

240. Het speelveld van de OK-bestuurder

MR. M.W.E. EVERS EN MR. S.J. ALTENA

In de ondernemingsrechtpraktijk worden allerhande geschillen rondom naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid – en in mindere mate: stichtingen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen – beslecht door middel van een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (de "OK"). Indien sprake is van gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid of een juiste gang van zaken, kan de OK, op schriftelijk verzoek van degenen die daartoe op grond van art. 2:346 BW bevoegd zijn, een onderzoek gelasten. Tevens kan de OK in dat geval, op verzoek, voor ten hoogste de duur van het geding onmiddellijke voorzieningen treffen. Na dit ingrijpen kan worden gewerkt aan een duurzame oplossing voor het geschil. De door de OK meest getroffen (onmiddellijke) voorziening is de benoeming van een tijdelijk bestuurder (de "OK-bestuurder"¹): in 2021 stelde de OK 26 keer een OK-bestuurder aan bij een rechtspersoon (al dan niet in combinatie met schorsing of ontslag van de zittende bestuurder(s)).² Over die aanstelling en het speelveld waarop deze OK-bestuurder zich begeeft, gaat onze bijdrage.³

1. Juridisch kader taakvervulling

Het juridisch kader waarbinnen de OK-bestuurder acteert is in de jurisprudentie steeds verder vormgegeven.⁴ De OK-bestuurder heeft dezelfde bevoegdheden en verantwoordelijkheden als een 'gewone' bestuurder, met dien verstande dat de OK de OK-bestuurder aanvullende of afwijkende bevoegdheden kan toekennen. In de praktijk houden dergelijke aanvullingen of afwijkingen in dat de OK-bestuurder – in afwijking van wet of statuten – een

doorslaggevende of beslissende stem krijgt,⁵ of dat hij als enige de rechtspersoon zelfstandig kan vertegenwoordigen en/of dat de rechtspersoon zonder deze bestuurder niet kan worden vertegenwoordigd.⁶

De OK-bestuurder verricht zijn taken in beginsel zelfstandig

Bij de uitoefening van zijn taak staat de OK-bestuurder op afstand van de OK. De OK-bestuurder verricht zijn taken in beginsel zelfstandig. Dit betekent ook dat de OK (mogelijk uitzonderingen daargelaten)⁷ geen concrete instructies geeft aan de OK-bestuurder. Net als de 'gewone' bestuurder richt de OK-bestuurder zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming.⁸ De OK-bestuurder kan, indien

1 Uitsluitend vanwege het woordgeslacht van het zelfstandig naamwoord 'bestuurder' gebruiken wij in het navolgende mannelijke verwijzingswoorden in relatie tot de OK-bestuurder.
 2 In het Jaarverslag Ondernemingskamer 2021 wordt bij dit aantal geen onderscheid gemaakt tussen een aanstelling bij wijze van onmiddellijke voorziening en een aanstelling bij wijze van voorziening ex art. 2:356 BW.
 3 In het kader van transparantie wordt opgemerkt dat (een van) de auteurs betrokkenheid hebben (gehad) bij diverse zaken die in deze bijdrage aan de orde komen.
 4 OK 11 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4525, r.o. 3.9, JOR 2014/36, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Jeemer en Meromi*); OK 30 oktober 2013, JOR 2013/337, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Novero*); HR 11 juli 2014, NJ 2014/389, m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2014/263 (*Novero II*); G.C. Makink, 'De verhouding tussen OK-functionarissen en de OK; een latrelatie in het ondernemingsrecht', in: C.D.J. Bulten, e.a. (red.), *Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta (Serie Van Der Heijden Instituut deel 133)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 253-262; F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure (diss. Rijksuniversiteit Groningen; Serie IVOR)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 16.3 en 16.5-16.8.

5 Bij een beslissende stem bepaalt de OK-bestuurder de uitslag van de stemming, ongeacht de stemmen van de andere bestuurders. Bij een doorslaggevende stem geeft de stem van de OK-bestuurder de doorslag indien de stemmen staken. Zie o.a. OK 21 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3232, JOR 2022/10, m.nt. T. Saleminck (*Sogestran Shipping*).
 6 Zie bijv. OK 8 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:305, JOR 2021/179, m.nt. M.W. Josephus Jitta; OK 21 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4100, ARO 2022/28, r.o. 4.17 (*Top Taste Holding*).
 7 OK 11 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4525, r.o. 3.1, JOR 2014/36, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Jeemer en Meromi*).
 8 *Kamerstukken II* 2011/12, 32887, nr. 6, p. 3-4.

het belang van de rechtspersoon dit vergt, maatregelen treffen met blijvende of onomkeerbare gevolgen, ondanks de tijdelijke aard van de aanstelling.⁹

De OK geeft soms wel richting aan de OK-bestuurder. Vrij uitgebreid, en op voorhand, gebeurde dit in de zaken *Jeemer en Meromi*, betreffende het Slotervaartziekenhuis.¹⁰ De OK gaf een opsomming van feiten en omstandigheden die de OK-bestuurder in ieder geval diende te betrekken bij de afweging omtrent de beslissing een overeenkomst tot verkoop van het ziekenhuis al dan niet te ontbinden. De OK merkte o.a. de wijze van totstandkoming van de koopovereenkomst, en de mate waarin zich een noodsituatie voordeed en het voortbestaan van het Slotervaartziekenhuis daadwerkelijk zou worden bedreigd indien de koopovereenkomst zou worden ontbonden, als dergelijke feiten en omstandigheden aan. Voorbeelden van meer vrijblijvende suggesties zijn de overwegingen in de zaken *dmarcian Europe* (waarin de OK opnam dat de OK-bestuurder het tot zijn taak mocht rekenen duidelijkheid te verkrijgen bij wie intellectuele eigendomsrechten op software (applicaties) berusten),¹¹ en *Aptitude Health* (inhoudende dat de OK-bestuurder kon bezien hoe het bestuur van de (klein) dochtervennootschappen zou worden ingevuld).¹² De standaardformulering van de OK bij dergelijke suggesties is dat de bestuurder iets ‘tot zijn taak mag rekenen’.

