

De door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijke bestuurder en commissaris

*Mr. D.J.F.F.M. Duynstee en mr. T. Drenth**

In deze bijdrage bespreken de auteurs wat een OK-functionaris is, en gaan zij in op zijn aansprakelijkheidspositie en op enige recente ontwikkelingen in de jurisprudentie ten aanzien van de rol van de Ondernemingskamer in het beperken van de risico's voor de OK-functionaris. Afgesloten wordt met een kort pleidooi voor een bredere toepassing van artikel 16 lid 5 Rv en meer structureel toezicht.

1 Inleiding

OK-bestuurders en -commissarissen¹ signaleren een duidelijke verruwing en toename van aansprakelijkstellingen en andere dreigingen. De Ondernemingskamer (hierna: OK) bevestigt dit beeld in recente beschikkingen.² Ook uit recente jurisprudentie blijkt weer dat OK-functionarissen soms te maken hebben met weinig verheffende situaties; niet alleen worden zij aansprakelijk gesteld, maar zij hebben soms ook te maken met intimidatie en bedreiging. Tegen die achtergrond is goed te begrijpen dat de OK naar middelen zoekt om 'haar' functionarissen waar mogelijk te beschermen. Die recente jurisprudentie bespreken wij hieronder. Ook stellen wij de vraag of een beter toezicht zou kunnen helpen bij het voorkomen van sommige van deze problemen waar OK-functionarissen en partijen tegenaan lopen.

Hieronder zullen wij eerst ingaan op de huidige stand van zaken ten aanzien van de OK-functionaris. We bespreken allereerst zijn taken, bevoegdheden, verantwoordelijkheden en beloning (par. 2) en vervolgens het einde van de aanstelling (par. 3). In paragraaf 4 gaan wij in meer detail in op de aansprakelijkheidspositie. Dit brengt ons in paragraaf 5 op de rol van de OK in het beperken van de risico's van aansprakelijkheid en de kosten van verweer in enkele recente zaken. In

paragraaf 6 sluiten wij af met enige suggesties ten aanzien van toezicht en toetsing van het handelen van de OK-functionarissen.

De rol van de onderzoeker en de beheerder vallen buiten het bestek van dit artikel.

2 De OK-functionaris: taken, bevoegdheden, verantwoordelijkheden en beloning

2.1 Taken en bevoegdheden

Een OK-bestuurder is een bestuurder die in een enquêteprocedure door de OK is benoemd bij wijze van onmiddellijke voorziening (art. 2:349a lid 2 BW) of, indien uit het onderzoeksverslag van wanbeleid is gebleken, als eindvoorziening (art. 2:356 sub c BW). Hetzelfde geldt, mutatis mutandis, voor de OK-commissaris.

De OK-functionaris dient zich, net als de 'gewone' bestuurder of commissaris, bij de vervulling van zijn taak te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.³

De OK-functionaris heeft in beginsel dezelfde taken en bevoegdheden als een 'gewone' bestuurder of commissaris.⁴ In beginsel, want de OK kan een OK-functionaris in afwijking

* Mr. D.J.F.F.M. Duynstee is advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam. Mr. T. Drenth is advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam.

In het kader van transparantie zij opgemerkt dat de auteurs betrokken zijn geweest bij diverse procedures die hier aan de orde komen, waaronder die inzake ZED+, Fortuna, Vikariën en Nordeon.

- Hieronder zal worden gesproken van OK-functionaris, waarmee (tenzij anders aangegeven) zowel de OK-bestuurder als de OK-commissaris wordt aangeduid.
- Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, JOR 2019/279 (DEM), r.o. 3.18; Hof Amsterdam (OK) 24 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1159, ARO 2020/97 (Kors), r.o. 3.12.

- Zie art. 2:129/239 lid 5 BW voor de bestuurder en art. 2:140/250 lid 2 BW voor de commissaris. Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/122. Zie tevens de Stichting Rimari Praktijktips voor OK-bestuurders 2018, art. 1.4.1. In art. 1.2 wordt gemeld dat de praktijktips deels ook bruikbaar zijn voor door de OK benoemde commissarissen en beheerders van aandelen.

- HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5989, NJ 2010/296; JOR 2010/92 (Fuldauer), r.o. 3.5.2; Hof Amsterdam (OK) 19 april 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA3359, JOR 2007/142 (Begemann), r.o. 3.1: 'De Ondernemingskamer stelt voorop dat deze door haar benoemde functionarissen niet meer, maar ook niet minder bevoegdheden (rechten en verplichtingen) toekomen dan zodanige functionarissen uit hoofde van de wet en – behoudens een andersluidende beslissing daaromtrent van de Ondernemingskamer – de statuten van de vennootschap rechs hebben.'

van de wet en statuten bijzondere bevoegdheden toekennen.⁵ Dit kunnen vergaande bevoegdheden zijn. Uit de Fuldauer-beschikking van de Hoge Raad volgt in algemene zin dat een tijdelijke bestuurder ‘van zijn bevoegdheden in zoverre een terughoudend gebruik [behoort] te maken dat hij in beginsel niet meer doet dan past bij de hem als tijdelijke bestuurder opgedragen taak en in de gegeven omstandigheden noodzakelijk is voor een behoorlijk bestuur’ van de rechtspersoon.⁶

In de praktijk kent de OK de OK-functionaris veelvuldig een beslissende of doorslaggevende stem toe.⁷ Daarnaast worden hem soms bijzondere bevoegdheden toegekend. Een bekend voorbeeld is de Cunico-beschikking,⁸ waarin de OK-bestuurder de bevoegdheid werd gegeven om in het kader van een door hem uitgeschreven biedingsproces bindende bestuursbesluiten te nemen die nodig waren voor de uitvoering en afwikkeling van het biedingsproces. Dit kon hij doen buiten zijn medebestuurders en de algemene vergadering om.

2.2 De OK-functionaris opereert zelfstandig

De OK-functionaris opereert zelfstandig, en is geen ‘verlengstuk’ van de OK.⁹ In zijn Novero-beschikking overwoog de Hoge Raad dat het niet aan de OK is, maar aan de tijdelijke bestuurder zelf om binnen de grenzen van zijn taken en bevoegdheden te beoordelen of bepaalde maatregelen binnen

of door de vennootschap moeten worden getroffen, en zo ja, die te treffen.¹⁰

Dit uitgangspunt wordt ook genoemd in de Praktijktips, waarin expliciet wordt benoemd dat de OK afstand houdt van de benoemde functionarissen.¹¹ Een van de redenen die daar ook wordt genoemd, is dat niet uitgesloten is

‘dat de OK-bestuurder een geschil met een van partijen krijgt en deze dit geschil aan de OK voorlegt. De OK wil dan onbevooroordeeld zijn en stelt het dus ook niet op prijs als OK-bestuurders daaraan voorafgaand informeel inhoudelijke vragen voorleggen.’¹²

Vanwege bovenstaande heeft Makkink de verhouding tussen OK-functionarissen en de OK daarom wel een ‘latrelatie in het ondernemingsrecht’ genoemd.¹³

2.3 Geen concrete instructies vooraf

Bovenstaande betekent ook dat de OK in beginsel geen concrete instructies tot het verrichten van bepaalde bestuurshandelingen geeft. Als partijen de OK verzoeken om concrete opdrachten te geven (zoals bijvoorbeeld in Slotervaart ten aanzien van het al dan niet ontbinden van een koopovereenkomst), zijn die niet toewijsbaar.¹⁴

2.4 Geen toetsing van besluiten vooraf; soms wel ‘rugdekking’ voor de OK-functionaris

Hetzelfde geldt voor het voorleggen van voorgenomen besluiten door de OK-functionaris zelf; de OK keurt die niet vooraf goed, ook niet als ze expliciet worden voorgelegd.¹⁵ De OK maakt in dergelijke gevallen soms wél duidelijk wat zij van een

5. HR 14 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4888, NJ 2007/611; JOR 2007/238 (Versatel II), r.o. 4.2. De vraag is of de OK ook de OK-bestuurder of -commissaris die als eindvoorziening (dus ex art. 2:356 sub c BW) is benoemd buitenwettelijke bevoegdheden kan toekennen (op grond van art. 2:356 sub d BW kunnen wel bevoegdheden worden verleend in afwijking van de statuten). Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/195 menen van niet, maar menen dat de OK wel op grond van art. 2:355 lid 3 jo. art. 2:349a lid 2 en 3 BW bij wijze van onmiddellijke voorziening aan de tijdelijke bestuurder bijzondere, van dwingend recht afwijkende, bevoegdheden kan toekennen. Zie ook de verwijzingen aldaar naar Versatel II (r.o. 4.2), waarin dit werd overwogen ten aanzien van de OK-commissaris, en naar R. Verheggen, Duur van een enquêteprocedure en de verhouding tussen onmiddellijke voorzieningen en 356-voorzieningen, Ondernemingsrecht 2015/29.
6. De Fuldauer-beschikking, HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5989, NJ 2010/296; JOR 2010/92, handelde over een tijdelijke bestuurder in de zin van art. 2:298 lid 2 BW. De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.5.1: ‘Bij de uitleg van deze bepaling kan aansluiting worden gezocht bij het bepaalde in art. 2:22 BW en de regeling van een onmiddellijke voorziening als bedoeld in art. 2:349a BW dan wel die van de voorzieningen van art. 2:356 BW in verbinding met art. 2:357 lid 2 en 3 BW.’ Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/195.
7. Voorheen werd ook nog wel gesproken van een ‘benodigde’ stem, in de zin dat de stem van de OK-bestuurder telkens benodigd is voor het nemen van besluiten. Zie daarover en over het verschil tussen de beslissende en de doorslaggevende stem nader de noten van Duynstee onder Hof Amsterdam (OK) 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5206, JOR 2016/95 (Josobo) en Hof Amsterdam (OK) 19 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5338, JOR 2017/126 (ADO Den Haag).
8. Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4379, JOR 2016/60 (Cunico).
9. Zie o.a. Hof Amsterdam (OK) 11 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4525, JOR 2014/36 (Slotervaart), r.o. 3.1. Zie nader F. Eikelboom, De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure (IVOR nr. 105), Deventer: Wolters Kluwer 2017/16.3.5.

10. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1652, NJ 2014/389; JOR 2014/263 (Novero), r.o. 3.3.3. Zie hierover ook M.H.C. Sinnighe Damsté, De (on)mogelijkheden van de Ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde functionarissen, TOP 2014, afl. 5, p. 38-45; D.D. Krop, C.J. Scholten & B.E. Verburt, De tijdelijk bestuurder: daadkrachtig op eieren lopen, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015 (VDHI nr. 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015/II.6.5.3; Hof Amsterdam (OK) 11 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4525, JOR 2014/36 (Jeemer en Meromi).
11. Stichting Rimari Praktijktips voor OK-bestuurders 2018, art. 1.5.1.
12. Stichting Rimari Praktijktips voor OK-bestuurders 2018, art. 1.5.1.
13. Voorheen lijkt er overigens minder afstand te zijn geweest. Zie hierover G.C. Makkink, De verhouding tussen OK-functionarissen en de OK; een latrelatie in het ondernemingsrecht, in: C.D.J. Bulten, A.F.J.A. Leijten & J. Fleming (red.), Marius geannoteerd. Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta (Jitta-bundel; VDHI nr. 133), Deventer: Wolters Kluwer 2016/24.
14. Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 11 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4525, JOR 2014/36 (Slotervaart), r.o. 3.1.
15. Hof Amsterdam (OK) 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4295, JOR 2020/85 (ZED+), r.o. 3.18; Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, JOR 2019/279 (DEM), r.o. 3.24-3.25.

bepaald besluit vindt.¹⁶ Dit zal voor de OK-functionaris mogelijk nuttig zijn in het kader van het aansprakelijkheidsrisico, waarover meer in paragraaf 5.

2.5 Wel een specifieke 'taakopdracht' en algemenere suggesties

De OK kan wel een beperkte taak of een meer specifieke 'taakopdracht' meegeven.¹⁷ In een beschikking inzake Fortuna werd de OK-'commissaris'¹⁸ als taak meegegeven te beslissen over de door de vennootschap aan haar aandeelhouders te verstrekken informatie over een specifieke transactie.¹⁹ In de zaak VDL Huizen betrof het een suggestie aan de OK-bestuurder om salarissen aan te passen, privéonttrekkingen te stoppen en de rekening-courantschuld terug te dringen.²⁰ In een recentere zaak, Buro ZP, lagen de bestuurders/aandeelhouders met elkaar overhoop. De OK suggereerde vervolgens in haar beschikking dat de OK-bestuurder een taakverdeling kon maken binnen het bestuur, waarbij de ene bestuurder/aandeelhouder belast werd met de meer operationele zaken en de andere bestuurder/aandeelhouder met de meer commerciële kant.²¹

Ook algemenere suggesties worden geregeld meegegeven. Deze zijn vaak ruim en tamelijk vrijblijvend geformuleerd ('kan bezien' of 'mag tot zijn of haar taak rekenen'²²). Een standaardformulering is dat de bestuurder het tot zijn taak mag

rekenen om een minnelijke regeling tussen de partijen te beproeven (of woorden van gelijke strekking).²³

2.6 Salaris

Op grond van de wet kan de OK de OK-bestuurder en -commissaris een beloning toekennen (art. 2:357 lid 4 BW).²⁴ Indien een dergelijke beschikking wordt vernietigd, was de beloning alsnog niet onverschuldigd (art. 2:359 lid 2 BW).

In de praktijk wordt de beloning echter buiten de OK om geregeld tussen de geënquêteerde rechtspersoon en de OK-functionaris. Wij zijn niet bekend met recente enquêteprocedures waarin de OK zelf de beloning van OK-functionarissen vaststelt.

Josephus Jitta meent – wat ons betreft op goede gronden – dat de OK op dit beleid zou moeten terugkomen.²⁵ De belangrijkste redenen daarvoor zijn onzes inziens dat er tot op zekere hoogte een afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen de onderneming en de OK-functionaris, en daarnaast dat er op deze manier voor partijen – en voor de OK zelf – geen sprake is van transparantie over deze kosten.

3 Voortijdig einde van de aanstelling

Er is een aantal manieren waarop de aanstelling van de OK-functionaris voortijdig²⁶ kan eindigen. Allereerst kan de OK een OK-functionaris uit zijn functie ontheffen. Omdat de OK niet te eigener beweging een onmiddellijke voorziening kan treffen, zal dit op verzoek zijn van een van de partijen, of van de OK-functionaris zelf. Het kan gebeuren dat de OK-functi-

16. Zie o.a. Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, JOR 2019/279 (DEM), r.o. 3.25; Hof Amsterdam (OK) 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4295, JOR 2020/85 (ZED +), r.o. 3.18; Hof Amsterdam (OK) 11 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4525, JOR 2014/36 (Slotervaart), r.o. 3.6 e.v.

17. Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3996, JOR 2019/9 (SRK); Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1073, JOR 2018/150 (VDL Huizen). Zie eerder bijv. Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ0680, ARO 2013/27 (Casino's van Oranje); Hof Amsterdam (OK) 13 september 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX9494, ARO 2012/135 (Loon- en Grondverzetbedrijf De Gier).

18. De OK-commissaris maakte in dit geval geen deel uit van de raad van commissarissen. Zie kritisch hierover P.H.M. Broere & T. Salemink, De rechtspositie van de OK-functionaris: aansprakelijkheid en kosten van verweer, *Ondernemingsrecht* 2020/119, p. 658.

19. Hof Amsterdam (OK) 24 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1626, JOR 2017/163 (Fortuna), r.o. 3.18.

20. Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1073, JOR 2018/150 (VDL Huizen), r.o. 3.8: 'De bestuurder mag het onder andere tot zijn taak rekenen de nodige maatregelen te treffen ter zake van de aanpassing van het salaris, het stoppen van privéonttrekkingen en het terugdringen van de rekening-courantstand.'

21. Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1226, JOR 2020/231 (Buro ZP), r.o. 3.8.

22. Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1226, JOR 2020/231 (Buro ZP), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 5 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2309, ARO 2018/142 (Penn & Ink Nederland); Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1073, JOR 2018/150 (VDL Huizen).

23. Zie hierover nader de noot van D.J.F.F.M. Duynstee onder Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1073, JOR 2018/150 (VDL Huizen). Zie ook Stichting Rimari Praktijktips voor OK-bestuurders 2018, art. 4.3; T. Salemink, Stichting Rimari Praktijktips voor OK-bestuurders, *Ondernemingsrecht* 2018/75, p. 444.

24. Dit geldt ook voor de bij wijze van onmiddellijke voorziening benoemde OK-functionaris. Zie Hof Amsterdam (OK) 13 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4752, ARO 2015/36 (HEDH), r.o. 2.4.

25. Zie hierover nader M.W. Josephus Jitta, De (rechts)positie van door de Ondernemingskamer in enquêteprocedures benoemde functionarissen nader beschouwd, *Ondernemingsrecht* 2020/128, par. 3.

26. Indien geen sprake is van een voortijdig einde eindigt de aanstelling van de OK-functionaris op dezelfde wijze als andere onmiddellijke voorzieningen en eindvoorzieningen eindigen. Voor de onmiddellijke voorziening is dat in beginsel met het einde van de enquêteprocedure. Voor de eindvoorziening geldt dat de OK de zittingsduur van de OK-functionaris zal bepalen. Zie nader Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/198.

onaris er zelf om verzoekt; dit laatste gebeurt vrij regelmatig en een dergelijk verzoek zal worden toegewezen.²⁷

Het kan echter ook zo zijn dat een van de partijen zich niet kan vinden in het handelen van de OK-functionaris, en verzoekt de aanstelling te beëindigen. Die partij zal dan aanvoeren dat de OK-functionaris zijn taak niet naar behoren vervult. De lat voor een dergelijk verzoek is hoog. In zijn Novero-beschikking overweegt de Hoge Raad dat dergelijke verzoeken (in dat geval: met betrekking tot zowel een OK-bestuurder als een beheerder van aandelen) slechts voor toewijzing in aanmerking kunnen komen indien blijkt dat de OK-functionaris ‘kennelijk onredelijk had gehandeld of, naar redelijkerwijs valt te verwachten, kennelijk onredelijk zal handelen’.²⁸ De Hoge Raad overweegt in Novero expliciet dat de OK het handelen van de OK-functionarissen terecht ‘heeft beoordeeld in het licht van hun onderscheiden taken en de omstandigheden waaronder zij die taken dienen te verrichten’.

