

HOOFDSTUK 31

DE OK-BESTUURDER EN OK-COMMISSARIS

*Tom Salemink & Marco Nieuwe Weme*¹

31.1 Inleiding

De Ondernemingskamer kan in een enquêteprocedure bij wijze van onmiddellijke voorziening (art. 2:349a lid 2 en lid 3 Burgerlijk Wetboek (BW)) of eindvoorziening (art. 2:356 BW) een tijdelijke bestuurder of commissaris benoemen bij de geënquêteerde rechtspersoon. Deze functionarissen worden ook wel aangeduid als ‘OK-bestuurder’ of ‘OK-commissaris’. Een dergelijke benoeming vindt in de regel plaats in verband met de toestand van de rechtspersoon. Vaak is sprake van een conflict binnen de rechtspersoon waardoor hij niet goed functioneert en wordt met de benoeming beoogd de gezonde verhoudingen te herstellen.

De Ondernemingskamer kan in een enquêteprocedure ook andere personen benoemen, onder wie een beheerder van aandelen (art. 2:349a lid 2 en lid 3 BW en art. 2:356 sub e BW; hoofdstuk 32), een vereffenaar (art. 2:356 sub f BW en art. 2:23 BW; hoofdstuk 35) en een onderzoeker (art. 2:345 BW; hoofdstuk 23). Indien de Ondernemingskamer een onderzoek beveelt, benoemt zij tevens een raadsheer-commissaris (art. 2:350 lid 4 BW; hoofdstuk 24).

Naast de enquêteprocedure kan de voorzieningenrechter in een kort gedingprocedure (art. 254 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)) als voorlopige voorziening tijdelijke bestuurders en commissarissen benoemen (§ 44.3). Voorts kan de rechtbank in een art. 2:298 BW-procedure bij een stichting een tijdelijke bestuurder benoemen (§ 47.3).² Ingevolge sectorale regelgeving zijn ook tijdelijke benoemingen mogelijk, bijvoorbeeld de aanstelling door de Europese Centrale Bank (ECB), De Nederlandsche Bank (DNB) of de Autoriteit Financiële Markten (AFM)

¹ Mr. T. Salemink is universitair hoofddocent bij het Van der Heijden Instituut (OO&R, Radboud Universiteit Nijmegen). Prof. mr. M.P. Nieuwe Weme is hoogleraar ondernemingsrecht bij het Van der Heijden Instituut en raadsheer-plaatsvervanger in de Ondernemingskamer.

² G.J.C. Rensen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/352 (hierna: Asser/Rensen 2-III 2017).

van een stille curator (art. 1:76 Wet op het financieel toezicht (Wft)) of bewindvoerder (art. 1:76a Wft) bij bepaalde financiële instellingen.³

Aangezien enquêteprocedures hoofdzakelijk plaatsvinden bij naamloze vennootschappen (NV's) en besloten vennootschappen (BV's) (§ 4.4.4.1), richten wij ons vooral op deze rechtspersonen. Hetgeen wij hierna vermelden geldt echter mutatis mutandis voor de andere rechtspersonen als bedoeld in art. 2:344 BW.

Voorts concentreren wij ons op de benoeming van OK-bestuurders en OK-commissarissen bij vennootschappen met een dualistisch bestuursmodel ('two-tier board'). De Ondernemingskamer kan echter ook tijdelijke bestuurders benoemen bij vennootschappen met een monistisch bestuursmodel (art. 2:129a BW en art. 2:239a BW; 'one-tier board').⁴ Wat wij hieronder schrijven is van overeenkomstige toepassing op de benoeming door de Ondernemingskamer van een uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurder.

31.2 Wetsgeschiedenis inzake OK-bestuurder en OK-commissaris

De eerste versie van het enquêterecht van 1928 behelsde alleen een onderzoek (§ 2.2.1). Benoeming van een tijdelijke bestuurder of commissaris was nog niet mogelijk in het enquêterecht; hiervoor was men aangewezen op de president in kort geding.

De mogelijkheid een OK-bestuurder of OK-commissaris aan te stellen is ingevoerd bij de Wet van 10 september 1970 (§ 2.2.2).⁵ Dit kon aanvankelijk alleen als eindvoorziening, nadat wanbeleid was vastgesteld.⁶

De benoeming van een OK-bestuurder of OK-commissaris als onmiddellijke voorziening is geïntroduceerd door de Wet van 8 november 1993 (§ 2.2.4).⁷

Door de Wet van 18 juni 2012 is de positie van de OK-bestuurder en OK-commissaris op enkele onderdelen gewijzigd (§ 2.4).⁸

3 V.P.G. de Serière, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IV. Effectenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018/849-850, 919.

4 Bijv. OK 8 april 2014, *ARO* 2014/94 (*AAA Auto Group*), r.o. 3.19, waarin een niet-uitvoerende bestuurder werd benoemd.

5 *Stb.* 1970, 411 (*Kamerstukken* 9596).

6 A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Verlengstuk van de vennootschap of van de rechter? De positie van de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & 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. 191-192 (hierna: Croiset van Uchelen 2008).

7 *Stb.* 1993, 597 (*Kamerstukken* 22400); Croiset van Uchelen 2008, p. 192.

8 *Stb.* 2021, 274 (*Kamerstukken* 32887); A.F.J.A. Leijten & M.P. Nieuwe Weme, 'Het wetsvoorstel aanpassing enquêterecht', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2011-2012* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 112), Deventer: Kluwer 2012, p. 123-173 (hierna: Leijten & Nieuwe Weme 2012).

De laatste wijziging heeft plaatsgevonden door de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen van 11 november 2020.⁹ Hierbij is bepaald dat een aansprakelijkheidsvordering wegens onbehoorlijk bestuur of toezicht in faillissementssituaties niet kan worden ingesteld tegen OK-bestuurders en OK-commissarissen (§ 31.11.3).

31.3 Cijfers over OK-bestuurder en OK-commissaris

De benoeming van een OK-bestuurder of OK-commissaris is een veelvuldig door de Ondernemingskamer gebruikt instrument. In de periode 2008-2020 zijn 305 enquêteverzoeken bij een rechtspersoon toegewezen en 257 OK-bestuurders en OK-commissarissen bij wijze van onmiddellijke voorziening benoemd. Het merendeel van deze benoemingen betrof bestuurders (200); commissarissen werden minder vaak aangesteld (57). De benoeming van een OK-bestuurder of OK-commissaris als eindvoorziening komt veel minder voor. In genoemde periode werd in 35 zaken bij een rechtspersoon wanbeleid vastgesteld en werden 17 OK-bestuurders en OK-commissarissen als eindvoorziening aangesteld. Dit betekent dat 94% van de benoemingen van OK-bestuurders en OK-commissarissen plaatsvindt als onmiddellijke voorziening en 6% als eindvoorziening. De meeste benoemingen gebeuren bij een NV of BV. De benoemingen geschieden bij verschillende soorten vennootschappen (grote vennootschappen, kleine vennootschappen, familievennootschappen, beursvennootschappen etc.) en in uiteenlopende sectoren (financiële sector, zorgsector, energiesector enz.). Zie voor deze en andere cijfers hoofdstuk 4.¹⁰

Hoewel het onderzoek van oorsprong de kern van het enquêterecht vormt (§ 21.1.1),¹¹ ligt het zwaartepunt van de procedure tegenwoordig dus feitelijk bij de onmiddellijke voorzieningen, in het bijzonder de benoeming van OK-bestuurders en OK-commissarissen.¹² De OK-bestuurder en OK-commissaris spelen aldus een belangrijke rol bij het verwezenlijken van de doeleinden van het enquêterecht, in het

9 Stb. 2020, 507 (Kamerstukken 34491).

10 Zie voor cijfers over OK-bestuurders en OK-commissarissen over 1971-2007: K. Cools e.a., *Het recht van enquête* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 65), Deventer: Wolters Kluwer 2009; Croiset van Uchelen 2008/3.

11 HR 27 september 2000, *NJ* 2000/653; *JOR* 2000/217, m.nt. Brink (*Gucci*), r.o. 4.2.

12 Evenzo D.D. Krop, C.J. Scholten & B.E. Verburgt, '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* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015/1 (hierna: Krop, Scholten & Verburgt 2015). Zie ook Jaarverslag Ondernemingskamer 2016, p. 5 (te raadplegen via www.rechtspraak.nl): 'In het algemeen valt op dat het aantal benoemingen van functionarissen sterk gestegen is (...). Het aantal benoemde onderzoekers ten opzichte van het aantal bij onmiddellijke voorziening benoemde personen lijkt jaarlijks verder af te nemen. Dit bevestigt het beeld van het belang van en de focus (van partijen) op onmiddellijke voorzieningen in het enquêterecht.' Willems, *ARO* 2021/126, merkt terecht op dat de Ondernemingskamer zich heeft ontwikkeld tot een algemene rechtspersonenrechtelijke kort geding-rechter.

bijzonder de sanering en het herstel van de gezonde verhoudingen (§ 1.7).¹³ Zij zijn de belangrijkste frontsoldaten van de Ondernemingskamer.¹⁴

31.4 Regelgeving inzake OK-bestuurder en OK-commissaris

De benoeming van de OK-bestuurder en OK-commissaris vindt haar grondslag in de regeling van de onmiddellijke voorziening (art. 2:349a lid 2 en lid 3 BW) en de eindvoorziening (art. 2:355 lid 1 BW jo. art. 2:356 sub c BW) (§ 31.5.1).

De wet bevat verder nauwelijks bepalingen die specifiek zien op de OK-bestuurder en OK-commissaris. De wet bepaalt slechts dat de Ondernemingskamer de tijdelijke functionaris een beloning kan toekennen ten laste van de vennootschap (art. 2:357 lid 4 BW; § 31.7), dat de Ondernemingskamer kan bepalen dat de vennootschap de kosten van een aansprakelijkheidsverweer van de tijdelijke functionaris betaalt (art. 2:357 lid 6 BW; § 33.1) en dat de Ondernemingskamer de tijdelijke functionaris kan opdragen regelmatig verslag uit te brengen (art. 2:357 lid 5 BW; § 31.11.1). Voorts bepaalt de wet dat als een beschikking waarbij een OK-bestuurder of OK-commissaris is aangesteld in cassatie (hoofdstuk 39) wordt vernietigd, de aan de tijdelijke functionaris toegekende beloning niet onverschuldigd is (art. 2:359 lid 2 BW).

Voor het overige gelden ten aanzien van de OK-bestuurder en OK-commissaris in beginsel dezelfde wettelijke bepalingen als voor de reguliere bestuurder en commissaris, tenzij deze in strijd zijn met de aard van het enquêterecht (§ 31.6.1). Een voorbeeld van deze uitzondering is de bevoegdheid van de algemene vergadering om gewone bestuurders en commissarissen te ontslaan. Deze regel geldt niet inzake OK-bestuurders en OK-commissarissen, omdat aandeelhouders anders een voorziening van de Ondernemingskamer ongedaan zouden kunnen maken (art. 2:357 lid 3 BW; § 31.10.2).

Voorts hebben OK-bestuurders en OK-commissarissen te maken met de overige regelgeving voor gewone bestuurders en commissarissen, zoals sectorale regelgeving, corporate governance codes en de statuten¹⁵ en reglementen van de desbetreffende vennootschap.¹⁶

Daarnaast kunnen OK-bestuurders en OK-commissarissen steunen op de door Stichting Rimari gepubliceerde ‘Praktijktips voor OK-bestuurders’ (hierna:

13 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. Maeijer (*Ogem*), r.o. 4.1.

14 De uitdrukking ‘de frontsoldaten van de OK’ is van J.H.M. Willems, oud-voorzitter van de Ondernemingskamer. ‘De frontsoldaten van de Ondernemingskamer’ is ook de titel van een op 16 november 2006 door de Ondernemingskamer gehouden symposium ter ere van haar 35-jarige bestaan.

15 OK-bestuurders zijn bijv. gebonden aan statutaire goedkeuringsrechten van de algemene vergadering. Zie OK 7 december 2020, *ARO* 2021/25; *JOR* 2021/60, m.nt. Duynstee (*HotShots*), r.o. 3.13 e.v.

16 Zie voor een overzicht van regelgeving inzake het bestuur en de raad van commissarissen G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IIb. NV en BV. Corporate Governance*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/115 e.v. en 276 e.v. (hierna: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019).

Stichting Rimari Praktijktips) (zie ook bijlage 7 bij dit handboek).¹⁷ De Stichting Rimari Praktijktips zijn bedoeld als praktische handreiking voor de uitvoering van de specifieke bestuurstaken van de OK-bestuurder. Zij bevatten onder meer adviezen omtrent de communicatie met procespartijen, de governance en dagelijkse leiding van de vennootschap en suggesties voor mogelijke oplossingen van het geschil. De Stichting Rimari Praktijktips zijn ook deels bruikbaar voor de OK-commissaris.¹⁸ De Stichting Rimari is in 2012 opgericht en stelt zich tot doel een bijdrage te leveren aan de kwaliteit en de verdere professionalisering van diegenen die door de Ondernemingskamer worden benoemd (hoofdstuk 58). Het merendeel van de door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen is aangesloten bij de stichting.¹⁹

Voorts is van belang de rechtspraak en literatuur op het gebied van de gewone bestuurder en commissaris en de OK-bestuurder en OK-commissaris, in het bijzonder de jurisprudentie van de Hoge Raad en de Ondernemingskamer.

Tot slot vermelden wij dat een OK-bestuurder of OK-commissaris vanwege een andere hoedanigheid, bijvoorbeeld advocaat, notaris of accountant, ook onderworpen kan zijn aan zijn beroeps- en gedragsregels (§ 33.2.3).²⁰

31.5 Benoeming van OK-bestuurder en OK-commissaris

31.5.1 Grondslag voor benoeming van OK-bestuurder en OK-commissaris

De benoeming van een OK-bestuurder en OK-commissaris kan zowel bij onmiddellijke voorziening als eindvoorziening plaatsvinden.

De benoeming als onmiddellijke voorziening is geregeld in art. 2:349a lid 2 BW. Deze benoeming kan geschieden indien de Ondernemingskamer een onderzoek heeft gelast vanwege twijfel aan een juist beleid of juiste gang van zaken als bedoeld in art. 2:350 lid 1 BW. De benoeming kan alleen plaatsvinden indien de toestand van de vennootschap of het belang van het onderzoek dat vereist. Voorts mag de benoeming pas geschieden nadat met het oog op de gevolgen ervan een billijke afweging van de belangen van partijen heeft plaatsgevonden en de noodzaak van de

17 Zie hierover T. Salemink, 'Stichting Rimari Praktijktips voor OK-bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2018/75 (hierna: Salemink 2018a).

18 Par. 1.2.1 Stichting Rimari Praktijktips voor OK-bestuurders, zie bijlage 7 bij dit handboek (hierna: Stichting Rimari Praktijktips).

19 Y. Borrius, 'Enkele observaties over de positie van OK-functionarissen', *Ondernemingsrecht* 2018/74 (hierna: Borrius 2018); Salemink 2018a; P.H.M. Broere & T. Salemink, 'De rechtspositie van de OK-functionaris: aansprakelijkheid en kosten van verweer', *Ondernemingsrecht* 2020/119 (hierna: Broere & Salemink 2020).

