

Gaat de Ondernemingskamer tijdens maatregelen rondom het COVID-19-virus haar boekje te buiten?

Gerechtshof Amsterdam

16 april 2020, nr. 200.275.755/01 OK,

ECLI:NL:GHAMS:2020:1088

(mr. Makkink, mr. Tillema, mr. Wolfs, drs. Baart, Wind)

Noot mr. A.J. Kok MBA

Enquête. Beslissing op verzoek onmiddellijke voorzieningen.

[BW art. 2:345, 2:349a lid 3]

Essentie: De Ondernemingskamer oordeelt dat sprake is van twijfel aan een juist beleid en treft een onmiddellijke voorziening o.a. om NAM Beheer B.V. te verbieden handelingen als (indirect) bestuurder van Impromex Technics Holding B.V. en Impromex Technics B.V. te verrichten.

Samenvatting: Duidelijk is dat de verhouding tussen partijen grondig is verstoord en dat dit ertoe heeft geleid dat de organen van Impromex Holding niet meer naar behoren kunnen functioneren. Dit werkt tevens door op het niveau van Impromex Technics. Hoezeer de verhouding is verstoord, blijkt bijvoorbeeld uit het door De Ergoshop beoogde ontslag van NAM Beheer als bestuurder en de daarop volgende uitschrijving van NAM Beheer uit het Handelsregister, dat vervolgens heeft geleid tot een bezwaarprocedure bij de Kamer van Koophandel en thans tot hoger beroep bij het CBb. Illustratief is ook dat [B] zich toegang tot het bedrijfspand heeft verschaft door sloten te laten forceren, waarbij hij mappen met administratie heeft meegenomen die hij later voor de deur van het bedrijfspand heeft achtergelaten. De precieze achtergrond van het conflict, de verdere gebeurtenissen die in dat kader hebben plaatsgevonden en details van de hiervoor genoemde gebeurtenissen hoeven thans geen verdere bespreking. Het voorgaande levert naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer reeds gegronde redenen op om te twifelen aan juist beleid van en een juiste gang van zaken bij Impromex Holding en Impromex Technics.

Gelet op hetgeen reeds is voorgevallen, acht de Ondernemingskamer het in het belang van Impromex Holding en Impromex Technics noodzakelijk om een onmiddellijke voorziening te treffen die erop is gericht in ieder geval tot de mondelinge behandeling de rust binnen de vennootschappen te garanderen. Daarvoor is nodig dat NAM Beheer zich onthoudt van actieve bemoeienis met (de onderneming van) Impromex Holding en Impromex Technics. De door NAM Beheer ter zake gedane toezegging is niet voldoende, nu deze, ondanks het expliciete verzoek daartoe, niet omvat dat NAM Beheer geen poging zal doen zich autorisaties voor de bankrekeningen te verschaffen. De Ondernemingskamer zal NAM Beheer vooralsnog niet schorsen als bestuurder, maar haar, op straffe van verbeurte van een dwangsom, een aantal handelingen en gedragingen verbieden. Nu NAM Beheer geen volledige toezegging heeft willen doen, zal het verbod zich zekerheidshalve ook uitstrekken tot handelingen en gedragingen die wel onder de gedane toezegging vallen. Het verbod

ziet in de eerste plaats op het verrichten van bestuurshandelingen. Daarmee wordt bedoeld op actieve bestuurshandelingen (waaronder handelingen die de dagelijkse leiding betreffen), derhalve niet om (uitsluitend) inzage in de digitale administratie of de bankafschriften. In de tweede plaats ziet het verbod op het betreden van het bedrijfsterrein of bedrijfspand en ten derde op het verkrijgen van autorisaties die leiden tot toegang tot de banktegoeden.

Mede gelet op de omstandigheid dat de Ondernemingskamer NAM Beheer in dit stadium van het geding niet zal schorsen als bestuurder, is De Ergoshop verplicht om, conform haar toezegging, aan NAM Beheer inzicht te verschaffen in de digitale administratie van de vennootschappen en voorts te informeren over alle bankmutaties.

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Impromex Technics Holding B.V., gevestigd te Gouda,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid De Ergoshop Holding B.V., gevestigd te Oosterwijk,

verzoeksters,
advocaat: mr. B.A. Bendel, kantoorhoudende te Utrecht, tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Impromex Technics Holding B.V., gevestigd te Gouda,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Impromex Technics B.V., gevestigd te Gouda,

verweersters,
advocaat: mr. B.A. Bendel, kantoorhoudende te Utrecht, en tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid NAM Beheer B.V., gevestigd te Gouda,

belanghebbende,
advocaat: mr. T. M. Schraven, kantoorhoudende te Tilburg, en tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Danbu B.V., gevestigd te Gouda,

belanghebbende,
niet verschenen.

1. Het verloop van het geding

1.1. In het vervolg zullen partijen, belanghebbenden en andere (rechts)personen (ook) als volgt worden aangeduid:

- verzoekster/verweerster sub 1 met Impromex Holding;
- verzoekster sub 2 met De Ergoshop,
- verweerster sub 2 met Impromex Technics;
- belanghebbenden respectievelijk met NAM Beheer en Danbu.

