

wangedrag van de onderhoudsgerechtigde (ouderverstoting, niet meewerken aan contact met de kinderen) geconfronteerd wordt. Bij de in deze annotatie voorliggende uitspraak moet gezegd worden dat het uitsluitend het verzoeken van (wijziging van) de onderhoudsbijdrage betrof. De uitspraak van de Hoge Raad indiceert dat – wil matiging succesvol worden ingeroepen – dit in de procedure dan tevens moet gaan over een verzoek ter zake van de contactregeling met de kinderen. Daarbij dient dan eveneens een lang(er) patroon van weigerachtig handelen te worden aangetoond. Maar in een dergelijk geval heeft de Hoge Raad dus wel degelijk de spreekwoordelijke handschoen aangereikt. Het is aan de advocatuur die handschoen op te pakken.

mr. M. Arnold
vFAS advocaat-mediator bij Van Lelyveld advocaten

Ondernemingsrecht

42

Partijen zijn het erover eens dat er een onderzoek moet komen vanwege voldoende redenen voor twijfel aan een juist beleid, maar zijn het niet eens over de vraag aan wie een en ander te wijten is

Gerechtshof Amsterdam
9 februari 2024, nr. 200.337.150/01OK,
ECLI:NL:GHAMS:2024:299
(mr. Vink, mr. Melissen, mr. Vaessen, drs. Van Vollenhoven-Eikelenboom AG, drs. Dubbeld)
Noot mr. A.M. Dumoulin-Siemens

Enquêteprocedure. Onderzoek bevolen en onmiddellijke voorzieningen.

[BW art. 2:350, 2:350 lid 4, 2:356]

Essentie: Partijen zijn het erover eens dat de onderneming van Volharding c.s. zonder meer levensvatbaar is. Er is een acuut liquiditeitstekort. Partijen kunnen het niet eens worden over de wijze waarop in de liquiditeitsbehoefte moet worden voorzien.

Samenvatting: De Ondernemingskamer is van oordeel dat er gegronde redenen zijn om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van CWL en Volharding c.s. die een onderzoek rechtvaardigen. Hoewel partijen het niet eens zijn over de vraag aan wie een en ander te wijten is, onderschrijven zij deze conclusie. De Ondernemingskamer zal een onderzoek gelasten naar het beleid en de gang van zaken van zowel CWL als van Volharding c.s. De kosten daarvan komen ten laste van CWL, respectievelijk Volharding c.s.

De Ondernemingskamer acht het met het oog op de toestand van Volharding c.s. en CWL noodzakelijk dat onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. Ook deze conclusie wordt door alle partijen gedeeld en ter zitting is met partijen besproken welke voorzieningen nodig zijn om de impasse in het bestuur van CWL en het bestuur en de algemene vergadering van Volharding c.s. te doorbreken, zodat kan worden voorzien

in de voor de continuïteit van de onderneming van de Volharding c.s. noodzakelijke aanvullende financiering. Dit leidt tot het treffen van de volgende onmiddellijke voorzieningen.

De Ondernemingskamer zal vooralsnog voor de duur van de procedure een derde benoemen tot bestuurder van CWL aan wie – voor zover nodig in afwijking van de statuten en de aandeelhoudersovereenkomst – in het bestuur steeds een beslissende stem toekomt, wat betekent dat overeenkomstig die stem wordt besloten, ook als die stem afwijkt van de meerderheid van de uitgebrachte stemmen. Die derde is zelfstandig bevoegd om CWL te vertegenwoordigen en CWL kan niet zonder die derde vertegenwoordigd worden.

De Ondernemingskamer zal vooralsnog voor de duur van de procedure een derde benoemen tot bestuurder van Volharding Tankrederij en Volharding Group aan wie – 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. Die derde is zelfstandig bevoegd om Volharding Tankrederij en Volharding Group te vertegenwoordigen en Volharding Tankrederij en Volharding Group kunnen niet zonder die derde vertegenwoordigd worden.

Verder acht de Ondernemingskamer het noodzakelijk om vooralsnog voor de duur van de procedure één aandeel van CWL en één aandeel van Scheepsbedrijf Dari in zowel Volharding Tankrederij en Volharding Group ten titel van beheer over te dragen aan een door de Ondernemingskamer te benoemen beheerder.

De Ondernemingskamer zal daarnaast bepalen dat vooralsnog voor de duur van de procedure, voor zover nodig in afwijking van de statuten door de algemene vergadering van Volharding Tankrederij en van Volharding Group bij absolute meerderheid besloten kan worden tot een uitgifte van aandelen en/of wijziging van de statuten en dat de in art. 5.3 van de statuten genoemde termijn waarbinnen het voorkeursrecht kan worden uitgeoefend door de algemene vergadering kan worden verkort tot één week.