Volgens de OK past daarnaast terughoudendheid bij het toetsen van dergelijke verzoeken. Daarbij wordt ook wel verwezen naar de onafhankelijkheid van een OK-bestuurder; het is immers niet aan de OK, maar aan de OK-functionaris om binnen de grenzen van zijn taken en bevoegdheden te beoordelen of bepaalde maatregelen binnen of door de rechtspersoon moeten worden getroffen, en zo ja, die te treffen.²⁹

De hoge lat van de Novero-beschikking (‘kennelijk onredelijk handelen’) wordt bijna nooit gehaald. Voor zover wij weten, is de relatief recente Hotshots-beschikking van de OK de eerste zaak waarin een tijdelijke bestuurder gedwongen (dat wil zeggen: niet op eigen verzoek) is ontheven uit zijn functie.³⁰ Zeer kort gezegd waren de redenen hiervoor (1) dat de OK-

bestuurder te weinig prioriteit gaf aan het onderzoek (specifiek het betalen van de voorschotnota van de onderzoeker), terwijl de OK het belang van het onderzoek juist had benadrukt, (2) het verstrekken van onvoldoende (en onjuiste) informatie, en (3) het schenden van statutaire goedkeuringsverplichtingen van de algemene vergadering voorafgaand aan het nemen van besluiten.

Een bijzonderheid in die zaak is dat de door de OK benoemde beheerder van aandelen het verzoek ondersteunde en uitgesproken kritisch was over het functioneren van de OK-bestuurder.³¹ Sterker nog, de OK-beheerder verzoekt dat als de OK de OK-bestuurder niet zou ontheffen, de OK in dat geval de OK-beheerder uit haar functie zou ontheffen.³² De OK ontheft de OK-bestuurder uit zijn functie en overweegt dat dat hij ‘zijn taak, in het bijzonder op vennootschappelijk terrein, niet voldoende zorgvuldig heeft uitgeoefend’. De OK verwijst niet expliciet naar de norm uit Novero. De vraag reest daarnaast of een verzoek zonder expliciete steun van een OK-functionaris tot eenzelfde resultaat had geleid.

Ten slotte zij opgemerkt dat de aanstelling niet door de vennootschap zelf ongedaan kan worden gemaakt (art. 2:357 lid 3 BW). Een besluit daartoe is nietig ex artikel 2:14 BW. Dit geldt wat ons betreft zowel voor eindvoorzieningen als voor onmiddellijke voorzieningen.³³ Een OK-functionaris kan dus niet door de algemene vergadering worden ontslagen. Ook wordt onzes inziens terecht wel aangenomen dat het bijvoorbeeld niet toelaatbaar is om zoveel extra functionarissen te benoemen totdat de OK-functionaris overstemd kan worden.³⁴

4 Aansprakelijkheid van OK-functionarissen

4.1 Inleiding: trend van verruiming en meer aansprakelijkstellingen

Voor de aansprakelijkheidsrisico's van OK-functionarissen bestaat in de literatuur³⁵ (en in de media³⁶) in toenemende mate aandacht. Ook de OK zelf signaleert in haar beschikkingen dat sprake lijkt van een toenemende mate van aansprake-

27. Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 11 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4111, ARO 2019/13 (Jobpen); Hof Amsterdam (OK) 18 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2310, ARO 2018/145 (DEM); Hof Amsterdam (OK) 18 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2311, ARO 2018/146 (Aptitude Health); Hof Amsterdam (OK) 17 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3355, ARO 2018/202 (Leaderland); Hof Amsterdam (OK) 11 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4895, ARO 2019/42 (Nijhuis Fabel B.V.); Hof Amsterdam (OK) 19 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4685, ARO 2019/45 (Pervasco); Hof Amsterdam (OK) 24 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:271, ARO 2019/70 (Wish IP); Hof Amsterdam (OK) 12 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4104, ARO 2020/5 (Vermeulen Food Group).

28. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1652, NJ 2014/389; JOR 2014/263 (Novero), r.o. 3.4.2.

29. Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1458, JOR 2018/213 (Hepta G), r.o. 3.5. Zie eerder Hof Amsterdam (OK) 18 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3385, ARO 2013/159 (Greenchoice), r.o. 3.3: ‘Bij de beoordeling van een verzoek tot tussentijdse ontheffing van de tijdelijk bestuurder neemt de Ondernemingskamer de terughoudendheid in acht die strookt met de ruime beoordelingsmarge die aan de tijdelijk bestuurder toekomt bij het nemen van besluiten en het treffen van maatregelen die hij, op basis van zijn (voorlopige) waardering van de stand van zaken binnen de vennootschap, in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming geraden acht.’

30. Hof Amsterdam (OK) 7 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3620, JOR 2021/60 (Hotshots Amsterdam).

31. Zie Hof Amsterdam (OK) 7 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3620, JOR 2021/60 (Hotshots Amsterdam), r.o. 2.17-2.31.

32. Deze onenigheid tussen OK-functionarissen doet denken aan de procedure inzake ZED+, waar onenigheid ontstond tussen de OK-commissaris en de OK-bestuurder. In die zaak diende de OK-commissaris een verzoek in dat ertoe strekte dat de OK-bestuurder geen bemoeienis meer zou mogen hebben met het lopende biedingsproces. Zie Hof Amsterdam (OK) 26 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4965, JOR 2016/32 (ZED+).

33. Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/195; Krop, Scholten & Verburgt 2015/II.6.2.2.

34. Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/195.

35. Zie recent o.a. Broere & Salemink 2020 en Josephus Jitta 2020.

36. Zie bijv. Noodbestuurder gezocht. Wie durft nog?, Het Financieel Dagblad 10 mei 2019, en recenter: OK-functionaris Pim Küh: ‘Stop met die ellenlange brieven, pak de telefoon’, De Jurist 30 april 2021. Zie eerder ‘Dag, ik kom even de leiding over uw bedrijf overnemen’, NRC 18 augustus 2017.

lijkstellingen van OK-functionarissen.³⁷ Een praktijkonderzoek van Broere en Salemink onder OK-functionarissen bevestigt dit beeld:

‘OK-functionarissen signaleren een duidelijke verruwing en uit hun zorgen over de risico’s van aansprakelijkheid, maar vooral over de mogelijke kosten van verweer.’³⁸

Ook in recente beschikkingen is weer te zien dat OK-functionarissen soms worden geconfronteerd met nodeloos agressief gedrag van (proces)partijen.³⁹

Tegen deze achtergrond is het goed voorstelbaar dat er een verminderde bereidheid zou zijn om een benoeming als OK-functionaris te aanvaarden.⁴⁰ De OK lijkt dat ook te erkennen in DEM, waar zij overweegt dat het ‘voor de juiste toepassing van het enquêterecht en de effectiviteit van de in dat kader te treffen (onmiddellijke) voorzieningen van belang is dat er voldoende geschikte personen bereid zijn de functie van door de Ondernemingskamer benoemde functionaris te vervullen’.⁴¹ Als er inderdaad onvoldoende geschikte personen bereid zouden zijn om op te treden als OK-functionaris, dan zou dit afbreuk doen aan de effectiviteit van het enquêterecht, hetgeen zeer onwenselijk is.

Overigens lijkt het in de praktijk met name te gaan om het risico dat OK-functionarissen zelf opdraaien voor de kosten van verweer, en niet zozeer om het risico dat een OK-functionaris in rechte met succes aansprakelijk wordt gesteld. Wij zijn niet bekend met procedures waarin een OK-functionaris met succes aansprakelijk is gesteld, en de kans dat dat gebeurt, lijkt ons ook klein.⁴²

4.2 Aansprakelijkheidsnorm

Voor OK-functionarissen bestaat in de wet geen specifieke aansprakelijkheidsnorm. In de literatuur bestaat al enige tijd

discussie over de vraag welke aansprakelijkheidsnorm voor de OK-functionaris zou moeten gelden.⁴³

Een aantal auteurs pleit voor een afwijkende aansprakelijkheidsnorm met een hogere drempel voor OK-functionarissen.⁴⁴ Dit zou nodig zijn gezien de complexiteit van de positie van de OK-functionaris.⁴⁵ De OK-functionaris opereert immers veelal in een omgeving waarin hij in meer of mindere mate tegenwerking zal ondervinden, terwijl hij met het oog op de continuïteit van de onderneming beslissingen moet nemen waaraan risico’s verbonden zijn.⁴⁶

Andere auteurs zien geen redenen om voor de OK-bestuurder een andere aansprakelijkheidsnorm te hanteren dan de ‘ernstig verwijt’-norm die geldt voor de gewone bestuurder.⁴⁷ Zowel uit de parlementaire geschiedenis als uit de ontwikkeling in de rechtspraak blijkt dat de OK-bestuurder en de gewone

37. Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, JOR 2019/279 (DEM), r.o. 3.18; Hof Amsterdam (OK) 24 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1159, ARO 2020/97 (Kors), r.o. 3.12.

38. Broere & Salemink 2020, p. 651. Zie eerder J. Lemstra, OK-functionaris, in: B.F. Assink e.a. (red.), De vele gezichten van Maarten Kroeze’s ‘bange bestuurders’ (IVOR nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, onder IV.

39. Zie bijv. de beschikkingen inzake Hof Amsterdam (OK) 25 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3186, JOR 2020/30 (Prien Holding) en Hof Amsterdam (OK) 18 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:908, ARO 2020/81 (Vermeulen Food Group).

