt worden geduid. De bestuurder bepaalt welke werkzaamheden, waar, op welke tijdstippen en onder wiens toezicht door de geschorste kunnen worden verricht. De bezoldigingsverplichting uit de overeenkomst tussen rechtspersoon en geschorste manager blijft van kracht.⁸²

Dat alles neemt niet weg dat de rechtspersoon, vertegenwoordigd door de benoemde bestuurder, er onder omstandigheden voor zou kunnen kiezen de managementovereenkomst op te zeggen teneinde de bezoldigingsverplichting te beëindigen.⁸³

9.9 Jurisprudentie die de vergoeding overlaat aan de benoemde bestuurder

[330] In de beschikkingen bedoeld in 9.7.3 ging het steeds over ‘voorwaarden’ waaronder de benoemde bestuurder de geschorste persoon kan inschakelen. Er zijn ook beschikkingen waarin specifiek over de vergoeding van de geschorste persoon wordt gerept. In deze paragraaf worden casus vermeld, waarin het aan een benoemde bestuurder is overgelaten om te bepalen tegen welke vergoeding een geschorste functionaris bij werkzaamheden wordt betrokken. De beschikkingen blijken de volgende variaties te vertonen. De ‘aanwijzing’ aan de OK-bestuurder duikt op in de overwegingen of in het dictum. De ontheffing van de bezoldigingsverplichting wordt soms vermeld in de overwegingen, soms in het dictum, soms in allebei, en soms helemaal niet. Achtereenvolgens passeren verschillende combinaties van vermelding de revue.

82. In 9.9 wordt aandacht besteed aan beschikkingen met de intentie om de overeengekomen bezoldiging aan te tasten.

83. Zie art. 7:408 lid 1 BW voor opzegging van de overeenkomst van opdracht. Op opzegging van een arbeidsovereenkomst door de benoemde bestuurder zijn de (complexere) regels van het arbeidsovereenkomstenrecht van toepassing. De consequenties van opzegging door de benoemde bestuurder vallen buiten het bestek van dit hoofdstuk.

HOOFDSTUK 9

9.9.1 Geen ontheffing bezoldigingsverplichting; bevoegdheid bestuurder in overwegingen

[331] In de al vermelde uitspraak in de zaak ZED+ heeft de Ondernemingskamer niet bepaald dat de geschorste bestuurder geen aanspraak heeft op vergoeding. De benoemde bestuurder kon “bepalen of en zo ja tegen welke bezoldiging” de geschorste functionaris betrokken kan blijven.⁸⁴ Het dictum houdt daar niets over in.

9.9.2 Ontheffing bezoldigingsverplichting in overwegingen; bevoegdheid bestuurder in overwegingen

[332] Een (vervolg)beschikking in de zaak Deus ex Machina ademt verwijt aan de zittende bestuurder, die dan ook alsnog werd geschorst. Overwogen werd dat hem gedurende de schorsing in de hoedanigheid van bestuurder geen vergoeding toekomt.⁸⁵ De OK-bestuurder kon “naar zijn inzicht” met de geschorste persoon afspraken maken over te verrichten werkzaamheden, waarvoor de geschorste een “door de bestuurder vast te stellen vergoeding in rekening kan brengen”. In het dictum is over de bezoldiging van de geschorste bestuurder niets vermeld.

9.9.3 Ontheffing bezoldigingsverplichting in dictum; bevoegdheid bestuurder in overwegingen

[333] In de zaak Three Ships Enterprises werden beide bestuurders geschorst en het dictum vermeldt dat hen geen vergoeding zal toekomen.⁸⁶ In de overwegingen ontbreekt dat element. Er werd een bestuurder benoemd, die zich blijkens de overwegingen “te zijner discretie” door de geschorste bestuurders kan “doen bijstaan tegen een vergoeding die hij geraden acht”. Dat laatste staat weer niet in het dictum.

84. OK 18 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:532, *ARO* 2016/67, (ZED+), r.o. 3.14.

85. OK 28 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1611, *ARO* 2016/116 (Deus ex Machina). De zittende bestuurder ondermijnde de positie van de OK-bestuurder, waardoor een onwerkbaar situatie in het bestuur in de hand was gewerkt en was versterkt. Hij had de OK-bestuurder niet van informatie voorzien, niet bij besluiten betrokken en niet gekend in een procedure. Zie r.o. 3.3 en 3.6.

86. OK 12 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4952, *ARO* 2014/6 (Three Ships Enterprises) Zie ook nt. 70 bij 9.7.1.

9.9.4 Ontheffing bezoldigingsverplichting in dictum; bevoegdheid bestuurder in dictum

[334] Een combinatie van een schorsing met ontzegging van de managementvergoeding en de bepaling dat de benoemde bestuurder een vergoeding voor de geschorste bestuurders kan vaststellen, is te vinden in de beschikking inzake Royaums.⁸⁷ Zowel de ontheffing van de vergoedingsverplichting als de bevoegdheid van de benoemde bestuurder op dat punt zijn in het dictum opgenomen.⁸⁸

9.9.5 Geen schorsing, toch bevoegdheid bestuurder betreffende bezoldiging

[335] Een bijzondere uitspraak werd gedaan in de zaak VDL Huizen Holding. De bestuurders werden niet geschorst; er werd naast hen een derde tot bestuurder benoemd, met bepaling (in het dictum) dat deze laatste het salaris en de arbeidsvoorwaarden van de zittende bestuurders zal vaststellen.⁸⁹ De (niet-geschorste) bestuurders waren allebei natuurlijke persoon en elk had een arbeidsovereenkomst met de vennootschap.⁹⁰ Zij waren ook aandeelhouder en hadden ingevolge de statuten in hun hoedanigheid van algemene vergadering van aandeelhouders zelf hun salaris en arbeidsvoorwaarden vastgesteld. De omvang van salarissen, privé-onttrekkingen en rekening-courantverhoudingen met de bestuurders was – kort gezegd – niet in overeenstemming met de slechte financiële positie van de vennootschap. Overwogen werd dat de OK-bestuurder het tot zijn taak mag rekenen “de nodige maatregelen te treffen ter zake van de aanpassing van het salaris, het stoppen van privé-onttrekkingen en het terugdringen van de rekening-courantstand” en dat er aanleiding is om “in afwijking (...) van de statuten (...) te bepalen dat het salaris en de arbeidsvoorwaarden van (de bestuurders, AF) afzonderlijk zullen worden vastgesteld” door de OK-bestuurder.⁹¹ Uit deze formulering blijkt dat er geen nieuwe bevoegdheid is gecreëerd; een bestaande statutaire bevoegdheid van de algemene

87. OK 11 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4392, *ARO* 2017/29 (Royaums), r.o. 3.13.

88. Het dictum houdt onder meer in: “schorst ... als bestuurders van Royaums, en bepaalt dat zij gedurende hun schorsing geen recht hebben op enige managementvergoeding, behoudens voor zover de hierna te benoemen bestuurder anders beslist”.

89. OK 22 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1073, *ARO* 2018/105 (VDL Huizen Holding). De benoemde bestuurder werd uitgerust met beslissende stem en zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid. Hij mocht het tot zijn taak rekenen een minnelijke regeling te beproeven.

90. OK 22 maart 2018 (VDL Huizen Holding), r.o. 2.4.

91. OK 22 maart 2018 (VDL Huizen Holding), r.o. 3.8. Duynstee legt een verband tussen deze uitspraak en drie andere beschikkingen waarin de Ondernemingskamer concrete aanwijzingen geeft aan de door haar benoemde bestuurder en “meer sturing en reliëf geeft dan de standaardsuggesties omtrent het onderzoeken van een minnelijke regeling” (D.J.F.F.M. Duynstee, annotatie bij OK 22 maart 2018, *JOR* 2018/150).

HOOFDSTUK 9

vergadering is overgedragen aan de benoemde bestuurder. De benoemde bestuurder kan die statutaire bevoegdheid gebruiken nadat de bestaande arbeidsvoorwaarden, waaronder de afspraken over het salaris, zijn beëindigd.⁹² Onduidelijk is of (en op welke grond) de salarisafspraken in dit geval van tafel zouden zijn.⁹³ In 9.10.1 komt aan de orde dat het zeer onaannemelijk is dat een OK-bestuurder een bestaande bezoldigingsverplichting eenzijdig opzij kan schuiven.

9.9.6 Ontheffing bezoldigingsverplichting; geen rol voor benoemde bestuurder

[336] Niet altijd is voor een benoemde bestuurder een rol weggelegd op het gebied van de managementvergoeding van de geschorste bestuurder. De volgende uitspraken zijn daar voorbeelden van.

In de zaak Roessen & Roessen is de bestuurder geschorst.⁹⁴ Het dictum van de beschikking houdt in “en bepaalt dat zij zolang de schorsing voortduurt geen aanspraak heeft op een *managementfee*”. Die beslissing is als volgt gemotiveerd. De bestuurder stond als zodanig ingeschreven in het handelsregister, verrichtte al geruime tijd geen werkzaamheden terwijl hervatting van de bestuurstaken niet kon worden verwacht, maar ontving wel een management fee.⁹⁵

Ook in de zaak 2Link Holding waren al een jaar geen managementwerkzaamheden verricht.⁹⁶ Uit de beschikking blijkt verder van privé uitgaven ten laste van de vennootschap in tijden van liquiditeitskrapte. De Ondernemingskamer continueerde de door de Voorzieningenrechter uitgesproken schorsing, onder de bepaling – in de overwegingen en in het dictum – dat 2Link Holding geen management fee verschuldigd is zolang de schorsing voortduurt.

9.10 Aantasting van bezoldigingsaanspraak kan niet worden uitbesteed en hoort in het dictum

[337] In 9.8 is betoogd dat de bezoldigingsverplichting niet zonder meer van de baan is als de Ondernemingskamer een functionaris schorst. Zonder een beslissing over de aanspraak van de geschorste functionaris op managementvergoeding, blijft die aanspraak ongewijzigd in stand.

92. Om een nieuwe verplichting/aanspraak te kunnen bepalen moet de oude van de baan zijn (nr. 325, 329). In 9.13 en 9.14 wordt ingegaan op (on)mogelijkheden om die verplichting bij onmiddellijke voorziening aan te tasten. Zie ook 9.6.

93. Automatisch gebeurt dat niet, zie 9.8. Het dictum van de beschikking OK 22 maart 2018 (VDL Huizen Holding) vermeldt geen opheffing van de bezoldigingsverplichting.

94. OK 18 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2165, *ARO* 2017/128 (Roessen & Roessen).

95. OK 18 mei 2017 (Roessen & Roessen), r.o. 3.5, 3.6 en 3.10.

96. OK 16 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO4937, *ARO* 2010/170 (2Link Holding), r.o. 3.11 en het dictum. Zie ook nr. 138.

De voorbeelden in de vorige paragraaf tonen beslissingen die ofwel bedoeld zijn om de aanspraak aan te tasten, ofwel strekken tot het aantasten van de aanspraak én vaststelling van een vergoeding door een benoemde bestuurder, ofwel alleen gericht zijn op vaststelling van de vergoeding door de benoemde bestuurder. Die drie varianten worden nu onderzocht. Nagegaan wordt of die beslissingen de beoogde effecten hebben.

9.10.1 Vaststelling vergoeding door benoemde bestuurder

[338] Eerst iets over die derde verschijningsvorm.⁹⁷ Daarin wordt bepaald dat de OK-bestuurder de bezoldiging van de zittende (al dan niet geschorste) bestuurder kan vaststellen. Zoals gezegd kan geen nieuwe aanspraak op management fee/nieuwe bezoldigingsverplichting in het leven worden geroepen zolang de oorspronkelijke aanspraak/verplichting nog bestaat.⁹⁸ In de derde variant is de oorspronkelijke aanspraak/verplichting niet kenbaar aangetaast. Dat kan twee dingen betekenen. Ofwel die variant impliceert een stilzwijgende beslissing tot terzijdestelling van de bezoldigingsverplichting, ofwel het beoogde effect – bepaling van de vergoeding door de OK-bestuurder – kan niet worden verwezenlijkt. Als een impliciete ‘terzijdestellingbeslissing’ moet worden aangenomen, is de vraag wie die neemt, de Ondernemingskamer of de benoemde bestuurder.

Ik betwijfel of de OK-bestuurder de bevoegdheid heeft of toebedeeld kan krijgen om eenzijdig de bestaande bezoldigingsverplichting opzij te schuiven. Hij heeft alle (gewone) bevoegdheden van een bestuurder. Die stellen hem in staat te trachten die verplichting aan te tasten, waarbij hij te maken krijgt met de regels van het overeenkomstenrecht en, bij arbeidsovereenkomsten, met de deels dwingende regels van het arbeidsrecht. Voor eenzijdige aantasting van een eigen verplichting van de rechtspersoon bieden die regels betrekkelijk weinig ruimte.⁹⁹

Aan de benoemde bestuurder kunnen bij beschikking extra bevoegdheden worden toegedeeld.¹⁰⁰ Ik meen echter dat de reikwijdte van een specifieke bevoegdheid om de bezoldigingsverplichting aan te tasten uiterst beperkt is, om de volgende redenen. In herinnering wordt geroepen dat met een onmiddellijke voorziening kan worden afgeweken van dwingend recht.¹⁰¹ Het gaat daarbij om dwingende regels voor de interne rechtsverhoudingen of dwingendrechtelijke

97. OK 18 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:532, *ARO* 2016/67, (ZED+) en OK 22 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1073, *ARO* 2018/105 (VDL Huizen Holding) vallen in deze categorie (9.9.1 en 9.9.5).

98. Nr. 325, 329.

99. Zie ook hfdst. 7.

100. Zie 4.3.2. Overigens is in de hiervoor genoemde gevallen, ook in OK 22 maart 2018 (VDL Huizen Holding), aan de bestuurder niet een specifieke bevoegdheid gegeven om de bezoldigingsverplichting aan te tasten.

101. In 3.10 is jurisprudentie en de discussie daarover beschreven.

bepalingen uit Boek 2 BW. Of in die jurisprudentie ligt besloten dat met een onmiddellijke voorziening kan worden afgeweken van dwingende regels die externe rechtsverhoudingen beheersen, staat niet vast.¹⁰² Volgens die jurisprudentie is het de rechter die kan afwijken van dwingend recht bij het treffen van een voorziening. Daarmee is niet gezegd dat de rechter een door hem benoemde functionaris de bevoegdheid kan verlenen om te handelen in afwijking van of in strijd met dwingend recht. Dat laatste zou een aanzienlijke stap verder zijn, waarvoor ik geen aanknopingspunten zie.

Er lijkt weinig ruimte te zijn om de benoemde bestuurder bijzondere bevoegdheden buiten het kader van Boek 2 BW te geven. Een bevoegdheid, die meebrengt dat de regels van het (arbeids)overeenkomstenrecht niet gelden voor de OK-bestuurder, is – ook in het enquêterecht – moeilijk voorstelbaar. Dat geldt mijns inziens eveneens als die regels regelend recht behelzen.¹⁰³

Een speciale bevoegdheid om de bezoldigingsverplichting te wijzigen lijkt daarom nauwelijks meer armslag te geven dan de ‘gewone’ bevoegdheid van de benoemde bestuurder. Hij mag er naar streven de bezoldiging aan te tasten. Daarbij is hij nog steeds gebonden aan de regels van het (arbeids)overeenkomstenrecht. Zoals gezegd, laten die regels weinig ruimte voor eenzijdige aantasting van een eigen verplichting. Het is daarom onaannemelijk dat de OK-bestuurder kan beslissen om de bezoldigingsaanspraak van de geschorste bestuurder terzijde te stellen.

De conclusie is dan de volgende. Als de Ondernemingskamer van oordeel is dat de bezoldigingsaanspraak voor de duur van de schorsing moet worden gewijzigd, moet de bestaande aanspraak/verplichting worden aangetast. Dat is een beslissing die zij niet kan uitbesteden; zij dient haar zelf te nemen.

De beslissing is bepalend voor de positie van de geschorste bestuurder. De beslissing geeft een indicatie voor de bewegingsruimte die de benoemde bestuurder heeft bij het vaststellen van een nieuwe bezoldiging. Uit oogpunt van duidelijkheid over die positie en die armslag, behoort die beslissing mijns inziens expliciet gemaakt te worden.¹⁰⁴ In 9.10.2 wordt daarop teruggekomen.

102. De in nt. 121 bij 3.10 aangehaalde schrijvers laten zich hier niet over uit. Zie wel aldaar Storm (in negatieve zin) m.b.t. afwijking “in algemene zin van dwingend recht” bij voorzieningen op de voet van art. 2:356 BW.

103. Tenzij de partijen bij de managementovereenkomst hebben voorzien in de mogelijkheid dat een in een enquêteprocedure benoemde bestuurder zou afwijken van regelend recht.

104. In 9.14 wordt onderzocht in hoeverre de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening kan ingrijpen in de bezoldigingsverplichting. Als de Ondernemingskamer een tijdelijk andere bezoldiging niet noodzakelijk acht, maar wel wenselijk, kan ze een suggestie aan de benoemde bestuurder doen om – binnen zijn bevoegdheden – de bezoldigingsverplichting te beïnvloeden. Of het praktisch is, gelet op de in nr. 338 aangeduide beperkingen, dat de benoemde bestuurder daar tijd aan besteedt, wordt in het midden gelaten.

9.10.2 De Ondernemingskamer beslist over bezoldigingsverplichting

[339] In de eerste twee verschijningsvormen – beslissingen gericht op (slechts) aantasting van de bezoldigingsaanspraak en beslissingen gericht op zowel het aantasten van de aanspraak als een door de benoemde bestuurder vastgestelde vergoeding – beslist de Ondernemingskamer expliciet. Zij bepaalt uitdrukkelijk dat de vergoeding tijdelijk niet aan de geschorste bestuurder verschuldigd is.¹⁰⁵ Die bepaling is niet altijd in het dictum opgenomen.¹⁰⁶

De zinsnede – in de overwegingen of in het dictum – dat de vergoeding niet verschuldigd is, behelst een ingreep in een externe rechtsverhouding van de rechtspersoon. Die ingreep is gericht op een nieuwe, andere inrichting van zo’n rechtsverhouding voor de duur van de onmiddellijke voorziening. De wederpartij van de rechtspersoon in die rechtsverhouding, de te schorsen bestuurder, hoeft niet te verschijnen in de enquêteprocedure en doet dat ook niet altijd. Zelfs als hij verschijnt, gaat het debat vaak nauwelijks over de inhoud van zijn externe rechtsverhouding met de rechtspersoon. Men is bovendien niet altijd verdacht op een ingreep in een externe rechtsverhouding.¹⁰⁷ Om deze redenen is de grootst mogelijke duidelijkheid geboden als de rechtspersoon van zijn bezoldigingsverplichting wordt ontheven. Alleen al daarom zou die beslissing (ook) in het dictum moeten staan.

9.11 Benoemde bestuurder kan vergoeding vaststellen na bezoldigingsingreep door de Ondernemingskamer

[340] Als de Ondernemingskamer eenmaal heeft beslist dat de geschorste bestuurder gedurende de schorsing geen aanspraak heeft op de overeengekomen vergoeding, ligt in de meeste gevallen de weg open voor de OK-bestuurder om, als hij de geschorste bestuurder inschakelt, een nieuwe vergoeding te bepalen.¹⁰⁸

Bedacht moet worden dat als de OK-bestuurder de geschorste bestuurder inschakelt, diens bestuurderschap niet herleeft. Mijns inziens zijn daarom de regels voor bezoldiging van bestuurders dan niet van toepassing. Evenmin van toepassing is de (interne) bevoegdheidsverdeling ter zake van bezoldiging van het bestuur. Als de OK-bestuurder een vergoeding voor de ingeschakelde, geschorste bestuurder bepaalt, gaat het niet om bezoldiging van een bestuurder. De OK-bestuurder kan gewoonlijk zijn bestuurders-bevoegdheden aanwenden om de vergoeding vast te stellen. Soms bieden die bevoegdheden daartoe

105. Zie 9.9.2, 9.9.3, 9.9.4 en 9.9.6.

106. 9.9.2.

107. Zo vanzelfsprekend is zo’n ingreep in het kader van het enquêterecht niet, vgl. 9.7.2.

108. De Ondernemingskamer kan in de overwegingen een suggestie op dat punt aan de bestuurder meegeven.

geen ruimte. Bijvoorbeeld als dit soort ‘vergoedings-bevoegdheid’ binnen de interne rechtsverhoudingen niet bij het bestuur, maar elders is neergelegd.¹⁰⁹ In die gevallen is een ingreep in de interne rechtsverhoudingen nodig om de OK-bestuurder in staat stellen de vergoeding te bepalen; de vergoeding-bevoegdheid moet naar hem worden overgeheveld. Die ingreep geschiedt bij (meestal afzonderlijke) onmiddellijke voorziening, die in het dictum thuishoort en verschijnt met de formule “bepaalt, in afwijking van de statuten, (...)”.¹¹⁰

Het is dus meestal niet strikt noodzakelijk, om de OK-bestuurder bij wijze van onmiddellijke voorziening – en dus in het dictum – te bekleden met de bevoegdheid om een vergoeding te bepalen voor de door hem ingeschakelde geschorste bestuurder. Dat neemt niet weg dat het nuttig kan zijn om in het dictum te vermelden dat de OK-bestuurder beslist over de nieuwe vergoeding. Daarmee is zowel voor de geschorste bestuurder als voor de OK-bestuurder twijfel op dit punt uitgesloten (vergelijk 9.10).

9.12 Motiveringen van de bezoldigingsingreep

[341] De bepaling dat aan de geschorste bestuurder geen managementvergoeding toekomt wordt zelden afzonderlijk en uitdrukkelijk gemotiveerd. Wat wel voorkomt is dat de schorsing en de ontzegging van de vergoeding gecombineerd worden gemotiveerd. Ook gebeurt het dat bij de bezoldigingsingreep verwezen wordt naar de motivering van de schorsing of van de enquête.¹¹¹

In die motivering klinkt dan vaak een zorgelijke financiële toestand van de rechtspersoon door. In de zaak VDL Huizen Holding was sprake van relatief buitensporige salarissen, privé-onttrekkingen en scheve rekening-courantverhoudingen ten tijde van liquiditeitskrapte.¹¹² In de zaak Depron Holding waren in verband met de precaire financiële toestand afspraken gemaakt om de managementvergoeding van de bestuurders (natuurlijke personen die op basis

109. Dat kan bijvoorbeeld uit de statuten voortvloeien.

110. Voor een voorbeeld van deze formulering zie OK 22 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1073, *ARO* 2018/105 (VDL Huizen Holding), hiervoor in 9.9.5 besproken. In die zaak was overigens geen sprake van schorsing en vervolgens inschakeling. De bestuurders bleven in functie en de beslissing over hun bezoldiging werd aan de OK-bestuurder opgedragen. De bestaande bezoldigingsbevoegdheid werd daartoe overgeheveld van de algemene vergadering van aandeelhouders naar de OK-bestuurder.

111. Bijv. OK 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4571, *ARO* 2014/147 (S&R/Direkt Mail Service Buro).

Ter motivering van de schorsing en de ontzegging van de vergoeding wordt verwezen naar de motivering van de enquête. Daaruit valt af te leiden dat de bestuurder, een natuurlijke persoon, geschorst is omdat hij zijn financiële eigenbelang heeft gediend.

112. OK 22 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1073, *ARO* 2018/105 (VDL Huizen Holding). r.o. 3.8. Zie ook 9.9.5.

van een overeenkomst van opdracht bestuurden) te reduceren.¹¹³ Er bestond onduidelijkheid over de declaraties en er was geld aan de vennootschap onttrokken zonder geldige grondslag.¹¹⁴ Bij Resort Appelscha was de financiële situatie onduidelijk, maar er leek een financiële noodtoestand, en de bestuurders leken de belangen van de vennootschap ondergeschikt te hebben gemaakt aan hun eigen belangen.¹¹⁵

Soms zijn er aanwijzingen dat de (omvang van de) managementvergoeding aanleiding geeft tot ontzegging van de aanspraak daarop. Zo werd in de beschikking inzake PCC verwezen naar “de – zwaar op de vennootschap drukkende – verplichting tot doorbetaling van salaris”.¹¹⁶ Over de hoogte van het salaris geeft de beschikking geen informatie, noch over de financiële toestand van de vennootschap.¹¹⁷

Het vereiste besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders over de remuneratie van de bestuurder van Deus ex Machina ontbrak en over de grondslag ervan bestond onduidelijkheid.¹¹⁸ De bepaling dat de bestuurder geen managementvergoeding toekomt is niet afzonderlijk gemotiveerd, maar heeft mogelijk van doen met die onduidelijkheid en dat gebrek.¹¹⁹

Uit de beschikkingen in de zaken Roessen & Roessen en 2Link Holding blijkt een verband tussen de opheffing van de bezoldigingsverplichting en de omstandigheid dat de bestuurder geen werkzaamheden verrichtte.¹²⁰

-
- 113. OK 21 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3449, *ARO* 2014/175 (Depron Holding), r.o. 2.6 en 3.2.
 - 114. OK 21 augustus 2014 (Depron Holding), r.o. 3.6; de schorsing werd hiermee gemotiveerd; de ontzegging van de managementvergoeding staat alleen in het dictum.
 - 115. OK 22 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3481, *ARO* 2014,177 (Resort Appelscha). Ter illustratie van de financiële toestand: de vennootschap was ondergebracht bij de afdeling bijzonder beheer van de bank en betwijfeld werd of er middelen waren om het onderzoek te bekostigen. De ontzegging van de management fee staat alleen in het dictum.
 - 116. OK 2 maart 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AG2772 (PCC). De volledige motivering van de getroffen onmiddellijke voorzieningen luidt: “In verband met de toestand van de vennootschap en in het belang van het onderzoek acht de Ondernemingskamer het treffen van onmiddellijke voorzieningen geboden. Zij zal Baan als bestuurder schorsen, zodat Pattynama volledig bevoegd bestuurder is. De Ondernemingskamer acht het voorts geboden de – zwaar op de vennootschap drukkende – verplichting tot doorbetaling van salaris aan Baan te beperken als hierna te vermelden. Het staat de vennootschap overigens vrij Baan zonodig en desgewenst bij werkzaamheden in te schakelen tegen een overeen te komen bezoldiging.”.
 - 117. Van Slooten wijst er op, dat in het arbeidsrecht financiële krapte bij de werkgever niet wordt aangemerkt als omstandigheid die in de risicosfeer van de werknemer valt en geen grond oplevert voor verval van de loondoorbetalingsverplichting (Van Slooten, *SR* 2001, p. 277).
 - 118. OK 5 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1, *ARO* 2016/36 (Deus ex Machina), r.o. 3.12 (de eerste beschikking in deze zaak). Het betrof een natuurlijke persoon; uit de beschikking blijkt niet of hij op basis van arbeidsovereenkomst dan wel opdracht actief was.
 - 119. OK 28 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1611, *ARO* 2016/116 (Deus ex Machina), vervolgbeschikking.
 - 120. OK 16 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO4937, *ARO* 2010/170 (2Link Holding); OK 18 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2165, *ARO* 2017/128 (Roessen & Roessen). In

Soms wordt aan de geschorste bestuurder de aanspraak op de managementvergoeding ontzegd zonder kenbare motivering. De zaak *Royaums* is daar een voorbeeld van.¹²¹ In de zaak *Nieuwendijk Monumenten* is evenmin gemotiveerd waarom de vennootschap ontslagen is van haar verplichting de managementvergoedingen aan de geschorste bestuurder te betalen.¹²²

9.13 Ingrep in de bezoldigingsverplichting; strekking, karakter en vereisten

[342] Ingrep in de bezoldiging in het kader van een onmiddellijke voorziening hebben een tijdelijk karakter. Meestal wordt de duur van de ingreep verbonden aan de looptijd van de schorsing. Met de maatregel wordt evenwel niet beoogd de nakoming van de bezoldigingsverplichting uit te stellen tot na beëindiging van de schorsing.¹²³ De bedoeling is dat de verplichtingen over de periode van schorsing geheel vervallen.¹²⁴ In zoverre kan gesproken worden van een onomkeerbaar gevolg van de maatregel.¹²⁵

[343] Betwijfeld kan worden of een ingreep in de bezoldigingsverplichting een zelfstandige onmiddellijke voorziening is. Hij komt bijna altijd voor in combinatie met schorsing. De maatregel wordt niet steeds in het dictum vermeld en wordt gevarieerd geformuleerd.¹²⁶ Dat lijkt te wijzen op een accessoir karakter.

De associatie met artikel 2:357 lid 2 BW kan zich opdringen.¹²⁷ Daarin wordt bepaald dat de Ondernemingskamer in de tweede fase zo nodig de gevolgen van voorzieningen regelt. Over toepasbaarheid van die bepaling in de eerste fase is

deze laatste zaak waren de bestuurders besloten vennootschappen; dat wijst er op dat er geen arbeidsovereenkomst was. Zie ook 9.9.6.

121. OK 11 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4392, *ARO* 2017/29 (*Royaums*).

122. OK 1 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4263, *ARO* 2015/1 (*Nieuwendijk Monumenten*). De schorsing was mede ingegeven door belangenverstrengeling en financiële malversaties.

123. Dit in afwijking van de onmiddellijke voorzieningen die zijn besproken in hfdst. 8, waarmee in eerste instantie gewoonlijk uitstel van de nakoming van een (koop)overeenkomst wordt bewerkstelligd.

124. In hoeverre geschorste functionarissen, als ze na de periode van schorsing op hun post zijn teruggekeerd, de gemiste vergoeding alsnog aan zichzelf laten uitbetalen, kan ik niet overzien. Indien de geschorste bij wijze van voorziening na gebleken wanbeleid ontslagen wordt, gebeurt dat in elk geval niet.

125. Volgens vaste jurisprudentie staat aan het treffen van onmiddellijke voorzieningen niet zonder meer in de weg dat zij kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen (3.11).

126. Vgl. de in 9.9 besproken voorbeelden.

127. Bennaars beschouwt ingrijpen in de bezoldigingsverplichting als het regelen van gevolgen van de voorziening (Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder* (Mon. SR nr. 68) 2015/5.6.2).

discussie geweest.¹²⁸ De Ondernemingskamer heeft in een beschikking inzake Leaderland een onmiddellijke voorziening aangevuld met een flankerende maatregel, met de bewoordingen “op de voet van art. 2:357 lid 2 BW – hier analoog van toepassing”.¹²⁹ De wetgever heeft de wetswijziging van 2013 niet aangegrepen om een vergelijkbare bepaling voor de gevolgen van onmiddellijke voorzieningen in het leven te roepen. Op deze plaats wordt in het midden gelaten of de Ondernemingskamer in de eerste fase een bij wet gegeven afzonderlijke bevoegdheid zou moeten hebben om de gevolgen van voorzieningen te regelen. Inmenging in de bezoldiging kan namelijk niet beschouwd worden als het regelen van gevolgen van de schorsing. Schorsing heeft niet automatisch effect op de bezoldigingsverplichting.¹³⁰ In zoverre is het niet noodzakelijk om iets te regelen voor de bezoldiging. Voor een goed functioneren van de schorsingsvoorziening zijn aanwijzingen over de managementvergoeding evenmin nodig. Ik meen dan ook dat een ingreep in de bezoldiging een zelfstandige voorziening is.

[344] Voor de eisen die aan de ingreep worden gesteld maakt het niet uit of ze een eigenstandig of een accessoir karakter heeft. Of de interventie nu een zelfstandige of een bijkomende maatregel is, ze moet voldoen aan de vereisten voor het treffen van een onmiddellijke voorziening. Er is geen reden om aan een bijkomende maatregel minder strenge eisen te stellen dan aan een hoofdmaatregel.

Die vereisten zijn als volgt te omschrijven.¹³¹ Een onmiddellijke voorziening kan worden getroffen in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek, en in beide gevallen alleen als er noodzaak toe bestaat. Ook de belangen van degenen, die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken, moeten worden meegewogen.¹³² Bij dat alles mag niet worden vergeten dat een onmiddellijke voorziening moet voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.¹³³ In de volgende paragraaf wordt bezien onder welke omstandigheden aan de vereisten kan worden voldaan.

