

NOOT Gerechtshof Amsterdam  
8 juli 2019, nrs. 200.215.784/04 OK en 200.215.784/05 OK,  
ECLI:NL:GHAMS:2019:3182

In de onderhavige zaak (*D.E.M.*) komen de vermogensrechtelijke gevolgen van de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer weer aan de orde. De Ondernemingskamer (OK) is in een recente uitspraak van 30 april 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:1535 (*Bloembollenbedrijf*)) teruggekomen van haar eerdere opvatting dat een OK-beheerder als gevolg van de overdracht van aandelen ten titel van beheer bevoegd is alle aan die aandelen verbonden rechten uit te oefenen. In *D.E.M.* bevestigt de OK deze nieuwe rechtsopvatting. Verder is interessant de brede interpretatie die de OK aan art. 2:357 lid 6 BW geeft. De OK bepaalt dat de vennootschap de kosten van verweer van OK-functionarissen ter zake de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling én onrechtmatige daad betaalt.

### **Feiten**

Het gaat in deze enquêteprocedure om de besloten vennootschap D.E.M. D.E.M. is een houdstermaatschappij. De ondernemingsactiviteiten van D.E.M. zijn ondergebracht in verschillende deelnemingen. De aandelen in D.E.M. worden gehouden door drie aandeelhouders: meerderheidsaandeelhouder JKS, A en een Stichting Administratiekantoor. B is enig bestuurder van D.E.M. Tevens is B bestuurder en enig aandeelhouder van JKS. De STAK heeft certificaten van aandelen uitgegeven aan het management. Als gevolg van de uitgifte van nieuwe aandelen aan JKS verwatert het aandelenbelang van A van 20% naar 4,58%. D.E.M. en de diverse belanghebbenden zijn al enige tijd verwickeld in meerdere procedures bij de OK.

De OK beveelt op enig moment op verzoek van minderheidsaandeelhouder A een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van D.E.M. Bij wijze van onmiddellijke voorzieningen, vooralsnog voor de duur van het geding, schorst de OK B als bestuurder, wijst een OK-bestuurder aan en bepaalt dat de aandelen in D.E.M. ten titel van beheer zijn overgedragen aan de OK-beheerder. In haar tweedefasebeschikking stelt de OK vast dat uit het verslag van het onderzoek blijkt van wanbeleid bij D.E.M. en dat bestuurder B voor dit wanbeleid verantwoordelijk is. Bij wijze van voorziening ex art. 2:356 sub b en e BW en vooralsnog voor een periode van twee jaar schorst de OK B als bestuurder van D.E.M., benoemt dezelfde OK-bestuurder en draagt de aandelen ten titel van beheer over aan de reeds bekende OK-beheerder.

De OK-bestuurder sluit in zijn hoedanigheid van bestuurder van D.E.M. met A een vaststellingsovereenkomst waarbij wordt afgesproken dat D.E.M. de door A gehouden aandelen inkoopt. De OK-bestuurder beoogt daarmee – in het belang van D.E.M. – een einde te maken aan de voortslepende geschillen met betrekking tot de vennootschap. D.E.M. dient op 23 april 2019 een verzoek in tot ontheffing van de overdracht van de door A gehouden aandelen ten titel van beheer aan de OK-beheerder. D.E.M. is van mening dat A de door hem gehouden aandelen niet kan verkopen en leveren aan D.E.M. zolang die aandelen onder het beheer van de OK-beheerder vallen. Dit verzoek is in lijn met de (tot 30 april 2019) gangbare opvatting van de OK ten aanzien van de reikwijdte van de

voorziening overdracht van aandelen ten titel van beheer. De uitspraak in de kwestie van het *Bloembollenbedrijf* is gedateerd 30 april 2019.

***Reikwijdte bevoegdheid OK-beheerder – nieuwe opvatting***

Waar gaat het in de zaak rondom het *Bloembollenbedrijf* om? Daar zijn de eigenaren (twee broers) van een bloembollenbedrijf verwickeld in een enquête- en uitstotingsprocedure.