40. G.C. Makink, Ork, ork, ork, soep eet je met een..., Ondernemingsrecht 2018/65, p. 378. Broere & Salemink 2020. Zie eerder ook Lemstra 2017, onder III.

41. Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, JOR 2019/279 (DEM), r.o. 3.18.

42. Zie hierover ook Broere & Salemink 2020; Josephus Jitta 2020.

43. Zie bijv. Lemstra 2017, p. 279-280; M.W. Josephus Jitta, De aansprakelijkheid van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt (O&R nr. 25), Deventer: Kluwer 2003; F. Eikelboom, Hoe kneedbaar is (de positie van) een tijdelijk bestuurder?, in: M. Holtzer e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012 (VDHI nr. 112), Deventer: Kluwer 2012; Sinnighe Damsté 2014. Deze discussie spitst zich hier en daar specifiek toe op de OK-bestuurder. Voor de positie van de OK-commissaris geldt wat ons betreft mutatis mutandis hetzelfde. Zie o.a. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/372; Broere & Salemink 2020, p. 65.

44. Zie o.a. Lemstra 2017, p. 279-280; Josephus Jitta 2003, p. 469-470; Eikelboom 2012; Sinnighe Damsté 2014.

45. Lemstra 2017, p. 279-280.

46. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, JOR 2019/279 (DEM); D.J.F.F.M. Duynstee, Het (gebrek aan) toezicht op de door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen, in: C.D.J. Bulten e.a., Toezicht. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op 10 en 11 november 2017 (VDHI nr. 151), Deventer: Wolters Kluwer 2018/9.3.5; Broere & Salemink 2020, p. 653.

47. Zie o.a. Y. Borrius, Aansprakelijkheid van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen, in: G. van Solinge e.a. (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017/13.3.1; A.R.J. Croiset van Uchelen, Verlengstuk van de vennootschap of van de rechter? De positie van de door de OK benoemde bestuurders en commissarissen, in: M. Holtzer e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008 (VDHI nr. 97), Deventer: Kluwer 2008; Krop, Scholten & Verburgt 2015/II.6.7.1; P.D. Olden, De OK-commissaris, in: M.J. Kroeze e.a. (red.), Bestuur en toezicht (IVOR nr. 67), Deventer: Kluwer 2009/8.4.

bestuurder eenzelfde rechtspositie toekomt.⁴⁸ De minister zag destijds geen reden voor het maken van onderscheid, nu de OK-bestuurder ‘op basis van hetzelfde beginsel – handelen in het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming – [moet] optreden’.⁴⁹ Voor de aansprakelijkheidspositie van de OK-commissaris geldt hetzelfde; ook hier zal sprake moeten zijn van een ernstig verwijt.⁵⁰

Onzes inziens is naar geldend recht geen sprake van, of plaats voor, een hogere drempel voor aansprakelijkheid van OK-functionarissen. Het in de rechtspraak ontwikkelde kader voor aansprakelijkheid van de gewone bestuurder biedt de OK-functionaris voldoende bescherming door de wijze van toetsing.⁵¹ Deze beoordeling dient immers te geschieden aan de hand van alle omstandigheden van het geval.⁵² Dit betekent dat de moeilijke omstandigheden waarin de OK-functionaris opereert, zullen worden meegenomen in de beoordeling.⁵³

4.3 Recent voorbeeld: Vikariën

Een recent voorbeeld waaruit blijkt dat die moeilijke omstandigheden inderdaad worden meegewogen, is het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden inzake Vikariën. In Vikariën overwoog het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden onzes

inziens terecht dat voor de OK-bestuurder de voor ‘gewone’ bestuurders gebruikelijke ‘ernstig verwijt’-maatstaf geldt.⁵⁴ In Vikariën werd bij die toetsing expliciet ingegaan op de situatie waarin de OK-bestuurder zijn taak vervulde, waarna werd geconcludeerd dat geen sprake was van een ernstig verwijt.⁵⁵

4.4 Wet bestuur en toezicht rechtspersonen

Ten slotte geldt dat wanneer de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen⁵⁶ op 1 juli 2021 in werking treedt, de OK-functionaris in een eventueel faillissement in ieder geval niet meer aangesproken kan worden op grond van artikel 2:138/248 BW (voor commissarissen geldt hetzelfde op grond van de schakelbepalingen van art. 2:149/259 BW).⁵⁷ Dit neemt de belangrijkste aansprakelijkheidsrisico’s echter niet weg. Zo kan de OK-functionaris alsnog aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 2:9 BW.⁵⁸ Ook heeft deze wetswijziging geen invloed op het – in de praktijk grotere – risico van een aansprakelijkstelling op grond van onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW.

5 Aansprakelijkheid en kosten verweer: rol OK

5.1 Inleiding

Tegen de in de vorige paragraaf gesignaleerde achtergrond is het goed voorstelbaar dat er een verminderde bereidheid zou zijn om een benoeming als OK-functionaris te aanvaarden.⁵⁹ Het is tegen die achtergrond goed te begrijpen dat de OK zich geroepen voelt om ‘haar’ functionarissen enige mate van bescherming te bieden tegen nodeloos agressieve procespartijen. In recente jurisprudentie zien wij een aantal hulpmiddelen die de OK hiervoor inzet. Wij zullen die hulpmiddelen hieronder bespreken.

5.2 Toezeggingen ter zitting ten aanzien van aansprakelijkstellingen en vrijwaringen

In sommige gevallen tracht de OK de OK-functionarissen zelf te behoeden voor aansprakelijkheid.⁶⁰ Zij doet dit dan door ter zitting partijen – soms zelfs vóór de benoeming van de

48. Zie voor de parlementaire geschiedenis Kamerstukken II 2011/12, 32887, nr. 6, p. 3-4. Zie voor de ontwikkeling in de rechtspraak o.a. Hof Amsterdam (OK) 19 april 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA3359, JOR 2007/142 (Begemann), r.o. 3.1, waarin de OK tot het oordeel kwam dat de ‘door haar benoemde functionarissen niet meer, maar ook niet minder bevoegdheden (rechten en verplichtingen) toekomen dan zodanige functionarissen uit hoofde van de wet en (...) de statuten van de vennootschap rechtens hebben’; HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8338, JOR 2002/214 (Zwagerman Beheer), r.o. 3.3, waarin de Hoge Raad oordeelde dat (ook) een tijdelijk commissaris de verplichting heeft zijn taak ‘zorgvuldig en naar behoren uit te voeren’; Hof Amsterdam (OK) 20 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BZ0674, ARO 2013/23 (Rosenberg van der Does & Partners Holding), r.o. 3.12; Hof Amsterdam (OK) 18 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3385, ARO 2013/159 (Greenchoice), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4156, JOR 2013/337 (Novero). Zie in deze zin ook Krop, Scholten & Verburgt 2015/II.6.4 en II.6.7.1.

49. Kamerstukken II 2011/12, 32887, nr. 6, p. 3-4.

50. Kamerstukken II 2011/12, 32887, nr. 6, p. 3-4; Hof Amsterdam (OK) 19 april 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA3359, JOR 2007/142 (Begemann), r.o. 3.1; HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8338, JOR 2002/214 (Zwagerman Beheer), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 20 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BZ0674, ARO 2013/23 (Rosenberg van der Does & Partners Holding), r.o. 3.12; Hof Amsterdam (OK) 18 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3385, ARO 2013/159 (Greenchoice), r.o. 3.3; Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4156, JOR 2013/337 (Novero). Zie in deze zin ook Broere & Salemink 2020, p. 652-653.

51. Zie o.a. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1652, NJ 2014/389; JOR 2014/263 (Novero), r.o. 3.3.3; Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4156, JOR 2013/337 (Novero), r.o. 3.8; Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC4577, JOR 2008/34 (e-Traction), r.o. 3.4; Borrius 2017; T. Salemink, Onbevreesde OK-bestuurders, Ondernemingsrecht 2018/1 (hierna: Salemink 2018a).

52. HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, NJ 1997/360 m.nt. J.M.M. Maeijer (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.3.1.

53. Indien de OK de OK-bestuurder een specifieke taak of aanwijzing meegeeft, kan dit een relevante omstandigheid vormen bij de beoordeling van ernstig verwijt. Zie Krop, Scholten & Verburgt 2015/II.6.7.1. Zie ook Duynstee 2018/9.3.5.

54. Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2861, JOR 2020/140; Ondernemingsrecht 2020/99 (Vikariën), r.o. 3.6.

55. Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2861, JOR 2020/140; Ondernemingsrecht 2020/99 (Vikariën), r.o. 3.7: ‘[D]e activa dan wel aandelen van een (...) vennootschap in zwaar weer moeten op korte termijn worden verkocht terwijl de broers (die feitelijk leiding gaven en rechthebbende waren op de aandelen) niet in staat waren samen te werken. Er was sprake van een enorm wantrouwen tussen de broers (die beiden voorkeur hadden voor verkoop aan een andere onderneming) en van kwestieuze transacties waar de controller [geïntimeerde 1] al snel op wees.’

56. Wet van 11 november 2020 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de uniformering en de verduidelijking van enkele bepalingen omtrent het bestuur en de raad van commissarissen van rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen).

