

Over schorsing en ontslag van bestuurders¹

Zowel de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam als de gewone rechter kan een bestuurder schorsen en ontslaan. Welke rol speelt het vennootschappelijk belang daarbij? In deze bijdrage ligt de nadruk op de invloed van het vennootschappelijk belang bij de beoordeling van een schorsing.



1. Inleiding

In kapitaalvennootschappen draait het allemaal om macht, belangen en belangenafweging (dat was vroeger en is nu niet anders). Dit hangt samen met de bevoegdheidsverdeling binnen een vennootschap. De wet bepaalt dat bestuurders zich, bij de vervulling van hun taak, moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met die vennootschap verbonden onderneming.² Bij schending van dit richtsnoer zal de conclusie zijn dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur en dreigt, in geval van schade, aansprakelijkheid tegenover de vennootschap. Het is evident dat dit richtsnoer nauwelijks helderheid of zekerheid biedt bij het uitvoeren van de bestuurlijke taken, nu het vennootschappelijk belang een fluïde begrip is dat wordt gekleurd door de aard van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming.³ Een begrip dat mede door de actuele discussie over een ‘verantwoordelijke deelname’ van de vennootschap aan het maatschappelijk verkeer nog onduidelijker wordt.⁴

Dat de vennootschap in dit kader een eigen zelfstandig belang heeft dat niet per definitie samenvalt met de belangen van aandeelhouders en/of andere betrokkenen wordt duidelijk bij een besluit tot schorsing of ontslag van een bestuurder. Artikel 2:134/2:244 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) bepaalt immers dat iedere bestuurder te allen tijde kan worden geschorst en ontslagen door degene die bevoegd is tot benoeming. Veelal is dat (in het gewone vennootschapsmodel) de algemene vergadering van aandeelhouders. Aandeelhouders hoeven zich – anders dan

de bestuurders – bij het uitoefenen van hun bevoegdheden in beginsel⁵ niet te richten op het vennootschappelijk belang.⁶ Schorsing en ontslag van bestuurders is echter onlosmakelijk verbonden met het beleid in de vennootschap, dat (evenals strategie) onderdeel uitmaakt van de bestuurstaak. Daarenboven wordt de uitoefening van die bevoegdheden beperkt door hetgeen door redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 2:8 BW wordt gevorderd,⁷ hetgeen een belangenafweging impliceert. De gewone rechter (in een bodemprocedure) is dan bevoegd om schorsings- en ontslagbesluiten te vernietigen ex artikel 2:15 lid 1 onder b BW.

De Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam kan op grond van artikel 2:349a BW en artikel 2:356 onder b BW bestuurders op verzoek van enquêtegerechtigden schorsen of ontslaan in het kader van een enquêteprocedure. Dit geldt ook voor de voorzieningenrechter in een kort geding, althans voor zover het gaat over een vordering van een belanghebbende tot schorsing van een bestuurder. De voorzieningenrechter is in spoedeisende zaken immers alleen bevoegd onmiddellijke voorzieningen bij voorraad te treffen indien de belangen van partijen dit vereisen (art. 254 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)).

De vraag kan gesteld worden in hoeverre dan het vennootschappelijk belang in beeld komt bij de verschillende rechterlijke instanties. In deze bijdrage ligt de nadruk op de invloed van het vennootschappelijk belang bij (de beoordeling van) een schorsing. Hoe moet met een schor-

* Mr. dr. M. Koelmeijer is advocaat bij Kienhuis Hoving. Zij is tevens redacteur van dit tijdschrift.

1. Dit artikel is een bewerking van mijn bijdrage aan de bundel M. Faure, J. Hamers, M. Olaerts & M. Verburgh (red.), *Eindeloos Getob. Liber Amicorum Kid Schwarz* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 125), Deventer: Wolters Kluwer 2022.
2. Art. 2:239 lid 5 BW en art. 2:250 lid 2 BW.
3. Zie hieromtrent C.A. Schwarz, *Impact van het vennootschappelijk belang: machtsverhoudingen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom juridisch 2018.
4. Zie J.W. Winter e.a., ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht* 2020/86 en G.C. Makkink, ‘De plaats van de onderneming in de samenleving en van de samenleving in de onderneming’, *MvO* 2021, afl. 7-8.
5. Dit beginsel wordt steeds meer verlaten, zo heb ik reeds betoogd in ‘De verantwoordelijke aandeelhouder’, *TvOB* 2015, afl. 2, p. 65 e.v.
6. Zie reeds HR 19 februari 1960, *NJ* 1960/473 (*Aurora*).
7. Zie Hof Amsterdam (OK) 18 juli 2018, *JOR* 2018/303, r.o. 3.13 (*Eneco*). Zie tevens mijn dissertatie *Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen. Beschouwingen rond aandeelhouders en bestuurders in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1999, p. 239 e.v.