Indien sprake is van een concern waarbij de moedermaatschappij tevens bestuurder is van de dochtermaatschappijen, wordt de OK-bestuurder als gevolg van zijn aanstelling bij de moedermaatschappij indirect ook bestuurder van de dochters. Indien dit niet het geval is, en de dochtermaatschappijen een zelfstandig bestuur hebben, kan het voor de OK-bestuurder soms lastig zijn grip te krijgen op de onderneming. Wanneer bijvoorbeeld de dochters worden bestuurd door (een vertegenwoordiger van) een van de strijdende aandeelhouders of door de bestuurder die bij de moeder is geschorst, kan dit een weerslag hebben op de omgang met de moedermaatschappij die wordt bestuurd door de OK-bestuurder. Dit kan nog lastiger zijn als sprake is van buitenlandse dochters waarmee de strijdende partijen de druk op de OK-bestuurder verhogen een bepaalde richting te kiezen. Bedacht dient te worden dat de moedermaatschappij – waar de OK-bestuurder is benoemd – niet zelden voor haar financiering en het verkrijgen van informatie afhankelijk is van (het bestuur van) de dochtervennoot-

schappen.¹³ Overigens heeft de OK in een van de beschikkingen inzake *Deus Ex Machina (D.E.M.)* bepaald dat een OK-bestuurder die is aangesteld bij de moedermaatschappij – ook buiten de aandeelhoudersvergadering – gerechtigd is tot informatie over de gang van zaken in de dochtervennootschappen met het oog op het door de moedermaatschappij te voeren beleid.¹⁴

2. Lastige omstandigheden

Op grond van art. 2:349a BW kan de OK onmiddellijke voorzieningen treffen indien dit, gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie zijn betrokken, is vereist in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek. Deze maatstaf maakt reeds duidelijk dat een bij wijze van onmiddellijke voorziening aangestelde OK-bestuurder niet onder normale omstandigheden opereert. Vaak is sprake van een diepgeworteld conflict en wantrouwen tussen de diverse betrokken partijen, terwijl juist drastische veranderingen moeten worden doorgevoerd in het belang van de onderneming.

Indien de OK wordt gevraagd zich te buigen over de (voorgenomen) handelwijze van een OK-bestuurder, betreft zij de lastige omstandigheden waarin de OK-bestuurder opereert stevast in haar oordeel.¹⁵ In de zaak *Hepta G* verwoordde de OK het aldus:

‘De omstandigheden waaronder [OK-bestuurder] zijn taken als door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder van Hepta G dient uit te oefenen, zoals de voortdurende ruzie tussen de aandeelhouders, de frequente afwezigheid van medebestuurder MediaPub/Sak en de financiële situatie van Hepta G, zijn problematisch te noemen. De Ondernemingskamer zal de verwijten die MediaPub aan [de OK-bestuurder] maakt mede in dit licht beoordelen.’¹⁶

Betreuenswaardig is dat OK-bestuurders in de praktijk te maken kunnen krijgen met tegen hen persoonlijk gerichte intimiderende acties of gedragingen. In de zaken *Prien Holding* en *Gravier E. Beheer* was aannemelijk geworden dat jegens de OK-bestuurder sprake was van ‘*intimidatie en obstructie*’, en dat de OK-bestuurder ‘*fysiek geïntimideerd*’ was. De OK-bestuurder was blijkens de uitspraak tijdens zijn verblijf in Spanje zelfs gevolgd door een privé-

9 HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, r.o. 3.7.3, *JOR* 2003/161, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Scheipar*); HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5989, r.o. 3.7, *JOR* 2010/92, m.nt. E. Schmieman (*Fuldauer*); HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1652, r.o. 3.3.2, *JOR* 2014/263 (*Novero II*); zie ook OK 18 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:908, r.o. 3.38, *ARO* 2020/81 (*Vermeulen*).

10 OK 11 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4525, r.o. 3.9, *JOR* 2014/36, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Jeemer en Meromi*).

11 OK 7 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2536, r.o. 3.5, *ARO* 2020/166 (*dmarcian Europe*).

12 OK 13 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4669, r.o. 3.11, *ARO* 2018/35 (*Aptitude Health*).

13 Zie over deze problematiek ook: M.W.E. Evers, ‘Partijen in “puur buitenlandse” enquêteprocedures: put your money where your mouth is’, in: S. Perrick, H.J. de Kluiver & I. Spinath (red.), *Kort juridisch, Liber Amicorum Peter Wakkie*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

14 OK 28 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1611, r.o. 3.3, *JOR* 2016/302, m.nt. C.D.J. Bulten (*D.E.M.*).

15 OK 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, r.o. 3.8, *JOR* 2019/279, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté (*D.E.M.*).

16 OK 30 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1458, r.o. 3.7, *JOR* 2018/213, m.nt. F. Eikelboom (*Hepta G*). Zie bijv. ook OK 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, r.o. 3.8, *JOR* 2019/279, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté (*D.E.M.*); OK 27 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4229, *ARO* 2020/8 (*Mega Windforce*).

detective.¹⁷ De OK doet in dergelijke situaties wat in haar macht ligt om de OK-bestuurder enige bescherming te bieden. Echter, het gaat dan om maatregelen achteraf, die bovendien niet altijd eenvoudig te handhaven zijn vanwege de bewijspositie of een gebrek aan financiële middelen. In de genoemde zaken *Prien Holding* en *Gravier E. Beheer* bepaalde de OK dat de betreffende (indirect) aandeelhouder zich diende te onthouden van bedreigende of lasterlijke uitlatingen of gedragingen jegens de OK-functionarissen, op straffe van een dwangsom.¹⁸

Een aanzienlijk deel van de enquêtezaken dat bij de OK wordt aangebracht, heeft in feite betrekking op mislukte of vastgelopen samenwerkingsverbanden

In een latere beschikking gaf de OK diezelfde (middellijke) aandeelhouder het bevel zich te onthouden van handelingen waarbij hij zich uitgaf als vertegenwoordiger van de vennootschap waar de OK-bestuurder was aangesteld, eveneens op straffe van dwangsommen.¹⁹ Het zijn dezelfde verregaande maatregelen die de OK eerder trof in bijvoorbeeld de zaak *Leaderland*. Daarin was sprake van ‘een totaal ontspoord conflict tussen de aandeelhouders’,²⁰ in verband waarmee de OK aan partijen een verbod oplegde ongevraagd contact op te nemen met de OK-bestuurder, tenzij door tussenkomst van een advocaat, op straffe van een dwangsom.²¹ Ook in die zaak werd aan een van de strijdende aandeelhouders een verbod opgelegd de vennootschappen op enigerlei wijze te (doen) vertegenwoordigen en jegens welke instantie dan ook de zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid van de OK-bestuurder in twijfel te trekken.²² Dat laatste gebeurde nadat een van de aandeelhouders zich in een procedure in Rusland in strijd met de door de OK gecreëerde rechtstoestand had uitgegeven als vertegenwoordiger van *Leaderland* en op die manier op naam van de vennootschap een beslissing had verkregen van een Arbitragehof in Sint Petersburg.²³

