

RO 2024/64

Levert de gang van zaken rondom de dividenduitkering gegronde reden op voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken?

Hof Amsterdam 16-05-2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:1399

Instantie	Hof Amsterdam
Datum	16 mei 2024
Magistraten	Mrs. J.M. de Jongh, W.A.H. Melissen, C.C. Meijer
Zaaknummer	200.334.046/01 OK
JCDI	JCDI:ADS979603:1
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht
Brondocumenten	ECLI:NL:GHAMS:2024:1400, Uitspraak, Hof Amsterdam, 23-05-2024 ECLI:NL:GHAMS:2024:1399, Uitspraak, Hof Amsterdam, 16-05-2024
Wetingang	Art. 2:216 BW

Essentie

Dividenduitkering. Enquête. Toewijzing enquêteverzoek.

Levert de gang van zaken rondom de dividenduitkering gegronde reden op voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken?

Samenvatting

Jarho is 25%-aandeelhouder van Shoelab en was tot 5 juni 2023 financieel bestuurder van Shoelab. Op die datum werd zij door haar medeaandeelhouders - NIP en B. B.V., die tevens bestuurders van Shoelab waren - ontslagen. Het ontslag volgde op financiële problemen die ontstonden na de uitkering van een groot interim dividend van € 3 miljoen, waartoe in de algemene vergadering van 7 december 2022 werd besloten. Jarho heeft het aan haar toekomstige dividend niet volledig uitgekeerd, maar deels geboekt als rekening-courantschuld van Shoelab aan haarzelf. Aan NIP en B B.V. werd wel het volledige dividend uitgekeerd. Kort na de dividenduitkering ontstond liquiditeitskrapte. Ook stelde de bank vast dat Shoelab de bankconvenanten had geschonden en eiste zij onmiddellijke terugbetaling van het dividend. NIP en B B.V. hebben daarover in augustus 2023 een algemene vergadering belegd. Volgens hen was de dividenduitkering nietig, omdat er geen formeel aandeelhoudersbesluit aan ten grondslag lag en er geen uitkerings- noch een balanstest zou hebben plaatsgevonden. NIP en B B.V. stemden vóór terugbetaling van het dividend, Jarho stemde tegen. Hoewel NIP en B B.V. het dividend terugbetaalden, boekten zij dezelfde bedragen vrijwel direct terug in rekening-courant. In de onderhavige door Jarho geëntameerde enquêteprocedure klaagt zij dat NIP en B B.V. eerst een grote dividenduitkering wilden doen tegen het advies van Jarho in, terwijl zij later kennelijk met als enig doel het terugvorderen van aan Jarho uitbetaald dividend dit besluit hebben teruggedraaid in een voorgekookte vergadering. Vervolgens hebben zij de door hen gedane terugbetalingen direct weer aan zichzelf overgemaakt, terwijl Shoelab inmiddels te kampen had met een liquiditeitstekort.

OK: De gang van zaken rondom de dividenduitkering roept verschillende vragen op. Hoewel alle

aandeelhouders hebben ingestemd met het interim-dividend, is onduidelijk gebleven of het besluit op basis van een vooraf opgestelde uitkeringstest door het bestuur is goedgekeurd. Jarho achtte de uitkering voorts kennelijk risicovol, omdat zij besloot de dividenduitkering deels in rekening-courant te boeken. Dit roept de vraag op of serieus is onderzocht of Shoelab de uitkering kon dragen. Daar komt bij dat niemand zich de vraag heeft gesteld of de uitkering wel geoorloofd was op grond van de kredietvoorwaarden. NIP en B.B.V. hadden daar een eigen verantwoordelijkheid als bestuurders. Reeds dit levert gegronde reden op voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. De twijfel wordt versterkt door de gang van zaken nadat duidelijk was geworden dat de uitkering vanwege de kredietvoorwaarden niet toelaatbaar was. Vooral de handelwijze van NIP en B.B.V. roept hier vragen op. NIP en B.B.V. wekten de (misleidende) indruk dat de dividenden waren terugbetaald, terwijl deze bedragen direct weer waren opgenomen in rekening-courant, op een moment waarop Shoelab al in financiële problemen verkeerde. Ook rijst daarmee de vraag of niet opnieuw in strijd is gehandeld met het onttrekkingsverbod. Ook hebben NIP en B.B.V. nagelaten hun schuldposities terug te brengen tot nihil. Ook de informatieverstrekking hierover aan Jarho, die na haar ontslag in een andere positie (namelijk die van minderheidsaandeelhouder) was komen te verkeren, was gebrekkig (vgl. onder meer HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (*Zwagerman*) en OK 3 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:750 (*Steenfabriek*)).

Verwant oordeel

Zie ook:

- HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0401, *NJ* 1992/174, *JOR* 2023/89 (*Nimox*);
- HR 9 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0960, *NJ* 1991/51 (*Sluis*);
- M.L. Lennarts, 'Het nieuwe art. 2:216 BW: de goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur en het daaraan verbonden aansprakelijkheidsrisico', *TvOB* 2012, p. 179-187;
- H.E. Boschma & J.N. Schutte-Veenstra, *T&C BW*, commentaar op art. 2:216 BW.

Wenk

De onderhavige uitspraak illustreert dat het bestuur een grote mate van zorgvuldigheid moet betrachten in geval van dividenduitkeringen. De Ondernemingskamer maakt (opnieuw) duidelijk dat het niet betrachten van de vereiste zorgvuldigheid bij dividenduitkeringen grond kan zijn voor het gelasten van een enquête. Uitgangspunt is dat de algemene vergadering bevoegd is tot bestemming van de winst en tot vaststelling van (tussentijdse) uitkeringen. De aandeelhoudersvrijheid is echter niet onbegrensd. Dividenduitkeringen zijn slechts toegestaan binnen de grenzen van art. 2:216 BW. Deze bepaling voorziet in een dubbele uitkeringstoets.

Ten eerste kan de algemene vergadering slechts besluiten tot een uitkering voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of statuten moeten worden aangehouden. Deze zogenaamde beperkte balanstest vormt in de praktijk geen al te grote belemmering, onder meer omdat de meeste vennootschappen geen wettelijke of statutaire reserves hoeven aan te houden (vgl. art. 2:373 BW. Zie ook: H.E. Boschma & J.N. Schutte-Veenstra, *T&C BW*, commentaar op art. 2:216 BW, aant. 2).

Ten tweede dient het bestuur, kort gezegd, te beoordelen of de vennootschap na de uitkering kan voortgaan met het betalen van haar (op korte termijn) opeisbare schulden (de uitkeringstest). Het moment waarop de

uitkering plaatsvindt, is bepalend (vgl. *Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2024/210*). Voorziet het bestuur dat de vennootschap na de uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar schulden, dan moet het bestuur de goedkeuring weigeren en heeft het uitkeringsbesluit geen gevolgen (art. 2:216 lid 2 BW). De ratio hiervan is de bescherming van de belangen van crediteuren tegen risico's die kunnen voortvloeien uit dividenduitkeringen (*Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3*, p. 71).

Naast deze wettelijke vereisten moet het bestuur er ook steeds op bedacht zijn dat een financier, veelal een bank, allerlei aanvullende voorwaarden kan stellen aan de financiering, die door een uitkering in het gedrang kunnen komen. Zo eisen financiers vaak dat bepaalde financiële ratio's in stand moeten worden gehouden of gelden beperkingen op uitkeringen. Het bestuur zal een voorgenomen uitkering dus ook steeds moeten toetsen aan de geldende financieringsovereenkomsten.

