

zwijgen hierover ook, en in de literatuur heeft Hermans die vraag voor de onderzoeker slechts een “voor de praktijk (...) belangrijke vraag” genoemd, maar niet beantwoord, zie R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 145), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 140. Ik zou denken dat het OK-functionarissen is toegelaten algemene voorwaarden te hanteren, nu het hun ook vrijstaat te onderhandelen over hun uurtarief en afspraken te maken over op welke wijze en door wie de beloning van de OK-functionaris in rekening wordt gebracht, bijvoorbeeld via een persoonlijke bv, zie OK 27 juli 2022 (r.o. 3.7), «JOR» 2022/284, m.nt. Broere (*Royal Care*). Onderdeel van die algemene voorwaarden kan ook een exonerationclausule zijn. In de praktijk komen exonerationen van OK-functionarissen – niet als onderdeel van algemene voorwaarden overigens – ook wel voor, zie bijv. OK 21 december 2018 (r.o. 3.4), ARO 2019/67 (*Nordeon*); OK 12 november 2019 (r.o. 3.6), «JOR» 2020/146, m.nt. Scholten (*Vermeulen*), waarover ook Broere 2022, par. 5.2.7.3.

mr. P.H.M. Broere
advocaat bij Stibbe en fellow van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit

181

Maatstaf voor benoeming van tijdelijk bestuurder door voorzieningenrechter

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

7 maart 2023, nr. 200.311.715/01 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2023:583

(mr. De Jongh, mr. Wessels, mr. Melissen,
drs. Van Vollenhoven-Eikelenboom AAG,
mr. Koopmans)

Noot mr. S.C.M. van Thiel

**Hoger beroep van vonnis in incident.
Bevoegdheid tot benoeming van tijdelijk
bestuurder laat onverlet door voorzieningen-
rechter vereiste terughoudendheid bij
toewijzing van voorlopige voorzieningen.
Maatstaf voor toewijzing door voorzienin-
genrechter is andere dan maatstaf voor OK
bij gelasten van onmiddellijke voorzieningen.
Vervolg op Rb. Gelderland 8 juni 2022, «JOR»
2022/231, m.nt. Kemp.**

[BW art. 2:8, 2:9, 2:129/239, 2:336 lid 3;
Rv art. 223]

Met de introductie van de bevoegdheid van de OK tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen op grond van art. 2:349a lid 2 BW heeft de wetgever de bevoegdheid van de voorzieningenrechter in kort geding tot het treffen van voorlopige voorzieningen uitdrukkelijk niet willen beperken (Kamerstukken II 1991/92, 22 400, nr. 3, p. 6 en 15). Ook de bevoegdheid van de bodemrechter provisionele voorzieningen op de voet van art. 223 Rv te treffen wordt niet beperkt door de bevoegdheid van de OK op grond van art. 2:349a lid 2 BW.

De wetgever is ervan uitgegaan dat de voorzieningenrechter (met wie de bodemrechter in een provisioneel incident op één lijn kan worden gesteld) een terughoudend standpunt zou innemen ingeval van hem een voorziening wordt gevraagd met het oog op een in te dienen enquêteverzoek en dat hij in dat geval in beginsel de duur van de door hem te treffen voorziening beperkt tot het tijdstip dat de OK op een verzoek om onmiddellijke voorzieningen zal hebben beslist (Kamerstuk-

ken II 1991/92, 22 400, nr. 3, p. 15/16). In vergelijkbare zin is door het Hof Amsterdam geoordeeld dat in kort geding terughoudendheid wenselijk is bij een verzoek om een voorlopige voorziening te treffen vooruitlopend op (de resultaten van) een enquête indien dit verzoek is gedaan door een enquêtebevoegde (rechts)persoon en nadat het enquêteverzoek aanhangig is gemaakt (Hof Amsterdam 7 november 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AH7018).

Een andere vraag is of bij de beoordeling van een vordering tot benoeming van een tijdelijk bestuurder bij wijze van voorlopige voorziening aansluiting moet worden gezocht bij de maatstaf voor toewijzing door de OK van een verzoek tot het gelasten van onmiddellijke voorzieningen op grond van art. 2:349a lid 2 BW of eindvoorzieningen op grond van art. 2:356 BW.

De OK beantwoordt die vraag ontkennend. Evenals in andere gevallen waarin een voorlopige voorziening wordt gevraagd, zal de rechter moeten beoordelen of het noodzakelijk is om, in afwachting van de uitkomst van de bodemzaak, ordemaatregelen te treffen die op die uitkomst vooruitlopen, dit op basis van een weging van alle omstandigheden en relevante belangen. In het geval van een voorziening zoals door [A BV] gevorderd, is het de vraag of het, gelet op de vorderingen die in de hoofdzaak zijn ingesteld, noodzakelijk is om voor de duur van de hoofdzaak een tijdelijke bestuurder te benoemen, mede gelet op het bepaalde in art. 2:8 BW, art. 2:9 BW en art. 2:129/239 BW, de belangen van partijen en de overige in het geding zijnde belangen. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan daarbij meewegen dat belanghebbenden in een dagvaardingsprocedure anders dan in een enquêteprocedure niet worden opgeroepen en dat aldus de mogelijkheid bestaat dat niet alle belanghebbenden hun zienswijze over de gevraagde voorziening kenbaar hebben kunnen maken.

[A BV],
appellante in het incident,
advocaten: mr. H.P. Plas en mr. N.J.C. van Poppe-
len,
tegen

1. [B BV],
geïntimeerde in het incident,
advocaten: mr. S.W. Holterman en mr. Y. Pletting,
2. *Voltalessandro BV* te Apeldoorn,
geïntimeerde in het incident.