3. (Minnelijk) oplossen van het geschil

Een aanzienlijk deel van de enquêtezaken dat bij de OK wordt aangebracht, heeft in feite betrekking op mislukte of vastgelopen samenwerkingsverbanden.²⁴ Een ontvlechting is dan vaak de enige werkelijke oplossing voor de gerezen problemen. Bij NV's en BV's voorziet de geschillenregeling in

de mogelijkheid van een duurzame ontvlechting, in de vorm van een gedwongen uitstoting of recht op uittreding. Hoewel de geschillenregeling per 1 oktober 2012 is gemoderniseerd, biedt deze rechtsgang in de praktijk nog immer geen snelle oplossing.²⁵

De huidige praktijk bij enquêteprocedures omtrent mislukte of vastgelopen samenwerkingsverbanden houdt mede daarom in dat het aan de OK-bestuurder (en in voorkomend geval de beheerder van aandelen) is partijen tot een duurzame oplossing te bewegen. In de beschikking waarmee de OK een bestuurder bij wijze van onmiddellijke voorziening benoemt, neemt de OK dikwijls op dat de OK-bestuurder het tot zijn taak mag rekenen een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven.²⁶ In afwachting daarvan wordt – in het kader van het bevolen onderzoek – dan vaak de aanwijzing van de onderzoeker aangehouden (met de opmerking dat iedere partij, de OK-bestuurder en, zo die is aangesteld, enige andere OK-functionaris op elk moment deze aanwijzing kan verzoeken). Indien al concreter debat heeft plaatsgevonden over een oplossingsrichting voorafgaand aan een dergelijke beschikking, geeft de OK soms al wat meer richting aan de oplossing. Zo overwoog de OK in de zaak *Socius Wonen* dat de OK-bestuurder het tot zijn taak kon rekenen te bezien ‘of tussen de aandeelhouders alsnog algehele overeenstemming kan worden bereikt over de splitsing van de onderneming’.²⁷ In de recente zaak *Monitor* wijdde de OK een uitgebreide overweging aan de wijze waarop de OK-bestuurder en de door de OK benoemde beheerder een definitieve ontvlechting van de samenwerking van partijen konden vormgeven, waarbij ook werd overwogen dat de OK-functionarissen zelfstandig een ontvlechtigingsplan kunnen uitwerken.²⁸ Bij de laatste zaak is van belang dat deze beschikking werd gegeven nadat de tweede fase was doorlopen en de OK op basis van het onderzoeksverslag wanbeleid had vastgesteld. Aangenomen moet worden dat de OK-bestuurder, vooruitlopend op de tweede fase van de procedure, terughoudender dient te zijn met het tot stand brengen van een definitieve ontvlechting die niet de instemming heeft van alle betrokkenen. Een (deels) gedwongen finale ontvlechting (i.e. die niet de instemming heeft van alle daarbij betrokken partijen) – bijvoorbeeld door te besluiten tot een ruziesplitsing²⁹ – zou in die fase naar onze mening alleen aan de orde moeten zijn indien deze maatregel gelet op de toestand van de rechtspersoon niet langer kan worden uitgesteld zonder materiële nadelige gevolgen

17 OK 25 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3186, r.o. 3.4, *JOR* 2020/30, m.nt. W.M. Smelt (*Prien Holding & Gravier E. Beheer*).

18 OK 25 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3186, r.o. 3.6 & 4, *JOR* 2020/30, m.nt. W.M. Smelt (*Prien Holding & Gravier E. Beheer*).

19 OK 25 augustus 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2372, *JOR* 2021/10, m.nt. M. Zilinsky & J.W. de Groot (*Prien Holding & Gravier E. Beheer*).

20 OK 5 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2159, r.o. 1.8, *ARO* 2015/161 (*Leaderland*).

21 OK 22 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3014, *ARO* 2015/188 (*Leaderland*).

22 OK 17 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:531, *ARO* 2016/65 (*Leaderland*).

23 OK 17 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:531, r.o. 2.5 t/m 2.13, *ARO* 2016/65 (*Leaderland*).

24 Jaarverslag Ondernemingskamer 2021, par. 1.2.

25 Zie o.a. F. Schreurs, ‘De herziene geschillenregeling en de lange weg naar een vennootschappelijk scheidingsrecht’, *WPNR* 2017/7158.

26 Zie bijv. OK 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5206, r.o. 3.7, *JOR* 2016/95, m.nt. D.J.F.M. Duynstee (*Josobo/Yelloobee*); OK 13 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1226, r.o. 3.9, *JOR* 2020/231, m.nt. P.J. van der Korst (*Buro ZP*); OK 23 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1853, r.o. 4.17, *JOR* 2021/272, m.nt. A.F.J.A. Leijten (*FLEXible HR*).

27 OK 28 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1529, r.o. 3.6, *ARO* 2020/119 (*Socius*).

28 OK 23 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4259, r.o. 3.23, *JOR* 2022/92, m.nt. T. Saleminck (*Monitor*).

29 OK 4 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:365, *JOR* 2021/148, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Royalms*).

voor de onderneming.³⁰ Dit brengt overigens ook mee dat een OK-bestuurder die na zijn aanstelling constateert dat een schikking tussen partijen er niet in zit, ondanks zijn pogingen daartoe, niet moet wachten met een verzoek aan de OK tot aanwijzing van de onderzoeker.

In het voorontwerp van de ‘Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure’ uit 2019, is een nieuw art. 2:356a BW opgenomen op basis waarvan aandeelhouders direct bij de OK, in eerste aanleg (en in enige feitelijke instantie),³¹ o.a. een vordering tot uitstoting of uittreding kunnen instellen indien uit het onderzoeksverslag ‘*van onjuist beleid of wanbeleid is gebleken*’.³² In het Jaarverslag 2021 heeft de OK, bij monde van haar voorzitter mr. A.W.H. Vink, de wetgever opgeroepen de voorgestelde aanpassing verder te verruimen omdat het huidige voorstel bestaande problemen onvoldoende zal oplossen.³³ De oproep van de OK houdt in dat in 2022 een wetswijziging in gang wordt gezet op grond waarvan in het algemeen de vordering tot uitstoting of uittreding in eerste aanleg bij de OK aanhangig kan worden gemaakt, zodat de geschillenregeling – zoals de onteigeningsprocedure – maar één feitelijke instantie kent.