20 Bijv. RvD (vz.) Amsterdam 15 december 2017, *JOR* 2018/39, m.nt. Eikelboom (*In den Eng*); CBb 11 september 2018, *JOR* 2019/1, m.nt. Oosterhoff (*Vikariën*).

benoeming voldoende is gebleken.²¹ Daarnaast moeten de indieners van het enquêteverzoek (art. 2:345 BW) of belanghebbenden, waaronder de vennootschap (art. 282 lid 4 Rv) (hoofdstuk 16),²² om een onmiddellijke voorziening hebben verzocht. De benoeming kan ook plaatsvinden als daarom niet is gevraagd, maar wel een andere onmiddellijke voorziening is verzocht.²³ De Ondernemingskamer mag dus niet ambtshalve tot benoeming overgaan, indien geen onmiddellijke voorziening is gevraagd.²⁴ Meestal wordt de benoeming verzocht bij de indiening van het enquêteverzoek. De benoeming kan volgens art. 2:349a lid 2 BW echter in elke stand van de enquêteprocedure plaatsvinden. Hiermee wordt zowel de eerste fase als tweede fase van de enquêteprocedure bedoeld.²⁵ Een benoeming is dus ook nog mogelijk na de eindbeschikking in de tweede fase, als de procedure dan nog niet is geëindigd.²⁶ Na het einde van de enquêteprocedure (hoofdstuk 38), kan geen benoeming meer plaatsvinden.²⁷ De benoeming kan alleen geschieden bij de vennootschap waar het onderzoek is bevolen.²⁸ Benoeming is dus bijvoorbeeld niet mogelijk bij een moeder- of dochtervennootschap, tenzij ook daar een onderzoek is gelast.²⁹ Zie in het algemeen over onmiddellijke voorzieningen ex art. 2:349a lid 2 BW: hoofdstuk 29.

In spoedeisende gevallen kan de Ondernemingskamer ingevolge art. 2:349a lid 3 BW ook tot benoeming overgaan voordat zij over het enquêteverzoek heeft beslist.³⁰ Dit is alleen mogelijk wanneer er naar het voorlopige oordeel van de Ondernemingskamer gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken bij de vennootschap te twifelen. De Ondernemingskamer dient hier dus in te schatten wat haar latere oordeel zal zijn over het enquêteverzoek. De Ondernemingskamer moet volgens de DSM-beschikking van de Hoge Raad terughoudend zijn bij het gebruik van deze bevoegdheid en mag alleen tot benoeming overgaan indien

-
- 21 HR 14 september 2007, *NJ* 2007/611, m.nt. Maeijer; *JOR* 2007/238, m.nt. Bartman (*Versatel*), r.o. 4.2.
- 22 HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2012/141, m.nt. Josephus Jitta & Barkhuysen (*e-Traction*), r.o. 4.1.3.
- 23 HR 4 oktober 2002, *NJ* 2002/556; *JOR* 2002/214, m.nt. Van den Ingh (*Zwagerman*), r.o. 3.2.4.
- 24 HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2012/141, m.nt. Josephus Jitta & Barkhuysen (*e-Traction*), r.o. 4.1.7.
- 25 Art. 2:349a lid 2 BW verwijst immers naar het eerste fase-verzoek (art. 2:345 BW), terwijl art. 2:349a lid 2 BW in art. 2:355 lid 3 BW van overeenkomstige toepassing wordt verklaard voor de tweede fase.
- 26 Enzo A.C. Faber, *Onmiddellijke voorzieningen en hun externe werking* (diss. Groningen) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 118), Deventer: Wolters Kluwer 2020/85 (hierna: Faber 2020).
- 27 HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2012/141, m.nt. Josephus Jitta & Barkhuysen (*e-Traction*), r.o. 4.1.5.
- 28 Enzo Josephus Jitta, *JOR* 2019/220.
- 29 Zie voor een uitzondering op deze regel OK 20 juni 2019, *RO* 2019/51; *JOR* 2019/220, m.nt. Josephus Jitta (*PrivaZorg*), r.o. 3.8, waar op gemeenschappelijk verzoek van partijen een OK-bestuurder werd benoemd bij twee stichtingen die niet onder het enquêterecht vielen (art. 2:344 sub b BW). Hierover ook § 9.4.
- 30 Bijv. OK 24 april 2017, *RO* 2017/61; *JOR* 2017/163, m.nt. Josephus Jitta (*Fortuna*), r.o. 3.18.

daarvoor voldoende zwaarwegende redenen bestaan en een belangenafweging heeft plaatsgevonden.³¹ Indien de Ondernemingskamer op deze wijze benoemt, moet zij volgens art. 2:349a lid 3 BW binnen een redelijke termijn op het enquêteverzoek zelf beslissen. Hiermee wordt voorkomen dat tijdelijke benoemingen definitieve benoemingen worden. Zie nader over onmiddellijke voorzieningen ex art. 2:349a lid 3 BW: hoofdstuk 29.

De benoeming van een OK-bestuurder of OK-commissaris als eindvoorziening is geregeld in art. 2:355 lid 1 BW jo. art. 2:356 sub c BW. Deze benoeming is alleen mogelijk in de tweede fase van de enquêteprocedure indien uit het onderzoeksverslag (hoofdstuk 21) van wanbeleid (hoofdstuk 27) is gebleken. De benoeming moet noodzakelijk en proportioneel zijn. Voor benoeming is vereist dat hiertoe een verzoek is gedaan door een oorspronkelijke enquêteverzoeker, de advocaat-generaal (A-G) of een enquêtegerechtigde (art. 2:346 BW en art. 2:347 BW) voor wie het onderzoeksverslag ter inzage ligt (art. 2:353 lid 2 BW) (§ 26.2). Ook hier geldt dat de Ondernemingskamer eveneens mag benoemen als daarom niet is verzocht, maar wel andere eindvoorzieningen zijn gevraagd.³² De benoeming kan slechts geschieden bij de vennootschap of vennootschappen waar wanbeleid is vastgesteld, dus niet bij een moeder- of dochtervennootschap waar niet van wanbeleid is gebleken. Een eerste fase- en tweede fase-benoeming kunnen naast elkaar bestaan.³³ Zie verder over eindvoorzieningen ex art. 2:356 BW: hoofdstuk 30.

In de praktijk vindt een benoeming doorgaans plaats in verband met de toestand van de vennootschap en dus niet omdat het onderzoek het vereist. Een reden voor benoeming kan zijn een conflict, bijvoorbeeld tussen het bestuur en de raad van commissarissen, tussen het bestuur en enkele grootaandeelhouders of binnen een vennootschapsorgaan, waardoor de bedrijfsvoering of besluitvorming ernstig is verstoord en de continuïteit van de vennootschap in gevaar is. Een andere reden voor benoeming kan bijvoorbeeld zijn een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur of de raad van commissarissen.

31.5.2 Wijze van benoeming van OK-bestuurder en OK-commissaris

De wijze van benoeming van een OK-bestuurder en OK-commissaris is niet bij wet geregeld. De Ondernemingskamer is niet gebonden aan de regels inzake de benoeming van reguliere bestuurders en commissarissen.³⁴

31 HR 14 december 2007, *NJ* 2008/105, m.nt. Maeijer; *JOR* 2008/11, m.nt. Doorman (*DSM*), r.o. 3.6.

32 HR 4 oktober 2002, *NJ* 2002/556; *JOR* 2002/214, m.nt. Van den Ingh (*Zwagerman*), r.o. 3.2.4.

33 G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II*. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009/802 (hierna: Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009).

34 P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht* (diss. Groningen) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 46), Deventer: Kluwer 2004, p. 294; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/806.

De benoeming van een OK-bestuurder of OK-commissaris geschiedt doorgaans in twee stappen. In een eerste beschikking benoemt de Ondernemingskamer ‘een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon’ als tijdelijke bestuurder of commissaris om vervolgens in een tweede beschikking die persoon daadwerkelijk aan te wijzen en bekend te maken. De Ondernemingskamer polst beoogde OK-functionarissen in de regel pas nadat de benoemingsbeschikking is gegeven. Tussen de benoemingsbeschikking en de aanwijzingsbeschikking, liggen doorgaans slechts enkele dagen.³⁵ In spoedeisende gevallen wordt soms in de benoemingsbeschikking direct een functionaris aangewezen.

In 2015 publiceerde de Ondernemingskamer het ‘Protocol lijst van OK-functionarissen Ondernemingskamer’ (zie bijlage 8 bij dit handboek), waaruit volgt dat zij beschikt over een lijst met personen waaruit zij in de regel put bij benoemingen van bestuurders en commissarissen. Deze lijst is niet openbaar. De Ondernemingskamer is niet gebonden aan de lijst en kan andere personen benoemen, bijvoorbeeld omdat een zaak specifieke expertise vereist. De benoemde personen zijn vaak praktiserend of voormalig advocaat, accountant, bestuurder, commissaris, ondernemer of hoogleraar. Dit zijn in de regel personen die geen band hebben met de vennootschap, maar in bijzondere gevallen kan de Ondernemingskamer ervoor kiezen een bij de vennootschap betrokkene te benoemen.³⁶ Het is mogelijk dat de Ondernemingskamer partijen vraagt voorstellen te doen voor een te benoemen tijdelijke bestuurder of commissaris; dit komt echter zelden voor.³⁷

In uitzonderlijke zaken kan het voorkomen dat de Ondernemingskamer niemand bereid vindt de positie van tijdelijke bestuurder of commissaris te vervullen, bijvoorbeeld indien een of meer partijen het functioneren van eerdere OK-functionarissen in de desbetreffende zaak ernstig hebben belemmerd.³⁸

De griffier van de Ondernemingskamer dient de benoemingsbeschikking te deponeren bij het handelsregister (art. 2:358 lid 2 BW). Dit voorschrift, dat dient ter aanvulling van art. 290 Rv (het recht van iedere belanghebbende op inzage en afschrift van de gegeven beschikkingen), strekt ertoe de benoeming kenbaar te maken voor belanghebbende derden. Omdat alle beschikkingen van de Ondernemingskamer thans worden gepubliceerd op de website rechtspraak.nl en in het tijdschrift ARO, heeft dit voorschrift zijn functie grotendeels verloren. Ingeval de vennootschap wegens het bedrijf dat zij uitoefent, is onderworpen aan het toezicht van de ECB, DNB of de AFM, zendt de griffier de benoemingsbeschikking ook aan de toezichthouder

³⁵ Broere & Salemink 2020, p. 659, voetnoot 64.

³⁶ Bijv. OK 17 maart 2005, *ARO* 2005/39 (*Masa Transportation*), waarin een aandeelhouder tot tijdelijke bestuurder werd benoemd. In OK 11 maart 2013, *ARO* 2013/47; *JOR* 2013/170, m.nt. Leijten (*Weblimits*), r.o. 3.8 werd de onderzoeker, na uit zijn functie te zijn ontheven, tot tijdelijke bestuurder benoemd. In OK 30 augustus 2021, *ARO* 2021/157 (*Fiscal Rep*), r.o. 2.1 werd een bijzonder vertegenwoordiger van de vennootschap (art. 2:15 lid 4 BW) tot tijdelijke commissaris benoemd.

³⁷ Bijv. OK 15 december 2014, *ARO* 2015/44 (*Leaderland*), r.o. 2.

³⁸ Bijv. OK 5 juni 2015, *ARO* 2015/161 (*Leaderland*), r.o. 2.2.

(art. 2:358 lid 3 BW). Deze bepalingen gelden tevens voor benoemingen bij onmiddellijke voorziening.³⁹

Daarnaast dient het bestuur van de vennootschap de benoeming van een OK-bestuurder en OK-commissaris, net als die van reguliere bestuurders en commissarissen, in te schrijven in het handelsregister (art. 22 lid 1 sub a Handelsregisterbesluit 2008 (Hrgb. 2008)). In de praktijk wordt de inschrijving door de Kamer van Koophandel (KvK) zelf gedaan, nadat zij van de Ondernemingskamer de benoemingsbeschikking heeft ontvangen (art. 2:358 lid 2 BW).

De functie van OK-bestuurder of OK-commissaris telt niet mee voor de regel dat maximaal twee respectievelijk vijf toezichthoudende functies mogen worden vervuld (art. 2:132a lid 2 sub e BW en art. 2:242a lid 2 sub e BW; art. 2:142a lid 2 sub e BW en art. 2:252a lid 2 sub e BW). Met deze uitzondering wordt de Ondernemingskamer de mogelijkheid gegeven in uiterst complexe zaken met grote belangen waarbij het aantal beschikbare personen met de juiste kwaliteiten beperkt is, toch de geschikte persoon te benoemen, ook al heeft deze persoon reeds het maximumaantal commissariaten.⁴⁰

Een OK-commissaris telt evenmin mee voor de regeling inzake een evenwichtige verdeling van zetels in de raad van commissarissen over vrouwen en mannen (art. 2:142b lid 4 BW en art. 2:187 BW).⁴¹

Een bestuurder of commissaris van een vennootschap die een financiële onderneming houdt, dient door de ECB, DNB of de AFM te zijn getoetst op geschiktheid en betrouwbaarheid (zie onder meer art. 4 SSM-Verordening; art. 3:8 Wft en art. 4:9 Wft; en art. 3:9 Wft en art. 4:10 Wft).⁴² Deze regelingen bevatten geen uitzondering voor een benoeming door de Ondernemingskamer. Gelet op het spoedeisende karakter van de benoemingen door de Ondernemingskamer, ligt het voor de hand dat de toezichthouder de toetsing versneld uitvoert (§ 52.5.1).

Vaak gaat de benoeming van een OK-bestuurder of OK-commissaris gepaard met de schorsing of het ontslag van een of meer zittende bestuurders of commissarissen. Soms wordt de voorzitter van de raad van commissarissen geschorst als voorzitter, maar niet als lid van de raad van commissarissen.⁴³ Het komt ook voor dat de Ondernemingskamer meer tijdelijke bestuurders of commissarissen benoemt of een combinatie van tijdelijke bestuurders en commissarissen. Voorts is het niet ongebruikelijk dat ook nog andere voorzieningen worden getroffen, bijvoorbeeld de benoeming van een beheerder waaraan tijdelijk aandelen in de vennootschap worden overgedragen, schorsing van stemrecht op de aandelen, schorsing van besluiten of

39 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/812.

40 *Kamerstukken II* 2011/12, 32873, 7, p. 2-3. Zie over de limitering van het commissariaat Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/181 en 351.

41 *Kamerstukken II* 2020/21, 35628, 3, p. 25.

42 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/178 en 348; I.P. Palm-Steyerberg, *Personentoetsingen in de financiële sector* (diss. Nijmegen) (Serie Onderneming en Recht, deel 127), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

43 Bijv. OK 19 december 2016, *RO* 2017/21; *JOR* 2017/126, m.nt. Duynstee & Nowak (*ADO*), r.o. 3.18.

buitenwerkingstelling van statutaire bepalingen.⁴⁴ Zie voor cijfers over voorzieningen hoofdstuk 4 en voor verschillende soorten voorzieningen hoofdstuk 29 e.v.

Soms bepaalt de Ondernemingskamer dat de tijdelijke bestuurder zich bij de uitoefening van zijn bestuurstaak mag laten bijstaan door bepaalde personen, bijvoorbeeld door de geschorste bestuurder, door werknemers of door een aandeelhouder.⁴⁵ Ook zonder een dergelijke mededeling is de OK-functionaris bevoegd ondersteuning van anderen in te roepen.

In uitzonderlijke gevallen kan de Ondernemingskamer met een andere voorziening hetzelfde realiseren als met de benoeming van een OK-bestuurder of OK-commissaris. Zie bijvoorbeeld de zaak ZED+, waarin de Ondernemingskamer alle leden van de raad van commissarissen ontsloeg en de wettelijke en statutaire bevoegdheden van de raad van commissarissen overdroeg aan de door de Ondernemingskamer benoemde beheerder van aandelen van de vennootschap.⁴⁶

31.5.3 Duur van benoeming van OK-bestuurder en OK-commissaris

De benoeming van een OK-bestuurder of OK-commissaris als onmiddellijke voorziening geschiedt ingevolge art. 2:349a lid 2 BW voor ten hoogste de duur van het geding (§ 29.4). In de praktijk vermeldt de Ondernemingskamer geen einddatum in de benoemingsbeschikking, maar benoemt zij ‘vooralsnog voor de duur van het geding’, waardoor de benoeming in beginsel loopt tot het einde van de enquêteprocedure.⁴⁷ Indien omtrent de duur van de benoeming niets is bepaald, mag worden aangenomen dat de aanstelling doorloopt tot het einde van de enquêteprocedure (§ 38.2). Een benoeming in de eerste fase van de enquêteprocedure blijft dus van kracht in de tweede fase van de enquêteprocedure (§ 31.10.1).