De aandelen zijn ten titel van beheer overgedragen aan een door de OK benoemde beheerder. In de uitstotingsprocedure verstrekt het bloembollenbedrijf documenten aan de deskundige ten behoeve van de waardebeoordeling van de aandelen. De verzoeker in de uitstotingprocedure vordert verstrekking van deze informatie die wel aan de deskundige maar niet aan hem is verstrekt. Het verweer in de uitstotingsprocedure luidt dat slechts de beheerder van de aandelen beschikkingsbevoegd is om een dergelijke exhibitie te vorderen. De OK oordeelt dat de overdracht van aandelen ten titel van beheer in het kader van een enquêteprocedure een rechtsfiguur *sui generis* is die niet verder gaat dan noodzakelijk is voor het daarmee beoogde doel, te weten (in het geval van het bloembollenbedrijf) het bevorderen van sanering en herstel van gezonde verhoudingen binnen de vennootschap. Dit brengt volgens de OK mee dat de aan de aandelen verbonden vennootschappelijke bevoegdheden (waaronder het vergaderrecht en het stemrecht) tijdelijk zijn overgedragen aan de beheerder, maar dat de aandelen niet in goederenrechtelijke zin tot het vermogen van de beheerder gaan behoren.

De aandeelhouder blijft beschikkingsbevoegd ten aanzien van de overige aandeelhoudersrechten (zoals het recht op dividend en rechten in het kader van de geschillenregeling en uitkoopprocedure) en dient daarom te worden ontvangen in zijn vordering tot verstrekking van de aan de deskundige overhandigde informatie. Verder benadrukt de OK dat haar nieuwe opvatting zowel geldt voor de op voet van art. 2:349a BW als voor de op de voet van art. 2:356 BW getroffen voorzieningen van overdracht ten titel van beheer. De OK stelt in rechtsoverweging 3.9: “(...) dat voor zover eerdere uitspraken blijk gaven van een andere opvatting omtrent de reikwijdte van de voorziening overdracht van aandelen ten titel van beheer, zij hiervan terugkomt (...)”

In D.E.M. verwijst de OK naar haar uitspraak in *Bloembollenbedrijf*. Zij is van oordeel (r.o. 3.17) “(...) dat het verzoek tot opheffing van de overdracht van de door A gehouden aandelen ten titel van beheer aan de OK-beheerder is gestoeld op de onjuiste rechtsopvatting dat de beheerder van aandelen, aan wie in het kader van een enquêteprocedure bij wijze van (onmiddellijke) voorziening aandelen ten titel van beheer zijn overgedragen, niet alleen het beheer over die aandelen verkrijgt, maar tevens beschikkingsbevoegd is om die aandelen te vervreemden.”

***Reikwijdte bevoegdheid OK-beheerder – oude opvatting***

Tot de uitspraak in *Bloembollenbedrijf* werd er in de literatuur levendig gediscussieerd over de opvatting van de OK dat een OK-beheerder beschikkingsbevoegd was ten aanzien van de bij hem in beheer gegeven aandelen (zie de noot van Leijten in «JOR» 2019/187 bij OK 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1535 (*Bloembollenbedrijf*) en Borrius e.a. (red.), Vereniging Corporate Litigation 2017-2018 (VDHI

nr. 152) 2018/11.4.1).