1.2. Impromex Holding en De Ergoshop hebben bij op 18 maart 2020 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad, een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Impromex Holding en Impromex Technics over de periode vanaf 1 januari 2019. Daarbij heeft zij tevens verzocht – zake-lijk weergegeven – bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding primair NAM Beheer te schorsen als bestuurder van Impromex Holding, subsidiair een derde persoon te benoemen tot bestuurder van Impromex Holding

met doorslaggevende stem, dan wel een andere voorziening te treffen die de Ondernemingskamer juist acht, alsmede om Impromex Holding en Impromex Technics te veroordelen in de kosten van het geding.

1.3. Bij e-mail van eveneens 18 maart 2020 heeft de secretaris van de Ondernemingskamer partijen bericht dat de Ondernemingskamer als gevolg van de maatregelen rondom het Covid-19 virus niet in de gelegenheid is het verzoek op korte termijn ter zitting te behandelen en dat de mondelinge behandeling is bepaald op donderdag 28 mei 2020, maar dat partijen tegen de achtergrond van de inhoud van het verzoekschrift in de gelegenheid worden gesteld zich schriftelijk uit te laten over – uitsluitend – de noodzaak om voordien onmiddellijke voorzieningen te treffen zoals verzocht. Daarbij heeft de Ondernemingskamer termijnen gesteld voor het indienen van een verweerschrift door Impromex Holding en Impromex Technics en/of NAM Beheer en Danbu, en voor het indienen van een re- en dupliek.

1.4. NAM Beheer heeft bij op 2 april 2020 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verweerschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad, Impromex Holding en De Ergoshop niet-ontvankelijk te verklaren in hun verzoeken voor zover die zien op tot het treffen van een onmiddellijke voorziening (voorafgaand aan de mondelinge behandeling) althans die verzoeken af te wijzen en niet ambtshalve onmiddellijke voorzieningen te treffen, met hoofdelijke veroordeling van Impromex Holding en De Ergoshop in de proceskosten.

1.5. Impromex Holding en De Ergoshop hebben op 6 april 2020 gerepliceerd, waarna NAM Beheer op 9 april 2020 heeft gedupliceerd.

2. De feiten

De Ondernemingskamer gaat in dit stadium van het geding, dat wil zeggen bij de beoordeling van het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen voorafgaand aan de mondelinge behandeling van het enquêteverzoek, uit van de volgende feiten:

2.1. De Ergoshop en NAM Beheer houden elk 50% van de gewone aandelen in het geplaatste kapitaal van Impromex Holding. Impromex Holding heeft daarnaast 275.000 stemrechtloze cumulatief preferente aandelen uitgegeven, die worden gehouden door Danbu. De Ergoshop en NAM Beheer vormen samen het bestuur van Impromex Holding en zijn als bestuurders zelfstandig bevoegd Impromex Holding te vertegenwoordigen.

2.2. Impromex Holding houdt alle aandelen in het kapitaal van Impromex Technics en is haar enig bestuurder. Impromex Technics drijft een onderneming die zich toelegt op de ontwikkeling, verkoop en levering van ergonomische producten voor de werkomgeving (bureaustoelen, werktafels etc.).

2.3. Enig aandeelhouder en bestuurder van De Ergoshop is [A] (hierna ook: [A]). Enig aandeelhouder van NAM Beheer is [B] (hierna: [B]). [C], zus van [A], is enig aandeelhouder en bestuurder van Danbu. De vader van [A] en [C] is de oprichter van het bedrijf.

2.4. De samenwerking tussen [A] en [B] dateert van maart 2017. Nadien is de verstandhouding tussen [A] en [B] verslechterd.

2.5. Op 8 april 2019 hebben [A] en [B] een document, getiteld 'Directiestatuut' getekend, ingaande 1 april 2019. Artikel 1.c) van het Directiestatuut luidt:

'Bij het staken van de stemmen wordt er gebruik gemaakt van een extern adviseur die benoemd is door beide aandeelhouders

en wiens stem van doorslaggevend belang is. Ten tijde van ondertekening van deze overeenkomst is dit [D].'

2.6. De verhouding tussen [A] en [B] is verder verslechterd. In juli 2019 is afgesproken dat beiden een plan van aanpak zouden opstellen. Deze plannen zijn door [D] op 27 augustus 2019 samengevoegd tot één plan van aanpak. Onder 'uitgangssituatie' staat dat dit plan van aanpak dient als een set van basisafspraken voor een komende periode die zal duren tot het moment dat er (mogelijk) opnieuw een conflict ontstaat. Nadien is het conflict weer opgelaaid en heeft [B] het vertrouwen in [D] opgezegd.

2.7. Builltjes heeft bij brief van 14 september 2019 NAM Beheer verzocht vrijwillig terug te treden als bestuurder. Zij heeft voorts namens Impromex Technics de opdracht aan NAM Beheer om managementwerkzaamheden te leveren met onmiddellijke ingang opgezegd. [B] heeft te kennen gegeven geen gehoor te zullen geven aan het verzoek. Na verdere verdieping van het conflict is [B] vanaf 23 september 2019 niet meer bij het bedrijf verschenen.