Op de laatste twee punten ging het bestuur van Shoelab de fout in. Het bleef onduidelijk of het bestuur wel goedkeuring had verleend aan de dividenduitkering door middel van een vooraf opgestelde uitkeringstest (sterker: het leek er op dat dat niet het geval was) en geen van de bestuurders had zich afgevraagd of de uitkering wel geoorloofd was op grond van de financieringsovereenkomst.

NIP en B B.V. probeerden de schuld nog bij Jarho - als financieel bestuurder - neer te leggen, maar tevergeefs. Hoewel Jarho op grond van de taakverdeling binnen het bestuur verantwoordelijk was voor de financiën, konden NIP en B B.V. zich volgens de Ondernemingskamer niet van hun eigen verantwoordelijkheid daarin onttrekken. De reden daarvoor is dat iedere bestuurder verantwoordelijk blijft voor de algemene gang van zaken (art. 2:9 lid 2 BW). Daaronder valt onder meer het financiële beleid. Een taakverdeling brengt daarin geen verandering.

Tot slot merk ik op dat indien de vennootschap na een uitkering niet kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, de bestuurders die dat ten tijde van de uitkering wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien jegens de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan (art. 2:216 lid 3 BW). Hoewel dat geen onderwerp is van de enquêteprocedure, is dat voor bestuurders van een vennootschap zeker iets om bedacht op te zijn.

C.L. Kruse

Partij(en)

Beschikking van de Ondernemingskamer inzake

Jarho Holding B.V., te Goudriaan, advocaat: mr. E.W. Spreij, kantoorhoudende te Rotterdam,

tegen

1. Shoelab Inc. B.V.,
2. Premium Inc. B.V.,
3. Sportlab Inc. B.V.,
4. Premium inc. Retail B.V.,
5. Fortedigoliath B.V.,

alle te Rotterdam, verweersters, advocaten: mr. M.C. Luiten en mr. T.R. Bosker, beiden kantoorhoudende te Rotterdam,

en tegen

1. New Industry Projects 2 B.V., te Nieuw-Beijerland,
2. [B B.V.],

belanghebbenden, advocaten: mr. M.C. Luiten en mr. T.R. Bosker, voornoemd.

Hierna zullen partijen als volgt worden aangeduid:

- verzoekster als Jarho;
- verweerster onder 1 als Shoelab;
- verweersters onder 2-5 als Premium, Sportlab, Premium Retail en Fortedigoliath en gezamenlijk als de dochtervennootschappen;
- Shoelab en de dochtervennootschappen gezamenlijk als de Shoelab Groep;
- belanghebbenden ieder afzonderlijk als NIP en [B B.V.];
- NIP en [B B.V.] gezamenlijk als NIP c.s.;
- Shoelab Groep en NIP c.s. gezamenlijk als Shoelab c.s.;
- [A] als [A];
- [B] als [B];
- [C] als [C].

Uitspraak

Ondernemingskamer:

1. Het verloop van het geding

1.1

Jarho heeft bij verzoekschrift met 54 producties van 1 november 2023 de Ondernemingskamer verzocht, samengevat,

1. een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van de Shoelab Groep;
2. als onmiddellijke voorzieningen voor de duur van de procedure
 - a. een tijdelijke bestuurder van de Shoelab Groep met doorslaggevende stem te benoemen;
 - b. de door NIP en [B B.V.] gehouden aandelen in Shoelab over te dragen aan een door de Ondernemingskamer te benoemen beheerder;
 - c. of een andere voorziening te treffen die de Ondernemingskamer juist acht;
3. de Shoelab Groep te veroordelen in de kosten van de procedure.

1.2

Shoelab c.s. hebben bij verweerschrift met 65 producties van 21 december 2023 de Ondernemingskamer verzocht Jarho niet-ontvankelijk te verklaren in haar verzoek, althans haar verzoek af te wijzen en subsidiair,

indien een onderzoek wordt bevolen, te bepalen dat het onderzoek zich mede uitstrekt tot de periode voorafgaand aan het ontslag van Jarho op 5 juni 2023 en Jarho te veroordelen in de kosten van de procedure.

1.3

Het verzoek is behandeld op de zitting van de Ondernemingskamer van 11 januari 2024. De advocaten hebben toen de standpunten van de verschillende partijen toegelicht aan de hand van overgelegde aantekeningen. Partijen hebben van tevoren nadere producties toegestuurd en hebben die in het geding gebracht (Jarho: producties 55-73; Shoelab c.s.: producties 66-68). Partijen en hun advocaten hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt.

1.4

Aan het einde van de mondelinge behandeling heeft de Ondernemingskamer de zaak aangehouden om partijen in de gelegenheid te stellen de mogelijkheid van een minnelijke regeling te onderzoeken. Op 2 februari 2024 hebben de advocaten bericht dat zij geen minnelijke regeling hebben bereikt en de Ondernemingskamer verzocht een beschikking te geven. Vervolgens hebben Shoelab c.s. op 15 februari 2024 op verzoek van de Ondernemingskamer een nadere toelichting met producties 69-79 in het geding gebracht, op 27 februari 2024 gevolgd door productie 80. Jarho heeft daarop op 29 februari 2024 gereageerd (onder overlegging van producties 74-78). Vervolgens hebben Shoelab c.s. op 12 maart 2024 een nadere toelichting met producties 81-90 ingediend waarop Jarho op 19 maart 2024 heeft gereageerd.

2. Inleiding en feiten

2.1

Jarho houdt een 25%-belang in Shoelab en is als financieel bestuurder ontslagen door haar beide medeaandeelhouders. Deze enquêteprocedure gaat over (de nasleep van) dit ontslag. Het ontslag vond plaats tegen de achtergrond van financiële problemen die waren ontstaan kort na de uitkering van een groot interimdividend. Daarbij had Jarho - naar eigen zeggen vanwege de financiële positie van Shoelab - een groot deel van het aan haar toekomende dividend niet uitgekeerd maar geboekt in rekening-courant. Haar medeaandeelhouders hebben het door hen ontvangen dividend teruggestort en vervolgens direct in rekening-courant opgenomen. Intussen stelde Rabobank zich op het standpunt dat Shoelab haar verplichtingen jegens de bank niet was nagekomen en in verzuim was komen te verkeren. Rabobank heeft Shoelab inmiddels onder bijzonder beheer geplaatst. Partijen maken elkaar over en weer verwijten over deze gang van zaken. Verder klaagt Jarho over de gebrekkige informatieverstrekking aan haar sinds haar ontslag.

2.2

Shoelab legt zich door middel van de dochtervennootschappen toe op de verkoop en het ontwerp van schoenen en kleding. Dat doet zij met eigen merken zoals Off The Pitch, Meyba, Referenc, Goliath en UP, en als licentiehouster van PME en Cruyff. Voor haar eigen merken verleent zij ook licenties aan derden. De verkoop vindt plaats via winkeliers in binnen- en buitenland, via distributeurs, via internet en via fysieke Cruyff *brand stores*.

2.3

De Shoelab Groep is in 2009 opgericht door [A] die zijn aandelen in Shoelab houdt via Belgravia Inc. B.V. (hierna: Belgravia) en NIP waarvan hij (indirect) enig aandeelhouder is. [C], enig aandeelhouder en bestuurder van Jarho, is AA-accountant en in 2017 aangetrokken als interim-CFO van Shoelab. [B] is enig aandeelhouder en bestuurder van [B B.V.].