De te benoemen bestuurders mogen het zowel op het niveau van CWL als op het niveau van Volharding c.s. ook tot hun taak rekenen te bezien of een minnelijke regeling tussen partijen kan worden bereikt.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [A B.V.], gevestigd te [...],

verzoekster,
advocaten: mrs. G.R.G. Driessen, D.J. Verduin en G.R.M.W.J. Sola, kantoorhoudende te Amsterdam,

tegen
1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid CWL Line B.V., gevestigd te Werkendam,
advocaten: mrs. E.J. Heijnen, D. Hoff en I.J. den Toom, kantoorhoudende te Rotterdam,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Volharding Tankrederij B.V., gevestigd te Amsterdam,
3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Volharding Group B.V., gevestigd te Amsterdam,
verweersters,
en tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid PMV Investments B.V., gevestigd te Werkendam,
2. [(indirect) aandeelhouder 1 van CWL], wonende te [...],
advocaten: mrs. E.J. Heijnen, D. Hoff en I.J. den Toom, kantoorhoudende te Rotterdam,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Scheepvaartbedrijf Dari B.V.*, gevestigd te Zwijndrecht, advocaat: mr. J.-J.H. Budé, kantoorhoudend te Den Haag,

4. [bestuurder 1 van CWL], wonende te [...], advocaat: mr. S.D. van de Kant, kantoorhoudend te Amsterdam,

5. [bestuurder 2 van CWL], wonende te [...], advocaten: mrs. E.J. Heijnen, D. Hoff en I.J. den Toom, kantoorhoudende te Rotterdam, belanghebbenden.

Hierna zullen partijen en andere (rechts)personen (ook) als volgt worden aangeduid:

- verzoekster als [A B.V.];
- [A] als [A];
- verweerster sub 1 als CWL;
- verweerster sub 2 als Volharding Tankrederij;
- verweerster sub 3 als Volharding Group;
- verweersters sub 2 en 3 als Volharding c.s.;
- Volharding Shipping AG als Volharding AG;
- belanghebbende sub 1 als PMV;
- belanghebbende sub 2 als [(indirect) aandeelhouder 1 van CWL];
- belanghebbende sub 3 als Scheepvaartbedrijf Dari;
- [aandeelhouder van Dari] als [aandeelhouder van Dari];
- belanghebbende sub 4 als [bestuurder 1 van CWL];
- belanghebbende sub 5 als [bestuurder 2 van CWL].

1. Het verloop van het geding

1.1. [A B.V.] heeft bij verzoekschrift van 30 januari 2024 en aanvullend verzoekschrift van 5 februari 2024 de Ondernemingskamer verzocht, samengevat,

1. een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van CWL en Volharding c.s. over de periode vanaf december 2021, met betrekking tot het handelen en nalaten van PMV, [(indirect) aandeelhouder 1 van CWL], [bestuurder 1 van CWL] en [bestuurder 2 van CWL] als (feitelijk) (middellijk) bestuurders in CWL en Volharding c.s.;

2. als onmiddellijke voorzieningen voor de duur van de procedure:

a. een onafhankelijke derde te benoemen tot bestuurder van CWL met beslissende stem, die als enige zelfstandig bevoegd is CWL te vertegenwoordigen;

b. [bestuurder 2 van CWL] te schorsen als (feitelijk) bestuurder van CWL;

c. de door PMV in CWL gehouden aandelen, inclusief het prioriteitsaandeel, met uitzondering van één gewoon aandeel, ten titel van beheer over te dragen aan een onafhankelijke derde, althans te bepalen dat het bestuur van CWL besluiten kan nemen zonder dat zij daarvoor op basis van de statuten of aandeelhoudersovereenkomst CWL de goedkeuring nodig heeft van PMV;

d. te bepalen dat het bestuur van CWL (te weten: de onafhankelijk bestuurder) bevoegd is in de algemene vergadering van aandeelhouders van Volharding c.s., voor zover nodig in afwijking van de aandeelhoudersovereenkomst en de statuten van CWL, bij gebreke van een valide alternatieve financieringsvorm te stemmen voor de aanvullende financiering van Volharding c.s., door middel van een emissie van aandelen zoals is omschreven in randnummer 4.61 van het verzoekschrift van 30 januari 2024, zonder dat daarvoor de goedkeuring van de algemene vergadering van CWL is vereist;

e. te bepalen dat het salaris en de kosten van de hiervoor bedoelde onafhankelijke bestuurder en beheerder van aandelen ten laste komen van Volharding c.s.;

f. of een andere voorziening te treffen die de Ondernemingskamer juist acht;