2.8. Op 30 september 2019 heeft [A] tegen [B] aangifte gedaan van *stalking*. In het proces-verbaal van aangifte wordt onder meer melding gemaakt van bedreiging en het zich zonder medeweten van de betrokkenen toegang verschaffen van e-mailaccounts en het plaatsnemen van af luisterapparatuur.

2.9. Op 15 november 2019 heeft een aandeelhoudersvergadering plaatsgevonden, waarin een voorstel tot ontslag van NAM Beheer als bestuurder aan de orde is geweest. In de notulen staat dat de voorzitter ([A]) constateert dat De Ergoshop voor het voorstel tot ontslag stemt, dat NAM Beheer tegenstemt en dat [D], als de door de algemene vergadering aangevoerde stemgerechtigde met doorslaggevende stem, voor het voorstel stemt, zodat de vergadering het besluit aanvaardt.

2.10. [A] heeft op 25 november 2019 aan de Kamer van Koophandel opgave gedaan van de uitschrijving uit het handelsregister van NAM Beheer als bestuurder; de opgave is op 26 november 2019 verwerkt. [B] heeft in het kader van een bezwaarprocedure bij de Kamer van Koophandel de rechtsgeldigheid van het ontslagbesluit betwist. De Kamer van Koophandel heeft het bezwaar gegrond verklaard omdat zij niet kon vaststellen dat een geldig besluit tot ontslag is genomen en de inschrijving aangepast. Van de beslissing is beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) ingesteld.

2.11. Bij e-mail van 23 februari 2020 heeft [B] aangekondigd begin maart weer aan het werk te gaan en de genomen maatregelen weer ongedaan te maken. Bij e-mail van 27 februari heeft [A] geantwoord dat wat haar betreft de situatie niet gewijzigd is en [B] ongewijzigd niet welkom is.

2.12. Op 14 maart 2020 heeft [B] zich onaangekondigd toegang verschaffen tot het bedrijfspand van Impromex Holding en Impromex Technics en heeft daarbij onder meer sloten laten forceren. Daarbij is het alarm in werking gesteld en is de politie ter plaatse geweest. [B] heeft een aantal mappen met administratie meegenomen die hij nadien heeft teruggebracht.

2.13. In een e-mail van 1 april 2019 heeft [A] aan de ABN AMRO onder meer geschreven:

'Vandaag heb ik bij de ABN AMRO navraag gedaan of de heer [B] (via NAM Beheer B.V.) weer een poging tot bestuurswijziging heeft ondernomen.

Mevrouw Imane bevestigde dat de heer [B] met spoed een bestuurswijziging heeft aangevraagd op 30-3-2020.'

3. De gronden van de beslissing

3.1. Impromex Holding en De Ergoshop hebben aan hun verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Impromex Holding en Impromex Technics en dat gelet op de toestand van de vennootschappen onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. Ter toelichting hebben zij – kort samengevat – het volgende naar voren gebracht. De bestuurders en aandeelhouders staan lijnrecht tegenover elkaar en communiceren niet meer met elkaar. Als gevolg daarvan is sprake van een impasse. De verhoudingen zijn door het conflict dusdanig verstoord dat de organen van de vennootschap niet meer naar behoren functioneren. Ter zake van diverse escalaties in met name september 2019 en maart 2020 treft [B] een ernstig verwijt. Door die gedragingen is de kans op herstel van vertrouwen met [A] en het personeel nihil. [B] is werkafspraken met [A], personeel, leverancier en klanten stelselmatig niet nagekomen en geniet geen enkel vertrouwen: hij is geen kundig, professioneel en op zijn taak berekend meewerkend voorman en bestuurder. De omzetontwikkeling is zorgwekkend. [B] houdt onrechtmatig bedrijfseigendommen onder zich en heeft op eigen initiatief een niet goedgekeurd product aan klanten geleverd. Volgens Impromex Holding en De Ergoshop rechtvaardigen de escalaties die zich hebben voorgedaan onmiddellijk ingrijpen. Zij achten in het belang van Impromex Holding en Impromex Technics dat [A] zich kan richten op de dagelijkse bedrijfsvoering, ontdaan van de bemoeienissen van [B], die volgens hen uitsluitend ontwrichtend werken en ook gezien zijn afwezigheid sinds september 2019 geen enkele toegevoegde operationele waarde kunnen hebben.