(...; red.);

1. De zaak in het kort

1.1. [A B.V.] en [B B.V.] zijn gezamenlijk bestuurders van Voltalessandro en houden ieder 50% van de aandelen in die vennootschap. De samenwerking tussen hen is eind 2019 vastgelopen, en sindsdien zijn partijen op zoek naar een manier om uit elkaar te gaan. Dat heeft geleid tot het geschil in de hoofdzaak.

1.2. In de hoofdzaak hebben [A B.V.] en [B B.V.] bij de rechtbank Oost-Brabant over een weer vorderingen ingesteld die – kort samengevat – ertoe strekken dat [B B.V.] haar aandelen in Voltalessandro overdraagt aan [A B.V.], onder meer op grond van de geschillenregeling. [A B.V.] heeft in de hoofdzaak een incident ingesteld en gevorderd dat de rechtbank voor de duur van het geding bij wijze van voorlopige voorziening op grond van artikel 223 Rv een derde (tijdelijke) bestuurder benoemt in het bestuur van Voltalessandro. De rechtbank heeft de incidentele vordering bij vonnis van 8 juni 2022 afgewezen.

1.3. [A B.V.] stelt zich in dit hoger beroep op het standpunt dat de rechtbank in het vonnis de verkeerde maatstaf heeft toegepast bij de beoordeling van haar incidentele vordering en dat bij toepassing van de juiste maatstaf en een juiste weging van de feiten en belangen van partijen de gevorderde provisionele voorziening alsnog moet worden toegewezen. [A B.V.] heeft in hoger beroep haar eis vermeerderd door ook te vorderen dat [B B.V.] als bestuurder wordt geschorst en de aandelen van [B B.V.] in Voltalessandro tijdelijk ten titel van beheer worden overgedragen.

1.4. [B B.V.] heeft verweer gevoerd en gesteld dat de Ondernemingskamer geen bevoegdheid toekomt om over dit hoger beroep in incident te beslissen en indien dat wel het geval is, de Ondernemingskamer alsnog de vorderingen van [A B.V.] dient af te wijzen.

2. Feiten

2.1. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis van 8 juni 2022 (ECLI:NL:RBGEL:2022:2904) onder 2 de feiten weergegeven die zij als vaststaand heeft aangenomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil. Samengevat komen de feiten neer op het volgende.

2.2. Op 13 december 2011 zijn [B B.V.] en [A B.V.] opgericht door respectievelijk [C] (hierna: [C]) en [D] (hierna: [D]). [B B.V.] wordt bestuurd door

[C] en zijn echtgenote. [D] is de enig bestuurder van [A B.V.].

2.3. Eveneens op 13 december 2011 is Voltalessandro opgericht door [B B.V.] en [A B.V.]. [B B.V.] en [A B.V.] zijn gezamenlijk bevoegd bestuurder van en houden elk 50% van de aandelen in Voltalessandro.

2.4. Op 1 maart 2015 heeft Voltalessandro alle aandelen in [E] (hierna: [E]) verkregen. Voltalessandro is enig bestuurder van [E]. [C] en [D] drijven samen de onderneming van [E]. Deze onderneming houdt zich bezig met de handel in en het assembleren van elektrotechnische, elektrische en pneumatische onderdelen. Eind 2019/begin 2020 is de verstandhouding tussen hen beiden verstoord geraakt. In maart en april 2020 heeft e-mailcorrespondentie plaatsgevonden tussen (de advocaat van) [C] en [D] over hun geschil en mogelijke oplossingen die [C] daarvoor had bedacht. [C] heeft daarbij kenbaar gemaakt dat het zijn voorkeur had dat hijzelf en [D] gezamenlijk al hun aandelen in Voltalessandro aan een derde zouden verkopen. [D] heeft [C] echter bericht dat hij zijn aandelen niet wenste te verkopen. Wel heeft hij de bereidheid getoond de aandelen van [B B.V.] over te nemen.

2.5. [B B.V.] heeft de huisaccountant opdracht gegeven een indicatieve waardebeoordeling op te stellen voor de aandelen in [E]. Op 1 april 2020 heeft de accountant een indicatieve waarde van de aandelen per 31 december 2019 bepaald op basis van twee scenario's. In scenario 1 komt de accountant afhankelijk van de gebruikte rekenmethode uit op een waarde van € 2,9 miljoen tot € 3,3 miljoen. In scenario 2 concludeert hij tot een waarde van € 3,3 miljoen tot € 4,2 miljoen.

2.6. Bij e-mail van 30 april 2020 heeft [B B.V.] aan [A B.V.] laten weten dat de onderneming op € 4 miljoen is gewaardeerd en dat zij bereid was haar aandelen tegen betaling van een koopprijs van € 2 miljoen over te dragen. [D] vond dit bedrag echter te hoog.

2.7. Medio 2020 is gesproken met derde partijen die mogelijk geïnteresseerd waren in een (gehele of gedeeltelijke) overname van Voltalessandro en/of [E]. Nadat overname door een derde partij tot tweemaal toe niet was gelukt, hebben [C] en [D] verder gesproken over de overname van de aandelen door [A B.V.].

2.8. Op 29 januari 2021 heeft InCorpe B.V. in opdracht van [C] en [D] een concept-waardering van de onderneming uitgebracht. InCorpe B.V.

heeft de economische waarde van de aandelen van Voltalessandro per 31 december 2020 gewaardeerd op een bedrag van € 2.681.000.

2.9. Na de concept-waardering door InCorpe B.V. is het partijen niet gelukt overeenstemming te bereiken over een definitieve koopprijs voor de aandelen van [B B.V.].

2.10. Bij e-mail van 9 maart 2021 heeft [A B.V.] laten weten dat zij geen bod zal uitbrengen op de aandelen van [B B.V.] in Voltalessandro. Zij heeft daarentegen haar eigen aandelen in Voltalessandro aangeboden voor een prijs van € 1,5 miljoen. Verder heeft [A B.V.] laten weten dat het [B B.V.] vrij staat een koper te zoeken voor het gehele bedrijf en dat zij bij een marktconforme koopprijs en marktconforme voorwaarden te goeder trouw haar medewerking aan een transactie zal verlenen.