Bij een benoeming als eindvoorziening dient de Ondernemingskamer volgens art. 2:357 lid 1 BW de zittingsduur van de tijdelijke bestuurder en commissaris te bepalen. Veelal geschiedt deze benoeming voor één, twee of drie jaar.⁴⁸ De Ondernemingskamer kan ook bepalen dat de aanstelling plaatsvindt voor een bepaalde periode, maar eerder eindigt indien zich een bepaalde omstandigheid voordoet, bijvoorbeeld als de OK-beheerder van aandelen een geschikte gewone bestuurder heeft gevonden en deze benoemt.⁴⁹ De Ondernemingskamer kan de aanstelling op verzoek

44 Bijv. OK 5 augustus 2008, *ARO* 2008/133 (*Rokin87*), r.o. 3.18, waarin het statutaire goedkeuringsrecht van de algemene vergadering inzake bepaalde bestuursbesluiten tijdelijk buiten werking werd gesteld om de OK-bestuurder meer armsglag te geven.

45 Bijv. OK 13 mei 2020, *ARO* 2020/111; *JOR* 2020/231, m.nt. Van der Korst (*Buro ZP*), r.o. 3.8; OK 2 april 2013, *ARO* 2013/68; *JOR* 2013/204, m.nt. Leijten (*New Look*), r.o. 3.10.

46 OK 8 december 2017, *RO* 2018/24; *JOR* 2018/9, m.nt. Josephus Jitta (*ZED+*), r.o. 4.30.

47 HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2012/141, m.nt. Josephus Jitta & Barkhuysen (*e-Traction*), r.o. 4.1.5.

48 Bijv. OK 1 april 2021, *RO* 2021/45; *JOR* 2021/294, m.nt. Veenstra (*Priogen*), nr. 6 (één jaar); OK 9 juli 2014, *RO* 2014/69; *JOR* 2014/298 (*Greenchoice*), r.o. 5.21 (drie jaar).

49 Bijv. OK 9 juli 2014, *RO* 2014/69; *JOR* 2014/298 (*Greenchoice*), r.o. 5.21; OK 7 september 2018, *ARO* 2018/201 (*Loda Holding*), r.o. 4.15.

verlengen en verkorten; dit kan eenmalig, maar ook meer keren.⁵⁰ Het is ook mogelijk dat de als onmiddellijke voorziening benoemde OK-bestuurder of OK-commissaris bij wijze van eindvoorziening wordt herbenoemd, waardoor de facto een verlenging van de aanstelling plaatsvindt.⁵¹

Zie § 31.10 voor de beëindiging van de aanstelling van de OK-bestuurder en OK-commissaris.

31.5.4 Rechtspositie van OK-bestuurder en OK-commissaris

Een OK-bestuurder of OK-commissaris krijgt naast een vennootschapsrechtelijke band (§ 31.5.1) in de regel ook een contractuele band met de vennootschap. Hij heeft dan net als de reguliere bestuurder en commissaris een dubbele rechtsverhouding met de vennootschap.⁵² De vraag rijst hoe deze contractuele band moet worden gekwalificeerd. Vanwege onder meer het feit dat de OK-bestuurder en OK-commissaris worden benoemd en ontslagen door de Ondernemingskamer, de vennootschap de OK-bestuurder en OK-commissaris niet kan schorsen of ontslaan (art. 2:357 lid 3 BW (§ 31.10.2)) en het ontbreken van een gezagsverhouding, kan naar ons oordeel bezwaarlijk worden gesproken van een arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW).⁵³ Wij neigen ernaar de contractuele relatie aan te merken als overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW)⁵⁴ of anders als overeenkomst sui generis (zie ook § 32.7.1).

Vaak is sprake van een stilzwijgende overeenkomst. In geval van een schriftelijke overeenkomst stelt de OK-bestuurder of OK-commissaris doorgaans zelf de overeenkomst op en legt deze ter kennisgeving of ondertekening voor aan de vennootschap. De OK-bestuurder mag niet deelnemen aan eventuele beraadslaging en besluitvorming in het bestuur over zijn overeenkomst; hij heeft een tegenstrijdig belang (art. 2:129 lid 6 BW en art. 2:239 lid 6 BW).⁵⁵ Indien de zittende bestuurders

50 Bijv. OK 9 maart 2016, *ARO* 2016/104 (*Butôt*), r.o. 2.7; OK 11 april 2018, *ARO* 2018/128 (*Butôt*), r.o. 2.3, waarin de benoeming van een OK-bestuurder tweemaal met twee jaar werd verlengd. Andere voorbeelden zijn OK 28 mei 2002, *ARO* 2002/70 (*EMO*) en OK 6 juli 2017, *ARO* 2017/160; *JOR* 2017/230, m.nt. Josephus Jitta (*Greenchoice*), r.o. 5.21, waarin de benoeming van een OK-commissaris werd verlengd met één respectievelijk drie jaar.

51 Bijv. OK 9 juli 2014, *RO* 2014/69; *JOR* 2014/298 (*Greenchoice*), r.o. 5.21; OK 23 juni 2021, *RO* 2021/60 (*Delco*), r.o. 5.43, waarin de aanstelling van de als onmiddellijke voorziening benoemde OK-bestuurder bij eindvoorziening werd verlengd. Een ander voorbeeld is OK 7 september 2018, *ARO* 2018/201 (*Loda Holding*), r.o. 4.15, waarin de aanstelling van de OK-bestuurder werd verlengd totdat de wanbeleid-beschikking waarin de vennootschap werd ontbonden onherroepelijk was geworden, teneinde een bestuursvacuüm te voorkomen.

52 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/262 e.v. en 341.

53 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 2020/20.

54 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 2018/34 e.v.

55 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/226 e.v.

door de Ondernemingskamer zijn geschorst of ontslagen en daarom geen bestuursbesluit kan worden genomen, moet het besluit worden genomen door de raad van commissarissen. Wanneer een raad van commissarissen ontbreekt, dient de algemene vergadering te besluiten, tenzij de statuten anders bepalen. Indien de Ondernemingskamer een beheerder van de aandelen heeft aangesteld, kan hij in het laatste geval de algemene vergadering doen besluiten. Onze indruk is dat er vaak geen expliciete besluitvorming over de overeenkomst plaatsvindt en dat de tegenstrijdig belang-regeling daarom veelal niet wordt toegepast. Omtrent de overeenkomst van een OK-commissaris heeft de OK-bestuurder geen tegenstrijdig belang en is hij dus wel bevoegd te beraadslagen en te besluiten. De Ondernemingskamer heeft geen rol bij het aangaan van de overeenkomsten.

Zie § 31.7 voor de beloning van de OK-bestuurder en OK-commissaris.

31.6 Taken en bevoegdheden van OK-bestuurder en OK-commissaris

31.6.1 *Gelijkstelling van OK-bestuurder en OK-commissaris met reguliere bestuurder en commissaris*

Een door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder is volgens de Fuldauerbeschikking van de Hoge Raad in beginsel een volwaardige bestuurder met alle aan het bestuurslidmaatschap door de wet en statuten verbonden taken en bevoegdheden.⁵⁶ Hetzelfde uitgangspunt geldt mutatis mutandis voor de OK-commissaris.

Dit betekent onder meer dat de OK-bestuurder belast is met het besturen van de vennootschap (art. 2:129 lid 1 BW en art. 2:239 lid 1 BW), verantwoordelijk is voor het beleid en de gang van zaken van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming,⁵⁷ de administratie moet voeren (art. 2:10 BW),⁵⁸ de jaarrekening moet opmaken en deponeren (art. 2:101 BW en art. 2:210 BW; art. 2:394 BW) en de vennootschap kan vertegenwoordigen (art. 2:130 BW en art. 2:240 BW).⁵⁹ De OK-commissaris heeft onder meer tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene zaken in de vennootschap en de onderneming en voorts

56 HR 19 februari 2010, *NJ* 2010/296, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2010/92, m.nt. Schmieman (*Fuldauer*), r.o. 3.5.1-3.5.2. Deze zaak betrof een op de voet van art. 2:298 lid 2 BW benoemde tijdelijke bestuurder van een stichting. De Hoge Raad overwoog dat voor de uitleg van deze bepaling aansluiting kan worden gezocht bij de regeling van onmiddellijke voorzieningen en eindvoorzieningen als bedoeld in art. 2:349a BW en art. 2:356 BW. Evenzo OK 11 december 2013, *RN* 2014/25; *JOR* 2014/36, m.nt. Josephus Jitta (*Slotervaartziekenhuis*), r.o. 3.1; OK 19 april 2007, *RO* 2007/52; *JOR* 2007/142, m.nt. Blanco Fernández (*Begemann*), r.o. 3.1.

57 Bijv. OK 27 januari 2006, *ARO* 2006/34 (*Begemann*), r.o. 3.10.

58 In Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 4 oktober 2019, *JOR* 2019/277, m.nt. Broere (*Energie Concurrent*), r.o. 3.5-3.6 lijkt voor de OK-bestuurder een andere administratieplicht te worden aangenomen dan voor de gewone bestuurder.

59 Zie voor de taken van het bestuur Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Iib* 2019/135 e.v.

het bestuur met raad terzijde te staan (art. 2:140 lid 2 BW en art. 2:250 lid 2 BW).⁶⁰ De OK-bestuurder en OK-commissaris kunnen het volgens de Ondernemingskamer in beginsel mede tot hun taak rekenen een schikking te beproeven tussen de strijdende partijen (§ 37.2.3).⁶¹

Er bestaan enkele uitzonderingen op het uitgangspunt dat OK-bestuurders en OK-commissarissen worden gelijkgesteld met reguliere bestuurders en commissarissen (§ 31.6.4 e.v.).

31.6.2 Autonomie van OK-bestuurder en OK-commissaris

De OK-bestuurder en OK-commissaris verrichten hun taak in beginsel zelfstandig. Zij zijn autonoom. Volgens de Novero-beschikking van de Hoge Raad is het niet aan de Ondernemingskamer, maar aan de tijdelijke bestuurder en commissaris 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.^{62, 63}

In de Stichting Rimari Praktijktips wordt in dit verband aanbevolen dat de Ondernemingskamer afstand houdt tot de tijdelijke bestuurder, mede met het oog op de mogelijkheid dat de Ondernemingskamer op een later moment in de enquêteprocedure moet oordelen over een geschil tussen een partij en de tijdelijke bestuurder.⁶⁴ Hetzelfde geldt onzes inziens voor de OK-commissaris.

De autonomie van de OK-bestuurder en OK-commissaris betekent ook dat besluiten en andere handelingen van deze functionarissen niet zijn onderworpen aan de goedkeuring van de Ondernemingskamer en dat de Ondernemingskamer evenmin instructies geeft tot het verrichten van bepaalde handelingen.⁶⁵

60 Zie voor de taken van de raad van commissarissen Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*I*b 2019/282 e.v.

61 Par. 3.6 Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures, zie bijlage 5 bij dit handboek.

62 HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/389, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2014/263, m.nt. Josephus Jitta (*Novero*), r.o. 3.3.3. Evenzo OK 17 mei 2021, *ARO* 2021/107 (*TRP*), r.o. 3.5; Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 4 oktober 2019, *JOR* 2019/277, m.nt. Broere (*Energie Concurrent*), r.o. 3.6. Hierover ook Krop, Scholten & Verburgt 2015, p. 207-208; B.F. Assink & M.J. Kroeze, 'Kroniek enquêterecht 2015', in: M. Holtzer, D. Strik & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 134), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 63; M.H.C. Sinninghe Damsté, 'De (on)mogelijkheden van de Ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde functionarissen', *TOP* 2014/382 (hierna: Sinninghe Damsté 2014).

63 Dit was in het verleden anders. Er was nauw contact tussen de Ondernemingskamer en haar functionarissen (die ook wel als 'het personeel van de OK' werden aangeduid). OK-functionarissen konden lastige beslissingen op voorhand met de voorzitter van de Ondernemingskamer bespreken. Zie ook G.C. Makkink, 'De verhouding tussen OK-functionarissen en de OK; een latrelatie in het ondernemingsrecht', in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 254 (hierna: Makkink 2016).

64 Par. 1.5.1 Stichting Rimari Praktijktips.

65 Evenzo OK 11 december 2013, *RN* 2014/25; *JOR* 2014/36, m.nt. Josephus Jitta (*Slotervaartziekenhuis*), r.o. 3.1; OK 30 oktober 2013, *RO* 2014/22; *JOR* 2013/337, m.nt. Josephus Jitta (*Novero*), r.o. 32.6.

De Ondernemingskamer kan een tijdelijke bestuurder of commissaris wel enig comfort bieden door bij de beoordeling van een verzoek door een belanghebbende – waaronder de OK-bestuurder of OK-commissaris zelf – tot het treffen van nadere onmiddellijke voorzieningen, zich uit te laten over de vraag of een bepaalde handeling tot de bevoegdheid van de OK-functionaris behoort, of de in het geding zijnde besluiten of handelingen op zorgvuldige wijze tot stand zijn gekomen en of alle relevant feiten en belangen daarbij in aanmerking zijn genomen.⁶⁶ Een bevestigend antwoord versterkt de positie van de OK-bestuurder of OK-commissaris binnen de vennootschap en kan ook zijn aansprakelijkheidsrisico verminderen (§ 31.11.3).

Hoewel de Ondernemingskamer tijdelijke bestuurders en commissarissen niet instrueert, geeft zij met enige regelmaat algemene suggesties. Deze suggesties zijn doorgaans ruim en vrijblijvend geformuleerd met zinsneden als ‘kan bezien’ of ‘mag tot zijn of haar taak rekenen’. Voorbeelden zijn dat de OK-functionaris het tot zijn taak mag rekenen na te gaan of de onderzoekskosten kunnen worden betaald,⁶⁷ een minnelijke regeling te beproeven (§ 37.2.3),⁶⁸ aandeelhouders te ontvlechten⁶⁹ of duurzaam tot elkaar te brengen. Een ander voorbeeld is de suggestie dat de OK-bestuurder een taakverdeling kan maken binnen het bestuur om de strijdende bestuurders te scheiden.⁷⁰

Soms zijn de suggesties van de Ondernemingskamer echter dwingender van aard en neigen deze zelfs naar instructies. In de VDL Huizen-beschikking overweegt de Ondernemingskamer bijvoorbeeld dat de tijdelijke bestuurder het tot zijn taak mag rekenen de nodige maatregelen te treffen inzake het verminderen van het salaris, het stoppen van privéonttrekkingen en het terugdringen van de rekening-courantstand.⁷¹ In de New Look-beschikking mag de OK-bestuurder het tot zijn taak rekenen de voorraad van de vennootschap, die door een van de aan-

Zie ook T. Salemink, ‘De instructiebevoegdheid van de ondernemingskamer ten aanzien van de door haar benoemde bestuurders en commissarissen’, in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 152), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 551-556 (hierna: Salemink 2018b); M. Schönau, ‘De instructiebevoegdheid van de ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde bestuurders en commissarissen: een pleidooi tegen terughoudendheid’, in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 557-562; Duynstee, *JOR* 2018/150.

66 Zie Makkink 2016, p. 261; Borrius 2018. Voorbeelden van zaken waarin de OK dit comfort gaf, zijn OK 11 december 2013, *RN* 2014/25; *JOR* 2014/36, m.nt. Josephus Jitta (*Slotervaartziekenhuis*), r.o. 3.6 e.v.; OK 27 oktober 2015, *RO* 2016/7; *JOR* 2016/60, m.nt. Van Thiel (*Cunico*), r.o. 3.5 e.v.; OK 8 juli 2019, *RO* 2019/75; *JOR* 2019/279, m.nt. Sinninghe Damsté (*DEM*), r.o. 3.25; OK 3 december 2019, *RO* 2020/25; *JOR* 2020/85, m.nt. Broere (*ZED+*), r.o. 3.18.

