

Begemann: tegenstrijdig belang en corporate opportunity

MR. E.M. SOERJATIN

Binnen een jaar na beëindiging van de door de Ondernemingskamer gelaste enquête in verband met de gang van zaken rondom het openbare bod van Sivex Agro NV (hierna: Sivex) op de aandelen A in Koninklijke Begemann Groep NV,¹ is deze vennootschap opnieuw onderwerp geworden van een enquête.² Wat ging er dit keer mis?

Voorgeschiedenis

In 2000 is besloten om over te gaan tot een gecontroleerde verkoop van de activa van Begemann waarbij de bestaande participaties zullen worden afgestoten, de overige activa te gelde zullen worden gemaakt en aldus vrijgekomen middelen op termijn aan de aandeelhouders A zullen worden uitgekeerd. Op 1 december 2005 is een biedingsbericht uitgegeven. Voor elk aandeel A Begemann bood Sivex een bedrag van € 1,00 in contanten en achttien aandelen in het aandelenkapitaal van Tulip Computers NV (hierna: Tulip). Circa 60% van het aandelenkapitaal in Tulip werd gehouden door Begemann en deze aandelen maakten nagenoeg het gehele actief van Begemann uit. De grootaandeelhouder van Begemann was president-commissaris bij Tulip en beschikte uit dien hoofde over kennis inzake Tulip waarover de andere aandeelhouders van Begemann niet beschikten. Het bod vertegenwoordigde een aanzienlijke discount ten opzichte van de intrinsieke waarde van de aandelen A in Begemann. Over het vermogen en de resultaten van Tulip was geen recente financiële informatie beschikbaar. Het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap hebben het bod onvoorwaardelijk en zonder *fairness*-opinie aan de aandeelhouders A aanbevolen. Nadat enkele minderheidsaandeelhouders bij de Ondernemingskamer hadden geklaagd over gebrek aan informatie en informatieasymmetrie, gelastte de Ondernemingskamer een enquête en benoemde zij een bestuurder en een commissaris die exclusief werden belast met het verdere beleid van Begemann met betrekking tot het openbare bod. Deze onmiddellijke voorziening werd enkele weken later beëindigd in verband met de gestanddoening en betaling door Sivex van het openbare bod op grond waarvan zij bijna 80% van de aandelen A in Begemann verwierf. De betaling van de achttien aandelen Tulip is gebeurd met de aandelen in Tulip die werden gehouden door Begemann en die door Sivex zijn gekocht tegen een koopprijs van in totaal € 15

miljoen. Sivex is deze koopprijs aan Begemann schuldig gebleven en heeft ter zake een bankgarantie ten behoeve van Begemann gesteld. Het enquêteverzoek werd een maand later ingetrokken. De twee verzoekers hebben overigens niet gereflecteerd op het bod van Sivex.

De gebeurtenissen leidend tot het nieuwe enquêteverzoek

Toen de in januari 2006 nieuw aangetreden bestuurder enkele maanden later alweer vertrok, werd een van de commissarissen (Jacobs) belast met het tijdelijke bestuur (tot aan de avo van 30 augustus 2006). De raad van commissarissen bestond gedurende die periode slechts uit één commissaris (Van Waeyenberge) die aandeelhouder was in Begemanns grootaandeelhouder Sivex. Via een persbericht op 7 september 2006 maakte Begemann bekend dat de voormalige bestuurder van Tulip en later adviseur van de raad van commissarissen van Tulip, tijdelijk de functie van bestuurder van Begemann zou waarnemen. Bij die gelegenheid is Van Waeyenberge als commissaris van Begemann afgetreden en is Jacobs weer commissaris geworden.

In de periode dat Van Waeyenberge als enig commissaris van Begemann fungeerde (mei–september 2006), hebben de volgende transacties en gebeurtenissen plaatsgevonden:

- i. Schikking van de claim van Bresser Management NV “tegen een niet nader te noemen bedrag”. Omdat Begemann ter betaling van die schikking geen gebruik kon maken van de door Sivex te harer behoeve gestelde bankgarantie van € 15 miljoen vanwege de klaarblijkelijk gemaakte afspraak dat dit bedrag gedurende vijf

1 OK 23 december 2005, *JOR* 2006/36; Vrzngr. CBb 27 december 2005, *JOR* 2006/37; CBb 5 januari 2006, *JOR* 2006/38, m.nt. Olden; OK 27 januari 2006, *ARO* 2006/34.
2 OK 28 december 2006, *ARO* 2007/6.