2.11. [B B.V.] en [A B.V.] hebben vervolgens verder onderhandeld over de prijs van de aandelen van [B B.V.] in Voltalessandro.

2.12 Bij e-mail van 30 maart 2021 heeft de advocaat van [B B.V.] aan de advocaat van [A B.V.] geschreven:

“In navolging op ons telefoongesprek eerder vanmiddag zet ik hieronder de hoofdlijnen uiteen waartegen [[C]] bereid is de door hem gehouden aandelen in Voltalessandro B.V. (de ‘Aandelen’) over te dragen aan [[D]]:

– De koopprijs van de Aandelen bedraagt EUR 1.750.000,-;

– De koopprijs wordt in twee delen voldaan: (i) een deel ter grootte van EUR 1.500.000,- wordt voldaan bij overdracht van de Aandelen, en (ii) het restant van EUR 250.000,- wordt als verkoperslening door [[C]] verstrekt;

– De verkoperslening kent de volgende onderdelen:

- Lening zal zijn achtergesteld bij lening van de bank;

- Rente van 2,1% per jaar over het uitstaande bedrag;

- Aflossing in vijf (5) gelijke jaarlijkse termijnen, eerst per ultimo 2022, laatste ultimo 2026;

- Vervroegde aflossing te allen tijde boete vrij mogelijk

- Tot zekerheid van terugbetaling van de verkoperslening wordt ten gunste van verkoper een pandrecht gevestigd op 14% van de Aandelen (7% van het totale aandelenkapitaal.);

- Indien de aandelen in Voltalessandro of [E] worden overgedragen, of indien er nieuwe aandelen

in één van beide vennootschappen worden uitgegeven, dient de verkoperslening eerst te worden afgelost.

– Overdracht van de Aandelen vindt zo spoedig mogelijk plaats;

– Een en ander mag worden vervat in een notariële akte;

– Kosten van de notaris zijn voor rekening van koper.

Ik verneem graag hoe [[D]] aankijkt tegen deze voorwaarden en zie de reactie graag tegemoet. Bel gerust als je nader wil afstemmen.”

2.13. Bij e-mail van 9 april 2021 heeft de advocaat van [D] aan de advocaat van [C] laten weten:

“Zoals telefonisch al aangegeven is [[D]] blij met het aangepaste voorstel. Er wordt zeer hard gewerkt om een transactie langs deze lijnen mogelijk te maken. Maar 1,5M ligt niet binnen een week op tafel. Ik neem aan dat jij dat ook begrijpt. Ik bel je later vandaag voor een status update en nadere afstemming. Wanneer zou je schikken?”

2.14. [B B.V.] en [A B.V.] hebben vervolgens nader contact gehad over de transactie. Daarbij was sprake van een derde-investeerder die wilde samenwerken met [D] en de aandelen van [B B.V.] en [A B.V.] wilde kopen met een koopholding waarin [D] vervolgens zou participeren. De onderhandelingen met de derde-investeerder zijn echter stukgelopen.

2.15. Nadien hebben (de advocaten van) [B B.V.] en [A B.V.] opnieuw met elkaar gecorrespondeerd. Bij brief van 18 november 2021 heeft [A B.V.] betwist dat overeenstemming bestond over de overname van de aandelen door [A B.V.]. Volgens [A B.V.] heeft [B B.V.] de aandelen weliswaar aan haar aangeboden, maar heeft [A B.V.] het aanbod nooit aanvaard.

3. De procedure in eerste aanleg

3.1. In de hoofdzaak heeft [B B.V.] in conventie gevorderd dat de rechtbank:

Primair,

[A B.V.] veroordeelt tot nakoming van de op 9 april 2021 tot stand gekomen overeenkomst door aanvaarding van de levering van de door [B B.V.] gehouden aandelen in Voltalessandro tegen betaling van een koopprijs van € 1.750.000;

subsidiar,

[A B.V.] veroordeelt de door [B B.V.] gehouden aandelen in Voltalessandro over te nemen en daarvoor een op € 1.750.000 vast te stellen koopprijs, te vermeerderen met een billijke verhoging

op grond van artikel 2:343 lid 4 BW, aan [B B.V.] te betalen. Voor het geval [A B.V.] niet in staat is aan deze veroordeling te voldoen, heeft [B B.V.] gevorderd daarnaast Voltalessandro te veroordelen tot overname van de aandelen en tot betaling van de prijs.

3.2. [A B.V.] heeft in de hoofdzaak in reconventie gevorderd dat de rechtbank voor recht verklaart dat [B B.V.] door haar gedragingen het belang van Voltalessandro zodanig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van haar aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer kan worden geduld en (uit dien hoofde) [B B.V.] te veroordelen de door haar in Voltalessandro gehouden aandelen over te dragen aan [A B.V.] tegen een nader door de rechtbank te bepalen prijs.

3.3. In het incident heeft [A B.V.] gevorderd dat de rechtbank primair een (tijdelijk) bestuurder van Voltalessandro benoemt voor de duur van het geding in de hoofdzaak, subsidiair [B B.V.] beveelt haar medewerking te verlenen aan het besluit buiten vergadering tot het benoemen van een door de rechtbank aan te wijzen (tijdelijk) bestuurder van Voltalessandro. [A B.V.] heeft aan haar vordering in het incident ten grondslag gelegd dat sprake is van een zeer onwenselijke situatie binnen de onderneming van Voltalessandro. Deze situatie vraagt in het belang van de aandeelhouders, de onderneming en de medewerkers, om een voorlopige voorziening waarbij een onafhankelijke, derde bestuurder wordt benoemd, aldus [A B.V.]. [B B.V.] heeft hiertegen verweer gevoerd en geconcludeerd de incidentele vordering van [A B.V.] af te wijzen.