2.4

Op 8 mei 2019 heeft NIP 35% van de aandelen in Shoelab verkocht en geleverd aan onder meer Jarho en [B B.V.]. Op 8 mei 2019 zijn nog drie andere overeenkomsten gesloten. Als eerste de *aandeelhoudersovereenkomst* die is gesloten tussen alle aandeelhouders en Shoelab. Daarin is bepaald dat NIP, [B B.V.] en Jarho tot bestuurder van Shoelab worden benoemd. De aandeelhoudersovereenkomst bevat verder een zogeheten *good leaver/bad leaver*-bepaling en een *tag along/drag along*-clausule. Op grond van de aandeelhoudersovereenkomst zal de nettowinst, kort gezegd, worden uitgekeerd, met dien verstande dat de solvabiliteit steeds 25% dient te bedragen, een en ander tenzij de algemene vergadering anders bepaalt. De aandeelhoudersovereenkomst bepaalt verder dat belangrijke besluiten met betrekking tot de structuur van de vennootschap, alsmede belangrijke (des)investeringen, het vaststellen of wijzigen van de strategie en beslissingen tot uitoefening van het stemrecht in (het bestuur of in de algemene vergadering van) de dochtervennootschappen een meerderheid van stemmen vereist van tenminste 75% van de aandeelhouders.

Ten tweede een *beheerovereenkomst*, gesloten tussen Jarho en Shoelab. Daarin zijn zij overeengekomen dat Jarho per 1 januari 2019 de directie over Shoelab voert tegen een jaarlijkse beheervergoeding van € 180.000. Voor zover van belang bepaalt de beheerovereenkomst verder dat deze kan worden opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van ten minste zes maanden.

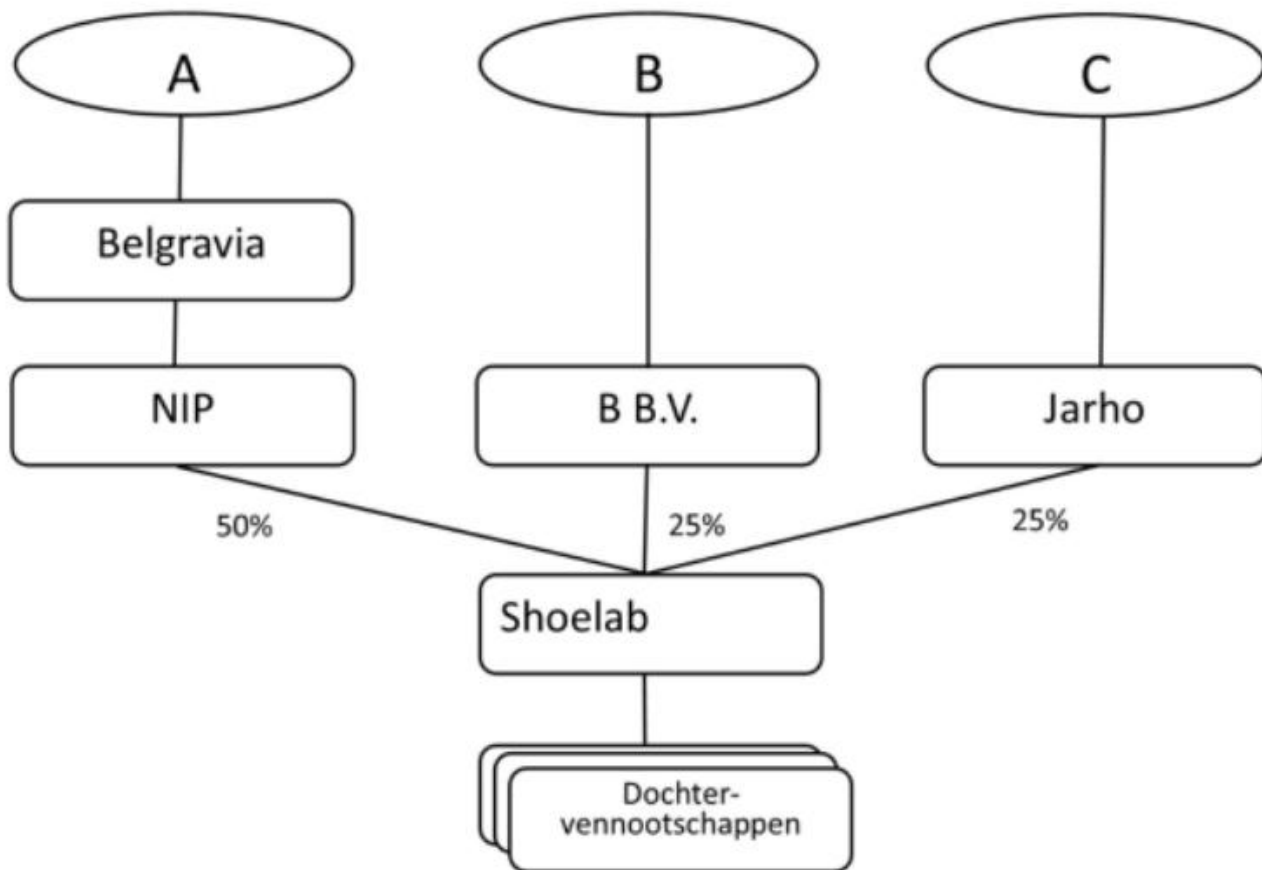
Ten slotte een *addendum op overeenkomst van koop en verkoop van aandelen* waarin [B B.V.], Jarho en Shoelab, voor zover van belang, afspraken hebben gemaakt over verkoopcommissies die Shoelab ontvangt van fabrikanten. Partijen zijn daarin onder meer overeengekomen dat [A] tot en met 2023 de verkoopcommissies van leveranciers tot een bedrag van € 200.000 per jaar zou blijven ontvangen. Facturatie zou geschieden door [C].

2.5

Dit addendum is bij overeenkomst van 29 juni 2021 verduidelijkt. Daarin is opgenomen dat [A] de verkoopcommissies zal ontvangen via Belgravia. Belgravia ontvangt deze commissie in de jaren 2019-2023 voor een bedrag van € 200.000 per jaar en totaal in deze periode maximaal een bedrag van € 1 miljoen. Vanaf 2024 zullen nadere afspraken worden gemaakt.

2.6

Op 29 juni 2021 is ook een derde aandeelhouder uitgetreden. Sindsdien ziet de vennootschappelijke structuur er als volgt uit:



2.7

[A], [B] en [C], de drie (indirecte) bestuurders van Shoelab, hebben hun bestuurstaken onderling verdeeld. NIP ([A]) was verantwoordelijk voor productie, design en marketing, [B] ([B B.V.]) legde zich toe op het commerciële gedeelte, terwijl [C] (Jarho) verantwoordelijk was voor de financiën, inkoop en logistiek.

2.8

De omzet van de Shoelab Groep is tussen 2018 en 2022 sterk gegroeid van ruim € 13 miljoen (2018) naar bijna € 30 miljoen (conceptcijfers over 2022).

2.9

Op 13 juni 2022 heeft een bestuursvergadering plaatsgevonden naar aanleiding van problemen op de financiële afdeling. Volgens de notulen kunnen de afdelingen HR, Finance en IT niet leveren volgens verwachting en verloopt de communicatie tussen de afdelingen en tussen de bestuurders niet optimaal. Afgesproken is onder meer dat de financiële afdeling wekelijks de verschillende zogeheten KPI's (*key performance indicators*) bundelt in een document en deelt binnen het bestuur. Verder is afgesproken dat de budgetten van de verschillende afdelingen en realisatie daarvan inzichtelijker worden gemaakt. Volgens Jarho waren deze problemen te wijten aan onderbezetting in combinatie met de groei van de onderneming. [A] wenst blijkens de notulen dat de organisatie voor het einde van 2022 verbeterd is op de punten die in de notulen beschreven staan.

2.10

In 2022 heeft Shoelab haar belang in het merk Robey verkocht voor een bedrag van € 3,25 miljoen. Een deel van de koopprijs is omgezet in een rentedragende lening waarop per kwartaal een bedrag van € 130.000 zou worden afgelost. Daarnaast zijn partijen een *earn out* van € 550.000 overeengekomen die afhankelijk was van de door Robey in januari 2024 te rapporteren omzet over 2023. Levering van de aandelen heeft plaatsgevonden in december 2022.