3.2. NAM Beheer heeft betwist dat er gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid te twijfelen. Zij heeft de door Impromex Holding en De Ergoshop aangevoerde redenen vooralsnog grotendeels onbesproken gelaten omdat zij bespreking daarvan niet nodig acht in het kader van de vraag of er een noodzaak bestaat tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen in dit stadium van het geding. Zij meent dat die noodzaak er niet is. Ook NAM Beheer ziet in dat de samenwerking tussen [A] en [B] niet bijdraagt aan bestendige continuering van de onderneming, maar zij voorziet geen verdere escalaties en meent dat de verzochte voorzieningen te zeer indruisen tegen haar belang. Volgens NAM Beheer heeft [A] de onenigheid veroorzaakt, nu zij er sinds september 2019 voor heeft gezorgd dat [B] geen toegang meer heeft tot de bedrijfsgegevens, de boekhouding – waaronder de digitale administratie in Exact – en het bedrijfsterrein en het bedrijfspan. Daardoor heeft [B] zich noodgedwongen niet meer met de dagelijkse leiding van de onderneming kunnen bemoeien. Inmiddels heeft [A] toegezegd dat [B] inzage krijgt in de digitale administratie in Exact en partijen zijn in overleg over inzage in de bankafschriften. Daarmee is volgens NAM Beheer voor de periode tot de mondelinge behandeling de grootste angel uit het conflict gehaald. In haar visie rechtvaardigen de gebeurtenissen in september 2019 geen onmiddellijke voorziening voorafgaand aan de mondelinge behandeling en waren dat geen ‘escalaties’ of ‘confrontaties’. Toen is slechts duidelijk geworden dat [B] en [A] een andere zienswijze hadden over verschillende aspecten van de onderneming. Ook de gebeurtenis op 14 maart 2020 is volgens NAM Beheer geen reden om in de toekomst escalaties te verwachten. Kort samengevat stelt zij hierover het volgende. Om de benodigde inzage te krijgen zonder het verwijt te krijgen dat hij [A] of werknemers ‘tot last is’ en om escalatie uit de weg gegaan,

heeft [B] ervoor gekozen om op zaterdag 14 maart 2020 naar het bedrijfspand te gaan. Toen de cilinders van de sloten vervangen bleken, heeft hij een bedrijf ingeschakeld dat gespecialiseerd is in het openen van sloten. Omdat de alarmcode ook was gewijzigd kon [B] niet voorkomen dat de politie kwam, die na goed overleg weer is vertrokken. [B] heeft [A] per Whatsapp op de hoogte gesteld en is met medeneming van enkele mappen administratie vertrokken. Na bestudering heeft [B] besloten deze weer terug te brengen, maar trof daar [A] en een aantal andere personen die een provocerende houding aannamen. Toen [B] een dag later nogmaals wilde proberen de mappen terug te brengen, bleek de toegangsdeur gebarricadeerd. Op 17 maart 2020 hebben [B] en [A] afgesproken dat hij op 18 maart 2020 de gelegenheid kreeg de mappen terug te brengen, maar omdat de afgesproken locatie hem vreemd voorkwam (het parkeerterrein van een bouwmarkt) is hij naar het adres van de onderneming gegaan. Daar bleek het pand wederom hermetisch afgesloten en heeft hij na telefonisch contact met [A] de mappen voor de deur van het bedrijfspand neergezet. De gebeurtenissen op 14 maart staan op zichzelf, zijn geen voorbode voor toekomstige escalatie en hadden kunnen worden voorkomen als [A] gewoon inzage had gegeven in de Exact-administratie en de bankafschriften, aldus nog steeds NAM Beheer.

3.3. Het verweerschrift van NAM Beheer houdt ter onderbouwing van haar standpunt dat het treffen van een onmiddellijke voorziening voorafgaand aan de mondelinge behandeling niet noodzakelijk is het volgende in:

‘[B] is immers bereid om zich tot aan de mondelinge behandeling van het verzoekschrift niet met de dagelijkse leiding van de onderneming te bemoeien (zodat bij het nemen van besluiten daaromtrent ook geen staking van de stemmen plaatsvindt) en zal zo de dagelijkse leiding van de onderneming overlaten aan Ergoshop c.q. [A], zodra hij in ieder geval inzage krijgt in de (digitale) Exact-administratie. Dit is reeds toegezegd door [A] (...) en zal dan ook niet tot verdere discussies moeten leiden. [B] is daarnaast ook bereid zich in deze periode niet op het bedrijfsterrein of in het bedrijfspand van de onderneming te begeven, anders dan met uitnodiging van [A]. Van contact tussen enerzijds [B] in zijn hoedanigheid van bestuurder en anderzijds het personeel, leveranciers of klanten zal het tot aan de mondelinge behandeling dan ook niet komen.’

3.4. Bij repliek hebben Impromex Holding en De Ergoshop gesteld dat [B] op 30 maart 2020 een nieuwe poging heeft ondernomen om toegang te krijgen tot het bedrijfsterrein en zich autorisaties te verschaffen voor toegang tot de banktegoeden. Dit laatste heeft [B] volgens Impromex Holding en De Ergoshop op 2 april 2020 opnieuw geprobeerd. Volgens Impromex Holding en De Ergoshop heeft [B] op 1 april 2020 op Exact ingelogd en heeft hij daarmee toegang tot de administratie inclusief alle bankmutaties. Impromex Holding en De Ergoshop hebben laten weten dat er wat hen betreft geen noodzaak tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen voorafgaand aan de mondelinge behandeling is als [B] zijn toezegging in het verweerschrift (zoals hierboven geciteerd) gestand doet en mits hij bevestigt dat hij zijn pogingen om toegang te krijgen tot de banktegoeden staakt. Zij nodigen NAM Beheer daarom uit bij dupliek de gedane toezegging te herhalen en aan te vullen met een ondubbelzinnige toezegging dat alle pogingen om bankautorisaties te verkrijgen worden gestaakt en gestaakt blijven.

