

gecasseerd met de volgende overweging: "Het aan het oordeel ten grondslag leggen van niet van algemene bekendheid zijnde gegevens, verkregen (...) door een 'niet-officiële bezichtiging', verdraagt zich niet met de wettelijke regeling der gerechtelijke plaatsopneming, welke de nodige waarborgen biedt voor controle en bespreekbaarheid door partijen." In eerste aanleg had de kantonrechter wel een descende volgens de regels gehouden en daarbij inderdaad een meubeltoonzaal te zien gekregen. Heemskerk merkt in zijn noot bij dit arrest op: "Persoonlijk onderzoek door de rechter anders dan volgens de wettelijke regeling der gerechtelijke plaatsopneming wordt door de Hoge Raad niet toegestaan. Bewijsgraving buiten partijen om heeft het bezwaar dat zij daarop niet kunnen reageren." Dat is hetzelfde argument als de A-G Huydecoper gebruikt: schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Ik meen echter dat ook het beginsel van de onpartijdige rechter in het geding is. De rechter die buiten de hem gegeven bevoegdheden om zelf op zoek gaat naar bewijsmateriaal, helpt daarmee een van partijen. Hij loopt dus, evenzeer als de rechter die de feitelijke grondslag van de vordering of het verweer aanvult, het risico dat twijfel aan zijn onpartijdigheid kan ontstaan. Mijns inziens ligt daar dan ook de grens voor wat betreft het ambtshalve optreden van de rechter: waar de schijn van partijdigheid kan ontstaan, dient de rechter zich van actie te onthouden.

7. Terug naar de casus. Met de A-G ben ik van mening dat als het hof voldoende bewijs had zonder het strafdossier te raadplegen, het de foto's niet als onderbouwing van zijn oordeel had hoeven te gebruiken. En als het hof onvoldoende bewijs had zonder het strafdossier te raadplegen, had het een bewijsopdracht kunnen geven of een bevel om bepaalde relevante stukken over te leggen. Het is immers de taak van partijen om bewijs te leveren, niet die van de rechter. Naar mijn mening zou de Hoge Raad er beter aan hebben gedaan het arrest van het hof te casseren. Daarmee zou hij een duidelijk signaal hebben afgegeven dat wat het hof gedaan heeft niet door de beugel kan.

mw. mr. H.L.G. Wieten
universitair docent burgerlijk procesrecht VU

32

Hoge Raad
10 november 2006, nr. R05/063HR, LJN AY4033
(mrs. Fleers, De Savornin Lohman, Hammerstein, Bakels, Asser)
Noot mr. B.A. Boersma

Arbitrabiliteit.

[Rv art. 1020 lid 3; BW art. 2:15, 2:16]

Het moet worden aangenomen dat vernietiging van een besluit van een rechtspersoon met het oog op de daaruit, zowel voor de rechtspersoon als voor derden, voortvloeiende (vaak ingrijpende) rechtsgevolgen en in verband met de rechtszekerheid, niet ter vrije beschikking van partijen staat. Bovendien dient de rechterlijke uitspraak waarin de nietigheid van een besluit van een rechtspersoon wordt vastgesteld of die zulk een besluit vernietigt, zowel wanneer het besluit slechts interne werking heeft als wanneer het ook externe werking heeft, naar haar aard te gelden ten opzichte van een ieder en niet alleen ten opzichte van degene die de vernietiging heeft verzocht. Voor deze algemene werking is volgens de Hoge Raad tussenkomst van de burgerlijke rechter noodzakelijk.

1. [Eiser 1],
2. [eiser 2],
3. [eiser 3],
4. [eiser 4], alle in Nederland,
5. de naamloze vennootschap naar Nederlands-Antilliaans recht *Groenselect Management NV*, op Curaçao, Nederlandse Antillen, eisers tot cassatie, tegen [verweerder] te Costa Rica, verweerder in cassatie, niet verschenen.

1. Het geding in feitelijke instanties

Met een op 7 oktober 2002 ter griffie van het gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen en Aruba, zittingsplaats Curaçao, ingekomen verzoekschrift hebben eisers tot cassatie zich gewend tot dat gerecht en verzocht

1. te verklaren voor recht dat:
 - a. de op 15 maart 2002 gehouden aandeelhoudersvergadering van eiseres tot cassatie sub 5

(verder ook te noemen: Groenselect) en de door haar genomen besluiten niet rechtsgeldig zijn;
 b. de door verweerder in cassatie – verder te noemen: [verweerder] – vervolgens na deze aandeelhoudersvergadering zonder medeweten van eisers in cassatie sub 1–4 bijeengeroepen aandeelhoudersvergadering inclusief de daar genomen besluiten alle niet rechtsgeldig zijn;

c. de door Forestry N.V. – als (niet-rechtsgeldig benoemde) bestuurder van Groenselect – genomen besluiten niet rechtsgeldig zijn;