In een uitspraak in de *e-Traction*-kwestie (OK 8 september 2008 ECLI:NL:GHAMS:2008:BG9998, «JOR» 2009/127, m.nt. Josephus Jitta) en in de *Novero*-zaak (OK 30 oktober 2013 ECLI:NL:GHAMS:2013:4769, «JOR» 2013/337, m.nt. Josephus Jitta) is de OK nog van mening dat de OK-beheerder bevoegd is alle aan de aandelen verbonden rechten uit te oefenen, daarmee ook de certificering van de aandelen die in deze zaak had plaatsgevonden. Vanwege het gesloten stelsel van rechtsmiddelen heeft de Hoge Raad in zich in *e-Traction II* niet over het onderwerp van certificering van aandelen in het kader van een tijdelijke overdracht ten titel van beheer kunnen uitspreken (HR 23 maart 2012 ECLI:NL:HR:2012:BV1056, «JOR» 2012/141, m.nt. Josephus Jitta en Barkhuysen, *NJ* 2012/393, m.nt. Van Schilfgaarde). In zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad in de *e-Traction II*-zaak (13 januari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BV1056) besteedt Timmerman wel aandacht aan de cassatiemiddelen die zijn gebaseerd op schending van het in art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM neergelegde eigendomsrecht. In het algemeen is een inbreuk op het ongestoord genot van het eigendom slechts toegestaan in het algemeen belang, wanneer het voorzien is in de wet en mits de inbreuk proportioneel is. De overdracht ter certificering door de OK-beheerder is volgens Timmerman in beginsel mogelijk, echter, deze behoort niet langer te duren dan de duur van de voorziening. Timmerman meent (par. 3.33) dat de certificering in casu in strijd is met art. 1 EP EVRM, omdat deze voor onbepaalde tijd zou gelden. In die zin is de OK volgens Timmerman buiten de grenzen van art. 2:356 sub e BW getreden, omdat de oorspronkelijke aandeelhouder de certificering niet ongedaan kan maken. Timmerman refereert aan het gegeven dat de wetgever bewust een voorziening in de vorm van de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer aan art. 2:356 BW heeft toegevoegd (*Kamerstukken II* 1984/85, 18905, nr. 3, p. 28). Volgens de wetsgeschiedenis is de strekking van art. 2:356 sub e BW om door tijdelijke overdracht een impasse te doorbreken door het stemrecht voor een deel van de aandelen op een derde te doen overgaan. Dit geeft de mogelijkheid om bepaalde veranderingen in de vennootschap en/of haar onderneming te bewerkstelligen, waarna de betreffende aandelen weer worden overgedragen aan de oorspronkelijke aandeelhouder (par. 3.34 conclusie Timmerman). Overigens heeft de voorzieningenrechter in de Rechtbank Amsterdam in 2018 al zo zijn eigen opvattingen over de bevoegdheden van een OK-beheerder (Vzr. Rb. Amsterdam 26 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1166, «JOR» 2019/5, m.nt. F. Eikelboom (*Avinco*)). De voorzieningenrechter overweegt in deze zaak dat in het algemeen de persoon aan wie aandelen ten titel van beheer zijn overgedragen daaraan niet mede de bevoegdheid mag ontlenen deze aandelen op zijn beurt aan een derde in eigendom over te dragen.

### ***Nut voor de praktijk***

De nieuwe opvatting van de OK in *Bloembollenbedrijf* en *D.E.M.* schept duidelijkheid. Wanneer aandelen ten titel van beheer aan een OK-beheerder worden overgedragen, blijven de verschillende vermogensrechten ten aanzien van deze aandelen bij de aandeelhouder. Alleen de vennootschappelijke rechten komen toe aan de OK-beheerder. Volgens de OK

zijn het vergaderrecht en het stemrecht onder de vennootschappelijke rechten te vatten. Volgens Leijten (zie zijn noot onder *Bloembollenbedrijf*) behoort het agenderingsrecht ook daartoe. Een en ander betekent niet dat het tijdelijk karakter van de (onmiddellijke) voorziening, het eigendomsrecht van art. 1 EP EVRM en de discussie daarover aan belang inboet. Aandelen, maar ook de daaraan verbonden rechten kwalificeren als eigendomsrechten (Josephus Jitta refereert in zijn noot bij *e-Traction II* aan jurisprudentie van het EHRM op dit gebied). Daarom blijft de vraag actueel of een overdracht ten titel van beheer als (onmiddellijke) voorziening voldoet aan de eis van tijdelijkheid van art. 2:356 sub e BW en van proportionaliteit in de zin van art. 1 EP EVRM.