57. Stb. 2020, 570.

58. Zie hierover eerder Salemink 2018a.

59. Makkink 2018, p. 378; Broere & Salemink 2020. Zie eerder ook Lemstra 2017, onder III.

60. Zie Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1455, ARO 2020/121; Hof Amsterdam (OK) 21 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4730, ARO 2019/67 (Nordeon), r.o. 3.4.

OK-functionaris – te laten bevestigen dat zij de OK-functionaris niet aansprakelijk zullen stellen.

Ter illustratie wijzen wij op de procedure inzake Vermeulen Food Group. Nadat de OK-bestuurder op eigen verzoek werd ontheven uit haar functie (als gevolg van onbetamelijk gedrag door een van de partijen), overwoog de OK in een latere beschikking:

‘De Ondernemingskamer heeft zich vervolgens beraden of zij iemand aan een dergelijke bejegening wil blootstellen en heeft als voorwaarde voor een nieuwe benoeming gesteld dat partijen wederom uitdrukkelijk toezegden dat zij de functionarissen ter zake van de vervulling van hun taken op geen enkele wijze aansprakelijk zullen stellen en geheel zullen vrijwaren van enige aansprakelijkstelling van derden.’⁶¹

In de Nordeon-zaak gebeurde iets soortgelijks. Daar hebben partijen bij monde van hun advocaat ter zitting ‘verklaard dat zij zullen zorgdragen voor voldoening van de kosten van de door de Ondernemingskamer te benoemen commissaris en dat zij deze commissaris niet aansprakelijk zullen stellen en hem zullen vrijwaren voor aansprakelijkheden jegens derden.’⁶² In een recentere zaak werd in soortgelijke zin overwogen: ‘Partijen hebben toegezegd de OK-bestuurder niet aansprakelijk te stellen.’⁶³

De onderliggende gedachte lijkt te zijn dat de OK de functionaris niet wil benoemen als er geen bevestiging vooraf is dat partijen – bij voorbaat – afzien van aansprakelijkstellingen. Op de zitting is het in de praktijk lastig voor partijen om een dergelijk dringend verzoek naast zich neer te leggen, zeker als de indruk bestaat dat het een voorwaarde is voor het verkrijgen van de gevraagde onmiddellijke voorziening. Gezien de jurisprudentie die hierboven al is genoemd, is dat soms begrijpelijk.

Er zijn echter vraagtekens te zetten bij dergelijke ter zitting gedane toezeggingen. Het is onzes inziens allereerst de vraag of deze toezeggingen bindend zijn. Er lijkt sprake te zijn van een toch in zekere mate gedwongen afstand van recht, nota bene gedaan voordat de functionaris is benoemd en dus voordat duidelijk is van welke vorderingsrechten men precies afstand doet of zal doen. Als een OK-functionaris vervolgens wordt benoemd en ernstig verwijtbaar handelt, dan zal het partijen vrij moeten staan de betreffende functionaris daarvoor aansprakelijk te stellen, hoe onaangenaam dat ook is voor de OK-

functionaris. Het zijn immers ‘gewone’ bestuurders. Het toepasselijke beoordelingskader zal de OK-functionaris, zoals hierboven al genoemd, de nodige bescherming bieden.⁶⁴

In sommige gevallen zal een dergelijk afstand van recht zich moeizaam verhouden tot artikel 17 Gw, dat voorschrijft dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.⁶⁵ Een andere vraag is of geen sprake is van strijdigheid met artikel 6 EVRM en artikel 1 Protocol 1 EVRM, zoals in de literatuur eerder ook als kanttekening is geplaatst bij OK-functionarissen die elkaar dechargeren en/of namens de rechtspersoon afstand doen van eventuele aanspraken op henzelf (of het doen van een dergelijke afstand goedkeuren), of hen vrijwaren.⁶⁶

Wij vragen ons ook af of, indien partijen wél tegen de OK-functionaris zouden gaan procederen, een dergelijke toezegging daaraan in de weg zou staan, en of, en zo ja hoe, een dergelijke ‘vrijwaring’ in de praktijk zou worden afgedwongen. Dit staat overigens los van de vrijwaring die sommige OK-functionarissen zelf van partijen bedingen, zoals bijvoorbeeld voorafgaand aan de verkoop van een belangrijk onderdeel.⁶⁷ Onzes inziens is dit overigens een betere optie, die de OK-functionarissen wellicht ook meer bescherming zal bieden. Niet alle partijen zullen daar echter mee akkoord willen gaan.

Ten slotte merken wij op dat een verzoek dat strekt tot een dergelijke toezegging (dat wil zeggen: de gedwongen afstand van vorderingen) bij onmiddellijke voorziening niet voor toewijzing vatbaar is.⁶⁸ De OK achtte dat eerder de spankracht van artikel 2:349a lid 2 BW te buiten te gaan, mede omdat een dergelijke voorziening naar haar aard niet als voorlopig kan worden aangemerkt en ook niet kan worden getroffen met bindend effect jegens niet in het geding betrokken derden.⁶⁹

5.3 Kosten verweer – de escrowvoorziening voor kosten verweer

Voor wat betreft de kosten die bij een aansprakelijkheidsstelling komen kijken, geldt dat de OK op basis van artikel 2:357

61. Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1455, ARO 2020/121 (Vermeulen Food Group), r.o. 3.4. Kennelijk is er zelfs toegezegd dat het faillissement niet zou worden aangevraagd. Zie Hof Amsterdam (OK) 18 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:908, ARO 2020/81 (Vermeulen Food Group), r.o. 3.31.
62. Hof Amsterdam (OK) 21 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4730, ARO 2019/67 (Nordeon), r.o. 3.4.
63. Hof Amsterdam (OK) 8 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:305, ARO 2021/53 (Gebr. Meeusen), r.o. 3.4.

64. Indien de OK de OK-bestuurder een specifieke taak of aanwijzing meegeeft, kan dit een relevante omstandigheid vormen bij de beoordeling van ernstig verwijt. Zie Krop, Scholten & Verburgt 2015/II.6.7.1. Zie ook Duynstee 2018/9.3.5.
65. Vgl. Olden 2009/8.4 naar aanleiding van de OK-overweging inzake Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC4577, JOR 2008/34 (e-Traction). In e-Traction overwoog de OK in r.o. 3.4: ‘dat – behoudens wellicht zeer bijzondere omstandigheden – reeds in het algemeen het aansprakelijk stellen van een door de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening benoemde bestuurder door een van de bij de procedure betrokken partijen niet wel kan worden aanvaard’.
66. Zie daarover Josephus Jitta 2020, par. 7.
67. Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 18 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:908, ARO 2020/81 (Vermeulen Food Group), r.o. 3.15; Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2861, JOR 2020/140 (Vikariën), r.o. 2.7.
68. Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC4577, JOR 2008/34 (e-Traction), r.o. 3.7-3.10.
69. Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BC4577, JOR 2008/34 (e-Traction), r.o. 3.9.

lid 6 BW kan bepalen dat de rechtspersoon de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer ter zake de vaststelling van aansprakelijkheid betaalt.⁷⁰ Dit omvat tevens de kosten van verweer tegen tuchtklachten en strafrechtelijke aangiftes die verband houden met de enquêtetprocedure.⁷¹

Artikel 2:357 lid 6 BW biedt echter geen soelaas ingeval de vennootschap inmiddels failliet is verklaard.⁷² Ook is denkbaar dat de kosten pas worden gemaakt nadat de procedure is beëindigd, terwijl geen verzekering voorhanden is.⁷³ Artikel 2:357 lid 6 BW biedt in ieder geval uitkomst voor de OK-commissaris en -beheerder, die anders afhankelijk zouden zijn van de zittende (al dan niet OK-)bestuurders voor het betalen van de kosten van verweer. De OK-bestuurder zal veelal zelf bevoegd zijn om kosten van verweer ten laste van de vennootschap te brengen (zeker als hij een beslissende stem heeft). Hij kan ook het geld alvast buiten de macht van de vennootschap plaatsen.⁷⁴ De OK-bestuurder is hiertoe bevoegd en de OK keurt dergelijke besluiten niet vooraf goed (zie hiervoor in par. 2.4).⁷⁵

Los van deze bevoegdheid is goed voorstelbaar dat de OK-bestuurder er de voorkeur voor heeft dat de OK in een

beschikking toestaat dat een bedrag in escrow wordt geplaatst. Dit zal met name van belang zijn in situaties waarin de procedure pas een aanvang zal nemen als de OK-functionaris al weg is en niet duidelijk is of de onderneming nog zal (of kan) betalen, of in (naderende) faillissementssituaties. Als er overigens wel een verzekering is,⁷⁶ kan een dergelijk verzoek worden afgewezen.⁷⁷

Het zal bij een dergelijke voorziening steeds gaan om dezelfde kosten, die gedekt zijn door artikel 2:357 lid 6 BW.⁷⁸ Wat ons betreft kan de OK een dergelijke voorziening ook al treffen voordat de OK-functionaris formeel aansprakelijk is gesteld.⁷⁹

De OK is – terecht – ruimhartig in het bieden van dit soort comfort aan OK-functionarissen. De overweging in DEM is treffend voor de zeer begrijpelijke opvatting van de OK:

