

Benoeming van een ‘structuur- commissaris’ bij een niet- structuurvennootschap valt buiten artikel 2:356 BW

HR 1 maart 2002, RvdW 2002, 54

Inleiding

Bij arrest van 1 maart 2002 vernietigt de Hoge Raad de beschikking van de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam (hierna: OK) van 30 november 2000, waarbij de OK na geconstateerd wanbeleid als voorziening tijdelijk een commissaris had benoemd en had bepaald dat deze commissaris de bevoegdheden van een commissaris bij een structuurvennootschap toekomen. De Hoge Raad oordeelt dat de OK geen bijzondere, buiten de in artikel 2:250 BW toegekende

Dit artikel uit *Vennootschap & Onderneming* is gepubliceerd door Boom Juridisch en is bestemd voor anonieme bezoekers

bevoegdheden aan een op de voet van artikel 2:356 aanhef en sub c, BW aangestelde commissaris kan doen toekomen en stelt daarmee een grens aan de door de OK te treffen voorzieningen in een enquêteprocedure.

Procedure bij OK

De OK heeft op 8 oktober 1998 (JOR 1998, 167) een verzoek van twee van de minderheidsaandeelhouders tot het instellen van een enquête bij Zwagerman Beheer B.V. (hierna: de Vennootschap) toegewezen. Op basis van het verslag van het onderzoek heeft de OK bij beschikking van 30 november 2000 (JOR 2001, 4) vastgesteld dat er sprake was van wanbeleid. Dit wanbeleid bestond eruit dat de Vennootschap de belangen van de minderheidsaandeelhouders – in het bijzonder hun recht op informatie – in ernstige mate had miskend. De grondslag voor de beslissing vormde een drietal transacties tussen de Vennootschap en haar grootaandeelhouders, waarbij een ernstige belangenverstrengeling naar voren was gekomen. Teneinde dit gevaar van belangenverstrengeling tegen te gaan benoemde de OK voor de duur van een jaar een commissaris bij de Vennootschap. Deze commissaris werd door de OK voorzien van de bevoegdheden van een commissaris bij een structuurvennootschap. Voorts bepaalde de OK dat iedere transactie tussen de Vennootschap en (een van) haar meerderheidsaandeelhouders de voorafgaande goedkeuring van de door de OK aangestelde commissaris zou behoeven. Ten slotte heeft de OK de besluiten vernietigd die aan twee van de drie transacties ten grondslag lagen.

Arrest Hoge Raad

De Vennootschap heeft tegen de beschikking van de OK cassatie ingesteld, waarbij zij tegen de door de OK getroffen voorziening tot aanstelling van een tijdelijke commissaris als cassatiemiddel heeft aangevoerd dat de beschikking van de OK schending van het recht inhield door aan deze commissaris de bevoegdheden toe te kennen als bedoeld in afdeling 6, titel 5 van Boek 2 BW (d.w.z. de bevoegdheden die toekomen aan de raad van commissarissen van een structuurvennootschap). De Hoge Raad honoreert deze rechtsklacht van de Vennootschap en bevestigt dat artikel 2:356 BW een limitatieve opsomming bevat van de voorzieningen die de OK kan treffen. Meer in het bijzonder oordeelt de Hoge Raad dat aan een op de voet van artikel 2:356, aanhef en sub c, BW door de OK tijdelijk aangestelde commissaris geen bijzondere, naast de in de wet (art. 2:250 BW) vermelde bevoegdheden kunnen worden toegekend. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat de OK wel op grond van het bepaalde in artikel 2:356 sub d BW een

voorziening kan treffen waarbij tijdelijk van de statuten wordt afgeweken. In die zin voegt de Hoge Raad toe dat in afwijking van de statuten aan de commissaris bepaalde bevoegdheden worden toegekend. Echter, dit kunnen geen andere bevoegdheden zijn dan die de wet toelaat. Uit de in het cassatiemiddel aangevoerde feiten valt af te leiden dat Zwagerman Beheer B.V. geen structuurvennootschap is. De statuten voorzien wel in de mogelijkheid dat de algemene vergadering een raad van commissarissen instelt, maar hiervan is geen gebruik gemaakt. In deze context oordeelt de Hoge Raad dat de OK bij het toekennen van bijzondere bevoegdheden aan de door haar aangestelde commissaris niet kon volstaan met een verwijzing naar het bepaalde in afdeling 6, titel 5 van Boek 2 BW. Deze afdeling bevat immers een regeling betreffende de bevoegdheden van commissarissen bij een structuurvennootschap, waaronder de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders, welke regeling naar het oordeel van de Hoge Raad niet onverkort van toepassing kan worden verklaard op een door de OK aangestelde commissaris bij een vennootschap die niet onder die regeling valt.