4. Stichting Rimari; praktijktips

In 2012 is Stichting Rimari opgericht. Deze stichting heeft o.a. tot doel de door de OK benoemde bestuurders, commissarissen, onderzoekers, beheerders van aandelen,³⁴ en/of andere deskundigen bij te staan en te ondersteunen. In dat kader organiseert Stichting Rimari jaarlijks meerdere bijeenkomsten voor OK-functionarissen. Daarnaast is in 2021 gestart met een tweedaagse praktijkopleiding voor OK-functionarissen, die wordt aanbevolen voor (al dan niet toekomstige) OK-functionarissen.

In maart 2018 publiceerde Stichting Rimari de *Praktijktips voor OK-bestuurders*, die door de OK ook op rechtspraak.nl zijn gepubliceerd. De praktijktips zijn opgesteld op grond van ervaringen van verschillende OK-bestuurders en zijn bedoeld als praktische handreiking. Het zijn geen richtlijnen, normen of instructies. Het document bevat praktijktips op het gebied van de positie van de OK-bestuurder zelf (bijvoorbeeld wat betreft financiën en verzekering), de eigenlijke bestuurstaken van de OK-bestuurder in de

verschillende fasen van de aanstelling, het treffen van een schikking en het einde van de benoeming.

5. Beloning

In de beschikking waarmee, bij wijze van (onmiddellijke) voorziening, de benoeming plaatsvindt,³⁵ bepaalt de OK dat ‘*het salaris en de kosten*’ van de OK-bestuurder voor rekening komen van de rechtspersoon en dat de rechtspersoon voor de betaling hiervan, ten genoegen van de OK-bestuurder voor aanvang van zijn werkzaamheden, zekerheid dient te stellen.

De OK-bestuurder zal vervolgens in eerste instantie zelf invulling moeten geven aan de hoogte van zijn salaris.³⁶ Op besluitvorming over de vaststelling van de hoogte van het salaris zijn onzes inziens de normale wettelijke en statutaire regels van toepassing. Bij de NV en BV houdt dit in de regel in dat de (hoogte van de) bezoldiging van de bestuurders wordt vastgesteld door de algemene vergadering, tenzij in de statuten de bevoegdheid hiertoe is toebedeeld aan een ander orgaan.³⁷ In de praktijk lost dit zich in OK-zaken veelal op doordat de OK-bestuurder zijn (doorgaans) uurtarief of dagtarief afstemt met de personen die samen het bevoegde orgaan vormen, en dit door hen laat accorderen. Ingeval de algemene vergadering het bevoegde orgaan is en de aandelen ten titel van beheer zijn overgedragen aan een door de OK aangestelde beheerder, kan de beheerder een besluit tot vaststelling van de hoogte van de beloning namens de algemene vergadering nemen. Ook de praktijktips voor OK-bestuurders moedigen de OK-bestuurder aan na zijn benoeming, eventueel na afstemming met een andere benoemde functionaris of een ervaren OK-bestuurder, afspraken te maken over een redelijk tarief en dit tarief vast te stellen c.q. te laten vaststellen.³⁸

Indien het niet lukt op deze wijze tot een vaststelling wat betreft de hoogte van de beloning van de OK-bestuurder te komen, kan de OK-bestuurder de OK verzoeken de beloning – concreter dan reeds is bepaald in de beschikking waarmee de benoeming plaatsvindt – toe te kennen. Hiertoe biedt art. 2:357 lid 4 BW de mogelijkheid. Dit wetsartikel leent zich volgens de OK voor overeenkomstige toepassing voor functionarissen die op grond van art. 2:349a lid 2 BW bij wijze van onmiddellijke voorziening zijn aangesteld.³⁹

30 HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5989, JOR 2010/92, m.nt. E. Schmieman (Fuldauer).

31 Zie het voorgestelde art. 2:356a lid 3 BW.

32 Zie het voorgestelde art. 2:356a lid 1 BW.

33 Jaarverslag Ondernemingskamer 2021, par. 1.2.

34 De beheerder wordt niet expliciet genoemd in art. 3 van de statuten van Stichting Rimari.

35 In veel gevallen benoemt de OK in de eerste beschikking "een nader aan te wijzen persoon" tot bestuurder, en volgt de aanwijzing van deze persoon kort daarna in een afzonderlijke beschikking.

36 D.J.F.F.M. Duynstee & T. Drenth, 'De door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijke bestuurder en commissaris', *MvO* 2021/7&8; Y. Borrius, 'Enkele observaties over de positie van OK-functionarissen', *Ondernemingsrecht* 2018/74; M.W. Josephus Jitta, 'De (rechts)positie van door de Ondernemingskamer in enquêteprocedures benoemde functionarissen nader beschouwd', *Ondernemingsrecht* 2020/128.

37 Zie art. 2:135/245 BW.

38 Stichting Rimari, *Praktijktips voor OK-bestuurders*, via www.rechtspraak.nl, art. 3.1.2.

39 OK 8 maart 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:689, r.o. 2.6, JOR 2022/119, m.nt. P.H.M. Broere (Stichting Omroep Limburg).

Indien de OK-bestuurder wordt benoemd bij een rechtspersoon waarop de Wet normering topinkomens (WNT)⁴⁰ van toepassing is (rechtspersonen in de publieke of semi-publieke sector als bedoeld in art. 1.2 t/m 1.5 WNT, zoals zorginstellingen,⁴¹ woningcorporaties,⁴² of landelijke of regionale publieke media-instellingen⁴³), geldt dat de OK-bestuurder moet worden aangemerkt als topfunctionaris in de zin van de WNT. Dit volgt uit de uitspraak van de OK inzake *Stichting Omroep Limburg*.⁴⁴ Voor de beloning van dergelijke topfunctionarissen gelden de maxima zoals opgenomen in het Uitvoeringsbesluit WNT.⁴⁵ Een OK-functionaris die is benoemd bij een rechtspersoon waarop de WNT van toepassing is, heeft echter de mogelijkheid zijn beloning door de OK te laten vaststellen op een bedrag dat uitstijgt boven de WNT-maxima. Blijkens de bedoelde uitspraak is de OK bij de vaststelling van de beloning van de door haar benoemde functionarissen niet gebonden aan de WNT. De OK nam bij haar vaststelling overigens wel in aanmerking dat de stichting voor het grootste deel met publiek geld werd gefinancierd.