sing worden omgegaan, hoe zou een en ander moeten worden getoetst? In deze bijdrage doe ik een eerste aanzet hiervoor.

2. Vennootschappelijk belang, redelijkheid en billijkheid en zorgplicht

Op grond van artikel 2:129/2:239 BW hebben bestuurders de verantwoordelijkheid de vennootschap te besturen en dat dienen zij op grond van artikel 2:9 BW behoorlijk te doen. Dat houdt onder meer in dat zij (1) erop toezien dat de vennootschap de wet naleeft; (2) collegiaal toezicht houden op hun medebestuurders; (3) de bestuurstaak uitoefenen op een wijze die niet onrechtmatig is jegens derden; (4) geen leiding geven aan strafbare handelingen door de vennootschap; en (5) zich in algemene zin richten naar het vennootschappelijk belang als bedoeld in artikel 2:129/2:239 lid 5 BW.

Daarbij staat buiten kijf dat bestuurders zijn onderworpen aan de norm van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. In de jurisprudentie wordt dit wel beschouwd als een uitwerking van de bestuursfunctie. Het handelen met het oog op het vennootschappelijk belang impliceert volgens de Hoge Raad in de *Cancun*-beschikkingen dat bestuurders bij de vervulling van hun taak 'voorts, mede op grond van het bepaalde in artikel 2:8 BW, zorgvuldigheid moeten betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken'. Meer concreet impliceert dit dat bestuurders bij die taakvervulling in het belang van de vennootschap een zorgplicht hebben en zorgvuldigheid⁸ dienen te betrachten met betrekking tot de kenbare en gerechtvaardigde belangen van al degenen die bij de vennootschap en zijn ontplooiende activiteiten zijn betrokken.

In mijn optiek is de discussie over het vennootschappelijk belang waarnaar bestuurders zich dienen te richten onder omstandigheden niet anders dan toetsing van het gedrag en handelen van bestuurders aan de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW.⁹ Onderdeel daarvan is dat bestuurders, gelet op artikel 3:12 BW, rekening moeten houden met algemeen erkende rechtsbeginselen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven belang zijn betrokken. Het vennootschappelijk belang staat daarbij als wettelijk richtsnoer voorop.

3. Toetsing schorsings- en ontslagbesluit

Het tot schorsing en ontslag bevoegde orgaan heeft de macht om het vennootschappelijk belang te beïnvloeden. Maar hoe pakt het omgekeerde uit in de praktijk als een belanghebbende tracht inhoudelijk een schorsings- of ontslagbesluit aan te vechten wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid ex artikel 2:8 BW juncto artikel 2:15 lid 1 onder b BW?

Schorsing en ontslag zijn rechtshandelingen van vennootschappelijke aard. In het kader van schorsing wordt een bestuurder tijdelijk onbevoegd verklaard om bestuurs- en vertegenwoordigingshandelingen uit te oefenen. Ontslag is een verderstreckende maatregel en heeft tot gevolg dat een bestuurder definitief ontheven wordt van zijn bestuurslidmaatschap met de daaraan verbonden bevoegdheden.

Het orgaan dat bevoegd is een bestuurder te benoemen is ook gerechtigd om de bestuurder te allen tijde te schorsen en te ontslaan (art. 2:134/2:244 lid 1 BW). In het 'normale model' is dat de aandeelhoudersvergadering. Die heeft in beginsel alle vrijheid – een discretionaire bevoegdheid – om tot schorsing of ontslag van een statutair bestuurder te besluiten.¹⁰ Uiteraard dient dan te worden voldaan aan de 'formele' eisen die de wet en statuten stellen voor de totstandkoming van een rechtsgeldig besluit, zoals de raadgevende stem voor de betreffende bestuurder op grond van artikel 2:117/2:227 lid 4 BW.¹¹ Ook dient een bestuurder voorafgaand aan het schorsings- of ontslagbesluit gehoord te worden op grond van artikel 2:8 lid 1 BW. Anders dan bij de raadgevende stem, die geschiedt in het belang van het functioneren van de vennootschap, ziet het horen van de bestuurder met het oog op de belangen van de bestuurder in privé.