3.4. In het bestreden vonnis in het incident heeft de rechtbank de in 3.3 vermelde vorderingen van [A B.V.] afgewezen. De rechtbank heeft op grond van de omstandigheden van het geval onvoldoende aannemelijk geacht dat [B B.V.] zich als bestuurder van Voltalessandro schuldig heeft gemaakt aan wanbeleid en heeft daarom geen grond gezien om in te grijpen en bij wijze van voorlopige maatregel een tijdelijk bestuurder te benoemen. Ook afgezien daarvan is de incidentele vordering niet toewijsbaar, omdat geen sprake is van zeer bijzondere omstandigheden die het aanstellen van een derde bestuurder rechtvaardigen, zo heeft de rechtbank overwogen.

4. De vorderingen in hoger beroep

4.1. Tegen het vonnis van de rechtbank is [A B.V.] bij dagvaarding van 13 juni 2022 in hoger beroep

gekomen. De dagvaarding bevat tevens de grieven, alsmede een wijziging van eis. [B B.V.] heeft op 30 augustus 2022 een memorie van antwoord met producties ingediend. Op 13 september 2022 hebben [A B.V.] en [B B.V.] de Ondernemingskamer om arrest gevraagd.

4.2. Desgevraagd hebben beide partijen bij aktes van uitlating van 17 januari 2023 te kennen gegeven dat de procedure in de hoofdzaak wordt aangehouden in verband met het tot stand brengen van een minnelijke regeling en dat zij geen behoefte hebben aan een mondelinge behandeling in het incident in hoger beroep. Zij hebben (opnieuw) arrest gevraagd.

4.3. [A B.V.] heeft geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden vonnis en – uitvoerbaar bij voorraad – toewijzing van de gewijzigde vordering, met veroordeling van [B B.V.] in de kosten van het geding in beide instanties met nakosten en rente. [A B.V.] heeft haar vordering vermeerderd, althans gewijzigd, door tevens schorsing van [B B.V.] als bestuurder van Voltalessandro en tijdelijke overdracht ten titel van beheer van de door [B B.V.] gehouden aandelen in Voltalessandro te vorderen.

4.4. [B B.V.] heeft geconcludeerd tot onbevoegdheid van de Ondernemingskamer, althans tot afwijzing van de vorderingen van [A B.V.], met veroordeling van [A B.V.] in de kosten van het geding in hoger beroep.

5. Motivering van de beslissing in hoger beroep

Bevoegdheid van de Ondernemingskamer

5.1. [B B.V.] heeft als verweer gevoerd dat de Ondernemingskamer onbevoegd is kennis te nemen van dit hoger beroep. Daarbij wijst [B B.V.] erop dat het hier niet om een enquêteprocedure gaat en ook geen hoger beroep tegen een vonnis op grond van de geschillenregeling is ingesteld. De Ondernemingskamer overweegt hierover als volgt.

5.2. De Ondernemingskamer is exclusief bevoegd kennis te nemen van hoger beroep in het kader van de geschillenregeling (artikelen 2:336 lid 3 BW en 2:343 lid 2 BW), behoudens een andersluitende statutaire regeling of afspraak tussen partijen (artikelen 2:337 lid 2 BW en 2:343 lid 2 BW).

5.3. [A B.V.] heeft in de hoofdzaak in reconventie gevorderd dat [B B.V.] de door haar gehouden aandelen in Voltalessandro aan [A B.V.] overdraagt op grond van artikel 2:336 lid 1 BW. Daarnaast heeft zij in die hoofdzaak op de voet van

artikel 223 Rv bij incident een voorlopige voorziening gevorderd waarop de rechtbank in het bestreden tussenvonnissen heeft beslist.

5.4. Gelet op artikel 2:336 lid 3 BW is – uitsluitend – de Ondernemingskamer bevoegd kennis te nemen van hoger beroep in de hoofdzaak. Niet gesteld of gebleken is dat partijen een afwijkende bevoegdheidsregeling zijn overeengekomen (artikel 2:337 lid 2 BW). De Ondernemingskamer is daarom bevoegd te oordelen in dit hoger beroep dat is gericht tegen een tussenvonnissen dat in die hoofdzaak is gewezen.

Beoordeling van de grieven

Grief I en II

5.5. De eerste grief van [A B.V.] komt op tegen het oordeel van de rechtbank dat de benoeming van een tijdelijk bestuurder in beginsel is voorbehouden aan de Ondernemingskamer, en dat in de aanloop naar een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer ook de voorzieningenrechter of, indien al een bodemprocedure aanhangig is gemaakt, de rechtbank bij wijze van provisionele voorziening in incident een tijdelijke bestuurder kan benoemen. De tweede grief richt zich tegen de door de rechtbank toegepaste maatstaf, namelijk dat er gegronde redenen moeten zijn om aan te nemen dat [B B.V.] zich als bestuurder schuldig heeft gemaakt aan wanbeleid. Deze twee grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

5.6. Met de introductie van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen op grond van artikel 2:349a lid 2 BW heeft de wetgever de bevoegdheid van de voorzieningenrechter in kort geding tot het treffen van voorlopige voorzieningen uitdrukkelijk niet willen beperken (*Kamerstukken II* 1991/92, 22 400, nr. 3, p. 6 en 15). Ook de bevoegdheid van de bodemrechter provisionele voorzieningen op de voet van artikel 223 Rv te treffen wordt niet beperkt door de bevoegdheid van de Ondernemingskamer op grond van artikel 2:349a lid 2 BW.