3. CWL te veroordelen in de kosten van de procedure.

1.2. CWL, PMV en [(indirect) aandeelhouder 1 van CWL] hebben bij verweerschrift van 5 februari 2024 de Ondernemingskamer verzocht [A B.V.] niet-ontvankelijk te verklaren in haar verzoek en/of het verzoek van Van de Wiel Holding af te wijzen. Zij heeft ook zelf een voorwaardelijk (voor zover enig verzoek van [A B.V.] zal worden toegewezen) verzoek gedaan. Zij heeft de Ondernemingskamer verzocht, samengevat,

1. een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Volharding c.s. over de periode vanaf december 2021, in het bijzonder gericht op de handelwijze van [A], [A B.V.], Scheepvaartbedrijf Dari en [aandeelhouder van Dari] en [aandeelhouder van Dari];

2. als onmiddellijke voorzieningen voor de duur van de procedure

a. één of meer onafhankelijke derden te benoemen als bestuurder(s) van Volharding c.s., met beslissende stem en die bevoegd is/zijn de vennootschappen zelfstandig te vertegenwoordigen, met mede als taak het onderzoeken van een minnelijke regeling waarbij CWL wordt uitgekocht door Scheepvaartbedrijf Dari;

b. of een andere voorziening te treffen die de Ondernemingskamer juist acht;

3. [A B.V.] te veroordelen in de kosten van de procedure.

1.3. Scheepvaartbedrijf Dari heeft bij verweerschrift van 5 februari 2024 de Ondernemingskamer verzocht het verzoek van [A B.V.] toe te wijzen voor zover dit ziet op het verzochte onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van CWL en Volharding c.s. over de periode vanaf december 2021 en de onmiddellijke voorzieningen opgenomen onder 1.1. punt 2 onder a, c en e toe te wijzen. Ter zitting van 8 februari 2023 heeft Scheepvaartbedrijf Dari desgevraagd toegelicht dat zij zelfstandig verzoekt een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken Volharding c.s. Zij heeft daarnaast ook zelf een voorwaardelijk (voor zover de door [A B.V.] verzochte voorzieningen zouden worden afgewezen) verzoek gedaan.

Zij heeft de Ondernemingskamer verzocht, samengevat, als onmiddellijke voorzieningen voor de duur van de procedure:

a. CWL als bestuurder van Volharding c.s. te schorsen, althans te bepalen dat naast Scheepvaartbedrijf Dari en CWL een onafhankelijke bestuurder wordt benoemd met beslissende stem, die zelfstandig bevoegd is om Volharding c.s. te vertegenwoordigen en zonder wie Volharding c.s. niet vertegenwoordigd kan worden en daarbij te bepalen dat het bestuur van Volharding c.s. bevoegd is zelfstandig te besluiten over noodzaakfinanciering, met terzijdestelling van eventuele beperkende bepalingen en termijnen in de statuten en de aandeelhoudersovereenkomst;

b. de aandelen van CWL in Volharding c.s., met uitzondering van één aandeel, althans een zodanig aantal dat de Ondernemingskamer in goede justitie meent te behoren, ten titel van beheer over te dragen aan een onafhankelijke derde;

c. of een andere voorziening te treffen die de Ondernemingskamer juist acht;

d. te bepalen dat het salaris en de kosten van de hiervoor bedoelde onafhankelijke bestuurder en beheerder van aandelen ten laste komen van Volharding c.s.;

e. CWL en Volharding c.s. te veroordelen in de kosten van de procedure.

1.4. [bestuurder 1 van CWL] heeft zich bij verweerschrift van 5 februari 2024 gerefereerd aan het oordeel van de Ondernemingskamer.

1.5. Het verzoek is behandeld op de zitting van de Ondernemingskamer van 8 februari 2024. De advocaten hebben toen de standpunten van de verschillende partijen toegelicht, wat betreft mrs. Driessen, Heijnen en Budé aan de hand van overgelegde aantekeningen en overlegging van tevoren toegestuurde nadere producties. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt.

1.6. In het verzoekschrift en tijdens de mondelinge behandeling heeft [A B.V.] de Ondernemingskamer verzocht op de meest spoedige termijn uitspraak te doen. Gelet op de spoedeisendheid wijst de Ondernemingskamer deze verkorte beschikking.

2. Inleiding en feiten

2.1. Deze zaak gaat over de vastgelopen samenwerking tussen [(indirect) aandeelhouder 1 van CWL], [A] en de broers [aandeelhouder van Dari].