Commentaar

Het was niet de eerste keer dat de OK bij wijze van voorziening in een enquêteprocedure een commissaris benoemt met de bevoegdheden van een raad van commissarissen bij een structuurvennootschap. In de procedure inzake Gebroeders Lagedijk BV (OK 23 november 2000, JOR 2001, 10) achtte de OK het eveneens noodzakelijk met het oog op herstel van de gezonde verhoudingen om bij wijze van voorziening een commissaris bij de vennootschap te benoemen en deze de bevoegdheden van een (raad van) commissaris(sen) bij een structuurvennootschap zoals bedoeld in afdeling 6, titel 5 van Boek 2 BW te geven. Dezelfde voorziening trof de OK in een andere procedure (OK 15 mei 2001, JOR 2001, 145), zij het dat het daar om een voorlopige voorziening op de voet van artikel 2:349a BW ging, waarbij de OK een ruimere bevoegdheid heeft en niet gebonden is aan de limitatieve opsomming van mogelijke voorzieningen in artikel 2:356 BW. Desalniettemin lijkt het mij dat de OK ook bij het treffen van voorlopige voorzieningen op grond van artikel 2:349a BW beperkt is door hetgeen de wet toelaat. Overigens moet in dit verband worden opgemerkt dat de onderneming in laatstgenoemde zaak – in tegenstelling tot Zwagerman Beheer B.V. – een ondernemingsraad had. Dit is in zoverre van belang dat op grond van artikel 2:267 BW een ‘gewone’ vennootschap bij haar statuten de taak en bevoegdheden van de raad van commissarissen kan regelen overeenkomstig

Dit artikel uit *Vennootschap & Onderneming* is gepubliceerd door Boom Juridisch en is bestemd voor anonieme bezoekers

die van een structuurvennootschap (art. 2:268-274 BW) indien zij een ondernemingsraad heeft ingesteld (vrijwillige toepassing van het structuurregime). De Hoge Raad heeft dit kennelijk in zijn overwegingen meegenomen door te oordelen dat de OK niet overkort de bevoegdheden van een 'structuurcommissaris' kan toekennen aan een door de OK bij wijze van voorziening aangestelde commissaris bij een vennootschap die niet onder de structuurregeling valt. De vraag blijft dan of de OK dit wel had gekund indien de Vennootschap een ondernemingsraad had gehad. Aanknopingspunt voor een bevestigend antwoord hierop zou men kunnen vinden in de uitspraak van de OK van 26 april 1972 (AA 1974, p. 118), waarbij door de OK tijdelijk een commissaris werd aangesteld, hoewel de statuten van de vennootschap niet voorzagen in een raad van commissarissen. Betoogd wordt dat op een dergelijke tijdelijk aangestelde commissaris dan de wettelijke bepalingen betreffende taak, bevoegdheden en verplichtingen van toepassing zijn (Asser-Maeijer 2-III, nr. 536, p. 821). In lijn hiermee zou kunnen worden verdedigd dat indien een vennootschap een ondernemingsraad heeft waarop de bepalingen van de Wet op de ondernemingsraden van toepassing zijn, de OK door middel van een tijdelijke afwijking van de statuten als voorziening een 'structuurcommissaris' bij die vennootschap zou kunnen benoemen. Die 'structuurcommissaris' zou dan de bevoegdheden in de artikelen 2:268-274 BW hebben.

Bovendien is het de vraag of de OK in de Zwagerman-enquête het wel noodzakelijk achtte alle bevoegdheden van een commissaris bij een structuurvennootschap aan de door haar benoemde commissaris toe te kennen en niet enkel heeft bedoeld te bepalen dat besluiten van de directie door de door haar aangestelde commissaris goedgekeurd zouden moeten worden. Naast het goedkeuren van bepaalde besluiten van de directie is de raad van commissarissen bij een structuurvennootschap immers bevoegd bestuurders te benoemen en te ontslaan (art. 2:272 BW), de jaarrekening vast te stellen (art. 2:273 BW) en andere commissarissen te benoemen (artikel 2:268 BW). Maatregelen die veelal geen tijdelijk, maar een definitief karakter hebben. Overeenkomstig het oordeel van de Hoge Raad in het hier besproken arrest zal de OK in toekomstige gevallen concreet dienen aan te geven welke specifieke bevoegdheden de door haar te benoemen commissaris heeft en van welke bepalingen in de statuten van de vennootschap daardoor tijdelijk wordt afgeweken. Zij kan dus niet enkel volstaan met een algemene verwijzing naar afdeling 6, titel 5 van Boek 2 BW. Overigens geldt ook dan dat de OK alleen tijdelijk statutaire afwijkin-

gen kan doen gelden, welke niet in strijd zijn met de dwingendrechtelijke bepalingen die de bevoegdheidsverdeling tussen diverse organen betreffen (vergelijk Asser-Maeijer 2-III, nr. 536, p. 822).

Zoals gezegd heeft de OK reeds bij eerdere beschikkingen bij wijze van voorziening een 'structuurcommissaris' benoemd. Tegen deze beschikkingen is geen cassatie ingesteld. In een andere beschikking benoemde de OK (OK 23 juni 1993, TVVS 1994, p. 277-279) een toezichthouder die tevens optrad als voorzitter van de directievergadering met beslissende stem. De annotator bij die uitspraak, IJsselmuiden, betoogde toen al dat de wet geen ruimte laat voor een dergelijke figuur van toezichthouder/directievoorzitter. Hiertegen werd echter eveneens geen cassatie ingesteld. Ook de hiervoor genoemde uitspraak (OK 26 april 1972, AA 1974, p. 118) waarbij de OK een commissaris benoemde, hoewel de statuten niet in een raad van commissarissen voorzagen, is nooit aan het oordeel van de Hoge Raad voorgelegd. Met het oog op het hiervoor besproken arrest waarbij de Hoge Raad duidelijk een grens stelt aan de vrijheid die de OK zich de laatste jaren heeft toegeëigend bij het treffen van voorzieningen, is het dan ook wenselijk dat de OK zich in toekomstige gevallen houdt aan de limitatieve opsomming van voorzieningen in artikel 2:356 BW, en dat daardoor de kans dat een door haar getroffen, wenselijk geoordeelde voorziening in cassatie ten onder gaat, wordt verkleind.

*Mr. G.C. de Heer
Stibbe*