Daarnaast geldt dat schorsing een ingrijpende maatregel is die materieel gerechtvaardigd moet zijn. Om die reden brengt toetsing van een schorsingsbesluit aan de redelijkheid en billijkheid met zich – zo is algemeen aanvaard – dat er een goede grond aanwezig moet zijn die meebrengt dat van de vennootschap niet langer gevegd kan worden om de bestuurder toe te laten tot de uitoefening van zijn functie. Of, zoals recent verwoord door de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam op 18 januari 2018 (*JOR* 2018/129):

'Een bestuurder kan worden geschorst indien er een zwaarwegende reden is die meebrengt dat van de vennootschap in redelijkheid niet kan worden gevegd dat de bestuurder nog langer zijn taken uitoefent.'

8. Ik noem zowel zorgplicht als zorgvuldigheid afzonderlijk omdat deze begrippen mijns inziens een andere inhoud hebben. In de literatuur neigt men naar de opvatting dat zorgplicht meer inhoudt dan een zorgvuldigheidsplicht.

9. Ook al zijn hierbij vraagtekens te zetten gelet op de zorgvuldigheidsplicht ten opzichte van schuldeisers en werknemers, die niet zijn gebaat bij art. 2:8 BW. Zie omtrent de visies over het belang van de rechtspersoon W.J.M. van Veen, 'Het belang van de rechtspersoon en zijn *raison d'être*', *WPNR* 2017/7162, p. 642. Zie tevens recent de dissertatie van K.H.M. de Roo, *Bestuur van rechtspersonen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

10. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 14 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:5709, r.o. 4.7: 'Uit de aard van de rechtsbetrekking van bestuurder tot vennootschap volgt dat een besluit tot ontslag niet snel in strijd is met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW. Het verlenen van ontslag is een vergaande discretionaire bevoegdheid van de algemene vergadering.'

11. Ook bij besluitvorming buiten vergadering. Zie hieromtrent HR 10 maart 1995, *NJ* 1995/595 (*Janssen Pers*) en art. 2:238 lid 2 BW.

Hierin zit wel iets eigenaardigs. Indien de aandeelhoudersvergadering bevoegd is tot schorsing ‘te allen tijde’ wordt deze bevoegdheid vanwege de discretionaire bevoegdheid niet vanzelfsprekend ‘overruled’ door het belang van de vennootschap. Zo kan blijkens jurisprudentie het verlies van vertrouwen van de aandeelhoudersvergadering in een bestuurder voldoende reden vormen om de schorsing te rechtvaardigen,¹² maar niet zonder meer. Het belang van de vennootschap speelt een rol bij die toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.¹³ Dit is niet anders voor het ontslagbesluit.

De vraag rijst of het verlies van vertrouwen van de aandeelhoudersvergadering in een bestuurder gekoppeld zou moeten worden aan het vennootschappelijk belang. In Rb. Midden-Nederland 21 juni 2016, *JAR* 2016/243 wordt dit bevestigend beantwoord. Hier oordeelde de voorzieningenrechter dat het ontslagbesluit op grond van artikel 2:8 lid 1 jo. 2:15 lid 1 onder b BW wordt vernietigd wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid indien de belangen van de vennootschap door dat ontslag worden geschaad. Daarvan was volgens de voorzieningenrechter sprake omdat onder meer aannemelijk was dat de bestuurder adequaat leiding gaf aan de vennootschap en alle tot het concern behorende ondernemingen en het voornemen tot het ontslag van de bestuurder hoofdzakelijk leek voort te komen uit een aandeelhoudersgeschil zodat de meerderheidsaandeelhouder oneigenlijk gebruikmaakte van de wettelijke bevoegdheid om een bestuurder te ontslaan. Anders oordeelde de voorzieningenrechter in Rb. Amsterdam 26 februari 1997, *JOR* 1997/78:

‘Voldoende is dat de *ava meent* dat het in het belang van de vennootschap is dat de bestuurder uit die functie wordt ontheven’ [cursivering MK].

