
Tussen wanbeleid, kostenverhaal en aansprakelijkheid

Inleiding

Op 4 april 2003 (JOL 2003, 204) heeft de Hoge Raad arrest gewezen in de aansprakelijkheidsprocedure Skipper Club Charter B.V. (hierna: SCC) tegen S. Jaarsma (hierna: Jaarsma). Het arrest, dat ziet op het onderscheid tussen wanbeleid en kostenverhaal enerzijds en aansprakelijkheid anderzijds, betreft een voorlopig sluitstuk van een reeks enquêteprocedures tussen partijen die in de literatuur de nodige aandacht heeft gekregen.

Voorgeschiedenis: de enquêteprocedures

Jaarsma heeft in 1975 een eenmanszaak opgericht met als voornaamste bedrijfsactiviteit de verhuur van motorjachten; daarnaast bouwde de onderneming boten voor de eigen vloot. In 1993 heeft Jaarsma met Bendsdorp en diens echtgenote een overeenkomst gesloten strekkende tot voortzetting en overname door laatstgenoemden van Jaarsma's onderneming. Partijen richtten tot dat doel een besloten vennootschap op, SCC, waarin de onderneming van Jaarsma werd ingebracht tegen uitgifte van f 420.000 aan cumulatief preferente aandelen en f 400.000 aan gewone aandelen. Deze aandelen werden gehouden door Jaarsma's persoonlijke holdingvennootschap Skipper Club Beheer B.V. Aan Breezij Holding B.V. (hierna: Breezij), de holdingvennootschap van Bendsdorp en zijn echtgenote, werd door volstorting a

pari voor f 400.000 aan gewone aandelen uitgegeven. Tussen partijen was overeengekomen dat het echtpaar Bendsdorp (i.e. Breezij) na drie jaar de aandelen SCC van Jaarsma's holdingvennootschap zou verwerven. De samenwerking verliep echter niet zoals partijen hadden verwacht. Bij beschikking van 2 november 1995 (zie commentaar van IJsselmuiden in TVVS 1996, p. 23-24) heeft de Ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van SCC en enkele onmiddellijke voorzieningen getroffen. Bij beschikking van 7 november 1996 heeft de Ondernemingskamer, op verzoek van Breezij, beslist dat over de periode van 1 januari 1995 tot 2 november 1995 van wanbeleid is gebleken bij SCC en tevens Jaarsma als bestuurder ontslagen per 1 november 1996, voorzover hij per die datum nog niet reeds was teruggetreden. Vervolgens heeft de Ondernemingskamer in haar beschikking van 27 maart 1997, op verzoek van SCC, ex artikel 2:354 BW beslist dat Jaarsma aan SCC de onderzoekskosten ad f 15.000 diende te voldoen. Uit het onderzoeksverslag was namelijk gebleken dat hij als bestuurder en meerderheidsaandeelhouder verantwoordelijk was voor het onjuiste beleid en de onbevredigende gang van zaken binnen de vennootschap (zie commentaar van Geerts in TVVS 1997, p. 155-157). Het cassatieberoep dat Jaarsma tegen deze OK-beschikking heeft ingesteld, is door de Hoge Raad verworpen bij arrest van 8 april 1998 (NJ 1999, 546; zie ook JOR 1998, 133 m.nt. Van Solinge en commentaar van Geerts in TVVS 1998, p. 144-146).

Onderhavige casus

In juli 1996 heeft Jaarsma SCC gedagvaard en vergoeding gevorderd van door hem gemaakte kosten van het notarieel vastleggen van een aandeelhoudersvergadering van SCC. SCC heeft in reactie daarop een reconventionele vordering ingesteld. SCC stelde in reconventie dat Jaarsma in de periode 1994-1996 als bestuurder van SCC ernstig tekort is geschoten en ex artikel 2:9 BW vorderde zij vergoeding van de daardoor gemaakte extra kosten (bijvoorbeeld accountantskosten en kosten van een milieuonderzoek). Ten bewijze van haar stelling beriep SCC zich in het bijzonder op de hiervoor genoemde enquêtebeschikkingen van de Ondernemingskamer van 7 november 1996 en 27 maart 1997.