67 OK 11 maart 2013, *ARO* 2013/47; *JOR* 2013/170, m.nt. Leijten (*Weblimits*), r.o. 3.8.

68 OK 13 mei 2020, *ARO* 2020/111; *JOR* 2020/231, m.nt. Van der Korst (*Buro ZP*), r.o. 3.9; OK 22 maart 2018, *ARO* 2018/105; *JOR* 2018/150, m.nt. Duynstee (*VDL Huizen*), r.o. 3.9.

69 OK 18 januari 2013, *ARO* 2013/27 (*Casino's van Oranje*), r.o. 3.6.

70 OK 13 mei 2020, *ARO* 2020/111; *JOR* 2020/231, m.nt. Van der Korst (*Buro ZP*), r.o. 3.8.

71 Zie OK 22 maart 2018, *ARO* 2018/105; *JOR* 2018/150, m.nt. Duynstee (*VDL Huizen*), r.o. 3.8.

deelhouders was onvreemd, weer in de macht van de vennootschap te brengen.⁷² Volgens de Aptitude Health-beschikking kan de OK-bestuurder bezien op welke wijze de onterecht ontslagen bestuurder weer bij de bedrijfsvoering kan worden betrokken.⁷³ In de Weblimits-beschikking wordt de OK-bestuurder opgedragen zorg te dragen voor betaling van de onderzoekskosten en het doen opmaken van de jaarrekeningen.⁷⁴ Een laatste voorbeeld is de Fiscal Rep-beschikking, waarin de Ondernemingskamer de tijdelijke commissaris in overweging geeft de voorzieningenrechter te verzoeken de tijdelijke commissaris aan te wijzen als bijzonder vertegenwoordiger als bedoeld in art. 2:15 lid 4 BW.⁷⁵

31.6.3 Richtsnoer voor OK-bestuurder en OK-commissaris

Uit de gelijkstelling met de reguliere bestuurder en commissaris (§ 31.6.1) volgt dat ook de OK-bestuurder en OK-commissaris zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (art. 2:129 lid 5 BW en art. 2:239 lid 5 BW; art. 2:140 lid 2 BW en art. 2:250 lid 2 BW).⁷⁶

Ook volgens de Stichting Rimari Praktijktips geldt als uitgangspunt dat de OK-bestuurder het belang van de vennootschap, de daaraan verbonden onderneming en alle betrokken stakeholders (zoals werknemers, klanten, leveranciers en ook, maar zeker niet alleen, aandeelhouders) moet dienen, welk belang over het algemeen is gediend met de continuïteit van de onderneming, waarop de bestuurder zijn beslissingen in de eerste plaats dient te richten.⁷⁷ Hoewel deze praktijktips zijn geschreven voor OK-bestuurders, kan dit uitgangspunt ook worden gehanteerd door OK-commissarissen (§ 31.4).

In de literatuur wordt verdedigd dat de OK-bestuurder en OK-commissaris zich als verlengstuk van de Ondernemingskamer moeten laten leiden door de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. De tijdelijke functionaris wordt volgens deze opvatting als het ware door de Ondernemingskamer gedelegeerd in haar rechtspreekende taak om geschillen over het beleid en de gang van zaken te beslechten en daarbij hetzelfde normenkader als de Ondernemingskamer toe te passen.⁷⁸

72 OK 2 april 2013, *ARO* 2013/68; *JOR* 2013/204, m.nt. Leijten (*New Look*), r.o. 3.10. Zie ook OK 23 juni 2021, *RO* 2021/54; *JOR* 2021/271, m.nt. Sinnighe Damsté (*Esperaza*), r.o. 3.11 waarin wordt overwogen dat als uitgangspunt heeft te gelden dat van een tijdelijke bestuurder mag worden verwacht dat, indien hij constateert dat binnen de vennootschap sprake is van een onrechtmatige daad, hij in het belang van de vennootschap maatregelen treft om die onrechtmatigheid op te heffen.

73 OK 13 november 2017, *ARO* 2018/35 (*Aptitude Health*), r.o. 3.11.

74 OK 11 maart 2013, *ARO* 2013/47; *JOR* 2013/170, m.nt. Leijten (*Weblimits*), r.o. 3.8.

75 OK 26 augustus 2021, *ARO* 2021/156; *JOR* 2022/9, m.nt. Van Vught (*Fiscal Rep*), r.o. 4.9.

76 Evenzo *Kamerstukken II* 2011/12, 32887, 6, p. 3-4. Bijv. OK 20 december 2012, *ARO* 2013/23 (*Rosenberg Van der Does*), r.o. 3.12; OK 23 juni 2021, *RO* 2021/54; *JOR* 2021/271, m.nt. Sinnighe Damsté (*Esperaza*), r.o. 3.5.

77 Par. 1.1.4 Stichting Rimari Praktijktips. Hierover Salemink 2018a.

78 Josephus Jitta, *JOR* 2015/6; M.W. Josephus Jitta, 'Over black boxes en black swans in het enquête-recht', in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme & A.J. van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd* (Prinsengrachtreeks), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 255-262 (hierna: Josephus Jitta 2015).

Deze gedachte sluit aan bij de Stichting Rimari Praktijktips die voorschrijven dat een tijdelijke bestuurder er ‘naar dient te streven zijn benoeming zo kort mogelijk te laten duren; de vennootschap moet snel weer op eigen benen kunnen staan en daarom moeten de activiteiten van de bestuurder er ook op gericht zijn een spoedige oplossing van het onderliggende geschil, vaak een aandeelhouderschil, tot stand te brengen’.⁷⁹

Wij zijn het in zoverre eens met dit uitgangspunt dat het vennootschappelijk belang in de regel is gediend met een spoedige oplossing van het conflict en dat de OK-bestuurder en OK-commissaris bij hun taakuitoefening hiernaar moeten streven. Dit betekent echter niet dat het oplossen van het geschil de primaire taak is van de OK-functionaris. De tijdelijke functionaris is niet een door de Ondernemingskamer gedelegeerde geschilbeslechter. De OK-bestuurder wordt benoemd om te besturen en de OK-commissaris om toezicht te houden (§ 31.6.1). Dit omvat meer dan het zo spoedig mogelijk beëindigen van de controverse.⁸⁰

31.6.4 *Terughoudend gebruik van bevoegdheden door OK-bestuurder en OK-commissaris*

Hoewel een OK-bestuurder en OK-commissaris tijdelijke functionarissen zijn, mogen zij volgens de SkyGate-beschikking van de Hoge Raad in beginsel besluiten nemen en andere handelingen verrichten waarvan de gevolgen onomkeerbaar zijn.⁸¹

In de latere Fuldauer-beschikking heeft de Hoge Raad evenwel bepaald dat een tijdelijke bestuurder terughoudend gebruik moet maken van zijn bevoegdheden en in beginsel niet meer moet doen dan past bij de hem als tijdelijke bestuurder opgedragen taak en in de gegeven omstandigheden noodzakelijk is voor een behoorlijk bestuur van de rechtspersoon.⁸² Dit kan volgens de Hoge Raad betekenen dat de tijdelijke bestuurder zich moet beperken tot besluiten die geen uitstel kunnen verdragen, maar dat wil niet zeggen dat hij zich steeds daartoe dient te beperken.

Strategie is bijvoorbeeld een onderwerp dat een OK-bestuurder terughoudend moet benaderen. De strategie omvat de doelstellingen op de lange termijn die als uitgangspunt dienen voor het te voeren beleid en de besluitvorming.⁸³ Een gangbare horizon voor strategische beslissingen ligt tussen de vijf en tien jaar.⁸⁴ De benoeming

79 Par. 1.4.1 Stichting Rimari Praktijktips.

80 Evenzo F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure* (diss. Groningen) (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 105), Deventer: Wolters Kluwer 2017/16.3.5 (hierna: Eikelboom 2017).

81 HR 19 oktober 2001, *NJ* 2002/92, m.nt. Maeijer; *JOR* 2002/5, m.nt. Van den Ingh (*SkyGate*), r.o. 3.6; P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom juridisch 2018/2.7.5.2 (hierna: Storm 2018).

82 HR 19 februari 2010, *NJ* 2010/296, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2010/92, m.nt. Schmieman (*Fuldauer*), r.o. 3.6.1.

83 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/139.

84 B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 908 (hierna: Assink/Slagter 2013); L. Timmerman, ‘The happy lawyer en de toekomst van het ondernemingsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2014/5; *Kamerstukken II* 2008/09, 32014, 3, p. 11.

van een OK-bestuurder zal vaak niet langer dan een jaar duren. Het past dan minder goed bij dit tijdelijke karakter dat een OK-bestuurder een nieuwe langetermijnstrategie gaat bepalen of strategische beslissingen neemt die gevolgen hebben voor de lange termijn.⁸⁵

Daarentegen kunnen er bijzondere omstandigheden zijn waarin een OK-bestuurder juist niet terughoudend, maar op ingrijpende wijze gebruik moet maken van zijn bevoegdheden.⁸⁶ Denkbaar is bijvoorbeeld dat een OK-bestuurder een verstrekkende reorganisatie doorvoert die noodzakelijk is voor het voortbestaan van de vennootschap. Voorts is het voorstelbaar dat een OK-bestuurder een overname pleegt van een gedroomde overnamekandidaat die plotseling in de verkoop komt. Het is zelfs denkbaar dat de OK-bestuurder de algemene vergadering een voorstel doet tot ruziësplitsing (art. 2:334cc BW)⁸⁷ of ontbinding van de vennootschap (art. 2:19 lid 1 sub a BW)⁸⁸ of de Ondernemingskamer vraagt de vennootschap bij wijze van eindvoorziening te ontbinden (art. 2:356 sub f BW; hoofdstuk 35).

Het uitgangspunt van terughoudendheid geldt onze inziens vooral voor benoemingen bij wijze van onmiddellijke voorziening die als noodmaatregel ertoe strekken een urgent probleem op te lossen, zoals een impasse in het bestuur of een bestuur dat zijn taak onbehoorlijk vervult. Bij benoemingen door de Ondernemingskamer als eindvoorziening, zeker bij langjarige benoemingen (§ 31.5.3), is de situatie doorgaans anders. De OK-bestuurder is dan niet aangesteld om noodmaatregelen te treffen die zijn gericht op de korte termijn, maar om de vennootschap naar de toekomst te leiden. Daarbij passen ook besluiten die gevolgen hebben voor de lange termijn, zoals besluiten over het beleid en de strategie.

Daarnaast geldt het uitgangspunt van terughoudendheid naar ons oordeel vooral in de situatie waarin de OK-bestuurder de enige bestuurder is of de Ondernemingskamer hem de exclusieve bevoegdheid heeft gegeven besluiten te nemen of de vennootschap te vertegenwoordigen (§ 31.6.5). Indien de OK-bestuurder deel uitmaakt van een meerhoofdig bestuur en de overige bestuurders van mening zijn dat bepaalde besluiten moeten worden genomen voor de lange termijn, is er minder reden voor de OK-bestuurder om terughoudend op te treden.

Als een tijdelijke bestuurder besluiten heeft genomen waartoe hij weliswaar formeel bevoegd is, maar die verder gaan dan past bij de rol van tijdelijke bestuurder, zijn deze besluiten niet op de voet van art. 2:14 BW nietig, aldus de Hoge Raad in de *Fuldauer*-beschikking.⁸⁹ De Hoge Raad laat evenwel de mogelijkheid open dat

85 In vergelijkbare zin Krop, Scholten & Verburgt 2015/4.

86 Evenzo Eikelboom 2017, p. 526; Makkink 2016, p. 257.

87 In gelijke zin Eikelboom 2017/17.8.6; P.H.M. Broere, 'Commentaar bij OK 4 januari 2021 (*Royaums*)', *Ondernemingsrecht* 2021/85, § 3.3.

88 M.J. Kroeze, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2021/380.

89 HR 19 februari 2010, *NJ* 2010/296, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2010/92, m.nt. Schmieman (*Fuldauer*), r.o. 3.6.2.

dergelijke besluiten vernietigbaar zijn op grond van art. 2:15 BW. Naar ons oordeel zal hiervan niet snel sprake zijn.⁹⁰

Voor de OK-commissaris geldt onzes inziens hetzelfde uitgangspunt terughoudend gebruik te maken van zijn bevoegdheden indien zijn benoeming vooral bedoeld is als ordemaatregel. Ook hier geldt dat zijn vizier bij een benoeming als eindvoorziening meer naar de toekomst gericht mag zijn.

31.6.5 *Uitbreiding van taken en bevoegdheden van OK-bestuurder en OK-commissaris door Ondernemingskamer*

De Ondernemingskamer kan volgens de Versatel-beschikking van de Hoge Raad de bij onmiddellijke voorziening benoemde bestuurder en commissaris in afwijking van de wet en de statuten bijzondere bevoegdheden toekennen. Dit mag ook als de algemene vergadering en de andere bestuurders of commissarissen daardoor tijdelijk buiten spel komen te staan.⁹¹ Zie § 52.3.3.2 voor de vraag of ook mag worden afgeweken van dwingende financieelrechtelijke regels.

Vaak kent de Ondernemingskamer een tijdelijke bestuurder of commissaris een doorslaggevende of beslissende stem toe in het bestuur of de raad van commissarissen. Met een ‘doorslaggevende stem’ wordt bedoeld dat de stem van de OK-bestuurder of OK-commissaris de doorslag geeft als de stemmen staken.⁹² Met een ‘beslissende stem’ wordt bedoeld dat de stem van de OK-bestuurder of OK-commissaris ‘bepalend’ is.⁹³ Over de uitleg van de term ‘bepalend’ bestaat enige onduidelijkheid.⁹⁴ Volgens sommigen betekent dit dat het bestuur of de raad van commissarissen niet zonder de instemming van de OK-bestuurder of OK-commissaris een besluit kan nemen; hij heeft feitelijk een vetorecht. Anderen zijn van mening dat dit inhoudt dat overeenkomstig de stem van de OK-bestuurder of OK-commissaris wordt besloten, ook als

90 Evenzo Hof Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3864 (*Riamo/Jansen*), r.o. 3.1, waarin wordt overwogen dat het hof in zijn algemeenheid terughoudendheid past bij de beoordeling of een orgaan bij het nemen van een besluit alle in aanmerking komende belangen naar redelijkheid en billijkheid heeft afgewogen en daarbij de nodige zorgvuldigheid in acht heeft genomen. Anders Asser/Rensen 2-III 2017/352 die meer ruimte lijkt te zien voor vernietiging op de voet van art. 2:15 lid 1 sub b BW, wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid.

91 HR 14 september 2007, *NJ* 2007/611, m.nt. Maeijer; *JOR* 2007/238, m.nt. Bartman (*Versatel*), r.o. 4.2.

92 OK 15 december 2015, *ARO* 2016/7; *JOR* 2016/95, m.nt. Duynstee (*4Apps*), r.o. 3.7.

93 OK 19 december 2016, *RO* 2017/21; *JOR* 2017/126, m.nt. Duynstee & Nowak (*ADO*), r.o. 3.18; OK 18 juli 2017, *ARO* 2017/157 (*Rabat*), r.o. 3.5; OK 15 december 2015, *ARO* 2016/7; *JOR* 2016/95, m.nt. Duynstee (*4Apps*), r.o. 3.7.