2. [verweerder] te veroordelen tot betaling van alle door eisers in cassatie sub 1–4 geleden en te lijden schade tenminste bestaande uit een bedrag van US\$ 20.000,= verder op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

3. [verweerder] te veroordelen tot betaling van alle schade die Groenselect heeft geleden en zal lijden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. [Verweerder] heeft bij incidentele conclusie ten aanzien van alle eisers de exceptie van onbevoegdheid opgeworpen en subsidiair de vordering bestreden en tevens in reconventie gevorderd

a. te verklaren voor recht dat het benoemingsbesluit van [eiser 2] ongeldig is;

b. eisers in conventie te veroordelen de inschrijving in het handelsregister van de benoeming van [eiser 2] ongedaan te maken;

c. eisers in cassatie sub 1-4 te veroordelen mee te werken aan (i) de benoeming bij besluit van een door [verweerder] bijeengeroepen aandeelhoudersvergadering van een onafhankelijke directeur van Groenselect die woonachtig of gezeteld is te Curaçao, en (ii) het doen inschrijven van deze directeur in het handelsregister;

d. eisers in cassatie sub 1-4 te veroordelen in de kosten door [verweerder] ter zake van deze procedure gemaakt, welke in ieder geval Naf 15.000,= belopen;

e. eisers in cassatie sub 1-4 te veroordelen in de schade die [verweerder] door de onderhavige onrechtmatige daad heeft geleden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Eisers hebben vervolgens een antwoord in het incident genomen en de vordering in reconventie bestreden.

Bij tussenvonnis van 23 juni 2003 heeft het gerecht zich bevoegd verklaard van het onderhavige geschil kennis te nemen, hierna heeft het gerecht bij eindvonnis van 12 januari 2004, verbeterd bij herstelvonnissen van 9 februari 2004, de

vorderingen in conventie toegewezen en de vorderingen in reconventie afgewezen.

Tegen zowel het tussenvonnis als het eindvonnis van het gerecht heeft [verweerder] hoger beroep ingesteld bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba.

Bij vonnis van 8 februari 2005 heeft het Gemeenschappelijk Hof de bestreden vonnissen vernietigd en, opnieuw rechtdoende, verstaan dat de Nederlands-Antilliaanse rechter onbevoegd is om van de vordering van eisers kennis te nemen.

(...; red.)

2. Het geding in cassatie

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. [Eisers] en [verweerder] houden ieder 20% van de aandelen in Groenselect Management N.V. (verder: Groenselect), opgericht op 7 september 1999.

ii. [Eisers] en [verweerder] hebben op 11 december 2001 een “intentieovereenkomst” gesloten. In de artikelen 10 en 11 van deze overeenkomst wordt bepaald dat tussen partijen, zowel voor reeds gemaakte als voor nog te maken afspraken, uitsluitend door hen uitdrukkelijk schriftelijk vastgelegde en ondertekende afspraken gelden. Art. 9 van de intentieovereenkomst bepaalt dat indien partijen van mening verschillen over hetgeen voortvloeit uit of samenhangt met deze overeenkomst, ieder van de partijen een partijvertegenwoordiger zal benoemen en dat die partijvertegenwoordigers tezamen met mr. A. de Leeuw uit Ede bindend zullen beslissen hoe het verschil van inzicht zal worden opgelost.

iii. Op 15 maart 2002 hebben [eisers] een aandeelhoudersvergadering bijeengeroepen waarin [eiser 2] tot bestuurder van Groenselect werd benoemd. [Verweerder] heeft zich ten aanzien van deze benoeming beroepen op art. 7 lid 4 van de op 1 september 1999 tussen partijen gesloten oprichtingsovereenkomst, dat een beperkt vetorecht toekent aan elke aandeelhouder betreffende besluiten van de aandeelhoudersvergadering.

iv. Op 8 april 2002 heeft [verweerder] overeenkomstig het bepaalde in de statuten van Groen-

select door een oproep in een lokale krant op Curaçao een aandeelhoudersvergadering bijeengeroepen die niet door de overige aandeelhouders werd bijgewoond. In deze vergadering, waarvoor [eisers] niet persoonlijk waren uitgenodigd, is Forestry tot bestuurder van Groenselect benoemd, met gelijktijdig ontslag van [eiser 2].

v. Op 2 oktober 2002 hebben [eisers] een aandeelhoudersvergadering bijeengeroepen waarbij alle aandeelhouders aanwezig, dan wel vertegenwoordigd waren. Tijdens deze vergadering is Forestry als bestuurder van Groenselect ontslagen. Ten aanzien van dit besluit heeft [verweerder] zich beroepen op het beperkte vetorecht van art. 7 lid 4 van de oprichtingsovereenkomst.