3.5. Bij dupliek heeft NAM Beheer de toezegging in het verweerschrift herhaald, maar deze niet uitgebreid met de door

Impromex Holding en De Ergoshop verzochte toezegging met betrekking tot de pogingen om bankautorisaties te verkrijgen.

3.6. De Ondernemingskamer oordeelt ten aanzien van het verzoek om al voorafgaand aan de mondelinge behandeling van 28 mei 2020 onmiddellijke voorzieningen te treffen als volgt.

3.7. Duidelijk is dat de verhouding tussen partijen grondig is verstoord en dat dit ertoe heeft geleid dat de organen van Impromex Holding niet meer naar behoren kunnen functioneren. Dit werkt tevens door op het niveau van Impromex Technics. Hoezeer de verhouding is verstoord, blijkt bijvoorbeeld uit het door De Ergoshop beoogde ontslag van NAM Beheer als bestuurder en de daarop volgende uitschrijving van NAM Beheer uit het handelsregister, dat vervolgens heeft geleid tot een bezwaarprocedure bij de Kamer van Koophandel en thans tot hoger beroep bij het CBB. Illustratief is ook dat [B] zich toegang tot het bedrijfspand heeft verschaft door sloten te laten forceren, waarbij hij mappen met administratie heeft meegenomen, die hij later voor de deur van het bedrijfspand heeft achtergelaten. De precieze achtergrond van het conflict, de verdere gebeurtenissen die in dat kader hebben plaatsgevonden en details van de hiervoor genoemde gebeurtenissen hoeven thans geen verdere bespreking. Het voorgaande levert naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer reeds gegronde redenen op om te twijfelen aan juist beleid en een juiste gang van zaken van Impromex Holding en Impromex Technics.

3.8. Gelet op hetgeen reeds is voorgevallen acht de Ondernemingskamer het in het belang van Impromex Holding en Impromex Technics noodzakelijk om een onmiddellijke voorziening te treffen, die erop is gericht in ieder geval tot de mondelinge behandeling de rust binnen de vennootschappen te garanderen. Daarvoor is nodig dat NAM Beheer zich onthoudt van actieve bemoeienis met (de onderneming van) Impromex Holding en Impromex Technics. De door NAM Beheer ter zake gedane toezegging is niet voldoende, nu deze, ondanks expliciet verzoek daartoe, niet omvat dat NAM Beheer geen poging zal doen zich autorisaties voor de bankrekeningen te verschaffen. De Ondernemingskamer zal NAM Beheer vooralsnog niet schorsen als bestuurder, maar haar, op straffe van verbeurte van een dwangsom, een aantal handelingen en gedragingen verbieden. Nu NAM Beheer geen volledige toezegging heeft willen doen, zal het verbod zich zekerheidshalve ook uitstrekken tot handelingen en gedragingen die wel onder de gedane toezegging vallen. Het verbod ziet in de eerste plaats op het verrichten van bestuurshandelingen. Daarmee wordt bedoeld op actieve bestuurshandelingen (waaronder handelingen die de dagelijkse leiding betreffen), derhalve niet om (uitsluitend) inzage in de digitale administratie of de bankafschriften. In de tweede plaats ziet het verbod op het betreden van het bedrijfsterrein of bedrijfspand en ten derde op het verkrijgen van autorisaties die leiden tot toegang tot de banktegoeden.

3.9. Mede gelet op de omstandigheid dat de Ondernemingskamer NAM Beheer in dit stadium van het geding niet zal schorsen als bestuurder, is De Ergoshop verplicht om, conform haar toezegging, aan NAM Beheer inzicht te verschaffen in de digitale administratie van de vennootschappen en voorts te informeren over alle bankmutaties.

3.10. De Ondernemingskamer zal de verdere beslissingen, waaronder die over de kosten, aanhouden.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

verbiedt NAM Beheer B.V., totdat door de Ondernemingskamer anders zal worden beslist,

(i) handelingen als (indirect) bestuurder van Impromex Technics Holding B.V. en Impromex Technics B.V. te verrichten,

(ii) zich op het bedrijfsterrein of in het bedrijfspand van Impromex Technics Holding B.V. en Impromex Technics B.V. te begeven, anders dan op uitnodiging van De Ergoshop B.V.,

(iii) pogingen te doen zich autorisaties te verschaffen die leiden tot toegang tot de banktegoeden van Impromex Technics Holding B.V. en Impromex Technics B.V.,

een en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 10.000,= per overtreding, met een maximum van € 50.000,=, verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad; houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

1. Inleiding

De wijze waarop de Ondernemingskamer omgaat met het enquêterecht brengt de pennen in de juridische wereld vaak in beweging. Een vraag die in menig artikel wordt geadresseerd is of de Ondernemingskamer haar boekje te buiten is gegaan, of zij zich als 'efficiënte dienstmaagd'¹ niet te efficiënt opstelt en daarmee buiten de grenzen van het materiële recht gaat. Laat ik dit vooropstellen: de wijze waarop de Ondernemingskamer omgaat met het enquêterecht heeft tot gevolg dat geschillen binnen het ondernemingsrecht en het rechtspersonenrecht over het algemeen snel, praktisch en doeltreffend worden opgelost. Onmiddellijke voorzieningen bewerkstelligen meer dan eens dat langslappende juridische procedures vaak niet meer nodig zijn. Partijen blij, advocaten blij. Maar, ook de Ondernemingskamer is gebonden aan de grenzen van het (proces)recht en die grenzen worden soms – in mijn ogen – toch echt overschreden.