- jaar niet (direct) opeisbaar was, heeft Begemann 5 miljoen aandelen Tulip verkocht met een discount op de vigerende beurskoers.
- ii. Verkoop van 15 miljoen aandelen Tulip met dezelfde discount. Deze transactie vond plaats in anticipatie op de besluitvorming omtrent een – in het kader van de in 2000 voorgenomen exit-strategie – voorgenomen kapitaalvermindering op grond waarvan de aandeelhouders A deels in contanten deels in aandelen Tulip terugbetaald zouden worden. Dit voorstel tot kapitaalvermindering is overigens uiteindelijk niet in stemming gebracht.
 - iii. Goedkeuring door de meerderheid van de aandeelhouders A van een besluit tot kapitaalvermindering op grond waarvan ruim € 20 miljoen in contanten en 62 miljoen aandelen Tulip zijn uitgekeerd.
 - iv. Verkoop van 17,7 miljoen *warrants* op aandelen Tulip aan Sivex voor € 0,104 per stuk,³ zonder dat de minderheidsaandeelhouders zijn geconsulteerd of geïnformeerd en zonder dat een formele *fairness*-opinie is gevraagd. Evenmin zijn de minderheidsaandeelhouders of derde partijen in de gelegenheid gesteld een (concurrerend) bod op de warrants uit te brengen.

Voorts bleek Van Waeyenberge zich te hebben beziggehouden met een overname door Tulip van het Duitse Devil Computer (waardoor de omzet van Tulip bijna verviervoudigde). Na zijn aftreden als commissaris bij Begemann werd voorts bekend dat Begemann in overleg was getreden met het Amerikaanse Commodore Corporation over de overname van haar Nederlandse dochtervennootschap met de opbrengst waarvan Commodore Corporation, in overleg met Sivex, een belang in Begemann wilde verwerven. Dezelfde twee minderheidsaandeelhouders op wier verzoek de Ondernemingskamer eind 2005 een enquête gelastte, hebben zich weer tot de Ondernemingskamer gewend. Hun bezwaren hadden betrekking op:

- i. de governance van Begemann;
- ii. de belangenverstrengeling van Sivex en Van Waeyenberge; en
- iii. het gebrek aan openheid jegens de minderheidsaandeelhouders.

Dit laatste bezwaar vond onder meer zijn grond in de ontdekking dat Begemann meer dan dertig deelnemingen bleek te hebben die niet in haar eerdere jaarrekeningen waren vermeld.

Het oordeel van de Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer gaat ervan uit dat de belangen van Sivex en Van Waeyenberge (als dier economisch aan-

deelhouder) geacht moeten worden steeds parallel te lopen. Voorts heeft zij Van Waeyenberge aangemerkt als feitelijk beleidsbepaler van Begemann: als representant van de meerderheidsaandeelhouder heeft hij als lid van de raad van commissarissen toezicht gehouden op het bestuur van de vennootschap en heeft hij in zijn hoedanigheid van commissaris vanaf mei 2006 *de facto* ook beschikt over de toen opgevallen bestuurdersplaats.

In een dergelijke situatie heeft (het bestuur van) de vennootschap, aldus de Ondernemingskamer, een bijzondere zorgplicht jegens minderheidsaandeelhouders, die niet in het bestuur en het toezicht vertegenwoordigd zijn. Deze zorgplicht kent twee aspecten:

- het betrachten van openheid met betrekking tot al die gegevens waarop die minderheidsaandeelhouders als zodanig geen recht hebben; en
- in het bijzonder het voorkomen van een belangenvermenging.

Een dergelijke zorgplicht geldt temeer in een situatie als de onderhavige waarin:

- een voor de aandeelhouders best mogelijke wijze van exit door middel van vereffening van het vermogen van de vennootschap beoogd wordt;
- omtrent die vereffening verschillen van mening zijn gerezen;
- het vermogen van de vennootschap nagenoeg geheel bestond uit een belang in Tulip;
- Sivex haar belang in Tulip wenst uit te breiden.