5.7. In het bestreden vonnis heeft de rechtbank weliswaar overwogen dat de bevoegdheid tot het benoemen van een tijdelijk bestuurder bij wege van voorlopige voorziening in beginsel aan de Ondernemingskamer toekomt, maar zij heeft zich vervolgens wel bevoegd geacht tot het treffen van de gevorderde voorlopige voorzieningen.

5.8. De wetgever is ervan uitgegaan dat de voorzieningenrechter (met wie de bodemrechter in een provisioneel incident op een lijn kan worden gesteld) een terughoudend standpunt zou innemen ingeval van hem een voorziening wordt gevraagd met het oog op een in te dienen enquêteverzoek en dat hij in dat geval in beginsel de duur van de door hem te treffen voorziening beperkt tot het tijdstip dat de Ondernemingskamer op een verzoek om onmiddellijke voorzieningen zal hebben beslist (*Kamerstukken II 1991/1992, 22 400, nr. 3, p. 15/16*). In vergelijkbare zin is door het Hof Amsterdam geoordeeld dat in kort geding terughoudendheid wenselijk is bij een verzoek om een voorlopige voorziening te treffen vooruitlopend op (de resultaten van) een enquête indien dit verzoek is gedaan door een enquêtebevoegde (rechts)persoon en nadat het enquêteverzoek aanhangig is gemaakt (Hof Amsterdam 7 november 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AH7018).

5.9. Een andere vraag is of bij de beoordeling van een vordering tot benoeming van een tijdelijk bestuurder bij wijze van voorlopige voorziening aansluiting moet worden gezocht bij de maatstaf voor toewijzing door de Ondernemingskamer van een verzoek tot het gelasten van onmiddellijke voorzieningen op grond van artikel 2:349a lid 2 BW of eindvoorzieningen op grond van artikel 2:356 BW.

5.10. De Ondernemingskamer beantwoordt die vraag ontkennend. Evenals in andere gevallen waarin een voorlopige voorziening wordt gevraagd, zal de rechter moeten beoordelen of het noodzakelijk is om, in afwachting van de uitkomst van de bodemzaak, ordemaatregelen te treffen die op die uitkomst vooruitlopen, dit op basis van een weging van alle omstandigheden en relevante belangen. In het geval van een voorziening zoals door [A B.V.] gevorderd, is het de vraag of het, gelet op de vorderingen die in de hoofdzaak zijn ingesteld, noodzakelijk is om voor de duur van de hoofdzaak een tijdelijke bestuurder te benoemen, mede gelet op het bepaalde in de artikelen 2:8 BW, 2:9 BW en 2:129/239 BW, de belangen van partijen en de overige in het geding zijnde belangen. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan daarbij meewegen dat belanghebbenden in een dagvaardingsprocedure anders dan in een enquêteprocedure niet worden opgeroepen en dat aldus de mogelijkheid bestaat dat niet alle belanghebbenden hun zienswijze over de gevraagde voorziening kenbaar hebben kunnen maken.

5.11. De tweede grief is weliswaar op zichzelf gegrond maar kan niet leiden tot vernietiging van het vonnis. Dat volgt uit de overwegingen hieronder.

Grief III en IV

5.12. De derde grief klaagt over het oordeel van de rechtbank dat zij op basis van de aangedragen feiten en omstandigheden geen grond ziet om bij wijze van voorlopige voorziening een tijdelijke bestuurder te benoemen. [A B.V.] stelt in dat kader dat de rechtbank tot haar oordeel komt op basis van een onjuiste maatstaf en een onjuiste waardering van de feiten en omstandigheden. Met de vierde grief stelt [A B.V.] zich op het standpunt dat de rechtbank de belangen van partijen niet juist, althans onvoldoende heeft gewogen. Ook deze grieven lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.

5.13. [A B.V.] stelt dat het in dit geval geboden is om een tijdelijke bestuurder van Voltalessandro te benoemen. [A B.V.] heeft daartoe onder meer aangevoerd dat [C] (via [B B.V.]) een angstcultuur in stand houdt, besluitvorming over noodzakelijke investeringen blokkeert, onvoldoende in staat is financiële processen te beheersen en te controleren, heimelijk opnames maakt van vertrouwelijke gesprekken met werknemers en van bestuursvergaderingen, en iedere suggestie van [D] in de wind slaat. Volgens [A B.V.] vinden slechts incidenteel bestuursvergaderingen plaats en wordt de agenda van de aandeelhoudersvergadering misbruikt door [C] voor strategische doeleinden van [B B.V.]. Er is sprake van een slepend conflict tussen bestuurders en er vindt geen of nauwelijks communicatie meer tussen hen plaats, aldus [A B.V.].

5.14. In het kader van de belangenafweging stelt [A B.V.] dat een tijdelijke derde bestuurder de bestuursvergaderingen voor de duur van de geschillenprocedure als onafhankelijke voorzitter kan begeleiden, een positief stimulerende rol kan vervullen voor de onderlinge verhoudingen en de gedragingen van de bestuurders, en daar waar nodig een doorslaggevende stem kan uitoefenen. De gevorderde voorziening is noodzakelijk gelet op de toestand van Voltalessandro en richt zich op het belang van Voltalessandro, waarmee de belangen van [B B.V.] en [A B.V.] als aandeelhouders parallel lopen, of zouden moeten lopen. Gelet op de tijdelijke aard van de benoeming van de derde bestuurder zullen de daarmee gemoeide

kosten volgens [A B.V.] niet drukken op de waardering van de aandelen in Voltalessandro.

5.15. [B B.V.] erkent dat de onderlinge verhoudingen zijn verstoord, maar zij bestrijdt de noodzaak om een derde bestuurder te benoemen. Ondanks de verstoorde verhoudingen voldoet het bestuur aan zijn verplichtingen, zoals het opstellen, laten goedkeuren en deponeren van jaarrekeningen, en vindt nog steeds besluitvorming plaats. Van een disfunctioneren van Voltalessandro is geen sprake en er zijn geen besluiten die op korte termijn moeten worden genomen maar vanwege een impasse niet kunnen worden genomen, aldus [B B.V.].