128. Leijten achttē – voor de wetswijziging van 2013 – art. 2:357 lid 2 BW ook toepasbaar bij onmiddellijke voorzieningen (Leijten 2002, p. 72). Zo ook Geerts 2004, 5.3.6.1. Eikelboom suggereert dat een vergelijkbare bepaling voor de gevolgen van onmiddellijke voorzieningen niet nodig is, omdat regelingen met het oog op die gevolgen kunnen worden gezien als zelfstandige onmiddellijke voorzieningen of als onderdeel van een onmiddellijke voorziening (Eikelboom 2017, p. 8.5.1).

129. OK 22 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3014, ARO 2015/188 (Leaderland).

130. Zie 9.8.

131. Ze zijn meermalen aan de orde geweest, zie i.h.b. hfdst. 3.

132. Zie hierover bijv. ook concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2014:293, bij HR 11 juli 2014, ARO 2014/105 (Novero), nr. 2.11-2.12. Sinds 2013 is dit vereiste wettelijk vastgelegd (3.5 en 3.7).

133. 3.12.

9.14 Omstandigheden die een bezoldigingsingreep vergen; verwijtbaarheid

9.14.1 De toestand van de rechtspersoon

[345] Zijn er omstandigheden denkbaar waarin de toestand van de rechtspersoon vergt dat aan de geschorste persoon de managementvergoeding wordt onthouden? Gedacht kan worden aan grote onrust binnen de onderneming over een managementvergoeding of over de manier waarop de remuneratie is vastgesteld. Ingrijpen kan noodzakelijk zijn om privé onttrekkingen of kwalijke rekening-courantverhoudingen, die niet langer kunnen worden getolereerd in verband met de toestand van de rechtspersoon, recht te trekken. Een interventie kan dienen om de angel uit een voortwoekerend conflict te halen. Of om een level playing field te creëren.¹³⁴ Te denken valt misschien aan een exceptioneel nijpende financiële noodtoestand.¹³⁵ De financiële noodtoestand wordt in 9.14.3 uitvoeriger besproken.

9.14.2 Het belang van het onderzoek

[346] Het is moeilijk voorstelbaar dat het belang van het onderzoek vereist dat de rechtspersoon wordt ontheven van zijn bezoldigingsverplichting. Onder omstandigheden zou als volgt geredeneerd kunnen worden. Voor het onderzoek is geld nodig, de rechtspersoon moet dat voorschieten, maar zijn financiële situatie laat niet toe dat hij én de management fee voldoet én de

134. De terminologie level playing field lijkt in het ondernemingsrecht even ingeburgerd als de Nederlandse versie gelijk speelveld. De Hoge Raad gebruikte level playing field (tussen aanhalingstekens) in de beschikking ABN Amro (HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, r.o. 4.6).

In de zaak Teka (OK 3 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3193, ARO 2015/189) werd niet bepaald dat een bestuurder tijdelijk geen aanspraak had op een vergoeding, maar werd een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders tot verhoging van de bestuurdersbezoldiging geschorst. (Vgl. voor dit type onmiddellijke voorziening 4.8.) De casus vereenvoudigd weergegeven: De algemene vergadering van aandeelhouders, gedomineerd door een Zwitserse familie, besloot de bestuurderssalarissen te verhogen van € 12.000 naar € 500.000 en € 900.000 per jaar. Toename van bestuurs-inspanningen bleek niet. Drie van de vier bestuurders waren lid van de Zwitserse familie. De algemene vergadering besloot – in verband met liquiditeitsproblemen – nieuwe aandelen uit te geven en tevens dat de bestuurders de koopprijs voor de nieuwe aandelen konden verrekenen met hun salaris. Daardoor zouden in de praktijk de Zwitserse aandeelhouders-bestuurders aan de emissie kunnen meedoen. Het belang van andere aandeelhouders zou wegens gebrek aan middelen verwateren.

135. Het gaat hier om het enquêterechtelijke criterium voor het treffen van een onmiddellijke voorziening en niet om een arbeidsrechtelijk criterium. Van Slooten wijst er op dat in het arbeidsrecht financiële nood geen grond is voor ontzegging van de aanspraak op loon (Van Slooten, *SR* 2001, p. 277).

onderzoekskosten fourneert, zodat de management fee het moet ontgelden.¹³⁶ Op die redenering, die is gebaseerd op de financiële toestand van de rechtspersoon, valt veel af te dingen. Dat wordt in 9.14.3 toegelicht. Hier wordt nog opgemerkt dat in geval van een buitensporige management fee, toepassing van het criterium 'de toestand van de rechtspersoon' meer voor de hand ligt.¹³⁷

9.14.3 Financiële noodtoestand

[347] De veronderstelling, dat de financiële situatie van de rechtspersoon een omstandigheid zou kunnen zijn die een ingreep in de managementvergoeding rechtvaardigt, roept een vraag op. Kunnen ook andere financiële verplichtingen van de rechtspersoon met onmiddellijke voorzieningen bij financiële nood worden aangetast? Dat is onaannemelijk. Nog afgezien van velerlei andere bezwaren, lijken de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit hieraan in de weg te staan.

Er zijn natuurlijk wel verschillen tussen 'gewone' crediteuren van de rechtspersoon en managers.¹³⁸ Deze laatsten zijn geïnvolveerd in het bestuur en beleid van de rechtspersoon. Zij voeren op grond van een overeenkomst bestuurswerkzaamheden uit. Veel van hen hebben bovendien een interne rechtsverhouding met de rechtspersoon in de zin van artikel 2:8 BW. Niet valt in te zien dat die betrokkenheid *op zichzelf* voldoende zou zijn om hen, zwaarder dan andere crediteuren, te belasten met een risico voor de financiële staat van de rechtspersoon. Hun positie van manager is op zichzelf geen argument om hen bij financiële nood de vergoeding te ontfangen.

Is dat anders als er niet slechts een financiële noodtoestand heerst, maar bovendien aan de manager een verwijt te maken valt over (het ontstaan van) die noodtoestand? Als de financiële nood de manager kan worden aangerekend, vraagt de toestand van de rechtspersoon meestal wel om een onmiddellijke voorziening. Dat is dan echter een andere maatregel dan een bezoldigingsingreep. Schorsing van de manager ligt voor de hand, evenals het benoemen van een bestuurder die orde op financiële zaken kan stellen. Tussen enerzijds het goede verloop van het onderzoek en anderzijds een verwijt over de financiële toestand aan de manager, is nauwelijks een verband te ontwaren. Het lijkt mij dan ook hoogst onwaarschijnlijk, dat zo'n verwijt meebrengt dat het belang van het onderzoek een ingreep in de management fee vergt.

Ik kom tot de slotsom dat de financiële situatie van de rechtspersoon praktisch nooit een reden kan zijn om aan een geschorste persoon zijn management fee te ontfangen.

136. De rechtspersoon draagt in eerste instantie de kosten van het onderzoek (art. 2:350 lid 3 BW). Zie ook nr. 65.

137. Zie 9.14.1.

138. Manager als omschreven in nt. 1 bij 9.1.

HOOFDSTUK 9

9.14.4 Verwijtbaarheid is geen criterium voor ingrijpen in de bezoldiging

[348] In de hiervoor gegeven voorbeelden uit de jurisprudentie schemert her en der – maar niet steeds – een verwijt door aan degene wiens aanspraak op de managementvergoeding onder vuur komt te liggen.¹³⁹ In 9.14.1 zijn hypothetische omstandigheden beschreven, die een bezoldigingsingreep zouden kunnen rechtvaardigen. Van die omstandigheden, bijvoorbeeld van privé onttrekkingen, zal soms aan de geschorste functionaris een verwijt te maken zijn. Daarmee is echter niet gegeven, dat het verwijt aan de geschorste functionaris ten grondslag kan worden gelegd aan de bezoldigingsingreep.

Ik merk op dat een verwijt niet vereist is voor zo'n ingreep. Dat de in 9.14.1 genoemde omstandigheden de bezoldigingsingreep zelfstandig – zonder additioneel verwijt – kunnen dragen, acht ik goed mogelijk. Het is overigens, meen ik, niet bezwaarlijk als er een element van verwijt in het spel is bij een bezoldigingsingreep. Het verwijt is dan een bijkomend argument, naast andere omstandigheden die de maatregel vergen.

Als echter verwijt het (enige) motief is, terwijl niet tegelijkertijd is voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit, hoort de bezoldigingsingreep achterwege te blijven. Hij dreigt dan een punitief karakter te krijgen of vooruit te lopen op (mogelijke gevolgen van) een oordeel in de tweede fase over aansprakelijkheid voor wanbeleid.

9.15 Risico naar verkeersopvattingen voor ingrepen in bezoldigingsverplichtingen

9.15.1 Inleidende opmerkingen

[349] Een onmiddellijke voorziening, die in de weg staat aan nakoming van een verbintenis door de rechtspersoon, levert voor hem alleen overmacht op als ze niet aan zijn schuld te wijten is en niet voor zijn risico komt.¹⁴⁰ Hier wordt nog enig onderzoek gedaan naar toerekening krachtens verkeersopvattingen in verband met managementovereenkomsten.

Vooraf zij dit opgemerkt. De Ondernemingskamer formuleert de bepaling, dat de rechtspersoon de managementvergoeding van een door haar geschorste functionaris niet hoeft te betalen, gewoonlijk niet als een verbod of gebod.¹⁴¹

139. Zie bijv. 9.9.2.

140. Art. 6:74 lid 1 en 6:75 BW. Zie 7.8 en 7.11-7.13. Toerekening van tekortkomingen in de nakoming krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen is daar ook aan de orde gekomen.

141. Onmiddellijke voorzieningen die ingrijpen in aandelentransacties worden wel als verbod of gebod geformuleerd.

In beschikkingen valt te lezen dat de rechtspersoon de management fee “niet verschuldigd is” of dat de manager “geen aanspraak heeft op vergoeding” of vergelijkbare zinsneden.¹⁴² Deze formuleringen kunnen de indruk wekken dat de rechtspersoon ruimte heeft om toch zijn bezoldigingsverplichting tegenover de manager na te komen.¹⁴³ Als die ruimte er zou zijn, zou nakoming niet onmogelijk zijn. De rechtspersoon heeft dan geen beroep op overmacht.¹⁴⁴ De bedoeling in dit soort beschikkingen is echter dat de managementvergoeding daadwerkelijk tijdelijk niet wordt voldaan.¹⁴⁵ Het zou daarom duidelijker zijn als de bezoldigingsingreep als verbod werd geformuleerd.¹⁴⁶ Ook de bevoegde gewone burgerlijke rechter, mocht deze worden geconfronteerd met een beroep op overmacht door de rechtspersoon, zou bij die duidelijkheid gebaat zijn.

[350] Het ligt voor de hand dat enquêtes en onmiddellijke voorzieningen naar verkeersopvattingen voor risico van de rechtspersoon komen. Een enquête volgt immers op een oordeel over de gang van zaken en het beleid van de rechtspersoon. Gang van zaken en beleid zijn verschijnselen die onlosmakelijk zijn verbonden met de rechtspersoon. Een onmiddellijke voorziening, getroffen in het belang van het onderzoek naar dat beleid en die gang van zaken, houdt dus ook verband met omstandigheden die de rechtspersoon betreffen. Voorzieningen in verband met de toestand van de rechtspersoon zijn meestal onmiskenbaar gerelateerd aan omstandigheden die de rechtspersoon aankleven.

In het algemeen komen financieel onvermogen en onbekwaamheid van de schuldenaar voor risico van de schuldenaar.¹⁴⁷ Onmiddellijke voorzieningen om het hoofd te bieden aan een nijpende financiële toestand van de rechtspersoon en voorzieningen met het oog op onbekwaam bestuur zullen daarom gewoonlijk voor rekening van de rechtspersoon komen.

[351] De contractuele relatie tussen de rechtspersoon en een manager is een externe rechtsverhouding.¹⁴⁸ De bestuurder met een dubbele rechtsverhouding tot de rechtspersoon heeft naast een externe verhouding, een interne rechtsverhouding met die rechtspersoon.¹⁴⁹ Er zijn meer voorbeelden van wederpartijen die zowel in een interne als een externe rechtsverhouding tot de rechtspersoon staan: de aandeelhouder die een koopovereenkomst met de rechtspersoon sluit,

142. Zie 9.9 voor voorbeelden.

143. Ze laten (daarmee) ook ruimte voor twijfel over de precieze rechtspositie van de wederpartij.

144. Vgl. 7.8. Vgl. voor juridische onmogelijkheid nr. 251-254. Zonder beroep op overmacht komt het vraagstuk van de verkeersopvattingen niet aan de orde.

145. Vgl. nr. 342.

146. In 9.10 is uiteengezet dat de beslissing in het dictum thuishoort.

147. Nr. 249.

148. Zie nr. 38.

149. 9.2. Wie krachtens de wet of de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon is betrokken, heeft deel aan de interne rechtsverhoudingen van de rechtspersoon, die worden beheerst door art. 2:8 lid 1 BW, zie nr. 37.

HOOFDSTUK 9

de bestuurder die als verhuurder van de bedrijfsruimte optreedt, de commissaris met een distributieovereenkomst, enzovoort.¹⁵⁰ De vraag dringt zich op, of een interne rechtsverhouding tussen de crediteur en de rechtspersoon-debiteur van invloed is op de verkeersopvattingen. Met andere woorden: brengt een interne rechtsverhouding mee, dat een door een onmiddellijke voorziening veroorzaakte tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting van de rechtspersoon niet voor diens rekening komt? Aan de hand van de bezoldigingsingreep in de managementovereenkomst wordt de invloed van de interne verhouding op verkeersopvattingen onderzocht.¹⁵¹ Daarbij draait het om de vraag of het uitgangspunt, dat een onmiddellijke voorziening naar verkeersopvattingen voor risico van de rechtspersoon komt, ook geldt als de voorziening een bezoldigingsingreep is. Er is geen jurisprudentie over dit vraagstuk. Bij gebreke daaraan, leunt het betoog noodgedwongen zwaar op mijn opvattingen over hoe het risico verdeeld zou moeten zijn.¹⁵²

9.15.2 Variaties in mate van interne betrokkenheid bij het beleid

[352] Wie betrokken is bij de interne rechtsverhoudingen, kan moeilijk worden bestempeld als buitenstaander ten opzichte van het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon.¹⁵³ Toch is niet iedereen met een interne rechtsverhouding tot de rechtspersoon in dezelfde mate geïnvolveerd in het beleid en de gang van zaken. Houders van certificaten van aandelen en pandhouders van aandelen staan op grotere afstand van het beleid dan bestuurders en commissarissen. Ik onderscheid de volgende categorieën van betrokkenheid bij het beleid en de gang van zaken. Ten eerste kan het gaan om wetenschap: een betrokkene draagt (tot op zekere hoogte) kennis van het beleid en heeft inzicht in de gang van zaken. Ten tweede kan de betrokkenheid bestaan uit invloed, waaronder ik ook het ontwikkelen en bepalen van beleid begrijp. Ten derde zijn er betrokkenen die verantwoordelijkheid voor het beleid en de gang van zaken dragen.

150. Overigens kennen statuten soms bepalingen die betrekking hebben op zulke situaties.

151. In verband met dat thema worden hierna her en der algemene opmerkingen gewijd aan betrokkenheid bij interne rechtsverhoudingen. Die zijn in beginsel van toepassing op allerlei combinaties van externe en interne rechtsverhoudingen. Toegespitst wordt op de gecombineerde interne en externe relatie tussen de manager en de rechtspersoon. Samenloop van onmiddellijke voorzieningen met andere combinaties is uiterst zeldzaam.

152. Zie ook de observatie van Memelink, vermeld in nr. 249; Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Mon BW A20) 2007/14.

153. Deze interne betrokkenheid kan een extra argument zijn voor de gewone burgerlijke rechter om een nakomingsvordering af te wijzen, naast de in 7.4 beschreven gronden. Zie ook 9.6. Hier worden de verkeersopvattingen in geval van interne betrokkenheid onderzocht, met het oog op vorderingen tot schadevergoeding.

9.15.3 Wetenschap

[353] Kennis en inzicht zijn er in gradaties. Men kan globaal of gedetailleerder op de hoogte zijn, over de volle breedte of van bepaalde onderdelen. Wetenschap kan gelijke tred houden met feiten en ontwikkelingen, of ruimschoots achterlopen, of juist als voorkennis zijn aan te merken.

Als de wederpartij pas na het ontstaan van de verbintenis kennis krijgt van gebreken die tot de onmiddellijke voorziening leiden, kan die kennis hem niet worden tegengeworpen.¹⁵⁴ Dan doet de kennis niet af aan het uitgangspunt dat de voorziening naar verkeersopvattingen voor risico van de rechtspersoon komt. Mijns inziens kan het anders zijn, als de wederpartij ten tijde van het aangaan van de verbintenis weet had van allerlei onvolkomenheden die uiteindelijk de voorziening uitlokken.¹⁵⁵ Ook bij duurovereenkomsten, zoals managementovereenkomsten, kan het anders zijn en kan kennis, verworven na het ontstaan van de verbintenis, mogelijk wel aan de wederpartij worden tegengeworpen. Dat zal afhangen van de omstandigheden van het geval.

Naarmate de wederpartij beter op de hoogte is, lijkt de kans groter dat het risico voor een onmiddellijke voorziening, die de rechtspersoon verhindert een verplichting jegens hem na te komen, naar hem verschuift.

Ik meen dat ook relevant kan zijn in hoeverre de wederpartij toegang tot kennis heeft. Een wederpartij met vrije toegang tot informatie kan niet met succes opwerpen dat hij de facto onwetend is. Niet alle intern betrokkenen hebben in dezelfde mate toegang tot informatie. Bestuurders zijn zelf in staat kennis en inzicht te verwerven, aandeelhouders zijn gewoonlijk afhankelijk van informatie die hen verstrekt wordt.

Kennis van gebrekkigheden in het beleid kan meebrengen dat de drager van die kennis de onmiddellijke voorziening, en daarmee de tekortkoming, kon voorzien. Een onmiddellijke voorziening die voor de wederpartij voorzienbaar is, zal meestal ook voor de rechtspersoon te voorzien zijn. Voor zover de vraag naar verkeersopvattingen dan een rol speelt, zie ik geen aanleiding om af te wijken van het uitgangspunt dat de onmiddellijke voorziening voor risico van de rechtspersoon komt.¹⁵⁶

Een wederpartij-buitenstaander zal vrijwel altijd over minder informatie beschikken dan die intern betrokkenen, die tot een goed geïnformeerde kring behoren. In theorie kan ook een wederpartij zonder interne band met de rechtspersoon kennis dragen van gebrekkigheden in het beleid. Dan zou het voorgaande van toepassing kunnen zijn.

154. De mogelijkheid dat de wederpartij nog schadebeperkende maatregelen kan nemen wordt hier buiten beschouwing gelaten.

155. Zonder dat sprake is van voorzienbaarheid van de maatregel. Zie over voorzienbaarheid 7.13.

156. Voor de consequenties van voorzienbaarheid zie 7.11. Als beide contractspartijen de tekortkoming konden voorzien, komt men aan de vraag naar de verkeersopvattingen vermoedelijk niet toe, als de schadevergoedingsactie afstuit op een eigen schuld verweer of redelijkheid en billijkheid verweer.

[354] Op het eerste gezicht lijkt het thema van toerekening van kennis aan een rechtspersoon niet relevant voor de hier onderzochte verkeersopvattingen.¹⁵⁷ Bij dat thema spelen drie partijen een rol: de rechtspersoon, een derde die de rechtspersoon aanspreekt uit wanprestatie of onrechtmatige daad, en een functionaris-kennisdrager.¹⁵⁸ Onder omstandigheden kan de derde zich beroepen op toerekening van de kennis van de functionaris aan de rechtspersoon. Sinds het arrest ‘Kleuterschool Babel’ wordt kennis van een functionaris, als die kennis in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als kennis van de rechtspersoon, toegerekend aan de rechtspersoon.¹⁵⁹ Verder biedt artikel 3:66 lid 2 BW een basis om kennis van een opdrachtnemer van de rechtspersoon aan deze laatste toe te rekenen.¹⁶⁰ Deze vormen van toerekening spelen een rol in de relatie tussen de rechtspersoon en de derde die hem aanspreekt. De verhouding tussen de rechtspersoon en de kennisdrager is daarmee nog niet vastgesteld. Over die verhouding gaat een vonnis over een verkopende makelaar.¹⁶¹ Daaruit blijkt dat toerekening van kennis van de opdrachtnemer aan de opdrachtgever in diens relatie met de derde/buitenstaander, onverlet laat dat de opdrachtnemer tegenover de opdrachtgever aansprakelijk is. De makelaar had een beroepsfout gemaakt. De opdrachtgever werd daarover met succes aangesproken door de koper; de beroepsfout werd toegerekend aan de opdrachtgever. De makelaar was echter schadeplichtig tegenover zijn opdrachtgever; de fout leverde een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van overeenkomst van opdracht op.

De casus van de makelaar verschilt van de situatie, waarin de rechtspersoon, getroffen door een onmiddellijke voorziening, tekortschiet in zijn verbintenissen (een bezoldigingsverplichting) tegenover een manager. Een interne rechtsverhouding, zoals die tussen rechtspersoon en manager, ontbrak bij de makelaar en zijn opdrachtgever. Het vonnis laat evenwel zien dat schade uiteindelijk neerslaat bij degene die de kennis had.

157. Katan wijst erop dat kennis van een rechtspersoon, die geen hersenactiviteit heeft, per definitie toegerekende kennis is (Katan, (O&R nr. 98) 2017/4, 77). Zij laat zien dat toerekening van kennis aan een rechtspersoon neerkomt op risicotoedeling, waarvoor een grondslag gevonden kan worden in de verkeersopvattingen (Katan, (O&R nr. 98) 2017/77, 78).

158. Bij de onmiddellijke voorziening die een contractuele verplichting van de rechtspersoon treft, zijn twee partijen betrokken, de rechtspersoon en zijn wederpartij. Voor gebruik van het woord derde, zie 1.7.6.

159. HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595 (Kleuterschool Babel) over onrechtmatige daad van de rechtspersoon. In HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018 (Ontvanger/Voorsluijs) is overwogen dat toerekening van onrechtmatige gedragingen aan de rechtspersoon mede wordt gerechtvaardigd doordat de handelende persoon en de rechtspersoon vanuit het perspectief van de benadeelde zijn te vereenzelvigen (r.o. 3.6). Zie ook Katan, (O&R nr. 98) 2017/97. Zie over de ontwikkeling van deze maatstaf uitvoerig: Katan, (O&R nr. 98) 2017/109 en p. 5.6.

160. De omstandigheden van het geval en de aard en de inhoud van de rechtsverhouding tussen kennisdrager en degene aan wie de kennis wordt toegerekend zijn dan van belang. Zie hierover Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/219.

161. Rb. 's-Hertogenbosch 7 april 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AS3546. Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/219.

Wat betekent die beslissing voor de relatie tussen de rechtspersoon, die wegens een onmiddellijke voorziening tekortschiet in nakoming van een verplichting, en zijn crediteur, die kennis droeg van het gebrekkige beleid dat de voorziening uitlokt? Ik lees in dat vonnis een aanwijzing dat risico voor de tekortkoming kan verschuiven van de rechtspersoon naar zo'n geïnformeerde crediteur.¹⁶²

9.15.4 Invloed

[355] Invloed is een ruim begrip. Het beleid van een rechtspersoon wordt beïnvloed door veel gevarieerde factoren en personen. Naast (leden van) organen kunnen andere interne figuren en externe partijen, onder wie overheden, banken, externe toezichthouders, beoogde fusiepartners, adviseurs en concurrenten, invloed op het beleid uitoefenen, al dan niet formeel en direct. Het is ondenkbaar dat alle vormen van invloed het risico voor een onmiddellijke voorziening verleggen van de rechtspersoon naar degene die invloed op het beleid heeft. De interesse gaat hier uit naar de invloed van intern betrokkenen en daarmee vergelijkbare partijen.

De meest vergaande vorm van invloed op het beleid is het voeren en bepalen ervan. Dat is de taak van het bestuur.¹⁶³ Voor de NV en de BV zijn de bevoegdheden van het bestuur vastgelegd in de wet.¹⁶⁴ De invloed op het beleid van commissarissen bij de NV en de BV en van (vergelijkbare) interne toezichthouders bij andere rechtspersonen is gewoonlijk minder verstrekkend.¹⁶⁵ De taak van de raad van commissarissen is toezicht houden op het beleid. De algemene vergadering van aandeelhouders kan volgens vaste rechtspraak haar opvattingen over het beleid tot uitdrukking brengen door uitoefening van de haar in wet en statuten toegekende rechten.¹⁶⁶ Bij kleinere besloten vennootschappen leidt een informelere verdeling van bevoegdheden soms tot meer invloed van de aandeelhouders.

[356] De artikelen 2:138 BW en 2:248 BW regelen de aansprakelijkheid van bestuurders van de NV en de BV voor onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak is van faillissement. Degenen die niet bestuurder zijn, maar wel feitelijk het beleid van de vennootschap bepalen, worden voor de toepassing

162. Dat geldt ook voor de manager-met-kennis die geen deel heeft aan de interne rechtsverhoudingen als bedoeld in art. 2:8 BW.

163. Daartoe behoort de beleidsbepaling en de dagelijkse leiding. Voor een uitvoerige beschrijving van de bestuurstaak bij de NV en de BV, zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/121, 135.

164. Art. 2:129 BW e.v.; art. 2:239 BW e.v.

165. Voor de taak van de raad van commissarissen zie art. 2:140 BW e.v. (de NV) en art. 250 BW e.v. (de BV).

166. Over de rolverdeling tussen bestuur, commissarissen en aandeelhouders zie OK 17 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6440, *ARO* 2007/21 (Stork).

van deze bepalingen met de bestuurder gelijkgesteld en zijn naast de bestuurder aansprakelijk.¹⁶⁷ Zij worden feitelijke bestuurder of feitelijke beleidsbepaler genoemd. Invloed hebben op het beleid – hoe indringend ook – is niet voldoende om als feitelijke beleidsbepaler te worden aangemerkt. Het gaat er om dat men door beleidsbepalende handelingen het formele, benoemde bestuur feitelijk buitenspel zet.¹⁶⁸

In enquêteprocedures worden ook wel feitelijke beleidsbepalers aange troffen. Of men in het enquêterecht ook slechts als feitelijk bestuurder wordt beschouwd als de formele bestuurder buitenspel staat, valt te betwijfelen. Wellicht kan in het enquêterecht de feitelijk bestuurder ook náást een formele bestuurder, dus als medebestuurder, optreden. De tweede fase beschikking in de zaak Van der Moolen biedt ruimte voor dat gezichtspunt.¹⁶⁹ De tweede fase beschikking in de zaak Parlevliet Beheer houdt een voorbeeld in van elementen die iemand tot feitelijke beleidsbepaler kunnen bestempelen.¹⁷⁰

[357] Het beleid kan dus bepaald worden door bestuurders in formele zin en door feitelijke beleidsbepalers die geen bestuurder zijn. Deze figuren kunnen over een kam worden geschoren voor zover het hun invloed betreft. Wordt bij de rechtspersoon een onmiddellijke voorziening getroffen, dan bestaat er twijfel aan de juistheid van het beleid dat door hen is bepaald of beïnvloed. Vaak heeft de bestuurder of beleidsbepaler de voorziening min of meer over de rechtspersoon afgeroepen.¹⁷¹ Die invloed op het beleid zou, meen ik, een rol moeten spelen, als zo'n bestuurder of beleidsbepaler de rechtspersoon aanspreekt tot schadevergoeding wegens niet nakoming ten gevolge van zo'n voorziening. In de relatie tussen de rechtspersoon en degene die zijn beleid (mede) bepaalt, is het niet vanzelfsprekend dat een onmiddellijke voorziening voor risico van de rechtspersoon komt.

167. Art. 2:138 lid 7 BW en (gelijkluidend) art. 2:248 lid 7 BW.

168. Schutte-Veenstra 2017/8.3. Zij vermeldt dat met 'feitelijk bestuurder' ook kan worden aangeduid de persoon die op grond van de statuten of een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders bestuurshandelingen verricht, maar geen formeel bestuurder is (Schutte-Veenstra 2017/8.2).

169. OK 15 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ1149, ARO 2013/55 (Van der Moolen). In de 1e fase beschikking werd de term feitelijk beleidsbepaler niet gebruikt voor die figuur, die bemoeienis had met het bestuur en beleid, maar niet formeel bestuurder was (OK 5 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN0252, ARO 2010/109 (Van der Moolen)).

170. OK 20 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4767, ARO 2019/75 (Parlevliet Beheer), r.o. 4.13. In deze 2e fase uitspraak werd de feitelijke beleidsbepaler op de voet van art. 2:354 BW veroordeeld in de kosten van het onderzoek. Zie ook HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:597, ARO 2018/52 (Leaderland).

171. Bij schorsingen is dat door de bank genomen het geval, maar niet steeds. Zie voor voorbeelden 4.3 en 9.7.1.

9.15.5 Verantwoordelijkheid

[358] De taak van het bestuur van de rechtspersoon is het besturen van de rechtspersoon.¹⁷² Besturen omvat, naast de dagelijkse leiding en de zorg voor het functioneren van de organisatie van de rechtspersoon en voor zijn deelname aan het maatschappelijk verkeer, ook beleidsvoorbereiding en -bepaling.¹⁷³ Bij rechtspersonen die een onderneming in stand houden strekt het bestuur zich tot die onderneming uit. Bestuurders zijn verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken van de rechtspersoon. De verantwoordelijkheid is in artikel 2:9 lid 2 BW neergelegd bij de formele bestuurder, die zijn taken en bevoegdheden ontleent aan de wet en de statuten. In deze bepaling wordt verantwoordelijkheid niet afhankelijk gesteld van invloed. Die verantwoordelijkheid uit zich bij naamloze en besloten vennootschappen onder meer in (interne) verantwoordingsplichten tegenover de algemene vergadering van aandeelhouders en tegenover de raad van commissarissen.¹⁷⁴ Onvolkomenheden in de verantwoordelijkheid kunnen aansprakelijkheid meebrengen.¹⁷⁵

[359] Ingevolge artikel 2:9 BW is de bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden tot behoorlijke vervulling van zijn taak. Schiet hij daarin tekort, dan kan hij tegenover de rechtspersoon aansprakelijk zijn. Dit wordt aangeduid met interne (bestuurders)aansprakelijkheid. Niet elke tekortkoming leidt tot interne aansprakelijkheid; er moet een onmiskenbare, duidelijke tekortkoming zijn, waarvan de bestuurder een ernstig verwijt gemaakt kan worden.¹⁷⁶ Schending van statutaire bepalingen die bedoeld zijn de rechtspersoon te beschermen levert in beginsel een ernstig verwijt op.¹⁷⁷ Of er ernstige verwijtbaarheid is, moet worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden van het geval.¹⁷⁸

172. Voor de vereniging art. 2:44 lid 1 BW; voor de NV art. 2:129 lid 1 BW; voor de BV (gelijkluidend) art. 2:239 lid 1 BW.

173. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/136.

174. Bijv. het opmaken van de jaarrekening (art. 2:101 BW/2:210 BW) en het verschaffen van inlichtingen aan de algemene vergadering (art. 2:107 lid 2 BW/2:217 lid 2 BW). Zie voor andere verantwoordingsplichten van het bestuur Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/238. Daar wordt er ook op gewezen dat het bestuur in een enquêteprocedure ter verantwoording kan worden geroepen door de verzoekers in enquête. Zie ook Hanegraaf, *Ondernemingsrecht* 2019/63, 4.

175. Voor de verhouding tussen verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid, zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/238, g.

176. Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, 2017/47; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/446. Anders: Blanco Fernández, *Ondernemingsrecht* 2000, p. 474.

177. HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011 (Berghuizer Papierfabriek).

178. HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243 (Staleman/Van de Ven); HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959 (Willemsen Beheer/NOM). De uitgebreide en genuanceerde jurisprudentie die is opgebouwd over het thema (interne) bestuurdersaansprakelijkheid is hiermee slechts uiterst summier weergegeven. Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/446 over het criterium ernstig verwijtbaarheid en Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/447 voor meer voorbeelden uit de jurisprudentie van omstandigheden die een rol kunnen spelen.