94 Bijv. D.J.F.F.M. Duynstee & C.C.M. de Smet, ‘Kroniek Enquêterecht 2020’, in: J. van Bekkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 172), Deventer: Wolters Kluwer 2021/3.9 (hierna Duynstee & De Smet 2021); T. Salemink, ‘De doorslaggevende of beslissende stem van de OK-bestuurder’, *MvO* 2015, afl. 3-4, p. 62-64; P.D. Olden, ‘De OK-commissaris’, in: M.J. Kroeze e.a., *Bestuur en toezicht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 67), Deventer: Kluwer 2009, p. 127 e.v. (hierna: Olden 2009); Storm 2018/2.7.5.2; A-G Assink, *ARO* 2021/122, nr. 3.10 en 3.11.

die stem afwijkt van de meerderheid van de uitgebrachte stemmen. Blijkens de recente Poli Tankers-beschikking van de Ondernemingskamer is deze laatste uitleg juist.⁹⁵

Andere bijzondere bevoegdheden zijn bijvoorbeeld dat de OK-bestuurder in afwijking van de statuten zelfstandig bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen,⁹⁶ dat het aanvragen van het eigen faillissement slechts met goedkeuring van de OK-bestuurder kan geschieden,⁹⁷ dat de OK-bestuurder zelfstandig mag besluiten tot noodzaakfinanciering via een aandelenuitgifte (hoofdstuk 42)⁹⁸ en dat een bepaalde aandeelhouder slechts kan stemmen over voorstellen die worden gesteund door de OK-bestuurder.⁹⁹

Bijzondere bevoegdheden van een OK-commissaris zijn bijvoorbeeld een goedkeuringsrecht inzake bepaalde rechtshandelingen van de vennootschap, in het bijzonder met gelieerde partijen,¹⁰⁰ een goedkeuringsrecht inzake bestuursbesluiten ten aanzien waarvan de tijdelijke commissaris oordeelt dat sprake is van een tegenstrijdig belang,¹⁰¹ de bevoegdheden van een raad van commissarissen van een structuurvennootschap,¹⁰² een doorslaggevende stem in het bestuur,¹⁰³ een doorslaggevende stem in de algemene vergadering,¹⁰⁴ een doorslaggevende stem over de strategie,¹⁰⁵ de exclusieve bevoegdheid de agenda van de algemene vergadering vast te stellen¹⁰⁶ en de exclusieve bevoegdheid beslissingen te nemen en de vennootschap te vertegenwoordigen inzake bepaalde voorgenomen transacties, waaronder een driehoeksfusie.¹⁰⁷

Het voorgaande geldt voor een deel ook voor de bij eindvoorziening benoemde bestuurder of commissaris. In dat geval kunnen de aanvullende bevoegdheden op twee gronden worden toegekend. Ten eerste kan de Ondernemingskamer ingevolge art. 2:356 sub d BW in afwijking van de statuten aan de OK-bestuurder en OK-commissaris extra bevoegdheden toekennen. Ten tweede kan de Ondernemingskamer op grond van art. 2:357 lid 2 BW de gevolgen van de benoeming regelen.

De Ondernemingskamer kan echter niet op grond van deze laatste bepalingen bevoegdheden toekennen die in strijd zijn met dwingend recht.¹⁰⁸ Het is dus bijvoor-

95 OK 21 oktober 2021, *ARO* 2021/182; *JOR* 2022/10, m.nt. Salemink (*Poli Tankers*), r.o. 3.13 en 3.14.

96 OK 8 februari 2021, *ARO* 2021/52; *JOR* 2021/293, m.nt. Salemink (*OMC*), r.o. 3.7.

97 OK 3 februari 2004, *ARO* 2004/34; *JOR* 2004/101 (*Headscanning Patent*), r.o. 3.11.

98 OK 27 oktober 2015, *RO* 2016/7; *JOR* 2016/60, m.nt. Van Thiel (*Cunico*), r.o. 3.18.

99 OK 23 juni 2021, *ARO* 2021/109; *JOR* 2021/272, m.nt. Leijten (*FLEXible HR*), r.o. 4.18.

100 OK 18 april 2002, *ARO* 2002/51; *JOR* 2002/187 (*Mega Electra Groep*), r.o. 3.5.

101 OK 31 oktober 2002, *ARO* 2003/1; *JOR* 2003/59 (*ZDS Trading*), r.o. 3.6.

102 OK 2 november 2000, *JOR* 2001/6 (*Cohere*), r.o. 3.5.

103 OK 20 juli 2005, *ARO* 2005/119 (*BKV*), r.o. 3.4.

104 OK 2 november 2000, *JOR* 2001/6 (*Cohere*), r.o. 3.5.

105 OK 17 januari 2007, *RO* 2007/26; *JOR* 2007/42, m.nt. Blanco Fernández (*Stork*), r.o. 3.20.

106 OK 17 januari 2007, *RO* 2007/26; *JOR* 2007/42, m.nt. Blanco Fernández (*Stork*), r.o. 3.20.

107 OK 14 december 2005, *ARO* 2006/3; *JOR* 2006/7, m.nt. Van den Ingh (*Versatel*), nr. 4.

108 HR 1 maart 2002, *NJ* 2002/296, m.nt. Maeijer; *JOR* 2002/79, m.nt. Van den Ingh (*Zwagerman*), r.o. 3.9; HR 14 september 2007, *NJ* 2007/611, m.nt. Maeijer; *JOR* 2007/238, m.nt. Bartman (*Versatel*), r.o. 4.3, waarin dit werd overwogen ten aanzien van de OK-commissaris. Dit is onzes inziens van overeenkomstige toepassing op de OK-bestuurder.

beeld niet geoorloofd bij eindvoorziening een bestuurder of commissaris met een beslissende stem te benoemen, omdat dit in strijd is met de regel dat een bestuurder of commissaris niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders of commissarissen tezamen (art. 2:129 lid 2 BW en art. 2:239 lid 2 BW; art. 2:140 lid 4 BW en art. 2:250 lid 4 BW).¹⁰⁹ Dit hoeft echter geen probleem te zijn, omdat de Ondernemingskamer – opmerkelijk genoeg – dergelijke wetsoverschrijdende bevoegdheden in de tweede fase van de enquêteprocedure wel kan verlenen, indien zij de tijdelijke bestuurder of commissaris als onmiddellijke voorziening benoemt (art. 2:355 lid 3 BW jo. art. 2:349a lid 2 en lid 3 BW).¹¹⁰

Overigens moet een OK-commissaris waaraan veel aanvullende bevoegdheden zijn toegekend, ervoor waken dat hij zich niet te veel als bestuurder gaat gedragen. Ook voor de OK-commissaris geldt onze inziens dat hij niet het domein van het bestuur mag betreden.¹¹¹

Het is denkbaar dat de Ondernemingskamer het in een bepaalde situatie noodzakelijk acht dat een vennootschap onder verscherpt toezicht wordt geplaatst, maar dat zij van mening is dat een reguliere commissaris hiervoor onvoldoende bevoegdheden heeft of dat zij vreest dat intensief toezicht de OK-commissaris mogelijk in het bestuursdomein brengt. In dat geval is het naar ons oordeel mogelijk dat de Ondernemingskamer in plaats van een commissaris een niet-uitvoerende bestuurder benoemt. Niet-uitvoerende bestuurders kunnen aanzienlijk sneller en verder ingrijpen dan commissarissen.¹¹² Voor een benoeming van een tijdelijke niet-uitvoerende bestuurder is niet noodzakelijk dat de vennootschap reeds een monistisch bestuursmodel heeft, omdat de hiervoor vereiste statutaire grondslag ook bij voorziening tijdelijk kan worden ingevoerd.¹¹³

109 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*I*b 2019/214 en 384.

110 HR 14 september 2007, *NJ* 2007/611, m.nt. Maeijer; *JOR* 2007/238, m.nt. Bartman (*Versatel*), r.o. 4.2. Zie ook R. Verheggen, 'Duur van een enquêteprocedure en de verhouding tussen onmiddellijke voorzieningen en 356-voorzieningen', *Ondernemingsrecht* 2015/29, § 8 (hierna: Verheggen 2015b); P.G.F.A. Geerts, 'Commentaar bij HR 14 september 2007 (*Versatel*)', *Ondernemingsrecht* 2008/24.

111 Zie voor de gewone commissaris OK 18 juli 2018, *ARO* 2018/165; *JOR* 2018/303, m.nt. Duynstee (*Eneco*), r.o. 3.24; T. Salemink, 'Verscherpt toezicht door de raad van commissarissen', in: C.D.J. Bulten e.a., *Corporate governance en de rol van het vennootschappelijk belang* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 166), Deventer: Wolters Kluwer 2020/8.4.3 (hierna: Salemink 2020).

112 N. Kreileman, *De niet-uitvoerende bestuurder in een one tier board* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 168), Deventer: Wolters Kluwer 2020/VI.3.2; Salemink 2020/8.5.

113 Evenzo Eikelboom 2017/16.2.4. De invoering van een one-tier board is in ieder geval mogelijk bij onmiddellijke voorziening. Bijv. OK 20 juli 2005, *ARO* 2005/119 (*BKV*), r.o. 3.4; OK 18 mei 2017, *ARO* 2017/128 (*Roessen & Roessen*), r.o. 3.10, waarin bij onmiddellijke voorziening een commissaris werd benoemd ondanks het feit dat de statuten geen raad van commissarissen kenden. Of dit ook geoorloofd is bij eindvoorziening, hangt af van de uitleg die wordt gegeven aan art. 2:356 sub d BW. Wij leggen deze bepaling ruim uit en menen daarom dat dit mogelijk is. Evenzo OK 26 april 1972, *NJ* 1973/6 (*Schenkan*), waarin als eindvoorziening een tijdelijke commissaris werd benoemd, zonder dat de statuten in een raad van commissarissen voorzagen.

31.6.6 *Beperking van taken en bevoegdheden van OK-bestuurder en OK-commissaris door Ondernemingskamer*

Naar ons oordeel kan de Ondernemingskamer de taken en bevoegdheden van een OK-bestuurder en OK-commissaris tevens beperken. Wij lezen dit ook in de *Fuldauer*-beschikking waarin de Hoge Raad overweegt dat een tijdelijke bestuurder in beginsel een volwaardige bestuurder is.¹¹⁴ Deze uitleg is ook in lijn met art. 2:129 lid 1 BW en art. 2:239 lid 1 BW, waarin voor de gewone bestuurder is bepaald dat zijn bestuurs-taak bij de statuten kan worden beperkt.

De beperking dient onzes inziens echter niet zo ver te gaan dat de taken en bevoegdheden van de OK-bestuurder of OK-commissaris worden uitgehold.¹¹⁵ Evenals voor de gewone bestuurder en commissaris¹¹⁶ geldt voor de OK-functionaris dat er altijd een reële autonome bestuurlijke of toezichthoudende taak en bevoegdheid moeten overblijven. Een verre gaande beperking staat op gespannen voet met het beginsel dat OK-bestuurders en OK-commissarissen volwaardige functionarissen zijn met alle taken en bevoegdheden die door de wet en statuten aan hun functie zijn verbonden (§ 31.6.1). Daarbij leidt een ontmantelde OK-bestuurder of OK-commissaris tot rechtsonzekerheid, omdat door de aanstelling van een functionaris met de titel bestuurder of commissaris zowel binnen als buiten de rechtspersoon de indruk wordt gewekt dat een volwaardige bestuurder of commissaris is aangetreden, waarop het wettelijke kader van toepassing is en die zonder beperking zal gaan besturen of toezicht houden. Wij achten het dus ook onwenselijk dat een tijdelijke bestuurder of commissaris wordt belast met slechts één specifieke taak, bijvoorbeeld de sluiting van een bepaald bedrijfs-onderdeel of het houden van toezicht op alleen de financiën. Gelet hierop vinden wij de *Fortuna*-beschikking van de Ondernemingskamer, waarin de tijdelijke commissaris als enige taak kreeg te beslissen over de door de vennootschap aan haar aandeelhouders te verstrekken informatie over een belangrijke transactie, minder gelukkig.¹¹⁷

Indien de Ondernemingskamer het wenselijk acht een persoon te benoemen met slechts een specifieke taak, kan zij daartoe overgaan maar dient deze persoon naar ons oordeel niet de titel bestuurder of commissaris te krijgen. In plaats daarvan kan worden gekozen voor een door de Ondernemingskamer te creëren functie – bijvoorbeeld ‘trustee’, ‘board observer’, ‘informant’ of ‘bijzondere verte-

114 HR 19 februari 2010, *NJ* 2010/296, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2010/92, m.nt. Schmieman (*Fuldauer*), r.o. 3.5.1-3.5.2.

115 In gelijke zin Croiset van Uchelen 2008, p. 207. Zie ook OK 8 februari 2021, *ARO* 2021/52; *JOR* 2021/293, m.nt. Saleminck (*OMC*), r.o. 3.7, waarin een verzoek van partijen om de rol van de OK-bestuurder te beperken tot situaties waarin partijen niet in onderling overleg tot besluitvorming kunnen komen, werd afgewezen, omdat het aan de tijdelijke bestuurder is om te bepalen op welke wijze hij invulling geeft aan zijn taken en verantwoordelijkheden.

116 *Kamerstukken II* 1998/99, 26277, 3, p. 11; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/155.

117 OK 24 april 2017, *RO* 2017/61; *JOR* 2017/163, m.nt. Josephus Jitta (*Fortuna*), r.o. 3.18.

genwoordiger' – waaraan geen wettelijke of statutaire taken en bevoegdheden zijn verbonden.¹¹⁸ De figuur van een bijzondere vertegenwoordiger die geen bestuurder is, is in Boek 2 BW niet onbekend; zie bijvoorbeeld art. 2:15 lid 4 BW en art. 2:135 lid 8 BW. Gelet op de limitatieve opsomming van art. 2:356 BW, is deze optie alleen mogelijk als onmiddellijke voorziening. Het benoemen van een functionaris met een specifieke taakopdracht die geen lid is van een vennootschapsorgaan roept wel diverse vragen op, onder meer omdat een wettelijk kader of richtlijnen voor diens bevoegdheden en verplichtingen ontbreken.¹¹⁹ Dit kan ook weer leiden tot rechtsonzekerheid, wat voor de Ondernemingskamer reden kan zijn terughoudend gebruik te maken van deze mogelijkheid.

31.6.7 *Verbod voor OK-bestuurder en OK-commissaris om voorzieningen ongedaan te maken*

Ingevolge art. 2:357 lid 3 BW mag de vennootschap een door de Ondernemingskamer getroffen voorziening niet ongedaan maken; een besluit daartoe is nietig. Dit verbod geldt onzes inziens ook voor de OK-bestuurder en OK-commissaris.

Dit betekent bijvoorbeeld dat een OK-commissaris een OK-bestuurder niet mag schorsen (art. 2:147 BW en art. 2:257 BW)¹²⁰ en dat een OK-commissaris van een structuurvennootschap een OK-bestuurder niet mag ontslaan (art. 2:134 lid 1 BW jo. art. 2:162 BW; art. 2:244 lid 1 BW jo. art. 2:272 BW). Hetzelfde kan gelden voor de uitoefening van een statutair instructierecht door een OK-commissaris (art. 2:129 lid 4 BW en art. 2:239 lid 4 BW).¹²¹ Indien een OK-bestuurder gehouden is de instructie van een OK-commissaris op te volgen, komt immers de vraag op of hiermee de voorziening wordt belemmerd of ongedaan gemaakt.

Het verbod van art. 2:357 lid 3 BW staat er onzes inziens niet aan in de weg dat een OK-functionaris zelf ontslag neemt en daarmee de voorziening ongedaan maakt (§ 31.10.4).

118 Zie ook Croiset van Uchelen 2008, p. 208; A.F.J.A. Leijten, 'De adhortatief in het enquêterecht: OK-functionaris en afgeleide actie', in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), *Marius geannoteerd* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 133), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 233-244, die van mening is dat de Ondernemingskamer een bijzondere vertegenwoordiger kan benoemen die exclusief bevoegd is namens de vennootschap een vordering tot schadevergoeding in te stellen en aldus een afgeleide actie mogelijk kan maken.