6. Toezicht op het handelen van de OK-bestuurder

De laatste jaren is discussie gevoerd over het (gebrek aan) toezicht op de OK-bestuurder.⁴⁶ Daarbij is aangevoerd dat het wenselijk is de huidige bevoegdheden van de raadsheer-commissaris ex art. 2:350 lid 4 BW uit te breiden op (onder meer) het vlak van toezicht op de OK-functionarissen.⁴⁷ Hiermee zou aan partijen de mogelijkheid worden geboden bepaalde ingrijpende besluiten vooraf te laten toetsen, waardoor de OK-bestuurder ook meer rugdekking kan

worden geboden. Vooralsnog heeft het debat niet geleid tot wettelijk toezicht op de OK-functionarissen.⁴⁸

Inmiddels vindt in de praktijk (marginale) toetsing van (voorgenomen) (ingrijpende) besluiten van de OK-bestuurder feitelijk plaats doordat een van de partijen – waaronder de rechtspersoon onder verantwoordelijkheid van de OK-bestuurder zelf – een verzoek indient strekkende tot het treffen van (nadere) onmiddellijke voorzieningen of de ontheffing van de OK-bestuurder.

Zo was in de zaak *D.E.M.* in een door de OK-bestuurder namens de vennootschap gesloten vaststellingsovereenkomst een opschortende voorwaarde, met wachttijd, opgenomen. Naar aanleiding van het binnen deze termijn gedane verzoek aan de OK door een van de partijen om een verbod op het aangaan c.q. uitvoeren van de vaststellingsovereenkomst op te leggen, toetste de OK de aangevoerde bezwaren tegen het (voorgenomen) handelen van de OK-bestuurder op basis van het juridisch kader zoals hiervoor uiteengezet. Zij kwam tot de slotsom dat dit handelen ‘*geen blijk gaf van kennelijk onredelijk bestuurlijk optreden*’.⁴⁹ Andere voorbeelden van zaken waarin de OK (voorgenomen) handelen van de OK-bestuurder toetste, via de band van o.a. verzoeken tot het treffen van aanvullende onmiddellijke voorzieningen, zijn o.a. *Gierkink Beheer* (voorgenomen verkoop van onroerende zaken),⁵⁰ *Cunico* (voorgenomen biedingsproces in verband met uitgifte van nieuwe aandelen aan een van de aandeelhouders met verwatering van de ander tot gevolg),⁵¹ en *Flevosap* (proces tot verkoop van de onderneming waarin een van de strijdende partijen van deelname werd uitgesloten).⁵²

In de zaak *Monitor* heeft de OK de geschetste route zelfs opgelegd aan de door haar aangestelde functionarissen. De OK deed dit door te bepalen dat een definitief ontvlechtingplan (dat hiervoor al aan de orde kwam) niet eerder ten uitvoer mocht worden gelegd dan nadat alle partijen van het plan op de hoogte zijn gesteld en een redelijke termijn hebben gekregen om daartegen op te komen, ‘*al dan niet in de vorm van een verzoek aan de Ondernemingskamer tot het treffen van een nadere voorziening*’, aldus de OK.⁵³

Bij gebrek aan een rechtsingang bij (bijvoorbeeld) de raadsheer-commissaris, kan het handelen of de werkwijze van de OK-bestuurder partijen aanleiding geven de OK te verzoeken de OK-bestuurder (dan maar) te ontheffen uit zijn taak

40 Wet van 15 november 2012, houdende regels inzake de normering van bezoldigingen van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector, *Stb.* 2012, 583.

41 Op grond van de Wet toetreding zorgaanbieders (Wtza), *Stb.* 2021, 344. Zie art. 1.3 sub d WNT.

42 Toegelaten instellingen volkshuisvesting als bedoeld in art. 19 lid 1 Woningwet. Zie art. 1.3 sub d WNT.

43 Als bedoeld in art. 1.1 Mediawet 2008.

44 OK 8 maart 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:689, r.o. 2.7, *JOR* 2022/119, m.nt. P.H.M. Broere (*Stichting Omroep Limburg*).

45 Voor 2022 geldt voor topfunctionarissen die hun werkzaamheden anders dan op grond van dienstbetrekking vervullen een maximum uurtarief van € 206 met een maximum per kalendermaand van € 28.600 voor de eerste zes kalendermaanden en € 21.700 voor de zevende t/m de twaalfde kalendermaand van de functievulling. Zie art. 4 Uitvoeringsbesluit WNT, *Strct.* 2021, 40077.

46 Zie o.a. D.J.F.F.M. Duynstee, annotatie bij OK 7 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3620, *JOR* 2021/60 (*Hotshots*); D.J.F.F.M. Duynstee, ‘Het (gebrek aan) toezicht op door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen’, in: C.D.J. Bulten e.a., *Toezicht. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op 10 en 11 november 2017 (Serie Van Der Heijden Instituut deel 151)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

47 Zie o.a. Y. Borrius, ‘Enkele observaties over de positie van OK-functionarissen’, *Ondernemingsrecht* 2018/74; M.W. Josephus Jitta, ‘Tijd voor wijziging van het paradigma’, *Ondernemingsrecht* 2018/69; D.J.F.F.M. Duynstee & T. Drenth, ‘De door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijke bestuurder en commissaris’, *MvO* 2021/7&8; G.C. Makink, ‘Procedureel maatwerk bij de Ondernemingskamer; entree de raadsheer-commissaris’, *Ondernemingsrecht* 2021/16.

48 *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-11b* 2019/195.

49 OK 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, r.o. 3.25, *JOR* 2019/279, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté (*D.E.M.*).

50 OK 4 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1848, r.o. 3.12, *JOR* 2020/29, m.nt. R.G.J. de Haan (*Gierkink Beheer*).

51 OK 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4379, r.o. 3.11, *JOR* 2016/60, m.nt. S.C.M. van Thiel (*Cunico*).

52 OK 18 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:908, r.o. 3.12, *JOR* 2020/147, m.nt. C.J. Scholten (*Flevosap*).