2.2. CWL en Scheepvaartbedrijf Dari zijn de bestuurders van Volharding c.s. en zij houden ieder 50% van de aandelen in zowel Volharding Rederij als Volharding Group alsmede de Zwitserse vennootschap Volharding AG. De Volharding vennootschappen en hun dochtermaatschappijen drijven een scheepvaartonderneming.

2.3. CWL is een samenwerkingsverband tussen [A] en [(indirect) aandeelhouder 1 van CWL]. [A B.V.] is bestuurder van CWL en houdt 50% van de gewone aandelen. [(indirect) aandeelhouder 1 van CWL] houdt via PMV 50% van de gewone aandelen en 1 prioriteitsaandeel in CWL. [bestuurder 2 van CWL] is op voordracht van [(indirect) aandeelhouder 1 van CWL] benoemd tot bestuurder van CWL.

2.4. Volharding c.s. kampt met een acuut liquiditeitstekort en zal naar verwachting op korte termijn niet meer aan haar betalingsverplichtingen kunnen voldoen. Partijen zijn het er over eens dat de onderneming van Volharding c.s. zonder meer levensvatbaar is, maar zij kunnen het niet eens worden over de wijze waarop in de liquiditeitsbehoefte moet worden voorzien. Scheepvaartbedrijf Dari is bereid om aanvullende leningen te verstrekken mits CWL daar in gelijke mate en op gelijke voorwaarden aan bijdraagt. [A] heeft daartoe niet de middelen en [(indirect) aandeelhouder 1 van CWL] is daar niet toe bereid. Scheepvaartbedrijf Dari is onder die omstandigheden uitsluitend bereid om aanvullende financiering te verstrekken tegen uitgifte van nieuwe aandelen in Volharding c.s., hetgeen tot een aanzienlijke verwatering van het belang van CWL zal leiden indien zij daar niet op gelijke voet aan deelneemt. [A] is bereid deze verwatering te accepteren. [(indirect) aandeelhouder 1 van CWL] is van mening dat mogelijke alternatieven, waaronder de verkoop van activa onvoldoende zijn onderzocht. Scheepvaartbedrijf Dari meent dat verkoop van activa geen oplossing biedt. De verhoudingen tussen partijen, [(indirect) aandeelhouder 1 van CWL] enerzijds en [A] en Scheepvaartbedrijf Dari anderzijds zijn ernstig verstoord en er is sprake van groot wantrouwen over en weer. Partijen hebben gesproken over een ontvlechting van hun belangen maar ook daarover kunnen zij het (nog) niet eens worden. Bij die stand van zaken vindt in het bestuur van zowel CWL als in het bestuur en in de algemene vergadering van de Volharding c.s. geen vruchtbaar overleg meer plaats en staken de stemmen. Als gevolg van deze impasse zijn partijen niet meer in staat om in het belang van de vennootschappen en de

met hen verbonden onderneming te komen tot de noodzakelijke besluitvorming om te voorzien in de acute liquiditeitsnood van Volharding c.s.

3. De gronden van de beslissing

3.1. De Ondernemingskamer is van oordeel dat reeds gelet op het voorgaande er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van CWL en Volharding c.s. die een onderzoek rechtvaardigen. Hoewel partijen het niet eens zijn over de vraag aan wie een en ander te wijten is onderschrijven zij deze conclusie. De Ondernemingskamer zal een onderzoek gelasten naar het beleid en de gang van zaken van zowel CWL als van Volharding c.s. De kosten daarvan komen ten laste van CWL, respectievelijk Volharding c.s.

3.2. De Ondernemingskamer zal de aanwijzing van een onderzoeker voorlopig aanhouden om te bezien of al door de hierna te noemen onmiddellijke voorzieningen een oplossing van het geschil kan worden bereikt. Ieder van partijen of de door de Ondernemingskamer te benoemen bestuurders/beheerder 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.

3.3. De Ondernemingskamer acht het met het oog op de toestand van Volharding c.s. en CWL noodzakelijk dat onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. Ook deze conclusie wordt door alle partijen gedeeld en ter zitting is met partijen besproken welke voorzieningen nodig zijn om de impasse in het bestuur van CWL en het bestuur en de algemene vergadering van Volharding c.s. te doorbreken, zodat kan worden voorzien in de voor de continuïteit van de onderneming van de Volharding c.s. noodzakelijke aanvullende financiering. Dit leidt tot het treffen van volgende onmiddellijke voorzieningen.

3.4. De Ondernemingskamer zal vooralsnog voor de duur van de procedure een derde benoemen tot bestuurder van CWL aan wie – voor zover nodig in afwijking van de statuten en de aandeelhoudersovereenkomst – in het bestuur steeds 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 CWL te vertegenwoordigen en zonder wie CWL niet vertegenwoordigd kan worden.