Deze omstandigheden maken dat al vanaf het moment waarop Sivex haar meerderheidsbelang in Begemann verwierf “een acuut en niet te verwaarlozen risico” bestond dat zich een – onaanvaardbare – vermenging van belangen zou voordoen. Op de vennootschap rust dan de plicht om de bij haar onderneming betrokken belangen met een grote zorgvuldigheid uiteen te houden.

Tegen deze achtergrond heeft de Ondernemingskamer de bezwaren van verzoekers beoordeeld. In deze bijdrage laat ik het bezwaar ter zake het gebrek aan openheid buiten beschouwing.

Ad i. De governance van Begemann

Juist nu de minderheidsaandeelhouders belang hebben bij een financieel en commercieel optimale, transparante en controleerbare vereffening van het vermogen van Begemann, had de vennootschap ervoor moeten waken dat het bestuur en het toezicht daarop niet gedurende een langere periode dan strikt noodzakelijk in één hand, en wel in die van een met de meerderheidsaandeelhouder verbonden persoon, werd gelaten. Begemann heeft dat nagelaten en heeft in zoverre, aldus de Ondernemingskamer, gehandeld in strijd met de Nederlandse corporate governance code, onder meer de principes III.2 (onafhankelijkheid) en III.6 (tegenstrijdige belangen).

³ De uitoefenprijs van de warrants bedroeg € 0,22 per stuk; de beurskoers van het aandeel Tulip beliep € 0,334 in de periode van 4 tot 8 september 2006 en € 0,32 op 29 november 2006.

Ad ii. De belangenverstremgeling

De (potentieel) tegenstrijdige belangen van Sivex en de minderheidsaandeelhouders zijn niet, althans onvoldoende onder ogen gezien. Daaraan doet in de visie van de Ondernemingskamer niet af dat het voor Begemann als kleinere beursgenoteerde onderneming met een exit als doelstelling vanuit economisch oogpunt niet opportuun kan worden geacht om aan alle richtlijnen van de Nederlandse corporate governance code te voldoen. Ook in een dergelijk geval geldt de hiervoor omschreven zorgplicht. In dit kader heeft de Ondernemingskamer de verschillende transacties onder de loep genomen die onder de feitelijke leiding van Van Waeyenberge hebben plaatsgevonden.

Wat de verkoop van de 20 miljoen Tulip aandelen betreft, overweegt de Ondernemingskamer dat Begemann geen concrete motivering heeft gegeven voor de discount op de actuele beurskoers van Tulip, zodat niet kan worden vastgesteld dat deze op *at arm's length*-voorwaarden tot stand is gekomen, nog daargelaten dat voor deze verkoop geen dwingende reden bestond. Hetzelfde gaat op voor de verkoop aan Sivex van de warrants op aandelen Tulip. Daarbij geldt nog dat, nu daarom uitdrukkelijk was verzocht, Begemann de warrant-transactie niet had mogen aangaan zonder de minderheidsaandeelhouders te consulteren en over eventuele alternatieven te informeren. Ik heb niet de indruk dat de Ondernemingskamer hiermee een algemene plicht van de vennootschap tot overleg met of consultatie van haar aandeelhouders heeft willen introduceren. Het waren echter de in deze zaak spelende bijzondere omstandigheden die in de visie van de Ondernemingskamer die consultatie wel noodzakelijk maakten. Het ging daarbij om dezelfde omstandigheden als opgesomd in de inleiding van 'Het oordeel van de Ondernemingskamer'.⁴

De afhankelijke positie van Van Waeyenberge wordt met name bezien in het licht van de hiervoor genoemde warrant-transactie waaraan de overname van het Duitse Devil Computer vooraf was gegaan. Volgens de Ondernemingskamer bestaat gereede twijfel of Van Waeyenberge er met zijn handelwijze voor heeft gezorgd dat Begemann een *corporate opportunity* is misgelopen. Aannemelijk lijkt immers dat Van Waeyenberge, mede gelet op zijn leidende rol bij de Devil Computer-overname door Tulip, over zodanige informatie heeft kunnen beschikken dat hij verondersteld mag worden in staat te zijn geweest de gevolgen van die overname voor de omzet en resultaten van Tulip te beoordelen, terwijl daarover nog niets aan de markt was gecommuniceerd en dat hij Begemann ertoe heeft bewogen de warrants op Tulip aandelen aan Sivex te verkopen, die vervolgens (in plaats van Begemann) heeft kunnen profiteren van de aanzienlijke stijging van de waarde van deze warrants waardoor Begemann althans haar minderheidsaandeelhouders navenant zijn benadeeld.