2. Casus

Wat speelde er in de onderhavige zaak? Een klassiek geval van verstoorde verhoudingen binnen een onderneming. Onderwerp van de enquêteprocedure zijn een holdingvennootschap, Impronex Technics Holding B.V. (hierna 'Impronex Holding') en haar 100%-dochtermaatschappij Impronex Technics B.V. (hierna 'Impronex Technics'). Impronex Holding is naast enig aandeelhouder tevens enig bestuurder van Impronex Technics. Impronex Holding heeft twee aandeelhouders, Ergoshop Holding B.V. (hierna 'De Ergoshop') en NAM Beheer B.V. (hierna 'NAM Beheer'). Deze vennootschappen houden ieder 50% van de aandelen en zijn ieder zelfstandig bevoegd bestuurder van Impronex Holding. A is bestuurder en enig aandeelhouder van Ergoshop Holding B.V. B is bestuurder en enig aandeelhouder van NAM Beheer B.V.

Zoals vaker voorkomt in zuivere 50%-verhoudingen verslechtert de relatie tussen A en B na enige tijd samenwerken. A en B proberen de verhoudingen te herstellen en komen een directiestatuut overeen. Daarin is bepaald dat bij het staken van de stemmen een door beide aandeelhouders benoemde externe adviseur de doorslaggevende stem krijgt. In het di-

1 J.H.M. Willems, 'De enquêteprocedure: een efficiënte dienstmaagd?', in: *Conflictten rondom de rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2000, p. 29-45.

rectiestatuut is opgenomen dat D ten tijde van de ondertekening daarvan de externe adviseur is. Er wordt met hulp van D een plan van aanpak gemaakt voor basisafspraken die gelden totdat er (mogelijk) opnieuw een conflict ontstaat. Dat blijkt niet afdoende; de spanningen lopen weer op en B zegt vervolgens het vertrouwen in D op.

Bij brief van 14 september 2019 verzoekt A NAM Beheer om vrijwillig terug te treden als bestuurder. Tegelijkertijd trekt A namens Impronex Holding de opdracht aan NAM Beheer om managementwerkzaamheden te verrichten in.² B geeft aan geen gehoor te zullen geven aan het verzoek van A. Het zal geen verbazing wekken: de spanningen tussen A en B lopen nadien verder op. Dit resulteert erin dat B een week later niet meer bij de onderneming verschijnt. Twee weken na het verzoek van A – B is dan nog maar één week afwezig geweest – doet A aangifte van *stalking* tegen B.

Op 15 november 2019 vindt een aandeelhoudersvergadering plaats waarin een voorstel tot ontslag van B aan de orde is. In de notulen van de aandeelhoudersvergadering staat dat A als voorzitter constateert dat A voorstemt, B tegenstemt en D als door de algemene vergadering aangewezen stemgerechtigde met doorslaggevend stem voor het voorstel stemt, zodat het besluit is aangenomen. Tien dagen later doet A opgave van de uitschrijving van NAM Beheer als bestuurder van de vennootschap. B komt daartegen in verweer en betwist de rechtsgeldigheid van het ontslagbesluit bij de Kamer van Koophandel. De Kamer van Koophandel verklaart het bezwaar gegrond en past de inschrijving weer aan. A stelt daartegen beroep in bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna het 'CBB').

Eind februari 2020 kondigt B aan dat hij weer aan het werk gaat. A is het daar – zoals te verwachten – niet mee eens. Op 14 maart 2020 verschijnt B daadwerkelijk op kantoor, althans dat probeert B, maar de sloten zijn veranderd. B laat de sloten forceren en neemt een deel van de administratie mee.

Op 18 maart dienen Impronex Holding en De Ergoshop (hierna tezamen 'verzoeksters') een verzoekschrift in bij de Ondernemingskamer om een enquête te gelasten alsmede om onmiddellijke voorzieningen te treffen.

3. Praktische opstelling Ondernemingskamer ten tijde van COVID-19

De Ondernemingskamer heeft partijen direct na ontvangst van het verzoekschrift geïnformeerd dat gelet op de huidige ontwikkelingen pas op 28 mei 2020 een zitting kan plaatsvinden. De Ondernemingskamer heeft daarbij tevens opgemerkt dat partijen gelet op de inhoud van het verzoekschrift in de gelegenheid worden gesteld zich uit te laten over de noodzaak om voordien onmiddellijke voorzieningen te treffen, zoals verzocht. De Ondernemingskamer heeft daarbij ook een tijdspad gegeven voor het indienen van een verzoekschrift en het indienen van een re- en dupliek.³

De Ondernemingskamer kan op grond van art. 2:349a lid 2 BW onmiddellijke voorzieningen treffen indien dit gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens wet of statuten bij zijn organisatie zijn betrokken vereist is