3.5. De Ondernemingskamer zal vooralsnog voor de duur van de procedure een derde benoemen tot bestuurder van Volharding Tankrederij en Volharding Group aan wie – 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 Volharding Tankrederij en Volharding Group te vertegenwoordigen en zonder wie Volharding Tankrederij en Volharding Group niet vertegenwoordigd kunnen worden.

3.6. Verder acht de Ondernemingskamer het noodzakelijk om vooralsnog voor de duur van de procedure één aandeel van CWL en één aandeel van Scheepsbedrijf Dari in zowel Volharding Tankrederij en Volharding Group ten titel van beheer

over te dragen aan een door de Ondernemingskamer te benoemen beheerder.

3.7. De Ondernemingskamer zal daarnaast bepalen dat vooralsnog voor de duur van de procedure, voor zover nodig in afwijking van de statuten door de algemene vergadering van Volharding Tankrederij en van Volharding Group bij absolute meerderheid besloten kan worden tot een uitgifte van aandelen en/of wijziging van de statuten en dat de in artikel 5.3 van de statuten genoemde termijn waarbinnen het voorkeursrecht kan worden uitgeoefend door de algemene vergadering kan worden verkort tot één week.

3.8. De te benoemen bestuurders mogen het zowel op het niveau van CWL als op het niveau van Volharding c.s. ook tot hun taak rekenen te bezien of een minnelijke regeling tussen partijen kan worden bereikt.

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

3.10. De Ondernemingskamer ziet ten slotte aanleiding te bepalen dat iedere partij de eigen proceskosten draagt.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van CWL Line B.V., Volharding Tankrederij B.V. en Volharding Group B.V. over de periode vanaf december 2021;

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 3.2 de vaststelling van het onderzoeksbudget aan en verzoekt de onderzoeker binnen zes weken na de beschikking waarbij hij 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 CWL Line B.V. en Volharding c.s. en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoeker voor het begin van zijn/haar werkzaamheden zekerheid moet stellen;

benoemt mr. A.W.H. Vink 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 en de aandeelhoudersovereenkomst – een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon tot bestuurder van CWL Line B.V. met beslissende stem en bepaalt dat deze bestuurder zelfstandig bevoegd is CWL Line B.V. te vertegenwoordigen en zonder wie CWL Line B.V. niet vertegenwoordigd kan worden;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze bestuurder voor rekening komen van CWL Line B.V. en bepaalt dat CWL Line B.V. voor de betaling daarvan ten genoegen van de bestuurder zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van zijn/haar werkzaamheden;

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 Volharding Tankrederij B.V. en Volharding Group B.V. met beslissende stem en bepaalt dat deze bestuurder zelfstandig bevoegd is Volharding Tankrederij B.V. en Volharding Group B.V. te vertegenwoordigen en zonder wie Volharding Tankrederij B.V. en Volharding Group B.V. niet vertegenwoordigd kunnen worden;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze bestuurder voor rekening komen van Volharding Tankrederij B.V. en Volharding Group B.V. en bepaalt dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de bestuurder zekerheid dienen te stellen vóór de aanvang van zijn/haar werkzaamheden

bepaalt vooralsnog voor de duur van het geding dat één aandeel van CWL Line B.V. en één aandeel van Scheepvaartbedrijf Dari B.V. in Volharding Tankrederij B.V. en één aandeel van CWL Line B.V. en één aandeel van Scheepvaartbedrijf Dari B.V. in Volharding Group B.V. met ingang van heden ten titel van beheer zijn overgedragen aan een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon;

bepaalt dat het salaris en de kosten van de beheerder van aandelen voor rekening komen van Volharding Tankrederij B.V. en Volharding Group B.V. en bepaalt dat Volharding Tankrederij B.V. en Volharding Group B.V. voor de betaling daarvan ten genoegen van de bestuurder/beheerder zekerheid dienen te stellen vóór de aanvang van zijn/haar/hun werkzaamheden; bepaalt vooralsnog voor de duur van het geding – voor zover nodig in afwijking van de statuten – dat door de algemene vergadering van Volharding Tankrederij B.V. en Volharding Group B.V. bij absolute meerderheid besloten kan worden tot uitgifte van aandelen en/of wijziging van de statuten en dat de in artikel 5.3 van de statuten genoemde termijn waarbinnen het voorkeursrecht kan worden uitgeoefend door de algemene vergadering kan worden verkort tot één week;

bepaalt dat iedere partij de eigen proceskosten draagt; verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad; wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

NOOT

Deze zaak betreft een vastgelopen samenwerking in een scheepvaartonderneming (Volharding). Deze heeft een acuut liquiditeitstekort en zal naar verwachting op korte termijn niet meer aan haar betalingsverplichtingen kunnen voldoen. De verhouding tussen de aandeelhouders is zo verslechterd dat zij het niet eens kunnen worden over de verstrekking van noodfinanciering. Zij zoeken hulp bij de Ondernemingskamer. De OK beveelt een onderzoek en treft onmiddellijke voorzieningen, maar stelt (nog) geen onderzoeker aan. Wellicht kan door de onmiddellijke voorzieningen al een oplossing worden bereikt. Deze uitspraak volgt een trend waarin de nadruk verschuift van het enquêteonderzoek naar de onmiddellijke voorzieningen.