Ten aanzien van de beoogde overname door Begemann van het 49%-belang in Commodore BV overweegt de Onder-

nemingskamer dat die overname op zich in lijn zou kunnen liggen van de exitstrategie. Volgens de Ondernemingskamer had het – vanwege de verschillende hoedanigheden van Van Waeyenberge en het risico van belangenverstremgeling – echter op de weg van de vennootschap gelegen om de minderheidsaandeelhouders, voorafgaand aan de onderhandelingen hierover en vóór de betrokkenheid van Sivex hierbij, volledige openheid van zaken te geven met informatie over de kennelijke samenhang tussen de transacties.

De Ondernemingskamer heeft een onafhankelijke bestuurder en dito commissaris benoemd die het verdere beleid van Begemann moeten vormen met betrekking tot het vreemden en het verwerven van activa dan wel het vereffenen van haar vermogen. Daarbij heeft zij overwogen dat deze functionarissen het onder meer tot hun taak mogen rekenen om (rechts)handelingen en besluiten die in het kader van de vereffening van het vermogen van Begemann sinds 14 oktober 2005 zijn verricht althans genomen, in rechte aan te tasten, zo zij dit ter bescherming/consolidatie van de belangen van de (minderheids)aandeelhouders geboden achten.

Enkele aspecten van de uitspraak nader bezien

Tegenstrijdig belang en de Nederlandse corporate governance code

Hoewel de Ondernemingskamer op het punt van de belangenverstremgeling verwijst naar de Nederlandse corporate governance code, plaatst zij haar oordeel niet in de context van die code, maar toetst zij de gebeurtenissen bij Begemann aan de door haar zelf in de jurisprudentie ontwikkelde zorgplicht, die zij vervolgens tot "minimale verplichting" bestempelt. Als ik de uitspraak goed begrijp, lijkt de Ondernemingskamer er in beginsel begrip voor te hebben dat een kleinere beursvennootschap met een exitstrategie niet (meer) aan alle richtlijnen van de Nederlandse corporate governance code kan voldoen, mits de ratio en strekking ervan, die weerspiegeld worden in de hiervoor genoemde zorgplicht, tot uitdrukking komen in de gedragingen van de vennootschap. Anders gezegd: *comply or explain* is niet voldoende. Wordt er niet 'gecomplied', dan wordt naast een 'explanation' een zorgvuldige handelwijze verwacht.⁵ Die handelwijze wordt vervolgens getoetst aan de in de jurisprudentie ontwikkelde normen op het gebied

⁴ Zie r.o. 3.9 van de uitspraak.

⁵ In het jaarverslag over 2003 is vermeld dat het voor Begemann als kleinere onderneming met beperkte activiteiten en de doelstelling haar participaties af te stoten en de overblijvende activa te gelde te maken, zeer waarschijnlijk is dat zij niet in staat onderscheidenlijk het voor haar uit economisch oogpunt onwenselijk kan zijn om aan alle richtlijnen van de Nederlandse corporate governance code te voldoen. In de jaarverslagen over 2004 en 2005 is ter zake van de corporate governance vermeld dat, gelet op de bijzondere positie waarin Begemann zich bevindt (zo spoedig mogelijk te gelde maken van alle activa en uitkering aan de aandeelhouders) het niet noodzakelijk lijkt in het jaarverslag een uitvoerig hoofdstuk op te nemen over toekomstige corporate governance van de vennootschap.

van tegenstrijdige belangen. Daarbij staat voorop dat er geen algemene plicht bestaat tot het voorkómen daarvan. Waar het op aankomt, is of de vennootschap op zorgvuldige wijze is omgegaan met tegenstrijdige belangen in het kader van de besluitvorming. Het verschaffen van een zo groot mogelijke openheid vormt daarbij een belangrijke waarborg. Deze zorgvuldigheid en openheid dienen ertoe om zelfs de schijn te vermijden dat het tegenstrijdige belang een rol heeft gespeeld bij de besluitvorming. De onderhavige uitspraak bevat geen opvallend nieuwe gezichtspunten ten opzichte van de eerdere jurisprudentie op dit gebied maar bevestigt de bekende normen, waaronder de norm dat:

- a. maximale openheid en transparantie vereist zijn;
- b. de informatieverstrekking tijdig en controleerbaar is. Uit die informatie moet blijken hetzij dat van een risico van belangenverstremgeling geen sprake is, hetzij dat dit risico onder ogen is gezien en dat en welke maatregelen zijn getroffen waardoor realisering van dat risico wordt uitgesloten. Het kan onder omstandigheden gewenst zijn dat een derde deskundige wordt ingeschakeld voor het afgeven van een *fairness*-opinie, een taxatie of een *at arm's length*-verklaring;
- c. de commissaris bij wie zich een tegenstrijdig belang voordoet, zich onder omstandigheden van deelname aan de besluitvorming dient te onthouden.

Corporate opportunity

Het Nederlandse recht kent geen vastomlijnde definitie van de uit het Anglo-Amerikaanse recht afkomstige corporate opportunity-doctrine. In de publicaties over dit onderwerp wordt deze leer omschreven als een mogelijkheid voor de vennootschap om een transactie (*business opportunity*) aan te gaan die past binnen het kader van haar (toekomstige) ondernemingsactiviteiten of die anderszins in verband staat met de activiteiten van de vennootschap.⁶ De corporate opportunity-problematiek speelt met name een rol wanneer een bestuurder of andere functionaris de gesignaleerde mogelijkheid ten behoeve van zichzelf in plaats van ten bate

van de vennootschap benut. De Nederlandse corporate governance code bevat op dit punt voor de bestuurder (maar opvallend genoeg niet voor de commissaris) een best practice-bepaling (II.3.1 sub d) die hem verbiedt om zakelijke kansen die aan de vennootschap toekomen voor zichzelf te benutten.

Het toe-eigenen van een corporate opportunity kan strijd opleveren met de loyaliteitsplicht van de bestuurder of commissaris, die inhoudt dat deze, gesteld voor de keuze tussen een eigen belang en het belang van de vennootschap, voorrang moet geven aan het laatste belang. Dit is een uitvloeisel van de plicht van deze functionarissen om zich bij hun taakuitoefening te richten naar het belang van de vennootschap en ligt besloten in de normen van art. 2:8 en 2:9 BW. Handelen in strijd met de corporate opportunitydoctrine kan leiden tot schadeplichtigheid jegens de vennootschap op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad, al dan niet in de vorm van schadevergoeding in natura (art. 6:103 BW) of van winstafdracht (art. 6:104 BW). In de kwestie Begemann bestond de corporate opportunity erin dat de vennootschap de warrants op Tulip-aandelen had kunnen uitoefenen en aldus had kunnen profiteren van de gunstige financiële positie waarin Tulip was komen te verkeren na de overname van het Duitse Devil Computer. Door de (vermoede) handelwijze van Van Waeyenberghe (zie 'Het oordeel van de Ondernemingskamer' (ii)) is Begemann deze corporate opportunity misgelopen.

De Ondernemingskamer heeft al eerder geoordeeld dat het aan de vennootschap onthouden van een corporate opportunity gegronde redenen kan opleveren om aan een juist beleid te twijfelen en in zoverre de corporate opportunity-doctrine erkend.⁸ Ook in die eerdere uitspraken ging het om een situatie waarbij tegenstrijdige belangen een rol speelden en er ernstig rekening mee moest worden gehouden dat het doorschuiven, respectievelijk het onthouden van de corporate opportunity het gevolg is geweest van een ontoelaatbare belangenverstremgeling. In de zaak die leidde tot de uitspraak in 2001 was als verweer aangevoerd dat de raad van commissarissen⁹ niet had ingestemd met het voorstel om de corporate opportunity ten behoeve van de vennootschap te verrichten. Vervolgens is deze acquisitie door de grootaandeelhouder aangegaan. De Ondernemingskamer was er echter niet van overtuigd dat het in het belang van de vennootschap is geweest dat deze acquisitie werd doorgeschoven naar de grootaandeelhouder. In de andere aangehaalde enquêteprocedure ging het om de als corporate opportunity aangeduide 'buitenkans' voor de vennootschap om een miljoenenvordering van de bank op haar dochtermaatschappij finaal te doen kwijten, althans over te nemen tegen betaling van € 2,1 miljoen. De bestuurder en een van de aandeelhouders van de vennootschap hebben deze miljoenenvordering echter aan hun eigen stichting laten overdragen tegen betaling van genoemd bedrag aan de bank. Hun verweer was onder meer dat de hiervoor genoemde 'buitenkans' zich enkel en alleen had kunnen voordoen dankzij door hen in privé met de bank