2.11

Op 7 december 2022, de dag waarop de koopprijs voor het belang in Robey werd ontvangen, hebben de aandeelhouders besloten tot uitkering van een (interim)dividend. De door [B] en [C] ondertekende notulen vermelden onder meer:

“Aanwezig zijn alle aandeelhouders van Shoelab Inc. B.V.

(...)

2. *Uitkering interim-dividend*

De voorzitter stelt voor een interim-dividend uit te keren van € 3.000.000. Door de vergadering wordt vastgesteld dat de voor winstuitkering beschikbare reserves volgens de laatste balans per 31 december 2021 € 3,7 miljoen bedragen en dat tot heden over het lopende boekjaar een positief resultaat is gerealiseerd van € 3.500.000 in overeenstemming met de statuten en de aandeelhoudersovereenkomst is voldoende uitkeerbaar vermogen aanwezig voor de voorgestelde interim-dividend uitkering.”

2.12

Als financieel directeur heeft Jarho ([C]) uitvoering gegeven aan het dividendbesluit en haar medeaandeelhouders/-bestuurders hiervan per Whatsapp op de hoogte gesteld. Beiden reageerden positief ([B]: *‘thanks mannen, voor de kans en natuurlijk voor het teamwork’*; [A]: *‘Ja mannen, dit is een goed voorbeeld van in elkaar blijven geloven. Goeie teamprestatie daardoor neerzetten. Op naar nog meer inspirerende tijden’*). Jarho heeft (als financieel bestuurder) zonder haar medebestuurders daarvan op de hoogte te stellen, het aan haar (als aandeelhouder) toekomende dividend van € 750.000 niet volledig door Shoelab laten uitkeren. Jarho heeft in plaats daarvan een bedrag van € 250.000 aan zichzelf uitgekeerd en een bedrag van € 500.000 niet uitgekeerd maar geboekt als rekening-courantschuld van Shoelab aan haarzelf.

2.13

Vanaf begin 2023 had Shoelab te maken met liquiditeitskrapte, onder meer omdat toeleveranciers eerder leverden (en eerder betaald moesten worden), terwijl de verkoop in het voorjaar 2023 tegenviel.

2.14

Rabobank is financier van de Shoelab Groep. De Shoelab Groep heeft bij Rabobank een garantiefaciliteit (€ 2 miljoen) en een factoringovereenkomst met een limiet van € 5 miljoen. Bij brief van 21 april 2023 heeft Rabobank aan Shoelab geschreven:

“U gaf ons de financiële informatie over het jaar 2021 en interne cijfers 2022 van [Sportlab]. In de interne cijfers zijn ook entiteiten geconsolideerd die geen debiteur zijn voor de financiering. Wij hebben deze stukken beoordeeld. Het blijkt dat u onder andere de volgende voorwaarde(n) niet bent nagekomen:

- Geconsolideerde Garantievermogen van 35%.
- Absolute EBITDA van € 1.100.000.
- Niet-onttrekkingsverklaring.

(...) Omdat u niet aan bovengenoemde voorwaarden heeft voldaan bent u in verzuim en mogen wij de financiering beëindigen.

Geconsolideerde Garantievermogen van 35%

U en wij hebben in de vermogensverklaring van 28 maart 2022 afgesproken dat het geconsolideerde garantievermogen van de debiteur minimaal 35% is. Als het geconsolideerde garantievermogen onder de 35% is of komt mag er niets worden onttrokken aan het geconsolideerde garantievermogen.

Uit de interne cijfers 2022 hebben wij geconstateerd dat er € 3.000.000 aan dividend is onttrokken. Dit is een niet toegestane onttrekking omdat het garantievermogen lager is dan 35%. De debiteur had deze dividendbetaling, niet mogen doen en de aandeelhouders hadden dit dividend niet mogen aanvaarden. Wij beschouwen deze dividend onttrekking in strijd met de geconsolideerde vermogensverklaring. De aandeelhouders dienen dit dividend onmiddellijk terug te storten, doch uiterlijk voor 15 mei 2023. Uit de (concept) cijfers opgesteld door de accountant zal moeten blijken hoeveel dividend er mag worden onttrokken, waarbij het garantievermogen minimaal 35% is en blijft na onttrekking.

(...)

Niet-onttrekkingsverklaring

In de voorlopige interne balans zijn de financiële vaste activa leningen toegenomen naar € 1.500.000. Dit is mogelijk in strijd met de Niet-onttrekkingsverklaring. Voor een volledige analyse hebben we uitgebreidere informatie nodig.

Jaarcijfers

Bovengenoemde constatering zijn gedaan op uw interne cijfers. Om een goed beeld te krijgen ontvangen wij voor 31 mei 2023 de (concept) geconsolideerde jaarcijfers 2022 opgesteld door uw accountant. Daarnaast ontvangen wij gelijktijdig een consolidatiestaat 2022 opgesteld door uw accountant van de debiteuren (...). Na ontvangst van deze (concept) jaarcijfers gaan wij bekijken welke stappen wij verder zullen zetten. Hierbij houden we nadrukkelijk ons recht voor om de financiering aan te passen of te beëindigen. De definitieve jaarcijfers ontvangen wij graag voor 1 augustus 2023.

Rabo Factoring

De laatste maanden komt het geregeld voor dat er een overstand is bij de factoringfaciliteit. De trekking is dus hoger dan de bevoorschottingslimiet. Oorzaak hiervan zijn o.a. de ouderdom van de debiteurenvorderingen, hoge creditnota en commerciële omruilacties. Genoemde factoren zijn voor Rabo Factoring geen gewenste situatie en zij zullen met u contact opnemen om te komen tot een optimale factoringstructuur.

Ongeoorloofde debetstand

De rekeningen Euro en Dollar rekeningen (...) op naam van [Sportlab] zitten in een samenstelling. Deze samenstelling heeft sinds 13 april 2023 een ongeoorloofde debetstand van circa € 430.000. Dit is niet toegestaan. U dient deze ongeoorloofde debetstand onmiddellijk, doch uiterlijk op 28 april 2023 aan te vullen." In het verlengde van deze brief heeft Rabobank ook [A], [B] en [C] in hoedanigheid van borg aangeschreven.

2.15

Op 24 april 2023 heeft Jarho ([C]) aan de medebestuurders/-aandeelhouders geschreven: "Het nog uitgestelde dividend bedraagt € 500k. Voorstel besproken dat we deze in Shoelab laten en verhogen tot € 600.000. In afwachting van de gesprekken met de bank en de conceptcijfers van de accountant zullen we dit vooralsnog blijven benoemen als achtergebleven dividend. (...) Mijn voorstel zou dan vooralsnog ook zijn dit voor ten minste 2023 in Shoelab te houden. (...)"

Als we de storting van € 600k naar rato verdelen betekent dit voor [[A]] € 300k, [[B]] en ikzelf beide € 150k. (...) Bij akkoord met bovenstaande storting wil ik jullie vragen jullie aandeel over te maken naar de Shoelab bankrekening (...)."

NIP ([A]) heeft vervolgens in mei 2023 een bedrag van € 300.000 aan Shoelab betaald en in rekening-courant geboekt. [B B.V.] ([B]) heeft in april/mei 2023 een bedrag van € 150.000 aan Shoelab betaald dat is geboekt als 'teruggestort dividend'.

2.16

Bij e-mail van 2 mei 2023 heeft [A] aan [C] geschreven dat deze naar zijn mening in de afgelopen anderhalf jaar '(zwaar) onvoldoende' heeft gefunctioneerd en dat zijn vertrouwen in [C] 'heel erg beschadigd' is. Volgens [A] heeft [C] na het overleg in de zomer 2022 geen goede maandelijkse managementrapportages opgesteld, is er geen structuur in deze rapportages en zijn deze niet duidelijk met het bestuur besproken.