Na tussenvonnissen van de Rechtbank Leeuwarden heeft het Hof Leeuwarden bij arrest van 2 mei 2001 de reconventionele vordering van SCC afgewezen en heeft het de zaak in conventie ter verdere afhandeling en beslissing naar de rechtbank verwezen. Het hof oordeelde dat de vorenbedoelde twee beschikkingen 'geen directe betekenis hebben' voor de in dit geding door SCC (in reconven-

tie) gestelde rechtsbetrekking tussen partijen. Immers, zo overwoog het hof, terwijl de onderhavige vordering van SCC er in hoofdzaak op is gegrond dat Jaarsma onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:9 BW zou hebben gepleegd, heeft de Ondernemingskamer in de beschikking van 7 november 1996 – kort gezegd – gezien of er bij SCC sprake was van wanbeleid in de zin van artikel 2:355 BW. In de beschikking van 27 maart 1997 inzake het kostenverhaal speelde vooral de vraag aan wie (in het bijzonder) het geconstateerde wanbeleid was te wijten. Het hof stelde daarbij nog vast dat de Ondernemingskamer haar oordeel dat van wanbeleid bij SCC in bijzonder Jaarsma een verwijt treft, niet alleen was gebaseerd op Jaarsma's in de beschikking van 27 maart 1997 genoemde optreden als bestuurder, maar ook op diens optreden als (groot)aandeelhouder. Een op artikel 2:9 BW gegronde aansprakelijkheid kon volgens het hof slechts worden aangenomen in het geval de betrokken bestuurder als zodanig (en derhalve niet als aandeelhouder) zo onmiskenbaar en duidelijk in de vervulling van zijn taken was tekortgeschoten, dat daarover geen redelijk oordelend ondernemer zou kunnen twijfelen. Aan de hand hiervan oordeelde het hof vervolgens dat door SCC onvoldoende was gesteld om aan te nemen dat Jaarsma aansprakelijk was ex artikel 2:9 BW jegens SCC, en wees het de vordering af. SCC stelde daarop cassatieberoep in.

SCC bracht in cassatie drie middelen in stelling tegen het arrest van het hof. Middel 3 blijft in dit artikel geheel buiten beschouwing. Middel 2 klaagde dat het hof met betrekking tot artikel 2:9 BW een onjuiste maatstaf heeft aangelegd. De Hoge Raad oordeelt hierover dat het lijkt alsof het hof inderdaad een onjuiste, want: te strenge, maatstaf heeft gebruikt, maar dat uit het arrest niet geheel duidelijk wordt welke maatstaf het hof precies heeft gebruikt. In zoverre slaagt deze cassatiegrond, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad verwijst voor de juiste maatstaf naar zijn arrest van 29 november 2002 (RvdW 2002, 195 en JOR 2003, 2, besproken door M.J.A.E. Rijssenbeek in V&O 2003, p. 30-32). Dit aspect van het arrest blijft voor het vervolg van dit artikel buiten beschouwing. Middel 1 betoogde, zakelijk weergegeven, dat het hof ten onrechte voorbij is gegaan aan de beschikkingen van de Ondernemingskamer, waarin respectievelijk wanbeleid is geconstateerd bij SCC en de onderzoekskosten zijn verhaald op Jaarsma. De Hoge Raad oordeelt, met de A-G, dat dit middel uitgaat van een onjuiste lezing van de desbetreffende rechtsoverweging van het hof. Het hof heeft, volgens de Hoge Raad, immers in zijn oordeel 'tot uitdrukking gebracht dat die beschikkingen niet (tevens) bindend doen vaststaan dat [Jaarsma] aansprakelijk is op de voet van art. 2:9 BW. Dit oordeel is juist.' (zie r.o. 3.4)