119 Evenzo Josephus Jitta, *JOR* 2017/163.

120 Anders G.C. Makkink, die van mening is dat schorsing als tijdelijke noodvoorziening wel geoorloofd is, mits direct gevolgd door een verzoek aan de Ondernemingskamer tot ontslag (e-mail van 5 oktober 2021, als antwoord op een aan hem gestelde vraag tijdens het op 1 oktober 2021 door de Ondernemingskamer gehouden symposium 'De impact van een enquête en voorzieningen op een onderneming' ter ere van haar 50-jarige bestaan).

121 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Ib* 2019/307.

31.7 Beloning van OK-bestuurder en OK-commissaris

De Ondernemingskamer kan op grond van art. 2:357 lid 4 BW een bij eindvoorziening benoemde OK-bestuurder of OK-commissaris een beloning ten laste van de geënquêteerde vennootschap toekennen. Uit de systematiek van de enquête-regeling volgt onzes inziens dat deze regeling van overeenkomstige toepassing is op de bij onmiddellijke voorziening benoemde OK-bestuurder of OK-commissaris.¹²² Zie § 56.3.7 voor de beloning van de OK-bestuurder of OK-commissaris die bij meer concernvennootschappen wordt benoemd.

In de regel bepaalt de Ondernemingskamer bij de benoeming dat het salaris en de kosten van de tijdelijke functionaris ten laste komen van de vennootschap en dat deze voor de betaling daarvan ten genoegen van de functionaris zekerheid dient te stellen.¹²³ Onder kosten vallen bijvoorbeeld reiskosten, kosten van een adviseur (zoals een advocaat) en kosten van een aansprakelijkheidsverzekering.

De Ondernemingskamer stelt niet de hoogte of de wijze van berekening van de beloning vast.¹²⁴ De Stichting Rimari Praktijktips adviseren OK-bestuurders op basis van een voorschot te werken en – eventueel na overleg met andere door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen – afspraken te maken over een redelijk tarief. Dit kan een uur-, dag(deel)-, week- of maandtarief zijn. De secretarissen van de Ondernemingskamer geven desgevraagd informatie over wat in de praktijk gebruikelijke tarieven zijn.¹²⁵ De OK-bestuurder of OK-commissaris bepaalt doorgaans zelf het tarief. Veelal geschiedt dit in overleg met, of na akkoord van, de vennootschap of aandeelhouders. Soms wordt volstaan met een kennisgeving aan de vennootschap. Zie § 31.5.4 voor de overeenkomst tussen de vennootschap en de OK-functionaris. De Wet normering topinkomens (WNT) is volgens de Ondernemingskamer van toepassing op de bezoldiging van tijdelijke bestuurders en commissarissen.¹²⁶

122 Evenzo OK 13 november 2014, *ARO* 2015/36 (*HEDH*), r.o. 2.5; D.J.F.F.M. Duynstee & T. Drenth, 'De door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijke bestuurder en commissaris', *MvO* 2021, afl. 7-8, § 2.6 (hierna: Duynstee & Drenth 2021).

123 Volgens Geerts gebruikt de Ondernemingskamer deze omschrijving sinds 2001. Voor die tijd varieerde de vorm waarin de Ondernemingskamer de beloning van de bestuurders en commissarissen vaststelde. Zie P.G.F.A. Geerts, in: J.B. Huizink (red.), *GS Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2004, art. 2:357 BW, aant. 6.

124 In het verleden was het niet ongebruikelijk dat de Ondernemingskamer zelf de beloning vaststelde, bijv. vooraf (OK 26 april 1972, *NJ* 1973/6 (*Schenkkan*), nr. 4) of achteraf per periode (OK 24 juni 1982, *NJ* 1983/638, m.nt. Maeijer (*Huisdierencrematorium Stompwijk*), nr. V.1).

125 Par. 3.1.2 Stichting Rimari Praktijktips. Wij zien in de praktijk vooral tarieven tussen de 250 en 450 euro per uur. Zie ook § 3.10.

126 OK 28 februari 2017, *ARO* 2017/82 (*De Gelderhorst*), r.o. 2.6, waarin evenwel voor de door de Ondernemingskamer benoemde voorzitter van de raad van toezicht van de zorginstelling wordt aangesloten bij het hogere bezoldigingsmaximum uit de WNT dat geldt voor topfunctionarissen zonder dienstbetrekking, omdat anders ernstig afbreuk zou worden gedaan aan de effectiviteit van de onmiddellijke voorziening. Onzes inziens zou met dezelfde motivering kunnen worden betoogd dat de WNT in het geheel niet van toepassing is op OK-functionarissen.

De bezoldiging van reguliere bestuurders wordt vastgesteld door de algemene vergadering, tenzij bij de statuten een ander orgaan is aangewezen (art. 2:135 lid 4 BW en art. 2:245 BW). De bezoldiging van reguliere commissarissen wordt altijd door de algemene vergadering vastgesteld (art. 2:145 lid 1 BW en art. 2:255 BW). Toepassing van deze regelingen zou betekenen dat OK-bestuurders en OK-commissarissen niet eenzijdig hun beloning kunnen vaststellen, maar dat hiervoor een besluit van de algemene vergadering of een ander orgaan vereist is. Dit orgaan is dan in staat via de bezoldiging de benoeming van de OK-bestuurder of OK-commissaris te beïnvloeden en mogelijk te frustreren. Dit is onzes inziens in strijd met de strekking van het verbod voor de vennootschap een OK-voorziening ongedaan te maken (art. 2:357 lid 3 BW; § 31.10.2). Naar ons oordeel zijn de bezoldigingsregelingen niet van toepassing op OK-bestuurders en OK-commissarissen, omdat zij in strijd zijn met de aard van het enquêterecht (§ 31.6.1). Onze indruk is dat de beloning van een OK-bestuurder of OK-commissaris zelden door de algemene vergadering of een ander orgaan wordt vastgesteld.

De Ondernemingskamer grijpt niet snel in ten aanzien van de beloning van de tijdelijke bestuurder of commissaris. De OK-functionaris verricht zijn taak zelfstandig (§ 31.6.2) en de Ondernemingskamer stelt daarom geen regels over de door hem aan zijn werkzaamheden te besteden tijd.¹²⁷ Ook ten aanzien van de beoordeling van het gehanteerde uurtarief is de Ondernemingskamer terughoudend.¹²⁸ Wel bericht de Ondernemingskamer sinds enige tijd aan OK-bestuurders en OK-commissarissen bij hun benoeming dat de Ondernemingskamer bij de beëindiging van de benoeming inzage kan vragen in het salaris en de kosten van de functionaris.

In de literatuur zijn kritische geluiden te horen over de terughoudendheid van de Ondernemingskamer. Het zou tot onevenwichtigheden kunnen leiden, mede omdat de leden van de organen van een vennootschap niet vrij en onbevangen tegenover een OK-functionaris staan en dus niet vrijelijk met hem over zijn beloning kunnen onderhandelen. Een aantal auteurs bepleit daarom dat de Ondernemingskamer zelf de hoogte van de beloning vaststelt.¹²⁹

Indien de vennootschap de door de Ondernemingskamer toegekende beloning voor de tijdelijke bestuurder of commissaris niet voldoet, kan de Ondernemingskamer de vennootschap veroordelen tot betaling daarvan.¹³⁰

127 Bijv. OK 14 juni 2013, *ARO* 2013/104 (*Auragenix*), r.o. 2.5.

128 Evenzo Eikelboom 2017/16.5.4; Borrius 2018/3.3.

129 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, § 8.6, die zelfs van mening is dat de Ondernemingskamer volgens art. 2:357 lid 4 BW verplicht is de vergoeding vast te stellen, daarbij wijzend op de vergoeding voor de onderzoeker (art. 2:350 BW) die ook door de Ondernemingskamer wordt bepaald; M.W. Josephus Jitta, 'Een "nieuwe" raadsheer-commissaris?', in: W.G. van Hassel, M.W. Josephus Jitta & G.C. Makkink, *Vernieuwing van het enquêterecht* (ZIFO-reeks, deel 33), Deventer: Wolters Kluwer 2021/3.4 (hierna: Josephus Jitta 2021c); Borrius 2018; Duynstee & Drenth 2021/2.6.

130 Bijv. OK 13 november 2014, *ARO* 2015/36 (*HEDH*), r.o. 2.4 en nr. 3.

Ingeval de beschikking waarbij de Ondernemingskamer een bestuurder of commissaris heeft benoemd, in cassatie wordt vernietigd en daardoor de grondslag aan die benoeming komt te ontvallen, is de door de Ondernemingskamer aan de bestuurder of commissaris toegekende beloning ingevolge art. 2:359 lid 2 BW niet onverschuldigd.

Naast de vergoeding van bovenstaande kosten, kan de Ondernemingskamer ingevolge art. 2:357 lid 6 BW in een voorkomend geval bepalen dat de vennootschap de kosten van verweer van de OK-bestuurder en OK-commissaris moet betalen (§ 31.11.3).

31.8 Functioneren van OK-bestuurder en OK-commissaris

De laatste jaren wordt het functioneren van OK-bestuurders en OK-commissarissen in toenemende mate bemoeilijkt, onder meer door obstructie, aansprakelijkstelling, intimidatie en bedreiging door partijen.¹³¹ Deze ontwikkeling kan afbreuk doen aan de slagkracht van de OK-functionarissen en daarmee van het enquêterecht in het algemeen. Het kan er ook toe leiden dat minder personen bereid zijn de functie van OK-bestuurder of OK-commissaris te vervullen.¹³² Het heeft al tot gevolg gehad dat de Ondernemingskamer in een bepaalde zaak geen kandidaat heeft kunnen vinden (§ 31.5.2).

De Ondernemingskamer tracht door middel van praktische oplossingen OK-functionarissen enig comfort te geven, bijvoorbeeld door partijen ter zitting te vragen toe te zeggen de OK-functionarissen niet aansprakelijk te stellen en/of te vrijwaren,¹³³ door toe te staan dat een OK-bestuurder een bedrag in escrow plaatst ten behoeve van verweer van OK-functionarissen in civielrechtelijke, tuchtrechtelijke en strafrechtelijke zaken (§ 31.11.3 en § 33.4.6)¹³⁴ en door partijen te verbieden recht-

131 OK 24 april 2020, *RO* 2020/47 (*Kors*), r.o. 3.12; OK 8 juli 2019, *RO* 2019/75; *JOR* 2019/279, m.nt. Sinnighe Damsté (*DEM*), r.o. 3.18; OK 25 juli 2019, *ARO* 2019/150; *JOR* 2020/30, m.nt. Smelt (*Prien*), r.o. 3.4; OK 18 maart 2020, *ARO* 2020/81; *JOR* 2020/147, m.nt. Scholten (*Vermeulen Food Group*), r.o. 3.12 en 3.24; OK 29 mei 2020, *RO* 2020/55; *JOR* 2020/204, m.nt. Broere (*Vermeulen Food Group*), r.o. 3.4 e.v.; Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 4 oktober 2019, *JOR* 2019/277, m.nt. Broere (*Energie Concurrent*); J. Lemstra, 'Bange OK-bestuurders', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 275-287 (hierna: Lemstra 2017a); Broere & Salemink 2020/1; Duynstee & Drenth 2021/1.1; Josephus Jitta 2021c/3.3, die er tevens op wijst dat het risico van escalatie zich vooral lijkt voor te doen in gevallen waarin zowel een OK-bestuurder als OK-beheerder van aandelen is benoemd.

132 G.C. Makkink, 'Ork, ork, ork, soep eet je met een ...', *Ondernemingsrecht* 2018/65; Lemstra 2017a, p. 281.

133 OK 18 maart 2020, *ARO* 2020/81; *JOR* 2020/147, m.nt. Scholten (*Vermeulen Food Group*), r.o. 2.1.

134 OK 27 oktober 2015, *RO* 2016/7; *JOR* 2016/60, m.nt. Van Thiel (*Cunico*), r.o. 3.19; OK 23 juni 2021, *RO* 2021/60 (*Delco*), r.o. 5.43.

streeks contact op te nemen met de OK-functionarissen.^{135, 136} Ook is het mogelijk dat de tijdelijke bestuurder of commissaris of een ander de Ondernemingskamer verzoekt het gedrag van de activistische partij te onderzoeken en/of onmiddellijke voorzieningen te treffen – bijvoorbeeld dat hij zich moet onthouden van acties tegenover de OK-bestuurder of OK-commissaris – eventueel versterkt met een dwangsom.¹³⁷

In de literatuur zijn verschillende voorstellen gedaan om de positie van de OK-bestuurder en OK-commissaris te versterken, zoals een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van de OK-functionaris, de kwalificatie van de kosten van aansprakelijkheidsverweer als boedelschuld, de financiering van de kosten van verweer door de Staat en een rol voor de raadsheer-commissaris.¹³⁸ Ook wij vinden het wenselijk dat de positie van de OK-bestuurder en OK-commissaris bij wet wordt versterkt (zie ook § 31.9).

31.9 Toezicht op OK-bestuurder en OK-commissaris

Het toezicht op de door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijke bestuurder en commissaris is beperkt. De OK-bestuurder en OK-commissaris verrichten hun taak in beginsel zelfstandig (§ 31.6.2).

De Ondernemingskamer zelf is lijdelijk en houdt geen actief toezicht. De Ondernemingskamer geeft bijvoorbeeld geen concrete instructies tot het verrichten van bepaalde handelingen en verleent evenmin goedkeuring aan besluiten of andere handelingen (§ 31.6.2). Voorts heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat de raadsheer-commissaris (hoofdstuk 24) op grond van art. 2:350 lid 4 BW geen aanwijzingen kan geven aan een OK-functionaris.¹³⁹ Ook ten aanzien van de beloning van de tijdelijke bestuurder en commissaris is de Ondernemingskamer terughoudend (§ 31.7).

Indien de vennootschap een raad van commissarissen heeft, zal dit orgaan toezicht houden op het bestuur, waaronder onzes inziens de OK-bestuurder. De mo-

135 OK 22 juli 2015, *ARO* 2015/188 (*Leaderland*), r.o. 2.2.

136 Zie ook Duynstee & De Smet 2021/3.10.

137 Bijv. OK 6 augustus 2021, *ARO* 2021/148; *JOR* 2022/32, m.nt. Broere (*Baars*), r.o. 3.10. Evenzo Y. Borrius, 'Aansprakelijkheid van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 299; Leijten & Nieuwe Weme 2012/4.2.

138 Broere & Salemink 2020/6; Sinninghe Damsté 2014, p. 43-45; 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* (Serie Onderneming en Recht, deel 25), Deventer: Kluwer 2003, p. 467 e.v.; Olden 2009, p. 131; M.W. Josephus Jitta, 'Bochtewerk van de Ondernemingskamer en de dekking van de kosten van verweer', *Ondernemingsrecht* 2020/25, p. 125; Duynstee & Drenth 2021/4.1 e.v.; G.C. Makkink, 'Procedureel maatwerk bij de Ondernemingskamer: entree de raadsheer-commissaris', *Ondernemingsrecht* 2021/16 (hierna: Makkink 2021a); Josephus Jitta 2021c.

139 OK (r-c) 2 mei 2019, *ARO* 2019/118; *JOR* 2019/217, m.nt. Josephus Jitta (*Steelframe*), r.o. 2.3.

gelijkheden van de raad van commissarissen om in te grijpen bij de OK-bestuurder zijn echter beperkt, omdat art. 2:357 lid 3 BW verbiedt een voorziening ongedaan te maken (§ 31.10.2). De raad van commissarissen kan dus bijvoorbeeld geen gebruik maken van zijn wettelijke bevoegdheid bestuurders te schorsen (art. 2:147 lid 1 BW en art. 2:257 lid 1 BW).