De door [A B.V.] aangedragen omstandigheden zijn bovendien niet zo bijzonder dat die de benoeming van een tijdelijke bestuurder rechtvaardigen. De benoeming van een derde bestuurder draagt ook niet bij aan een oplossing van het geschil ten gronde. Verder maakt [B B.V.] bezwaar tegen de kosten die zijn verbonden aan de benoeming van een tijdelijke bestuurder.

5.16. De Ondernemingskamer overweegt als volgt.

5.17. De door [A B.V.] gevorderde voorziening hangt samen met de vordering in reconventie in de hoofdzaak, de door [A B.V.] ingestelde uitstootvordering. De gevorderde voorlopige voorziening zou, volgens [A B.V.], een tijdelijke oplossing kunnen bieden voor de verstoorde relatie tussen partijen zolang nog niet definitief op de vordering in de hoofdzaak is beslist. De voorziening wordt door [A B.V.] gevorderd voor de duur van het geding. In zoverre is voldaan aan de formele vereisten van artikel 223 Rv.

5.18. De vraag is vervolgens of de omstandigheden van het geval in het licht van de belangen van partijen een ordemaatregel rechtvaardigen. [A B.V.] heeft een aantal investeringsbesluiten genoemd die vanwege de verstoorde verhoudingen niet kunnen worden genomen. De Ondernemingskamer acht echter onvoldoende onderbouwd dat het hier gaat om beslissingen die van zodanig belang zijn dat de benoeming van een derde bestuurder in dit stadium geboden is. [A B.V.] heeft onvoldoende onderbouwd dat de besluitvorming in het bestuur werkelijk is geblokkeerd.

Hoewel duidelijk is dat partijen niet langer samen verder willen, heeft [A B.V.] verder onvoldoende onderbouwd in welk opzicht specifiek de benoeming van een derde bestuurder de bestaande

problematiek zal verhelpen of verminderen. Daarbij weegt mee dat de vorderingen zowel in conventie als in reconventie ertoe strekken dat [B B.V.] haar aandelen overdraagt aan [A B.V.] en dat partijen zich onder begeleiding van een mediator al in de richting van een oplossing voor hun geschil bewegen. Onvoldoende is toegelicht waarom de uitkomst van die gesprekken of van de bodemprocedure niet kan worden afgewacht. Tegen deze achtergrond en gelet op de kosten die zijn gemoeid met een derde bestuurder is de Ondernemingskamer onvoldoende ervan overtuigd dat de benoeming van een tijdelijke bestuurder op dit moment geboden is. De overige door [A B.V.] gestelde omstandigheden, waaronder de verklaringen van werknemers en de kwaliteit van de financiële administratie leggen, ook in samenhang bezien, onvoldoende gewicht in de schaal om toewijzing van de gevorderde voorziening te rechtvaardigen.

5.19. Hetzelfde geldt voor de in hoger beroep gevorderde voorziening tot schorsing van [B B.V.] als bestuurder van Voltalessandro en tot tijdelijke overdracht van de aandelen van [B B.V.] in Voltalessandro ten titel van beheer. Deze voorzieningen zouden leiden tot een verdergaand ingrijpen dan benoeming van een derde, tijdelijke bestuurder.

[A B.V.] heeft bovendien slechts summier verwezen naar de wren van [B B.V.] en gesteld dat de onderlinge verhoudingen hierdoor zouden kunnen verbeteren. In het licht van het verweer van [B B.V.] komt deze verwachting de Ondernemingskamer weinig aannemelijk voor. Bovendien is onvoldoende onderbouwd dat de verslechterde verhouding tussen partijen zodanig aan [B B.V.] is te wijten dat haar schorsing of een tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer gerechtvaardigd is. Ook het gegeven dat partijen in de hoofdzaak over en weer vorderingen hebben ingesteld die strekken tot overdracht van de aandelen van [B B.V.] in Voltalessandro aan [A B.V.] is onvoldoende om die overdracht in dit stadium te rechtvaardigen.

5.20. Het voorgaande brengt mee dat de vorderingen van [A B.V.] niet kunnen worden toegewezen. De grieven III en IV falen daarmee. Hetzelfde geldt voor grief V die hierop voortbouwt.

5.21. De Ondernemingskamer zal het bestreden vonnis bekrachtigen en vorderingen van [A B.V.] afwijzen. Zij zal als in het ongelijk gestelde partij

worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

6. De beslissing

De Ondernemingskamer:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
veroordeelt [A B.V.] in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*);
verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

1. In deze uitspraak neemt de OK de gelegenheid te baat om duidelijkheid te scheppen over de vraag of de voorzieningenrechter (dan wel de bodemrechter in een incident ex art. 223 Rv) bij wijze van voorlopige voorziening een tijdelijk bestuurder mag benoemen. Dat mag hij. En de maatstaf die in dat kader moet worden gebruikt, is een andere dan die voor de OK in een enquêteprocedure geldt.

2. De zaak draait om twee aandeelhouders, A BV en B BV, in *Voltalessandro BV*, een onderneming in elektrotechnische, elektrische en pneumatische onderdelen. Achter de twee aandeelhouders zitten twee echtelieden. Hun verstandhouding is verstoord geraakt en hun samenwerking binnen de onderneming loopt (vermoedelijk: daardoor) ook vast. B BV dacht met A BV een overeenkomst over de verkoop van haar aandelen aan A BV te hebben bereikt, maar A BV ontkent dit. In de hoofdzaak bij de Rechtbank Gelderland vordert B BV jegens A BV primair nakoming van die vermeende overeenkomst en subsidiair uittreding (art. 2:343 BW). A BV vordert op haar beurt in reconventie jegens B BV de uitstoting (art. 2:336 BW). Er lijkt dus consensus over te bestaan dat A BV de aandelen van B BV moet overnemen, maar op welke grondslag (nakoming, uittreding of uitstoting) moet de rechter nog bepalen.