6 C.AE. Uniken Venema, 'Corporate opportunities; aspecten van loyaliteit in het kader van een onderneming naar Amerikaans en Nederlands recht', in B. Baardman e.a., *Jurist in bedrijf* (NGB-bundel), Deventer: Kluwer 1980, p. 158; A.F. Verdam, *Corporate Opportunities*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1 e.v.; J.D. Kleyn en S.G. Brummelhuis, 'Corporate Opportunities', *V&O*, januari 1993, aflevering 1, p. 6-8; L.G. Hoogerwerf, 'Corporate Opportunities: aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen voor het toe-eigenen van Corporate Opportunities', *V&O*, november 1999, aflevering 11, p. 134-135; C.S. Goedel, 'De positie van de minderheidsaandeelhouder in geval van belangenverstremgeling tussen de vennootschap en de meerderheidsaandeelhouder', *V&O*, april 2002, nr. 4, p. 67-69; D.R.A. Goris, 'Corporate opportunity leer aanvaard?', *V&O*, november 2006, nr. 11, p. 213-216.

7 Of voor zijn echtgenoot, geregistreerde partner of een andere levensgezel, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de tweede graad.

8 OK 31 augustus 2001, *JOR* 2001/208; OK 24 februari 2006, *JOR* 2006/125. Zie over de laatstgenoemde uitspraak: D.R.A. Goris, 'Corporate opportunity leer aanvaard?', *V&O*, november 2006, nr. 11, p. 213-216.

9 Waarvan de meerderheid was benoemd op voordracht van de meerderheidsaandeelhouder.

gemaakte afspraken. De Ondernemingskamer heeft echter vastgesteld dat uit die afspraken voor hen geen privé-aanspraak voortvloeide op overname van de betreffende schuld en concludeerde dat er ernstig rekening mee moest worden gehouden dat sprake is geweest van ontoelaatbare belangenverstrengeling.

Anders dan in de onderhavige uitspraak zijn de gevraagde voorzieningen in beide gevallen afgewezen. In het oudere geval was niet gebleken van het *structureel* doorschuiven van opportuniteiten; in het meer recente geval was het treffen van voorzieningen niet noodzakelijk met het oog op de toestand van de vennootschap en bestond er geen gegronde vrees voor een handelen dat niet zou kunnen worden geresseerd.

Aantasting rechtshandelingen door de tijdelijke bestuurder

Tot slot enkele opmerkingen over de opdracht die de Ondernemingskamer aan de door haar benoemde bestuurder heeft meegegeven: hij mag beslissen of besluiten of rechtshandelingen die zijn genomen of aangegaan in de periode vanaf 14 oktober 2005 aangetast moeten worden. Daarbij zou, naar ik aanneem, gedacht kunnen worden aan het terugdraaien van een of meer van de hiervoor genoemde transacties (de verkoop van 20 miljoen Tulip aandelen, het besluit tot kapitaalvermindering of de verkoop van de warrants op aandelen Tulip aan Sivex).

Aangezien iedere bestuurder (en dus ook de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder) de bevoegdheid heeft om besluiten van een vennootschapsorgaan te vernietigen op grond van art. 2:15 lid 1 BW, lijkt de onderhavige opdracht aan de bestuurder onnodig. Voorts komt deze opdracht mij om verschillende redenen ietwat voorbarig voor.

De bevoegdheid van de bestuurder om besluiten van een orgaan van een rechtspersoon te (laten) vernietigen moet berusten op de gronden van art. 2:15 lid 1 BW, te weten:

- a. wegens strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het totstandkomen van besluiten regelen;
- b. wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid ex art. 2:8 BW; en
- c. wegens strijd met een reglement.