Er zijn drie (indirecte) aandeelhouders: een investeerder (PMV), de enquêteverzoeker (A) en een ander scheepvaartbedrijf (Dari). PMV en A houden aandelen in Volharding via een besloten vennootschap (CWL). CWL en Dari houden ieder 50% van de aandelen in Volharding en zijn beide bestuurder van Volharding.

De aandeelhouders zijn het erover eens dat Volharding levensvatbaar is. Zij kunnen het echter niet eens worden over de wijze waarop het liquiditeitstekort kan worden weggevoerd. De gesprekken daarover zijn vastgelopen. Dari zou aanvullende leningen willen verstrekken. Maar alleen wanneer PMV en A daaraan in gelijke mate en onder gelijke voorwaarden bijdragen. En daar zit het probleem. PMV wil niet meedoen en A heeft de middelen niet. Als alternatief is Dari bereid aanvullende financiering te verstrekken door middel van uitgifte van aandelen. Dit zou tot gevolg hebben dat het belang van CWL aanzienlijk verwaterd indien zij niet in gelijke mate aan de aandelenuitgifte zou deelnemen. A

geeft aan zo'n verwatering te accepteren, PMV niet. PMV meent dat er alternatieven zijn, zoals bijvoorbeeld de verkoop van activa, om Volharding te ontlasten. PMV en A houden ieder 50% van de aandelen in CWL en zitten in het bestuur van CWL. Aangezien PMV en A diametraal tegenover elkaar staan, is er in het bestuur van CWL geen besluitvorming over de financiering van Volharding mogelijk. De slechte verhoudingen tussen CWL en Dari leggen ook de besluitvorming in het bestuur en de aandeelhoudersvergadering van Volharding lam.

De OK ontvangt meerdere verzoeken. Daaruit wordt duidelijk hoe de kampen zijn verdeeld. A vraagt de OK een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van CWL en Volharding, waarbij de handelwijze van (onder meer) PMV dient te worden betrokken. CWL en PMV dienen een voorwaardelijk tegenverzoek in met betrekking tot Volharding en de handelwijze van A en Dari. Dari schaaft zich aan de zijde van A en verzoekt de OK het enquêteverzoek van A toe te wijzen. Alle partijen vragen de OK ook toepasselijke onmiddellijke voorzieningen te nemen.

Volgens de OK is voldoende duidelijk dat er gegronde redenen zijn om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van CWL en Volharding. De OK beveelt een onderzoek bij CWL en Volharding, maar houdt de aanwijzing van een onderzoeker voorlopig aan om te bezien of al door de onmiddellijke voorzieningen een oplossing voor het geschil kan worden bereikt. Alle betrokken partijen onderschrijven de conclusie van de OK, zowel ten aanzien van het te bevelen onderzoek bij CWL en Volharding als met betrekking tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Partijen blijven het echter oneens over de vraag aan wie de impasse te wijten is.

De OK bespreekt tijdens de zitting met partijen welke onmiddellijke voorzieningen nodig zijn om de impasse op bestuursniveau bij CWL en Volharding en binnen de aandeelhoudersvergadering van Volharding te doorbreken en een financiering aan Volharding te bewerkstelligen. De OK benoemt als onmiddellijke voorziening een derde persoon in de besturen van CWL en Volharding. Deze bestuurders hebben ieder een beslissende stem en zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid. Verder bepaalt de OK dat één aandeel in CWL, Volharding en Dari ten titel van beheer is overgedragen aan een beheerder. Tot slot bepaalt de OK dat in afwijking van de statuten door de vergadering van Volharding bij absolute meerderheid besloten kan worden tot uitgifte van aandelen en tot wijziging van de statuten en dat de termijn waarbinnen het voorkeursrecht kan worden uitgeoefend door de algemene vergadering kan worden verkort tot één week.