Dit past in de zienswijze van Kid Schwarz, die de mening is toegedaan dat het verlies van vertrouwen altijd het ontslag van de bestuurder rechtvaardigt.¹⁴ In feite raakt dit het belang van de vennootschap nu bij verlies van vertrouwen vaak sprake is van dusdanige verstoorde verhoudingen dat een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk is.

Bij schorsing kan echter, zo blijkt in de jurisprudentie, daarnaast van betekenis zijn welke gevolgen de schorsing meebrengt voor de betrokken bestuurder. Een goede

grond kan bijvoorbeeld ontbreken indien er andere sanctiemogelijkheden bestaan voor de bestuurder die minder ingrijpend zijn.¹⁵ Bij ontslag van een bestuurder lijkt dit aspect geen rol te spelen, terwijl een ontslagbesluit juist ingrijpender is dan een schorsingsbesluit en vergaande gevolgen meebrengt voor de betrokken bestuurder.¹⁶

Gelet op het voorgaande kan in ieder geval worden geconcludeerd dat het vennootschappelijk belang weliswaar een rol speelt bij de beoordeling van een schorsings- of ontslagbesluit, maar niet allesbepalend is. Dit is begrijpelijk, mede gelet op de discretionaire bevoegdheid van het tot schorsing en ontslag bevoegde orgaan. Iets anders is dat betoogd kan worden dat van aandeelhouders indien zij de macht hebben om invloed uit te oefenen op het beleid van de vennootschap, verwacht mag worden dat zij onder omstandigheden ook rekening houden met het vennootschappelijk belang.

4. Schorsing als (onmiddellijke) voorziening: kortgedingrechter of Ondernemingskamer?

Wat is dan de invloed van het vennootschappelijk belang bij het vorderen dan wel verzoeken om schorsing als onmiddellijke voorziening? Een kort geding komt in beeld indien een bestuurder een spoedeisend belang heeft om zijn schorsing (of ontslag) tegen te houden (bijvoorbeeld door een vordering inhoudende een verbod tot het uitoefenen van stemrecht om een bestuurder te schorsen of te ontslaan). Verwezen kan bijvoorbeeld worden naar een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag¹⁷ waarin onenigheid was tussen de moedervennootschap en het bestuur van de dochter over een verlangde garantstelling. De voorzieningenrechter oordeelde dat de onenigheid over de te varen koers ook gevolgen kan hebben voor de continuïteit van, en de onderlinge verhoudingen binnen, de onderneming die de dochter in stand houdt. In dat licht bezien oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag dat een bestuurder niet ontslagen mocht worden gedurende drie maanden. Op die wijze werd een afkoelingsperiode ingesteld, waarbij partijen de mogelijkheid kregen om de continuïteit van de vennootschap tijdelijk veilig te stellen en een platform voor overleg te creëren.¹⁸

12. Zie bijvoorbeeld Rb. Breda (vzr.) 10 april 2009, ECLI:NL:RBBRE:2009:BI0720, r.o. 4.6: ‘Het ontslagvoorstel is in essentie gebaseerd op een gebrek aan vertrouwen in [eiser] als directeur van de Nederlandse vennootschappen van Veolia. Een aantal feiten geven steun aan het vermoeden dat daarvan al langere tijd sprake is. Dit gebrek aan vertrouwen in het functioneren van [eiser] als statutair directeur van de Nederlandse vennootschappen van Veolia kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter diens schorsing rechtvaardigen, temeer nu de Nederlandse bedrijfstak waarin Veolia opereert volgens beide partijen thans in zwaar weer verkeert en er voortdurend allerlei problemen de kop opsteken. In dit licht kan van Veolia in redelijkheid niet worden verlangd dat zij nog langer een bestuurder laat functioneren die niet haar vertrouwen geniet en mag Veolia aan deze samenwerking feitelijk een einde maken.’

13. Zie tevens Koelemeijer 1999, p. 255.

14. Vgl. C.A. Schwarz, ‘Goede raad is duur: motiveringsplicht, hoorrecht en raadgevende stem bij ontslag van bestuurders’, *WPNR* 1995/6190, p. 528.