vi. In een arbitrageovereenkomst, getekend op 10 april 2002, hebben [eisers] en [verweerder], daarbij refererend aan de intentieovereenkomst van 11 december 2001, verklaard te hebben besloten tot een vereenvoudigde verkorte procedure voor geschillenbeslechting. Zij hebben de eerder overeengekomen geschillenregeling zo gewijzigd dat in het vervolg eventuele meningsverschillen zouden worden voorgelegd aan mr. A. de Leeuw.

vii. In een brief van 24 juni 2002 heeft mr. De Leeuw voornoemd aan [verweerder] bericht dat hij van [eisers] zes klachten heeft ontvangen ter arbitrage.

3.2. In dit geding heeft de rechtsstrijd in hoger beroep zich toegespitst op beantwoording van de vraag of over het geschil tussen partijen geoordeeld dient te worden door de overheidsrechter, dan wel door mr. De Leeuw. Het gerecht in eerste aanleg heeft zichzelf bevoegd geacht over het geschil te oordelen, maar het Gemeenschappelijk Hof heeft de door het gerecht gewezen vonnissen vernietigd en verstaan dat de Nederlands-Antilliaanse rechter onbevoegd is om van de vordering van [eisers] kennis te nemen. In de kern heeft het Hof daartoe overwogen dat de intentieovereenkomst, naar redelijkheid uitgelegd met inachtneming van de Haviltexformule, meebrengt dat de geschillen tussen [eisers] enerzijds en [verweerder] anderzijds aan arbitrage zijn onderworpen en dat dit ook het geval is ten aanzien van Groenselect, nu haar materieel- en procesrechtelijke positie zozeer verweven is met die van [eisers], dat de uitspraak van de Nederlands-Antilliaanse rech-

ter in redelijkheid ook ten aanzien van Groenselect dient te gelden.

3.3. Onderdeel 1.3 van het tegen dit oordeel gerichte middel houdt, kort samengevat, met name in dat het Hof heeft miskend dat partijen niet bevoegd zijn vorderingen die, zoals de hiervoor in 1 onder 1a-c vermelde, ertoe strekken de nietigheid in te roepen van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders en/of het bestuur van een naamloze vennootschap, te onderwerpen aan de beslissing van een scheidsman. Partijen hebben over zodanige vorderingen immers niet de vrije beschikking in de zin van art. 500 (oud) RvNA.

3.4. Bij de beoordeling van het onderdeel moet, gelet op de toepasselijke bepalingen van overgangsrecht, worden uitgegaan van de tot 1 augustus 2005 (op welke datum ingevolge de Landsverordening van 29 april 2005, Pb. 2005, nr. 59, een nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in werking is getreden) geldende bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba. De toentertijd geldende regels inzake arbitrage, de artikelen 500 e.v. (oud) RvNA, komen overeen met de in Nederland tot 1 december 1986 geldende bepalingen van de artikelen 620 e.v. (oud) Rv.

Art. 500 lid 1 (oud) RvNA luidt als volgt:

“Ieder is bevoegd om geschillen omtrent rechten, waarover hij de vrije beschikking heeft, aan de beslissing van scheidsmannen te onderwerpen.”

Het onderdeel stelt in wezen de vraag aan de orde of partijen de vrije beschikking hebben over de rechtsgeldigheid van de hiervoor in 1 a-c bedoelde besluiten in de zin van art. 500 lid 1 (oud) RvNA. Dienaangaande is van belang dat de hiervoor in 1 weergegeven vorderingen van [eisers] onder 1 a-b betrekking hebben op door de algemene vergadering van aandeelhouders van Groenselect genomen besluiten tot benoeming en ontslag van bestuurders van die vennootschap. De vordering onder 1 c heeft betrekking op de rechtsgeldigheid van de door Forestry als bestuurder van Groenselect genomen besluiten.

3.5. De zojuist geformuleerde vraag moet ontkennend worden beantwoord. In de eerste plaats moet worden aangenomen dat vernietiging van een besluit van een rechtspersoon met het oog op de daaruit, zowel voor de rechtspersoon als voor derden, voortvloeiende (vaak in-

grijpende) rechtsgevolgen en in verband met de rechtszekerheid, niet ter vrije beschikking van partijen staat. In de tweede plaats dient de rechterlijke uitspraak waarin de nietigheid van een besluit van een rechtspersoon wordt vastgesteld of die zulk een besluit vernietigt, zowel wanneer het besluit slechts interne werking heeft als wanneer het ook externe werking heeft, naar haar aard te gelden ten opzichte van een ieder en niet alleen ten opzichte van degene die de vernietiging heeft verzocht. Voor deze algemene werking is tussenkomst van de burgerlijke rechter noodzakelijk.