Commentaar

Indien wanbeleid bij een vennootschap wordt geconstateerd, betekent dit niet dat *daarmee* tevens vaststaat dat de individuele bestuurders en/of commissarissen hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld als bedoeld in artikel 2:9 of 2:138 en 2:248 BW (zie Asser-Maeijer 2-III, 2000, nr. 336). De Ondernemingskamer is ook niet bevoegd om te oordelen over de persoonlijke aansprakelijkheid van functionarissen voor de gevolgen van het geconstateerde wanbeleid, zoals de Hoge Raad heeft uitgemaakt in r.o. 4.1.3 van zijn arrest van 4 juni 1997 (Text Lite), NJ 1997, 671. De Ondernemingskamer overwoog eerder al in de Bredero-enquête dat de ter vaststelling van de persoonlijke aansprakelijkheid aangezochte rechter zelfstandig zal moeten beoordelen in hoeverre het in de beschikking uitgesproken oordeel omtrent wanbeleid van de vennootschap van betekenis is voor die aansprakelijkheid (OK 7 december 1989 (Bredero), NJ 1990, 242, r.o. 4.13.5). Dit neemt niet weg dat in enquêtezaken reeds aan de orde komt of en in welke mate individuele bestuurders en/of commissarissen betrokken zijn geweest bij en verantwoordelijk zijn voor een mogelijk te constateren wanbeleid. Dit 'neveneffect' van enquêteprocedures is onderkend door de Hoge Raad in zijn arresten inzake Ogem (HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 m.nt. Ma, r.o. 4.1) en Text Lite (r.o. 4.1.1). Het meest in het oog springende voorbeeld van de 'individualisering van wanbeleid' in een enquêteprocedure is de regeling inzake kostenverhaal ex artikel 2:354 BW. Op grond van deze wetsbepaling kan de Ondernemingskamer bepalen dat de onderzochte vennootschap *de kosten* van het onderzoek – die ingevolge artikel 2:350 lid 3 BW door de vennootschap moeten worden betaald – kan verhalen op individuele bestuurders of commissarissen (of werknemers) indien uit het onderzoeksverslag blijkt dat zij verantwoordelijk zijn voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de vennootschap (dit lijkt overigens een lichtere toets dan 'wanbeleid'). Een dergelijk kostenverhaal op bestuurders en/of commissarissen kan mijns inziens moeilijk anders worden gezien dan dat het in feite gaat om een schadevergoeding wegens persoonlijke verwijtbaarheid. Daar komt bij dat in een procedure omtrent kostenverhaal de vennootschap als verzoekende partij optreedt en de individuele bestuurders en commissarissen als verwerende partijen, zoals dat ook in een aansprakelijkheidsprocedure het geval zal zijn. Dat ligt anders bij de procedure die tot het oordeel wanbeleid leidt (of niet), want daarin is de vennootschap verweerder en is de individuele bestuurder of commissaris in beginsel geen partij. Zie in dit verband voorts de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens d.d. 19 maart 2002 inzake Text Lite (JOR 2002,

127 m.nt. De Kluiver). In de VHS-zaak (HR 16 augustus 1996, NJ 1997, 37 m.nt. Ma) oordeelde de Hoge Raad in r.o. 3.3.2 dat vanwege het bestaan van deze specifieke kostenregeling, de algemene aansprakelijkheidsregeling van artikel 2:9 BW niet meer aan bod komt in het kader van de beoordeling van de vraag wie de kosten van het onderzoek moet(en) dragen. Indien de regeling inzake kostenverhaal inderdaad rechtens moet worden geduid als een 'lex specialis' van artikel 2:9 BW – zoals de A-G onomwonden stelt in paragraaf 8.3 van zijn conclusie voor de VHS-uitspraak – dan staat dit op gespannen voet met de gedachte dat de Ondernemingskamer zich niet, ook niet indirect, uitlaat over de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Mede hierom is dan ook gepleit om de procedure van kostenverhaal te schrappen uit het enquêterecht (zie o.a. G. van Solinge, Tussen wanbeleid en aansprakelijkheid, in: Drie Nijmeegse redes, 1998, p. 57; zo ook P. van der Vlis, TVVS 1997, p. 227-230). In aanvulling op het voorgaande kan nog gewezen worden op de mogelijkheid van de Ondernemingskamer om ex artikel 2:356 BW voorzieningen te treffen ten laste van individuele bestuurders en/of commissarissen (zie r.o. 4.1.2 van de Text Lite-uitspraak van de Hoge Raad). Het gaat dan in het bijzonder om de vernietiging van decharge-besluiten van de aandeelhoudersvergadering. Ook in zo'n geval immers geeft de Ondernemingskamer een oordeel over de (kwijting van) aansprakelijkheid van individuele bestuurders en/of commissarissen. Bij een ontslag of schorsing door de Ondernemingskamer ex artikel 2:356 aanhef en sub b BW hoeft de beoordeling van het functioneren van betrokkenen niet aan de orde te zijn gekomen, nu de voorziening door de Ondernemingskamer enkel getroffen kan zijn teneinde uit een bestuurlijke impasse te geraken.

Voor de praktijk is met name relevant dat kostenverhaal ex artikel 2:354 BW gebruikt lijkt te worden als opstap of aanloop voor een persoonlijke aansprakelijkheidsstelling van functionarissen (zie Maeijer in zijn noot onder de Text Lite-uitspraak van de Hoge Raad). Dit geldt overigens ook voor de constatering van wanbeleid bij de vennootschap, zij het dat die vaststelling niet, althans minder, toegesneden zal zijn op individuele functionarissen en in dat opzicht derhalve minder bruikbaar. Ook in de onderhavige casus beriep SCC zich op de vaststelling wanbeleid en het kostenverhaal. In de Ogem-zaak heeft de Hoge Raad weliswaar overwogen dat de vaststelling wanbeleid door de Ondernemingskamer – behoudens cassatie – bindende kracht heeft voor de bestuurders en commissarissen die in de enquêteprocedure zijn verschenen en verweer hebben gevoerd, maar heeft de Hoge Raad tegelijkertijd bepaald dat daarmee niet tevens is

vastgesteld of en in hoeverre dat wanbeleid aan ieder van hen verweten kan worden (r.o. 5). De laatste zinsnede is van belang voor functionarissen van vennootschappen waarin wanbeleid is vastgesteld. In de Verto-zaak (Hof Den Haag 6 april 1999, JOR 1999, 142 m.nt. Van Solinge) heeft het hof in een aansprakelijkheidsprocedure tegen bestuurders en commissarissen dit punt uitgewerkt. Het hof bepaalde namelijk dat ongeacht het in een enquêteprocedure gegeven oordeel van de Ondernemingskamer over wanbeleid of geen wanbeleid, de aangezochte rechter in een aansprakelijkheidsprocedure zelfstandig zal moeten toetsen in welke mate het uitgesproken oordeel van de Ondernemingskamer van betekenis is voor de individuele rol en aansprakelijkheid van een functionaris. Het oordeel van de Ondernemingskamer over wanbeleid speelt wel in *bewijsrechtelijke* zin een belangrijke rol. Tegen dit arrest is destijds geen cassatie ingesteld.

Het belang van de onderhavige uitspraak is nu daarin gelegen dat ook de Hoge Raad in een aansprakelijkheidsprocedure – en dus niet in een enquêteprocedure – expliciet heeft uitgemaakt dat het feit dat de Ondernemingskamer wanbeleid heeft geconstateerd, én heeft bepaald dat de vennootschap terzake verhaal kan nemen op een bestuurder voor de kosten van de enquête, niet (tevens) bindend doet vaststaan dat de desbetreffende bestuurder zijn taken onbehoorlijk heeft vervuld in de zin van artikel 2:9 BW. Daarmee draagt de uitspraak bij aan de wenselijk te achten afbakening tussen wanbeleid en eventueel kostenverhaal enerzijds en aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen anderzijds.

*Mr. W.D. de Boer
Stibbe*