2.17

Tijdens een directieoverleg op 22 mei 2023 hebben NIP ([A]) en [B B.V.] ([B]) voorgesteld, kort gezegd, dat Jarho zou terugtreden als statutair bestuurder en zijn aandelen zou aanbieden. Tot overeenstemming daarover is het niet gekomen.

2.18

Bij e-mail van 2 juni 2023 aan NIP c.s. heeft Jarho ([C]) een liquiditeitsupdate gegeven en cijfers over april gedeeld. Op 3 juni 2023 heeft hij gereageerd op de verwijten aan zijn adres. Hij heeft onder meer toegelicht dat de liquiditeitskrapte ermee te maken heeft dat de voorraad vier tot zes weken eerder is binnengekomen, terwijl de verkoop in 2023 tegenviel. In zijn e-mail heeft [C] betoogd dat de liquiditeitskrapte gelet op eerdere directie-overleggen niet als een verrassing kan zijn gekomen. De verwijten zijn ongefundeerd, terwijl een ontslag schadelijke gevolgen voor de onderneming kan hebben, aldus Jarho ([C]).

2.19

Op 5 juni 2023 heeft een algemene vergadering van Shoelab plaatsgevonden. De advocaat van Jarho is in de gelegenheid gesteld het woord te voeren over het (op dat moment: voorgenomen) ontslag. De algemene vergadering heeft Jarho ontslagen als bestuurder van Shoelab en heeft de beheerovereenkomst opgezegd. In de zomer van 2023 heeft Jarho ([C]) nog overdrachtswerkzaamheden verricht; volgens NIP c.s. waren deze werkzaamheden onvoldoende.

2.20

Op 27 juli 2023 heeft Shoelab een bedrag van € 350.000 overgeboekt aan [B B.V.]. De overboeking is verwerkt in de rekening-courantverhouding tussen Shoelab en [B B.V.].

2.21

Op 11 augustus 2023 hebben NIP en [B B.V.] een algemene vergadering bijeengeroepen. De agenda vermeldt als enige agendapunt:

'Voorgenomen strategie met betrekking tot inning van het onverschuldigd uitgekeerde dividend van december 2022 ad € 3.000.000.'

In de begeleidende e-mail schrijven zij:

"In december 2022 is een (gedeeltelijke) dividenduitkering gedaan aan de aandeelhouders van ShoeLab Inc. B.V. van in totaal € 3.000.000. Aan de dividenduitkering ligt geen formeel aandeelhoudersbesluit ten grondslag en er heeft geen uitkerings- noch een balanstest plaatsgevonden. Het bestuur van ShoeLab heeft het dividendbesluit bovendien niet goedgekeurd. Het dividendbesluit is dus tot stand gekomen in strijd met zowel wettelijke- als statutaire bepalingen en daarmee nietig. Het dividendbesluit is daarnaast niet afgestemd met Rabobank, waardoor Shoelab op dat punt niet voldoet aan haar verplichtingen onder de leningsdocumentatie. Shoelab heeft aldus onverschuldigd gelden uitgekeerd aan de aandeelhouders van Shoelab, hetgeen dient te worden terugbetaald."

2.22

Tijdens de algemene vergadering van 24 augustus 2023 is besloten *'dat het onverschuldigd door Shoelab Inc. B.V. uitgekeerde dividend ad € 3.000.000 uiterlijk (...) door alle aandeelhouders volledig teruggestort dient te zijn'*. Jarho heeft tegen dit voorstel gestemd, de beide andere aandeelhouders voor.

2.23

NIP en [B B.V.] hebben in augustus en september 2023 een bedrag van in totaal € 1,5 miljoen, respectievelijk € 600.000 aan Shoelab betaald ten titel van terugbetaling van dividend. In dezelfde maanden hebben zij dezelfde (totaal)bedragen bij Shoelab opgenomen en doen boeken in rekening-courant.

2.24

Bij e-mail van 1 september 2023 heeft (de advocaat van) NIP c.s. aan (de advocaat van) Jarho geschreven: *'Bijgaand stuur ik u screenshots van de overschrijvingen waaruit blijkt dat de andere aandeelhouders inmiddels volledig aan hun verplichting tot terugbetaling van het ten onrechte uitgekeerde dividend hebben voldaan (en dus ook effectief uitvoering hebben gegeven aan het tijdens de AVA daaromtrent genomen besluit)'*. Uit die *screenshots* van de bankrekening van Shoelab blijkt dat NIP en [B] tussen 29 augustus en 1 september 2023 € 1,2 miljoen, respectievelijk € 600.000 aan Shoelab hadden betaald onder vermelding van *'Terugstorten interim dividend'*. Daarbij bleef onvermeld dat deze bedragen direct waren teruggeboekt. De raadsman van Jarho heeft vervolgens bij e-mail van 5 september 2023 gevraagd te bevestigen dat *'geen betalingen meer zijn gedaan door ShoeLab en/of gelieerde ondernemingen aan personen of ondernemingen gelieerd aan de heren [A] en [B] en dat ook (...) volgens uw bericht thans teruggestorte gelden direct noch indirect zullen worden teruggesluisd'*. Hierop heeft de advocaat van NIP c.s. bij e-mail van 14 september 2023 geantwoord: *"Ter bescherming van (de liquiditeitspositie van) ShoeLab, ook gezien het dispuut met uw cliënte (en de weigering het ten onrechte uitgekeerde dividend weer ter beschikking te stellen aan ShoeLab in dat kader) is er wel voor gekozen de terugbetaalde gelden waarover ShoeLab beschikt niet onverkort op de rekening van ShoeLab te laten staan."*

2.25

Bij e-mail van 7 september 2023 hebben NIP en [B B.V.] Jarho gesommeerd tot terugbetaling van het dividend tot een bedrag van € 250.000.

2.26

[B B.V.] heeft haar rekening-courantschuld die was opgelopen als gevolg van de onder 2.20 bedoelde overboeking van € 350.000 tussen 6 en 17 oktober 2023 ingelost.

2.27

Bij brief van 25 oktober 2023 aan Shoelab heeft Rabobank onder meer geschreven: *"Wij hebben het afgelopen jaar op meerdere momenten contact met u gehad over de recente ontwikkelingen binnen uw onderneming/sector. Op basis van uw interne cijfers hebben wij geconstateerd dat u in strijd met de vermogensverklaring dividend heeft onttrokken en/of gelden hebt onttrokken door opname in een rekening-courant. Ondanks onze verzoeken levert u ons geen financiële gegevens aan. Daarnaast zijn er regelmatig overstanden op uw factorlimiet. Deze ontwikkelingen hebben impact op de financiële positie en de toekomst van uw onderneming. Wij hebben daarom besloten dat een Specialist Financial Restructuring van de afdeling Bijzonder Beheer u de komende periode gaat begeleiden."*

2.28

Bij brief van 14 november 2023 heeft Rabobank [C] als borg laten weten dat de financiële positie van Premium is verslechterd.

2.29

Het totaalbedrag aan verkoopcommissies van € 1 miljoen waarop [A] recht had (zie 2.4) is eind 2022 bereikt. De commissiebetalingen die [A] (Belgravia) in 2023 heeft ontvangen ten bedrage van US\$ 145.441,76 en € 31.018,01 zijn op 25 oktober 2023 overgeboekt aan Shoelab. Shoelab heeft haar leveranciers in november 2023 bericht dat zij stopt met het model van commissies.