Naast toezicht door de raad van commissarissen, dienen bestuurders ook in zekere mate toezicht op elkaar te houden.¹⁴⁰ Deze verplichting tot collegiaal bestuurlijk toezicht geldt ook voor en ten aanzien van OK-bestuurders.¹⁴¹ De mogelijkheid voor bestuurders om corrigerend op te treden met betrekking tot een OK-bestuurder is echter beperkt, zeker als de OK-bestuurder beschikt over de exclusieve bevoegdheid besluiten te nemen of de vennootschap te vertegenwoordigen (§ 31.6.5). Daarbij zijn de overige bestuurders dikwijls door de Ondernemingskamer geschorst of ontslagen, in welk geval deze vorm van toezicht ontbreekt.

Het toezicht van de algemene vergadering is eveneens beperkt, onder meer omdat art. 2:357 lid 3 BW haar verbiedt OK-bestuurders of OK-commissarissen instructies te geven, te schorsen of te ontslaan.

De partijen in een enquêteprocedure kunnen wel in zekere zin toezicht houden, omdat zij de Ondernemingskamer kunnen verzoeken de aanstelling van een tijdelijke bestuurder of commissaris te beëindigen (§ 31.10.3). In de praktijk gaat de Ondernemingskamer echter zelden over tot gedwongen ontslag van een OK-functionaris.¹⁴² Een alternatief is aansprakelijkstelling, maar de kans van slagen van een dergelijke vordering is klein. De lastige situatie waarin de OK-functionaris opereert zal immers moeten worden meegewogen bij de beoordeling (§ 31.11.3). Daarbij zullen dergelijke acties niet bijdragen aan de goede verhoudingen.

In de literatuur is kritiek uitgeoefend op de afwezigheid van toezicht op de OK-bestuurder en OK-commissaris.¹⁴³ Sommige auteurs stellen voor de raadsheer-commissaris (art. 2:350 lid 4 BW) toezicht te laten houden door hem de bevoegdheid te verlenen aanwijzingen te geven aan de OK-bestuurder,¹⁴⁴ te beslissen over bepaalde (deel)geschillen¹⁴⁵ of ingrijpende bestuursbesluiten goed te keuren¹⁴⁶ (§ 24.4).

140 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Iib* 2019/270 sub b.

141 Evenzo Eikelboom 2017, p. 562-563.

142 Tot nu toe is slechts één keer met succes verzocht een OK-bestuurder uit zijn functie te ontheffen, zie OK 7 december 2020, *ARO* 2021/25; *JOR* 2021/60, m.nt. Duynstee (*HotShots*), r.o. 3.20. Zie voor voorbeelden van niet geslaagde pogingen Duynstee 2018/3.3; en nadien OK 23 juni 2021, *RO* 2021/54; *JOR* 2021/271, m.nt. Sinninghe Damsté (*Esperaza*), r.o. 3.13; OK 1 oktober 2021, n.g. (*IHP*), r.o. 3.10.

143 Josephus Jitta 2021c/3.3 wijst erop dat in de meeste andere gevallen waarin de rechter een derde belast met de zaken van een persoon of rechtspersoon sprake is van toezicht (bijv. bij de faillissementscurator, de voogd, de curator in geval van curatele en de bewindvoerder).

144 Duynstee & Drenth 2021/6; D.J.F.F.M. Duynstee, 'Het (gebrek aan) toezicht op door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen', in: G. van Solinge e.a., *Toezicht* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 151), Deventer: Wolters Kluwer 2018/4.3 (hierna: Duynstee 2018); Josephus Jitta 2015, p. 262.

145 Makkink 2021a.

146 Josephus Jitta 2021c.

Ook wij zijn van mening dat kan worden nagedacht over een wetswijziging die de raadsheer-commissaris een rol geeft ten aanzien van de OK-bestuurder en OK-commissaris. De aanwezigheid van een raadsheer-commissaris kan ook tot gevolg hebben dat de verhouding tussen partijen en de OK-bestuurder of OK-commissaris minder snel escaleert (§ 31.8). Een partij zal zich bij een conflict waarschijnlijk wenden tot de raadsheer-commissaris en niet direct overgaan tot aansprakelijkstelling van de OK-bestuurder of OK-commissaris of andere acties die zijn werkzaamheden bemoeilijken.¹⁴⁷ De nieuwe regeling moet niet tot gevolg hebben dat de raadsheer-commissaris, bijvoorbeeld door het geven van aanwijzingen aan de tijdelijke bestuurders en commissarissen, het beleid van de vennootschap mede gaat bepalen.

31.10 Schorsing en ontslag van OK-bestuurder en OK-commissaris

31.10.1 Wijze van beëindiging van aanstelling van OK-bestuurder en OK-commissaris

De aanstelling van een OK-bestuurder en OK-commissaris kan op verschillende manieren eindigen.

Indien de OK-bestuurder of OK-commissaris bij onmiddellijke voorziening is benoemd, eindigt de aanstelling in beginsel met het einde van de enquêteprocedure (§ 29.4 en § 31.5.3). Dit betekent het volgende. Ingeval de Ondernemingskamer het enquêteverzoek afwijst komt daarmee de enquêteprocedure tot een einde en eindigt dus ook de spoedbenoeming als bedoeld in art. 2:349a lid 3 BW. Als een enquête is bevolen maar geen tweede fase-verzoek is gedaan, eindigen de enquêteprocedure en de benoeming twee maanden na deponering van het onderzoeksverslag (art. 2:355 lid 2 BW). Wanneer een tweede fase-verzoek is gedaan blijft de benoeming van kracht tijdens de tweede fase. De enquêteprocedure en de benoeming eindigen in dat geval met het onherroepelijk worden van de beschikking op dit tweede fase-verzoek (art. 2:355 lid 1 BW) dan wel, ingeval dit later is, op het moment dat de tijdelijke eindvoorzieningen (art. 2:356 sub c, d of e BW) eindigen.¹⁴⁸ Indien de tijdelijke eindvoorzieningen worden verlengd (art. 2:357 lid 1 BW), blijft ook de benoeming doorlopen. Zie nader hoofdstuk 38 over het einde van de enquêteprocedure.

Bij een benoeming als eindvoorziening geschiedt de benoeming voor bepaalde tijd (art. 2:357 lid 1 BW; § 31.5.3) en eindigt de aanstelling dus in beginsel na het verstrijken van de bepaalde tijd, tenzij de Ondernemingskamer tot verlenging

¹⁴⁷ Evenzo Josephus Jitta 2021c.

¹⁴⁸ HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2012/141, m.nt. Josephus Jitta & Barkhuysen (*e-Traction*), r.o. 4.1.5; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/773; Verheggen 2015b/29.

overgaat. In dit laatste geval eindigt de aanstelling aan het einde van de verlengde periode.

Het is echter mogelijk dat de aanstelling eerder wordt beëindigd, namelijk door gedwongen ontslag (§ 31.10.3) of vrijwillig aftreden (§ 31.10.4).

Indien de voortzetting van de aanstelling van een OK-bestuurder of OK-commissaris van belang is voor de onderneming, kan de Ondernemingskamer besluiten een lopend onderzoek niet per direct maar per een in de toekomst gelegen datum te beëindigen, zodat de aanstelling nog enige tijd kan voortduren.¹⁴⁹

De vennootschap zelf is niet bevoegd een OK-bestuurder of OK-commissaris te schorsen of te ontslaan (art. 2:357 lid 3 BW; § 31.10.2).

De Hoge Raad heeft in zijn 15 april-arresten uitgemaakt dat het vennootschappelijk ontslag van een bestuurder in beginsel ook leidt tot zijn arbeidsrechtelijke ontslag.¹⁵⁰ Gelet daarop nemen wij aan dat door de beëindiging van de aanstelling van de OK-bestuurder of OK-commissaris niet alleen de vennootschapsrechtelijke relatie wordt beëindigd, maar ook de eventuele contractuele relatie (§ 31.5.4).¹⁵¹

De griffier van de Ondernemingskamer deponeert de ontslagbeschikking bij het handelsregister (art. 2:358 lid 2 BW) en zendt deze, in geval van een onder toezicht staande financiële instelling, ook aan de ECB, DNB of de AFM (art. 2:358 lid 3 BW) (§ 31.5.2).

Daarnaast moet het bestuur van de vennootschap de OK-bestuurder en OK-commissaris waarvan de aanstelling is geëindigd, uitschrijven uit het handelsregister (art. 22 lid 1 sub a Hrgb. 2008). In de praktijk wordt de uitschrijving door de KvK zelf gedaan, nadat zij van de Ondernemingskamer de ontslagbeschikking heeft ontvangen.

31.10.2 *Verbod van schorsing en ontslag van OK-bestuurder en OK-commissaris door vennootschap*

Een door de Ondernemingskamer getroffen eindvoorziening ex art. 2:356 BW kan ingevolge art. 2:357 lid 3 BW niet door de vennootschap ongedaan worden gemaakt. Een besluit daartoe is nietig ex art. 2:14 BW.

¹⁴⁹ OK 17 juli 2015, *ARO* 2015/187 (*Novero*), r.o. 3.5.

¹⁵⁰ HR 15 april 2005, *NJ* 2005/483; *JOR* 2005/144, m.nt. Witteveen (*Bartelink/Ciris*), r.o. 3.5.3; HR 15 april 2005, *NJ* 2005/484, m.nt. Heerma van Voss; *JOR* 2005/145, m.nt. Witteveen (*Eggenhuizen/Unidek*), r.o. 3.4.2; Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-*Iib* 2019/263.

¹⁵¹ Evenzo inzake het ontslag van een gewone bestuurder door de Ondernemingskamer: Eikelboom 2017/16.4.2.2; J.H.M. Willems, 'C'est le provisoire qui reste: over voorzieningen in het enquête-recht', in: J.B. Huizink, J.B. Wezeman & J.W. Winter (red.), *A-T-D*, Deventer: Kluwer 2000, p. 466; C.D.J. Bulten, 'Een aanvaardbaar acquis?', in: F.G. Laagland (red.), *Verburg: geciteerd en besproken* (Serie Onderneming en Recht, deel 124), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 281-290. Anders: L.G. Verburg, *De bestuurder van de NV of BV*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 96; J.M. van Slooten, 'De Ondernemingskamer doet (voort)aan arbeidsrecht', *SR* 2001, afl. 10, p. 277-279, die van mening zijn dat de 15 april-arresten niet zonder meer toepasbaar zijn op ontslag van een bestuurder of commissaris door de Ondernemingskamer.

Dit betekent dat de algemene vergadering een OK-bestuurder of OK-commissaris niet kan schorsen of ontslaan en dat de raad van commissarissen een OK-bestuurder evenmin kan schorsen. Naar onze opvatting is het ook niet toelaatbaar dat de algemene vergadering extra bestuurders of commissarissen benoemt, teneinde de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder of commissaris te kunnen overstemmen.

Wij zijn van mening dat uit de tekst en strekking van de regeling volgt dat het verbod tot ongedaanmaking van door de Ondernemingskamer getroffen voorzieningen ook voor de OK-bestuurders en OK-commissarissen zelf geldt (§ 31.6.7). Dat betekent bijvoorbeeld dat een raad van commissarissen die bestaat uit een of meer OK-commissarissen een OK-bestuurder evenmin kan schorsen. Voorts kan bijvoorbeeld een door de Ondernemingskamer benoemde beheerder van aandelen niet bewerkstelligen dat de algemene vergadering een OK-bestuurder of OK-commissaris ontslaat.

Uit het systeem van de enquêteregeling volgt onzes inziens dat het ongedaanmakingsverbod van art. 2:357 lid 3 BW niet alleen ziet op de benoeming bij eindvoorziening, maar ook op de benoeming bij onmiddellijke voorziening ex art. 2:349a lid 2 en lid 3 BW.¹⁵²

Partijen in een enquêteprocedure – waaronder een OK-bestuurder en OK-commissaris en een OK-beheerder van aandelen – kunnen de Ondernemingskamer wel verzoeken de aanstelling van een tijdelijke bestuurder of commissaris te beëindigen (§ 31.10.3).

31.10.3 *Ontslag van OK-bestuurder en OK-commissaris door Ondernemingskamer*

Een tijdelijke bestuurder of commissaris kan tussentijds worden ontslagen door de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer ontheft de tijdelijke functionaris dan uit zijn functie. De vennootschap is hiertoe niet bevoegd (§ 31.10.2). Het ontslaan van een tijdelijke bestuurder of commissaris door de Ondernemingskamer kwalificeert naar ons oordeel als een onmiddellijke voorziening ex art. 2:349a lid 2 en lid 3 BW. De Ondernemingskamer kan niet ambtshalve een onmiddellijke voorziening treffen.¹⁵³ Dit betekent dat de Ondernemingskamer alleen op verzoek kan ontslaan.¹⁵⁴ Dit verzoek kan worden gedaan door de oorspronkelijke verzoeker en belanghebbenden, waaronder de vennootschap en OK-functionarissen. Ook een OK-bestuurder of OK-commissaris kan dus het ontslag verzoeken van een medefunctionaris.

De Ondernemingskamer kan een tijdelijke bestuurder of commissaris ontslaan indien hij zijn werkzaamheden heeft voltooid, om andere redenen niet langer een functie heeft dan wel niet langer bereid of in staat is zijn functie te vervullen. Ontslag op deze gronden vindt vaak plaats op verzoek van de OK-functionaris (§ 31.10.4).

¹⁵² Evenzo Krop, Scholten & Verburgt 2015/2.2; Duynstee & Drenth 2021/3.

¹⁵³ Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/766.

¹⁵⁴ Evenzo Krop, Scholten & Verburgt 2015/2.3.

Het is ook mogelijk dat de Ondernemingskamer overgaat tot ontslag omdat de tijdelijke bestuurder of commissaris zijn taak niet naar behoren vervult.¹⁵⁵ Dit verzoek wordt doorgaans gedaan door een van de partijen; een verzoek door een OK-functionaris komt zelden voor.¹⁵⁶ De ontslagdrempel is hoog. Volgens de Novero-beschikking van de Hoge Raad ligt het ontslag van een OK-bestuurder of OK-commissaris alleen in de rede indien hij kennelijk onredelijk heeft gehandeld of, naar redelijkerwijs valt te verwachten, kennelijk onredelijk zal handelen.¹⁵⁷ De Ondernemingskamer lijkt in de HotShots-beschikking de lat wat lager te leggen, door te overwegen dat de OK-bestuurder moet worden vervangen omdat hij 'zijn taak, in het bijzonder op vennootschappelijk terrein, niet voldoende zorgvuldig heeft uitgeoefend'.¹⁵⁸ Wel past volgens de Ondernemingskamer bij de beoordeling van een ontheffingsverzoek terughoudendheid, die strookt met de ruime beoordelingsmarge die een tijdelijke bestuurder en commissaris 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 en de met haar verbonden onderneming geraden acht.¹⁵⁹ Gedwongen ontslag heeft tot op heden slechts eenmaal plaatsgevonden.¹⁶⁰

31.10.4 Ontslagname door OK-bestuurder en OK-commissaris

Een OK-bestuurder of OK-commissaris kan – evenals een gewone bestuurder en commissaris – zijn functie eenzijdig neerleggen. Hij kan, anders gezegd, ontslag nemen of aftreden.¹⁶¹ Ontslagname is onzes inziens ook mogelijk bij een aanstelling voor bepaalde tijd.

155 Bijv. OK 7 december 2020, *ARO* 2021/25; *JOR* 2021/60, m.nt. Duynstee (*HotShots*), r.o. 3.6 e.v., waarin de OK-bestuurder uit zijn functie werd ontheven omdat hij kort gezegd onvoldoende prioriteit gaf aan de financiering en daarmee de start van het onderzoek, onvoldoende informatie verstrekte aan betrokkenen, geen voorafgaande statutair vereiste goedkeuring aan de algemene vergadering vroeg voor bepaalde bestuursbesluiten en zijn verhouding met de OK-beheerder van aandelen, mede door deze gang van zaken, ernstig was verstoord.