[360] De gewone burgerlijke rechter neemt kennis van vorderingen op grond van artikel 2:9 BW wegens bestuurdersaansprakelijkheid. In zo'n procedure wordt soms aangevoerd dat de enquête-rechter het beleid als wanbeleid heeft gekwalificeerd.¹⁷⁹ De vaststelling van wanbeleid is bindend voor partijen die in de tweede fase van de enquêteprocedure zijn verschenen.¹⁸⁰ Die vaststelling impliceert niet de persoonlijke aansprakelijkheid van de leden van de betrokken organen, en de in de enquêteprocedure vastgestelde feiten staan in de aansprakelijkheidsprocedure niet op voorhand vast.¹⁸¹ De gewone burgerlijke rechter toetst deze zelfstandig.¹⁸² Wel kan in de aansprakelijkheidsprocedure voorshands bewezen worden geacht, mede op grond van het verslag en het debat in de enquêteprocedure, dat de bestuurder tegenover de rechtspersoon zijn taak niet behoorlijk heeft vervuld, zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in de zaak Laurus.¹⁸³

Het feitencomplex dat aan de aansprakelijkheidsvordering ten grondslag wordt gelegd, kan in meer of in mindere mate corresponderen met het feitencomplex dat als wanbeleid is gekwalificeerd. Naarmate de overeenstemming groter is, lijkt me de kans toenemen dat het wanbeleidsoordeel voorshands bewijs oplevert van onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder in de aansprakelijkheidsprocedure.

[361] Een feitencomplex, dat in de enquêteprocedure tot wanbeleid is bestempeld en vervolgens in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure als onbehoorlijke taakvervulling is beoordeeld, kan in de eerste fase van de enquêteprocedure al aanleiding zijn geweest voor een onmiddellijke voorziening. Dat feitencomplex vervult dan drie rollen: het lokt een onmiddellijke voorziening uit, het levert wanbeleid op, en het is de basis voor een ernstig verwijt van onbehoorlijke taakvervulling.¹⁸⁴

179. Uitspraken van de burgerlijke rechter over dat punt zijn betrekkelijk zeldzaam; zie ook Van Solinge 2017/23.10. Het oordeel van de Ondernemingskamer wordt niet vanzelfsprekend overgenomen, zie Rb. Zwolle 27 juni 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BX1222 (Meepo Holding), r.o. 2.6. In dat vonnis werd als beletsel vermeld, dat de Ondernemingskamer 'op grond van aannemelijkheden beslissingen neemt'.

180. Zie 5.3.

181. HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, *ARO* 2005/68 (Laurus). Zie ook Hof Amsterdam 24 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2444 (Equity Trust/Cancun), r.o. 2.6.

182. Van Solinge en Nieuwe Weme beschrijven de (problematische) consequenties voor bestuurders van de keuze tussen verschijnen in de tweede fase enquêteprocedure (wat hen aan het oordeel wanbeleid bindt in de aansprakelijkheidsprocedure, waarin bovendien mogelijk onbehoorlijke taakvervulling voorshands bewezen wordt geacht) en verstek laten gaan (wat hen berooft van verweer tegen het oordeel wanbeleid) (Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/443).

183. HR 8 april 2005 (Laurus), r.o. 3.8. Van Solinge merkt op dat dit oordeel de interne aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW betreft (G. van Solinge, annotatie bij HR 8 april 2005, *NJ* 2006/443, 7). Zie Van Solinge 2017/23.4 over bewijsrechtelijke aspecten.

184. Waarbij de volgorde is: 1) onmiddellijke voorziening (eerste fase), 2) tweede fase oordeel, 3) bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure.

Als in zo'n geval de onmiddellijke voorziening uit een bezoldigingsingreep bestaat, belemmert ze de rechtspersoon zijn verbintenis jegens de bestuurder na te komen. De rechtspersoon zou dan door de bestuurder kunnen worden aangesproken tot schadevergoeding.¹⁸⁵ Mijns inziens heeft de rechtspersoon dan in beginsel een beroep op overmacht, gebaseerd op de onbehoorlijke taakvervulling door die bestuurder. De tekortkoming hoort onder die omstandigheden niet aan de rechtspersoon te worden toegerekend. De onmiddellijke voorziening, die wordt uitgelokt door handelingen van de bestuurder, die hem in de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure ernstig worden verweten, behoort in een schadevergoedingsprocedure tussen dezelfde partijen niet voor rekening van de rechtspersoon te komen.¹⁸⁶ Met andere woorden, het risico voor de voorziening verschuift dan naar de bestuurder.

Ik meen dat steun voor die gedachte te ontleen valt aan het arrest *Werknemer/Wilco* en de wetgeschiedenis van de wettelijke regeling voor de arbeidsrechtelijke risicoverdeling.¹⁸⁷ Die wijzen op een rol voor de redelijkheid bij de verdeling van het risico voor onderbreking van de loonbetaling. Dat risico kan verschuiven naar de werknemer als de oorzaak van het niet verrichten van arbeid hem zozeer te verwijten valt, dat die oorzaak redelijkerwijs niet voor rekening van de werkgever komt. Veel ruimte bieden het arrest en de wettelijke regeling niet. Wel lees ik er een indicatie in voor verkeersopvattingen over verwijtbaar gedrag. Die lijken me ook van toepassing op toerekening van een door een onmiddellijke voorziening veroorzaakte tekortkoming van een bezoldigingsverplichting.

[362] Onmiddellijke voorzieningen, waaronder schorsingsbeslissingen en bezoldigingsingrepen, worden door de Ondernemingskamer weleens terloops gemotiveerd.¹⁸⁸ In 9.7.1 is opgemerkt dat daardoor onduidelijk kan zijn welk criterium de rechter heeft aangelegd en in hoeverre een verwijt aan de maatregel ten grondslag ligt.¹⁸⁹ Dit kan een complicerende factor zijn bij de allocatie van het risico voor de bezoldigingsingreep: als de achtergrond van de oorzaak van de tekortkoming (de voorziening) vaag blijft, zijn de verkeersopvattingen over het risico voor zo'n oorzaak nauwelijks te concretiseren.

185. Op grond van art. 6:74 lid 1 BW.

186. De rechtspersoon is in de bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure eiser; zijn beroep op de onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurder vormt de grondslag van de vordering. In de schadevergoedingsprocedure wegens tekortschieten ten gevolge van de onmiddellijke voorziening is de rechtspersoon verweerder. Zijn beroep op onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurder – zijn beroep op overmacht – heeft dan het karakter van verweer. De procesrechtelijke consequenties van dat verschil blijven hier onbesproken.

De door de bestuurder geëntameerde schadevergoedingsprocedure vindt plaats nadat de onmiddellijke voorziening is getroffen. Of die schadevergoedingsprocedure voor, tegelijkertijd, of na de mogelijke tweede fase procedure, dan wel de mogelijke bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure gevoerd wordt, is ongewis.

187. Zie 9.5.

188. Zie 9.7.1 en 9.12.

189. Verwijt is niet nodig voor een bezoldigingsingreep, zie 9.14.4.

9.16 Samenvatting en conclusie

[363] Bij managementovereenkomsten wordt de rechtspositie van de contractspartij van de rechtspersoon niet alleen door het algemeen verbintenisrecht bepaald.¹⁹⁰ Valt de managementovereenkomst te kwalificeren als opdracht, dan kan de wettelijke regeling voor de overeenkomst van opdracht toepasselijk zijn. Als de managementovereenkomst een arbeidsovereenkomst is, gelden arbeidsrechtelijke regels. Het arbeidsrecht kent regels van dwingendrechtelijke aard. Die hebben een beperkende invloed op de beslissruimte van de enquêterechter. In het kader van dit onderzoek is niet iedere beperking van de armslag van de enquêterechter, die uitgaat van het arbeidsrecht, relevant. Onderzocht is of de arbeidsrechtelijke loonrisicoregeling een hindernis vormt voor enquêterechtelijke beslissingen over de vergoeding van de bestuurder. Die regeling houdt in dat schorsing van de werknemer in de risicosfeer van de werkgever valt; de werkgever is verplicht bij schorsing van de werknemer het loon door te betalen. De regeling strekt ertoe dat de werkgever zich niet eenzijdig kan onttrekken aan zijn loonverplichtingen (9.5). Een schorsing door de Ondernemingskamer is niet eenzijdig van aard; het is een maatregel door een onafhankelijke rechter (9.6). Dat vind ik een argument, om ingrepen in de vergoeding van de bestuurder bij schorsing door de Ondernemingskamer niet in strijd te achten met de arbeidsrechtelijke loonrisicoregeling. Als de enquêterechter schorst in verband met verwijtbaar gedrag van de bestuurder, valt er een argument te ontleen aan de parlementaire geschiedenis van de loonrisicoregeling. Die wijst op risicoverschuiving naar de werknemer bij een verwijt aan diens adres.

Dit leidt tot volgende conclusie. Het regime voor de arbeidsovereenkomst brengt niet mee dat de bezoldigingsverplichting van de rechtspersoon prevaleert boven de onmiddellijke voorziening (onderzoeksvraag f). Dus ook in geval de onmiddellijke voorziening onverenigbaar is met een bezoldigingsverplichting, is het eerste scenario geen geldend recht.¹⁹¹

[364] De regels van het algemene overeenkomstenrecht bepalen de rechtspositie van degene wiens aanspraak op management fee door de Ondernemingskamer wordt aangetast, zowel in geval van arbeidsovereenkomsten als bij overeenkomsten van opdracht (9.6). Als nakoming wordt gevorderd van de door een onmiddellijke voorziening getroffen bezoldigingsverplichting, staan de gewone burgerlijke rechter de in 7.4 weergegeven argumenten ten dienste om die vordering af te wijzen. In 7.15 is opgemerkt dat het (geldende) derde scenario neigt naar het tweede scenario, waarin de onmiddellijke voorziening voorrang heeft, omdat afwijzing van de nakomingsvordering aannemelijk is. Als nakoming

190. Managementovereenkomst is omschreven in nt. 1 bij 9.1 en nr. 309. Toepasselijkheid van Nederlands recht is verondersteld.

191. Zie voor de drie scenario's nr. 9.

van een bezoldigingsverplichting wordt gevorderd, kan de gewone burgerlijke rechter bovendien acht slaan op de interne betrokkenheid bij het beleid van de rechtspersoon van degene die nakoming vordert (9.6 en 9.15). En hij kan de aard van de (uitzonderlijke) omstandigheden die noopten tot de enquêterechtelijke bezoldigingsingreep in zijn oordeel betrekken (9.6 en 9.14). Daardoor neigt het derde scenario hier – sterker dan in geval van een wederpartij zonder interne betrokkenheid – in de richting van het tweede scenario.

[365] Een schorsing bij wijze van onmiddellijke voorziening tast de bezoldigingsverplichting van de rechtspersoon, en daarmee de aanspraak van de geschorste bestuurder op de management fee, niet automatisch aan (9.8).¹⁹² De verplichting blijft in stand zolang ze niet afzonderlijk wordt opgeheven.

Ik heb in twijfel getrokken of de door de Ondernemingskamer benoemde OK-bestuurder die verplichting zelfstandig en eenzijdig kan aantasten (9.10.1). Hij is gebonden aan regels van het algemene overeenkomstenrecht en, bij arbeidsovereenkomsten, aan de deels dwingende regels van het arbeidsrecht. Ik heb betoogd dat de Ondernemingskamer de OK-bestuurder bij beschikking niet kan bekleden met de bevoegdheid om te handelen in strijd met dwingende regels voor externe rechtsverhoudingen. Dat betoog is uitgemond in de slotsom dat de Ondernemingskamer, in geval zij van oordeel is dat de bestaande bezoldigingsverplichting van de rechtspersoon gedurende de schorsing niet in stand kan blijven, die verplichting zou moeten opheffen. Laat zij dat na, dan kan een opdracht of een suggestie aan de OK-bestuurder om de bezoldiging aan te passen geen effect hebben. De opheffingsbeslissing van de Ondernemingskamer moet voldoen aan de criteria voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen. In de praktijk zijn de beslissingen over bezoldigingsverplichtingen zo summier gemotiveerd, dat niet valt vast te stellen of steeds is voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit (9.12).¹⁹³ De beslissing om de bezoldigingsverplichting op te heffen is een voorwaarde voor vaststelling door de OK-bestuurder van een nieuwe bezoldiging. De beslissing is ook van belang voor de rechtspositie van de geschorste bestuurder. Daarom hoort de beslissing in het dictum thuis (9.10.2).

[366] Met het oog op een beroep op overmacht door de rechtspersoon is toerekening van onmiddellijke voorzieningen naar verkeersopvattingen besproken aan de hand van bezoldigingsingrepen (9.15).¹⁹⁴ De vraag is geadresseerd of de

192. Vgl. onderzoeksvraag a.

193. Als niet is voldaan aan de criteria voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen, hoort de voorziening achterwege blijven. Dan kan zich geen conflict tussen onmiddellijke voorziening en contractuele verplichting voordoen. Aan vragen over de rechtspositie van de wederpartij (onderzoeksvragen a en b) wordt dan niet toegekomen.

194. In het derde scenario (noch de contractuele verplichting, noch de onmiddellijke voorziening heeft prioriteit, zie nr. 9) zou de rechtspersoon een beroep op overmacht kunnen doen, als de wederpartij een vordering tot schadevergoeding instelt wegens een tekortkoming in de nakoming door de rechtspersoon ten gevolge van een onmiddellijke voorziening.

HOOFDSTUK 9

interne rechtsverhouding tussen de manager en de rechtspersoon van invloed is op de verkeersopvattingen over het risico voor een bezoldigingsingreep. Als uitgangspunt is genomen dat een onmiddellijke voorziening naar verkeersopvattingen voor risico van de rechtspersoon komt. Onderzocht is of en onder welke omstandigheden dat risico verschuift naar de wederpartij.

9.16.1 Slotsom

[367] Dit hoofdstuk houdt de volgende bevindingen in.

1. De arbeidsrechtelijke loonrisicoregeling vormt geen belemmering voor onmiddellijke voorzieningen waarbij aan de door de Ondernemingskamer geschorste functionaris de aanspraak op managementvergoeding wordt ontzegd. Dat geldt als aan de geschorste persoon verwijt maken valt, maar ook als dat niet zo is.
2. Als de Ondernemingskamer een bestuurder (of andere functionaris) schorst, tast de schorsing de bezoldigingsverplichting van de rechtspersoon niet aan. Als de Ondernemingskamer meent dat die verplichting niet in stand kan blijven gedurende de schorsing, moet ze dat zelf beslissen. De door haar benoemde bestuurder kan het niet doen. Beschikkingen waarin zij dat nalaat, maar wel aan de benoemde bestuurder opdraagt om een nieuwe vergoeding vast te stellen voor werkzaamheden van de geschorste bestuurder, zijn op dat punt niet doeltreffend.
3. Beslissingen die de bezoldigingsverplichting van de rechtspersoon aantasten horen uitdrukkelijk in het dictum vermeld te worden.
4. Als de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder een nieuwe vergoeding voor de geschorste bestuurders vaststelt, zijn de wettelijke regels voor de bezoldiging van bestuurders niet van toepassing.
5. Het belang van het onderzoek kan (vrijwel) nooit een bezoldigingsingreep vergen.
6. De toestand van de rechtspersoon zou wellicht een bezoldigingsingreep kunnen vereisen in geval van privé-onttrekkingen, onaanvaardbare verhoudingen of een onevenwichtig speelveld. Een financiële noodtoestand van de rechtspersoon vereist geen onmiddellijke voorziening waarbij een bezoldigingsverplichting wordt opgeheven.
7. Een verwijt aan de geschorste persoon is geen voorwaarde om hem bij onmiddellijke voorziening zijn management fee te ontzeggen; het kan een rol spelen bij de beslissing, maar als enige grondslag voor de ingreep schiet het tekort. In alle gevallen moet zijn voldaan aan de vereisten van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit.

Op grond van deze bevindingen meen ik dat situaties, waarin plaats is voor een bezoldigingsingreep, hoogst uitzonderlijk zijn.

8. Als gebod of verbod geformuleerde beslissingen over de bezoldiging van een geschorste bestuurder, maken diens rechtspositie duidelijker dan aanwijzingen aan de OK-bestuurder in de overwegingen van de beschikking.
9. Het risico voor het niet nakomen van een bezoldigingsverplichting wegens een onmiddellijke voorziening, kan verschuiven van de rechtspersoon naar de wederpartij die betrokken is bij het beleid van de rechtspersoon. Kennis van het beleid kan daarvoor aanleiding zijn. Hoe beter de wederpartij op de hoogte is, of zou kunnen zijn, van gebrekkigheden in het beleid die de onmiddellijke voorziening initiëren, hoe groter de kans op verschuiving van het risico.
10. Ook invloed van de wederpartij op het beleid kan meebrengen dat hij naar verkeersopvattingen het risico voor de onmiddellijke voorziening draagt. Dat geldt voor wederpartijen die het beleid bepalen en de omstandigheden beïnvloeden die tot de onmiddellijke voorziening leiden.
11. Ten derde is plaats voor verschuiving van het risico, als het feitencomplex dat de bezoldigingsingreep vergt, een ernstig verwijt aan de bestuurder oplevert in een procedure wegens bestuurdersaansprakelijkheid.
12. Bezoldigingsingrepen worden meestal niet uitgebreid en nauwkeurig gemotiveerd. In mindere mate geldt dat voor schorsingsbeslissingen. Die usance heeft tot gevolg dat veelal uit de beschikking niet blijkt of de bezoldigingsingreep voldoet aan de vereisten van noodzakelijkheid, subsidiariteit en proportionaliteit. Of zich een uitzonderlijke situatie voordoet, die een bezoldigingsingreep vergt, kan dan niet worden vastgesteld.
13. Deze manier van motiveren beïnvloedt ook het beroep op overmacht van de rechtspersoon tegenover een schadevergoedingsvordering van de wederpartij wegens niet nakomen van de bezoldigingsverplichting. De kans dat de gewone burgerlijke rechter aanknopingspunten vindt voor het oordeel dat de bezoldigingsingreep naar verkeersopvattingen voor risico van de wederpartij komt, wordt verkleind door een summiere motivering van de bezoldigingsingreep.
14. Deugdelijke motivering van de bezoldigingsingreep, waarin de omstandigheden die tot de ingreep noopten zijn vermeld, vergroot de kans op afwijzing door de gewone burgerlijke rechter van een vordering tot nakoming van de bezoldigingsverplichting.

Hoofdstuk 10. Analyse en conclusies

10.1 In het kort

[368] Onmiddellijke voorzieningen kunnen rechtsplichten van de rechtspersoon in het leven roepen, die in strijd zijn met zijn contractuele verplichtingen. De onmiddellijke voorziening heeft in dat geval geen absolute voorrang. Naar geldend recht behoudt de contractpartner van de rechtspersoon rechten. Deze geldende rechtstoestand benadert wel de situatie waarin de onmiddellijke voorziening voorrang heeft. Dat is zichtbaar bij de nakomingsvordering. Die behoort gedurende de looptijd van de onmiddellijke voorziening te worden afgewezen, zodat de onmiddellijke voorziening het zwaarst weegt. Uitzonderingen daargelaten, heeft de wederpartij een vordering tot schadevergoeding op de rechtspersoon als een onmiddellijke voorziening inbreuk maakt op de contractuele rechtsverhouding. Schadevergoeding is in dat geval het offer dat de rechtspersoon brengt voor (een maatregel die vereist is voor) zijn gezonde toestand of zijn voortbestaan. Dat offer kan mijns inziens in beginsel van de rechtspersoon gevraagd worden.

10.2 Inleiding

[369] Onmiddellijke voorzieningen die inbreuk maken op contractuele verhoudingen van rechtspersonen stonden centraal in dit onderzoek. Die voorzieningen kunnen rechtsplichten van de rechtspersoon in het leven roepen, die onverenigbaar zijn met zijn rechtsplichten uit een overeenkomst. De rechtspersoon kan dan niet aan beide verplichtingen voldoen. Dat conflict van rechtsplichten kan gevolgen hebben die afdoen aan het positieve effect, dat met de onmiddellijke voorziening wordt nagestreefd. De Ondernemingskamer heeft inzicht in die negatieve gevolgen, zodat zij die kan betrekken in haar beslissing tot het treffen van de onmiddellijke voorziening. Een voorziening, waarvan de positieve effecten niet opwegen tegen de nadelen voor de rechtspersoon, dient achterwege te blijven. Zo'n voorziening past niet in de enquête-procedure. Daarin staat het belang van de rechtspersoon voorop.

[370] Effecten van drieërlei aard zijn denkbaar als een onmiddellijke voorziening conflicteert met een contractuele verplichting van de rechtspersoon. Ten eerste kan de onmiddellijke voorziening de contractuele verplichting niet aantasten. De rechtsplichten uit de overeenkomst hebben dan voorrang, zodat verplichtingen uit de voorziening daarvoor wijken. Zo'n conflicterende onmiddellijke voorziening treft dan geen doel. Ten tweede zou de onmiddellijke voorziening prioriteit kunnen hebben; de rechtspersoon is dan (tijdelijk) ontheven van zijn contractverplichtingen. Ten derde is voorstelbaar, dat de rechtspersoon zijn contractuele verplichting niet nakomt wegens de onmiddellijke voorziening, dat de wederpartij in reactie daarop gebruik maakt van rechten uit de overeenkomst, en dat die reactie negatief uitwerkt op de rechtspersoon. Deze drie soorten van effecten – die met scenario's zijn aangeduid – sluiten elkaar uit (nr. 9).

[371] Het onderzoek is gebaseerd op het derde scenario. Om nadelige gevolgen voor de rechtspersoon van de reactie van zijn wederpartij op de inbreuk door een onmiddellijke voorziening op het spoor te komen, is inzicht in de mogelijke reacties van de wederpartij nodig. Dat vereist kennis van de rechtspositie van de wederpartij. Een groot deel van het onderzoek heeft bestaan uit het achterhalen van informatie over die rechtspositie.

Er is rekening gehouden met de mogelijkheid dat het eerste scenario (de contractuele verplichting heeft absoluut voorrang) of het tweede scenario (de onmiddellijke voorziening heeft prioriteit) geldend recht is. Daarom is een mogelijke rangorde betrokken in het onderzoek. Indien de contractuele verplichting voorrang heeft, kan de Ondernemingskamer haar afweging bij het treffen van een conflicterende onmiddellijke voorziening betrekkelijk eenvoudig houden. Zij zal de voorziening, die niet doeltreffend is, achterwege laten. Als de contractuele verplichting niet prevaleert, moet het belang van de wederpartij wel worden betrokken in de afweging (nr. 23 en 3.9 en 3.12). Aan die belangenafweging is weinig aandacht besteed.

Uit het onderzoek is gebleken dat het eerste scenario en het tweede scenario niet als geldend recht kunnen worden beschouwd (zie 10.4).

10.3 Onmiddellijke voorzieningen

[372] Onmiddellijke voorzieningen worden getroffen in het kader van de enquêteprocedure (hoofdstuk 2). De procedurele bijzonderheden van de enquêteprocedure hangen samen met de praktische aard van het enquêterecht. De procedure is doordeseemd van het tweeledige doel van het enquêterecht: een juiste rechtstoestand én een adequate bedrijfseconomische toestand van de rechtspersoon. De rechtspersoon staat centraal in de enquêteprocedure en zijn belang staat voorop bij de beslissingen van de Ondernemingskamer. Die

eigenschap van de enquêteprocedure heeft consequenties. De rechter is bij het bepalen van de aard, de omvang en de periode van het onderzoek niet aan de grenzen van het verzoek gebonden. De partijautonomie wijkt zo voor het belang van de rechtspersoon.

[373] Onmiddellijke voorzieningen zijn maatregelen ter bevordering van de doeltreffendheid van de enquêteprocedure (hoofdstuk 3). Het zijn ordemaatregelen, enigszins vergelijkbaar met de voorlopige voorzieningen van het kort geding. Het onderdeel van de procedure, dat uitmondt in een onmiddellijke voorziening, is ingericht met beperkte procedurele waarborgen. De belangen van betrokken partijen moeten worden afgewogen. De maatregel moet vereist zijn in het belang van het onderzoek of in verband met de toestand van de rechtspersoon en de met hem verbonden onderneming. Deze laatste twee toetsingsgronden brengen tot uitdrukking dat voor de maatregelen alleen bij dringende noodzaak plaats is. Als aan deze vereisten is voldaan, heeft de Ondernemingskamer bij de keuze voor een concrete onmiddellijke voorziening veel ruimte. Dat hangt samen met het doel waarmee de wetgever dit kort gedingachtige instrument in de enquêteprocedure heeft geïntroduceerd: versterking van de effectiviteit van de enquêterechter. De toetsingsgronden ‘het belang van het onderzoek’ en ‘toestand van de rechtspersoon’ worden geconcretiseerd in de jurisprudentie. Die concretisering is een proces, waarbij de Ondernemingskamer grenzen verkent (3.8). De doelstellingen van het enquêterecht brengen mee dat de onmiddellijke voorziening primair ingrijpt in de interne verhoudingen van de rechtspersoon. Zo’n ingreep kan een inbreuk zijn, waarbij kan worden afgeweken van dwingend recht (3.10). De maatregelen kunnen leiden tot onomkeerbare gevolgen (3.11).

In de voorgeschreven belangenafweging moeten de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit worden betrokken. Het vereiste van subsidiariteit brengt mee dat voor de minst verstrekkende maatregel moet worden gekozen (3.12). Voor het overige is op grond van de jurisprudentie niet goed vast te stellen of de belangenafweging moet worden voltrokken bij de beslissing dat moet worden ingegrepen, dan wel bij de keuze voor een bepaalde onmiddellijke voorziening (3.9.4).

De rechterlijke selectie van een bepaalde voorziening is ingeven door de omstandigheden en door de effecten die met de maatregel worden beoogd. Tegen die beoogde effecten weegt de Ondernemingskamer het nadeel af, dat een reactie van de wederpartij de rechtspersoon toebrengt, als deze door de voorziening een contractuele verplichting niet nakomt. In sommige situaties is meer dan één maatregel geschikt is om het gewenste positieve resultaat te bewerkstelligen. Dat biedt de mogelijkheid de voorziening te kiezen met de minste nadelige consequenties in verband met een conflicterende contractuele verplichting.

10.4 Rangorde tussen onmiddellijke voorziening en contractuele verplichting

[374] Indien er een rangorde tussen de onmiddellijke voorziening en de contractuele verplichting van de rechtspersoon bestaat, moet worden geconcludeerd dat het eerste of het tweede scenario geldend recht is.

[375] Onderzocht is of zo'n rangorde kan worden afgeleid uit de wet. De wetgever heeft niet bepaald dat de onmiddellijke voorzieningen voor eenieder bindend zijn. Daartegenover kon vastgesteld worden, dat de wetgever geen vormen van invloed of werking van de maatregelen heeft uitgesloten of beperkt, en buitenstaanders niet tegen de maatregelen heeft beschermd. Doorwerking van sommige andere rechterlijke beslissingen is wel bij wet geregeld. Aan een vergelijking met die wettelijke regelingen kunnen geen conclusies worden verbonden over de doorwerking van onmiddellijke voorzieningen in contractuele rechtsverhoudingen van de rechtspersoon (5.8).

Ook is onderzocht of een rangorde kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat de onmiddellijke voorziening in het leven wordt geroepen bij rechterlijke beslissing (5.3-5.7). Een wederpartij van de rechtspersoon is niet vanzelfsprekend gebonden aan de beslissing tot het treffen van een onmiddellijke voorziening. In de tweede fase van de enquêteprocedure kan het gezag van gewijsde beperkt toepassing vinden, maar de toepasselijkheid ervan in de eerste fase is ongewis. Nagegaan is of het gezag van gewijsde van toepassing is op de beslissing over een onmiddellijke voorziening. Er zijn contra-indicaties gevonden. Het kortgedingachtige karakter van het procedure-onderdeel, dat in een voorziening uitmondt, lijkt aan toepasselijkheid van het gezag van gewijsde in de weg te staan. Ook de inperking van de partijautonomie, doordat het belang van de rechtspersoon de prominente plaats in de procedure inneemt, is een argument tegen toepasselijkheid daarvan. Daarnaast is twijfelachtig of een onmiddellijke voorziening kan worden aangemerkt als 'definitieve beslissing over de rechtsbetrekking in geschil'. De oordelen in de eerste fase, hoewel formeel definitief, zijn materieel gebaseerd op redenen tot twijfel; pas door het enquêteonderzoek wordt zekerheid over die redenen verkregen (5.4). Ook is nagegaan of – afgezien van deze contra-indicaties – een beroep van de rechtspersoon op het gezag van gewijsde van een onmiddellijke voorziening, die hem belet een contractuele verplichting na te komen, tegenover zijn wederpartij kan slagen. De slaagkans is gering gebleken. De reden daarvoor is dat het gezag van gewijsde dan wordt ingeroepen in een ander soort procedure dan de enquêteprocedure. De contractuele verplichting van de rechtspersoon maakt deel uit van een vermogensrechtelijke verhouding, waarover de wederpartij procedeert voor de gewone burgerlijke rechter in een contradictoire procedure. De rechtsbetrekking die dan in geschil is, is hoogstwaarschijnlijk niet beslecht bij het treffen van de onmiddellijke voorziening. Bij de voorziening gaat het om het belang van het onderzoek of de toestand van de rechtspersoon. Het belang

van die laatste staat voorop. Het bleek dat het beroep op het gezag van gewijsde (in theorie) kansrijker is tegenover wederpartijen, die niet alleen een contractuele verhouding met de rechtspersoon hebben, maar ook bij de interne rechtsverhoudingen zijn betrokken (5.5).

Normatieve werking – een vergelijkbaar geval moet gelijk beoordeeld worden – heeft de onmiddellijke voorziening in beginsel niet in contradictoire procedures (5.7). Aan de voorwaarden voor normatieve werking kan maar ten dele worden voldaan. De rechtspersoon kan invloed op de beslissing in de enquêteprocedure uitoefenen, en de wederpartij kan dat indien hij als verzoeker of belanghebbende in de procedure optreedt. De enquêteprocedure en de contradictoire procedure verschillen echter van aard en gaan niet over soortgelijke geschillen. In de enquêteprocedure wordt geoordeeld over het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon en in de contradictoire procedure over zijn contractuele verplichting. De formele posities die een partij in de procedures inneemt, zijn dan ook beperkt vergelijkbaar. Een betoog in de enquêteprocedure kan leiden tot rechtsgevolgen die het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon betreffen. Aan een vergelijkbaar betoog kunnen gewoonlijk in een latere contradictoire procedure niet dezelfde rechtsgevolgen worden verbonden (5.7).

Uit deze bevindingen zijn de volgende conclusies getrokken over een rangorde tussen de onmiddellijke voorziening en de contractuele verplichting. Uit de wet en aanwijzingen van de wetgever kan geen rangorde worden afgeleid. Aan de hand van de thema's van het gezag van gewijsde en de normatieve werking kan geen prioriteit van de onmiddellijke voorziening worden vastgesteld. Voor geldigheid van het eerste of het tweede scenario bieden deze bevindingen geen aanknopingspunten.

[376] Het oordeel van de rechter die bevoegd is om te beslissen over de contractuele verhouding van de rechtspersoon, is van belang bij de beslissing over een onmiddellijke voorziening, die inbreuk maakt op die verhouding. In hoofdstuk 6 is onderzoek gedaan naar de precieze betekenis van dat oordeel voor de beslissing van de Ondernemingskamer. Daarbij is ook de kwestie van een rangorde tussen de voorziening en de contractverplichting aan de orde gekomen.