2.30

Op 13 december 2023 heeft een algemene vergadering van Shoelab plaatsgevonden waarbij het gehele kapitaal vertegenwoordigd was. Tijdens deze vergadering is de jaarrekening 2022 vastgesteld en is decharge verleend aan NIP c.s. Jarho heeft tegen beide voorstellen gestemd. Op dezelfde dag hebben algemene vergaderingen van SportLab, Premium en Fortedigoliath plaatsgevonden. Tijdens deze vergaderingen is Jarho op eigen verzoek ontslagen als bestuurder van deze vennootschappen.

2.31

Bij brief van 4 januari 2024 heeft Rabobank aan Shoelab geschreven dat Rabobank, gelet op het niet aanleveren van informatie en het niet (juist) beantwoorden van vragen vanuit Rabofactoring, niet voornemens is het factoringcontract en de bankgarantiefaciliteit in september 2024 te verlengen. Volgens Rabobank is de financiële organisatie van onvoldoende kwaliteit omdat het management een te lage prioriteit geeft aan dit onderdeel van de organisatie. Daarnaast worden volgens Rabobank bestaande financieringsafspraken geschonden zoals beschreven in de brief van 21 april 2023 (zie 2.14). De relatie met de bank is beschadigd en ernstig onder druk komen te staan. Rabobank heeft verzocht om nadere uitleg en financiële rapportage. Rabobank geeft Shoelab 'de komende maanden tot 1 maart 2024' de gelegenheid om verbetering te tonen. Indien Shoelab zich aan alle gemaakte afspraken houdt, overweegt Rabobank tot verlenging van de contracten over te gaan, schrijft zij in haar brief.

2.32

Volgens een ongedateerd rekening-courantoverzicht heeft NIP na de onder 2.23 bedoelde opnames in rekening-courant van € 1,5 miljoen in oktober 2023 en januari 2024 bedragen van € 200.000, respectievelijk € 350.000 teruggestort. Na aftrek van ongespecificeerde facturen bedraagt de rekening-courantschuld van NIP € 476.907. [B B.V.] heeft van de na de onder 2.23 bedoelde opnames in rekening-courant van € 600.000 in oktober 2023 en in januari 2024 bedragen van € 150.000 en € 127.500 teruggestort. Na aftrek van ongespecificeerde facturen bedraagt de rekening-courantschuld van [B B.V.] € 183.350. De rekening-courantschuld van Jarho is volgens dit overzicht gelijk aan het aan haar uitbetaalde dividend (€ 250.000).

3. De gronden van de beslissing

Ontvankelijkheid

3.1

Shoelab c.s. betwisten op twee gronden dat Jarho in haar verzoek kan worden ontvangen. In de eerste plaats is op de bezwarenbrief van 7 september 2023 meermalen inhoudelijk en uitgebreid gereageerd en is nadere informatie verstrekt. Daarop is niet meer gereageerd voordat het verzoekschrift werd ingediend. Om die reden is Jarho niet-ontvankelijk in haar verzoek.

Het tweede ontvankelijkheidsverweer heeft betrekking op de dochtervennootschappen. Jarho onderbouwt ten aanzien van deze vennootschappen niet dat is voldaan aan de vereisten voor het houden van een

concernenquête. Shoelab c.s. betogen in dit verband ook dat de in de bezwarenbrief vermelde bezwaren mede betrekking moeten hebben op de dochtervennootschappen. Dit geldt ook voor de redenen die aan het enquêteverzoek ten grondslag worden gelegd.

3.2

Beide verweren zijn ongegrond. Voor het aannemen van de bevoegdheid om een concernenquête te verzoeken, is vereist dat Shoelab en de dochtervennootschappen in een groep in de zin van art. 2:24b BW met elkaar zijn verbonden. Daarnaast is vereist dat Shoelab het beleid of de gang van zaken van de dochtervennootschappen ten aanzien van de onderwerpen die aan het enquêteverzoek ten grondslag zijn gelegd, mede heeft bepaald (vgl. HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 (SNS)). In dit geval zijn Shoelab en de dochtervennootschappen in een groep met elkaar verbonden. De dochtervennootschappen zijn dochtermaatschappijen van Shoelab in de zin van art. 2:24a BW. De organisatorische verbondenheid en de centrale leiding binnen de groep blijkt uit de vrijwel volledige personele unie van het bestuur van Shoelab c.s., de centrale boekhouding en het gegeven dat de dochtervennootschappen zijn verbonden aan het krediet van Rabobank. Volgens Jarho hebben zich niet slechts onttrekkingen bij Shoelab voorgedaan, maar ook bij de dochtervennootschappen, terwijl ook de verkoopcommissies betrekking hebben op de dochtervennootschappen. Aldus ziet het enquêteverzoek mede op de dochtervennootschappen.

3.3

Shoelab c.s. hebben niet bestreden dat een bezwarenbrief is verzonden. Zij mogen zelf de opvatting zijn toegedaan hierop adequaat te hebben gereageerd, maar dat betekent niet dat niet is voldaan aan deze ontvankelijkheidseis. Gelet op de nauwe organisatorische verbondenheid tussen Shoelab en de dochtervennootschappen kan verder niet de eis worden gesteld dat de bezwarenbrief betrekking heeft op elk van de dochtervennootschappen afzonderlijk.

3.4

Jarho is dan ook ontvankelijk in haar enquêteverzoek tegen Shoelab c.s.

Inhoudelijke beoordeling

3.5

Jarho heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Shoelab c.s. en dat de toestand van Shoelab c.s. nodig maakt dat onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. De klachten van Jarho houden in de eerste plaats verband met haar ontslag en de nasleep ervan.

Jarho klaagt onder meer over de gang van zaken tijdens en na de algemene vergadering waarin zij werd ontslagen als bestuurder. Ook hebben haar klachten betrekking op het dividendbesluit, de (terug)betaling van dividenden en de misleiding van Jarho daaromtrent. Tot slot klaagt zij over een ondoorzichtige gang van zaken met betrekking tot de verkoopcommissies.

3.6

Shoelab c.s. hebben verweer gevoerd. De Ondernemingskamer zal dit verweer voor zover nodig hierna beoordelen.

Ontslag en de nasleep ervan

3.7

Volgens Jarho hebben NIP c.s., kennelijk met als enig doel het buiten de deur houden van Jarho, een voorgekookt ontslagbesluit genomen zonder rekening te houden met de standpunten van Jarho. Daarbij is het belang van de Shoelab Groep bij continuïteit van de financiële afdeling veronachtzaamd. Tijdens de algemene vergadering van 5 juni 2023 werden vragen niet beantwoord en werden ter vergadering voorgelezen verklaringen niet verstrekt. In de periode daarna zijn schriftelijke vragen niet of misleidend beantwoord. Verder zijn alle betalingen aan Jarho opgeschort, ondanks het feit dat de beheerovereenkomst een opzegtermijn van zes maanden kent.

3.8

De Ondernemingskamer overweegt als volgt. Bijna een jaar voor het ontslag, op 13 juni 2022, hebben de

aandeelhouders/bestuurders gesproken over problemen rondom de financiële administratie. Ook in de aanloop naar het ontslag, op 2 mei 2023, heeft NIP ([A]) zijn ongenoegen geuit over het functioneren van Jarho ([C]). Duidelijk is dat NIP ([A]) het vertrouwen in Jarho ([C]) had verloren. Tijdens een bijeenkomst op 22 mei 2023 bleek dat beide medeaandeelhouders aanstuurden op een exit. In de begeleidende e-mail bij de oproep voor de algemene vergadering hebben NIP c.s. een toelichting gegeven op het voorgenomen ontslag. Blijkens haar e-mail van 3 juni 2023 was Jarho hiermee bekend. Tijdens de algemene vergadering heeft Jarho bij monde van haar advocaat het woord gevoerd waarna de algemene vergadering tot ontslag heeft besloten. Daarmee geeft (de aanloop naar) het ontslag geen reden tot twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij Shoelab c.s. Aan Jarho kan worden toegegeven dat de toonzetting in de verschillende berichten namens NIP c.s. vragen oproept over de collegiale samenwerking tussen partijen, maar die vragen zijn niet van dien aard dat een onderzoek op deze grond geïndiceerd is.