‘In zijn algemeenheid geldt dat functionarissen die door de Ondernemingskamer worden ingezet, kunnen worden geconfronteerd – en dat lijkt in toenemende mate te gebeuren – met aansprakelijkstellingen. Die functionarissen werken in een omgeving waarin orde op zaken moet worden gesteld en waarin zij in meerdere of mindere mate tegenwerking kunnen ondervinden, terwijl ze tevens met het oog op de continuïteit van de onderneming beslissingen moeten nemen, waaraan risico’s verbonden zijn. Voor hen geldt dat zij in vrijheid moeten kunnen optreden om de stappen te kunnen zetten en de besluiten te kunnen nemen die zij in het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming nodig achten, zonder bevreesd te hoeven zijn dat de kosten van verweer in het kader van een aansprakelijkstelling door henzelf moeten worden gedragen. Daarnaast geldt dat het voor de juiste toepassing van het enquêterecht en de effectiviteit van de in dat kader te treffen (onmiddellijke) voorzieningen van belang is dat er voldoende geschikte personen bereid zijn de functie van door de Ondernemingskamer benoemde functionaris te vervullen. Een afweging daarbij kan zijn of de mogelijke kosten van verweer tegen aansprakelijkstelling – ook buiten een aansprakelijkheidsverzekering – door die functionaris zelf zouden moeten worden gedragen. Gelet op deze overwegingen dient aan de functionarissen van de Ondernemingskamer comfort te worden geboden, in de zin dat zij waar nodig met succes zullen

70. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3, p. 39. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1528, ARO 2020/129 (Cavari Clinics), r.o. 2.4. Art. 2:357 lid 6 BW is van overeenkomstige toepassing op de bij wijze van onmiddellijke voorziening benoemde OK-functionaris. Zie Kamerstukken II 2010/11, 32887, nr. 3, p. 39.
71. Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2883, JOR 2019/222 (Rabat), r.o. 3.17; Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1528, ARO 2020/129 (Cavari Clinics).
72. Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 5 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5864, JOR 2019/53 m.nt. T. Salemink.
73. Zie Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, JOR 2019/279 (DEM), r.o. 3.22: ‘Het feitelijk plaatsen van gelden buiten de macht van de vennootschap in escrow, is een gevolg van de te treffen onmiddellijke voorziening, welk gevolg niet wordt getroffen door beëindiging van de tweede fase procedure. De bepaling dat de vennootschap de kosten van verweer draagt, moet juist dan nog kunnen worden geëffectueerd. Dat kan alleen indien, ook na het beëindigen van de procedure gelden van de vennootschap, buiten de macht van de vennootschap, kunnen worden aangewend ten behoeve van de te maken kosten van verweer. De Ondernemingskamer acht dit een en ander noodzakelijk in het licht van het belang van een doeltreffende bescherming van de door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen tegen de mogelijke kosten van verweer tegen aansprakelijkstelling vanwege hun taakvervulling.’
74. Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4379, JOR 2016/60 (Cunico), r.o. 3.19. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 24 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1159, ARO 2020/97 (Kors); Hof Amsterdam (OK) 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3555, JOR 2020/6 (Widdershoven); Hof Amsterdam (OK) 10 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3719, ARO 2019/169 (Monitus). Indien de rechtspersoon echter failliet is, of bijna failliet is, zal een reservering van gelden in escrow contraproductief werken, voor zover de rechtspersoon er al aan kan voldoen (en los van de vraag of dat paulianus zou zijn). Zie voor meer kanttekeningen Broere & Salemink 2020, p. 657.
75. Hof Amsterdam (OK) 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4295, JOR 2020/85 (ZED+), r.o. 3.18; Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, JOR 2019/279 (DEM), r.o. 3.24-3.25.

76. In sommige gevallen zal de OK-functionaris gebruikmaken van de Rimari-polis. Zie nader Broere & Salemink 2020.
77. In Hof Amsterdam (OK) 16 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4691, ARO 2020/34 (Monitor Management), r.o. 4.18, werd (louter) het verzoek om kosten van verweer in escrow te mogen plaatsen afgewezen omdat er een aansprakelijkheidsverzekering was (de OK bepaalde dat de kosten van verweer wél door de vennootschap moeten worden gedragen).
78. Zie in gelijke zin Broere & Salemink 2020, p. 655; Broere 2019.
79. Zie in gelijke zin Sinnighe Damsté in haar noot onder Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, JOR 2019/279 (DEM); Josephus Jitta 2020, par. 5. Zie kritischer Broere in zijn noot onder Hof Amsterdam (OK) 5 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2883, JOR 2019/222 (Rabat).

kunnen verzoeken dat de Ondernemingskamer bepaalt dat de kosten van verweer in het kader van een eventuele aansprakelijkstelling, zowel in de eerste als in de tweede fase van de enquête procedure door de rechtspersoon zullen worden gedragen.⁸⁰

In de Kors-beschikking⁸¹ overweegt de OK in gelijke zin. In die beschikking wordt een escrowvoorziening van EUR 100.000⁸² zelfs toegewezen bij het defungeren van de OK-functionarissen in de eerste fase. Dit deed de OK 'met (overeenkomstige) toepassing van artikel 2:349a lid 2 jo. 2:357 leden 3 en 6 BW'.⁸³

5.4 Dwangsommen

In sommige gevallen versterkt de OK haar (onmiddellijke) voorzieningen met een dwangsom. In Prien bijvoorbeeld maakte een van de aandeelhouders de werkzaamheden van de tijdelijke bestuurder onmogelijk. Er was onder andere sprake van fysieke intimidatie door de 'bodyguard' van een van de aandeelhouders. Verder werd een 'bevriende' Spaanse rechter ingeschakeld, en werd de OK-bestuurder publiekelijk beschuldigd van criminele samenspanning.⁸⁴ De OK oordeelt dat dit in strijd is met artikel 2:8 BW, en beveelt de aandeelhouder zich te onthouden van bedreigende of lasterlijke uitlatingen of gedragingen jegens de door de OK benoemde functionarissen, op straffe van een dwangsom van EUR 10.000 per overtreding tot een maximum van EUR 1 miljoen.⁸⁵ In een latere beschikking is aanvullend een dwangsom gesteld op het bevel dat deze aandeelhouder zich onthoudt van handelingen waarbij hij zich als vertegenwoordiger van Prien uittegeeft.⁸⁶

Hoewel de OK bevoegd is tot het opleggen van dwangsommen (art. 611 e.v. Rv), kunnen problemen ontstaan bij de vaststelling en tenuitvoerlegging van de verbeurde dwangsommen, indien sprake is van tenuitvoerlegging in het buitenland. Artikel 55 van de herschikte EEX-verordening bepaalt dat voor de tenuitvoerlegging in de aangezochte lidstaat het bedrag van de verbeurde dwangsom definitief moet zijn bepaald door het

gerecht van herkomst.⁸⁷ De vraag is, zeer kort gezegd, wat het 'gerecht van herkomst' is in het geval van een door de OK opgelegde dwangsom. De OK heeft in Prien inmiddels geoordeeld dat dat de gewone burgerlijke rechter is, omdat het ten behoeve van de tenuitvoerlegging definitief bepalen van het bedrag van de verbeurde dwangsom aan te merken is als een executiegeschil in de zin van artikel 438 Rv.⁸⁸ In Prien verklaarde de OK zich daarom onbevoegd en verwees zij de zaak door naar de rechtbank Amsterdam (art. 73 Rv). Zie over deze materie nader de noot van Zilinsky en De Groot.⁸⁹

5.5 Bestuurder vraagt toestemming voor besluit

Zoals hierboven al is toegelicht, keurt de OK voorgenomen besluiten van OK-functionarissen niet vooraf goed, ook niet als daar expliciet om wordt gevraagd.⁹⁰ De OK maakt in dergelijke gevallen soms wél duidelijk wat zij van een bepaald besluit vindt, zoals bijvoorbeeld in DEM ('zonder dat hierin kennelijke [sic] onredelijk handelen valt te zien'⁹¹), ZED+ ('[d]eze besluiten kunnen bijdragen aan een effectieve vereffening van ZED+ na ontbinding'⁹²) en in Slotervaart.⁹³ Wellicht biedt dit de OK-functionarissen extra rugdekking in een eventuele (aansprakelijkheids)procedure.

5.6 Het vorderen van reële proceskosten

De OK-functionaris kan in een aansprakelijkheidsprocedure zijn werkelijke advocaatkosten vorderen (op grond van misbruik van procesrecht of ander onrechtmatig handelen).⁹⁴ De ervaring leert echter dat rechters in de regel zeer terughoudend zijn met het toewijzen van dergelijke vorderingen.⁹⁵ Ook in Vikariën werd deze (reconventionele) vordering afgewezen.⁹⁶ Hoewel voor die terughoudendheid in algemene zin iets te zeggen is, heeft die als nadeel dat er voor partijen (los van de forfaitaire kostenveroordeling) geen reële drempel is om OK-functionarissen in rechte te betrekken.

80. Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, JOR 2019/279 (DEM), r.o. 3.18. Zie hierover nader M.H.C. Sinnighe Damsté & B. Kemp, *Kroniek enquête-recht* 2019, in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2019-2020* (VDHI nr. 165), Deventer: Wolters Kluwer 2020/I. 2.3.11.2.