Deze bevoegdheid gaat dus niet zo ver als de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om de maatregelen ex art. 2:356 BW te treffen na gebleken wanbeleid, waarbij zij niet gebonden is aan de vernietingsgronden van art. 2:15 BW en evenmin aan de in dat artikel genoemde verjaringstermijn. Door de nadrukkelijke aanwijzing van de Ondernemingskamer dat de tijdelijke bestuurder mag nagaan of besluiten/rechtshandelingen van na 14 oktober 2005 aangetast moeten worden, lijkt een voorschot te worden genomen op de uitkomsten van deze enquêteprocedure. Let wel: de beslissing op het enquêteverzoek zelve is nog niet eens genomen, zodat formeel nog niet is vastgesteld dat sprake is van gegronde twijfel aan de juistheid van het beleid van

Begemann dat een onderzoek rechtvaardigt,¹⁰ laat staan dat er een onderzoeksrapport ligt, waaruit van wanbeleid van Begemann blijkt en dat de basis zou kunnen vormen voor het treffen van maatregelen door de Ondernemingskamer op grond van art. 2:356 BW. De Hoge Raad heeft in de *Gucci*-uitspraak geoordeeld dat zonder onderzoek geen wanbeleid kan worden vastgesteld.¹¹ Zolang wanbeleid niet is vastgesteld, zijn de maatregelen ex art. 2:356 BW dus evenmin aan de orde.

Bovendien: als de Ondernemingskamer daadwerkelijk een enquête gelast, zal de daarbij te benoemen onderzoeker mogelijk hetzelfde onderzoek verrichten als de tijdelijke bestuurder met het risico van doublures of zelfs andere uitkomsten. Ook kan betoogd worden dat de tijdelijke bestuurder met een (te) zware verantwoordelijkheid wordt belast. In dit verband breng ik in herinnering dat de Ondernemingskamer er in de *Laurus*-enquête voor terugdeinsde

De Hoge Raad heeft in de *Gucci*-uitspraak geoordeeld dat zonder onderzoek geen wanbeleid kan worden vastgesteld.

om de onderzoekers tussentijds te laten rapporteren over de noodzaak en gerechtvaardigdheid van de *Casino*-transactie, omdat dit buiten het bestek van de onderzoekstaak viel.¹² Als dit al niet verlangd kan worden van een onderzoeker die zich door middel van een uitgebreid onderzoek – binnen het normatieve kader dat hij daarbij aanhoudt – een oordeel vormt over het beleid en de gang van zaken van de vennootschap, lijkt de (nadrukkelijke) verlening van de bevoegdheid tot het aantasten van rechtshandelingen of transacties aan een tijdelijke bestuurder helemaal een brug te ver. Bij de inmiddels gebruikelijke gang van zaken dat de Ondernemingskamer de bestuurder bij de beëindiging van zijn taak dechargeert,¹³ zal de bestuurder overigens geen baat hebben als hij nadien wordt aangesproken tot vergoeding van schade veroorzaakt door de uitoefening van zijn bevoegdheid tot aantasting van rechtshandelingen of besluiten van de vennootschap. Met Josephus Jitta ben ik van mening dat de door de Ondernemingskamer verleende kwijting geen rechtsgevolg kan hebben omdat alleen de aandeelhoudersvergadering van de vennootschap bevoegd is om op de voet van art. 2:101/210 BW decharge te verlenen.

Over de auteur

Mr. Ellen M. Soerjatin is advocaat bij DLA Piper NV.

10 In de uitspraak is bepaald dat het verzoek van verzoekers voor zover het strekt tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Begemann zal worden behandeld op een nader te bepalen terechtzitting en dat de vennootschap en Sivex tegen het verzoek in zoverre tot uiterlijk 1 februari 2007 een verweerschrift kunnen indienen.

11 HR 27 september 2000, *JOR* 2000/217, m.nt. Brink.

12 OK 22 mei 2002, *JOR* 2002/116.

13 Onder andere: OK 31 maart 2006, *JOR* 2006/181 (*NiBO*) m.nt. Josephus Jitta.