Om kort te gaan, de tijdelijke OK-bestuurders hebben de bevoegdheid om de noodfinanciering er op het niveau van CWL en Volharding doorheen te drukken. Een (kostbaar) onderzoek lijkt niet nodig om het geschil tussen partijen op te lossen. Er zijn meer voorbeelden van enquêteprocedures waarin wel een onderzoek wordt bevolen, maar de benoeming van een onderzoeker, en dus de uitvoering van het onderzoek, wordt uitgesteld in de hoop dat de getroffen onmiddellijke voorzieningen leiden tot een herstel van de verhoudingen. Zie voor voorbeelden van recente zaken J. van Bekkum e.a., *Geschriften vanwege Vereniging Corporate Litigation 2022-2023*, Deventer: Wolters Kluwer, par. 3.12.1. Zie ook hof Amsterdam (OK) 20 juli 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1776. En van enige tijd geleden: HR 11 juli 2014 ECLI:NL:HR:2014:1651 (*Novero*).

Het onderzoek vormt de kern van de enquêteprocedure (HR 27 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7245 (*Gucci*); C.F. Perquin-Deelen, 'De Timmerman-terughoudendheid', *Tijdschrift Ondernemingsrecht* 2019/57). De Hoge Raad overwoog in *Gucci* dat als er geen aanleiding bestaat voor het instellen van een enquêteonderzoek, maar wel behoefte bestaat aan voorzieningen, de gewone rechter, met alle daaraan verbonden waarborgen, hiervoor openstaat.

De doeleinden van het enquêterecht zijn 'niet slechts de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid, terwijl bovendien van de mogelijkheid van de instelling van een enquête en van de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid voor wanbeleid berust, een preventieve werking zou kunnen uitgaan' (HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1233 (*Ogem*)).

Uit de hiervoor genoemde voorbeelden blijkt dat partijen onder omstandigheden voldoende hebben aan maatregelen van reorganisatorische aard (ofwel: onmiddellijke voorzieningen) als daardoor de gezonde verhoudingen worden hersteld. Het lijkt erop dat in de praktijk het onderzoek aan importantie inboet. De vraag komt daarbij op waarom de OK er in de genoemde voorbeelden niet voor gekozen heeft om geen onderzoek te bevelen en alleen onmiddellijke voorzieningen te treffen. Art. 2:349a lid 3 BW biedt immers deze mogelijkheid.

De OK heeft uitgebreide bevoegdheden om in te grijpen in het beleid van de targetvennootschap. Dit doet de OK door middel van het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de stand van zaken van de vennootschap. In de eerste fase wordt het onderzoek bevolen en een onderzoeker benoemd die het onderzoek uitvoert en een rapport uitbrengt. In de tweede fase oordeelt de OK op basis van het onderzoeksrapport of er sprake is van wanbeleid. De OK kan ook onmiddellijke voorzieningen treffen. De onmiddellijke voorzieningen die de OK in de eerste fase kan opleggen, lijken dienend te zijn aan het onderzoek. De OK kan alleen onmiddellijke voorzieningen opleggen indien de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek dat vereist (art. 2:349a lid 2 BW en T&C aant. 3 bij art. 2:349a BW). Een onmiddellijke voorziening kan ook worden getroffen wanneer nog geen onderzoek wordt bevolen (art. 2:349a lid 3 BW). De drempel ligt dan wel hoger. Dat kan alleen indien er naar het voorlopig oordeel van de OK gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twifelen. Lid 3 van art. 2:349a BW is een codificatie van het *DSM*-arrest (HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523) waarin de Hoge Raad oordeelde dat de OK terughoudend moet zijn bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen zonder dat een onderzoek wordt bevolen en deze alleen mag treffen indien daarvoor voldoende zwaarwegende redenen bestaan. In de bij de voorbeelden genoemde *Novero*-kwesitie werd in cassatie geklaagd (onder het oude enquêterecht) dat de OK heeft miskend dat in de situatie waarin nog geen onderzoeker is benoemd (maar wel een onderzoek is bevolen) slechts zeer terughoudend gebruik kan worden gemaakt van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen en dat in een dergelijke situatie voor het treffen van voorzieningen zwaarwegende redenen dienen te bestaan. De Hoge Raad honoreert deze klacht niet. De enquête was reeds gelast, zodat de Hoge Raad niet gehouden was te onderzoeken