81. Hof Amsterdam (OK) 24 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1159, ARO 2020/97 (Kors), r.o. 3.12.

82. Gevorderd was EUR 250.000. De OK oordeelde dat beantwoording van de vraag of de OK-functionarissen aansprakelijk zijn, niet complex is, en dat de belangen van de betrokkenen vergden dat met het oog op de kosten van verweer geen groter beslag wordt gelegd op de middelen van de vennootschap dan redelijkerwijs nodig. Zie Hof Amsterdam (OK) 24 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1159, ARO 2020/97 (Kors), r.o. 3.15.

83. Zie kritisch Josephus Jitta 2020, par. 6.

84. Hof Amsterdam (OK) 25 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3186, JOR 2020/30 (Prien Holding), r.o. 3.4.

85. Hof Amsterdam (OK) 25 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3186, JOR 2020/30 (Prien Holding).

86. Hof Amsterdam (OK) 25 augustus 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2372, JOR 2021/10 (Prien Holding).

87. Dit is een uitzondering op de hoofdregel van art. 39 van de herschikte EEX-verordening dat een in een lidstaat gegeven beslissing die in die lidstaat uitvoerbaar is, in andere lidstaten uitvoerbaar is zonder dat een verklaring van uitvoerbaarheid is vereist.

88. Hof Amsterdam (OK) 10 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3073, ARO 2021/7 (Prien Holding), r.o. 2.4.

89. Hof Amsterdam (OK) 25 augustus 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2372, JOR 2021/10 m.nt. Zilinsky en De Groot (Prien Holding).

90. Hof Amsterdam (OK) 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4295, JOR 2020/85 (ZED+), r.o. 3.18; Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, JOR 2019/279 (DEM), r.o. 3.24-3.25.

91. Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, JOR 2019/279 (DEM), r.o. 3.25.

92. Hof Amsterdam (OK) 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4295, JOR 2020/85 (ZED+), r.o. 3.18.

93. Hof Amsterdam (OK) 11 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4525, JOR 2014/36 (Slotervaart), r.o. 3.6 e.v.

94. Zie daarover ook M.W. Josephus Jitta bij Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2861, JOR 2020/140 (Vikariën), nr. 6.

95. Zie daarover Broere 2019 en de aldaar genoemde jurisprudentie.

96. Zie kritisch daarover M.W. Josephus Jitta bij Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2861, JOR 2020/140 (Vikariën).

Josephus Jitta heeft de mogelijkheid geopperd van een wetswijziging die erin zou kunnen voorzien dat degene die een civielrechtelijke procedure tegen een onderzoeker of een OK-functionaris begint en die verliest, in de werkelijk door de onderzoeker respectievelijk de OK-functionaris gemaakte kosten van verweer zou kunnen worden veroordeeld (met daaraan gekoppeld de mogelijkheid te bepalen dat de eiser/verzoeker zekerheid voor die kosten stelt op straffe van niet-ontvankelijkverklaring in zijn vordering).⁹⁷

Wij zien geen reden voor een dergelijke wetswijziging. De terughoudendheid bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure is terecht, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door artikel 6 EVRM.⁹⁸ Daar komt bij dat OK-functionarissen – mede gezien hun vergaande bevoegdheden – soms zeer vergaande beslissingen nemen die vergaand inbreuk maken op de belangen van partijen. Het is niet onbegrijpelijk dat partijen een dergelijk uitoefenen van bevoegdheden aan de rechter willen voorleggen, en zij zouden daarvan niet moeten worden afgehouden door het (gezien de hoge aansprakelijkheidsdrempel: vrij hoge) risico dat zij in de volledige proceskosten worden veroordeeld.

De OK onderkent dit spanningsveld. Zo werd in de enquêteprocedure inzake Vermeulen Food Group ook een beroep gedaan op vergoeding van de reële proceskosten. Dit verzoek werd afgewezen.⁹⁹ De OK wijst daar specifiek op het gegeven dat de OK-bestuurder beschikt over verregaande bevoegdheden en genoodzaakt kan zijn in het belang van de rechtspersoon ingrijpende beslissingen te nemen die feitelijk onomkeerbaar zijn. De OK overweegt dan, wat ons betreft terecht, als volgt:

‘Betrokkenen die als gevolg van door de Ondernemingskamer getroffen onmiddellijke voorzieningen hun bevoegdheden als bestuurder onderscheidenlijk aandeelhouder tijdelijk niet kunnen uitoefenen, kunnen door beslissingen van de OK-bestuurder worden geraakt in belangen die zij als zwaarwegend beschouwen. Een en ander brengt mee dat indien een belanghebbende zich tot de Ondernemingskamer wendt met een verzoek dat strekt tot het verkrijgen van een rechterlijke toetsing van een (voorgenomen) handelen van een OK-functionaris, niet spoedig geoordeeld kan worden dat zodanig verzoek misbruik van recht is. Toegesneden op het onderhavige geval: het is begrijpelijk dat de beslissing van Dekker om Roel Vermeulen uit te sluiten als koper van de onderneming,

voor Roel Vermeulen zeer ingrijpend is en dat hij die beslissing voorafgaand aan de verkoop van de onderneming ter toetsing door de Ondernemingskamer heeft willen voorleggen.¹⁰⁰

In deze beschikking overwoog de OK vervolgens wel dat een van de procespartijen de verplichting van artikel 21 Rv niet had nageleefd. De OK oordeelde dat dit extra kosten voor verweer tot gevolg had gehad. In afwijking van het liquidatietarief volgde daarom een hogere proceskostenveroordeling van EUR 15.000.¹⁰¹

6 Toezicht en toetsing

Zoals hierboven is toegelicht, hebben OK-functionarissen doorgaans vergaande bevoegdheden. Tegelijkertijd ontbreken de gebruikelijke vennootschapsrechtelijke ‘checks and balances’; schorsing en ontslagen van OK-functionarissen zijn (logischerwijs) niet mogelijk (art. 2:357 lid 3 BW).¹⁰² Daarnaast zal de OK-functionaris zich regelmatig onttrekken aan het collegialiteitsbeginsel, bijvoorbeeld als sprake is van aanvullende bevoegdheden zoals een beslissende stem. De Ondernemingskamer is daarmee de enige toezichthouder.¹⁰³

De mogelijkheden voor partijen om het functioneren van de OK-functionaris in bredere zin aan de kaak te stellen zijn beperkt, en onzes inziens te beperkt. Zoals hierboven in paragraaf 2.3 is toegelicht, zijn concrete instructies van de OK niet mogelijk; de OK-functionaris is immers autonoom.

Het ‘paardenmiddel’ van een verzoek tot ontslag en/of een aansprakelijkstelling blijft dan over. Dit heeft wezenlijke nadelen. De kans van slagen is zeer gering (zie par. 4) en het verzoek zal de verhoudingen geen goed doen, zeker als het wordt afgewezen en partijen ‘door moeten’ met de OK-functionaris.¹⁰⁴ Bovendien is het de partij vaak ook helemaal niet te doen om het ontslag, maar eerder om bijvoorbeeld inzicht te verkrijgen in werkzaamheden en een plan van aanpak, om afspraken te maken over communicatie, zoals vaste overlegmomenten, of om duidelijkheid te krijgen over het takenpakket of de verantwoordelijkheden van de OK-functionaris.¹⁰⁵

In de praktijk probeert men daarom ook wel druk uit te oefenen door middel van aansprakelijkstellingen, zoals hierboven in paragraaf 4 en 5 aan de orde is gekomen. Deze tactiek zal vaak onwenselijk zijn. Onbegrijpelijk is het, bij gebrek aan alternatieven, echter niet. Idealiter zou daarom een meer laag-

97. Josephus Jitta 2020, par. 8.

98. Zie o.a. HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2366, NJ 2018/164 (De Alternatieve Bouw/Van Eendenburg c.s.), r.o. 3.4.

99. Onder verwijzing naar de relevante jurisprudentie van de Hoge Raad (zie o.a. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828, NJ 2012/233 (Grand Café A/Achmea), HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1600, NJ 2016/380 (K/Rabobank) en HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2366, NJ 2018/164 (De Alternatieve Bouw/Van Eendenburg c.s.)).

100. Hof Amsterdam (OK) 18 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:908, ARO 2020/81 (Vermeulen Food Group), r.o. 3.38. Zie tevens Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1559, ARO 2020/110 (Inpropert), waar reële proceskosten ook werden gevorderd en werden afgewezen.

101. Hof Amsterdam (OK) 18 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:908, ARO 2020/81 (Vermeulen Food Group), r.o. 3.40.

102. Zie tevens Salemink 2018a.

103. Zie ook Duynstee 2018/9.2.

104. Zie ook Duynstee 2018/9.3.3.

105. Duynstee 2018/9.4.1.

drempelige mogelijkheid bestaan om het functioneren van de OK-functionaris aan de kaak te stellen. Dit zou mogelijk kunnen bijdragen aan minder (kansloze) verzoeken tot het ontslag van OK-functionarissen en tot minder aansprakelijkstellingen. Wij realiseren ons echter terdege dat bepaalde partijen op geen enkele manier te weerhouden zijn van het starten van onnodige procedures; er zijn uitwassen waar geen kruid tegen gewassen is.