53 OK 23 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4259, r.o. 3.23, *JOR* 2022/92, m.nt. T. Salemink (*Monitor*).

vanwege een bepaald (voorgenomen) handelen. Tot op heden is een verzoek tot ontheffing van een OK-bestuurder slechts eenmaal toegewezen, te weten in de zaak *Hotshots*. Van belang is dat in dat geval ook de verstandhouding tussen de OK-bestuurder en de door de OK aangestelde beheerder was verslechterd, en dat de beheerder had verzocht zelf te worden ontheven indien de OK-bestuurder niet zou worden vervangen. De OK overwoog in die zaak dat de OK-bestuurder ‘zijn taak, in het bijzonder op vennootschappelijk terrein niet voldoende zorgvuldig heeft uitgeoefend en dat het belang van *Hotshots* vergt dat hij als bestuurder wordt vervangen.’⁵⁴ Dit belang bracht niet mee dat de OK-beheerder werd vervangen, zo overwoog de OK. In de literatuur is het nodige geschreven over de toetsingsmaatstaf die de OK in de *Hotshots*-zaak hanteerde voor toewijzing van het ontheffingsverzoek,⁵⁵ omdat die afwijkt van de ‘kennelijk onredelijk handelen’-norm die wordt toegepast bij een ontheffingsverzoek van een partij.⁵⁶ Wij houden het erop dat de OK in de *Hotshots*-zaak – omdat niet alleen het functioneren van de OK-bestuurder aan de orde was, maar ook dat van de andere bestuurder, alsook de verhouding tot de beheerder – meer algemeen heeft getoetst aan het criterium van art. 2:349a lid 2 BW. Op basis van dat artikel kan de OK in elke stand van het geding, op verzoek en voor de duur van het geding, onmiddellijke voorzieningen treffen indien dit gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken is, vereist. Kennelijk was de OK tot het oordeel gekomen dat zij (nader) moest ingrijpen, door de OK-bestuurder te vervangen en de zittende bestuurder te schorsen.

In de al genoemde *Monitor*-beschikking heeft de OK zich meest recent uitgelaten over het toetsingskader van een ontheffingsverzoek. Daarin heeft de OK het toepasselijke kader (nogmaals) geschetst. Als onderdeel daarvan geldt nog steeds – waar het gaat om een verzoek dat is gebaseerd op de (voorgenomen) handelwijze van de OK-bestuurder – dat voor toewijzing *veelal* slechts plaats is als de OK-bestuurder kennelijk onredelijk heeft gehandeld of, naar redelijkerwijs valt te verwachten, kennelijk onredelijk zal handelen.⁵⁷

7. Verhouding tot het onderzoek

De OK-bestuurder zal zich na zijn aanstelling vooral willen richten op de toekomst van de onderneming. Echter, de

basis van zijn aanstelling is de beschikking waarin de OK heeft vastgesteld dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid of een juiste gang van zaken. Dit betreffen zaken die hun oorsprong hebben in het verleden. Het onderzoek naar die kwesties is aan de onderzoeker. Maar voor zover dergelijke kwesties – bijvoorbeeld (mogelijke) misstanden – actuele gevolgen hebben op de bedrijfsvoering, zal de OK-bestuurder de uitkomsten van het onderzoek niet kunnen afwachten. Hij zal zich hierover dan een voorlopig eigen oordeel moeten vormen, en op die basis dienen te handelen. Dit komt de verhouding tot de partijen – die over de betreffende zaken uit het verleden meestal een eigen, (diametraal) tegenover elkaar staande, visie hebben – doorgaans niet ten goede.

De OK-bestuurder zal zich na zijn aanstelling vooral willen richten op de toekomst van de onderneming

In de zaak *De Orthopedische Schoenmakerij* heeft de OK geoordeeld dat het doen van uitvoerig onderzoek in beginsel niet tot de taak van de OK-bestuurder behoort.⁵⁸ De OK-bestuurder kan, op basis van een (voorlopige) waardering van de stand van zaken binnen de onderneming, besluiten nemen en maatregelen treffen gericht op het vennootschappelijk belang. Hem komt daarbij een ruime beoordelingsmarge toe, aldus de OK in deze zaak.

In de zaak *Esperaza* was sprake van een situatie waarin de OK-bestuurder zich een eigen oordeel moest vormen over de situatie zoals hij die aantrof, vooruitlopend op de uitkomsten van het onderzoek, en ook vooruitlopend op de uitkomst van lopende arbitrageprocedures (waarbij de vennootschap overigens zelf geen partij was). De OK-bestuurder was na een eigen analyse tot het oordeel gekomen dat het 40%-aandelenbelang van aandeelhouder Exem (een vennootschap gecontroleerd door Isabel dos Santos, de dochter van de voormalig president van Angola) in *Esperaza*, alsook een vordering van circa € 4,1 miljoen van deze aandeelhouder op *Esperaza*, het resultaat was van corrupte – en dientengevolge: nietige – transacties. De OK-bestuurder was van oordeel dat hij daarom onmiddellijk maatregelen moest nemen, o.a. gelet op zijn verantwoordelijkheid te waarborgen dat de vennootschap geen strafbare feiten pleegt (aannemelijk was dat de vennootschap zich bij het uitblijven van maatregelen schuldig zou maken aan het medeplegen van (schuld-)witwassen) en dat de financiële verslaggeving deugdelijk is. De OK oordeelde dat de OK-bestuurder onder deze bijzondere omstandigheden terecht had geconcludeerd dat het belang van *Esperaza* vergde dat hij zich ten aanzien van deze kwesties zelfstandig

54 OK 7 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3620, r.o. 3.20, *JOR* 2021/60, m.nt. D.J.F.F.M. Duynstee (*Hotshots*).

55 D.J.F.F.M. Duynstee, annotatie bij OK 7 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3620, *JOR* 2021/60 (*Hotshots*); M.H.C. Sinninghe Damsté, annotatie bij OK 23 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1837, *JOR* 2021/271 (*Esperaza*); D.J.F.F.M. Duynstee & T. Drenth, ‘De door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijke bestuurder en commissaris’, *MvO* 2021/7&8.

56 HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/389, m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2014/263 (*Novero II*).

57 OK 23 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4259, r.o. 3.5, *JOR* 2022/92, m.nt. T. Salemink (*Monitor*); zie bijv. ook OK 23 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1837, r.o. 3.13, *JOR* 2021/271, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté (*Esperaza*).