15. Zie reeds Rb. Rotterdam (pres.) 19 maart 1985, *NJ* 1986/504 en Rb. Rotterdam (pres.) 11 augustus 1995, *KG* 1995/355: ‘Een schorsing met onmiddellijke ingang is immers zo ingrijpend en diffamerend dat hiertoe niet had mogen worden overgegaan wanneer daar niet alle andere mogelijkheden waren beproefd om in de ongewenst geoordeelde ontwikkelingen in te grijpen.’

16. Hierbij zij wel opgemerkt dat de jurisprudentie omtrent de aantasting van een ontslagbesluit wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid gering is.

17. Rb. Den Haag (vzr.) 7 augustus 2002, *JOR* 2002/173.

18. Zie tevens E. van Veen, ‘Moeders wil wet? In hoeverre kan een moeder de strategie van haar dochters bepalen?’, *TOP* 2018/6.

Ook kan een kort geding soelaas bieden indien aandeelhouders onvoldoende stemmen hebben om tot schorsing van een bestuurder te kunnen besluiten. Er zijn, anders dan bij een stichting, weliswaar geen wettelijke mogelijkheden om in te grijpen in het bestuur, in de praktijk schorst een voorzieningenrechter op vordering van een aandeelhouder een bestuurder wel.

De keuze van de kortgedingroute om een bestuurder te laten schorsen heeft echter wel de nodige haken en ogen. In beginsel is schorsing, zo is de algemene opvatting, voorbehouden aan de Ondernemingskamer. Het hoofddoel van de enquêteprocedure is immers dat de Ondernemingskamer orde op zaken stelt door in te grijpen bij de onderneming. De Ondernemingskamer gaat als ‘boderechter’ over de schorsing en het eventuele daarop volgende ontslag (als definitieve voorziening) van de bestuurder van een vennootschap (art. 2:355 jo. 2:356 onder b BW). Het gevolg daarvan is dat de voorzieningenrechters veelal geen uitspraken willen (of durven) doen die op gespannen voet staan met de uitspraken van de Ondernemingskamer.

Dit uit zich enerzijds doordat voorzieningenrechters een koppeling maken van de schorsing als voorziening aan een aanhangig te maken enquêteprocedure. In *City Assistant*¹⁹ verbindt de voorzieningenrechter de duur van de schorsing aan een aanhangig te maken procedure bij de Ondernemingskamer.²⁰ De schorsing zou komen te vervallen indien de procedure niet binnen drie maanden na vonnisdatum aanhangig zou worden gemaakt. In de *Social Brands*-uitspraak schorst de voorzieningenrechter de bestuurders totdat de Ondernemingskamer een voorziening treft.²¹ Dit is overigens niet nieuw. In Rb. Haarlem 14 oktober 1994, *KG 1994/431 (SDI)* oordeelde de president dat gelet op het tijdsbeslag van de procedure bij de Ondernemingskamer de eiser bevoegd was om in kort geding schorsing van de statutair directeur te vorderen.²² Kortom, de bevoegdheid van de voorzieningenrechter om te schorsen wordt als het ware gekoppeld aan het entameren van een enquêteprocedure. Als er al een enquêteprocedure aanhangig is, dient volgens het gerechtshof Amsterdam in het *Dierencrematorium Uden*-arrest de voorzieningenrechter zich terughoudend op te stellen ten aanzien van het treffen van maatregelen die ook met een onmiddellijke voorziening in een enquêteprocedure kunnen worden getroffen. De voorzieningenrechter mag

dan slechts in uitzonderlijke situaties met een zeer spoedeisend belang voorzieningen treffen.²³

Anderzijds passen voorzieningenrechters volgens recente rechtspraak dezelfde maatstaf toe bij schorsing als die van de Ondernemingskamer. In *Social Brands*²⁴ overwoog de voorzieningenrechter dat hij ‘in aanloop naar een enquêteprocedure’ in kort geding bij wege van ordemaatregel een bestuurder kan schorsen. Daarbij dient hij zich wel in beginsel te richten naar de maatstaf die voor de Ondernemingskamer geldt. Met andere woorden: zijn er gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken binnen de vennootschap te twijfelen, dan is er een bevoegdheid tot schorsing. In de jurisprudentie van de Ondernemingskamer gaat het dan vervolgens in de kern erom of de ordemaatregel in het belang is van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Op grond van artikel 2:349a lid 2 BW kan de Ondernemingskamer immers een onmiddellijke voorziening treffen indien deze vereist is ‘gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken’ ‘in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van heronderzoek’. Zo oordeelde de Ondernemingskamer in de *Inter Access*-beschikking.²⁵