3. In afwachting hiervan had B BV in een incident in de hoofdzaak bij wijze van provisionele voorziening (art. 223 Rv) gevorderd dat de rechtbank voor de duur van de hoofdzaak een tijdelijk bestuurder bij de vennootschap zou benoemen. B BV achtte dit nodig om de patstelling op het bestuursniveau te doorbreken en verdere negatieve bestuurshandelingen van de ander te voorkomen. De rechtbank wees deze incidentele vor-

dering af; zie Rechtbank Gelderland 8 juni 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:2904. Het vonnis werd in «JIN» gepubliceerd met een annotatie van Verkerk («JIN» 2022/129) en in JOR met een annotatie van Kemp («JOR» 2022/231). In r.o. 1.2 van het onderhavige arrest wordt overigens vermeld dat het vonnis van de Rechtbank Oost-Brabant is, maar dat is een verschrijving. Hoe dan ook, B BV ging in hoger beroep tegen het vonnis en het onderhavige arrest van de OK is daar de uitkomst van.

4. Ik maak eerst enkele procesrechtelijke kanttekeningen bij het arrest. Vraagstukken over de benoeming van een tijdelijk bestuurder behoren vanwege het enquêterecht uiteraard tot de dagelijkse praktijk van de OK. Maar ze trad in dit geval dus niet op als rechter in een enquêteprocedure maar als appelrechter in verband met het incidentele vonnis van de rechtbank. Het hoger beroep belandde bij de OK omdat zij in uittredings- en uitstotingszaken de exclusieve appelrechter is (art. 2:336 lid 3 BW, met betrekking tot de uitstoting; in samenhang met de schakelbepaling van art. 2:343 lid 2 BW met betrekking tot de uittreding). Dat kan alleen anders zijn als de statuten of een overeenkomst tussen partijen anders bepalen, maar dat was in dit geval niet zo. Net als in andere civiele procedures is het in uittredings- en uitstotingszaken mogelijk om op de voet van art. 223 Rv provisionele voorzieningen te vorderen. Dit blijkt ook uit de tekst van art. 2:338 lid 3 BW in samenhang met de al genoemde schakelbepaling. Verkerk gaf in zijn voormelde annotatie enkele voorbeelden van incidenten in uittredings-/uitstotingszaken die in de wetsgeschiedenis worden genoemd, zoals het schorsen van het stemrecht van een aandeelhouder. Omdat dat soort provisionele vorderingen samenhangt met de hoofdvordering (zie ook r.o. 5.17), geldt ook in die gevallen dat de OK de exclusieve appelrechter is (art. 2:336 lid 5 BW in samenhang met de genoemde schakelbepaling). De OK acht zich in r.o. 5.4 dan ook terecht bevoegd als appelrechter. De magere oogst van mijn zoektocht doet me vermoeden dat incidenten in uittredings-/uitstotingszaken maar weinig voorkomen, laat staan over de benoeming van een tijdelijk bestuurder en zeker niet een hoger beroep daartegen. Dat deze vraag over uitgerekend de benoeming van een tijdelijk bestuurder bij wijze van provisionele voorziening bij de OK belandde, lijkt mij daarom

een zeldzame samenloop. De OK zag er een mooie kans in om enkele zaken te verhelderen. 5. De rechtbank had in het bestreden vonnis overwogen dat de benoeming van een tijdelijk bestuurder in beginsel aan de OK is voorbehouden en dus niet aan de voorzieningenrechter (of de bodemrechter in een incident ex art. 223 Rv). De voorzieningenrechter kan volgens de rechtbank wel *in aanloop naar* een enquêteprocedure als voorziening een tijdelijk bestuurder benoemen (r.o. 5.1 en 5.2 bestreden vonnis). Kemp verwijst in zijn voormelde annotatie naar een aantal uitspraken van voorzieningenrechters die dezelfde uitgangspunten hanteren. Net als Verkerk was hij – terecht – kritisch over deze benadering. Het is een misvatting dat de benoeming van een tijdelijk bestuurder door de voorzieningenrechter alleen in aanloop naar een enquêteprocedure mogelijk zou zijn. In de MvT bij het wetsvoorstel waarin de onmiddellijke voorziening werd geïntroduceerd, wordt vermeld: “*De algemene bevoegdheid van de president in kort geding dient daarnaast onverlet te worden gelaten*” (Kamerstukken II 1991/92, 22 400, nr. 3, p. 15). De voorzieningenrechter kan dus altijd een voorziening treffen, of er nu een enquêteprocedure aanstaande is of niet. Is er een enquêteprocedure aanstaande (of zelfs al aanhangig), dan kan er wel terughoudendheid van de voorzieningenrechter worden gevraagd en zal de duur van de voorziening beperkt moeten worden tot de OK heeft beslist (Kamerstukken II 1991/92, 22 400, nr. 3, p. 16). De gedachte hierachter is dat tegenstrijdige beslissingen moeten worden voorkomen. Het is dus een soort afstemmingsregel. De OK wijst in dat kader in r.o. 5.8 op een arrest van het Hof Amsterdam uit 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AH7018 (*Huisdierencrematorium Uden*) waarin een dergelijke terughoudendheid werd toegepast. Het ging in die zaak om een bevel tegen een bestuurder zich van bestuurshandelingen te onthouden totdat de OK in de aanhangige enquêteprocedure een beslissing had genomen. Overigens lijkt het mij gezien de hedendaagse hoge snelheid waarmee de OK in spoedeisende zaken onmiddellijke voorzieningen treft, dat een dergelijk beroep op de voorzieningenrechter vrijwel nooit meer nodig zal zijn.