58 OK 5 december 2012, r.o. 3.4, *ARO* 2013/2 (*De Orthopedische Schoenmakerij*).

een oordeel zou vormen en dat hij bepaalde welke consequenties Esperaza daaraan diende te verbinden.⁵⁹

8. Aansprakelijkheid

Doordat de OK-bestuurder moet opereren in conflictueuze en litigieuze omstandigheden, is (de dreiging van) aansprakelijkheidstelling nooit ver weg.⁶⁰ De aansprakelijkheidspositie van de OK-bestuurder is een veelbesproken onderwerp.⁶¹

Doordat de OK-bestuurder moet opereren in conflictueuze en litigieuze omstandigheden, is (de dreiging van) aansprakelijkheidstelling nooit ver weg

In beginsel is een OK-bestuurder onderworpen aan het aansprakelijkheidsregime zoals dat geldt voor ‘gewone’ bestuurders. Er geldt geen hogere drempel voor aansprakelijkheid van een OK-bestuurder. Zo volgt uit de wetsgeschiedenis,⁶² en de uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden inzake *Vikariën*. In deze zaak oordeelde het hof dat (ook) voor aansprakelijkheid van de OK-bestuurder is vereist dat de OK-bestuurder een (persoonlijk) ernstig verwijt kan worden gemaakt.⁶³ Omdat in die zaak (afgeleide) aandeelhoudersschade werd gevorderd, gold voorts ook het vereiste van schending van een specifieke zorgvuldigheidnorm jegens de betreffende aandeelhouder die de vordering instelde. Vanzelfsprekend dient de rechter bij dit alles wederom de lastige omstandigheden waarin de OK-bestuurder opereert in aanmerking te nemen; in de zaak *Vikariën* door de rechtbank Midden-Nederland omschreven als een ‘wespennest’.⁶⁴ Hierdoor zal een OK-bestuurder al met al niet snel met succes aansprakelijk worden gesteld.⁶⁵

Sinds de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen op 1 juli 2021 is de OK-bestuurder in geval van faillissement van de rechtspersoon uitgezonderd van aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling op grond van art. 2:138/248 BW.⁶⁶ Dit is een aanzienlijke verbetering van de (rechts)positie van de OK-bestuurder. Daarbij moet ook worden bedacht dat in de AON Bestuurdersaansprakelijkheid OK-verzekeringpolis (waarover hierna) een dekkingsuitsluiting voor schade als gevolg van aanspraken in verband met het faillissement van de rechtspersoon is opgenomen.

Daarnaast hebben de rechtbanken na een opgedane ervaring inmiddels oog voor de bijzondere positie van de OK-bestuurder bij verzoeken tot het verkrijgen van verlop voor het leggen van bewijsbeslag. In de Beslagsyllabus (versie augustus 2021) is opgenomen dat een verzoek tot het leggen van bewijsbeslag onder een door de OK aangestelde functionaris (dan wel een daarmee te vergelijken persoon, die een bijzondere positie bekleedt) extra gemotiveerd dient te worden, in het bijzonder waar het gaat om de vrees voor verduistering. Ook zal in die gevallen de OK-functionaris in beginsel worden gehoord op het verzoek.⁶⁷

9. Verzekering

De OK-bestuurder dient zelf zorg te dragen voor verzekeringsdekking voor aansprakelijkheidsclaims. Daarvoor is de OK-bestuurder in eerste instantie aangewezen op een reguliere D&O-polis, voor zover die is afgesloten door de rechtspersoon. Omdat een dergelijke verzekering niet altijd is afgesloten of de OK-bestuurder, indien de verzekering er wel is, daarop niet altijd aanspraak kan maken, heeft Stichting Rimari in samenwerking met (intermediair) AON als vangnet een specifieke bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering ontwikkeld voor de OK-bestuurder (de AON bestuurdersaansprakelijkheid OK).⁶⁸ AON zorgt ervoor dat een aangevraagde verzekering wordt ondergebracht bij een verzekeringsmaatschappij.

De AON bestuurdersaansprakelijkheid OK biedt momenteel dekking voor een bedrag van (maximaal) € 1 miljoen per schade per verzekeringstermijn (steeds twaalf maanden). Er geldt een verhoging van 10% boven het verzekerd bedrag voor verdedigingskosten, met een maximum van € 250.000 aan verdedigingskosten per schade en per verzekeringstermijn. Verder bepaalt de polis dat de verdedigingskosten onderdeel uitmaken van het verzekerd bedrag, en dat betaling daarvan (dus) in mindering strekt op het verzekerd bedrag. De beperkte hoogte van het maximaal

59 OK 23 juni 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1837, r.o. 3.8, *JOR* 2021/271, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté (*Esperaza*).

60 Zie o.a. ‘OK-functionaris Soerjatin: “Sommigen maken er een sport van om je meteen aansprakelijk te stellen”’, 30 juli 2021, via www.legalezaken.nl.

61 Zie o.a. Y. Borrius, V.G.M. Leferink, J. Tromp & L.L. Bakker, ‘Kroniek bestuurdersaansprakelijkheid 2020’, par. 1.1.7.2, in: G. van Solinge e.a., *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (Serie Van Der Heijden Instituut deel 172)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021; P.H.M. Broere & T. Saleminck, ‘De rechtspositie van de OK-functionaris: aansprakelijkheid en kosten van verweer’, *Ondernemingsrecht* 2020/119; M.W. Josephus Jitta, ‘De (rechts)positie van door de Ondernemingskamer in enquêteprocedures benoemde functionarissen nader beschouwd’, *Ondernemingsrecht* 2020/128; D.J.F.F.M. Duynstee & T. Drenth, ‘De door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijke bestuurder en commissaris’, *MvO* 2021/7&8.

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

63 Hof Arnhem-Leeuwarden 7 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:2861, r.o. 3.4 en 3.5, *JOR* 2020/140, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Vikariën*).

64 Rb. Midden-Nederland 5 december 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5864, r.o. 4.16, *JOR* 2019/53, m.nt. T. Saleminck (*Vikariën*).

65 M.W. Josephus Jitta, ‘De (rechts)positie van door de Ondernemingskamer in enquêteprocedures benoemde functionarissen nader beschouwd’, *Ondernemingsrecht* 2020/128; D.J.F.F.M. Duynstee & T. Drenth, ‘De door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijke bestuurder en commissaris’, *MvO* 2021/7&8.

66 Deze bepaling is blijkens de memorie van toelichting van toepassing op zowel de bestuurder die op grond van art. 2:349a lid 2 BW is aangesteld bij wege van onmiddellijke voorziening als de bestuurder die aangesteld is bij een op grond van art. 2:355 lid 1 BW getroffen voorziening, *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3 (MvT), p. 19.