‘(...) dat de maatstaf is of de toestand van IA Groep tot het treffen van daarvan (onmiddellijke voorzieningen, MK) noopt en zo ja welke voorzieningen dan *met het oog op de toestand als het meest passende zijn aan te merken*, waarbij de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit van belang zijn, terwijl voorts in acht moet worden genomen of aan het treffen van de als gewenst te beschouwen voorzieningen wettelijke, contractuele of andere belemmeringen niettemin in de weg staan’ [cursivering MK].

Evenals bij de toetsing van een schorsingsbesluit aan de redelijkheid en billijkheid in een bodemprocedure, hebben voorzieningenrechters oog voor de passendheid van de schorsingsmaatregel. In *City Assistant* was sprake van een bestuurder die voortdurend opnames verrichtte in rekening-courant waardoor, gelet op de aantasting van de vermogenspositie van de vennootschap, niet meer het volledige loon aan het personeel kon worden betaald. De voorzieningenrechter oordeelt:

19. Rb. Amsterdam (vzr.) 18 januari 2018, *JOR 2018/129*, r.o. 4.10.

20. Zo ook Rb. Gelderland (vzr.) 31 augustus 2017, *JOR 2018/34*, r.o. 4.9 (*Juloni/De Houthakker*): ‘De schorsingen zullen in duur worden beperkt tot en met 30 november 2017 of zo veel eerder als de reeds aangezochte Ondernemingskamer een voorziening treft.’

21. Rb. Gelderland (vzr.) 30 juni 2020, *JOR 2020/145*, r.o. 4.1.

22. Rb. Haarlem (pres.) 14 oktober 1994, *KG 1994/431 (SDI)*: ‘3.4. Tegen die achtergrond, en in aanmerking nemende dat – zoals door SDI Industries gesteld – de voorlopige voorzieningenprocedure bij de Ondernemingskamer twee à drie maanden in beslag zal nemen, hetgeen door JCG Holding niet is weersproken, moet SDI Industries bevoegd geacht worden om in kort geding bij wijze van ordemaatregel schorsing van de statutair directeur te vorderen.’

23. Zie Hof Amsterdam 7 november 1996, *KG 1997/3*; P.D. Olden, ‘10 jaar onmiddellijke voorzieningen’, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 546. Zie ook HR 23 juni 1995, *NJ 1995/661*: Opheffing van schorsing hetgeen was gevorderd, zou volgens de president geen enkel effect hebben. Binnen een redelijk korte termijn zou een voorziening kunnen worden getroffen door de Ondernemingskamer. Voor ingrijpen in kort geding was daarom geen plaats.

24. Rb. Gelderland (vzr.) 30 juni 2020, *JOR 2020/145*, r.o. 4.7.

25. Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, *JOR 2010/60*.

‘Voorshands is niet aannemelijk dat er minder verstrekkende manieren dan schorsing zijn om de bestuurder de toegang tot de bankrekening van de onderneming te ontnemen.’²⁶

In *Unit 17*²⁷ hanteert de voorzieningenrechter echter de toets van wanbeleid:

‘Uitgangspunt is dat de Voorzieningenrechter in kort geding bij de beoordeling van de vordering tot schorsing in beginsel dezelfde maatstaf dient toe te passen die voor de OK geldt. Dat betekent dat er gegronde redenen moeten zijn voor de voorzieningenrechter om aan te nemen dat gedaagde zich als bestuurder van Unit 17 schuldig heeft gemaakt aan wanbeleid.’

Dit is een te strenge toets nu de Ondernemingskamer pas oordeelt over wanbeleid op basis van het onderzoeksverslag.²⁸ Daarenboven leent een kort geding zich niet voor een grondig onderzoek naar de feiten en omstandigheden van het geval. Een voorzieningenrechter kan derhalve niet vooruitlopen op een onderzoek dat in de enquêteprocedure centraal staat.