In zijn bijdrage aan het Van der Heijden-congres in 2018 heeft Duynstee drie voorstellen gedaan voor een andere wijze van toezicht. Dit waren kort gezegd:

1. structurele verslaglegging door de OK-functionarissen;
2. de mogelijkheid van formele/procesmatige aanwijzingen door de OK; en/of
3. de mogelijkheid van formele/procesmatige aanwijzingen door de raadsheer-commissaris op grond van artikel 16 lid 5 Rv.¹⁰⁶

Wij herhalen hier eerst kort de destijds gedane suggestie met betrekking tot structurele verslaglegging door de OK-functionarissen. Een structurele informatievoorziening en een bijbehorende dialoog zouden onzes inziens al veel zorgen kunnen wegnemen bij sommige procespartijen, hetgeen escalatie (waaronder in de vorm van aansprakelijkheidsprocedures) wellicht zal kunnen voorkomen.¹⁰⁷ Dit zou kunnen geschieden op grond van artikel 2:357 lid 5 BW. Bij ons weten maakt de OK al geruime tijd geen gebruik van deze mogelijkheid. Wel zijn recent enige specifieke vragen gesteld op basis van dit wetsartikel.¹⁰⁸

Gezien het bestek van dit artikel zullen we ons hier voor het overige beperken tot die laatste mogelijkheid. Een meervoudige kamer kan op grond van artikel 16 lid 5 Rv de behandeling geheel of gedeeltelijk aan een raadsheer-commissaris overlaten, waarbij de raadsheer-commissaris de bevoegdheden van de voltallige OK toekomen. Het gaat dus om de mogelijkheid een mondelinge behandeling door een raadsheer-commissaris te laten verrichten, waarna de uitspraak wel door de volle kamer wordt gewezen.¹⁰⁹

Dit is niet hetzelfde als de nauwere bepaling van artikel 2:350 lid 4 BW, die op 1 januari 2013 in werking is getreden, op

grond waarvan een raadsheer-commissaris aanwijzingen kan geven over de wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd. Dat gaat dus om het functioneren van de onderzoeker, niet van de OK-functionarissen. Artikel 2:350 lid 4 BW is in die zin te zien als een *lex specialis* ten opzichte van artikel 16 lid 5 Rv.¹¹⁰ De reikwijdte van artikel 2:350 lid 4 BW is ontoereikend om, bijvoorbeeld, problemen rondom het functioneren van OK-functionarissen aan de orde te stellen, omdat dit niet zal zien op de wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd.¹¹¹ Die beperkte reikwijdte geldt wat ons betreft niet voor het bredere artikel 16 lid 5 Rv.

In een recente column schrijft Makkink dat het serieuze overweging verdient om de procedurele flexibiliteit van de OK in specifieke situaties te vergroten door een mondelinge behandeling ten overstaan van een raadsheer-commissaris te laten plaatsvinden, in plaats van voor de volle kamer.¹¹² Een aantal voorbeelden van gevallen waarin dit uitkomst zou kunnen bieden, zijn volgens hem:

- 'De getroffen onmiddellijke voorzieningen bieden onvoldoende soelaas en de OK-functionaris(sen) en/of partijen willen wijziging van de voorzieningen.
- Problemen bij de bekostiging van de onmiddellijke voorzieningen of een geschil over de honorering van de OK-functionarissen.
- Problemen in de samenwerking tussen de OK-functionarissen.
- De OK-functionarissen staan op het punt een ingrijpend besluit met onomkeerbare gevolgen te nemen (verkoop van activiteiten, emissie, etc.), waarmee een of meer betrokkenen niet kunnen leven.'

Het zal niet verbazen dat wij deze gedachte toejuichen. De OK heeft eerder van artikel 16 lid 5 Rv gebruikgemaakt om een raadsheer-commissaris te benoemen die zou kunnen beslissen op eventuele incidentele verzoeken van partijen,¹¹³ en, in het kader van een uitkoopprocedure, om te bepalen of bepaalde door deskundigen opgevraagde informatie vertrouwelijk behandeld diende te worden.¹¹⁴

Recenter lijkt de OK artikel 16 lid 5 Rv ook te gebruiken om de mondelinge behandeling ten overstaan van een raadsheer-

106. Duynstee 2018/9.4.3. Zie ook 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 enquêteprocedure, *Ondernemingsrecht* 2016/95.

107. Zie daarover nader Duynstee 2018, par. 9.4.1.

108. Hof Amsterdam (OK) 24 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1159, ARO 2020/97 (Kors), r.o. 1.5: 'Bij e-mail van 9 januari 2020 heeft de secretaris van de Ondernemingskamer onder anderen Overing en Van Emden op de voet van artikel 2:357 lid 5 BW verzocht vragen van de Ondernemingskamer te beantwoorden, hetgeen zij bij e-mail van 15 januari 2020 met bijlagen hebben gedaan. Boegbeeld c.s. hebben daarvan afschrift ontvangen.'

109. De bevoegdheid tot beslissen blijft voorbehouden aan de volle kamer; zie HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, JBPR 2018/30 (Stichting Maatschappelijke Ondersteuning Voor Elkaar), r.o. 3.6.2-3.6.5 en 3.7.

110. Zie daarover Josephus Jitta 2016, par. 8.7.

111. Zie ook Makkink 2016, p. 258: 'Sommigen bepleiten dat de raadsheer-commissaris als bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW ook guidance zou kunnen geven aan een OK-functionaris die zich geconfronteerd ziet met een dilemma. Los van de omstandigheid dat de wettelijke taak van de raadsheer-commissaris is beperkt tot het onderzoek, maakt mijns inziens vooral de deelname van raden aan de zitting van en de oordeelsvorming door de Ondernemingskamer een verzoek tot aanvullende onmiddellijke voorzieningen een geschikter middel.'

112. Makkink 2021.

113. Hof Amsterdam (OK) 26 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:594, JOR 2016/98 (SNS Reaal), r.o. 3.83.

114. Hof Amsterdam (OK) 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4933, JOR 2014/328 (DIM Vastgoed), r.o. 2.16.

commissaris te laten plaatsvinden.¹¹⁵ Dit is een andere toepassing van artikel 16 lid 5 Rv. Zoals Makkink schrijft, zal dit moeten geschieden aan de hand van de door de Hoge Raad gegeven kaders. Met name is dan van belang dat dit in beginsel slechts gebeurt met instemming van partijen, dat van de mondelinge behandeling ten overstaan van de raadsheer-commissaris een proces-verbaal moet worden opgemaakt en dat dit ter beschikking moet worden gesteld van de meervoudige kamer, die de daadwerkelijke beslissing zal nemen.¹¹⁶ Deze toepassing van artikel 16 lid 5 Rv is wat ons betreft niettemin een welkome stap voorwaarts vanuit het oogpunt van efficiëntie, en wij juichen deze dan ook toe.

Wij zouden daarnaast voorstander zijn van een wetswijziging die (1) behandeling door de raadsheer-commissaris mogelijk maakt zonder instemming van partijen, en die (2) de raadsheer-commissaris de bevoegdheid zou toekennen om zelfstandig bepaalde geschillen te beslissen. Wij denken daarbij onder andere aan de hierboven geciteerde gevallen. Wij kunnen ons goed voorstellen dat het daarbij nuttig is dat de mogelijkheid blijft bestaan om de behandeling en/of de beslissing op te dragen aan de volle kamer.¹¹⁷

7 Conclusie

Wij concluderen dat geen sprake is van, en geen plaats is voor, een hogere drempel voor aansprakelijkheid van OK-functionarissen. OK-functionarissen zullen weinig te vrezen hebben van een dergelijke aansprakelijkheidsprocedure; de moeilijke omstandigheden waarin de OK-functionaris opereert, zullen steeds worden meegenomen in de beoordeling. Dit is bevestigd in het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden inzake Vikariën.

Dat neemt niet weg dat OK-functionarissen alsnog worden geconfronteerd met hele moeilijke situaties met (onnodig) agressieve en vijandige partijen, die er alles aan doen om de OK-functionaris tegen te werken, en waar soms zelfs sprake is van intimidatie en bedreiging. Wij signaleren dat de OK naar middelen zoekt om 'haar' functionarissen waar mogelijk te beschermen. Hoewel wij dat zeer begrijpelijk achten, hebben wij wel de nodige vraagtekens bij enkele van de daarbij gehanteerde middelen.

Ten slotte menen wij dat een beter toezicht op OK-functionarissen zou kunnen helpen bij het oplossen van sommige problemen waar OK-functionarissen en partijen tegenaan lopen. Daaronder verstaan wij ook verbeterde mogelijkheden voor partijen om het functioneren van OK-functionarissen op een meer laagdrempelige wijze aan de kaak te stellen, zodat partijen niet slechts aangewezen zijn op – veelal loze – aansprakelijkstellingen.

115. Zie recenter o.a. Hof Amsterdam (OK) 26 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1062, ARO 2018/107 (MKA); Hof Amsterdam (OK) 12 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4104, JOR 2020/146; Hof Amsterdam (OK) 28 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:236, ARO 2020/58 (Dorien van Zoggel Pensioen); Hof Amsterdam (OK) 24 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1159, ARO 2020/97 (Kors); Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1226, JOR 2020/231 (Buro ZP).

116. Zie HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, JBPR 2018/30 (Stichting Maatschappelijke Ondersteuning Voor Elkaar), r.o. 3.6.2-3.6.5 en 3.7; HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:971, RvdW 2018/763, r.o. 3.4.3. Zie over deze problematiek ook de noot van Van der Korst onder Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1226, JOR 2020/231 (Buro ZP).

117. Zie Makkink 2021.