3.6. Onderdeel 1.3 treft dus doel. De overige klachten van onderdeel 1 behoeven geen behandeling.

3.7. Onderdeel 2 is gericht tegen de beslissing van het Hof dat ook Groenselect het arbitraal beding tegen zich dient te laten gelden, gelet op de nauwe verwevenheid van haar materieel- en procesrechtelijke positie met die van [eisers].

Aangezien door onderdeel 1.3 met succes het oordeel van het Hof is bestreden dat het onderhavige beding in de weg staat aan beoordeling door de overheidsrechter van de vorderingen van [eisers] betreffende de onder 1 a-c bedoelde besluiten, is in zoverre ook de grondslag ontvallen aan het onderhavige oordeel van het Hof. Daarom heeft Groenselect geen belang bij de behandeling van onderdeel 2 voor zover dit betrekking heeft op de rechtsgeldigheid van de zожuist bedoelde besluiten. Zij heeft daarbij echter wél belang ten aanzien van de vordering onder 3, die strekt tot vergoeding van de schade die zij heeft geleden door het optreden van [verweerder].

3.8. In zoverre treft onderdeel 2.9 van het middel doel.

Het onderdeel betoogt terecht dat het Hof heeft miskend dat Groenselect een eigen vordering tot schadevergoeding tegen [verweerder] heeft ingesteld die op een andere grondslag berust dan de vordering van [eisers].

Ook in zoverre kan het bestreden vonnis dus geen stand houden. De overige klachten van onderdeel 2 behoeven geen behandeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 8 februari 2005;

verwijst het geding naar dat Hof ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eisers] begroot op € 359,07 aan verschotten en € 2.600,= voor salaris.

NOOT

1. In deze Nederlands-Antilliaanse casus komt de vraag aan de orde of de vernietigbaarheid van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders en/of het bestuur van een rechtspersoon zich leent voor arbitrage. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend. Hoewel het geschil zich op de Nederlandse Antillen afspeelde, is het arrest voor de Nederlandse rechtspraak van groot belang omdat het verduidelijkt wanneer een vennootschapsrechtelijk geschil al dan niet vatbaar is voor arbitrage. Het arrest is in lijn met hetgeen door een aantal juridische auteurs is verdedigd (zie onder meer: H.J. Snijders, *Nederlands arbitragerecht: een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, 2003, p. 76; W.C.L. Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, 1992, nr. 89 en P. Sanders, *Het Nederlandse Arbitragerecht*, 2001, p. 48). De Witt Wijnen en Wakkie hebben echter een tegengesteld standpunt ingenomen (resp. : O.L.O. De Witt Wijnen, 'Ondernemingsrecht en arbitrage', in: *Conflicten Rondom de Rechtspersoon*, 2000, p. 103 v. en P.N. Wakkie, 'Spoedarbitrage bij ondernemingsgeschillen', *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, 2002, p. 203 e.v.). Volgens beide auteurs kunnen arbiters zich uitspreken over de nietigheid/vernietigbaarheid van besluiten van een orgaan van een rechtspersoon. De Mol Van Otterloo neemt een tussenstandpunt in en maakt een uitzondering voor bepaalde categorieën van besluiten (zie: H.M. de Mol van Otterloo, 'Is de enquêteprocedure toepasbaar in arbitrage', *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, 2003, p. 207 e.v.). Het arrest van de Hoge Raad is overigens voor de Nederlands-Antilliaanse rechtspraak inmiddels van minder belang omdat in de statuten van een rechtspersoon vanaf 1 maart 2004 kan worden bepaald dat alle of bepaalde geschillen tussen twee of meer van de in art. 2:7 lid 1 Nederlands-Antilliaans BW

bedoelde personen (onder meer de rechtspersoon, de algemene vergadering van aandeelhouders en de bestuurders) worden beslist door arbitrage (zie ook: P. Sanders in zijn noot onder HR 10 november 2006, «JOR» 2007/5). Voordat de reikwijdte van het arrest voor de Nederlandse praktijk wordt besproken, zet ik uiteen wat op de Nederlandse Antillen en Curaçao voorafging en bespreek ik de verschillende opvattingen in de literatuur.