#### ***Kosten van verweer en reservering in escrow***

OK-functionarissen kunnen ter dekking van hun juridische kosten een beroep doen op art. 2:357 lid 6 BW. In de onderhavige zaak verzoeken de OK-functionarissen de OK te bepalen dat de vennootschap hun redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer betaalt ter zake van de vaststelling van aansprakelijkheid jegens de vennootschap, de aandeelhouders en de dochtervennootschappen vanwege onbehoorlijke taakvervulling en/of onrechtmatig handelen tijdens de tijdelijke aanstelling. De OK besteedt uitgebreid aandacht aan het feit dat OK-functionarissen in toenemende mate geconfronteerd worden met aansprakelijkstellingen. Zij moeten in de gelegenheid worden gesteld de taak waarvoor zij zijn benoemd uit te voeren zonder bang te hoeven zijn dat de kosten van verweer in het kader van een aansprakelijkstelling door henzelf moeten worden gedragen. Daarnaast merkt de OK droogjes op dat de OK haar functionarissen moet beschermen, omdat anders de poule van te benoemen functionarissen snel uitdunt.

In OK 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4379, *ARO* 2015/226, «JOR» 2016/60, m.nt. van Thiel (*Cunico Resources N.V.*) onderbouwt de OK haar beslissing om een bedrag in escrow te reserveren ook met de overweging dat OK-functionarissen moeten opereren in vijandige omstandigheden en de gerede kans bestaat dat zij aansprakelijk worden gesteld voor hun handelen. In deze zaak ziet het verzoek van de OK-functionarissen op het in escrow plaatsen van een bepaald bedrag “tot zekerheid van de kosten van advies en verweer in rechte”. De OK wijst het verzoek zonder uitgebreide motivering toe. Daarbij blijft, zoals Van Thiel terecht in zijn noot opmerkt, onduidelijk voor welke grondslagen van aansprakelijkstelling de reservering bedoeld is. De regeling van art. 2:257 lid 6 BW ziet immers slechts op de kosten van verweer ter zake van de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling.

In de onderhavige zaak besteedt de OK wel aandacht aan de wettekst van art. 2:357 lid 6 BW. De OK begrijpt deze tekst aldus dat het gaat om iedere aansprakelijkstelling – door de rechtspersoon of door derden – van de OK-functionarissen ter zake van de door hen uit hoofde van hun benoeming vervulde taak. De OK is van mening dat een redelijke toepassing van art. 2:357 lid 6 BW meebrengt dat ook de kosten van verweer ter zake van vorderingen op grond van onrechtmatige daad van met de rechtspersoon nauw verbonden partijen (zoals aandeelhouders en dochtervennootschappen) door de vennootschap moeten worden betaald. In een andere recente

uitspraak (OK 5 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2883, «JOR» 2019/222, m.nt. Broere) past de OK ook een doelgerichte interpretatie van art. 2:357 lid 6 BW toe. In deze zaak oordeelt de OK dat de vennootschap “met overeenkomstige toepassing van art. 2:357 lid 6 BW” en “voor zover nodig op de voet van art. 2:357 lid 2 BW” de kosten van verweer tegen tuchtklachten en strafrechtelijke aangiftes moet betalen die in verband met de enquêteprocedure worden gemaakt. Lid 6 van art. 2:357 BW is op 1 januari 2013 met de Wet aanpassing enquêterecht in werking getreden. Het was de bedoeling dat de regeling van lid 6 ervoor zou zorgen dat het makkelijker wordt om personen bereid te vinden om als OK-functionaris aan de slag te gaan. De Wet aanpassing enquêterecht is geëvalueerd door de Tilburg University (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2018/03/21/tk-bijlage-doelbereiking-en-effectiviteit-van-de-wet-aanpassing-enquete-maart-2018>). Uit de evaluatie blijkt dat het doel van de wet ten aanzien van de positie van OK-functionarissen niet bereikt lijkt te zijn. OK-functionarissen zouden nog steeds het risico van aansprakelijkstelling lopen. De OK lijkt met haar recente brede interpretatie van art. 2:357 lid 6 BW haar OK-functionarissen bij de uitoefening van hun taak verder te faciliteren. Dat is niet onverstandig, met het oog op de handhaving van een juiste toepassing van het enquêterecht en de bewaking van de effectiviteit van de in dat kader te treffen (onmiddellijke) voorzieningen (zie r.o. 3.18 van de uitspraak van de OK in de onderhavige zaak).

mr. A.M. Dumoulin-Siemens  
Ekelmans & Meijer Advocaten