3.9

Tussen partijen is vervolgens een geschil ontstaan over de opzegtermijn van de beheerovereenkomst. De vragen die hiermee samenhangen zijn van overwegend vermogensrechtelijke aard en hangen voor het overige samen met het inherent ingrijpende karakter van dit ontslag en de vele consequenties die aan het ontslag zijn verbonden. Het geschil over de beheerovereenkomst geeft evenmin aanleiding tot twijfel aan het beleid en de gang van zaken.

Dividend, terugbetaling en onttrekkingen

3.10

Jarho klaagt er verder over dat NIP c.s. eerst een grote dividenduitkering wilden doen tegen de adviezen van Jarho in, terwijl zij later - kennelijk met als enig doel het terugvorderen van aan Jarho uitbetaald dividend - op onterechte gronden het eerder zo door hen gewenste dividendbesluit hebben teruggedraaid in een voorgekookte vergadering. Vervolgens hebben zij de door hen gedane terugbetalingen van dividend direct weer aan zichzelf overgemaakt, dit terwijl de Shoelab Groep inmiddels te kampen had met een liquiditeitstekort. Daarmee handelen zij in strijd met het belang van Shoelab en de dochtervennootschappen. De hele exercitie heeft aldus kennelijk alleen als doel om het aan Jarho uitgekeerde dividend terug te vorderen en te voorkomen dat Shoelab het restant van het dividend aan Jarho moet betalen, zo betoogt Jarho.

3.11

Shoelab c.s. voeren verweer met het betoog dat veel van de financiële problemen zijn te wijten aan het gebrekkige financiële beleid onder leiding van Jarho. Ze wijzen daarbij onder meer op de verzuimbrief van Rabobank van 21 april 2023 en op het feit dat Shoelab, ondanks de inspanningen van Shoelab c.s., eind oktober 2023 onder bijzonder beheer is geplaatst. Zij betwisten dat Jarho bezwaren had tegen de dividenduitkering en verwijten haar geen uitkeringstoets te hebben uitgevoerd voordat het dividend werd betaald; pas toen de accountant daarnaar vroeg heeft Jarho in mei 2023 een (geantedateerde) uitkeringstoets gefabriceerd.

Shoelab c.s. betogen dat de rekening-courantposities inmiddels weer zijn afgebouwd, terwijl Jarho het door haar ontvangen dividend nog niet heeft terugbetaald.

3.12

De gang van zaken rondom de dividenduitkering roept verschillende vragen op. Blijkens de mede door [C] ondertekende notulen van de algemene vergadering van 7 december 2022 hebben alle aandeelhouders ingestemd met het interimdividend. Of het besluit vervolgens op basis van een vooraf opgestelde uitkeringstest door het bestuur is goedgekeurd, is onduidelijk gebleven. Niettemin achtte [C], die als aandeelhouder met het dividend had ingestemd, de uitkering kennelijk risicovol. Als financieel bestuurder koos hij immers ervoor om twee derde van het aan Jarho toekomende bedrag niet uit te keren maar in rekening-courant te boeken. Deze gang van zaken roept de vraag op of serieus is onderzocht of de vennootschap de uitkering wel kon dragen. Daar komt nog bij dat niemand zich de vraag heeft gesteld of de uitkering wel geoorloofd was op grond van de overeenkomsten met de Rabobank. In haar brief van 21 april 2023 schrijft Rabobank immers onomwonden dat Shoelab deze dividendbetaling niet had mogen doen en dat de aandeelhouders dit dividend niet hadden mogen aanvaarden. De omstandigheid dat Jarho als financieel bestuurder hier een bijzondere verantwoordelijkheid had, ontslaat NIP c.s. in dit opzicht bepaald niet van hun eigen verantwoordelijkheid als bestuurders. Zij kunnen zich daaraan dan ook niet onttrekken door naar Jarho te wijzen. De gang van zaken

rondom de dividenduitkering levert op zichzelf reeds een gegronde reden op tot twijfel aan het beleid en de juiste gang van zaken bij Shoelab die een onderzoek rechtvaardigen. Nu de dividenduitkering gevolgen heeft voor de hele Shoelab Groep, geldt hetzelfde voor de dochtervennootschappen.

3.13

Deze twijfel wordt versterkt door de gang van zaken nadat duidelijk was geworden dat de uitkering vanwege de kredietvoorwaarden van Rabobank niet toelaatbaar was. Waar de weigering van Jarho om het aan haar uitgekeerde dividend terug te betalen niet los valt te zien van (de financiële afwikkeling als gevolg van) haar ontslag als bestuurder, roept hier vooral de handelwijze van NIP c.s. vragen op. In het antwoord van (de advocaat van) NIP c.s. wordt onder overlegging van *screenshots* van de bankrekening van Shoelab op misleidende wijze de indruk gewekt dat de dividenden zijn terugbetaald, namelijk zonder te vermelden dat die bedragen - mogelijk in strijd met de onder 2.14 bedoelde niet-onttrekkingsverklaring - direct in rekening-courant weer waren opgenomen.

In reactie hierop heeft (de advocaat van) Jarho gevraagd of die terugbetaalde dividenden nog steeds op de rekening van Shoelab stonden. Het antwoord van (de advocaat van) NIP c.s. op deze vraag roept ernstige vragen op. In zijn e-mail van 14 september 2023 schrijft deze dat ervoor is gekozen de gelden niet onverkort op de rekening van Shoelab te laten staan, dit *'ter bescherming van (de liquiditeitspositie van) Shoelab'*. Niet alleen rijst hiermee de vraag of opnieuw is gehandeld in strijd met het onttrekkingsverbod, de bedragen werden bovendien in rekening-courant opgenomen op een moment waarop de vennootschap al in financiële problemen verkeerde. Zo had Shoelab naar eigen zeggen op 18 augustus 2023 brieven van de Belastingdienst ontvangen waaruit naar eigen zeggen *'bleek dat er in april en augustus 2022 tonnen aan omzetbelasting niet was afgedragen en dat die dus nog verschuldigd was'* (verweerschrift nr. 60). Ook kampte Shoelab naar eigen zeggen met schulden van (per eind 2022) ruim € 560.000 aan Inter B.V., haar belangrijkste licentiegever (van het merk Cruyff). Terwijl Shoelab in verzuim was jegens Rabobank en kampte met achterstallige schulden aan de Belastingdienst en aan haar belangrijkste licentiegever, ging zij een kasrondje aan *'ter bescherming van (de liquiditeitspositie van) Shoelab'*. De Ondernemingskamer vermag niet te begrijpen hoe deze gang van zaken het belang van de vennootschap kan dienen.

Shoelab werd op 25 oktober 2023 door Rabobank onder bijzonder beheer geplaatst. De rekening-courantschulden waren toen nog niet afgelost. Ook na de zitting hebben NIP c.s. de gelegenheid niet te baat genomen hun schuldposities ten opzichte van Shoelab terug te brengen naar nihil. Ook deze gang van zaken vormt een gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. Bij dit alles moet worden bedacht dat Jarho als borg jegens Rabobank is verbonden en dat zij in die hoedanigheid mede afhankelijk is van de zorgvuldigheid en nauwgezetheid waarmee NIP c.s. zich kwijten van hun verplichtingen jegens Rabobank.