2. De vier verzoekers tot cassatie en verweerder in cassatie, Van den Boogaard, houden ieder 20% van de aandelen in Groenselect Management NV, een Nederlands-Antilliaanse rechtspersoon die zelf de vijfde verzoeker tot cassatie is. Uit de feiten blijkt dat de verstandhouding tussen de vier aandeelhouders enerzijds en de vijfde aandeelhouder, Van den Boogaard, anderzijds bekoeld is geraakt. Op 15 maart 2002 heeft de *ava* Werensteijn (verzoeker 2 tot cassatie) benoemd tot bestuurder van Groenselect, ondanks een beroep van Van den Boogaard op een beperkt vetorecht. Op 8 april 2002 heeft Van den Boogaard overeenkomstig de statuten door een oproep in een lokale Curaçaose krant een aandeelhoudersvergadering bijengeroepen, die door de in Nederland woonachtige overige aandeelhouders niet is bijgewoond. Tijdens deze vergadering is Werensteijn als bestuurder ontslagen en Forestry Investments NV tot bestuurder benoemd. Tijdens een op 2 oktober 2002 door de vier aandeelhouders bijengeroepen aandeelhoudersvergadering is Forestry Investments NV ontslagen als bestuurder. Forestry Investments NV heeft in de tussentijd een aantal bestuursbesluiten genomen, die eveneens onderwerp van geschil zijn. Op 10 april 2002 hebben de aandeelhouders een – voor meerdere uitleg vatbare – arbitrageovereenkomst gesloten, die de geschillenbeslechtsprocedure opgenomen in een op 11 december 2001 tussen dezelfde partijen gesloten intentieovereenkomst wijzigde.

3. Het Gerecht in Eerste Aanleg interpreteerde de arbitrageovereenkomst aldus dat deze alleen betrekking heeft op de vóór de intentieovereenkomst ontstane geschillen en het Gerecht verklaarde zich derhalve bevoegd te oordelen over de rechtsgeldigheid van de (nadien genomen) litigieuze besluiten. Het Gemeenschappelijke Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba achtte

daarentegen de Nederlands-Antilliaanse rechter niet bevoegd, omdat alle bij hem aanhangig gemaakte geschillen zijn onderworpen aan het arbitraal beding.

4. Het geschil in cassatie spitste zich toe op de vraag of partijen de vrije beschikking hadden om de rechtsgeldigheid van besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders alsmede de rechtsgeldigheid van besluiten van een bestuurder aan de beslissing van een scheidsman te onderwerpen in de zin van art. 500 (oud) Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van de Nederlandse Antillen (RvNA). Art. 500 (oud) RvNA komt in materiële zin overeen met art. 620 (oud) Rv en art. 1020 lid 3 Rv. Op grond van art. 500 (oud) RvNa is eenieder bevoegd om geschillen omtrent rechten, waarover hij de vrije beschikking heeft, aan de beslissing van scheidsmannen te onderwerpen. De kernbeslissing van de Hoge Raad is terug te vinden in r.o. 3.5, waarnaar ik hier verwijs.

5. Welke geschillen in vennootschappelijke aangelegenheden aan arbitrage kunnen worden onderworpen, was voor het arrest van de Hoge Raad in de doctrine onderwerp van hevige discussie. De wet bepaalt dwingendrechtelijk dat partijen bij overeenkomst bestaande en/of toekomstige geschillen aan arbitrage kunnen onderwerpen, mits de arbitrageovereenkomst niet leidt tot de vaststelling van rechtsgevolgen welke niet ter vrije bepaling van de partijen staan (art. 1020 lid 1 jo. lid 3 Rv). De rechter bij wie een zaak aanhangig is gemaakt waarover een arbitrageovereenkomst is gesloten, dient zich onbevoegd te verklaren indien een partij zich tijdig op het arbitragebeding beroept (art. 1022 lid 1 Rv). Het in art. 1020 lid 3 Rv genoemde criterium biedt weinig houvast. Ook de wetsgeschiedenis levert weinig aanknopingspunten op omdat het volgens de wetgever niet mogelijk is een geheel en al sluitend criterium in de wet neer te leggen. Een andere reden om de aard van het geschil niet in de wet te preciseren is volgens de wetgever dat er ruimte moet bestaan voor rechtsontwikkeling buiten het historisch bepaalde rechtsgebied dat burgerrechtelijk van aard is (Memorie van toelichting bij nieuwe Arbitragewet, TvA augustus 1984, p. 22 en 23). In de doctrine worden de volgende criteria gebruikt om de begrenzing van het arbitragegebied aan te

duiden: (i) de exclusieve rechtsmacht van de overheidsrechter, (ii) de openbare orde, (iii) zaken die de staat van de (rechts)personen betreffen, en (iv) de zogenaamde *erga omnes*-werking. Er moet wel worden opgemerkt dat deze criteria deels overlap vertonen en in de literatuur niet altijd scherp worden onderscheiden. Hieronder zal ik kort bespreken wat deze criteria inhouden en in hoeverre de Hoge Raad deze beginselen heeft toegepast.

6. Dat het exclusievereichtsmachtcriterium niet wordt genoemd door de Hoge Raad is niet verwonderlijk. Onder deze toetssteen versta ik dat de beslechting van een geschil bij uitsluiting aan de overheidsrechter is toegewezen. De wet sluit in uitzonderlijke gevallen uitdrukkelijk de mogelijkheid van arbitrage uit. In Boek 2 BW wordt arbitrage echter niet uitdrukkelijk uitgesloten. Uit de regel van absolute en relatieve competentie die is opgenomen in art. 2:15 lid 3 BW mag niet worden afgeleid dat arbitrage niet kan worden overeengekomen. Dit vloeit evenmin voort uit het in art. 2:25 BW opgenomen beginsel dat het rechtspersonenrecht in principe dwingend recht bevat. Algemeen wordt aangenomen dat dit op zichzelf niet in de weg staat aan arbitrage. Dit criterium is voor wat betreft het vennootschapsrecht dan ook niet bruikbaar. Overigens trekt de Hoge Raad wel de conclusie dat de overheidsrechter exclusief bevoegd is. Ik meen echter dat dit het gevolg betreft van de door de Hoge Raad genoemde argumenten, en niet het argument zelf (anders: Sanders in punt 5 van zijn hierboven genoemde noot).

7. Ook het openbareordecriterium wordt door de Hoge Raad niet expliciet genoemd. Strijd met de openbare orde levert grond op om het arbitraal vonnis te vernietigen of de tenuitvoerlegging daarvan te weigeren (art. 1065 lid 1 onder e respectievelijk 1063 lid 1 Rv). Het is moeilijk om een duidelijke definitie van dit begrip te geven. Ik volsta met op te merken dat de door de Hoge Raad wel expliciet genoemde rechtszekerheid en *erga omnes*-werking in de literatuur dikwijls ook onder dit criterium worden geschaard. Op deze beide beginselen kom ik hierna terug.

8. Volgens A-G Timmerman is de vrijwel unanieme mening in de literatuur dat de vordering tot vernietiging van een besluit van een vennootschap *doorgaans* uitsluitend door

de overheidsrechter wordt behandeld. De reden die Timmerman hiervoor geeft is dat een dergelijke vordering de staat van de vennootschap betreft en derhalve niet ter vrije beschikking van partijen staat. Deze opvatting vindt haar grondslag in art. 621 (oud) Rv, waarin was bepaald dat over geschilpunten die "den staat van eenen persoon" betreffen niet kan worden gearbitreerd. Volgens de wetgeschiedenis wordt beoogd aan te sluiten bij de historische afbakening van het arbitragegebied zoals neergelegd in art. 620 en 621 (oud) Rv (Memorie van toelichting bij nieuwe Arbitragewet, a.w., p. 22). Het verdient opmerking dat een aantal juridische auteurs, met name O.L.O. de Witt Wijnen, P.N. Wakkie en H.M. de Mol van Otterloo (resp. : O.L.O. de Witt Wijnen, a.w., p. 103 e.v.; P.N. Wakkie, a.w. p. 203 e.v. en H.M. de Mol van Otterloo, a.w., p. 207 e.v.) beduidend meer ruimte ziet voor arbitrage in het vennootschapsrecht. Er is dan ook discussie mogelijk over de vraag welke geschilpunten de staat van de rechtspersonen betreffen. Deze toetssteen is immers weinig scherp. Anders dan Timmerman, vat ik dit criterium beperkt op en versta hieronder uitsluitend besluiten tot ontbinding of het aanvragen van surseance of faillissement van een rechtspersoon. Andere besluiten – waaronder het benoemings- of ontslagbesluit van een bestuurder – dienen hieronder niet te worden geschaard. Deze besluiten betreffen niet de staat van de rechtspersoon. Deze discussie is wellicht achterhaald omdat de Hoge Raad Timmerman niet is gevolgd in diens argumentatie; de Hoge Raad laat in het midden of deze besluiten de staat van de rechtspersoon betreffen. Wel heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat over de nietigheid of vernietigbaarheid van besluiten die betrekking hebben op de staat van rechtspersonen niet kan worden gearbitreerd.

9. De Hoge Raad geeft twee overwegingen voor zijn oordeel dat vernietiging van een besluit van een rechtspersoon niet door een arbiter kan worden uitgesproken. Beide overwegingen zijn m.i. herleidbaar tot het zogenaamde *erga omnes*-beginsel, hoewel ook kan worden betoogd dat het eerste door de Hoge Raad genoemde punt deel uitmaakt van de openbare orde. Het *erga omnes*-beginsel houdt in dat rechterlijke uitspraken die (zwaarwegende) gevolgen hebben voor

derden, als zodanig zijn gericht op de vaststelling van rechtsgevolgen welke niet ter vrije beschikking van partijen staan. Arbitrale vonnissen ontberen in beginsel deze *erga omnes*-werking. Bij eerste lezing is het oordeel van de Hoge Raad logisch te noemen omdat de *erga omnes*-werking van de rechterlijke uitspraak is verankerd in art. 2:16 lid 1 BW. In dit artikellid is bepaald dat een onherroepelijke rechterlijke uitspraak die de nietigheid van een besluit van een rechtspersoon vaststelt (mits de rechtspersoon partij is geweest in het geding) of die ook een besluit vernietigt, voor een ieder bindend is.

10. De eerste door de Hoge Raad genoemde overweging, dat de vernietiging van een besluit zowel voor de rechtspersoon als voor derden vaak ingrijpende rechtsgevolgen heeft en in verband met de rechtszekerheid, is mijns inziens niet steekhoudend. Deze maatstaf impliceert dat over vele andere vennootschapsrechtelijke geschillen – ik denk bijvoorbeeld aan het enquêterecht en een jaarrekeningprocedure – evenmin kan worden gearbitreerd, zoals onder meer door O.L.O. de Witt Wijnen is verdedigd (O.L.O. de Witt Wijnen, 'Ondernemingsrecht en Arbitrage: een update', *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, 2005, p. 240 e.v.). Deze procedures hebben immers per definitie ingrijpende rechtsgevolgen voor derden, denk bijvoorbeeld aan gevolgen voor crediteuren of werknemers van de rechtspersoon. Op de argumentatie van de Hoge Raad valt dan ook het een en ander af te dingen. De Hoge Raad lijkt over het hoofd te zien dat de rechtsgevolgen van de benoemingsbesluiten in het onderhavige geschil geen ingrijpende rechtsgevolgen voor derden teweegbrengen omdat zowel de benoemde als ontslagen bestuurders (indirect) aandeelhouders waren (mogelijk – dit valt uit het arrest echter niet af te leiden – is dit anders voor de door Forestry Investments NV genomen bestuursbesluiten). Daarnaast heeft O.L.O. de Witt Wijnen beargumenteerd dat de reikwijdte van het *erga omnes*-beginsel niet moet worden overtrokken. De toewijzing van een grote vordering in arbitrage kan eveneens ingrijpende rechtsgevolgen hebben voor vele derden (personeel, leveranciers, andere crediteuren), hetgeen er niet aan in de weg staat dat dergelijke beslissingen in arbitrage kunnen worden

gegeven (zie: O.L.O. de Witt Wijnen, a.w., p. 119 en 120). Dit betreft echter de feitelijke en niet de juridische gevolgen van een dergelijk vonnis. Rechterlijke uitspraken kunnen uit hun aard echter ook juridische gevolgen hebben voor derden, waarvan de vernietiging van besluiten op grond van art. 2:16 lid 1 BW een voorbeeld is. Met de rechtszekerheid heeft de Hoge Raad waarschijnlijk bedoeld dat duidelijk moet zijn wie bevoegd is te oordelen over de nietigheid/vernietigbaarheid van besluiten. Daarnaast lijkt hij het oog te hebben op het feit dat arbitrale procedures in beginsel niet openbaar zijn.

11. Wat betreft het tweede door de Hoge Raad genoemde punt, het volgende. De Hoge Raad oordeelt dat ook een besluit dat de interne organisatie van de rechtspersoon betreft – bijvoorbeeld een besluit tot vaststelling van de jaarrekening ex art. 2:101 lid 3 of 210 lid 3 BW (niet-structuurvennootschap) – werking heeft ten opzichte van eenieder. Dit oordeel vloeit voort uit art. 2:16 lid 1 BW. Het is echter niet goed in te zien waarom dit mee zou moeten brengen dat een geschil over een intern werkend besluit niet aan arbiters zou kunnen worden voorgelegd. Een dergelijk besluit beoogt immers per definitie de interne organisatie van een rechtspersoon te regelen en van werking *erga omnes* is *de facto* dan ook geen sprake (aldus reeds: H.M. de Mol van Otterloo, a.w., p. 216; vgl. ook J.M. Blanco Fernández, 'Besluiten van Rechtspersonen en arbitrage', *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk*, nr. 1, januari 2007, p. 35).

12. Niet aan de orde is gekomen in deze procedure de vraag of een arbiter kan vaststellen dat een besluit van een orgaan van een rechtspersoon nietig is, indien de rechtspersoon geen partij is in het geding. In het eerste door de Hoge Raad genoemde punt wordt uitsluitend gesproken over de "vernietiging" van een besluit, en niet over het vaststellen van de "nietigheid" daarvan. Anders dan bij een onherroepelijke uitspraak waarbij een besluit wordt vernietigd, ontbeert de uitspraak waarbij de nietigheid van een besluit wordt vastgesteld, *erga omnes*-werking, indien de rechtspersoon geen partij in het geding is geweest (zie art. 2:16, lid 1 BW). Ook het tweede door de Hoge Raad genoemde punt is derhalve niet van toepassing. Met enige aarzeling meen ik dan ook dat een arbiter in

zo'n geval in een declaratoir vonnis de nietigheid van een besluit kan vaststellen. Net als bij de burgerlijke rechter het geval is, werkt een dergelijke uitspraak slechts tussen partijen.

13. Een ander interessant discussiepunt vloeit ten slotte voort uit het feit dat verzoekers het Gerecht in Eerste Aanleg hadden verzocht om een verklaring van recht over de *rechtsgeldigheid* van de in het geding zijnde besluiten. Niet geheel duidelijk is wat hiermee bedoeld werd. A-G Timmerman oppert dat hiermee bedoeld zou kunnen zijn een vordering tot intrekking van het bestreden besluit door het betrokken orgaan (conclusie A-G Timmerman onder punt 2.3). Volgens de A-G kan ook een arbiter het betrokken orgaan-opdragen om een genomen besluit weer in te trekken. Zoals een arbiter geen beslag kan opheffen, kan hij een partij waarschijnlijk wel een bevel geven zorg te dragen voor opheffing van het beslag, af te dwingen met een dwangsom. Het door Sanders in zijn in de «JOR» gepubliceerde noot geopperde bezwaar tegen het door A-G Timmerman betoogde, dat de rechtspositie van derden die geen partij in de arbitrage zijn wordt aangetast, is niet doorslaggevend omdat hetzelfde geldt voor een door de overheidsrechter gegeven bevel tot intrekking van een besluit. Ook deze beslissing van de overheidsrechter heeft immers geen *erga omnes*-werking. Bovendien kan iedere derde die enig belang heeft bij een arbitraal beding het scheidsgerecht verzoeken om zich daarin te mogen voegen of tussen te komen op grond van art. 1045 lid 1 Rv, mits de derde is toegetreten tot de arbitrageovereenkomst. Wel moet worden toegegeven dat dit leidt tot de vreemde situatie dat een arbiter een orgaan van de vennootschap bevel kan geven tot intrekking van het besluit, terwijl een oordeel over de nietigheid of vernietigbaarheid van het intrekkingbesluit is voorbehouden aan de overheidsrechter. Het is daarom denkbaar dat ook een beslissing over de intrekking van besluiten uitsluitend toekomt aan de overheidsrechter.

mr. B.A. Boersma

33

Hoge Raad
24 november 2006, nr. C05/197HR, LJN AY7922
(mrs. Beukenhorst, De Savornin Lohman,
Numann, Hammerstein, Van Oven)
(concl. A-G Wesseling-van Gent)
Noot mr. M.A.J.G. Janssen

Derdenbeslag. Onverschuldigde betaling.

[Rv art. 477, 477a, 477b; BW art. 6:203, 6:162]

Aan de klachten in cassatie ligt de opvatting ten grondslag dat de rechtsgrond voor de betaling door de derde-beslagene aan de beslaglegger is gelegen in de verplichting krachtens art. 477 lid 1 Rv de volgens de afgelegde verklaring verschuldigde geldsommen aan de deurwaarder te voldoen. Die rechtsopvatting is echter onjuist, zoals blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 30 november 2001, nummer C-00/041. In dat arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat een derde-beslagene op de voet van de art. 476a en 476b Rv heeft verklaard dat hij een bedrag aan de geëxecuteerde schuldig is, niet rechtvaardigt dat de derde-beslagene verplicht is om hetgeen hij volgens zijn verklaring aan de geëxecuteerde schuldig is, te voldoen aan de met de executie belaste deurwaarder. Voorts oordeelde de Hoge Raad dat daarom niet als juist kan worden aanvaard dat uit het bepaalde bij art. 477 Rv voortvloeit dat een derde-beslagene verplicht is om hetgeen hij volgens zijn verklaring aan de geëxecuteerde verschuldigd is te voldoen aan de met de executie belaste deurwaarder, ook wanneer de verklaring berust op een vergissing en de derde-beslagene niets aan de geëxecuteerde schuldig is. De omstandigheid dat anders dan in voormeld arrest van de Hoge Raad de derde-beslagene overeenkomstig de door hem afgelegde, later onjuist gebleken verklaring op aanmaning van de deurwaarder bedragen heeft afgedragen, maakt dit niet anders omdat die afdracht op zichzelf niet impliceert dat daarover een rechtsgrond bestond.

Stichting Nederland FIC te Schiedam,
eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. P.S. Kamminga,
tegen
[verweerder] te [woonplaats],