Uit het voorgaande volgt dat rode draad is dat voorzieningenrechtters terughoudend zijn in het opleggen van schorsing als voorziening. De Ondernemingskamer is echter ook terughoudend om een bestuurder te schorsen aangezien zij naast een afweging tussen het doel van de enquête en de aard van het geschil ook ruimte moet laten aan de onderneming en pas bij twijfel aan de juistheid van het beleid moet ingrijpen. Een gegronde reden (in de zin van art. 2:349a lid 3 BW/2:350 lid 1 BW) acht de Ondernemingskamer geregeld aanwezig in het geval sprake is van een impasse tussen aandeelhouders en/of bestuurders, waarbij de continuïteit van de onderneming in het geding is.

5. De belangenafweging

Een interessante vraag naar aanleiding van het voorgaande is of de voorzieningenrechter een bestuurder kan schorsen zonder vooruit te lopen op een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer of de schorsingsmaatregel daaraan te verbinden.²⁹ Ik zou menen van wel.

De toets voor de Ondernemingskamer is een andere dan die van de voorzieningenrechter. De Ondernemingskamer toetst of een onmiddellijke voorziening ‘gelet op de be-

langen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken is vereist in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek’ (art. 2:349a lid 2 BW, cursivering MK). De toets voor de voorzieningenrechter is of ‘gelet op de belangen van partijen een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist’ (art. 254 Rv, cursivering MK). Om die reden kan een voorzieningenrechter ook beslissen om een tijdelijke bestuurder te benoemen.³⁰ De uitkomst van de belangenafweging van de voorzieningenrechter kan een andere zijn dan die van de Ondernemingskamer. Het schaden van de belangen van de vennootschap hoeft geen belang van de eisende partij te zijn.

De gemene deler is dat de belangenafweging van zowel de voorzieningenrechter als de Ondernemingskamer veelal geschiedt op basis van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. De Ondernemingskamer heeft echter, gelet op onder meer (1) de vrijheid die de zij heeft bij het treffen van voorzieningen; (2) de flexibiliteit die de verzoekschriftprocedure biedt en (3) de centrale positie van het belang van de vennootschap, meer mogelijkheden om verzoekers en/of belanghebbenden te beknotten in hun rechten dan wel te beschermen vanuit het oogpunt van het vennootschappelijk belang. Een goede illustratie hiervan biedt de beschikking van de Ondernemingskamer inzake *AkzoNobel*³¹ waar de aandeelhouders het bestuur verzochten om een aandeelhoudersvergadering te beleggen met als enig agendapunt het ontslag van een commissaris, hetgeen door het bestuur werd afgewezen. De Ondernemingskamer achtte deze afwijzing geen gegronde reden om aan een juist beleid en juiste gang van zaken te twijfelen omdat de aandeelhouders met het ontslag een strategiewijziging zouden beogen:

‘Tegen die achtergrond ligt het voor de hand dat het agenderen van het ontslag van Burgmans in wezen niet beoogt zijn individuele functioneren ter discussie te stellen, maar bedoeld is als middel om AkzoNobel te bewegen tot onderhandelingen met PPG, gericht op een overname door PPG (...).’³²

De belangenafweging door de Ondernemingskamer is ook breder dan bij de voorzieningenrechter. Niet alleen de belangen van de verzoekers, de vennootschap en de in het geding verschenen belanghebbenden, maar ook die van anderen zoals de – overige – aandeelhouders en certificaathouders, van haar werknemers, haar leveranciers en

26. Rb. Amsterdam (vzr.) 18 januari 2018, *JOR* 2018/129.

27. Rb. Oost-Brabant (vzr.) (zp. 's-Hertogenbosch) 28 januari 2021, *JOR* 2021/146.

28. Zie ook C.J. Scholten in zijn noot onder Rb. Oost-Brabant (vzr.) (zp. 's-Hertogenbosch) 28 januari 2021, *JOR* 2021/146 (*Unit 17*).

29. Vgl. ook C.J. Scholten in zijn noot onder Rb. Amsterdam (vzr.) 18 januari 2019, *JOR* 2019/129 (*City Assistant*).

30. Zie Rb. Amsterdam (vzr.) 20 februari 2018, *JOR* 2018/118, m.nt. Van der Korst (*Avinco*). Anders: A.R.J. Croiset van Uchelen, ‘Forumkeuze voor gevorderden’, *TOP* 2010, p. 258.

31. Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2017, *JOR* 2017/261, m.nt. Bulten.

32. Ook in de *Stork*-beschikking, Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2017, *JOR* 2017/42, m.nt. Blanco Fernandez werd de aandeelhoudersvergadering in haar bevoegdheid beknoot uit hoofde van art. 2:161a BW: ‘De Ondernemingskamer acht het dan ook geboden erin te voorzien dat Stork voorshands niet gedwongen kan worden tot een min of meer radicale wijziging van haar strategische koers enkel en alleen omdat in verband met het bepaalde in artikel 2:161a BW de algemene vergadering – al dan niet met vertraging – haar daartoe zou kunnen dwingen.’

haar schuldeisers worden afgewogen.³³ Dit zou een voorzieningenrechter mijns inziens ook moeten doen. Temeer nu de voorzieningen in kort geding in stand blijven, ook als geen bodemprocedure volgt. Of een bodemprocedure volgt, kunnen partijen zelf beslissen. De onmiddellijke voorzieningen in een enquêteprocedure worden steeds getroffen voor de duur van het geding en zij eindigen wanneer het geding eindigt. Partijen hebben niet de keuze om het geding te beëindigen of om van de 'tweede fase' af te zien met behoud van de onmiddellijke voorzieningen.

6. Hoe nu verder?

Schorsing van een bestuurder is onlosmakelijk verbonden met het beleid van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Vanuit die optiek, mede met het oog op duidelijkheid en uniformiteit, zou het treffen van een voorziening als schorsing uitsluitend beslecht dienen te worden door de Ondernemingskamer. Ook en niet in de laatste plaats vanwege de expertise van de Ondernemingskamer. Indien die benadering zou worden gevolgd, zou dit impliceren dat de rechtstoegang wordt beperkt.

Daarenboven zijn er genoeg redenen te bedenken om voor het kort geding te kiezen. Deze rechtsgang is minder kostbaar, minder belastend voor de vennootschap, korter van duur en de kans op inmenging van derden (zoals de door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen) is kleiner. Ook kan zich de situatie voordoen dat niet onmiddellijk behoefte bestaat aan een enquête, maar wel aan een ordemaatregel op korte termijn, en dan kan de voorzieningenrechter worden geadieerd. Desondanks, mede vanwege de mogelijkheid van de Ondernemingskamer om onmiddellijke voorzieningen te treffen zonder eerst een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken, zou ik menen dat de Ondernemingskamer exclusief over schorsing zou moeten beslissen. Blijkens de jurisprudentie van de voorzieningenrechters is dit feitelijk al het geval.

7. Tot slot

In deze bijdrage heb ik een aantal beschouwingen gewijd aan de (beoordeling van) schorsing en ontslag van bestuurders. Centraal staat de vraag of en in hoeverre het vennootschappelijk belang daarbij een rol speelt. Die vraag is van belang omdat schorsing en ontslag van een bestuurder raken aan het functioneren van een bestuurder en daarmee aan het vennootschappelijk belang.

Ook al wordt er in de literatuur krachtig betoogd over (de aard en inhoud van) het vennootschappelijk belang als richtsnoer voor de bestuurders, dit wordt in de jurisprudentie van de gewone rechtbanken waarin een schorsings- (of ontslag)besluit aan de redelijkheid en billijkheid wordt getoetst genuanceerd. Niet alleen vanwege de discretionaire bevoegdheid van het tot schorsing (en ontslag)

bevoegde orgaan maar ook vanwege de ingrijpendheid van de gevolgen van zo'n besluit.

De Ondernemingskamer is niet exclusief bevoegd om een schorsingsmaatregel op te leggen op verzoek van belanghebbenden of verzoekers, terwijl hier het belang van de vennootschap juist centraal staat. Dit doet de vraag rijzen of een samenloop met de procedure bij de voorzieningenrechter die in de praktijk toch al blijkt aan te haken bij (het oordeel van) de Ondernemingskamer wel wenselijk is. In mijn optiek niet.

33. Zie ook J.H.M. Willems, 'Aspecten van class action en public interest litigation in de enquêteprocedure', in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 75), Deventer: Kluwer 2004, p. 434 en Croiset van Uchelen 2010, p. 258.