6. Hoe dit ook zij, de OK bevestigt in r.o. 5.6 in een korte en heldere overweging dat de voorzieningenrechter inderdaad niet door het enquête-recht wordt beperkt in het treffen van voorzienin-

gen, met verwijzing naar de hiervoor besproken wetsgeschiedenis. In deze en de daaropvolgende overwegingen onderschrijft de OK verder dat zo'n voorziening ook de benoeming van een tijdelijk bestuurder kan zijn. Deze overwegingen zijn verhelderend en (dus) nuttig voor de praktijk. Het zal misvattingen onder voorzieningenrechters voorkomen over de (on)mogelijkheid van het treffen van voorzieningen in situaties waarin een gang naar de OK ook openstaat of zelfs al gemaakt is. En het maakt duidelijk dat een benoeming van een tijdelijk bestuurder een van die voorzieningen kan zijn. Dat laatste werd in de literatuur nog steeds door sommigen niet mogelijk geacht. Ik verwijs voor een uiteenzetting op dat punt naar de annotatie van Kemp. Mogelijk zal deze uitspraak bepaalde voorzieningenrechters van schroom ontdoen om in knellende gevallen daadwerkelijk over te gaan tot benoeming van een tijdelijk bestuurder ook al staat de weg naar een enquêteprocedure voor partijen gewoon open. Ik meen in de gewraakte overwegingen van de Rechtbank Gelderland enige schroom in die richting te bespeuren.

7. Een ander punt waar de OK in dit arrest duidelijkheid over schept, is de rechtsgrond die de voorzieningenrechter voor zo'n benoeming van een tijdelijk bestuurder kan hanteren. Er moet voor de voorziening immers een grondslag van objectief recht bestaan; de voorziening mag geen zuivere ordemaatregel zijn (vgl. Asser Procesrecht/Boonekamp 2020/21). Hammerstein wijst op de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW en acht die voldoende grondslag bieden voor de benoeming van een tijdelijk bestuurder (zie Bulten e.a., *Handboek Enquêterecht* (VDHI nr. 175), 2022/44.3). De OK wijst als grondslag ook op art. 2:8 BW maar voegt er art. 2:9 en art. 2:129/239 BW aan toe (r.o. 5.10). Uit het feit dat in die opsomming niet “en/of” staat maar “en” leid ik af dat de OK daarmee een bredere basis voorstaat, namelijk dat de grondslag door het geheel van deze drie artikelen tezamen wordt gevormd. Als dat inderdaad zo is bedoeld, vind ik het geen vreemde gedachte. De allesoverheersende vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW in samenhang met de normen van art. 2:9 en art. 2:129/139 BW, die de vennootschap beogen te beschermen. Ze werken in deze thematiek samen richting eenzelfde doel, een verantwoorde bestuurssituatie bij de vennootschap en kunnen daarom goed als grond-

slag voor de tijdelijke benoeming dienen als dat gelet op de betrokken belangen noodzakelijk is. 8. De rechtbank was in het gewraakte vonnis uitgegaan van de maatstaf "wanbeleid". Die maatstaf kwam ik ook tegen in sommige uitspraken van voorzieningenrechtshouders over de schorsing van bestuurders (bijv. Vzng. Rechtbank Gelderland 30 juni 2020, «JOR» 2021/145, m.nt. Scholten (*Unit 17*), r.o. 4.10). Maar het is dus niet de juiste maatstaf en de daartegen gerichte grief slaagt daarom (r.o. 5.11). Toch wijst de OK de incidentele vordering van B BV niet alsnog toe. De reden daarvoor is erg feitelijk en wordt in r.o. 5.18 e.v. uiteengezet. De OK is op grond van de aangevoerde feiten en omstandigheden en de kosten van de benoeming van een tijdelijk bestuurder onvoldoende ervan overtuigd dat zo'n benoeming geboden is. Het hoger beroep heeft de uitkomst voor B BV dus niet veranderd. Het zal B BV waarschijnlijk ook geen troost bieden dat het arrest voor praktijkbeoefenaars wel van waarde is.

mr. S.C.M. van Thiel
advocaat bij Evers Soerjatin

182

Tegenstrijdig belang

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

6 april 2023, nrs. 200.313.015/01 OK en 200.313.019/01 OK, ECLI:NL:GHAMS:2023:844 (mr. Meijer, mr. Melissen, mr. De Jongh, prof. dr. Hoogendoorn RA, drs. Thomassen RT REP)
Noot mr. A.F.J.A. Leijten

Enquêteprocedure. Tweedefasebeschikking. Wanbeleid. Reikwijdte van art. 2:239 lid 6 BW: zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of bestuurder zich bij zijn handelen uitsluitend laat leiden door belang van de vennootschap en haar onderneming. Gedragsnormen bij tegenstrijdig belang.

[BW art. 2:239 lid 6]

Alvorens de onderzochte onderwerpen afzonderlijk te bespreken memoreert de OK dat een bestuurder volgens vaste rechtspraak geldt als geconflicteerd in de zin van art. 2:239 lid 6 BW indien hij te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend laat leiden door het belang van de vennootschap en haar onderneming. De vraag of dat het geval is moet worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Indien een bestuurder geconflicteerd is, dient deze zich te onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming over de desbetreffende transactie. Ook overigens is een hogere mate van zorgvuldigheid vereist in de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van de transactie. Daarbij dienen de te onderscheiden belangen op zorgvuldige wijze gescheiden te worden gehouden en dient een zo groot mogelijke openheid te worden betracht. De verhoogde zorgvuldigheid dient in beginsel erop te zijn gericht dat de transactie geschiedt onder redelijke en marktconforme voorwaarden zodat deze zakelijk verantwoord is. Daartoe kan inschakeling van deskundige derden