(i) in verband met de toestand van de rechtspersoon of (ii) in het belang van het onderzoek. Lid 3 van art. 2:349a BW codificeert de *DSM*-beschikking⁴ van de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer ook voordat een enquête is gelast onmiddellijke voorzieningen mag treffen. Daarvoor is wel noodzakelijk dat er naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen. In de *DSM*-beschikking gaf de Hoge Raad daarbij nog het volgende aan: 'Niettemin zal in dit stadium van die bevoegdheid slechts een terughoudend gebruik kunnen worden gemaakt. In dit stadium kan immers slechts aan de hand van een beperkt partijdebat voorlopig worden beoordeeld of gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid te twijfelen. Voorts dient ook in dit stadium van het geding in het oog te worden gehouden dat te zijner tijd, afhankelijk van de uitkomsten van een eventueel in te stellen onderzoek, voor het treffen van voorzieningen als bedoeld in art. 2:356 BW slechts plaats is indien dit gerechtvaardigd is met het oog op de met de regeling van het enquêterecht beoogde sanering en herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de rechtspersoon. In elk geval zal de Ondernemingskamer bij de uitoefening van haar bevoegdheid voldoende rekening moeten houden met, en een billijke afweging moeten maken van, de belangen van betrokken partijen (HR 19 oktober 2001, nr. OK85, *NJ* 2002/92). Een en ander brengt mee dat van de bevoegdheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen voordat een onderzoek wordt gelast, slechts gebruik kan worden gemaakt indien daartoe in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek voldoende zwaarwegende redenen bestaan.'⁵

Hoewel de *DSM*-beschikking een bijzonder geval betrof waarbij een verkeerde lezing van materiële bepalingen van vennootschapsrecht door de Ondernemingskamer een centrale rol speelde, zou de grotere terughoudendheid mijns inziens ook in casu door de Ondernemingskamer moeten worden gebezigd. In casu heeft het partijdebat slechts in schriftelijke stukken plaatsgevonden. Normaliter heeft de Ondernemingskamer gedurende een mondelinge behandeling de mogelijkheid om partijen om nadere uitleg te vragen met betrekking tot hun standpunten, om richting te geven aan het partijdebat en om oplossingen te forceren. Dit alles gebeurt ook veelvuldig tijdens een mondelinge behandeling. Die mogelijkheden zijn er niet indien de Ondernemingskamer aan de hand van enkel een schriftelijk partijdebat moet oordelen over het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Daarom is het mijns inziens des te belangrijker dat de Ondernemingskamer meer terughoudendheid betracht.

4. De onmiddellijke voorzieningen

In hun verzoekschrift hebben verzoeksters de Ondernemingskamer verzocht om bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding primair NAM Beheer te schorsen als bestuurder van Impronex Holding, subsidiair een derde persoon te benoemen tot bestuurder van Impronex Holding met doorslaggevend stem, dan wel een andere voorziening te treffen die de Ondernemingskamer juist acht.⁶ NAM Beheer heeft daartegen verweer gevoerd. Ter onder-

2 Uit de beschikking blijkt niet of A daarbij heeft gehandeld als bestuurder van Ergoshop. Ergoshop is immers de bestuurder van Impronex Holding en niet A op persoonlijke titel. Ik zal dat verder buiten beschouwing laten en ga er in deze annotatie van uit dat conform de vertegenwoordigingsregels is gehandeld.

3 Hof Amsterdam 16 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1088, r.o. 1.3.

4 HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BC0045 (*DSM*).

5 HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BC0045 (*DSM*), r.o. 3.6.

6 Hof Amsterdam 16 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1088, r.o. 1.2.

bouwing van haar standpunt dat het treffen van een onmiddellijke voorziening voorafgaand aan de mondelinge behandeling niet nodig is, heeft NAM Beheer aangevoerd dat B – kort gezegd – toezegt zich niet met de dagelijkse leiding te bemoeien en bereid is om zich niet op het bedrijfsterrein of in het bedrijfspan van de onderneming te begeven. Verzoeksters eisten in hun repliek een derde toezegging, namelijk dat B ook geen nadere pogingen zou ondernemen om bankautorisaties te verkrijgen. In de dupliek heeft NAM Beheer de toezeggingen uit het verweerschrift herhaald, maar niet aangevuld met de bij repliek verzochte nadere toezegging. De Ondernemingskamer constateert dat de verhouding tussen partijen grondig is verstoord en dat de organen van Imppronex Holding als gevolg daarvan niet meer naar behoren kunnen functioneren. De Ondernemingskamer wijst in dat verband bijvoorbeeld naar de gang van zaken rondom het beoogde ontslag van NAM Beheer, de uitschrijving uit de Kamer van Koophandel en het hoger beroep bij het CBb. Ter illustratie van de grondig verstoorde verhoudingen benoemt de Ondernemingskamer voorts het voorval dat B zich de toegang tot het bedrijfspan heeft verschaft door sloten te laten forceren en een deel van de administratie mee te nemen. Terecht leidt dit tot een voorlopig oordeel dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid.