Nagegaan is of de afstemmingsregel, die voorschrijft dat de voorzieningenrechter zijn oordeel afstemt op een eerder oordeel van de bodemrechter, toepasselijk is als een onmiddellijke voorziening wordt getroffen. De achtergrond van de afstemmingsregel is, dat de contradictoire bodemprocedure meer waarborgen kent dan het kort geding en dat rechtsverhoudingen er bindend kunnen worden vastgesteld. De onmiddellijke voorziening is een kortgedingachtig instrument. Met een onmiddellijke voorziening kan tijdelijk worden ingegrepen in interne rechtsverhoudingen; die rechtsverhoudingen worden niet blijvend bindend vastgesteld. Met een onmiddellijke voorziening worden geen externe rechtsverhoudingen bindend vastgesteld. Die hoedanigheden pleiten voor toepassing van de afstemmingsregel op beslissingen over onmiddellijke

voorzieningen. Daartegenover is gewezen op de geringe verwantschap tussen de *contradictoire procedure* en de *enquêteprocedure*, en op een mogelijk gebrek aan samenhang tussen de rechtsvragen die voorliggen in de onderscheiden procedures. Die factoren pleiten tegen toepasselijkheid van de afstemmingsregel in de *enquêteprocedure* (en daarmee op de onmiddellijke voorziening). De *enquêteprocedure* verschilt van de procedure voor de gewone burgerlijke rechter. De *enquêteprocedure* wordt gekarakteriseerd door de centrale plaats die het functioneren van de rechtspersoon daarin heeft en door de bevoegdheid van de rechter om daarin te interveniëren. De gewone burgerlijke rechter oordeelt over de inhoud van rechtsbetrekkingen (vennootschapsrechtelijke en contractuele). Rechtsvragen over vennootschapsrechtelijke betrekkingen gaan over structuurvragen. Het door Timmerman gemaakte onderscheid tussen structuurvraagstukken en gedragsvraagstukken is beschreven. Bij beoordeling van de eerste soort staat rechtszekerheid voorop. In de *enquêteprocedure* worden rechtsvragen over gedrag achteraf beoordeeld in het licht van gedragsnormen. Daarbij zijn redelijkheid en billijkheid belangrijke toetsstenen. Het gebrek aan samenhang tussen rechtsvragen in beide procedures vloeit voort uit deze verschillen. Voor de beslissing over een onmiddellijke voorziening die conflicteert met een contractuele verplichting van de rechtspersoon geldt bovendien het volgende. Het bestaan en de inhoud van de verplichting staan bij die beslissing niet ter discussie; de Ondernemingskamer neemt deze tot uitgangspunt. Beoordeling van rechtsvragen over bestaan en inhoud zijn niet nodig om vast te stellen welke onmiddellijke voorziening vereist is. Het is daarom onaannemelijk dat de afstemmingsregel moet worden toegepast in de procedure die resulteert in de onmiddellijke voorziening. De kans is klein, dat in die procedure een rechtsvraag ter beoordeling voorligt, die voldoende samenhangt met een in een *contradictoire procedure* over de contractuele verplichting beoordeelde rechtsvraag. Dit brengt mee, dat een onmiddellijke voorziening niet ingevolge de afstemmingsregel hoeft te worden aangepast aan (een eerder rechterlijk oordeel over) de contractuele verplichting. De afstemmingsregel bewerkstelligt dus geen de facto prioriteit van de contractuele verplichting boven de onmiddellijke voorziening. De afstemmingsregel maakt het eerste scenario niet tot geldend recht. Voor het overige geeft het thema van de afstemmingsregel geen indicaties over een rangorde (6.3).

[377] In hoofdstuk 9 is aandacht besteed aan onmiddellijke voorzieningen die ingrijpen in de bezoldigingsverplichting van de rechtspersoon tegenover zijn bestuurder. In het juridische debat zijn – principiële – bezwaren geuit tegen arbeidsrechtelijke beslissingen door de Ondernemingskamer (9.4).¹ Ik heb geconcludeerd dat arbeidsrechtelijke regels geen belemmering zijn voor

1. In dat debat is aandacht voor een bevoegdheid van de Ondernemingskamer om arbeidsrechtelijke verhoudingen af te wikkelen, als zij bestuurders vennootschapsrechtelijk ontslaat in de tweede fase van de *enquêteprocedure*.

een enquêterechtelijke ingreep in de bezoldiging.² Die conclusie is als volgt beargumenteerd. De bezoldigingsingrepen gaan gepaard met de onmiddellijke voorziening van schorsing van een bestuurder.³ Er is nagegaan of het arbeidsrechtelijke regime voor schorsing door de werkgever moet worden toegepast als de Ondernemingskamer een bestuurder schorst. De arbeidsrechtelijke loonrisicoregeling, die voorschrijft dat schorsing door de werkgever voor diens risico komt, is besproken (9.5). De achtergrond van die regeling is, dat de werkgever zich niet eenzijdig moet kunnen onttrekken aan zijn loonverplichting. Ik heb betoogd, dat de loonrisicoregeling geen beletsel is voor onmiddellijke voorzieningen die inbreuk maken op de bezoldigingsverplichting van de rechtspersoon. De schorsing door de Ondernemingskamer is immers niet eenzijdig van aard. Van eenzijdige onttrekking door de werkgever aan de loonverplichting is geen sprake als de Ondernemingskamer in de bezoldigingsverplichting ingrijpt. Voor bezoldigingsingrepen die samenhangen met een verwijt aan de geschorste bestuurder, kan een bijkomend argument ontleend worden aan de wetsgeschiedenis en recente jurisprudentie. Daarin lijkt ruimte voor een minder strenge toepassing van de loonrisicoregeling in het arbeidsrecht bij schorsing die aan de werknemer te wijten valt. De slotsom is, dat de arbeidsrechtelijke verplichting tot het voldoen van loon op grond van de loonrisicoregeling geen voorrang heeft boven de onmiddellijke voorziening die conflicteert met die verplichting (9.6). Er is geen aanwijzing gevonden dat het eerste scenario geldend recht is, in geval van een conflict tussen een onmiddellijke voorziening en een (arbeidsrechtelijke) bezoldigingsverplichting.

10.5 Rechtspositie van de wederpartij

[378] Het onderzoek heeft telkens bevestiging opgeleverd van de veronderstelling dat de eerste twee scenario's geen geldend recht zijn. In het derde scenario verhindert de onmiddellijke voorziening dat de rechtspersoon zijn contractuele verplichting nakomt en kan hij nadelige gevolgen ondervinden van de reactie van zijn wederpartij. Of, en zo ja in hoeverre, nadeel wordt ondervonden hangt af van de rechtspositie van de wederpartij.

[379] De rechtspositie van de contractuele wederpartij van de rechtspersoon wordt – in geval van twijfel of dispuut daarover – uiteindelijk bindend vastgesteld door de bevoegde rechter. Dat is de rechter die bevoegd is te oordelen over de contractuele relatie van de rechtspersoon. De Ondernemingskamer is niet die rechter. Bij haar beslissing over een onmiddellijke voorziening die

-
2. De rechtspositie van de wederpartij die een arbeidsovereenkomst of een overeenkomst van opdracht met de rechtspersoon heeft, wordt bij zo'n ingreep bepaald door de regels van het algemene overeenkomstenrecht.
 3. Die voorziening is beschreven in 4.3.

inbreuk maakt op de contractuele verhouding, is het oordeel van de bevoegde rechter van belang. De betekenis van dat oordeel voor de Ondernemingskamer en de verhouding tussen haar beslissing en het oordeel van de bevoegde rechter is onderzocht in hoofdstuk 6.

De Ondernemingskamer wordt in haar beslissing over een onmiddellijke voorziening niet beperkt door een eerder oordeel van een bevoegde rechter, in de zin dat zij de afstemmingsregel moet toepassen.⁴ Dat neemt niet weg, dat zo'n eerder oordeel richtinggevend kan zijn. Als de Ondernemingskamer aan haar oordeel de inhoud van een (interne) rechtsbetrekking van de rechtspersoon ten grondslag legt, waarover een bevoegd oordeel is gegeven, gaat zij uit van dat eerdere oordeel (6.3.2). In andere gevallen – als zij haar oordeel niet op een rechtsbetrekking hoeft te baseren, of als de rechtspositie van de wederpartij (nog) niet door een andere rechter bindend is vastgesteld – kan een uitspraak van een andere rechter informatief zijn. Dat doet zich voor als die uitspraak indicaties inhoudt over de rechtspositie van de wederpartij en daarmee over het nadeel dat de reactie van de wederpartij op de onmiddellijke voorziening de rechtspersoon kan toebrengen (6.3.3).

Meestal treft de Ondernemingskamer de onmiddellijke voorziening, als de contractuele verhouding waarop de voorziening inbreuk maakt (nog) niet aan een bevoegde rechter is voorgelegd. Het is ook niet zeker dat de bevoegde rechter later geadieerd zal worden. De Ondernemingskamer maakt zich dan een voorstelling van een (mogelijk) toekomstig oordeel (nr. 195). Voor de vaststelling van de vermogensrechtelijke positie van de wederpartij is niet doorslaggevend welke rechter precies bevoegd is. De bevoegde rechter (of arbiter) past het toepasselijke recht toe en dat is bepalend voor de vermogensrechtelijke betrekking tussen rechtspersoon en wederpartij (6.2). De Ondernemingskamer heeft dus inzicht nodig in het toepasselijke recht. Het verwerven van inzicht kan bemoeilijkt worden als vreemd recht van toepassing is. Dat komt omdat voorlichting en partijdebat over het toepasselijke (vreemde) recht in de enquêteprocedure maar beperkt mogelijk is. Deze complicatie brengt mee, dat de Ondernemingskamer over de rechtspositie van de wederpartij in onzekerheid kan verkeren. Of, en op welke wijze, de rechtspersoon die rechtspositie zal schenden wegens de beoogde onmiddellijke voorziening, valt dan nauwelijks vast te stellen. Daarmee blijven mogelijke negatieve effecten voor de rechtspersoon van een schending ongewis (6.4).

[380] In hoofdstuk 7 is de rechtspositie van de wederpartij naar Nederlands recht beschreven. De wisselwerking is onderzocht tussen enerzijds de onmiddellijke voorziening die inbreuk maakt op de contractuele verhouding van de rechtspersoon, en anderzijds de acties die de wederpartij ten dienste staan op grond van die contractverhouding. Nakoming, verrekening, *imprévision*, opschorting, schadevergoeding en ontbinding passeerden de revue. Opgemerkt is dat, anders

4. 6.3, zie ook nr. 376.

dan in het Nederlandse rechtssstelsel, in Angelsaksische rechtssstelsels schadevergoeding de hoofdregel is (7.8.1).

[381] Een vordering tot nakoming wordt in beginsel toegewezen, dat is naar Nederlands recht de hoofdregel. Van die hoofdregel kan worden afgeweken als contractspartijen de vordering tot nakoming hebben uitgesloten. Die uitzondering doet zich in de praktijk van de hier onderzochte types onmiddellijke voorziening niet voor. De wetgever heeft geen uitzondering op de hoofdregel geformuleerd voor het geval nakoming van een contractverplichting wordt verhinderd door een onmiddellijke voorziening. Ik heb betoogd dat er voor de gewone burgerlijke rechter, die ter zake van de nakomingsvordering bevoegd is, redenen kunnen zijn om wel een uitzondering aan te nemen. Die redenen volgen uit de bedoeling van de wetgever. De onmiddellijke voorziening is ontworpen om de doelmatigheid van de enquêteprocedure te waarborgen, waarin het belang van de rechtspersoon voorop staat. De wetgever heeft daartoe een bijzondere bevoegdheid en een bijzondere procedure in het leven geroepen. Neemt de bevoegde rechter daarnaast de achtergronden en de oogmerken van de concrete voorziening in ogenschouw, dan zou hij ook daarin aanknopingspunten kunnen vinden om de nakomingsvordering af te wijzen. Hij maakt dan gebruik van een discretionaire bevoegdheid. Als de gewone burgerlijke rechter de vordering tot nakoming afwijst, heeft de onmiddellijke voorziening feitelijk voorrang.⁵ Wijst hij de nakomingsvordering toe, dan mist de onmiddellijke voorziening het beoogde enquêterechtelijke effect. Met toewijzing zou hij aan de contractuele verplichting de facto voorrang verlenen.⁶

Hoe de gewone burgerlijke rechter (of de bevoegde vreemde rechter) in de praktijk oordeelt over verplichtingen die wegens een onmiddellijke voorziening niet zijn nagekomen, valt niet te zeggen. Daarvoor ontbreekt het aan voldoende relevante jurisprudentie. Bij de beslissing over een onmiddellijke voorziening valt het risico van een toegewezen nakomingsvordering daarom niet uit te sluiten (7.4).

[382] Het initiatief tot verrekening van de verplichting die in verband met de onmiddellijke voorziening niet wordt nagekomen, gaat uit van de rechtspersoon. Zulke verplichtingen komen zelden in aanmerking voor verrekening door de rechtspersoon. Het vereiste voor verrekening, dat prestatie aan schuld beantwoordt, vormt meestal een obstakel. Voor verrekening van loonverplichtingen werpt het arbeidsrecht bovendien extra beperkingen op. Mocht de rechtspersoon onder omstandigheden bevoegd zijn tot verrekening van de schuld, die hij wegens de onmiddellijke voorziening niet kan voldoen, dan neemt hij daartoe alleen het initiatief als die verrekening voor hem per saldo positief is.

5. Dat levert een verschuiving op van het derde scenario in de richting van het tweede scenario.

6. In het eerste scenario heeft de contractuele verplichting voorrang. Rechtsgeldigheid van het eerste scenario is in dit onderzoek niet aannemelijk geworden.

Om deze redenen hoeft de Ondernemingskamer geen rekening te houden met verrekening door de rechtspersoon en geen flankerende maatregelen te nemen, een uitzondering daargelaten. Die doet zich voor bij een belangentegenstelling tussen de rechtspersoon en degene die voor de rechtspersoon beslist over verrekening. In zo'n uitzonderingssituatie ligt een – aanvullende – onmiddellijke voorziening gericht op die belangentegenstelling voor de hand.

De wederpartij, die een eigen schuld aan de rechtspersoon kan verrekenen, krijgt door uitoefening van zijn bevoegdheid een resultaat dat lijkt op nakoming door de rechtspersoon. Een onmiddellijke voorziening die is getroffen om nakoming te voorkomen, kan daardoor minder doeltreffend zijn. Daarnaast kan die verrekening voor de rechtspersoon bezwaarlijk zijn, als hij de prestatie van de wederpartij niet goed kan missen. Dit bezwaar openbaart zich mogelijk bij aandelentransacties. De Ondernemingskamer heeft geen instrumenten om verrekening door de wederpartij te beletten (7.5).

[383] De gewone burgerlijke rechter zou, met toepassing van de *imprévision* regeling, de overeenkomst van de rechtspersoon kunnen wijzigen in verband met een getroffen onmiddellijke voorziening. De rechtspersoon en zijn wederpartij kunnen beiden een beroep op die regeling doen. Als de onmiddellijke voorziening beschouwd wordt als omstandigheid die naar verkeersopvattingen voor rekening van de rechtspersoon komt, heeft hij geen beroep op de regeling. Partijen kunnen toepassing van de *imprévision* beperken, door mogelijke onmiddellijke voorzieningen in hun contract te verdisconteren. De maatregelen zijn dan niet meer onvoorzien. De regeling perkt het beroep op overmacht door de rechtspersoon in. Bij het treffen van een onmiddellijke voorziening die conflicteert met een contractuele verplichting, kan niet worden gepreludeerd op reductie, door middel van de *imprévision* regeling, van uit dat conflict voortkomend nadeel (7.6).

[384] Een onmiddellijke voorziening is een noodmaatregel. Als zo'n maatregel nakoming van een verplichting dreigt te belemmeren, is dat gewoonlijk een verbintenis die opeisbaar is of binnen afzienbare tijd opeisbaar wordt.

Als de verbintenis opeisbaar is en nakoming ten gevolge van de onmiddellijke voorziening blijvend onmogelijk is, ontstaat terstond tekortkoming in de nakoming. Is nakoming niet blijvend onmogelijk (vertraagde nakoming), dan ontstaat de tekortkoming als de rechtspersoon in verzuim raakt, door de termijn, hem met een ingebrekestelling gesteld, te laten verstrijken zonder alsnog na te komen. Of een onmiddellijke voorziening blijvende onmogelijkheid van de nakoming veroorzaakt, hangt af van de verplichting. Bij prestaties die na het einde van de voorziening nog (een tijdlang) zinvol kunnen zijn, is de nakoming door de voorziening vertraagd. Ten tijde van het treffen van de voorziening is niet steeds vast te stellen, of de voorziening blijvende of tijdelijke tekortkoming in de nakoming veroorzaakt. Dat komt omdat niet zeker is wanneer de voorziening precies zal eindigen. Expiratie van de voorziening kan,

behalve door tijdsverloop, worden bewerkstelligd door processuele handelingen en doordat de rechtspersoon de noodzaak voor de voorziening wegneemt. Voor de wederpartij kan onzekerheid over het einde van de voorziening onduidelijkheid meebrengen over de noodzaak van een ingebrekestelling.

Als de verbintenis nog opeisbaar moet worden op het moment waarop de voorziening wordt getroffen, staat niet vast dat de rechtspersoon tekort zal komen in de nakoming. Het expiratietijdstip is immers onzeker: de voorziening wordt mogelijk beëindigd voordat opeisbaarheid intreedt. Bovendien heeft de rechtspersoon misschien mogelijkheden om nadelige gevolgen van de collisie tussen verplichting en voorziening te beperken.

Bij een tekortkoming in de nakoming door de rechtspersoon, staan zijn wederpartij de volgende acties ten dienste: opschorting, schadevergoeding en ontbinding. Dit alles is aan de orde gekomen in 7.3.

[385] De wederpartij van de rechtspersoon die wegens een onmiddellijke voorziening zijn verplichting niet nakomt, kan een eigen verplichting tegenover de rechtspersoon opschorten. Tussen beide verplichtingen moet voldoende samenhang bestaan. Voor de rechtspersoon kan die opschorting problemen opleveren, in het bijzonder bij aandelentransacties, als de opgeschorte prestatie van de wederpartij voor de rechtspersoon cruciaal is. Overigens lijkt de consequentie, dat de wederpartij tijdelijk niet presteert, bij onmiddellijke voorzieningen die aandelentransacties treffen vaak ingecalculeerd.

Bij onmiddellijke voorzieningen die ingrijpen in de bezoldigingsverplichting valt van opschorting door de wederpartij geen nadelig effect te duchten. Die maatregel gaat (bijna altijd) samen met schorsing, waarmee juist is beoogd dat de wederpartij-bestuurder niet presteert (7.7).

[386] Bij een tekortkoming in de nakoming van zijn verbintenis, moet de rechtspersoon de schade vergoeden die zijn wederpartij daardoor lijdt, tenzij de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend, zodat hij een beroep op overmacht heeft (7.8.2). Onderzocht is of een onmiddellijke voorziening de rechtspersoon een beroep op overmacht oplevert.

Voor een beroep op overmacht is niet vereist dat nakoming absoluut onmogelijk is. Het is dus op zichzelf geen beletsel dat een rechtspersoon zou kunnen nakomen door de onmiddellijke voorziening te negeren. Nakoming die praktisch zo bezwaarlijk is, dat ze als onmogelijk moet worden beschouwd (relatieve onmogelijkheid), levert ook overmacht op (7.8.3). Nakoming in strijd met overheidsvoorschriften wordt soms beschouwd als wettelijk of juridisch onmogelijk (een vorm van relatieve onmogelijkheid). Aan de hand van jurisprudentie over nakoming die werd belemmerd door overheidsmaatregelen, is beargumenteerd dat nakoming in strijd met een onmiddellijke voorziening onder omstandigheden juridisch onmogelijk kan zijn. Het geldt als de onmiddellijke voorziening betrekking heeft op het wezen van (de gezonde toestand van) de rechtspersoon en in geval de onmiddellijke voorziening in de weg staat aan een specifieke prestatie, die alleen de rechtspersoon kan leveren (7.9).

[387] De rechtspersoon heeft geen beroep op overmacht als hij de tekortkoming wegens de onmiddellijke voorziening had moeten voorkomen; dan heeft hij er schuld aan. Hij heeft schuld, als hem kan worden verweten dat hij zich niet heeft gedragen overeenkomstig de objectieve norm, die wordt bepaald door het gedrag van een zorgvuldig schuldenaar in de gegeven omstandigheden (7.8.4). Er zijn mogelijkheden denkbaar om een onmiddellijke voorziening te voorkomen: het voorkomen van twijfel aan een juist beleid; het vermijden van omstandigheden die nopen tot een onmiddellijke voorziening; beïnvloeding van de procedure door een bepaalde proceshouding of proceshandelingen (7.10). In hoofdstuk 8 is, mede aan de hand van deze mogelijkheden, dieper ingegaan op de objectieve norm. Welk gedrag kan van een zorgvuldige rechtspersoon-schuldenaar worden gevergd ten aanzien van tekortkomingen die worden veroorzaakt door onmiddellijke voorzieningen? Het onderzoek naar die objectieve norm is toegespitst op aandelentransacties. Omdat een onmiddellijke voorziening slechts kan worden getroffen in het kader van een enquête, is in het onderzoek betrokken in hoeverre de rechtspersoon tegenover de wederpartij gehouden is een enquête te voorkomen.

[388] Een rechtspersoon die aandelen in een dochter of kleindochter verkoopt is tegenover de koper niet verplicht om in het algemeen twijfel aan zijn beleid te voorkomen. De rechtspersoon is daar niet altijd toe in staat. Bovendien kunnen redenen tot twijfel aan het beleid, en een daaruit voortkomende enquête, de belangen van de koper ongemoeid laten. Daarom is een norm van die strekking te onbepaald om uit de koopovereenkomst voort te vloeien (8.3.1). Om dezelfde redenen is niet aannemelijk, dat de rechtspersoon in het algemeen gehouden is om twijfel aan zijn beleid en enquêtes naar dat beleid te voorkomen tegenover contractpartners bij aandelentransacties waarmee samenwerking is beoogd. Bij samenwerkingsovereenkomsten die zijn gericht op een duurzame relatie is het onder omstandigheden denkbaar, dat de rechtspersoon moet voorkomen dat zijn eigen reputatie schade lijdt door een enquête (8.3.2).

Er is gezocht naar een objectieve norm die meebrengt, dat de rechtspersoon twijfel of een enquête dient te voorkomen over onderdelen van zijn beleid die de waarde van de (aandelen in de) verkochte dochter beïnvloeden. Aan de conformiteitseis, die een koper verplicht een zaak af te leveren die beantwoordt aan de overeenkomst, is geen argument te ontleen voor zo'n objectieve norm (8.2, 8.3.3). Dat geldt ook als het beleid specifiek op de dochter gericht is. Wel is een objectieve norm gevonden die strekt tot het vermijden van twijfel aan het beleid jegens de dochter, voor zover dat beleid een enquête initieert die beslag legt op de tijd of de bedrijfsmiddelen van de dochter, dan wel afdoet aan haar reputatie (8.3.4).

Twijfel aan het beleid en de gang van zaken kan worden opgeroepen door de manier waarop de rechtspersoon een overeenkomst tot stand brengt of door de inhoud van een overeenkomst. In de enquêterechtelijke praktijk blijkt dat

die twijfel kan leiden tot een onmiddellijke voorziening die uitvoering van zo'n overeenkomst belemmert. Voorbeelden van aandelentransacties in de zaken ABN Amro, HBG en Holding Erstad zijn besproken.

Met de inhoud van een overeenkomst hangt de inhoud van de besluitvorming over die overeenkomst samen. Uiteengezet is dat de beoordeling van de inhoud van een overeenkomst door de Ondernemingskamer marginaal is. De inhoud van besluitvorming leidt daarom alleen in buitengewone gevallen tot een enquête. Een enquête waaraan de inhoud van besluitvorming ten grondslag ligt, vergroot dan wel de kans aanzienlijk dat de vrucht van die besluitvorming, de overeenkomst, in de uitvoering belemmerd wordt. Betoogd is dat een objectieve norm de rechtspersoon voorschrijft te voorkomen, dat de inhoud van zijn besluitvorming over de overeenkomst een enquête tot gevolg heeft. Aan die norm doet niet af dat de wederpartij enig inzicht in de besluitvorming zou kunnen hebben. Dat inzicht van de wederpartij kan een eigen-schuld factor opleveren. De schade die hij lijdt, doordat de rechtspersoon de overeenkomst niet nakomt, kan dan gedeeltelijk voor zijn eigen rekening komen (8.4.1).

De rechtspersoon mag zijn besluitvorming over de overeenkomst niet zo inrichten, dat een tekortkoming in de nakoming onvermijdelijk is. Voor het overige is de procedure van besluitvorming een zaak van de rechtspersoon, die in beginsel buiten de koper van aandelen om gaat. Twijfel in het algemeen aan de besluitvormingsprocedure, noch een enquête daarnaar, hoeft de rechtspersoon ingevolge een objectieve norm te voorkomen (8.4.2).

In de zaak ABN Amro was sprake van een wettelijke bepaling, die de wederpartij beschermt tegen een bepaald gebrek in de besluitvorming van de rechtspersoon. Onderzocht is of er een objectieve norm is, die voorschrijft dat de rechtspersoon twijfel voorkomt aan onderdelen van zijn besluitvorming, waarvoor soortgelijke wettelijke beschermende bepalingen gelden. Geconcludeerd is dat een objectieve norm van die strekking, naast de wettelijke beschermingsregeling, overbodig is. Het bestaan van een norm, speciaal gericht op facetten van de besluitvorming die onder beschermende bepalingen vallen, is daarom niet aangenomen.

[389] Een objectieve norm, op grond waarvan de rechtspersoon tegenover zijn wederpartij gehouden is elke onmiddellijke voorziening te vermijden, kan niet worden aangenomen. Niet elke onmiddellijke voorziening treft immers contractverplichtingen van de rechtspersoon (8.5.1).

Bij onmiddellijke voorzieningen die verplichtingen uit aandelentransacties betreffen, gaat het gewoonlijk om uitstel van de prestatie tot na expiratie van de voorziening. Of de prestatie na het einde van de voorziening nog kan worden aangemerkt als behoorlijke nakoming van de verplichting, hangt af van de omstandigheden van het geval. Er zijn navorsingen gedaan naar mogelijke oogmerken van een voorziening waarmee uitvoering van een overeenkomst wordt belemmerd of uitgesteld, en naar met die oogmerken samenhangende mogelijkheden om zo'n voorziening te voorkomen. Dat gebeurde aan de hand van de zaak HBG (8.5.3).

Als schade voor de wederpartij kan worden beperkt door het uitstel te beperken, moet de rechtspersoon zich inzetten voor beëindiging van de onmiddellijke voorziening. Bijvoorbeeld door de aanleiding voor de maatregel weg te nemen of door bepaalde procesrechtelijke wegen te bewandelen. Dat geldt ook als niet zeker is, maar wel waarschijnlijk, dat deze handelingen het einde van de voorziening zullen inluiden. Schending van deze objectieve norm zal de rechtspersoon niet steeds (subjectief) verweten kunnen worden. De rechtspersoon kan namelijk te maken krijgen met ingewikkelde afwegingen tussen enerzijds de verplichting om beëindiging van de voorziening te bespoedigen en anderzijds negatieve consequenties van handelingen die beëindiging (kunnen) bespoedigen. Sommige factoren die in de afweging moeten worden betrokken zijn bovendien onzeker. Dat is toegelicht met de casus ABN Amro. De negatieve gevolgen van de beëindigingshandelingen en de onzekerheid of die handelingen de onmiddellijke voorziening daadwerkelijk doen eindigen, zijn omstandigheden waaronder het subjectieve verwijt kan ontbreken (8.5.4 en 8.5.5).

In het onderzoek naar objectieve normen is ten slotte aandacht besteed aan het fenomeen van de onmiddellijke voorziening die wordt getroffen nadat de aandelentransactie is uitgevoerd. De casus Holding Erstad diende als voorbeeld. Zo'n voorziening tast de overeenkomst, noch de uitvoering daarvan aan. De Ondernemingskamer kan niet bij wege van onmiddellijke voorziening voltooide levering van aandelen ongedaan maken en evenmin de wederpartij van de rechtspersoon daartoe verplichten. Een onmiddellijke voorziening na uitvoering van de overeenkomst is daarom (slechts) gericht op het – via een omweg – stimuleren van ongedaan making van de levering of de overeenkomst. Betoogd is, dat contractspartijen daarom geen rekening hoeven te houden met voorzieningen die voltooide leveringen aantasten, en dat er geen objectieve norm is die strekt tot het vermijden van zulke voorzieningen (8.5.6).

[390] De rechtspersoon heeft evenmin een beroep op overmacht als de tekortkoming wegens een onmiddellijke voorziening voor zijn risico komt (7.8.5). De wet geeft geen aanknopingspunten voor verdeling van het risico van zulke tekortkomingen. De rechtspersoon en zijn wederpartij kunnen een verdeling van het risico overeenkomen. De Ondernemingskamer kan bij haar beslissing over de onmiddellijke voorziening tot uitgangspunt nemen, dat die risicoverdeling standhoudt bij de rechter, die oordeelt over schadevordering en beroep op overmacht. Een contractuele risicoverdeling brengt niet zonder meer mee dat de onmiddellijke voorziening 'voorzien' is (7.11). Dat is van belang: in beginsel komt een oorzaak van tekortkoming, die de schuldenaar kan voorzien, krachtens verkeersopvattingen voor zijn risico. De rechtspersoon kan in verschillende situaties voorzien dat de onmiddellijke voorziening een tekortkoming zal veroorzaken. Voorzienbare tekortkoming doet zich voor als hij de verbintenis aangaat nadat de voorziening is getroffen (ook als hij daarvan niet op de hoogte is). De tekortkoming is eveneens voorzienbaar, als hij ten tijde van het aangaan van de verbintenis rekening moet houden met een aanstaande

voorziening. Het moment waarop hij met een voorziening rekening moet gaan houden, wordt beïnvloed door het stadium waarin de enquêteprocedure zich bevindt (7.13).

Ook de tekortkoming, die wordt veroorzaakt door een overheidsmaatregel, komt voor risico van de schuldenaar als ze voor hem voorzienbaar was. Een rondgang langs (schaarse) jurisprudentie waarin de tekortkoming verband hield met een overheidsmaatregel, heeft geen algemene conclusie opgeleverd over toerekening naar verkeersopvattingen van overheidsmaatregelen. Wel is er een indicatie, dat voor toerekening van de tekortkoming niet volstaat dat de verandering wordt veroorzaakt door een overheidsmaatregel; persoonlijke omstandigheden die vatbaar maken voor de maatregel lijken nodig te zijn (7.12).

[391] Verkeersopvattingen over het risico voor tekortkomingen ten gevolge van onmiddellijke voorzieningen zijn onderzocht met behulp van maatregelen, die de bezoldiging van managers treffen. Als uitgangspunt is genomen dat het risico bij de rechtspersoon ligt (nr. 350).

Een bezoldigingsingreep treft een externe rechtsverhouding van de rechtspersoon. Veelal heeft de manager ook deel aan de interne rechtsverhoudingen van de rechtspersoon. Nagegaan is of de interne betrokkenheid de verkeersopvattingen over het risico voor een bezoldigingsmaatregel beïnvloedt, in de zin dat het risico naar de manager verschuift.⁷ Daarbij is een voorbehoud gemaakt: bij gebreke aan toepasselijke uitspraken is geen houvast gevonden in jurisprudentie. Betoogd is, dat kennis van (het onderdeel van) het beleid van de rechtspersoon dat de maatregel uitlokt, het risico kan doen verschuiven naar de manager. Dat kan zelfs als de manager pas na het ontstaan van de verplichting op de hoogte is geraakt. Als hij geïnformeerd had kunnen zijn, maar dat niet is, kan hij zich niet beroepen op het gebrek aan kennis. Naarmate hij beter in staat is kennis te verwerven, is de kans op verschuiving van het risico groter. Indien de maatregel ook voor de rechtspersoon voorzienbaar was, verschuift het risico niet naar de manager (9.15.3).

Het beleid, dat aanleiding geeft tot een enquête, is beïnvloed door de manager die geschorst wordt. Hij kan ook de omstandigheden die de bezoldigingsingreep uitlokken hebben beïnvloed. Het ligt dan voor de hand, dat de manager het risico draagt voor een tekortkoming van de rechtspersoon ten gevolge van de ingreep (9.15.4).

Tekortkomingen in de taakvervulling door een bestuurder met verantwoordelijkheid voor het bestuursbeleid, kunnen in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure leiden tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid. Het feitencomplex dat de bestuurder met het aansprakelijkheidsoordeel wordt verweten, kan overeenstemmen met het feitencomplex dat een enquêterechtelijke bezoldigingsingreep uitlokt. Ik heb betoogd, dat in geval van zo'n

7. De bevindingen kunnen ook van toepassing zijn op andere verplichtingen, uit andere soorten overeenkomsten, tegenover wederpartijen met een interne verhouding tot de rechtspersoon.

‘bestuurdersaansprakelijkheid’-verwijt de tekortkoming ten gevolge van de onmiddellijke voorziening voor risico van de bestuurder behoort te komen (9.15.5).

Gewezen is op een gevolg van de summiere motivering van bezoldigingsingrepen: de motivering biedt in concrete gevallen weinig aangrijpingspunten voor verschuiving van het risico.

[392] Voor ontbinding van een overeenkomst moet de tekortkoming van voldoende gewicht zijn (7.14). Het is niet waarschijnlijk, dat een onmiddellijke voorziening als oorzaak van de tekortkoming meebrengt dat de tekortkoming van onvoldoende gewicht is. De rechtspersoon en zijn wederpartij kunnen in hun overeenkomst de bevoegdheid tot ontbinding bij tekortkomingen, veroorzaakt door onmiddellijke voorzieningen, uitsluiten en beperken. En zij kunnen de onmiddellijke voorziening als ontbindende voorwaarde in hun overeenkomst opnemen. Ontbinding kan, net als verrekening en opschorting, bezwaarlijke gevolgen voor de rechtspersoon hebben.

10.6 Observaties over bezoldigingsingrepen

[393] Bezoldigingsmaatregelen zijn, naast aandelentransacties, voorwerp van dit onderzoek.⁸ Het onderzoek heeft aanleiding gegeven de aard, het doel en de verschijningsvorm van die bezoldigingsmaatregelen afzonderlijk te belichten in 9.7-9.14.

De bezoldigingsingreep is een zelfstandige onmiddellijke voorziening (9.13). Met die maatregel is geen uitstel maar afstel van nakoming van de contractuele bezoldigingsverplichting beoogd. De maatregel wordt getroffen in combinatie met de onmiddellijke voorziening van schorsing. Een bestuurder kan in verband met de toestand van de rechtspersoon geschorst worden wegens twijfel aan zijn functioneren, maar ook om redenen die niet met zijn functioneren te maken hebben. Van een verwijt aan de bestuurder hoeft geen sprake te zijn. Wordt hij geschorst in het belang van het onderzoek, dan heeft dat bijna altijd te maken met een verwijt. Uit motiveringen van beslissingen valt niet altijd af te leiden of het criterium ‘in verband met de toestand van de rechtspersoon’, dan wel het criterium ‘in het belang van het onderzoek’, ofwel een combinatie van beide ten grondslag lag aan de schorsing (9.7.1).

Aantasting van de bezoldigingsverplichting is niet een automatisch gevolg van schorsing. Ten eerste omdat onaannemelijk is dat alle verplichtingen van de rechtspersoon uit de managementovereenkomst automatisch vervallen. Ten tweede biedt het enquêterecht geen aanknopingspunten voor *automatische* en *stilzwijgende* afwijking van de – in het arbeidsrecht driekwart

8. Bezoldigingsmaatregelen zijn maatregelen die inbreuk maken op bezoldigingsverplichtingen.

dwingende – verplichting om gedurende schorsing loon door te betalen.⁹ Ten derde wijzen de uitdrukkelijke overwegingen over de bezoldigingsverplichtingen in enquêterechtelijke beschikkingen erop, dat enquêterechtelijke schorsing de bezoldigingsverplichting niet automatisch opheft.

De contractuele verplichting van de rechtspersoon om aan de manager de overeengekomen vergoeding te voldoen, blijft dus bij schorsing in stand (9.8). Een nieuwe vergoeding kan pas worden vastgesteld, nadat de rechtspersoon van de oorspronkelijke, contractuele bezoldigingsverplichting is ontheven. Wie kan die verplichting opheffen? De door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder (de OK-bestuurder) heeft nauwelijks mogelijkheden om de contractuele bezoldigingsverplichting eenzijdig aan te tasten. Ik heb betoogd dat die mogelijkheden niet verruimd kunnen worden door de OK-bestuurder bij beschikking extra bevoegdheden te geven. Uit de jurisprudentie kan mijns inziens niet worden afgeleid, dat de Ondernemingskamer de bevoegdheid om af te wijken van dwingende regels voor externe rechtsverhoudingen kan uitbesteden aan een OK-bestuurder (9.10.1). De Ondernemingskamer neemt soms in haar beschikkingen op, dat de OK-bestuurder de voorwaarden bepaalt waaronder een geschorste bestuurder werkzaamheden kan verrichten (9.7.3). Ook wordt wel met zoveel woorden aan de OK-bestuurder gesuggereerd of opgedragen om een nieuwe bezoldiging voor de geschorste persoon vast te stellen (9.9.1, 9.9.5). Die aanwijzingen, opdrachten en suggesties, zijn niet doeltreffend voor zover de vaststelling van een nieuwe bezoldiging aan de OK-bestuurder wordt overgelaten, indien de Ondernemingskamer de contractuele bezoldigingsverplichting niet heeft opgeheven.¹⁰

Beschikkingen waarin de Ondernemingskamer expliciet over de bezoldigingsverplichting beslist zijn gevarieerd van vorm (9.9.2 - 9.9.4, 9.9.6). Ik meen dat zo'n beslissing uit het oogpunt van duidelijkheid in het dictum hoort te staan, omdat het een ingreep in een externe rechtsverhouding is (9.10.2). Bezoldigingsingrepen brengen tijdelijk verandering aan in de rechtsposities van de geschorste manager en van de rechtspersoon. Mijns inziens dienen die rechtsposities duidelijk uit de beschikking van de Ondernemingskamer te blijken. De bezoldigingsingreep zou, anders dan de *usance* is, beter geformuleerd kunnen worden als gebod of verbod (9.15.1).

Als de OK-bestuurder, nadat de contractuele bezoldigingsverplichting bij wege van onmiddellijke voorziening tijdelijk is opgeheven, een nieuwe bezoldiging vaststelt, is dat geen bestuurders-bezoldiging. De OK-bestuurder is daarom niet gebonden aan de regels voor bezoldiging van bestuurders (9.11).

Betoogd is dat het belang van het onderzoek nooit noopt tot ingrepen in de bezoldiging (9.14.2, 9.14.3). Hoewel uitzonderlijk, zou de toestand van de rechtspersoon onder omstandigheden – privé-onttrekkingen, onacceptabele

9. De Ondernemingskamer kan de bezoldigingsverplichting met een onmiddellijke voorziening – dus uitdrukkelijk – aantasten, zie nr. 377.

10. Betoogd is dat zij dat kan doen (zie nr. 377).

rekening-courantverhoudingen, ontbrekend gelijk speelveld – zo’n maatregel kunnen vergen (9.14.1). Tot zulke omstandigheden kan een financiële noodtoestand van de rechtspersoon niet worden gerekend (9.14.3). Een verwijt aan het adres van de geschorste bestuurder is op zichzelf onvoldoende om hem zijn bezoldiging te ontfangen. Het is evenmin een vereiste voor zo’n maatregel (9.14.4). Deze ingrepen worden in de praktijk summier gemotiveerd, zodat niet steeds kan worden vastgesteld welke omstandigheden de Ondernemingskamer tot de ingreep hebben bewogen (9.12).

10.7 Antwoorden op onderzoeksvragen; slotsommen

[394] Op grond van de bevindingen kunnen de volgende antwoorden op de onderzoeksvragen worden geformuleerd, alsmede een paar overige opmerkingen.

De bevindingen kunnen niet alleen voor de Ondernemingskamer nuttig zijn, maar ook voor de gewone burgerlijke rechter aan wie vorderingen worden voorgelegd wegens niet-nakoming van contractuele verplichtingen in verband met een onmiddellijke voorziening. Voor de rechtspersoon en andere procespartijen kunnen de bevindingen behulpzaam zijn bij het afstemmen van hun proceshouding en mogelijk bij het inrichten van contracten.

10.7.1 Rangorde; onderzoeksvraag f

[395] Een rangorde naar Nederlands recht tussen de onmiddellijke voorziening en de contractuele verplichting van de rechtspersoon is niet vastgesteld. De wetgever heeft hierover geen aanwijzing gegeven. De eigenschap van de onmiddellijke voorziening, dat ze door een rechterlijke beslissing ontstaat, geeft haar geen prioriteit boven de contractuele verplichting. Uit procesrechtelijke regels kan evenmin een rangorde worden afgeleid; de afstemmingsregel leidt niet tot voorrang van de contractuele verplichting op de onmiddellijke voorziening. De verplichting uit een arbeidsovereenkomst tot het betalen van loon prevaleert niet op grond van de arbeidsrechtelijke loonrisicoregeling boven de onmiddellijke voorziening. Bij gebreke aan een rangorde moet er van worden uitgegaan, dat noch het eerste scenario, noch het tweede scenario vigeert. Het derde scenario is geldend recht.¹¹

11. De drie scenario’s sluiten elkaar uit (nr. 9).

10.7.2 Informatie over rechtspositie en vordering van de wederpartij;
onderzoeksvragen c, d en e

[396] In het derde scenario kan de rechtspersoon nadeel ondervinden van een reactie van de wederpartij op de onmiddellijke voorziening die conflicteert met zijn contractuele verplichting. Of dat nadeel zich manifesteert is afhankelijk van de rechtspositie van de wederpartij en van het succes van de vorderingen die hij op die rechtspositie baseert.

Het oordeel van de rechter die bevoegd is ter zake van de contractuele verhouding van de rechtspersoon, is voor de Ondernemingskamer een bron van informatie over de rechtspositie van de wederpartij. Als de onmiddellijke voorziening wordt getroffen, is er meestal (nog) geen oordeel van een bevoegde rechter voorhanden. De Ondernemingskamer dient zich dan te verdiepen in een hypothetisch oordeel, dat een bevoegde rechter vermoedelijk op grond van het toepasselijke recht geeft. Daarvoor heeft zij informatie nodig over het toepasselijke recht. Haar mogelijkheden om inzicht te verwerven in toepasselijk vreemd recht of toepasselijke arbitrale regelingen zijn beperkt. Daardoor blijven de rechtspositie van de wederpartij en diens proceskansen mogelijk onderbelicht.

10.7.3 Rechtspositie; onderzoeksvraag a

[397] Als de rechtspersoon zijn verbintenis niet nakomt in verband met een onmiddellijke voorziening, kan zijn wederpartij naar Nederlands recht in beginsel nakoming vorderen, verrekenen met een eigen schuld, de *imprévision* regeling invoeren, een eigen verplichting opschorten, schadevergoeding vorderen, en ontbinden. De omstandigheid dat de onmiddellijke voorziening door een rechter in het leven wordt geroepen, doet *op zichzelf* niet af aan de rechtspositie van de wederpartij.

10.7.4 Succesvolle acties van de wederpartij en nadeel; onderzoeksvraag b
en centrale onderzoeksvraag

[398] Bij een succesvolle nakomingsvordering zou de contractuele verplichting de facto voorrang krijgen.¹² Een onmiddellijke voorziening waarmee (tijdelijke) niet-nakoming is beoogd, wordt dan ontkracht.

Ik meen dat de vordering tot nakoming gedurende de looptijd van onmiddellijke voorziening voor de Nederlandse rechter geen succes zal hebben. Het is mijns inziens de bedoeling van de wetgever bij de onmiddellijke voorziening, dat de gewone burgerlijke rechter de vordering tot nakoming gedurende die looptijd afwijst.

12. Dat is strijdig met het derde scenario. Er is geen rangorde (scenario's 1 en 2) vastgesteld; ik stel me op het standpunt dat het derde scenario geldend recht is.

HOOFDSTUK 10

Voor nakomingsvorderingen, beoordeeld door de Angelsaksisch georiënteerde rechter, geldt dat deze waarschijnlijk slechts bij uitzondering zullen worden toegewezen, omdat in Angelsaksische stelsels schadevergoeding de hoofdregel is.

De wederpartij verrekent zonder tussenkomst van een rechter. De Ondernemingskamer kan verrekening door de wederpartij niet verhinderen. Verrekening van verbintenissen uit aandelentransacties kan nadelig uitwerken voor de rechtspersoon. Aan het beoogde gunstige effect van een onmiddellijke voorziening, die ingrijpt in een aandelentransactie, kan daardoor worden afgedaan.

Van een beroep op de *imprévision* regeling door de wederpartij valt geen nadelig effect op de uitwerking van de onmiddellijke voorziening te verwachten.

Ook opschorting van een eigen verplichting door de wederpartij geschiedt zonder tussenkomst van een rechter. De Ondernemingskamer heeft geen invloed op de bevoegdheid tot opschorting van de wederpartij. Het positieve effect van een onmiddellijke voorziening die inbreuk maakt op een aandelentransactie, kan worden aangetast door opschorting door de wederpartij.

Een succesvolle schadevordering van de wederpartij levert de rechtspersoon financieel nadeel op. Daardoor kan de onmiddellijke voorziening, die de schadevordering uitlokt, per saldo negatief uitwerken op de rechtspersoon.

De schadevordering heeft geen succes als de rechtspersoon een beroep op overmacht heeft. Er is overmacht als én schuld van de rechtspersoon aan de tekortkoming door de onmiddellijke voorziening ontbreekt, én de voorziening niet voor zijn risico komt.

Er is een aantal gevallen in kaart gebracht, waarin de rechtspersoon geen beroep op overmacht heeft tegenover zijn contractpartner bij een aandelentransactie. Schuld kan bij uitzondering ontbreken, in het bijzonder bij onmiddellijke voorzieningen die voltooide leveringen aantasten. Het risico voor een onmiddellijke voorziening zou onder omstandigheden kunnen verschuiven van de rechtspersoon naar zijn wederpartij. Daar is kans op indien de wederpartij het gebrekkige beleid, dat de onmiddellijke voorziening uitlokt, kent of heeft beïnvloed of als hij er verantwoordelijk voor is.

Een geslaagd beroep op overmacht door de rechtspersoon moet als een zeldzaamheid worden beschouwd.

Bij ontbinding – al dan niet buitengerechtelijk – blijft de rechtspersoon verstoken van de prestatie van de wederpartij. Dat kan voor de rechtspersoon zo bezwaarlijk zijn, dat het gunstige effect van de onmiddellijke voorziening er niet tegenop weegt.

10.7.5 Aantasting van de doeltreffendheid van de onmiddellijke voorziening

[399] Een onmiddellijke voorziening die nakoming van een verplichting verbiedt kan aan effectiviteit inboeten, als de wederpartij een eigen vordering verrekent. De grootste bedreiging voor de effectiviteit van zo'n onmiddellijke voorziening gaat in theorie uit van de nakomingsvordering; toewijzing zou de effectiviteit reduceren tot nihil.¹³

10.8 De bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen; slotsommen

[400] Het onderzoek geeft nog aanleiding tot de volgende observaties over het onderzoeksthema.

[401] De enquêteprocedure wijkt af van de procedure voor de gewone burgerlijke rechter (hoofdstuk 2). Het enquêterecht heeft een tweeledig doel: het is gericht op een zowel in juridisch, als in bedrijfseconomisch opzicht deugdelijke staat van de rechtspersoon (nr. 58). De inrichting van de enquêteprocedure hangt samen met dat dubbelzijdige doel. Dat komt onder meer tot uitdrukking in de prominente plaats van het belang van de rechtspersoon in de procedure. De bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen is door de wetgever bedoeld om de effectiviteit van de enquêteprocedure te verhogen (3.3). Die bevoegdheid is daarom verstrekkend. Het onderdeel van de enquêteprocedure, waarin die bevoegdheid is ondergebracht, verschilt sterk van de contradictoire procedure voor de gewone burgerlijke rechter, waarin over contractuele verhoudingen wordt geoordeeld. De onvergelykbaarheid van de procedures is speciaal in het oog gesprongen bij bespreking van de thema's het gezag van gewijsde (5.4, 5.5), de normatieve werking (5.7) en de afstemmingsregel (6.3.2). Waar rechtsplichten uit contractuele verhoudingen niet verenigbaar zijn met onmiddellijke voorzieningen, wringt dat verschil in de aard van de procedures. Men zou daarom wellicht evengoed kunnen spreken van schurende procedures als van botsende rechtsplichten.

[402] De bevoegdheid van de Ondernemingskamer tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, die inbreuk maken op contractuele verhoudingen, wordt niet beperkt door uitdrukkelijke wettelijke bepalingen, noch door het gezag van gewijsde of de afstemmingsregel, en evenmin door de arbeidsrechtelijke loonrisicoregeling. De bevoegdheid is daarmee ruim genoeg om te voldoen aan het door de wetgever beoogde doel. Er is geen noodzaak voor aanvullende wetgeving.

13. Naar Nederlands recht behoort de nakomingsvordering mijns inziens te worden afgewezen, zie nr. 398.

[403] Als een onmiddellijke voorziening wordt getroffen die inbreuk maakt op een contractuele verplichting van de rechtspersoon, dient in de beslissing te worden betrokken dat de reactie van de wederpartij op die voorziening de rechtspersoon nadeel kan toebrengen. Financieel nadeel door een schadevergoedingsverplichting ligt het meest voor de hand.¹⁴ Extra behoedzaamheid bij het gebruik van de bevoegdheid is op zijn plaats als vreemd recht van toepassing is op de contractuele verplichting. De kans op en de omvang van nadeel zijn dan voor de Ondernemingskamer niet goed vast te stellen.¹⁵

[404] De Ondernemingskamer heeft de bevoegdheid om de bezoldigingsverplichting van de rechtspersoon aan te tasten. Ingrepen in de bezoldiging voldoen slechts onder uitzonderlijke omstandigheden aan de criteria voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Deugdelijke motivering van de maatregelen is nodig.¹⁶ Beslissingen over de bezoldigingsverplichtingen gaan over de rechtspositie van de rechtspersoon en de rechtspositie van degene die aanspraak heeft op de bezoldiging. De Ondernemingskamer dient die rechtsposities ondubbelzinnig vast te stellen.

[405] In hoofdstuk 1 is uiteengezet, dat onduidelijk was of, en onder welke omstandigheden, de Ondernemingskamer bevoegd is een onmiddellijke voorziening te treffen, waarmee inbreuk wordt gemaakt op een contractuele verhouding van de rechtspersoon. Het verkennen van de grenzen van de bevoegdheid verkeerde op dit punt nog in een pioniersfase (1.1). Dit onderzoek heeft het inzicht opgeleverd, dat met een onmiddellijke voorziening inbreuk gemaakt kan worden op contractuele verhoudingen van rechtspersonen. Er zijn omstandigheden gevonden, waarin plaats kan zijn voor voorzieningen die een contractuele verplichting van de rechtspersoon aantasten. En er zijn contraindicaties voor het treffen van zulke maatregelen aan het licht gekomen.¹⁷ Op die manier is bijgedragen aan het proces van concretisering van de wettelijke criteria voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen, dat in 3.8 is beschreven. Met dit alles is de verkenning van de reikwijdte van de bevoegdheid ter

14. In die zin is de nadruk die in het debat over deze kwestie is gelegd op schadevergoeding (zie onder meer nr. 6 en 31) terecht.

15. Opgemerkt zij, dat niet is onderzocht of het derde scenario ook geldend recht is in geval vreemd recht de contractuele verplichting beheerst.

16. Secure motivering van de bezoldigingsingreep heeft ook tot effect, dat bij een eventueel beroep op overmacht aangrijpingspunten gevonden kunnen worden voor de allocatie van het risico voor de onmiddellijke voorziening (zie ook nr. 391) en bij een nakomingsvordering argumenten voor afwijzing (zie 9.6).

17. Bijv.: bezoldigingsingrepen in het belang van het onderzoek voldoen niet aan de criteria voor onmiddellijke voorzieningen (10.6); verrekening en opschorting door de wederpartij en schadevorderingen kunnen relatief te nadelige gevolgen voor de rechtspersoon hebben (10.5, 10.7.4); de onmiddellijke voorziening kan onder omstandigheden verminderd doeltreffend zijn (10.7.5).

ANALYSE EN CONCLUSIES

zake van onmiddellijke voorzieningen die contractuele verplichtingen treffen, niet afgerond. Wel acht ik de tijd rijp voor een volgende fase, waarin het bereik van de bevoegdheid nauwkeuriger wordt vastgesteld. De bevindingen van dit onderzoek kunnen daarbij van dienst zijn.

Hoofdstuk 11. Samenvatting

11.1 Het enquêterecht en de enquêteprocedure

[406] In het Nederlandse enquêterecht staan de rechtspersoon en de met deze verbonden onderneming centraal. Het enquêterecht is praktisch van aard. Het heeft de volgende doeleinden: de sanering van de verhoudingen binnen de rechtspersoon en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming; het verkrijgen van opening van zaken; de vaststelling wie verantwoordelijk is voor wanbeleid. Het doel van het enquêterecht is in wezen tweeledig. Het is gericht op een juiste rechts-toestand en op een adequate bedrijfseconomische toestand.

De enquêteprocedure is een bijzondere procedure. Het bijzondere karakter hangt samen met de praktische aard van het enquêterecht. De enquêteprocedure verschilt sterk van de contradictoire procedure voor de gewone burgerlijke rechter. De Ondernemingskamer is de exclusief bevoegde feitelijke rechter. Zij spreekt recht met vijf leden. Twee leden zijn lekenrechters met bijzondere deskundigheid op het gebied van ondernemingen. De wet bepaalt wie de procedure kunnen initiëren. De verwerende partij is de rechtspersoon. In de procedure kunnen belanghebbenden verschijnen. De Ondernemingskamer kan een onderzoek – de enquête – bevelen als er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken van de rechtspersoon te twijfelen. Zij benoemt in dat geval een onafhankelijke onderzoeker. Deze onderzoekt het beleid en de gang van zaken. De zogenoemde eerste fase van de procedure eindigt met het onderzoeksverslag van de onderzoeker. Er kan een tweede fase volgen. Daarin beoordeelt de Ondernemingskamer of uit dat verslag blijkt van wanbeleid van de rechtspersoon. Als zij wanbeleid vaststelt, kan ze maatregelen nemen die in de wet zijn opgesomd. Tot die maatregelen behoren: vernietiging van besluiten; ontslag van bestuurders; ontbinding van de rechtspersoon.

11.2 De onmiddellijke voorzieningen

[407] De Ondernemingskamer kan in de gehele procedure spoedeisende ordemaatregelen van tijdelijke aard nemen. Dat zijn de zogenoemde onmiddellijke voorzieningen. Deze hebben het karakter van noodverband en zijn van

kracht voor ten hoogste de duur van het geding. De rechterlijke bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen dient ter bevordering van de effectiviteit van de enquêteprocedure. Die bevoegdheid is daarom verstrekkend. Met onmiddellijke voorzieningen mag worden afgeweken van dwingend recht en deze mogen onomkeerbare gevolgen hebben. Een onmiddellijke voorziening kan alleen worden getroffen als de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek dat vereist. Onmiddellijke voorzieningen kunnen op zeer korte termijn worden getroffen. De variatie in onmiddellijke voorzieningen is groot. Voorbeelden zijn: het schorsen van bestuurders; het tijdelijk aanstellen van bestuurders; de overdracht van aandelen ten titel van beheer aan een beheerder; het schorsen van stemrecht op aandelen; het verbod op besluitvorming; het verbod op uitvoering van besluiten. Een onmiddellijke voorziening heeft gevolgen – baten en lasten – voor de rechtspersoon. Die gevolgen moeten per saldo positief uitwerken op de rechtspersoon. Anders is de maatregel niet in zijn belang. Dat belang staat in de enquêteprocedure centraal.

11.3 Het onderzoeksthema

[408] Soms roept een onmiddellijke voorziening een rechtsplicht van de rechtspersoon in het leven, die conflicteert met een rechtsplicht van de rechtspersoon uit een overeenkomst. De rechtspersoon kan dan niet tegelijkertijd én de overeenkomst nakomen én voldoen aan een verplichting die voortvloeit uit de onmiddellijke voorziening. Dit type onmiddellijke voorzieningen staat centraal in dit proefschrift.

In de praktijk is de vraag gerezen naar de rechtstoestand in geval van zo'n conflict van rechtsplichten. De kwestie heeft zich geopenbaard in procedures over overnameconflicten. In zulke procedures zijn onmiddellijke voorzieningen in conflict gekomen met verplichtingen uit aandelentransacties.¹ Dit type onmiddellijke voorziening wordt ook toegepast bij schorsing van bestuurders. In die gevallen botsen de maatregelen met bezoldigingsverplichtingen van de rechtspersoon. De samenloop van onmiddellijke voorzieningen met aandelentransacties en met bezoldigingsverplichtingen is onderzocht.

1. In het bijzonder in de procedure inzake ABN Amro (OK 3 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *ARO* 2007/79 (abusievelijk genummerd 67); *JOR* 2007/143, m.nt. M.P. Nieuwe Weme; *Ondernemingsrecht* 2007/103, m.nt. M.J. van Ginneken; *NJB* 2007/1296, m.nt. M.J. van Vliet; *TOP* 2007, p.199-203, m.nt. E. Soerjatin (ABN Amro) en HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972), *ARO* 2007/120; *NJ* 2007/434; *JOR* 2007/178, m.nt. M.P. Nieuwe Weme; *Ondernemingsrecht* 2007/127, m.nt. M.J. van Ginneken; *NJB* 2007/31, p. 1632-1676, m.nt. P. van Schilfgaarde; *NJB* 2007/1693 (ABN Amro)).

[409] Bij een conflict tussen een onmiddellijke voorziening en een contractuele verplichting van de rechtspersoon zijn drie scenario's voor de rechtstoestand denkbaar. In het eerste scenario prevaleert de contractuele verplichting. De onmiddellijke voorziening tast de contractuele verplichting niet aan; deze moet worden nagekomen. Een onmiddellijke voorziening waarmee niet-nakoming wordt beoogd, is in dat scenario zinloos. In het tweede scenario heeft de onmiddellijke voorziening voorrang. De rechtspersoon komt de contractuele verplichting niet na en zijn wederpartij heeft op die grond geen acties. In het derde scenario heeft noch de contractuele verplichting, noch de onmiddellijke voorziening prioriteit. Het onderzoek heeft uitgewezen dat het derde scenario Nederlands geldend recht is.

In het derde scenario komt de rechtspersoon de contractuele verplichting niet na wegens de onmiddellijke voorziening. Zijn wederpartij zou daarop kunnen reageren en die reactie zou tot nadeel of last voor de rechtspersoon kunnen leiden. Het nadeel is in dat geval een negatief effect van de onmiddellijke voorziening voor de rechtspersoon. Dat mogelijke negatieve effect moet worden afgewogen tegen de positieve gevolgen van de onmiddellijke voorziening. Die afweging dient de Ondernemingskamer te maken voordat zij een conflicterende onmiddellijke voorziening treft. De Ondernemingskamer heeft dus inzicht nodig in de negatieve effecten, die de rechtspersoon, die wegens een onmiddellijke voorziening een contractuele verplichting niet nakomt, ondervindt van de reactie van zijn wederpartij. Die effecten zijn onderzocht. De reactie van de wederpartij hangt af van zijn rechtspositie. De onderzoeksvragen zien op die effecten, die rechtspositie, en de wijze waarop de Ondernemingskamer inzicht daarover verwerft. Een mogelijke rangorde tussen de contractuele verplichting en de onmiddellijke voorziening (het eerste en het tweede scenario) is in het onderzoek betrokken. De enquêterechtelijke, verbintenismatige, procesmatige en arbeidsmatige aspecten van het conflict van verplichtingen zijn onderzocht.

11.4 De bevindingen

[410] De eerste twee scenario's zijn geen geldend recht. Er is geen rangorde gevonden tussen de onmiddellijke voorziening en de contractuele verplichting van de rechtspersoon. De wetgever heeft geen aanwijzingen over een rangorde gegeven. De eigenschap van de onmiddellijke voorziening, dat deze door een rechterlijke beslissing ontstaat, geeft haar geen prioriteit boven de contractuele verplichting. Uit procesmatige regels kan evenmin een rangorde worden afgeleid. De afstemmingsregel, die voorschrijft dat de gewone burgerlijke voorzieningenrechter zijn oordeel afstemt op een eerder oordeel van de bodemrechter, brengt geen voorrang mee van de contractuele verplichting op de onmiddellijke voorziening. De verplichting uit een arbeidsovereenkomst tot het betalen van loon prevaleert niet boven de onmiddellijke voorziening.

[411] Het derde scenario is geldend recht. Het hangt af van de rechtspositie van de wederpartij of de rechtspersoon nadeel ondervindt van de onmiddellijke voorziening die conflicteert met zijn contractuele verplichting. Die rechtspositie wordt, in geval van twijfel of dispuut daarover, uiteindelijk bindend vastgesteld door de bevoegde rechter. De Ondernemingskamer is niet de bevoegde rechter. De bevoegde rechter oordeelt op grond van het recht dat toepasselijk is op de overeenkomst tussen de rechtspersoon en de wederpartij. Het oordeel van de bevoegde rechter is voor de Ondernemingskamer een bron van informatie over de rechtspositie van de wederpartij. Als de onmiddellijke voorziening wordt getroffen, is er meestal (nog) geen oordeel van een bevoegde rechter voorhanden. De Ondernemingskamer dient zich dan te verdiepen in een mogelijk toekomstig oordeel van een bevoegde rechter. Daarvoor heeft zij informatie nodig over het toepasselijke recht. Haar mogelijkheden om inzicht te verwerven in toepasselijk vreemd recht of toepasselijke arbitrale regelingen zijn beperkt. Daardoor blijven de rechtspositie van de wederpartij en diens proceskansen mogelijk onderbelicht.

[412] De omstandigheid dat de onmiddellijke voorziening door een rechter in het leven wordt geroepen, doet naar Nederlands recht *op zichzelf* niet af aan de rechtspositie van de wederpartij. Deze kan, als de rechtspersoon zijn verbintenis niet nakomt wegens een onmiddellijke voorziening, in beginsel nakoming vorderen, verrekenen met een eigen schuld, de *imprévision* regeling inroepen, een eigen verplichting opschorten, schadevergoeding vorderen, en de overeenkomst, waarvan de verbintenis deel uitmaakt, ontbinden.

Ik heb betoogd dat de nakomingsvordering gedurende de looptijd van onmiddellijke voorziening naar Nederlands recht geen succes behoort te hebben. De bedoeling van de wetgever bij de onmiddellijke voorziening verzet zich tegen toewijzing van de nakomingsvordering. Toewijzing, waardoor de contractuele verplichting de facto voorrang krijgt, is strijdig met het derde scenario. Nakomingsvorderingen, beoordeeld naar Angelsaksische rechtsstelsels, zullen waarschijnlijk slechts bij uitzondering worden toegewezen, omdat in Angelsaksische stelsels schadevergoeding de hoofdregel is.

De wederpartij kan verrekenen zonder tussenkomst van een rechter. De Ondernemingskamer kan verrekening door de wederpartij niet verhinderen. Verrekening van verbintenissen uit aandelentransacties kan nadelig uitwerken voor de rechtspersoon. Aan het beoogde gunstige effect van een onmiddellijke voorziening, die ingrijpt in een aandelentransactie, kan daardoor worden afgedaan.

De effectiviteit van een onmiddellijke voorziening die nakoming van een verplichting verbiedt, kan afnemen bij verrekening door de wederpartij van een eigen vordering en in geval van toewijzing van een nakomingsvordering.

Van een beroep op de *imprévision* regeling door de wederpartij valt geen nadelig effect op de uitwerking van de onmiddellijke voorziening te verwachten.

De wederpartij kan, als hij bevoegd is tot opschorting, een eigen verplichting opschorten zonder tussenkomst van een rechter. De Ondernemingskamer heeft geen invloed op opschorting door de wederpartij. Het positieve effect van een onmiddellijke voorziening die inbreuk maakt op een aandelentransactie, kan worden aangetast door opschorting door de wederpartij.

Een succesvolle schadevergoedingsvordering van de wederpartij levert de rechtspersoon financieel nadeel op. Daardoor kan de onmiddellijke voorziening die de schadevordering uitlokt, per saldo negatief uitwerken op de rechtspersoon. De schadevordering heeft geen succes als de rechtspersoon een beroep op overmacht heeft. Hij heeft een beroep op overmacht als hij geen schuld aan de tekortkoming door de onmiddellijke voorziening heeft én de onmiddellijke voorziening niet voor zijn risico komt. Schuld van de rechtspersoon aan onmiddellijke voorzieningen bij aandelentransacties is onderzocht. Aandacht is besteed aan het voorkomen van een enquête en van onmiddellijke voorzieningen, het beleid van de rechtspersoon ten aanzien van haar (verkochte) dochter, besluitvorming door de rechtspersoon over verkoop van aandelen en over samenwerkingsovereenkomsten, en (processuele) handelingen van de rechtspersoon die leiden tot opheffing van de onmiddellijke voorziening. Schuld kan in het geval van aandelentransacties bij uitzondering ontbreken. Het risico voor een onmiddellijke voorziening kan onder omstandigheden verschuiven van de rechtspersoon naar zijn wederpartij. De verschuiving van risico is mogelijk als de onmiddellijke voorziening inbreuk maakt op een bezoldigingsverplichting tegenover een bestuurder, die het gebrekkige beleid, dat de onmiddellijke voorziening uitlokt, kent of heeft beïnvloed of er verantwoordelijk voor is. Een geslaagd beroep op overmacht door de rechtspersoon moet als een zeldzaamheid worden beschouwd.

Als een overeenkomst wordt ontbonden omdat de rechtspersoon zijn verplichting wegens een onmiddellijke voorziening niet nakomt, ontvangt de rechtspersoon de prestatie van de wederpartij niet. Dat kan voor de rechtspersoon zo bezwaarlijk zijn, dat het gunstige effect van de onmiddellijke voorziening er niet tegenop weegt.

[413] De aard, het doel en de verschijningsvormen van de onmiddellijke voorzieningen die ingrijpen in bezoldigingsverplichtingen van de rechtspersoon, zijn afzonderlijk belicht. Het onderzoek gaf daartoe aanleiding en heeft tot de volgende inzichten geleid.

De Ondernemingskamer heeft de bevoegdheid om de bezoldigingsverplichting van de rechtspersoon aan te tasten. Beslissingen over bezoldigingsverplichtingen gaan over de rechtspositie van de rechtspersoon en de rechtspositie van degene die aanspraak heeft op bezoldiging. De Ondernemingskamer dient die rechtsposities ondubbelzinnig vast te stellen. Ingrepen in de bezoldiging voldoen slechts onder uitzonderlijke omstandigheden aan de criteria voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Deugdelijke motivering van de maatregelen is nodig. Daarmee wordt ten eerste inzichtelijk dat de getroffen onmiddellijke

HOOFDSTUK 11

voorziening aan de criteria voldoet. Ten tweede kan secure motivering de gewone burgerlijke rechter argumenten opleveren voor afwijzing van een vordering tot nakoming van de bezoldigingsverplichting. Ten derde kan de motivering aanknopingspunten bieden voor verdeling van het risico voor de onmiddellijke voorziening in geval van een beroep op overmacht door de rechtspersoon.

[414] Ten slotte geeft het onderzoek nog aanleiding tot de volgende observaties.

De bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen is ruim genoeg om de effectiviteit van de enquêteprocedure te dienen. Aanvullende wetgeving is niet nodig.

De bevindingen van dit onderzoek kunnen nuttig zijn voor de Ondernemingskamer, als zij een conflicterende onmiddellijke voorziening wil treffen. Deze kunnen ook nuttig zijn voor de gewone burgerlijke rechter, als deze oordeelt over vorderingen wegens niet-nakoming van contractuele verplichtingen in verband met een onmiddellijke voorziening. Voor de rechtspersoon en andere procespartijen kunnen de bevindingen behulpzaam zijn bij het afstemmen van hun proceshouding en mogelijk bij het inrichten van contracten.

BIJLAGEN

1. Summary

Provisional measures and their external effects

Conflicts with contractual obligations of the legal entity

Corporate inquiry law and corporate inquiry proceedings

Dutch corporate inquiry proceedings focus on the legal entity and the business associated with it. Corporate inquiry law is of a practical nature. It has the following objectives: reorganisation of relationships within the legal entity and the restoration of healthy relationships in the business through measures of a reorganisational nature, the determination of the current state of affairs and the determination of who is responsible for mismanagement. Corporate inquiry law in fact serves a dual purpose. It is aimed at a correct legal situation and at an adequate business-economic situation.

Corporate inquiry proceedings constitute a special kind of proceedings. The special character relates to the practical nature of corporate inquiry law. Corporate inquiry proceedings differ considerably from the adversarial proceedings before the ordinary civil courts. The Enterprise Chamber is the only competent fact-finding court. It administers justice with five members. Two members are lay judges who have special expertise in the field of enterprises. The law makes provision for who may initiate the proceedings. The defendant is the legal entity. Stakeholders may appear in the proceedings. The Enterprise Chamber can recommend an investigation – the corporate inquiry – if there are sound reasons to doubt the correct policy or correct conduct of business of the legal entity. In that case, the court will appoint an independent investigator, who will investigate the policy and conduct of business of the legal entity. This ‘first phase’ of the proceedings ends with the investigator’s report on the investigation. A second phase may follow, in which the Enterprise Chamber determines whether the report shows mismanagement on the part of the legal entity. If it finds mismanagement, it can take the measures listed in law. These measures include the annulment of decisions, dismissal of directors and dissolution of the legal entity.

Provisional measures

Throughout the proceedings, the Enterprise Chamber can order urgent procedural measures of a temporary nature. These are provisional measures. They have the character of emergency measures and are effective, at most, for the

SUMMARY

duration of the case. The judicial power to order provisional measures serves to facilitate the effectiveness of the corporate inquiry proceedings. This power is therefore extensive. Provisional measures may derogate from mandatory law and may have irreversible consequences. Provisional measures may only be ordered if the situation of the legal entity or the interests of the investigation require this. They may be ordered at very short notice. Provisional measures can vary considerably. Examples include the suspension of directors, the temporary appointment of directors, the transfer of shares to an administrator for management purposes, the suspension of voting rights attached to shares, prohibition of decision-making, and prohibition of the execution of decisions. Provisional measures have consequences (benefits and obligations) for the legal entity. Overall, these consequences must have a positive impact on the legal entity, otherwise the measure is not in the legal entity's interests. These interests constitute the focal point of corporate inquiry proceedings.

The theme of this thesis

Sometimes provisional measures create a legal obligation for the legal entity that conflicts with a contractual obligation of the legal entity. The legal entity cannot then comply with both the contractual obligation and with an obligation arising from the provisional measures at the same time. This thesis focuses on this form of provisional measures.

In practice, a question has arisen regarding the legal situation in the event of such a conflict of legal obligations. This question has emerged in proceedings on hostile takeovers. In such proceedings, provisional measures have come into conflict with obligations relating to share transactions.¹ This type of provisional measures is also applied in the suspension of directors. In these cases, the measures conflict with remuneration obligations of the legal entity. The concurrence of provisional measures with share transactions and with remuneration obligations has been investigated.

In the event of a conflict between provisional measures and a contractual obligation of the legal entity, three scenarios are conceivable for the legal situation. In the first scenario, the contractual obligation takes precedence. The provisional measures do not affect the contractual obligation, which must be met. Provisional measures aimed at non-compliance are meaningless in this scenario.

1. In particular the proceedings concerning ABN Amro (Enterprise Chamber 3 May 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *ARO* 2007/79; *JOR* 2007/143, annotated by M.P. Nieuwe Weme; *Ondernemingsrecht* 2007/103, annotated by M.J. van Ginneken; *NJB* 2007/1296, annotated by M.J. van Vliet; *TOP* 2007, pp. 199-203, annotated by E. Soerjatin, and Supreme Court 13 July 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, (opinion of Attorney General L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972), *ARO* 2007/120; *NJ* 2007/434; *JOR* 2007/178, annotated by M.P. Nieuwe Weme; *Ondernemingsrecht* 2007/127, annotated by M.J. van Ginneken; *NJB* 2007/31, pp. 1632-1676, annotated by P. van Schilfgaarde; *NJB* 2007/1693).

In the second scenario, the provisional measures take precedence. The legal entity does not comply with its contractual obligation and the other party to the contract has no recourse on those grounds. In the third scenario, neither the contractual obligation nor the provisional measures take precedence. The investigation has shown that the third scenario is the prevailing Dutch law.

In the third scenario, the legal entity does not comply with its contractual obligations, due to the provisional measures. The other party to the contract could respond to this and that response could lead to an adverse effect or burden for the legal entity. In this case, the adverse effect is a negative effect of the provisional measures for the legal entity. That potential negative effect must be considered in relation to the positive consequences of the provisional measures. The Enterprise Chamber must consider this before it orders conflicting provisional measures. The Enterprise Chamber therefore needs insight into the negative effects that a legal entity that does not comply with a contractual obligation due to provisional measures, experiences as a result of the response of the other party. These effects have been examined. The response of the other contract party depends on its legal position. The research questions relate to these effects, that legal position and the way in which the Enterprise Chamber gains an insight into these. A potential ranking order between the contractual obligation and the provisional measures (the first and second scenarios) are included in this research. Aspects of the conflict of obligations relating to corporate inquiry law, the law of obligations, procedural law and labour law were investigated.

The findings

The first two scenarios are not prevailing law. No ranking order was found between provisional measures and the contractual obligations of the legal entity. The legislator has provided no directions regarding a ranking order. The feature of provisional measures, that these arise from a court decision, does not give them precedence over a contractual obligation. Likewise, no ranking order can be deduced from the rules of procedural law. The applicability rule, which requires the provisional measures section of the ordinary provisional relief courts hearing civil cases to coordinate decisions with earlier decisions of the court hearing the case on the merits, does not entail any precedence of the contractual obligation over provisional measures. An obligation to pay wages on the basis of an employment contract does not take precedence over provisional measures.

The third scenario is prevailing law. Whether the legal entity suffers negative effects of provisional measures that conflict with its contractual obligations, depends on the legal position of the other party to the contract. In cases of doubt, or if this legal position is disputed, that position will ultimately be established in a binding ruling of the competent court. The Enterprise Chamber

SUMMARY

is not the competent court. The competent court rules on the basis of the law applicable to the contract between the legal entity and the other contract party. For the Enterprise Chamber, the judgment of the competent court is a source of information on the legal position of the other party. Usually, when provisional measures are ordered, no judgment of the competent court is yet available. The Enterprise Chamber must then look in depth at a potential future judgment of the competent court. For this, it needs information on the applicable law. Its possibilities for obtaining an insight into applicable foreign law or applicable awards in arbitration, are limited. As a result, the legal position of the other party and its chances of success in a lawsuit may remain underexposed.

Under Dutch law, the fact that a court orders provisional measures does not, *in itself*, prejudice the legal position of the other party. If the legal entity fails to comply with its obligations due to provisional measures, the other party can, in principle, claim compliance, offset a claim against its own debts, invoke the hardship rules, suspend obligations of its own, claim compensation for damage, and dissolve the contract of which the obligation forms part.

I have argued that under Dutch law, a compliance claim should not be allowed during the term of the provisional measures. The intention of the legislator for provisional measures opposes the allowing of a compliance claim. Allowing such a claim, which means, *de facto*, that the contractual obligation is given precedence, conflicts with the third scenario. Compliance claims adjudicated under Anglo-Saxon legal systems will probably be allowed only in exceptional cases, as in these systems, compensation for damage is the primary rule.

The other party may offset claims without the intervention of a court. The Enterprise Chamber cannot prevent any setoff by the other party. Offsetting of obligations arising from share transactions could have negative effects for the legal entity. The envisaged favourable effect of provisional measures that impact on a share transaction could therefore be negated as a result.

The effectiveness of provisional measures that prohibit compliance with an obligation may diminish if the other party offsets its own claim or if a compliance claim is allowed.

No adverse effect on the operation of provisional measures is to be expected from the invocation of the hardship rules by the other party.

If the other party is authorised to suspend compliance with its obligations, it can suspend these obligations without the intervention of a court. The Enterprise Chamber has no influence on suspension by the other party. The positive effect of provisional measures that impact on a share transaction can be diminished through suspension by the other party.

A successful claim for compensation for damage by the other party will lead to a financial loss for the legal entity. As a result, provisional measures that provoke a claim for damages can have a net negative effect for the legal entity. A claim for compensation for damage will not succeed if the legal entity can invoke *force majeure*. It can invoke *force majeure* if it cannot be blamed for the

non-compliance as a result of the provisional measures and does not bear the risk of the provisional measures. I have investigated whether or not the legal entity can be blamed for provisional measures in the case of share transactions, with a focus on the prevention of inquiries and provisional measures, the policy of the legal entity with regard to its subsidiary (divested or otherwise), decision-making by the legal entity on the sale of shares and on partnership agreements, and procedural actions of the legal entity that lead to the lifting of provisional measures. In exceptional cases, there may be no blame involved in relation to share transactions. Under certain circumstances, the risk of provisional measures can be transferred from the legal entity to the other contract party. The shift in risk is possible if provisional measures breach a remuneration obligation to a director who is aware of, or who influenced or is responsible for the inadequate policy that led to the provisional measures. Successful invocation of *force majeure* by the legal entity must be regarded as a rarity.

If a contract is dissolved because the legal entity fails to comply with its obligations due to provisional measures, the legal entity does not receive the performance of the other contract party. This could be so detrimental to the legal entity that it outweighs the favourable effect of provisional measures.

The nature, objective and forms of provisional measures that breach remuneration obligations of the legal entity are explained separately. The research provided reasons for this and led to the following insights.

The Enterprise Chamber is authorised to impede the remuneration obligations of the legal entity. Decisions on remuneration obligations concern the legal position of the legal entity and the legal position of the person entitled to remuneration. The Enterprise Chamber must clearly establish those legal positions. Interventions in remuneration comply with the criteria for ordering provisional measures only in exceptional circumstances. Sound justification for the measures is necessary. Such justification firstly makes clear that the provisional measures ordered comply with the criteria. Secondly, sound justification can provide the ordinary civil courts with arguments for rejecting a claim for compliance with the remuneration obligation. And thirdly, the justification can provide points of reference for distribution of the risk of the provisional measures in the event that that legal entity invokes *force majeure*.

Finally, the research gives rise to the following observations.

The authorisation to order provisional measures is broad enough to serve the effectiveness of inquiry proceedings. No additional legislation is necessary.

The findings of this research could be useful for the Enterprise Chamber if it wishes to order conflicting provisional measures. The findings could also be useful for the ordinary civil courts if they are adjudicating on claims for non-compliance with contractual obligations in connection with provisional measures. For legal entities and other parties to the proceedings, the findings could be helpful in the coordination of their adopted course of action during the proceedings and possibly in the design of contracts.

2. Verkort aangehaalde literatuur

Abas, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 1998 afl. 3

P. Abas, 'Omkering van de bewijslast op basis van de redelijkheid en billijkheid?', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 1998, aflevering 3, p. 85-87.

Van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak (R&P nr. SB7)* 2019

J.A.M. van Angeren, *De gewone rechter en de bestuursrechtspraak (Recht en Praktijk nr. SB7)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser 1997

W.D.H. Asser, 'Het partijbegrip en binding van uitspraken in vennootschappelijke procedures', *Rechtspleging in het ondernemingsrecht*, (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 26), Deventer: Kluwer 1997, p. 57-74.

Asser-Scholten (Algemeen deel) 1974

P. Scholten (aangevuld door G.J. Scholten), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015

M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019

M. van Olffen & G.J.C. Rensen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. mr. drs. R.G.J. Nowak, mr. T. Salemink), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIb. NV en BV. Corporate Governance*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009

J.M.M. Maeijer, G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2-II*. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II 1997

J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2-II. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De Rechtspersoon.* Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Asser-Hartkamp 4-I 1996

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen.* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Asser/Sieburgh 6-I 2016

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte,* Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Sieburgh 6-II 2017

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte,* Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Sieburgh 6-III 2018

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht,* Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Hijma 7-I 2019

J. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil,* Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst,* Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Heerma van Voss 7-V 2015

G.J.J. Heerma van Voss, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst,* Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016

A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg,* Deventer: Wolters Kluwer 2016.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

- F.B. Bakels, *Ontbinding overeenkomsten* (Mon. BW nr. B58) 2011
F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Monografieën BW nr. B58), Deventer: Kluwer 2011.
- R.L. Bakels, in: Jongbloed & Ernes, *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht* 2014
R.L. Bakels, in: A.W. Jongbloed & A.L.H. Ernes (red.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2014.
- Bakker, in: *GS Verbintenissenrecht* (online, bijgewerkt 1 april 2019)
P.S. Bakker, in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.
- Barentsen, *Arbeidsovereenkomst* (online, bijgewerkt 8 augustus 2018)
B. Barentsen, 'Arbeidsovereenkomst', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).
- Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder* (Mon. SR nr. 68) 2015
J.H. Bennaars, *De rechtspositie van de bestuurder* (Monografieën Sociaal Recht nr. 68), Deventer: Wolters Kluwer 2015.
- Beukers 1994
Y.E.M. Beukers, *Eenmaal andermaal? Beschouwingen over gezag van gewijsde en ne bis in idem in het burgerlijk procesrecht*, (dissertatie Rotterdam, Serie Civiele procespraktijk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
- De Bie Leuveling Tjeenk 2016
J. de Bie Leuveling Tjeenk, 'Vermogensrechtelijke geschillen in het enquête-recht', in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd. Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta*, (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133), Deventer: Kluwer 2016, p. 29-38.
- Blanco Fernández, *Ondernemingsrecht* 2000, p. 474
J.M. Blanco Fernández, 'Rechtspositie en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2000, afl. 17, p. 474.
- Böcker, Havinga, Jettinghoff, Klaassen en Bakker 2010
A. Böcker, T. Havinga, A. Jettinghoff, C. Klaassen en L. Bakker, *Specialisatie loont?! Ervaringen van grote ondernemingen met specialistische rechtspraakvoorzieningen*. (Research memoranda 2010-1, Raad voor de rechtspraak), Den Haag: SDU uitgevers, 2010.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Castermans 2008

A.G. Castermans, 'Door meten tot weten', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2008.

Cauffman en Croes, in: *GS Verbintenissenrecht* (online, bijgewerkt 18 december 2018)

C. Cauffman en P. Croes, in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Rapport Cools/Kroeze 2009

K. Cools, P.G.F.A. Geerts, M.J. Kroeze en A.C.W. Pijls, *Het recht van enquête. Een empirisch onderzoek*, (Serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 68), Deventer: Kluwer 2009.

Croiset van Uchelen 2008

A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Verlengstuk van de vennootschap of van de rechter?', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 97), Deventer: Kluwer 2008, p. 189-231.

Dortmond 2013

P.J. Dortmond, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013.

Eikelboom 2017

F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure*, (dissertatie Groningen; Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 105), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van den Eshof, in: *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*

L. van den Eshof, commentaar op Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering in: *Sdu Commentaar Burgerlijk Procesrecht*, Den Haag: Sdu 2014.

Van Gaalen 2004

P.D. van Gaalen, 'Overzicht van tien jaar onmiddellijke voorzieningen in enquête', in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 75), Deventer: Kluwer 2004, p. 161-251.

Geerts 2004

P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht. Analyse van de relevante rechtspraak*, (dissertatie Groningen; Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 46), Deventer: Kluwer 2004.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

De Groot, Heuten & Hoogervorst 2017

J.W. de Groot, M.V.A. Heuten en E.M. Hoogervorst, 'Kroniek enquêterecht 2016', in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017*, (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 141), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 43-91.

Haas 2009

D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming*, (dissertatie Amsterdam; Serie Recht en Praktijk, nr. 167), Deventer: Kluwer 2009.

Hamers, *NV* 1997/10, p. 285

J.J.A. Hamers, Verpanding van aandelen en de beslotenheid van kapitaalvennootschappen, *De Naamlooze Vennootschap* 1997, afl. 10, p. 285.

Hanegraaf, *Ondernemingsrecht* 2019/63

C.E.J.M. Hanegraaf, 'Het verhalen van kosten van een enquête op een indirect bestuurder', *Ondernemingsrecht* 2019/63.

Van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod (BPP nr. 19)* 2019

J.J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 19)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Hermans 2003

R.M. Hermans, 'Het onderzoek in de enquêteprocedure', in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 72), Deventer: Kluwer 2003, p. 113-173.

Hermans 2017

R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure*, (dissertatie Nijmegen; Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 145), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Holtzer 2002

M. Holtzer, 'Rechtspraakoverzicht enquêterecht 2000 en 2001', in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 68), Deventer: Kluwer 2002, p. 29-50.

Holtzer en Boersma, *TAO* 2017, 2

M. Holtzer en C. Boersma, 'De enquêteprocedure: schorsing, ontslag en bezoldiging van de bestuurder', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, afl. 2, p. 53-61.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming (SBR 7)*, 2019

J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 7)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Huydecoper, *Reële executie (Mon. BW nr. A13)* 2011

J.L.R.A. Huydecoper, *Reële executie (Monografieën BW, nr. A13)*, Deventer: Kluwer 2011.

Jager 2019

R.P. Jager, *De concern(genoten)enquête. Naar huidig en wenselijk recht* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 158) (dissertatie Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

De Jong, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen (SBR 4)* 2018

G.T. de Jong, in: G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

De Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen (Mon. BW nr. B33)* 2017

G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen (Monografieën BW nr. B33)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht* (bijgewerkt 20 september 2019)

A.W. Jongbloed, 'GS Vermogensrecht, commentaar op titel 11 Boek 3 BW', in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Josephus Jitta 2011

M.W. Josephus Jitta, 'Kroniek enquête-recht 2010' in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011*, (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 110), Deventer: Kluwer 2011, p. 3-55.

Josephus Jitta, *Ondernemingsrecht 2016/95*

M.W. Josephus Jitta, 'Aspecten van de overdracht ten titel van beheer door de Ondernemingskamer en de rol van de beheerder in het kader van de enquête-procedure', *Ondernemingsrecht 2016/95*.

Josephus Jitta, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, 2019

M.W. Josephus Jitta, algemene opmerkingen bij BW, Boek 2, Afdeling 2, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (boek en online).

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Katan, in: *GS Verbintenissenrecht* (online, bijgewerkt 1 april 2018)
B.M. Katan, in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

Katan, (O&R nr. 98) 2017
B.M. Katan, *Toerekening van kennis aan rechtspersonen* (Onderneming en recht nr. 98) (dissertatie Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Keizer, in: *Arbeidsovereenkomst* (online, bijgewerkt 1 januari 2019)
A. Keizer, 'Arbeidsovereenkomst', in: S.S.M. Peters (red.), *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online).

Krans 1999
H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, (dissertatie Leiden; Serie Meijers Instituut nr. 15), Deventer: Kluwer 1999.

Krans, in: De Jong, Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen (SBR 4)* 2018
H.B. Krans in: G.T. de Jong, H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Leijten 2002
A.F.J.A. Leijten, 'De positie van de derde in het enquêterecht' in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 68), Deventer: Kluwer 2002, p. 65-77.

Lennarts, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, 2019
M.L. Lennarts, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (boek en online).

Lindijer 2006
V.C.A. Lindijer, *De goede procesorde. Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht*, (dissertatie Groningen; Serie Burgerlijk Proces & Praktijk nr. IV), Deventer: Kluwer 2006.

Lokin, *De bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen* (IVOR nr. 113) 2018
E.C.H.J. Lokin, *De bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen*, (dissertatie Rotterdam; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 113), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Memelink 2009

P. Memelink, *De verkeersopvatting*, (dissertatie Leiden; Serie Meijers Instituut nr. 152), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Möhlmann, *TCR* 2017/3, p. 100-110

J.A. Möhlmann, 'Herstel van verzuim en strijd tegen tegenstrijdige beslissingen. Over de oproeping van derden ex artikel 118 Rv', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 2017, afl. 3, p. 100-110.

Van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht (Mon. BW nr. A11)* 2018

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht (Monografieën BW nr. A11)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Olden, *Ondernemingrecht* 2003/p. 549-555

P.D. Olden, 'Tien jaar onmiddellijke voorzieningen', *Ondernemingrecht* 2003, afl. 15, p. 549-555.

Ondernemingskamer Jaarverslag 2018

<http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Gerechtshoven/Amsterdam/OverHetGerechtshof/Organisatie/Pages/Ondernemingskamer.aspx>

Overkleef 2017

F.G.K. Overkleef, *De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen*, (dissertatie Groningen; Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 103), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Rogmans, *Verkeersopvattingen (Mon. BW nr. A20)* 2007

B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen (Monografieën BW nr. A20)*, Deventer: Kluwer 2007.

Salemink, *MvO* 2015, afl. 4

T. Salemink, 'De doorslaggevende of beslissende stem van de OK-bestuurder', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2015, afl. 4.

Schaafsma-Beversluis, in *GS Burgerlijke Rechtsvordering*

E.L. Schaafsma-Beversluis, in: P. Vlas en T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Van Schaick, *NTBR* 2013/1

A.C. van Schaick, 'Tegenstrijdige beslissingen', *NTBR* 2013/1.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Mon. BW nr. A5) 2017

H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid* (Monografieën BW nr. A5), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Scheltema, *Nakoming* (Mon. BW nr. B32a) 2016

M.W. Scheltema, *Nakoming* (Monografieën BW nr. B32a), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Scheltema, *NTBR* 2009/23

M.W. Scheltema, 'Rechtsmachtverdeling en formele rechtskracht; een heldere afbakening?', *NTBR* 2009/23, afl. 5, p. 182.

Van Schilfgaarde 2016

P. van Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht* (Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 100), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van Schilfgaarde, *NJB* 2007/1633

P. van Schilfgaarde, 'De Hoge Raad, ABN AMRO en Lasalle. De uitspraak van de Ondernemingskamer en de vernietiging door de Hoge Raad.', *NJB* 2007/1633, afl. 31.

Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, 2017

P. van Schilfgaarde/J.W. Winter, J.B. Wezeman & J.D.M. Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schuijling, *Verrekening* (Mon. BW nr. B40) 2019

B.A. Schuijling, *Verrekening* (Monografieën BW nr. B40), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Schut 1987

G.H.A. Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

Schutte-Veenstra 2017

J.N. Schutte-Veenstra, 'Formeel of feitelijk bestuurder; maakt het verschil?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 8.

Schwarz, in: *GS Rechtspersonen* (online, bijgewerkt t/m 15 mei 2018)

C.A. Schwarz, in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

SER 88/14

Sociaal-Economische Raad, *Advies inzake wijziging van het enquêterecht*, publicatienummer 88/14, Den Haag, 1988.

Sikkink en Zaal, *TAO* 2018, 3

S. Sikkink en I. Zaal, 'De 'derde' en het medezeggenschapsrecht', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2018, afl. 3, p. 110-121.

Van Slooten, in: *T&C BW* 2018

J.M. van Slooten, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2018 (online).

Van Slooten, *SR* 2001, p. 277

J.M. van Slooten, 'De Ondernemingskamer doet (voort)aan arbeidsrecht', *Sociaal Recht* 2001, afl. 10, p. 277.

Van Slooten en Zaal, *Ondernemingsrecht* 2008/85

J.M. van Slooten en I. Zaal, 'Gebrekkig loon', *Ondernemingsrecht* 2008/85.

Snijder-Kuipers, in: *T&C Ondernemingsrecht* 2019

B. Snijder-Kuipers, in *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2019 (online).

Van Solinge 2017

G. van Solinge, 'Van wanbeleid naar aansprakelijkheid' in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 23.

Spruitenburg 2018

K. Spruitenburg, *De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV*, (dissertatie Nijmegen; Serie Van der Heijden Instituut, deel 153), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Stolp 2007

M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming, De remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit*, (dissertatie Nijmegen; Serie Recht en Praktijk, nr. 151), Deventer: Kluwer 2007.

Storm 2008

P.M. Storm, 'Kroniek enquêterecht 2007' in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation*

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

2007-2008, (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 97), Deventer: Kluwer 2008, p. 9-59.

Storm 2018

P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2018.

Streefkerk, *Opschortingsrechten (Mon. BW nr. B32b)* 2013

C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten (Mon. BW nr. B32b)*, Deventer: Kluwer 2013.

Strik, in: *Sdu Commentaar Burgerlijk Wetboek Boek 2*

D.A.M.H.W. Strik, in: Commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 2, *SDU Commentaar Ondernemingsrecht*, Den Haag: Sdu 2017.

Timmerman, *WPNR* 2013/6969

L. Timmerman, 'Structuur en gedragsnorm in de ondernemingsrechtspraak van de Hoge Raad', *WPNR* 2013/6969.

Tjittes, *RMThemis* 2001, p. 161-162

R.P.J.L. Tjittes, 'Het recht op nakoming', *RMThemis* 2001, p. 161-162.

Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, (online, bijgewerkt t/m 21 mei 2018)

T.F.E. Tjong Tjin Tai in: P. Vlas en T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Verbunt 2008

B.E.L.J.C. Verbunt, 'De begrenzing van de discretionaire bevoegdheden van de ondernemingskamer in de eerste fase van de enquêteprocedure', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 97), Deventer: Kluwer 2008, p. 151-172.

Verhulp in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, 2019

E. Verhulp, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2019 (boek en online).

Van Vliet, *NJB* 2007/1296

M.J. van Vliet, 'Ondernemingskamer: verkoop LaSalle 'in de sfeer van artikel 2:107a BW'. Is dat voldoende?', *NJB* 2007/1296, afl. 2007/25.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Van Wees en Eikelboom 2018

A.J. van Wees en F. Eikelboom, 'Overvloed en onbehagen aan het IJdok. Kroniek enquêterecht 2017' in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018*, (Serie Van der Heijden Instituut, nr. 152), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 45-143.

Wessels, *Koop: algemeen (Mon. BW nr. B65a)* 2015

B. Wessels, *Koop: algemeen (Monografieën BW nr. B65a)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2) (Wessels Insolventierecht nr. III)* 2019

B. Wessels, *Insolventierecht: Gevolgen van faillietverklaring (2) (Wessels Insolventierecht nr. III)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Wezeman 2010

J.B. Wezeman, 'Huub Willems en het gezag van gewijsde', in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. J.H.M. Willems*, (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, nr. 102), Deventer: Kluwer 2010, p. 449-458.

Van der Wiel, *NJB* 2011/671

B.T.M. van der Wiel, 'Derdenwerking van rechterlijke uitspraken', *NJB* 2011/671, afl. 13.

Willems, ATD

J.H.M. Willems, 'C'est le provisoire qui reste: over voorzieningen in het enquêterecht', in J.B. Huizink, J.B. Wezeman en J.W. Winter (red.), *A-T-D, Opstellen aangeboden aan prof. mr. P. van Schilfgaarde*, Deventer: Kluwer 2000, p. 459.

Willems 2000

J.H.M. Willems, 'De enquêteprocedure: een efficiënte dienstmaagd' in: A.F.J.A. Leijten e.a. (red.), *Conflicten rondom de rechtspersoon: Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 29 en zaterdag 30 oktober 1999*, (Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 62), Deventer: Kluwer 2000, p. 29-45.

Willems 2016

J.H.M. Willems, 'Mag de ondernemingskamer een ondernemingsrecht met een eigen karakter ontwikkelen?', in: L. Timmerman e.a. (red.), *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht, verslag van een congres, gehouden op 14 en 15 november 2014*, (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 169-180.

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Winters, in: *Sdu Commentaar Burgerlijk Wetboek Boek 2*
B. Winters, in: Commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 2, *SDU Commentaar Ondernemingsrecht*, Den Haag: Sdu, online 1 juli 2019.

Witteveen 2010

P.A.M. Witteveen, 'Waar een Willems is een weg', in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. J.H.M. Willems*, (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, nr. 102), Deventer: Kluwer 2010, p. 469.

3. Rechtspraak

Benelux Gerechtshof

BenGH 25 mei 1999, ECLI:NL:XX:1999:AD3060, *NJ* 2000/14, m.nt. H.J. Snijders; *AA* 2000/1, p. 49-51, m.nt. G.R. Rutgers (Greenib Car BV/Aaltink).

Hoge Raad

HR 25 juni 1915, *Weekblad van het recht* nr. 9809, m.nt. E.M. Meijers; *NJ* 1915, p. 673.

HR 27 januari 1921, *NJ* 1921, p. 353.

HR 20 juni 1947, *NJ* 1947/390.

HR 17 juni 1949, *NJ* 1949/544, m.nt. Ph.A.N. Houwing (AKU/Stalen Steiger).

HR 21 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5738, (concl. A-G Berger, ECLI:NL:PHR:1976:AC5738), *NJ* 1977/73, m.nt. G.J. Scholten (Oosterhuis/Unigro).

HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, (concl. A-G Van Oosten, ECLI:NL:PHR:1979:AH8595), *NJ* 1980/34, m.nt. C.J.H. Brunner (Kleuterschool Babbel).

HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1233, (concl. A-G M.R. Mok, ECLI:NL:PHR:1990:AC1234, *NJ* 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer), *NJ* 1990/465, m.nt. J.M.M. Maeijer; *TVVS* 1990/5, p. 127, m.nt. Th.S. IJsselmuiden (Ogem).

HR 25 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0387, *NJ* 1992/149, m.nt. J.M.M. Maeijer (Leonhard Woltjer Stichting).

HR 16 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1583, *NJ* 1995/213.

HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1705, (concl. A-G Koopmans), *NJ* 1996/462, m.nt. D.W.F. Verkade (Boehringer/Kiringen).

RECHTSPRAAK

HR 10 augustus 1995, ECLI:NL:HR:1995:AC1576, (concl. A-G Loeb, ECLI:NL:PHR:1995:AC1576), *NJ* 1996/614, m.nt. R.A. Morzer Bruyns onder nr. 615 (Gem. Rotterdam/Engel).

HR 24 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1859, *NJ* 1996/160 (Tromp/Regency).

HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360, m.nt. J.M.M. Maeijer (Staleman/Van de Ven).

HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, (concl. plv. P-G Van Soest), *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 1997/82, m.nt. F.J.P. van den Ingh (Text Lite).

HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2652, (concl. A-G C.L. De Vries Lentsch-Kostense, ECLI:NL:PHR:1998:9), *NJ* 1999/569, m.nt. H.J. Snijders.

HR 19 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5870, (concl. A-G F. Bakels, ECLI:NL:PHR:2000:AA5870), *NJ* 2001/407, m.nt. H.J. Snijders (Staat/NVV c.s.).

HR 28 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AD3216, (concl. plv. P-G M.R. Mok, ECLI:NL:PHR:2000:AD3216), *NJ* 2000/556, m.nt. J.M.M. Maeijer (Hoffmann Beheer).

HR 27 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7245, (concl. A-G M.R. Mok, ECLI:NL:PHR:2000:AA7245), *NJ* 2000/653; *JOR* 2000/217, m.nt. M. Brink; *Ondernemingsrecht* 2000/55, m.nt. S.M. Bartman (Gucci).

HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79 (Multi Vastgoed/Nethou).

HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5138, (concl. A-G M.R. Mok, ECLI:NL:PHR:2001:AD5138), *NJ* 2002/92, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 2002/5, m.nt. F.J.P. van den Ingh; *Ondernemingsrecht* 2001, p. 526, m.nt. P.G.F.A. Geerts (Skygate).

HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8831, (concl. A-G M.R. Mok, ECLI:NL:PHR:2002:AD8831), *ARO* 2002/26; *NJ* 2002/225, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 2002/29; *Ondernemingsrecht* 2002/16, m.nt. P.G.F.A. Geerts (De Vries Robbé).

HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857, (concl. A-G M.R. Mok, ECLI:NL:PHR:2002:AD9857), *ARO* 2002/40; *NJ* 2002/296, m.nt. J.M.M.

Maeijer; *JOR* 2002/79, m.nt. F.J.P. van den Ingh; *Ondernemingsrecht* 2002/29, m.nt. L. Timmerman (Zwagerman).

HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8338, (concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2002:AE8338), *ARO* 2002/160; *NJ* 2002/556; *JOR* 2002/214, m.nt. F.J.P. van den Ingh; *Ondernemingsrecht* 2002/60, m.nt. G. van Solinge (Zwagerman).

HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7011, (concl. A-G J. Spier, ECLI:NL:PHR:2002:AE7011), *NJ* 2003/455; *JOR* 2003/2, m.nt. S.M. Bartman; *Ondernemingsrecht* 2003, p. 231, m.nt. Wezeman (Berghuizer Papierfabriek).

HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1486, (concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2003:AF1486), *ARO* 2003/38; *NJ* 2003/182, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 2003/57, m.nt. M.P. Nieuwe Weme; *Ondernemingsrecht* 2003/17, m.nt. S.M. Bartman (HBG).

HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3057, (concl. A-G D.W.F. Verkade, ECLI:NL:PHR:2003:AF3057), *NJ* 2007/332, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; *JAR* 2003/91, m.nt. E. Verhulp (Van der Gulik/Visser en Partners).

HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, (concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2003:AF9440), *ARO* 2003/97; *NJ* 2003/486, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta; *Ondernemingsrecht* 2003, p. 37, m.nt. P.D. Olden e.a. (Scheipar).

HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO3167, (concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2004:AO3167), *NJ* 2005/131; *JBPR* 2005/1, m.nt. C.N.J. Kortmann.

HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2005:AS5010), *ARO* 2005/68; *NJ* 2006/443, m.nt. G. van Solinge; *JOR* 2005/119, m.nt. M. Brink; *Ondernemingsrecht* 2005/98, m.nt. P.G.F.A. Geerts (Laurus).

HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2713, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2005:AS2713), *NJ* 2005/483; *JOR* 2005/144, m.nt. P.A.M. Witteveen.

HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2030, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2005:AS2030), *NJ* 2005/484, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; *JOR* 2005/145, m.nt. P.A.M. Witteveen.

RECHTSPRAAK

HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, (concl. A-G F.F. Lange-meijer, ECLI:NL:PHR:2005:AT6018), *NJ* 2007/231, m.nt. J.B.M. Vranken; *Ondernemingsrecht* 2006/85, m.nt. S.M. Bartman (Ontvanger/Voorsluijs).

HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2005:AU2465), *ARO* 2005/197; *NJ* 2006/173, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 2005/295, m.nt. M. Brink; *Ondernemingsrecht* 2006/10, m.nt. P.G.F.A. Geerts (Unilever).

HR 30 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8210, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:AZ8210), *ARO* 2007/68; *NJ* 2007/293, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 2007/138, m.nt. M.W. Josephus Jitta; *ONDR* 2007/111, m.nt. P.G.F.A. Geerts (ATR-Leasing).

HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7972, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA7972), *ARO* 2007/120; *NJ* 2007/434; *JOR* 2007/178, m.nt. M.P. Nieuwe Weme; *Ondernemingsrecht* 2007/127, m.nt. M.J. van Ginneken; *NJB* 2007/31, p. 1632-1676, m.nt. P. van Schilfgaarde; *NJB* 2007/1693 (ABN Amro).

HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4117, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA4117), *ARO* 2007/154, *NJ* 2007/610, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 2007/237, m.nt. B.F. Assink; *Ondernemingsrecht* 2008/59, m.nt. P.M. Storm (Versatel I).

HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4888, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BA4888), *ARO* 2007/155; *NJ* 2007/611, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 2007/238, m.nt. S.M. Bartman (Versatel II).

HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2007:BB3523), *ARO* 2008/4; *NJ* 2008/105, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 2008/11, m.nt. A. Doorman; *ONDR* 2008/11, m.nt. M.W. Josephus Jitta (DSM).

HR 20 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4959, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2008:BC4959), *NJ* 2009/21, m.nt. J.M.M. Maeijer en H.J. Snijders; *JOR* 2008/260, m.nt. Y. Borrius (Willemsen Beheer/NOM).

HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, (concl. A-G mr. C.L. De Vries Lentsch-Kostense, ECLI:NL:PHR:2009:BH2815), *NJ* 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken; *NJB* 2009/1206; *JOR* 2009/199, m.nt. C.W.M. Lieverse; *AA* 2010/0188, m.nt. W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh (De Treek/Dexia).

HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BD5516, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2009:BD5516), *ARO* 2009/107; *NJ* 2011/210, m.nt. W.J.M. van Veen; *JOR* 2009/192, m.nt. J.J.M. van Mierlo; *ONDR* 2009/118, m.nt. P.M. Storm (KPNQwest I).

HR 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6077, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2010:BM6077), *ARO* 2010/140; *NJ* 2010/665, m.nt. P. van Schilfgaarde en S. Perrick; *JOR* 2010/337, m.nt. M. Brink (Butôt).

HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO3356, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2010:BO3356), *ARO* 2011/6; *NJ* 2011/213, m.nt. W.J.M. van Veen; *JOR* 2011/42, m.nt. J.M. Blanco Fernández; *Ondernemingsrecht* 2011/22, m.nt. P.M. Storm (KPNQwest II).

HR 7 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0015, (concl. A-G L. Strikwerda, ECLI:NL:PHR:2011:BP0015), *NJ* 2011/304, m.nt. H.B. Krans (Yukos/-Promneftstroy en Rosneft).

HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7067, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2011:BO7067), *ARO* 2011/41; *NJ* 2011/335, m.nt. P. van Schilfgaarde; *JOR* 2011/115, m.nt. A. Doorman; *Ondernemingsrecht* 2011/40, m.nt. B.F. Assink (Inter Access).

HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1056, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2012:BV1056), *ARO* 2012/48; *NJ* 2012/393, m.nt. P. van Schilfgaarde; *JOR* 2012/141, m.nt. M.W. Josephus Jitta en T. Barkhuysen (e-Traction II).

HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1435, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2012:BV1435), *ARO* 2012/53, *NJ* 2012/423, m.nt. P. van Schilfgaarde; *JOR* 2012/142, m.nt. B.M. Winters; *JONDR* 2012/720, m.nt. M.N.H. van der Nat; *JIN* 2012/116, m.nt. G.C. Vergouwen (Hermes c.s./ASMI II).

HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7833, (concl. A-G P. Vlas, ECLI:NL:PHR:2013:BY7833), *ARO* 2013/97; *NJ* 2013/304, m.nt. P. van Schilfgaarde; *JOR* 2013/166, m.nt. A. Doorman; *AA* 2013/0466, m.nt. B.F. Assink (Chinese Workers).

HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797, ECLI:NL:HR:2014:799, ECLI:NL:HR:2014:804, ECLI:NL:HR:2014:808, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2013:1826), *ARO* 2014/71, *ARO* 2014/73; *Ondernemingsrecht* 2014/101, m.nt. A.F.J.A. Leijten; *ARO* 2014/74; *JOR* 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan; *AA* 2014/459, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers; *ARO* 2014/72 (Cancun).

RECHTSPRAAK

HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:905, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2014:94), *ARO* 2014/100; *NJ* 2014/296, m.nt. P. van Schilf-gaarde; *JOR* 2014/259, m.nt. P.D. Olden; *Ondernemingsrecht* 2014/124, m.nt. C.D.J. Bulten (Slotervaartziekenhuis).

HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1651, (concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2014:293), *ARO* 2014/105; *NJ* 2014/388, m.nt. P. van Schilf-gaarde; *JOR* 2014/264, m.nt. M.W. Josephus Jitta; *Ondernemingsrecht* 2014/130, m.nt. P.M. Storm (Novero).

HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1652, *ARO* 2014/106; *NJ* 2014/389, m.nt. P. van Schilf-gaarde; *JOR* 2014/263, m.nt. M.W. Josephus Jitta (Novero-II).

HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2014:1825), *ARO* 2015/107; *NJ* 2015/361, m.nt. J.W. Winter en P. van Schilf-gaarde; *JOR* 2015/140, m.nt. M.W. Josephus Jitta; *AB* 2016/343, m.nt. G.A. van der Veen (Staat-Stichting Beheer SNS Reaal e.a.).

HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1128, (concl. A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:PHR:2014:2345), *NJ* 2015/266, m.nt. J.W. Zwemmer (KB-Lux).

HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3262, (concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2017:1089), *NJ* 2018/276, m.nt. S. Perrick.

HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:597, *ARO* 2018/52; *JOR* 2018/171, m.nt. F.G.K. Overkleef (Leaderland).

HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1209, (concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2018:525), *NJ* 2019/54, m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens; *JAR* 2018/203, m.nt. M.W. Koole (Werknemer/Wilco).

HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, (concl. A-G M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2018:787), *NJ* 2019/446, m.nt. J. Hijma; *AA* 2019/4, p. 293-302, m.nt. H.N. Schelhaas (Eigen Haard).

HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:316, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2018:1513), *ARO* 2019/93; *NJ* 2019/395, m.nt. G. van Solinge; *JOR* 2019/125, m.nt. J.M. Blanco Fernández (Cordial, Turnham, Bab).

HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1279, (concl. A-G L. Timmerman, ECLI:NL:PHR:2019:364), *ARO* 2019/127; *JOR* 2019/273, m.nt. R.M. Hermans; *Ondernemingsrecht* 2019/165, m.nt. P. Broere (Xeikon).

Ondernemingskamer

OK 24 november 1994, ECLI:NL:GHAMS:1994:AD2255, *NJ* 1995/474 (Wijsmuller).

OK 26 februari 1998, *TVVS* 1998/117 (afl. 8), m.nt. P.G.F.A. Geerts.

OK 8 oktober 1998, rek. nr. 409/98 OK, *JOR* 1998/166, m.nt. M.W. Josephus Jitta (Hoffmann Beheer); waaruit kenbaar OK 3 april 1997, rek. nr. 175/97 en 264/97.

OK 27 mei 1999, ECLI:NL:GHAMS:1999:AD3062, *NJ* 1999/487; *JOR* 1999/121, m.nt. L.L.M. Prinsen; *Ondernemingsrecht* 1999/49, m.nt. S.M. Bartman (Gucci).

OK 9 december 1999, ECLI:NL:GHAMS:1999:AG3805, *JOR* 2000/33, *Ondernemingsrecht* 2000/28, m.nt. P.G.F.A. Geerts.

OK 27 januari 2000 en OK 15 februari 2000, ECLI:NL:GHAMS:2000:AG3812, *JOR* 2000/74 en 74A, m.nt. M.W. Josephus Jitta (Skygate).

OK 2 maart 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AG2772, *JAR* 2001/125 (PCC).

OK 4 juli 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AB2476, *NJ* 2001/469; *JOR* 2001/149, m.nt. M. Brink; *Ondernemingsrecht* 2001/35, m.nt. S.M. Bartman (HBG).

OK 22 januari 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AD8368, *ARO* 2002/19; *JOR* 2002/28, m.nt. M. Brink; *Ondernemingsrecht* 2002/5, m.nt. S.M. Bartman (HBG).

OK 30 juli 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG8162, *ARO* 2002/125; *JOR* 2002/192, m.nt. M.W. Josephus Jitta (Janson Holding).

OK 29 augustus 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG8178, *ARO* 2002/151; *JOR*/215, m.nt. R.G.J. Nowak (Case Packing).

OK 1 maart 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT4164, *ARO* 2005/36; *Tijdschrift Recht en Arbeid (SR)* 2005/40, m.nt. R.H. van het Kaar (Kinderopvang Nederland).

OK 5 oktober 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:BD4364, *ARO* 2005/186 (Smit Transformatoren).

RECHTSPRAAK

OK 1 november 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU8689, *ARO* 2005/192; *JOR* 2005/297 (ATR-Leasing).

OK 14 december 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU8151, *ARO* 2006/3; *Ondernemingsrecht* 2006/36, m.nt. R.M. Hermans (Versatel).

OK 6 juli 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AY0520, *ARO* 2006/137 (TCA).

OK 8 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ1977, *ARO* 2006/151; *Ondernemingsrecht* 2007/55, m.nt. R.M. Hermans (Bonne Route).

OK 17 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ6440, *ARO* 2007/21; *JOR* 2007/42, m.nt. J.M. Blanco Fernández; *Ondernemingsrecht* 2007/53, m.nt. A.F.J.A. Leijten; *SR* 2007/42, m.nt. R.H. van het Kaar; *AA* 2007/346, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers (Stork).

OK 12 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BM6143, *ARO* 2007/35; *Ondernemingsrecht* 2007/54, m.nt. P.M. Storm (Versatel).

OK 28 maart 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA1717, *ARO* 2007/67; *JOR* 2007/118, m.nt. M. Brink; *Ondernemingsrecht* 2007/138, m.nt. P.M. Storm (DSM).

OK 3 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA4395, *ARO* 2007/79 (abusievelijk genummerd 67); *JOR* 2007/143, m.nt. M.P. Nieuwe Weme; *Ondernemingsrecht* 2007/103, m.nt. M.J. van Ginneken; *NJB* 2007/1296, m.nt. M.J. van Vliet; *TOP* 2007, p. 199-203, m.nt. E. Soerjatin (ABN Amro).

OK 22 juni 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BG9334, *ARO* 2007/102.

OK 4 juli 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BG9333, *ARO* 2007/126 (Samlerhuset).

OK 20 juli 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BI9172, *ARO* 2007/124.

OK 16 oktober 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BG8496, *ARO* 2007/166 (e-Traction).

OK 5 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BD4242, *ARO* 2007/191 (e-Traction).

OK 13 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BG8497, *ARO* 2008/1 (e-Traction).

RECHTSPRAAK

OK 14 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC4577, *ARO* 2008/2 (e-Traction).

OK 10 januari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC1657, *ARO* 2008/20; *JOR* 2008/39, m.nt. M. Brink; *Ondernemingsrecht* 2008/37, m.nt. C.E. Honée; *SR* 2008/29, m.nt. R.H. van het Kaar (PCM).

OK 21 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC7530, *ARO* 2008/79; *JOR* 2008/177, m.nt. P.M. Veder (Yukos).

OK 20 mei 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BD2197, *ARO* 2008/106; *JOR* 2008/158 (ASMI).

OK 5 augustus 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BH0011, *ARO* 2008/133 (Rokin87).

OK 26 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH3743, *ARO* 2009/19.

OK 30 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8127, *ARO* 2009/161 (Cancun Holding II).

OK 30 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8664, *ARO* 2009/182 (Ploeg Beheer).

OK 3 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK8663, *ARO* 2009/183 (Haute Cuisine).

OK 31 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL3680, *ARO* 2010/6; *JOR* 2010/60, m.nt. A. Doorman (Inter Access).

OK 29 januari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL8345, *ARO* 2010/32 (Cancun Holding II).

OK 14 april 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM9340, *ARO* 2010/63, *JOR* 2010/185, m.nt. S.M. Bartman (Abvakabo FNV/Meavita e.a.).

OK 29 april 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM3172, *ARO* 2010/73; *JOR* 2010/187 (Stichting Zorgcentra De Betuwe).

OK 11 mei 2010, *ARO* 2010/86 (Geomar B.V.).

OK 18 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5497, *ARO* 2010/85 (Creative Kids Concepts).

RECHTSPRAAK

OK 20 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM9905, *ARO* 2010/88.

OK 20 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM9903, *ARO* 2010/90 (Centrale cliëntenraad stichting Sherpa).

OK 24 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6212, *ARO* 2010/102, *JOR* 2010/266, m.nt. M.W. Josephus Jitta (Van Oers Holding).

OK 1 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN6843, *ARO* 2010/106 (Euroll Services B.V.).

OK 5 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN0252, *ARO* 2010/109 (Van der Moolen Holding).

OK 29 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO5175, *ARO* 2010/148 (Königsberg).

OK 16 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO4937, *ARO* 2010/170 (2Link Holding).

OK 18 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO4922, *ARO* 2010/171.

OK 7 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO6897, *ARO* 2011/1 (P. Theunissen Holding B.V.).

OK 16 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO8044, *ARO* 2011/4 (Fam. Van der Linden Holding B.V.), (hersteld: OK 21 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9254, *ARO* 2011/5).

OK 14 april 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ1233, *ARO* 2011/71; *JOR* 2011/179, m.nt. R.M. Hermans; *Ondernemingsrecht* 2011/82, m.nt. P.M. Storm (ASMI II).

OK 15 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ9724, *ARO* 2011/97 (Rickley).

OK 14 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8659, *ARO* 2011/158 (Body Control Concepts).

OK 13 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU7820, *ARO* 2012/4 (Leidsestraat Apotheek).

OK 7 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7329, *ARO* 2012/24; *JOR* 2012/143, m.nt. A. Doorman; *AA* 2012/379, m.nt. S.M. Bartman (Chinese Workers).

RECHTSPRAAK

OK 18 oktober 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY3865, *ARO* 2012/151 (Harbour Antibodies).

OK 16 november 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5630, *ARO* 2012/162; *JIN* 2013/8, m.nt. G.C. Vergouwen (Small Society).

OK 15 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ1149, *ARO* 2013/55; *JOR* 2013/102, m.nt. D.A.M.H.W. Strik (Van der Moolen Holding).

OK 21 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9691, *ARO* 2013/65 (Spebio).

OK 3 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3555, *ARO* 2013/99 (Interfisc Holding B.V.).

OK 16 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2325, *ARO* 2013/124 (Holding Erstad).

OK 6 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2836, *ARO* 2013/145; *JOR* 2013/272, m.nt. M.W. Josephus Jitta; *Ondernemingsrecht* 2013/117, m.nt. R. Abma; *JIN* 2013/197, m.nt. P. Haas (Cryo-Save).

OK 5 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4755, *ARO* 2014/1.

OK 11 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4525, *ARO* 2014/5; *JOR* 2014/36, m.nt. M.W. Josephus Jitta (Slotervaartziekenhuis).

OK 12 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4952, *ARO* 2014/6 (Three Ships Enterprises).

OK 27 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:597, *ARO* 2014/57; *JOR* 2014/160, m.nt. G.J.C. Rensen; *Ondernemingsrecht* 2015/98, m.nt. F. Eikelboom (TICA).

OK 21 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3449, *ARO* 2014/175 (Depron Holding).

OK 22 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3481, *ARO* 2014/177 (Resort Appelscha).

OK 1 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4263, *ARO* 2015/1 (Nieuwendijk Monumenten).

OK 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4571, *ARO* 2014/147 (S&R/Direkt Mail Service Buro).

RECHTSPRAAK

OK 19 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:51, *ARO* 2015/66; *JOR* 2015/137, m.nt. C.D.J. Bulten (Phoenicia Hotel).

OK 22 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:517, *ARO* 2015/68 (Uw Slager B.V.).

OK 3 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:285, *ARO* 2015/46 (Leaderland).

OK 22 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3014, *ARO* 2015/188 (Leaderland).

OK 3 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3193, *ARO* 2015/189 (Teka).

OK 11 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3730, *ARO* 2015/191 (Rotterdamse Taxi Centrale N.V.).

OK 5 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1, *ARO* 2016/36; *JIN* 2016/60, m.nt. E. Baghery (Deus ex Machina).

OK 12 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:289, *ARO* 2016/27; *JIN* 2016/61, m.nt. J. van der Kraan.

OK 21 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:379, *ARO* 2016/41.

OK 1 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:309, *ARO* 2016/46 (Delco Participations B.V.).

OK 5 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:487, *ARO* 2016/58; *JIN* 2016/62, m.nt. N.R.M. van Hellenberg Hubar (Strara Vastgoed).

OK 15 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:595, *ARO* 2016/63 (Prien Holding).

OK 18 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:532, *ARO* 2016/67, (ZED+).

OK 28 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1611, *ARO* 2016/116; *JOR* 2016/302, m.nt. C.D.J. Bulten (Deus ex Machina).

OK 4 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2716, *ARO* 2016/174; *JOR* 2016/299, m.nt. R.C. de Mo; *GJ* 2016/145, m.nt. K.D. Meersma (Stichting De Gelderhorst).

OK 9 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3967, *ARO* 2017/7 (Intrasonics Holdings B.V.).

- OK 15 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3802, *ARO* 2017/11.
- OK 22 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3988, *ARO* 2017/24.
- OK 22 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4041, *ARO* 2017/26 (Loda Holding B.V.).
- OK 11 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4392, *ARO* 2017/29 (Roy-aums).
- OK 24 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5118, *ARO* 2017/55 (Avinco Holdings I).
- OK 23 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:209, *ARO* 2017/34; *JOR* 2017/96, m.nt. S.M. Bartman (Kaal Masten).
- OK 21 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:930, *ARO* 2017/75; *JOR* 2017/229, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté; *Ondernemingsrecht* 2018/19, m.nt. L. Groothuis e.a. (TMG).
- OK 24 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1626, *ARO* 2017/92; *JOR* 2017/163, m.nt. M.W. Josephus Jitta; *Ondernemingsrecht* 2017/80, m.nt. A.A. Bootsma (Fortuna).
- OK 18 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2165, *ARO* 2017/128 (Roessen & Roessen).
- OK 29 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1965, *ARO* 2017/108; *JOR* 2017/261, m.nt. C.D.J. Bulten; *Ondernemingsrecht* 2018/34, m.nt. H. Koster; *JIN* 2017/116, m.nt. R.A. Wolf; *AA* 2017/0713, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers; *OR-Updates.nl* 2017/0178, m.nt. F.G.K. Overkleef (AKZO Nobel).
- OK 3 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3574, *ARO* 2017/151 (Delco Participation).
- OK 6 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4119, *ARO* 2018/10 (Avinco Holdings II).
- OK 23 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4490, *ARO* 2018/13 (MKA-chirurgen).
- OK 13 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4669, *ARO* 2018/35 (Aptitude en TRM).

RECHTSPRAAK

OK 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5492, *ARO* 2018/51.

OK 1 februari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:358, *ARO* 2018/93.

OK 22 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1073, *ARO* 2018/105; *JOR* 2018/150, m.nt. D.J.F.F.M. Duynstee (VDL Huizen Holding).

OK 6 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1294, *ARO* 2018/110 (Monitor Management).

OK 10 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1584, *ARO* 2018/112 (Aeon Plaza Hotels).

OK 4 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1709, *ARO* 2018/138 (Trifier).

OK 18 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2488, *ARO* 2018/165; *JOR* 2018/303, m.nt. D.J.F.F.M. Duynstee; *Ondernemingsrecht* 2018/123, m.nt. F.C.A. van de Bult en T. Salemink; *JAR* 2018/217, m.nt. S.J. Sterk; *TRA* 2018/90, m.nt. R.H. van het Kaar (Eneco).

OK 2 augustus 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2798, *ARO* 2018/181 (Nijhuis Fabel).

OK 27 augustus 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3277, *ARO* 2018/185 (Hoeve Holland).

OK 7 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3275, *ARO* 2018/201 (Loda Holding).

OK 20 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4767, *ARO* 2019/75; *JOR* 2019/103, m.nt. P.D. Olden (Parlevliet Beheer).

OK 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1535, *ARO* 2019/114; *JOR* 2019/187, m.nt. A.F.J.A. Leijten; *Ondernemingsrecht* 2019/102, m.nt. M.W. Josephus Jitta.

Hoven

Hof Arnhem 29 juni 1965.

Hof Arnhem 17 mei 1966, ECLI:NL:GHARN:1966:AC4653, *NJ* 1967/179.

Hof 's-Hertogenbosch 27 januari 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AU6152, *NJ* 2005/520.

Hof Amsterdam 24 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2444, *RO* 2014/67; *JIN* 2015/34, m.nt. E. Baghery (Equity Trust/Cancun).

Rechtbanken

Rb. 's-Hertogenbosch (President) 15 juni 1979, ECLI:NL:RBSHE:1979:AC4192, *NJ* 1980/72, m.nt. J.M.M. Maeijer (bij *NJ* 1980/73).

Rb. 's-Hertogenbosch 7 april 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AS3546, *NJ* 2005/32.

Rb. Amsterdam 31 oktober 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB6782, *JOR* 2008/56, m.nt. M. Veder; *Ondernemingsrecht* 2008/60, m.nt. M.A. Broeders (Yukos).

Rb. Zwolle 27 juni 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BX1222, *JOR* 2012/249, m.nt. R.P. Jager (Meepo Holding).

Rb. Zeeland-West-Brabant (Ktr.) 16 januari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BY8467.

Rb. Noord-Holland (voorzieningenrechter) 20 december 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:12721, *JOR* 2014/35 (Slotervaartziekenhuis).

Rb. Amsterdam (voorzieningenrechter) 20 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1166, *JOR* 2018/118, m.nt. P.J. van der Korst (Avinco Holdings).

Rb. Noord-Holland 5 december 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:10629.