3.14

Die twijfel wordt niet slechts gevoed door de kasrondjes zelf, maar ook door de informatieverstrekking daarover. Daarbij moet worden bedacht dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders sinds het ontslag van Jarho als bestuurder zijn gewijzigd. Vanaf dat moment was Jarho feitelijk minderheidsaandeelhouder wier (informatie)positie in Shoelab afhankelijk was van NIP c.s. De zorgvuldigheidsplicht die in dit verband op NIP c.s. rust, brengt onder meer mee dat Jarho ([C]) op behoorlijke wijze wordt bejegend en ruimhartig van feitelijke en verifieerbare informatie wordt voorzien (vgl. onder meer HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (*Zwagerman*) en OK 3 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:750 (*Steenfabriek*)).

Commissiebetalingen

3.15

Jarho klaagt tot slot erover dat NIP c.s. commissiebetalingen buiten Shoelab om laten lopen, terwijl deze in Shoelab thuishoren. Shoelab c.s. hebben daartegen verweer gevoerd met het argument dat de afspraken omtrent commissiebetalingen erop berusten dat Jarho haar aandelen tegen gunstige voorwaarden heeft verworven en dat de verkoopcommissies ten gunste van [A] (Belgravia) tegen deze achtergrond moeten worden gezien. Partijen hebben in het onder 2.4 bedoelde addendum, zoals op 29 juni 2021 gewijzigd (zie 2.5), afgesproken dat [A] (Belgravia) tot en met 2023 verkoopcommissies zou ontvangen op basis van facturen die zouden worden verzonden door [C].

3.16

Vast staat dat Jarho sinds haar ontslag niet door [A] is geïnformeerd over de commissiebetalingen aan [A] (Belgravia). Dat had wel op zijn weg gelegen. [A] had op het punt van de commissiebetalingen immers een tegenstrijdig belang. Waar dit tegenstrijdig belang voordien werd geredresseerd door de facturering aan [C] over te laten, had [A] hierover openheid moeten betrachten. Pas bij verweerschrift is enige informatie over de commissiebetalingen verschaft. Het gebrek aan openheid op dit punt is weliswaar op zichzelf onvoldoende voor gegronde redenen tot twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken, maar draagt hieraan wel bij.

Conclusie en onmiddellijke voorziening

3.17

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer levert wat hiervoor is vermeld gegronde redenen op om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de Shoelab Groep, die een onderzoek rechtvaardigen. De Ondernemingskamer zal een onderzoek gelasten naar het beleid en de gang van zaken vanaf 1 december 2022, met dien verstande dat de onderzoeker acht mag slaan op hetgeen buiten de onderzoeksperiode is voorgevallen voor zover het licht doet schijnen op hetgeen in de onderzoeksperiode is voorgevallen indien hij/zij dit voor het onderzoek met betrekking tot de onderzoeksperiode nuttig of nodig acht.

3.18

De Ondernemingskamer acht het met het oog op de toestand van de Shoelab Groep noodzakelijk om als onmiddellijke voorziening een derde als bestuurder van Shoelab en haar dochtervennootschappen te benoemen aan wie in het bestuur van Shoelab en de dochtervennootschappen - voor zover nodig in afwijking van de statuten - een beslissende stem toekomt, wat betekent dat overeenkomstig die stem wordt besloten, ook als die stem afwijkt van de meerderheid van de uitgebrachte stemmen en die zelfstandig bevoegd is Shoelab en haar dochtervennootschappen te vertegenwoordigen en zonder wie Shoelab en haar dochtervennootschappen niet vertegenwoordigd kunnen worden.

3.19

De te benoemen bestuurder mag het ook tot zijn/haar taak rekenen te bezien of een minnelijke regeling tussen partijen kan worden bereikt.

3.20

De Ondernemingskamer zal de kosten van het onderzoek en de te benoemen bestuurder voor rekening brengen van de Shoelab Groep.

3.21

De Ondernemingskamer zal de aanwijzing van een onderzoeker voorlopig aanhouden om te bezien of al door de te treffen onmiddellijke voorziening een oplossing van het geschil kan worden bereikt. Ieder van partijen of de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder kan op elk moment de Ondernemingskamer verzoeken de onderzoeker aan te wijzen. Voor het geval het komt tot aanwijzing van een onderzoeker, zal de Ondernemingskamer de onderzoeker vragen om binnen zes weken een plan van aanpak en een begroting van de kosten van het onderzoek te maken en deze aan de Ondernemingskamer toe te sturen. De Ondernemingskamer zal partijen in dat geval in de gelegenheid stellen zich uit te laten over die begroting en vervolgens het onderzoeksbudget vaststellen.

3.22

Voor het treffen van andere onmiddellijke voorzieningen ziet de Ondernemingskamer voorlopig geen aanleiding.

3.23

De Ondernemingskamer zal de Shoelab Groep - als de overwegend in het ongelijk gestelde partij, veroordelen in de kosten van de procedure.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

- a. beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Shoelab Inc. B.V., Premium Inc. B.V., Sportlab Inc. B.V., Premium Inc. Retail B.V. en Fortedigoliath B.V. over de periode vanaf 1 december 2022;

benoemt een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon om het onderzoek te verrichten;

houdt in verband met het bepaalde in 3.21 de vaststelling van het onderzoeksbudget aan en verzoekt de onderzoeker binnen zes weken na de beschikking waarbij hij/zij als onderzoeker wordt aangewezen een plan van aanpak en een begroting van de kosten van het onderzoek te maken en deze aan de Ondernemingskamer toe te sturen;

bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van Shoelab B.V., Premium Inc. B.V., Sportlab Inc. B.V., Premium Inc. Retail B.V. en Fortedigoliath B.V. en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoeker voor het begin van zijn/haar werkzaamheden zekerheid moeten stellen;

benoemt mr. J.M. de Jongh tot raadsheer-commissaris, zoals bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW;

benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening met onmiddellijke ingang en vooralsnog voor de duur van de procedure - voor zover nodig in afwijking van de statuten - een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon tot bestuurder van Shoelab B.V., Premium Inc. B.V., Sportlab Inc. B.V., Premium Inc. Retail B.V. en Fortedigoliath B.V. met beslissende stem en bepaalt dat deze bestuurder zelfstandig bevoegd is Shoelab B.V., Premium Inc. B.V., Sportlab Inc. B.V., Premium Inc. Retail B.V. en Fortedigoliath B.V. te vertegenwoordigen en dat zonder deze bestuurder Shoelab B.V., Premium Inc. B.V., Sportlab Inc. B.V., Premium Inc. Retail B.V. en Fortedigoliath B.V. niet vertegenwoordigd kunnen worden;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze bestuurder voor rekening komen van Shoelab Inc B.V., Premium Inc. B.V., Sportlab Inc. B.V., Premium Inc. Retail B.V. en Fortedigoliath B.V. en bepaalt dat Shoelab Inc B.V., Premium Inc. B.V., Sportlab Inc. B.V., Premium Inc. Retail B.V. en Fortedigoliath B.V. voor de betaling daarvan ten genoegen van de bestuurder zekerheid dienen te stellen vóór de aanvang van zijn/haar werkzaamheden;

veroordeelt Shoelab Inc B.V., Premium Inc. B.V., Sportlab Inc. B.V., Premium Inc. Retail B.V. en Fortedigoliath B.V. in de kosten van de procedure tot op heden aan de kant van Jarho Holding B.V. begroot op € 4.332;

- i. verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door mr. J.M. de Jongh, voorzitter, mr. W.A.H. Melissen en mr. C.C. Meijer, raadsheren, en prof. dr. mr. A.J.C.C.M. Loonen en drs. A.G. Thomassen RT REP, raden, in tegenwoordigheid van mr. D.I. Frans, griffier, en in het openbaar uitgesproken door J.M. de Jongh op 16 mei 2024.