De vervolgvraag is dan of er noodzaak is om onmiddellijke voorzieningen te treffen. De Ondernemingskamer overweegt dat gelet op hetgeen is voorgevallen het noodzakelijk is om onmiddellijke voorzieningen te treffen die erop zijn gericht in ieder geval tot de mondelinge behandeling de rust binnen de vennootschappen te garanderen. Volgens de Ondernemingskamer zijn de door NAM Beheer gedane toezeggingen daartoe niet voldoende omdat NAM Beheer niet de additionele toezegging met betrekking tot de bankmutaties heeft gedaan. De Ondernemingskamer kiest er dan niet voor om de verzochte onmiddellijke voorziening, namelijk schorsing van NAM Beheer, toe te wijzen, maar verbiedt NAM Beheer op straffe van verbeurte van een dwangsom een aantal handelingen en gedragingen. De Ondernemingskamer vervolgt: 'Nu NAM Beheer geen volledige toezegging heeft willen doen, zal het verbod zich zekerheidshalve ook uitstrekken tot handelingen en gedragingen die wel onder de gedane toezegging vallen. Het verbod ziet in de eerste plaats op het verrichten van bestuurshandelingen. Daarmee wordt bedoeld op actieve bestuurshandelingen (waaronder handelingen die de dagelijkse leiding betreffen), derhalve niet om (uitsluitend) inzage in de digitale administratie of de bankafschriften. In de tweede plaats ziet het verbod op het betreden van het bedrijfsterrein of bedrijfspan en ten derde op het verkrijgen van autorisaties die leiden tot toegang tot de banktegoeden.' Deze verboden worden in het dictum gekoppeld aan een dwangsom van € 10.000,= per overtreding met een maximum van € 50.000,=.

5. Een stap te ver

Met de getroffen onmiddellijke voorzieningen gaat de Ondernemingskamer mijns inziens haar boekje te buiten. Terughoudendheid is geboden bij het treffen van een onmiddellijke voorziening indien de Ondernemingskamer nog geen onderzoek heeft gelast. Terughoudendheid is al helemaal geboden op het moment dat het partijdebat schriftelijk plaatsvindt.

In haar beschikking koppelt de Ondernemingskamer de te treffen voorzieningen aan het feit dat NAM Beheer niet alle toezeggingen heeft gedaan die verzoeksters hebben ver-

zocht. NAM Beheer heeft wel herhaaldelijk toegezegd zich niet met de dagelijkse leiding te zullen bemoeien en zich niet op het bedrijfsterrein van de onderneming te zullen begeven. Waarom er dan nog een noodzaak is tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen is mij een raadsel. Ik zie niet in waarom de door de Ondernemingskamer getroffen voorzieningen gerechtvaardigd zijn met het oog op de met de regeling van het enquêterecht beoogde sanering en herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de rechtspersoon. Het gaat immers niet om voorzieningen die erop zijn gericht om mogelijk wanbeleid te voorkomen of een einde te maken aan wanbeleid.⁷

Daar komt nog bij dat de Ondernemingskamer blijkens haar beschikking partijen in de gelegenheid heeft gesteld om zich uit te laten over de onmiddellijke voorzieningen *zoals verzocht*. De getroffen voorzieningen zijn wezenlijk anders dan de verzochte voorzieningen. Al kunnen op zichzelf natuurlijk al bedenkingen worden geplaatst bij de verzochte voorzieningen aangezien ten tijde van de aandeelhoudersvergadering op 15 november 2019 kennelijk – volgens de voorzitter – het besluit is genomen NAM beheer te ontslaan als bestuurder. Om de rechtsgeldigheid van dat ontslag aan te tasten, is een procedure bij de gewone civiele rechter nodig. Noch de Kamer van Koophandel, noch het CBb, noch de Ondernemingskamer is bevoegd om het ontslagbesluit aan te tasten. Voor aantasting van een ontslagbesluit lijken op het eerste gezicht zeker gronden aanwezig te zijn, nu B een maand voor de aandeelhoudersvergadering het vertrouwen in D al had opgezegd en het besluit enkel tot stand kon komen door de stem van D mee te tellen.

Wat daar verder ook van zij: de Ondernemingskamer koppelt de door haar getroffen voorzieningen ook nog eens aan een dwangsom. Dit terwijl op grond van art. 611a Rv een dwangsom enkel *op vordering van een der partijen* kan worden toegewezen. Op die regeling – die nota bene is gebaseerd op Benelux-wetgeving – is in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering slechts één uitzondering opgenomen. Dat is art. 162 lid 3 Rv waarin is bepaald dat de rechter in een geding betreffende een jaarrekening ook ambtshalve op straffe van een dwangsom de openlegging kan bevelen van de boeken, bescheiden en geschriften die de onderneming ingevolge de wet moeten houden, maken of bewaren.⁸ En dan heb ik het nog niet eens gehad over het feit dat de getroffen maatregelen eerder thuishoren in een gewone civiele procedure dan in een enquêteprocedure of het feit dat het verbod aan een vennootschap om zich op een bedrijfsterrein te begeven wel erg opmerkelijk is.

mr. A.J. Kok MBA
advocaat bij Trip Advocaten & Notarissen B.V.

7 Vergelijk HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BC0045 (DSM), r.o. 3.6.

8 Zie ook M.B. Beekhoven van den Boezem, *De dwangsom in het burgerlijk recht* (diss. Groningen), Burgerlijk Proces & Praktijk nr. V, Deventer: Kluwer 2007.