4. Trefwoordenregister

(Verwezen wordt naar de randnummers)

Aandeelhouder	66, 69, 76
Aandeelhoudersrechten	146, 152
Aandelen	
– bod op	290, 291
– koop	276, 277, 288
– levering	148, 276, 303
– overdracht aan beheerder/ten titel van beheer	83, 134, 146-149, 151
– stemrecht	83, 146, 150-152
– transactie	229, 241, 264, 278
– verkoper	277
– verrekening bij ~transactie	232
– waardedaling	280, 281
Aansprakelijkheid	356, 358
– bestuurder <i>zie</i> Bestuurdersaansprakelijkheid	
– beperking/uitsluiting	245, 249
– persoonlijke	167
– voor wanbeleid	348
Aansprakelijkheidsprocedure	167, 204
Afstemmingsregel	196-201, 203
Arbeidsovereenkomst	310, 313, 314, 316
Arbeids(overeenkomsten)recht	311-315, 318, 319, 327, 338
Arbitrage	194, 208
Arbitrale uitspraak	206
Beheerder van aandelen	137, 146, 147, 151
– overdracht aan <i>zie</i> Aandelen, overdracht aan beheerder	
– vermogen van	147
Belang	
– algemeen	74, 251
– openbaar	66, 76
– spoedeisend	107
– van belanghebbende	75, 81, 82
– van de rechtspersoon	75, 77, 78, 80, 94
– van het onderzoek	105, 107
– werknemers	76
Belangenafweging	73, 74, 81

TREFWOORDENREGISTER

– bij onmiddellijke voorziening	102, 106, 112-118
Belanghebbende	165, 166
– in enquêteprocedure	65, 67-69, 81, 82, 87, 180
Beleid	
– bepalen	355, 357
– feitelijk ~sbepaler	356, 357
– informatie over <i>zie</i> kennis van	
– invloed op	352, 355-357
– jegens dochtervennootschap	282-284
– kennis van	352-354
– van rechtspersoon	70
– verantwoordelijkheid	352, 358
Beoordelingskader	175
– van gewone burgerlijke rechter	224
Beoordelingsvrijheid <i>zie</i> Beslisruimte	
Beslag	234
Besliskader	175 (<i>zie ook</i> Beoordelingskader)
Beslisruimte	
– bij onmiddellijke voorziening	77, 113, 119, 122
– van OK-bestuurder	340
– van Ondernemingskamer	77, 78, 81, 82, 318
Besluit	
– bestuurs~	141
– goedkeuring van bestuurs~	3, 153, 288, 299, 300
– inhoud van <i>zie</i> Besluitvorming, inhoud	
– schorsing	155
– uitgevoerd	122, 295, 296, 303
– uitvoering	155, 186
Besluitvorming	
– als reden voor twijfel	285, 289, 290
– door aandeelhouders	152
– gebrek in	3, 4, 5, 114, 287-290
– ingreep in	150, 151
– inhoud	285, 286, 290, 296
– over overeenkomst	285, 295, 296
– over verrekening	231
– procedure	285-289
– verbod op	150, 153, 154
Bestuurdersaansprakelijkheid	204, 358-361
Bestuurder	
– aanstellen/benoemen van OK-~	139-141
– benoeming	308
– beslissende stem	141, 321
– bezoldiging	308, 324, 340

TREFWOORDENREGISTER

- doorslaggevende stem 141, 321
- feitelijk *zie* Beleid, feitelijk ~sbepaler
- formele 356-358 (*zie ook* statutair ~)
- geschorste 138, 321-330
- ontslag 313, 314, 316
- schorsen 137, 321, 326
- statutair 309 (*zie ook* formele ~)
- taak 323, 355, 358 (*zie ook* Taakvervulling)
- verwijt aan 321, 332, 359, 361 (*zie ook* Schorsing – en verwijt)
- Bevoegdheid
 - enquête~ 66, 69, 76, 202
 - beheerder van aandelen 146, 147
 - burgerlijke rechter 192, 200, 319
 - OK-bestuurder 136, 323, 324, 329-335, 338, 340
 - Ondernemingskamer 56, 61, 71-73, 184, 195, 200, 314, 318
 - orgaan 50, 119, 120
 - vennootschapsrechtelijke 147
 - vertegenwoordigings~ 288
- Bezoldiging 308, 325
 - aanspraak op 325, 329, 337-340 (*zie ook* – verplichting)
 - besluit 308
 - en OK-bestuurder 330-335, 338-340
 - geschorste bestuurder 324, 326, 329
 - ingreep door OK 318, 322, 341
 - onmiddellijke voorziening 342-348
 - risico voor ~ingreep 349-351
 - verplichting bij schorsing door OK 318, 319, 325-329
- Bezwaren (schriftelijke) 261
- Bodemrechter 197-199
- Bodemprocedure 196, 199-202
- Burgerlijke rechter 7, 192, 197, 200-202, 223-227, 349, 360

- Certificaat 66
 - houder 50
- Commissaris (OK-~) 119
 - benoeming 144
 - met beslissende stem 144
- Conformiteit 276
- Conformiteitseis 276, 280
- Connexiteitseis 81
- Contractuele verplichting 5, 7
 - contradictoire procedure over 165, 171-174, 180
 - inhoud van 203
 - voorrang van 8, 9

TREFWOORDENREGISTER

Contradictoire procedure	192, 196
– karakter	200
Crediteur	222
Debiteur	222
Derde	43-52
Derdenwerking	19
Discretionaire bevoegdheid	
– van burgerlijke rechter	223, 224
– van Ondernemingskamer	72, 74, 75
Driekwartdwingend	310, 318, 327
Dubbele rechtsbetrekking	313, 314, 316
Dwingend recht	84, 310, 311, 313
– afwijken van	119, 120, 327, 338
Enquête	
– antagonistische	60
– bevoegdheid	66, 204
– criteria	70-72
– curatieve	60
– gerechtigde <i>zie</i> bevoegdheid	
– inquisitoire	60
– verslag	56, 62, 65, 85, 87
– verzoek	56, 62-64, 66, 70
Enquêteprocedure	61-63
– eerste fase	56, 62
– karakter	78, 180, 199-201, 208, 209
– spoedeisend karakter	63, 77, 80
– termijnen	62
– tweede fase	56, 62
– voorfase	62
Enquêterecht	
– definities	55, 58
– doeleinden	58-60, 109
– karakter	58, 61
Externe rechtsverhoudingen	313
– van de rechtspersoon	37, 38, 207
Gedrag	
– ~snorm	202
– ~sregel	48
– ~svraagstuk	202
– van de rechtspersoon	255, 282, 301, 302
– van zorgvuldig schuldenaar	247, 249, 255, 277, 281, 290

TREFWOORDENREGISTER

Gegronde redenen	71, 72
Gevolgen	
– van rechterlijke beslissing	184
– van voorziening	183, 343
Gezag van gewijsde	163-167
– in enquêteprocedure	167
– van onmiddellijke voorziening	168-174
Goedkeuringsrecht	157, 301
Impasse	70, 137, 141, 145, 146, 149
Imprévision	236-238
– en overmacht	236
– en verkeersopvattingen	238
Interne (rechts)verhouding(en)	
– binnen de rechtspersoon	18, 37, 48, 50, 51
– en procespartij	170, 172
– rechtspersoon en bestuurder	308, 347, 351, 355, 358, 359
Jaarrekeningprocedure	184
Jurisdictie <i>zie</i> Bevoegdheid – burgerlijke rechter; – Ondernemingskamer	
Koop(overeenkomst)	275, 299
– en objectieve norm	277, 287, 302, 303
Kort geding	95-98, 106, 107, 196, 199, 200
Loon (<i>zie ook</i> Bezoldiging)	
– aanspraak op	314, 316
– betalingsverplichting	231, 315, 316, 318
– bij schorsing door werkgever	315-318, 327
– verrekening van	231
Management fee <i>zie</i> Bezoldiging	
Nakomen	217-219
Nakoming	
– absoluut onmogelijke	246, 250
– belemmering	246
– belemmering door overheidsvoorschrift	251-254
– bezoldigingsverplichting	349
– blijvend onmogelijke	220, 221
– in strijd met onmiddellijke voorziening	250, 251, 253
– in strijd met overheidsmaatregel	252
– in strijd met overheidsvoorschrift	251

TREFWOORDENREGISTER

– juridisch onmogelijke	246, 251-253
– relatief onmogelijke	246, 250
– tijdelijk onmogelijke	221
– vertraagde	220, 221
– zonder tekortkoming	219
Nakomingsvordering	223-230
Normatieve werking	179, 180
Objectieve norm	247, 249, 255-257, 291, 292
– bij (overeenkomst tot) samenwerking	278, 279, 290
– bij koopovereenkomst	277, 281-284
– en beleid jegens dochtervennootschap	283
– en besluitvorming over overeenkomst	285-289
– en contractsbepaling	297
– en expiratie van onmiddellijke voorziening	298, 299, 300, 302
– ratio	281, 288
– tot voorkomen van enquête	277-279, 281
– tot voorkomen van onmiddellijke voorziening	256, 257, 291-293, 297
Omstandigheid	
– persoonlijke	259
– onvoorziene <i>zie</i> Onvoorziene	
Onderzoek	56
– belang van het ~	105
– verslag <i>zie</i> Enquête – verslag	
Onderzoeker	56
Onmiddellijke voorziening	8, 83
– aard van procedure	94, 98, 100, 103, 224
– beëindiging	219, 221, 228, 229, 298, 300, 302 (<i>zie ook</i> – expiratie)
– bevoegdheid	57, 94-98, 111, 116, 117, 232
– criteria	100, 105-109, 344-348
– concretisering van criteria	111
– doel	8, 83, 103, 124, 128
– effecten	8, 124, 132, 192
– effectiviteit	8, 232, 235
– expiratie	84, 220, 221, 295, 300 (<i>zie ook</i> – beëindiging)
– looptijd	221
– maatstaven <i>zie</i> – criteria	
– motivering	325, 341, 362
– als ontbindende voorwaarde	264
– op voorhand	84, 117
– opheffing <i>zie</i> beëindiging	
– risico voor	258, 260, 261, 350-355, 357-362
– vereisten <i>zie</i> criteria	

TREFWOORDENREGISTER

– verkeersopvattingen	238, 350, 351, 353-355, 357, 361, 362
– voorkomen van (tekortkoming door)	255, 256, 301
– voorzienbare	258, 260, 261
Ontbinding	230, 262-265
– arbeidsovereenkomst	313, 314
– contractuele uitsluiting/beperking van	264, 265
– en aard, betekenis, gewicht van tekortkoming	262
– en OK-bestuurder	265
Onvoorziene omstandigheid	236
– onmiddellijke voorziening als ~	237, 238
Oordeel	
– definitief	165, 168
– gebaseerd op twijfel	168, 199
– van bevoegde rechter	195, 197, 202, 204, 205, 207, 208
– voorlopig	168 (<i>zie ook</i> Voorlopige beslissing)
– voorshands	3, 84
Opdracht	
– aan OK-bestuurder	139, 265
– in dictum	144
– overeenkomst van	310, 312, 341
Opeisbaar	219, 220
Opschorting	239
– bij aandelentransactie	241
– bij managementovereenkomst	242
– bij onmiddellijke voorziening	240
Orgaan	50
– samenstelling	133, 137, 145
Overeenkomst	
– inhoud	285, 286
– uitvoering	295, 303
– wijziging	236-238, 295-297
Overheidsmaatregel	252, 254
– en overmacht	259
– onwettige	259
Overheidsvoorschrift	251-254
– en overmacht	252, 259
– onwettig	259
Overmacht	245
– ~sleer	246
– en door rechter verboden prestatie	250
– en imprévision	236, 245
– en overheidsmaatregel of -voorschrift	259
– en verrekening	233
Overname	2, 154

TREFWOORDENREGISTER

– strijd	2, 155
– transactie	153
Pandhouder	50, 352
Partij	
– autonomie	78, 164, 179
– contract~	44
– debat	163, 165, 170, 193, 196, 209, 339
– proces~ <i>zie</i> Procespartij	
Patstelling, <i>zie</i> Impasse	
President in kort geding	95, 96, 97
Prestatie	215-217, 230, 231
– unieke	254
Procespartij	45
– invloed van	170, 179, 180
Proceshouding van rechtspersoon	256
Proportionaliteit	123-126, 326, 347, 348
Raad	58
Rechtsbetrekking	
– tussen partijen	163
– in geschil	163, 165, 168, 175
– dubbele	308, 313, 314
– vennootschappelijke	313
Rechtsgevolg	
– van rechterlijke beslissing	176, 177, 179, 180
Rechtspersoon	
– toestand van	105
Redelijkheid en billijkheid	201, 236, 293
Relativiteitsbeginsel	44
Reputatie(schade)	72, 279, 290
Risico	248, 249
– contractuele regeling van	258
– en bestuurdersaansprakelijkheid	361
– voor overheidsmaatregel	259
– voor schorsing werknemer	315-317, 361
– voor voorzienbare omstandigheid	249
Samenwerkingsovereenkomst	278, 279, 289, 290, 295
Schadebeperking	293, 298
Schadevergoeding	243, 244, 286
– Angelsaksisch recht	243
Schorsing	
– bestuurder	137, 321

TREFWOORDENREGISTER

– commissaris	143
– door OK	321, 323
– door Voorzieningenrechter	336
– door werkgever	315-317
– en verwijt	317, 321
– in belang van het onderzoek	321
– statutaire bevoegdheid	157, 159
– stemrecht	152
– wegens toestand van de rechtspersoon	321
Schuld	247
– objectieve norm	247
– subjectief verwijt	247, 300, 302
Schuldenaar	222
Schuldeiser	222
SER-advies	97, 100
Statutair(e)	
– bepaling	159
– bestuurder	309
– bevoegdheid	157
– goedkeuringsrecht	157
Structuurvraagstuk	201-203
Subjectief verwijt	247, 300, 302
Subsidiariteit	123, 126, 326, 347, 348
Taakvervulling (onbehoorlijke)	356, 360, 361
Tekortkoming	218-221, 244
– en overheidsmaatregel	258
– oorzaak	262
– schuld	247
– toerekenbare	239, 245
– vermijden/voorkomen	255, 256
Toerekenbaar	245
Toerekening	244, 248
– en partijafpraak	249
– krachtens rechtshandeling	249
– krachtens verkeersopvattingen	249
– krachtens wet	249
– van kennis	354
– van onmiddellijke voorziening	258
– van overheidsmaatregel	259
Twijfel	
– aan beleid	70
– voorkomen van	277, 281

TREFWOORDENREGISTER

Vennootschapsrechtelijke verhoudingen	313 (<i>zie ook</i> Interne verhouding)
Verbintenis	215
– afdwingbare	215, 216
– civiele	215, 216
– natuurlijke	215, 216
– opeisbare	219-221
Vergaderrecht	50, 146, 152
Verkeersopvattingen	
– en bestuurdersaansprakelijkheid	361
– en imprévision	238
– en interne verhoudingen	351
– en managementovereenkomst	349
– en onmiddellijke voorziening	350
– invloed	355-357
– kennis	352-354
– overheidsmaatregel	259
Verkoop <i>zie</i> Koop	
Verkoper	
– hoofdverplichtingen en onmiddellijke voorziening	276
Vermogensrechtelijk geschil	192
Verrassingsbeslissing	128
Verrekening	230
– aanwijzing door OK	235
– bij belangentegenstelling	231
– door rechtspersoon	231
– door wederpartij	232
– en beslag	234
– en overmacht	233
– van loonschuld	231
Verwijt <i>zie</i> Bestuurder; Schorsing	
Verzoek	
– enquête	64
– onmiddellijke voorziening	84, 86, 104
Verzoekschriftprocedure	65
Verzuim	220
Voorlichting van de OK	207
Voorlopige beslissing	164
Voorlopige voorziening	95, 106, 107
Voorshands	
– beslissing <i>zie</i> Voorlopige beslissing	
– bewijs	360
– oordeel <i>zie</i> Oordeel	
Voorzienbare omstandigheid (<i>zie ook</i> onvoorziene omstandigheid)	

TREFWOORDENREGISTER

– en risico	249, 260, 261
– overheidsmaatregel als ~	259
– onmiddellijke voorziening als ~	260, 261, 353
Voorzieningenrechter	98, 107, 196-198, 200, 336
Vreemd recht	208, 209, 311
Waarborgen (procedurele)	106, 165, 168, 174, 196, 197, 199, 200, 202, 226, 314
Waarschuwen	293
Wanbeleid	70
– voorziening na	42, 85
– oordeel	360
Wederpartij	44

5. Dankwoord

Het schrijven van dit proefschrift is voor mij een mooi en vaak verrassend avontuur geworden, mede dankzij de inbreng van velen.

Het plan voor dit onderzoek begon met een grap die ik maakte tegen Huub Willems. Hij greep die grap aan om mijn promotie als een toekomstige, zekere gebeurtenis te beschouwen en is enthousiast blijven aandringen tot ik het onderzoek daadwerkelijk ter hand nam. Van zijn bevlogenheid, zijn grote betrokkenheid bij het onderwerp en de waardevolle gedachtewisselingen is steeds een enorme stimulans uitgegaan. Daarvoor ben ik Huub – de promotor en de vriend – zeer dankbaar.

Nieuwsgierigheid is een drijfveer om aan een promotieonderzoek te beginnen en aan het schrijven van een proefschrift valt vooral veel plezier te beleven. Dat zei Bart Krans bij onze eerste ontmoeting. Hij heeft mijn nieuwsgierigheid telkens geprikkeld door me op verbintenisrechtelijke en procesrechtelijke sporen te brengen. Zonder hem was dit proefschrift minder gefacetteerd geworden. Ik dank hem voor al zijn tijd en aandacht en voor de aardige, inspirerende manier waarop hij de werkdocumenten heeft becommentarieerd. Hij heeft daarmee in belangrijke mate bijgedragen aan mijn plezier in dit onderzoek.

Mijn bijzondere dank gaat uit naar Vino Timmerman. Vanaf eind 2019 heeft hij met veel zorgzaamheid, gedetailleerd commentaar, stimulerende gesprekken en praktische adviezen meegedacht.

Hylde Boschma en Albert Verheij zijn, evenals Vino Timmerman, bereid gevonden zitting te nemen in de Beoordelingscommissie. Zij hebben het manuscript gelezen met een voortvarendheid als ging het om een onmiddellijke voorziening. Ik ben hen daarvoor zeer erkentelijk. Graag richt ik ook een woord van dank tot Claartje Bulten, Jaap van Slooten en Matthijs de Jongh, die zijn opgetreden als leden van de Promotiecommissie.

Karin Bouwman heeft de moeite genomen om het manuscript-in-gevorderde staat van begin tot eind met veel aandacht te lezen, diepgaand te doordenken en te voorzien van scherpzinnig commentaar op juridisch en filosofisch vlak. Daarmee heeft zij me een groot genoegen gedaan.

Dineke de Groot maakte mij deelgenoot van haar ervaringen met een promotietraject naast de werkzaamheden als rechter. Haar enthousiasme en praktische informatie droegen bij aan mijn beslissing om eraan te beginnen.

Aan de waardevolle inzichten van Marco Nieuwe Weme, die een paar maal heeft willen meedenken over organisatorische aspecten, heb ik veel steun gehad.

DANKWOORD

Een eervolle vermelding verdient Kor van Dijk. Bij het finaliseren van het manuscript heeft hij me met vakkundigheid en accuratesse terzijde gestaan. Voor zijn correcties van typefouten, zijn controle van interne verwijzingen en zijn tekstuele suggesties ben ik hem bijzonder erkentelijk.

Ruud Hermans heeft nuttige tips gegeven voor vertaling in het Engels en heeft me in contact gebracht met Yvette Blankvoort, die de vertaling van de samenvatting in het Engels heeft verzorgd.

Veel collega's, advocaten en promovendi hebben met adviezen en belangstelling meegeleefd. De warme vriendschap van de raadsheren en de raden in, en de medewerkers van de Ondernemingskamer is daarbij voor mij van speciale betekenis geweest.

Een promovendus beleeft vast meer plezier aan het promoveren dan haar man. Friso heeft met raad, daad, engelengeduld en humor dit avontuur van nabij meegemaakt. Hij heeft de 'ideale echtgenoot' weer in alle opzichten verre overtroffen. Zonder hem was dit boek er niet gekomen.

6. Curriculum vitae

Alice Faber (1957) studeerde Nederlands Recht aan de Universiteit Utrecht.

Sinds 1985 is zij werkzaam als achtereenvolgens concerntrainee bij ABN Amro, rechterlijk ambtenaar in opleiding, advocaat bij NautaDutilh in de ondernemingsrechtpraktijk, rechter in de arrondissementsrechtbank Amsterdam en vanaf 2001 als raadsheer in het gerechtshof Amsterdam, waar zij met ingang van 1 januari 2009 werd benoemd tot vicepresident (nu senior-raadsheer). Van 1 maart 2007 tot 1 april 2017 maakte Alice deel uit van de Ondernemingskamer. Zij is voorzitter geweest van de Vervoerskamer van het gerechtshof Amsterdam en van de Notaris- en Gerechtsdeurwaarderskamer. Ook was zij voorzitter van de projectgroep civiel van het landelijke rechtspraak project Innoverende Hoven (2011-2013), dat in 2013 resulteerde in de Agenda voor de appelrechtspraak 2020.

Vanaf oktober 2014 is zij bestuurslid, en vanaf oktober 2016 voorzitter, van de beroepsvereniging Vereniging Corporate Litigation. Tevens treedt zij op als cursusdocent en is zij actief als bestuurder van non-profit organisaties.

1. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. W.J. Slagter, mr. R.A.A. Duk, prof. mr. C.W.A. Timmermans, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, *Geschillen in de onderneming*, 1984.
2. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. P.J. Dortmond, mr. P.C. van den Hoek, mr. H.L.J. Roelvink, prof. mr. H.J.M.N. Honée, *De nieuwe misbruikwetgeving*, 1986.
3. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, 1986.
4. Mr. L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers*, 1988.
5. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. M.W. den Boogert, prof. mr. M.R. Mok, prof. mr. E. Aardema, *Aandelen*, 1988.
6. Mr. S.M. Bartman, *Concernbeleid en aansprakelijkheid*, 1989.
7. Mr. J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen*, 1989.
8. Mr. A.F.M. Dorresteyn, *Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen*, 1989.
9. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. C.A. Boukema, mr. H.J.M.N. Honée, mr. H.L.J. Roelvink, mr. A.L. Mohr, prof. mr. P. van Schilfgaarde, *Piercing Van Schilfgaarde*, 1990.
10. Mr. B.H.A. van Leeuwen, *Beginnels van behoorlijk ondernemingsbestuur*, 1990.
11. Prof. mr. W.J. Slagter, mr. Karin C. Th. Schouwenberg, mr. A.G. van Solinge, mr. A.L. Mohr, prof. dr. L.G.M. Stevens, mr. A.J.S.M. Tervoort, mr. M.E. Koppenol-Laforce, *Aspecten van het EESV*, 1990.
12. Mr. J.N. Schutte-Veenstra, *Harmonisatie van het kapitaalbeschermingsrecht in de EEG*, 1991.
13. Mr. B.T.M. Steins Bisschop, *De beperkte houdbaarheid van beschermingsmaatregelen bij beursvennootschappen*, 1991.
14. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. H.J.M.N. Honée, mr. S.E. Eisma, prof. dr. H.P. Westermann, mr. M.W. den Boogert, mr. P.C. van den Hoek, prof. mr. P.F. van der Heijden, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, *Ondernemingsrechtelijke contracten*, 1991.
15. Mr. J.W. Winter, *Concernfinanciering*, 1992.
16. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. S.E. Eisma, prof. G.K. Morse, mr. L.H. Slijkhuis, prof. mr. A.L. Mohr en mr. T. Drion, *De dubbelrol in het vennootschapsrecht*, 1993.
17. Dr. R.H. van het Kaar, *Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting*, 1993.
18. Mr. J.W. Winter, mr. drs. H. Langman, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, mr. H.J.M.N. Honée, *Beschouwingen over concernfinanciering*, 1993.
19. Mr. J.M. Blanco Fernández, *De raad van commissarissen bij nv en bv*, 1993.
20. Mr. G.M. ter Huurne, *Nieuwe regels voor de levering van aandelen op naam*, 1994.
21. Mr. H.M. Vletter-van Dort, *Meldingsplicht voor beursvennootschappen*, 1994.
22. Mr. R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht*, 1995.

23. Mr. M.Y. Nethe, De ontbinding van lege besloten en naamloze vennootschappen, 1995.
24. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P.C. van den Hoek, mr. D.C. Buijs, prof. mr. drs. H.P.J. Ophof, prof. mr. drs. H. Beckman en mr. J.W. Winter, Knelpunten in de vennootschapswetgeving, 1995.
25. Prof. mr. H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke g r o e p s - maatschappijen, 1995.
26. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. W.D.H. Asser, mr. J.B. Huizink, mr. O.L.O. deWitt Wijnen, mr. M.W. den Boogert, prof. mr. drs. H. Beckman, Rechtspleging in het ondernemingsrecht, 1997.
27. Mr. W.J. Oostwouder, Management Buy-out, 1996.
28. Mr. H.E. Boschma, De eenpersoons-bv, 1997.
29. Mr. J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders, 1998.
30. Prof. mr. P.C. van den Hoek, prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. M.W. den Boogert, prof. dr. E. Wymeersch, mr. J.W. Winter, prof. mr. L. Timmerman, mr. J.B. Huizink, Corporate Governance voor juristen, 1998.
31. Mr. S.H.M.A. Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen, 1999.
32. Mr. M.L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid, 1999.
33. Mr. M. Koelemeijer, Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen, 1999.
34. Mr. E.E.G. Gepken-Jager, Vertegenwoordiging bij NV en BV, 2000.
35. Peter van Schilfgaarde Select, 2000.
36. Prof. mr. J.W. Winter, mr. J.W.G. Vink, mr. A.W.H. Docters van Leeuwen, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. M.W. den Boogert, prof. mr. S.E. Eisma, prof. mr. S. Perriek, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. L. Timmerman, De beursvennootschap, 2001.
37. Mr. H.M. Vletter-van Dort, Gelijke behandeling van beleggers bij informatieverstrekking, 2001.
38. Mr. Th. Groenewald, Doeloverschrijding bij NV en BV, 2001.
39. Mr. G.N.H. Kemperink, Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten, 2002.
40. Mr. L.J. Hijmans van den Bergh, prof. mr. Gerard van Solinge, mr. T. de Waard, prof. mr. J.W. Winter, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. H.J. de Kluiver, prof. mr. P.J. Dortmond, mr. J.N. Schutte-Veenstra, mr. E.D.G. Kiersch, prof. Jonathan Rickford, Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief, 2003.
41. Marius Josephus Jitta, Vino Timmerman, Guus Kemperink, Richard Norbruis, Anthony Driessen, Peter van der Zanden en Huub Willems, The Companies and Business Court from a comparative law perspective, 2003.
42. Mr. B. Bier, Uitkeringen aan aandeelhouders, 2003.
43. Mr. M. Meinema, Dwingend recht voor de besloten vennootschap, 2003.
44. LT, Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vino Timmerman, 2003.
45. Mr. M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie, 2004.
46. Mr. P.G.F.A. Geerts, Enkele formele aspecten van het enquêterecht, 2004.
47. Mr. M.L. Lennarts en mr. J.N. Schutte-Veenstra, Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht, 2004.
48. 48. Mr. K.I.J. Visser, Zeggenschapsrechten van houders van een recht van pand of vruchtgebruik op aandelen op naam, 2004.
49. Mr. J.G. Groeneveld-Louwerse, Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid, 2004.
50. Mr. Hanny Schutte-Veenstra, mr. Hylda Boschma, prof. mr. Marie-Louise Lennarts, Alternative systems for capital protection 2005.

51. Prof. mr. Peter van Schilfgaarde, mr. Hanny Schutte-Veenstra, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. L. Timmerman, mr. Brian Mezas, prof. mr. Jan Berend Wezeman, mr. Ellen Kiersch, prof. mr. Jaap Winter, prof. mr. Harm-Jan de Kluiver, Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, 2005.
52. Mr. S. Parijs, Fairness opinions and liability, 2005.
53. Mr. J.B.W.M. Kemperink, Vraagstukken rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van coöperatierecht, 2006.
54. Mr. A. Haan-Kamminga, Supervision on takeover bids, 2006.
55. Mr. dr. H.H. Voogsgeerd, Corporate Governance Codes, Markt- of rechtsarrangement?, 2006.
56. Xiaoning Li, A comparative study of shareholders' derivative actions, 2007.
57. Prof. mr. Hans Beckman, mr. Herman L. Kaemingk, mr. drs. Charles Honée, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. A.F. Verdam, prof. mr. Maarten Kroeze, prof. mr. Jan Berend Wezeman, mr. Barbara Bier, prof. mr. Jaap Winter, prof. mr. M.W. den Boogert, De nieuwe macht van de kapitaalverschaffer, 2007.
58. Mr. M.A. Verbrugh, Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers, 2007.
59. Mr. drs. B.F. Assink, Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag, 2007.
60. Mr. A.G.H. Klaassen, Bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders, 2007.
61. Mr. M.L.H. Reumers, Samengevoegde afwikkeling van faillissementen, 2007.
62. Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert, 2008.
63. Mr. S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van leidinggevend. Naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven, 2009.
64. Mr. A. van der Krans LLM, De virtuele aandeelhoudersvergadering, 2009.
65. Prof. dr. K. Cools RA, mr. P.G.F.A. Geerts, prof. mr. M.J. Kroeze, mr. drs. A.C.W. Pijls, Het recht van enquête, een empirisch onderzoek, 2009.
66. Prof. dr. Thomas Blanke, dr. Edgar Rose, dr. Herman Voogsgeerd, prof. dr. Wijnand Zondag, Recasting Worker Involvement?, 2009.
67. Prof. mr. M.J. Kroeze, dr. E.M.H. Hirsch Ballin, dr. A.H.G. Rinnooy Kan, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. M. van Olfen, mr. M. Holtzer, prof. dr. M. Wyckaert, prof. dr. K. Geens, prof. mr. J.B. Wezeman, prof. mr. M.L. Lennarts, mr. P.D. Olden, prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, Bestuur en toezicht, 2009.
68. Mr. H. Koster, De Nederlandse juridische splitsing in Europees en rechtsvergelijkend perspectief, 2009.
69. Mr. F. Veenstra, Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht, 2010.
70. Mr. B. Snijder-Kuipers, Omzetting als rechtsvormwijziging, 2010.
71. Europees ondernemingsrecht: 50 jaar na Sanders' Europese NV, 2010.
72. Mr. P.P. de Vries, Exit rights of minority shareholders in a private limited company, 2010.
73. Mr. D.A.M.H.W. Strik, Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, 2010.
74. Mr. J.B.S. Hijink, Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen, 2010.
75. Mr. J.B.S. Hijink en mr. M.A. Verbrugh e.a., Grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio, 2010.
76. Prof. mr. B.F. Assink e.a., Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, 2011.
77. Mr. T.E. Lambooy, Corporate Social Responsibility, 2010.
78. Mr. H.M. Punt, Het vennootschapsrecht van Holland, 2010.
79. Mr. M.J. van Ginneken, Vijandige overnames, 2010.

80. Prof. mr. M.J. Kroeze, prof. mr. J.B. Wezeman, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. B.F. Assink, prof. mr. J.W. Winter, prof. mr. L.G. Verburg, prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, mr. drs. H.H. Kersten, prof. mr. W.J.M. van Veen, mr. P. Glazener, prof. mr. H. Beckman, SamenWerken in het ondernemingsrecht, 2011.
81. Mr. drs. I.S. Wuisman, Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?, 2011.
82. Qiuju Wang, Exit remedies for minority shareholders in close companies, 2011.
83. Mr. M. Mussche, Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling, 2011.
84. Prof. mr. L. Timmerman, Harry Honée-bundel, 2011.
85. Mr. W.J.L. Calkoen, The One-Tier Board in the changing and converging world of corporate governance, 2012.
86. Mr. J.G.C.M. Galle, Consensus on the comply or explain principle within the EU corporate governance framework: legal and empirical research, 2012.
87. Mr. drs. T.M.C. Arons, Cross-border enforcement of listed companies' duties to inform, 2012.
88. Mr. M.C. Schouten, The Decoupling of Voting and Economic Ownership, 2012.
89. Mr. A.J.M. Klein Wassink, Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht, 2012.
90. Mr. drs. N.J.M. van Zijl, The Importance of Board Independence – A Multidisciplinary Approach, 2012.
91. Mr. A.J.P. Schild, De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht, 2012.
92. Mr. G.N.H. Kemperink, Vennootschappelijk toezicht op de doelvennootschap bij openbare biedingen, 2013.
93. Mr. A.J.S.M. Tervoort, Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap, 2013.
94. Mr. J.M. de Jongh, Tussen *societas* en *universitas*, De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief, 2014.
95. Mr. M. Holtzer, De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap, 2014.
96. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. H.E. Boschma, prof. mr. J.B.S. Hijink, prof. mr. J.W. Winter, prof. mr. J.H.M. Willems, prof. dr. J.A. van Manen RA, mr. A.R.J. Croiset van Uchelen, mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. L. Timmerman, Ondernemingsrecht in tijden van crisis, 2014.
97. Mr. P.P.D. Mathey-Bal, De positie van de vennootschap onder firma. In civielrechtelijk, vennootschapsrechtelijk, publiekrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief, 2016.
98. Prof. mr. L. Timmerman, mr. dr. J.N. Schutte-Veenstra, mr. dr. J.M. de Jongh, mr. dr. C.H.C. Overes, mr. dr. A.J.S.M. Tervoort, prof. mr. J.B. Wezeman, prof. mr. B.F. Assink, prof. mr. J.B.S. Hijink, prof. mr. J.H.M. Willems, Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht, 2016.
99. De toekomst van het ondernemingsrecht – het ondernemingsrecht van de toekomst, Opstellen voor Prof. mr. L. (Vino) Timmerman, ter gelegenheid van zijn 65^{ste} verjaardag en 25+ jaar hoogleraarschap, 2015.
100. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht, 2016.
- 100a. Bacchus Rietveld, Glimlachjes en andere weemoedigheden, 2019.
101. Mr. drs. N.T. Pham, Directors' liability. A legal and empirical study, 2017.
102. Mr. Chr.M. Stokkermans, Sleutels voor personenvennootschapsrecht, 2017.
103. Mr. F.G.K. Overkleef, De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen, 2017.

104. Prof. mr. B.F. Assink, mr. M.J. van Ginneken, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. H.M. Vletter-van Dort (Red.), De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders', 2017.
105. Mr. F. Eikelboom, De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure, 2017.
106. Mr. C.E.J.M. Hanegraaf, Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?, 2017.
107. Mr. dr. A.J.S.M. Tervoort, prof. mr. Bastiaan F. Assink, mr. dr. P.P. de Vries, prof. mr. M.L. Lennarts, mr. P. Schütte, prof. mr. C.A. Schwarz, mr. M.H.C. Sinninghe Damsté, prof. mr. W.J.M. van Veen, mr. dr. B. Snijder-Kuipers, Familievennootschappen, 2017.
108. Mr. W.A. Westenbroek, Bestuurdersaansprakelijkheid en ernstig verwijt in theorie, 2017.
109. Mr. drs. R.E. van Lambalgen, State aid to banks, 2018.
110. Prof. mr. H.E. Boschma, prof. mr. M.L. Lennarts, prof. mr. J.N. Schutte-Veenstra, dr. K. van Veen, Evaluatie Wet bestuur en toezicht, 2018.
111. Mr. A. Argyrou, Social enterprises in the EU: Law in promoting stakeholder participation in social enterprises, 2018.
112. Mr. M.J. van Uchelen-Schipper, De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting, 2018.
113. Mr. E.C.H.J. Lokin, De bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen, 2018.
114. Mr. E.V.A. Eijkelenboom, Vertrouwen voorop. Een onderzoek naar kwaliteitsbevorderende wetgeving voor Nederlandse accountantsorganisaties, 2019.
115. Mr. B. Kemp, mr. dr. H. Koster & prof. mr. C.A. Schwarz (red.), De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang, 2019.
116. Mr. drs. E.C.A. Nass, Groepsregime, jaarrekening en 403-aansprakelijkheid, 2019.
117. Mr. dr. M.Y. Nethe (Red.), prof. dr. H. de Wulf, mr. dr. J. Barneveld, mr. dr. D.A.M.W.H. Strik, prof. mr. J.N. Schutte-Veenstra, prof. mr. C.D.J. Bulten, prof. dr. M. Wyckaert, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. dr. F.G.K. Overkleef, mr. A.F.J.A. Leijten, Ondernemingsrecht in de lage landen, 2020.
118. Mr. A.C. Faber, Onmiddellijke voorzieningen en hun externe werking, 2020.