67 Onderdeel G.13.3 van de Beslagsyllabus (versie augustus 2021), via www.rechtspraak.nl.

68 Zie www.rimari.nl.

mogelijke verzekerde bedrag (momenteel € 1 miljoen) maakt duidelijk dat deze polis vooral dekking biedt voor verdedigingskosten. De verzekering heeft werelddekking, al geldt voor aanspraken die in de Verenigde Staten tegen de OK-bestuurder worden ingesteld een beperkt eigen risico.

De polis is een *claims made*-polis, die uitsluitend schade dekt als gevolg van aanspraken. Onder een aanspraak wordt niet verstaan een vordering van de rechtspersoon zelf. Dat betekent dat de OK-bestuurder geen dekking heeft voor interne aansprakelijkheidsvorderingen (ex art. 2:9 BW), tegen hem ingesteld door de vennootschap nadat zijn benoeming is geëindigd. Evenmin biedt de polis dekking tegen schade als gevolg van een aanspraak ‘*in verband met, voortvloeiende uit of als gevolg van het faillissement van de rechtspersoon en/of van haar deelnemingen*’. Zoals aangegeven was ook daarom de per 1 juli 2021 ingevoerde uitzondering op art. 2:138/248 BW voor de OK-bestuurder welkom. In het aanvraagformulier van AON is het echter mogelijk aan te geven dat de OK-bestuurder deze uitsluiting niet wenst, in welk geval AON, op basis van een te verstrekken actuele balans en winst- en verliesrekening, tracht een opheffing hiervan te bewerkstelligen. Andere uitsluitingen zijn o.a. aanspraken in verband met (kort omschreven) milieuverontreiniging, opzettelijk of frauduleus handelen of opzettelijke overtreding van een wet, en in de polis omschreven situaties van niet-naleving van pensioenwetgeving of pensioenregelingen.

De verzekering eindigt o.a. aan het einde van de verzekeringstermijn waarin de aanstelling door de OK ten einde komt. Het is mogelijk tot maximaal vijf jaar uitloopdekking in te kopen.

10. Andere beschermende maatregelen

Aanvullend kan de OK-bestuurder die verwacht dat hij, al dan niet na het einde van zijn aanstelling, onder vuur komt te liggen, de OK verzoeken op de voet van art. 2:357 lid 6 BW te bepalen dat de rechtspersoon de (eventuele) verwachte kosten van verweer van de OK-bestuurder zal dragen.⁶⁹ Deze maatregel geeft ook een waarborg voor de situatie dat de rechtspersoon zelf, nadat de OK-bestuurder is vertrokken, alsdan (weer) onder verantwoordelijkheid van een van de strijdende partijen, achter de OK-bestuurder aangaat. Dergelijke (ex art. 2:9 BW) interne aansprakelijkheidsclaims zijn immers niet gedekt onder de AON bestuurdersaansprakelijkheid OK-polis, zie hiervoor. O.a. in de zaken *D.E.M.*,⁷⁰ *ZED+*,⁷¹ en *Flevosap*⁷² heeft de OK

geoordeeld dat de OK-bestuurder een dergelijk verzoek ex art. 2:357 lid 6 BW kan doen. OK-functionarissen dienen in staat te zijn in vrijheid op te treden en de stappen te zetten en de besluiten te nemen die zij in het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming nodig achten, zonder bevreesd te hoeven zijn dat de kosten van verweer in het kader van een aansprakelijkstelling door henzelf moeten worden gedragen.⁷³ Een afgesloten bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering staat aan de toewijzing van een verzoek tot het veiligstellen van de kosten van verweer niet in de weg, aldus de OK inzake *D.E.M.*⁷⁴

De OK staat in voorkomend geval ook toe dat in verband met de kosten van verweer een bedrag buiten de macht van de rechtspersoon in *escrow* wordt geplaatst.⁷⁵ Een voor de hand liggend alternatief voor dergelijke verstrekende maatregelen is dat partijen zelf op voorhand afstand doen van eventuele (vermeende) vorderingen tegen de OK-bestuurder. Als dit, desgevraagd tijdens de mondelinge behandeling bij de OK, niet gebeurt, vormt dit te meer aanleiding voor toewijzing van de verzochte aanvullende bescherming. De OK heeft zich in enkele zaken ook gebogen over (voorgenomen) besluiten waarmee (door een andere OK-functionaris) namens de rechtspersoon afstand wordt gedaan van (eventuele) vorderingen van de rechtspersoon op de OK-bestuurder en hem finale kwijting wordt verleend. Ook dat heeft de OK toegestaan.⁷⁶

11. Afsluiting

De OK-bestuurder opereert in een – wat in de Praktijktips wordt genoemd – ‘*wat a-typische setting*’.⁷⁷ In deze bijdrage hebben wij de belangrijkste elementen van het speelveld behandeld.

Deze bijdrage is afgesloten op 1 juni 2022.

Over de auteurs

Mr. M.W.E. (Marcel) Evers

Advocaat te Amsterdam bij Evers Soerjatin.

Mr. S.J. Altena

Advocaat te Amsterdam bij Evers Soerjatin.

69 Zie hierover ook D.J.F.F.M. Duynstee & T. Drenth, ‘De door de Ondernemingskamer benoemde tijdelijke bestuurder en commissaris’, *MvO* 2021/7&8.

70 OK 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, r.o. 3.18, *JOR* 2019/279, m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté (*D.E.M.*).

71 OK 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4295, *JOR* 2020/85, m.nt. P.H.M. Broere (*ZED+*).

72 OK 18 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:908, r.o. 3.33, *JOR* 2020/147, m.nt. C.J. Scholten (*Flevosap*).

73 Zie ook OK 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4379, r.o. 3.19, *JOR* 2016/60 m.nt. S.C.M. van Thiel (*Cunico*).

74 OK 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, r.o. 3.19, *JOR* 2019/279 m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté (*D.E.M.*).

75 Zie bijv. OK 5 augustus 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2883, r.o. 3.18, *JOR* 2019/222 m.nt. P.H.M. Broere (*Rabat Beheer*); OK 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4295, *JOR* 2020/85 m.nt. P.H.M. Broere (*ZED+*); OK 23 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4259, r.o. 3.8 t/m 3.11, *JOR* 2022/92 m.nt. T. Salemink (*Monitor*).

76 Zie bijv. OK 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, r.o. 3.25, *JOR* 2019/279 m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté (*D.E.M.*); OK 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4295, r.o. 3.18, *JOR* 2020/85 m.nt. P.H.M. Broere (*ZED+*).

77 Stichting Rimari, ‘Praktijktips voor OK-bestuurders’, via www.rechtspraak.nl, art. 1.1.2.