156 In OK 7 december 2020, *ARO* 2021/25; *JOR* 2021/60, m.nt. Duynstee (*HotShots*), r.o. 3.3 werd het verzoek van een partij tot gedwongen ontslag van de OK-bestuurder ondersteund door de OK-beheerder van aandelen.

157 HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/389, m.nt. Van Schilfgaarde; *JOR* 2014/263, m.nt. Josephus Jitta (*Novero*), r.o. 3.4.2. Evenzo OK 17 mei 2021, *ARO* 2021/107 (*TRP*), r.o. 3.6. Hierover ook Duynstee 2018/3.3.

158 OK 7 december 2020, *ARO* 2021/25; *JOR* 2021/60, m.nt. Duynstee (*HotShots*), r.o. 3.20. Nog weer anders OK 1 oktober 2021, n.g. (*IHP*), r.o. 3.4, waarin wordt overwogen dat een OK-bestuurder kan worden ontslagen indien hij 'zijn taken kennelijk onzorgvuldig heeft vervuld of kennelijk onredelijk heeft gehandeld of, naar redelijkerwijze is te verwachten, zal handelen'.

159 Bijv. OK 18 oktober 2013, *ARO* 2013/159; *JOR* 2014/96 (*Greenchoice*), r.o. 3.3; OK 30 april 2018, *ARO* 2018/129; *JOR* 2018/213, m.nt. Eikelboom (*Hepta-G*), r.o. 3.5; OK 18 januari 2017, *ARO* 2017/18; *JOR* 2017/94, m.nt. Scholten (*ZED+*), r.o. 3.8. Zie ook OK 26 januari 2017, *RO* 2017/30; *JOR* 2017/95, m.nt. Scholten (*ZED+*), r.o. 3.3 waarin de enkele omstandigheid dat de OK-bestuurder betrokken is in een strafrechtelijk onderzoek en in dat kader is aangehouden voor verhoor, onvoldoende grond is voor toewijzing van het ontslagverzoek.

160 OK 7 december 2020, *ARO* 2021/25; *JOR* 2021/60, m.nt. Duynstee (*HotShots*), r.o. 3.6 e.v.

161 Evenzo Croiset van Uchelen 2008, p. 221.

Het is aan de OK-bestuurder of OK-commissaris zelf om te bepalen of hij wil aftreden. Redenen voor ontslagname kunnen bijvoorbeeld zijn persoonlijke omstandigheden (zoals tijdgebrek of ziekte), belangenverstremming, herstel van de verhoudingen,¹⁶² ontbinding van de vennootschap,¹⁶³ verkoop van de vennootschap,¹⁶⁴ een verstoorde verhouding met medebestuurders, medecommissarissen of aandeelhouders, een verstoorde verhouding met andere OK-functionarissen, aansprakelijkstelling, bedreiging of een andere belemmering van de taakuitoefening.¹⁶⁵

Een OK-bestuurder of OK-commissaris die zich geconfronteerd ziet met problemen binnen de vennootschap mag naar ons oordeel echter niet zonder meer direct aftreden. Van de OK-bestuurder of OK-commissaris mag worden verwacht dat hij eerst pogingen onderneemt om de problemen op te lossen of de gevolgen daarvan zoveel mogelijk te beperken en pas aftreedt indien deze pogingen vruchteloos blijken te zijn. Ook op dit punt is de taak van de OK-bestuurder en OK-commissaris vergelijkbaar met die van de gewone bestuurder en commissaris (§ 31.6.1).¹⁶⁶

Voor de effectuering van de ontslagname is naar onze mening niet vereist dat de vennootschap de ontslagneming heeft aanvaard¹⁶⁷ of dat de Ondernemingskamer de functionaris uit zijn functie ontheft.¹⁶⁸ Om te voorkomen dat de vennootschap en de Ondernemingskamer worden overvallen door het ontslag, dient de functionaris onzes inziens in beginsel een opzegtermijn in acht te nemen, althans de vennootschap en de Ondernemingskamer tijdig te informeren. In de praktijk doet de OK-bestuurder of OK-commissaris die ontslag wil nemen doorgaans aan de Ondernemingskamer het verzoek uit zijn functie te worden ontheven. De Ondernemingskamer voldoet in de regel aan een dergelijk verzoek (§ 31.10.3). Volgens de Ondernemingskamer is de enkele omstandigheid dat een tijdelijke functionaris een ontheffingsverzoek doet toereikend voor toewijzing van dat verzoek.¹⁶⁹

162 OK 29 oktober 2021, *ARO* 202/187 (*Dmarcian*), r.o. 3.1.

163 OK 11 december 2018, *ARO* 2019/42 (*Nijhuis Fabel*), r.o. 2.5-2.7.

164 OK 19 december 2018, *ARO* 2019/45 (*Kors*), r.o. 2.1-2.2.

165 Zie OK 5 juni 2015, *ARO* 2015/161 (*Leaderland*), r.o. 2.1-2.2 voor een geval waarin de OK-bestuurder uit zijn functie werd ontheven omdat hem het werk als bestuurder onmogelijk werd gemaakt.

166 Vgl. OK 28 december 2006, *RO* 2007/24; *JOR* 2007/67 (*KPNQwest*), r.o. 3.47, waarin het aftreden van de voltallige raad van commissarissen in financieel moeilijke tijden reden was voor twijfel aan een juist beleid, omdat het juist dan bij uitstek tot de taak van de raad van commissarissen behoort het bestuur van de vennootschap bij te staan en ter zake eigen initiatieven te ontwikkelen.

167 HR 8 december 1989, *NJ* 1990/452, m.nt. Maeijer (*DRC/Kennus*), r.o. 3.2; HR 15 april 2005, *NJ* 2005/483; *JOR* 2005/144, m.nt. Witteveen (*Bartelink/Ciris*), r.o. 3.5.4, waarin dit werd beslist ten aanzien van een gewone bestuurder.

168 Betoogd zou nog kunnen worden dat ontslagneming niet is geoorloofd, omdat de OK-functionaris daarmee het verbod om een voorziening ongedaan te maken overtreedt (art. 2:357 lid 3 BW; § 31.6.7). Wij zijn van mening dat het verbod – gelet op de strekking daarvan – niet ziet op ontslagneming.

169 OK 12 november 2019, *ARO* 2020/5; *JOR* 2020/146, m.nt. Scholten (*Vermeulen Food Group*), r.o. 3.1.

In de beschikking waarin de functionaris uit zijn functie wordt ontheven, kan de Ondernemingskamer een nieuwe tijdelijke bestuurder of commissaris aanwijzen.¹⁷⁰

31.11 Verantwoording, decharge en aansprakelijkheid van OK-bestuurder en OK-commissaris

31.11.1 Verantwoording door OK-bestuurder en OK-commissaris

De OK-bestuurder en OK-commissaris zijn – net als de reguliere bestuurder en commissaris – gehouden verantwoording af te leggen jegens de vennootschap.¹⁷¹ Zij zijn geen verantwoording verschuldigd aan de Ondernemingskamer.¹⁷² De Ondernemingskamer kan de tijdelijke bestuurders en commissarissen echter wel op grond van art. 2:357 lid 5 BW opdragen regelmatig aan de Ondernemingskamer verslag uit te brengen.¹⁷³ Deze bepaling verhoudt zich moeilijk met het uitgangspunt dat de tijdelijke bestuurder en commissaris autonoom zijn en dat de Ondernemingskamer afstand houdt van deze functionarissen (§ 31.6.2). In de praktijk maakt de Ondernemingskamer niet of nauwelijks gebruik van deze bevoegdheid.¹⁷⁴

Het is ook mogelijk dat een OK-bestuurder of OK-commissaris onderwerp wordt van een enquête, namelijk indien een onderzoek wordt gevraagd over de periode dat hij in functie was. In dat geval zal hij in de enquêteprocedure verantwoording kunnen afleggen.¹⁷⁵

31.11.2 Decharge van OK-bestuurder en OK-commissaris

Wij zijn van mening dat de algemene vergadering bevoegd is de OK-bestuurder en OK-commissaris decharge te verlenen voor de uitoefening van zijn taken.¹⁷⁶ De OK-bestuurder en OK-commissaris moeten immers verantwoording afleggen aan

170 Bijv. OK 28 juli 2010, *ARO* 2010/125 (*Weblimits*), r.o. 2.1 en 2.3; OK 15 december 2014, *ARO* 2015/44 (*Leaderland*), r.o. 2.

171 In gelijke zin Krop, Scholten & Verburgt 2015/6.3; Leijten, *JOR* 2013/136. Anders Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 4 oktober 2019, *JOR* 2019/277, m.nt. Broere (*Energie Concurrent*), r.o. 2.5, waarin wordt overwogen dat de OK-bestuurder geen verantwoording verschuldigd is aan de vennootschap, haar aandeelhouders of andere bij de vennootschap betrokken partijen.

172 Anders Croiset van Uchelen 2008/10.

173 Zie ook Croiset van Uchelen 2008/7.

174 Aldus ook par. 1.5.2 Stichting Rimari Praktijktips; Borrius 2018/3.4. Dit was in het verleden anders. Bijv. OK 24 juni 1982, *NJ* 1983/638, m.nt. Maeijer (*Huisdierencrematorium Stompwijk*), nr. V.1, waarin de OK-bestuurder wordt opgedragen halfjaarlijks verslag uit te brengen aan de Ondernemingskamer.

175 Bijv. OK 30 oktober 2013, *RO* 2014/22; *JOR* 2013/337, m.nt. Josephus Jitta (*Novero*), r.o. 1.1.

176 Evenzo Krop, Scholten & Verburgt 2015/6.3; Borrius 2018/3.4.

de vennootschap (§ 31.11.1). Indien de Ondernemingskamer een beheerder van de aandelen heeft benoemd (hoofdstuk 32), kan deze functionaris bewerkstelligen dat de OK-bestuurder en OK-commissaris worden gedechargeerd.

De Ondernemingskamer is niet bevoegd de door haar benoemde bestuurder en commissaris te dechargeren.¹⁷⁷ Soms geeft de Ondernemingskamer de functionarissen echter wel op een andere wijze enige mate van comfort, bijvoorbeeld door te overwegen dat een bepaalde handeling tot de bevoegdheid van de OK-bestuurder of OK-commissaris behoort en aldus de dreiging van een aansprakelijkstelling te verminderen (§ 31.6.2).

31.11.3 Aansprakelijkheid van OK-bestuurder en OK-commissaris

Voor de OK-bestuurder en OK-commissaris geldt in beginsel hetzelfde aansprakelijkheidsregime als voor reguliere bestuurders en commissarissen.¹⁷⁸ De taakuitoefening van reguliere bestuurders en commissarissen kan in volle omvang worden getoetst. Dit geldt ook voor OK-bestuurders en OK-commissarissen; zij hebben in beginsel dezelfde taken en bevoegdheden (§ 31.6.1). Van aansprakelijkheid van een OK-functionaris zal echter niet snel sprake zijn, omdat bij de beoordeling van zijn taakvervulling de moeilijke situatie waarin hij moet opereren zal worden meegewogen.¹⁷⁹

Er geldt een wettelijke uitzondering voor faillissementssituaties. In art. 2:138 lid 7 BW en art. 2:248 lid 7 BW is bepaald dat een aansprakelijkheidsvordering wegens onbehoorlijk bestuur ex art. 2:138 lid 1 BW en art. 2:248 lid 1 BW niet kan worden ingesteld tegen een OK-bestuurder.¹⁸⁰ De uitzondering is ingevolge art. 2:149 BW en art. 2:259 BW van overeenkomstige toepassing op OK-commissarissen, waardoor zij in faillissement evenmin op grond van art. 2:138 BW en art. 2:248 BW aansprakelijk kunnen worden gesteld voor onbehoorlijk toezicht.

Tot slot is van belang art. 2:357 lid 6 BW. De Ondernemingskamer kan op grond hiervan bepalen dat de vennootschap een OK-bestuurder of OK-commissaris de redelijke kosten van zijn verweer moet betalen ter zake de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling. Anders dan de onderzoeker

177 In gelijke zin OK 18 maart 2013, *ARO* 2013/57; *JOR* 2013/136, m.nt. Leijten (*De Orthopedische Schoenmakerij*), r.o. 2.3. Dit was in het verleden anders. Van 2006 tot 2013 was de Ondernemingskamer van oordeel dat alleen zij decharge kon verlenen. Zie OK 27 januari 2006, *ARO* 2006/34 (*Begemann*), r.o. 3.7; OK 31 maart 2006, *ARO* 2006/88; *JOR* 2006/181, m.nt. Josephus Jitta (*NIBO*), r.o. 2.2-2.3; OK 19 april 2007, *RO* 2007/52; *JOR* 2007/142, m.nt. Blanco Fernández (*Begemann*), r.o. 3.2; Eikelboom 2017/16.7.3.

178 *Kamerstukken II* 2011/12, 32887, 6, p. 3-4.

179 HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360, m.nt. Maeijer; *JOR* 1997/29 (*Staleman/Van de Ven*), r.o. 3.3.1. Bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, *JOR* 2020/140, m.nt. Josephus Jitta (*Vikariën*), r.o. 3.10-3.11.

180 Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, 7. Hierover in kritische zin T. Salemink, 'Onbevreesde OK-bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2018/1.

(art. 2:350 lid 3 BW; § 25.2.2), hebben de OK-bestuurder en OK-commissaris niet zonder meer recht op deze vergoeding; de Ondernemingskamer heeft een discretionaire bevoegdheid. Een redelijke uitleg van de bepaling brengt mee dat de Ondernemingskamer ook in andere gevallen dan aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling kan bepalen dat de door de OK-functionarissen te maken kosten van verweer voor rekening van de vennootschap komen.¹⁸¹ De vennootschap kan betaalde kosten van verweer niet verhalen op de OK-bestuurder of OK-commissaris indien deze in de aansprakelijkheidsprocedure wordt veroordeeld.¹⁸²

Zie uitgebreid over de aansprakelijkheid van OK-bestuurders en OK-commissarissen hoofdstuk 33.

31.12 Slotbeschouwing

De Ondernemingskamer kan in een enquêteprocedure bij wijze van onmiddellijke voorziening of eindvoorziening tijdelijke bestuurders en/of commissarissen benoemen. De OK-bestuurders en OK-commissarissen hebben in beginsel dezelfde taken en bevoegdheden als een gewone commissaris. De Ondernemingskamer kan de tijdelijke bestuurder of commissaris in afwijking van de wet en statuten bijzondere bevoegdheden toekennen. De benoeming van tijdelijke bestuurders en commissarissen is het belangrijkste instrument van de Ondernemingskamer om de doeleinden van het enquêterecht te realiseren en de meest veelvuldig door haar toegepaste voorziening. Er bestaat kritiek op de afwezigheid van toezicht op de OK-bestuurder en OK-commissaris, waardoor het lastig is de functionaris ter verantwoording te roepen.

Door een verharding van de enquêteprocedure en een toename van aansprakelijkstellingen van OK-bestuurders en OK-commissarissen staat het gebruik van dit waardevolle instrument en daarmee het enquêterecht in het algemeen onder druk. De wetgever zou kunnen overwegen de enquêteregeling aldus aan te passen, dat er enerzijds via de raadsheer-commissaris een vorm van toezicht op de OK-bestuurder en OK-commissaris wordt geïntroduceerd en anderzijds dat deze functionarissen beter worden beschermd tegen onwelgevallige acties van procespartijen. Beide onderwerpen hangen in die zin met elkaar samen, dat als procespartijen de mogelijkheid krijgen via de raadsheer-commissaris hun beklag te doen over een in hun ogen slecht functionerende OK-functionaris, zij wellicht minder snel zullen overgaan tot aansprakelijkstelling of andere acties die de werking van de enquêteprocedure kunnen belemmeren.

181 M.W. Josephus Jitta, in: C.D.J. Bulten, A.F.J.A. Leijten & M.L. Lennarts (red.), *T&C Ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, art. 2:357 BW.

182 *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 40.