of voldoende zwaarwegende redenen bestonden voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen. In andere woorden: de OK hoeft de terughoudendheid opgelegd in het *DSM*-arrest niet toe te passen wanneer wél een onderzoek is bevolen. Voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen geldt geen ander toetsingskader wanneer wel een onderzoek is bevolen maar nog geen onderzoeker is benoemd (Cassatieblog CB 2014-137 Pels Rijcken, 'Onmiddellijke voorzieningen in het enquêterecht', 10 september 2014). In de *Volharding*-kwestie concludeert de OK dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen. De OK beveelt een onderzoek zonder een onderzoeker aan te wijzen en treft (ex art. 2:349a lid 2 BW) onmiddellijke voorzieningen. Dat is in lijn met art. 2:349a BW en jurisprudentie over dit onderwerp. Er wordt discussie gevoerd over de vraag in hoeverre de OK terughoudend moet zijn bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Timmerman waarschuwt in zijn conclusie in de *DSM*-kwestie (ECLI:NL:PHR:2007:BB3523) dat de rechtswaarborgen in het geding kunnen zijn als het enquêtegeschil tussen partijen louter wordt beslist op basis van onmiddellijke voorzieningen en zonder dat een onderzoek is uitgevoerd. Dat lijkt (in de *Volharding*-zaak) wel mee te vallen. De OK bepaalt in de *Volharding*-zaak (r.o. 3.2) dat ieder der partijen of de door de OK te benoemen bestuurders/beheerder op elk moment de OK kan verzoeken de onderzoeker aan te wijzen. Dit is – tezamen met de bepaling dat de aanwijzing van een onderzoeker voorlopig wordt aangehouden – een standaardoverweging van de OK in zaken waarin wel een onderzoek wordt bevolen maar (nog) geen onderzoeker wordt benoemd (J. van Bekkum e.a., *Geschriften vanwege Vereniging Corporate Litigation 2022-2023*, Deventer: Wolters Kluwer, p. 324). Het is partijen te doen om noodfinanciering te regelen en op die wijze de continuïteit van *Volharding* veilig te stellen. De uitvoering van een duur en langdurig enquêteonderzoek zou het belang van *Volharding* juist niet dienen. De OK bepaalt in overleg met partijen welke onmiddellijke voorzieningen moeten worden getroffen. Daarnaast kunnen partijen op ieder moment bij de OK vragen om nieuwe onmiddellijke voorzieningen of aanpassing van de getroffen onmiddellijke voorzieningen. De OK bedient partijen daarmee op hun wensen.

mr. A.M. Dumoulin-Siemens
Ekelmans Advocaten

Civiel recht

43

Problemen bij vernietiging van een aandelenkoop

Hoge Raad
9 februari 2024, nr. 22/03868, ECLI:NL:HR:2024:208
(mr. Kroeze, mr. Tanja-van den Broek, mr. Sieburgh, mr. Ter Heide, mr. Salomons)
(Concl. A-G Hartlief; niet opgenomen)
Noot mr. G.C. Vergouwen

Aandelenkoop. Vernietiging. Billijkheidscorrectie. Art. 3:53 lid 2 BW.

[BW art. 2:228, 3:53 lid 2]

Essentie: De Hoge Raad geeft duidelijkheid over de toepassing van art. 3:53 lid 2 BW bij een koop van aandelen.

Samenvatting: Indien als gevolg van de vernietiging van een overeenkomst van koop van aandelen de titel aan de overdracht komt te ontvallen, hebben de aandelen het vermogen van de verkoper niet verlaten. De rechter kan in zo'n geval op grond van art. 3:53 lid 2 eerste zinsnede BW desgevraagd aan de vernietiging geheel of ten dele haar werking ontzeggen indien de reeds ingetreden gevolgen van de overeenkomst bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden. Deze ontzegging moet dan wel begrijpelijk gemotiveerd worden. De enkele omstandigheid dat de aandelen zijn overgedragen brengt – op zichzelf en zonder meer – nog niet de vereiste bezwaarlijkheid met zich mee. Indien een partij, als gevolg van het geheel of ten dele ontzeggen van de werking aan de vernietiging, onbillijk wordt bevoordeeld, dan kan de rechter op grond van art. 3:53 lid 2 tweede zinsnede BW aan deze partij de verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die wordt benadeeld. Deze bevoordeling moet begrijpelijk gemotiveerd worden. De enkele omstandigheid dat de verkoper nadeel lijdt, brengt – op zichzelf en zonder meer – nog niet de vereiste bevoordeling van de andere partij met zich mee (cassatiegrond 2).

Rookie B.V., gevestigd te Helmond,
eiseres tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep,
hierna: *Rookie*,
advocaat: N.E. Groeneveld-Tijssens,
tegen
1. *ABC Hekwerk Participatie B.V.*, gevestigd te Veenendaal,
2. [verweerder 2], wonende te [woonplaats],
verweerders in cassatie, eisers in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep,
hierna: *ABC Hekwerk* en [verweerder 2] en gezamenlijk *ABC Hekwerk c.s.*,
advocaat: D.M. de Knijff.

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar: