

onderzoek naar de eventuele aanspraken van derden, door ervan uit te gaan dat de partij leer eigendom van Ergon was. De overweging van het hof dat een vordering op grond van onrechtmatige daad evenmin toewijsbaar is, nu de bestuurder geen ernstig verwijt valt te maken, dient te worden begrepen tegen de achtergrond van de constatering van het hof dat aan beide vorderingen geen andere feiten ten grondslag zijn gelegd. Daarbij is van belang dat het hof in appel een nieuw overzicht heeft gegeven van de onbetwiste feiten die in hoger beroep het uitgangspunt vormen.³

In dit verband acht het hof relevant dat de omzet van Ergon in de voorafgaande twee jaren gering was, dat de partij leer al enige jaren onder slechte omstandigheden was opgeslagen, dat de koper in een e-mail heeft vermeld (kort gezegd) dat het ging om een incurante mix van leer, dat de huur voor de opslag € 585,= per maand bedroeg, dat er al een huurachterstand van drie maanden bestond en dat Ergon geen middelen had om die huur te (blijven) betalen. Ik begrijp het hof zo, dat een en ander niet wijst op een grote waarde van de partij leer, terwijl de achtergrond van oplopende kosten en een lege kas het begrijpelijk maakt dat tot (snelle) verkoop is besloten. Het hof stelt bovendien vast dat de bestuurder in overleg met de andere leden van de coöperatieve vereniging heeft besloten tot (snelle) verkoop, hetgeen (voeg ik daaraan toe) tevens impliceert dat alle betrokkenen er kennelijk ook van uitgingen dat Ergon eigenaar was van de partij leer.

In beide instanties wordt het speculatieve karakter van de ingestelde vorderingen appellanten fataal. De rechtbank wees de op de art. 2:9 BW en 6:162 BW gebaseerde vorderingen in eerste instantie af, omdat onvoldoende was onderbouwd dat en zo ja tot welke hoogte eisers schade zouden hebben geleden. Het hof benadert het naar mijn mening in dogmatisch opzicht zuiverder door een oordeel te geven over de verwijtbaarheid c.q. de onrechtmatigheid van de gedragingen van de bestuurder. De diverse overwegingen van het hof ten aanzien van verrekening laat ik hier onbesproken. Behalve ten aanzien van de verrekening van een vordering uit geldlening – waar niet is voldaan aan de eis van wederkerig schuldenaarschap als genoemd in artikel 6:127 BW – zijn de overwegingen van het hof ten aanzien van de bevoegdheid tot verrekening vooral feitelijk van aard. Dat daarbij ook de verrekening van de begrafeniskosten van vader aan de orde komt, geeft eens te meer voeding aan de gedachte dat hier vóór alles een familieconflict de hoofdrol heeft gespeeld.

F. Oostlander
Smeets Advocaten Haarlem

174

Hof Amsterdam

26 augustus 2014, nr. 200.151.769 OK

ECLI:NL:GHAMS:2014:3616

(mr. Faase, mr. Faber, mr. Willems, mr. Bunt, mr. De Munnik)

Noot E.P.C. Duinkerke en E.A. van de Kuilen

Enquête. Onmiddellijke voorziening getroffen voorafgaand aan behandeling en beslissing op het enquêteverzoek. Benoeming van een commissaris.

In casu is sprake van ernstig verstoorde verhoudingen tussen de aandeelhouders, die met elkaar verwickeld zijn in een aantal gerechtelijke procedures, waar ook de vennootschap in is betrokken en die gepaard gaan met beslaglegging over en weer. Sprake van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid van Huursnel.

[BW art. 2:349a lid 2 en 3]

Huursnel c.s. hebben geklaagd dat Jepenpo pas op 2 juli 2014 voor het eerst bezwaren tegen het beleid van Huursnel naar voren heeft gebracht en betoogd dat Jepenpo, gelet op het bepaalde in art. 2:349 BW, niet-ontvankelijk is in haar verzoek. Dat verweer treft geen doel. Immers, Huursnel heeft ter terechtzitting bij monde van [E] laten weten dat zij – ook na ontvangst van het bedoelde bericht van 2 juli 2014 – niet genegen was Jepenpo in al haar bezwaren tegemoet te komen. Reeds daarom valt niet in te zien waarom aan Huursnel meer tijd geboden had moeten worden om de bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen. Daar komt nog bij dat Huursnel, gelet op het e-mailbericht van [C] van 15 november 2013, de brief van mr. Werner van 31 januari 2014 en de hiervoor vermelde beslagen, bodemprocedure en kort gedingen, geacht moet worden reeds langere tijd op de hoogte te zijn (geweest) van althans een deel van de bezwaren van Jepenpo. De Ondernemingskamer overweegt voorts, dat de stellingen van Jepenpo over de financiële gang van zaken van Huursnel sedert het vierde kwartaal 2013 voornamelijk niet leiden tot twijfel aan het beleid van Huursnel en derhalve evenmin tot het oordeel dat onmiddellijke voorzieningen nodig zijn. Daarbij is van belang dat Huursnel, bij monde van [E], ter terechtzitting het volgende onweersproken uiteengezet heeft. De maand december is elk jaar verliesgevend en daar staat telkens extra omzet in januari tegenover. Het eerste kwartaal van 2014 heeft een verlies laten zien, omdat de markt moeilijker is geworden, het binnenhalen van omzet meer moeite kost en daartoe vier werknemers meer in dienst zijn dan voorheen. In het verleden was het gebruikelijk, zoals Jepenpo heeft gesteld, om per (vastgoed)object de inhuurprijs en de verhuurprijs te bepalen, en wel op zodanige wijze dat er per object geen verlies geleden werd. In de loop der tijd is de werkwijze veranderd. Om grote klanten te binden of binnen te halen wordt soms een object met verlies aangeboden; wel wordt zeker gesteld dat op zo'n klant als geheel winst wordt gemaakt, aldus nog steeds [E]. De enkele omstandigheid dat [C], zoals Jepenpo heeft gesteld, het met deze strategie (wijziging) niet eens is, is naar het oordeel van de Ondernemingskamer onvoldoende om vraagtekens te plaatsen bij deze gang van zaken. Voor zover Jepenpo haar verzoeken heeft willen toelichten met niet of niet tijdig aan haar betaalde managementfees, heeft zij dat tevergeefs gedaan. Nog daargelaten of het onbetaald laten van managementvergoedingen het treffen van onmiddellijke voorzieningen

945

3 Met grief 1 hadden appellanten de vaststelling van de feiten door de rechtbank deels bestreden, zie r.o. 4.1.

zou kunnen rechtvaardigen, heeft te gelden dat het dispuut over die vergoedingen is voorgelegd aan de gewone burgerlijke rechter, bij wie het thuishoort. De Ondernemingskamer zal het over en weer ter zake gestelde verder onbesproken laten.

De Ondernemingskamer stelt vast dat Huursnel c.s. hebben erkend dat interne informatie van Huursnel is gedeeld met [F]. Dat gebeurde volgens hen met de in art. 8 managementovereenkomst bedoelde toestemming van Huursnel. Ter terechtzitting is van de zijde van Huursnel c.s. nader toegelicht dat advies van [F] wordt ingewonnen over, onder meer, rechtszaken. [F] heeft voorts geadviseerd risico's binnen de onderneming van Huursnel te scheiden en daartoe nog een (of meer) vennootschap(pen) op te richten, zodat kan worden ingekocht door de ene vennootschap en kan worden verkocht door een andere vennootschap. Ook over het conflict met Jepenpo over de managementvergoeding is advies gevraagd aan [F]. Overigens is ook aan een andere zakenpartner over dit onderwerp advies gevraagd. [F] fungeert als zijn vertrouwenspersoon, aldus (nog steeds) [E] ter terechtzitting.

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer roept het betrekken van [F], die bestuurder en eigenaar is van een belangrijke leverancier van Huursnel, en (een) andere derde(n) bij een intern conflict van Huursnel vragen op. Ook de gedachtewisseling met [F] in de e-mails van 7 maart 2014 over "extra omzet bv's naast" Huursnel, bij welke gedachtewisseling Jepenpo niet werd betrokken, roept vragen op die met de verklaring van Huursnel ter terechtzitting over het scheiden van risico's niet zonder meer bevredigend zijn beantwoord.

Uit hetgeen partijen voor het overige onder de aandacht van de Ondernemingskamer hebben gebracht, rijst het beeld op van ernstig verstoorde verhoudingen tussen de aandeelhouders, die met elkaar verweekeld zijn in een aantal gerechtelijke procedures, waar ook de vennootschap in is betrokken en die gepaard gaan met beslaglegging over en weer.

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer leidt hetgeen hierover is overwogen voorhands tot de conclusie dat sprake is van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid van Huursnel.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Jepenpo BV, gevestigd te Rotterdam,

Verzoekster,

advocaat: mr. J.A.J. Werner, kantoorhoudende te Rotterdam, tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Huursnel BV, gevestigd te Teteringen, gemeente Breda,

Verweerster,

advocaten: mr. J.M. de Heer en mr. J.H. Zandbergen, beiden kantoorhoudende te Rotterdam, en tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [A], gevestigd te [.....],

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [B], gevestigd te [.....],

Belanghebbenden,

advocaten: mr. J.M. de Heer en mr. J.H. Zandbergen, beiden kantoorhoudende te Rotterdam.

Hof:

1 Het verloop van het geding

1.1 In het vervolg zal verzoekster (ook) Jepenpo worden genoemd. Verweerster zal (ook) worden aangeduid met Huursnel, belanghebbenden onderscheidenlijk met [A] en met [B], en deze drie partijen gezamenlijk met Huursnel c.s.

1.2 Jepenpo heeft bij op 4 juli 2014 ter griffie van de Onderne-

mingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht – zakelijk weergegeven – bij uitvoerbaar bij voorraad verklaarde beschikking

a. een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Huursnel over de periode vanaf 1 september 2013;

b. Bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding

1. [A] en [B] te schorsen als bestuurder van Huursnel;

2. het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders van Huursnel van 12 mei 2014 tot ontslag van Jepenpo als bestuurder van Huursnel te vernietigen, althans te schorsen, althans Jepenpo of een derde persoon aan te wijzen als bestuurder van Huursnel;

3. het stemrecht dat is verbonden aan de door [A] en [B] gehouden aandelen in het geplaatste kapitaal van Huursnel te schorsen, althans die aandelen ten titel van beheer over te dragen aan Jepenpo, althans aan een door de Ondernemingskamer te benoemen derde;

4. althans zodanige onmiddellijke voorzieningen te treffen als de Ondernemingskamer geraden acht;

Huursnel te veroordelen in de kosten van het geding.

1.3 Huursnel c.s. hebben bij op 17 juli 2014 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht het verzoek af te wijzen, met veroordeling van Jepenpo in de kosten van het geding, en een deskundige aan te stellen conform artikel 7 lid 2 van de statuten van Huursnel.

1.4 Het verzoek voor zover het strekt tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 31 juli 2014. Bij die gelegenheid hebben de advocaten de standpunten van de onderscheiden partijen toegelicht aan de hand van – aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde – aantekeningen en onder overlegging van op voorhand aan de Ondernemingskamer en de wederpartij gezonden nadere producties (genummerd 36 tot en met 39 van Jepenpo en genummerd 21 van Huursnel c.s.). Partijen hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord.

2 De feiten

De Ondernemingskamer gaat uit van de volgende feiten:

2.1 [C] (hierna [C] te noemen) is enig aandeelhouder en bestuurder van Jepenpo.

2.2 Huursnel is op 9 december 2009 opgericht door (de rechtsvoorganger van) Jepenpo, [D] (hierna [D] te noemen) en [E] (hierna[E] te noemen), die elk een derde van de aandelen in het geplaatste kapitaal namen. De drie oprichters zijn bij oprichting tot bestuurder van Huursnel benoemd.

2.3 Huursnel houdt zich bezig, kort gezegd, met tijdelijke huisvesting van buitenlandse werknemers. Zij stelt daartoe aan (onder meer) uitzendbureau's ten behoeve van die werknemers woonruimte beschikbaar die zij (vooral) van andere partijen inhuurt. [D] en[E], die vóór december 2009 voor Tempo-Team huisvesting voor dier buitenlandse 'flexwerkers' bij derden inhuurden, zijn zich na de oprichting van Huursnel met haar operationele kant gaan bezighouden. [C] nam het algemeen strategisch beleid en de algemene bestuurstaken op zich.

2.4 De statuten van Huursnel houden onder meer in:

"OVERGANG VAN AANDELEN

Artikel 7

1. (...)

2. Als de aanbieder niet met alle gegadigden een koopprijs overeenkomt (...) benoemen alle betrokkenen in onderling overleg (...) deskundigen ter bepaling van de koopprijs. Als (...) geen (...) deskundigen benoemd zijn wordt de koopprijs vastgesteld

door een deskundige, daartoe op verzoek van de meest gerede partij benoemd door de bevoegde kantonrechter. (...)

Artikel 8A

1. Zodra [e]n aandeelhouder -waarom ook- ophoudt Directeur van de Vennootschap te zijn; (...) moeten alle aandelen van de aandeelhouder in het kapitaal van de Vennootschap door ieder van hen (...) te koop worden aangeboden aan de andere aandeelhouders (...)."

2.5 [A] is opgericht op 31 december 2010 en is de persoonlijke houdstervenootschap van [D].

2.6 [B] is eveneens op 31 december 2010 opgericht; haar aandelen worden gehouden door[E], die de enige bestuurder is.

2.7 [D] en[E] hebben hun aandelen in Huursnel overgedragen aan onderscheidenlijk [A] en [B]. Deze vennootschappen zijn in hun plaats bestuurder van Huursnel geworden met ingang van 27 oktober 2011.

2.8 Op 30 november 2012 heeft Huursnel drie managementovereenkomsten gesloten: met Jepenpo, met [A] en met [B]. De drie managementovereenkomsten houden in, voorzover hier van belang:

"ARTIKEL 2 – BETALING

[Huursnel] is aan de opdrachtnemer [Ondernemingskamer: Jepenpo, [A], onderscheidenlijk [B]] maandelijks als fee een bedrag verschuldigd (...).

(...)

ARTIKEL 8 – GEHEIMHOUDING

1. De opdrachtnemer [Ondernemingskamer: Jepenpo, [A], onderscheidenlijk [B]] verplicht zich noch tijdens de duur van de overeenkomst, noch na beëindiging daarvan, zonder uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van [Huursnel], op enigerlei wijze aan derden mededeling te doen aangaande enige, op welke wijze dan ook, tot zijn kennis gekomen bijzonderheden betreffende, of verband houdende met, bedrijfsaangelegenheden of de onderneming van [Huursnel] dan wel van met [haar] gelieerde ondernemingen, waarvan hij weet of behoort te weten, dat zij geheim zijn.

2. (...)."

2.9 De managementovereenkomst met Jepenpo houdt voorts in:

"ARTIKEL 4 – OMVANG WERKZAAMHEDEN

In het kader van deze overeenkomst wordt er van uitgegaan dat met de uitvoering van de opdracht minimaal 1.045 uur per jaar gemoeid zal zijn. Mocht dit niet het geval zijn, dan zullen partijen in overleg treden over de hoogte van de in artikel 2 bedoelde vergoeding".

2.10 [C], [D] en[E] houden voorts elk een derde van de aandelen in J.S.J. Invest BV Deze vennootschap is eigenaar van onroerende zaken. Daarnaast hebben [C], [D] en[E] gezamenlijk (rechtstreeks) onroerende zaken in eigendom. De onderneming van Huursnel maakt gebruik van deze onroerende zaken.

2.11 Huursnel huurt bij Frame Onroerend Goed Maatschappij BV (hierna Frame te noemen) jaarlijks voor € 1.000.000,- à € 1.500.000,- woonruimte in, waarmee Frame een grote leverancier van Huursnel is. [F] (hierna [F] te noemen) is eigenaar en bestuurder van Frame.

2.12 [C] en [D] hebben een affectieve relatie onderhouden, die in september 2013 is beëindigd.

2.13 Huursnel heeft met ingang van september 2013 de betaling van managementvergoedingen aan Jepenpo gestaakt.

2.14 [C], [D] en[E] voerden maandelijks (management) overleg, door hen aangeduid met Q. Na oktober 2013 hebben de Q-overleggen niet meer in deze samenstelling plaatsgevonden.

2.15 [C] heeft bij e-mail van 15 november 2013 aan [D] en[E] geschreven dat hij voorheen informatie kreeg maar "op het moment niet", dat hij alle recht heeft om het kantoor van Huursnel

binnen te komen en dat het Q-overleg na enig uitstel opeens op een te laat tijdstip wordt gehouden.

2.16 Bij brief van 13 januari 2014 is Jepenpo uitgenodigd voor een op 29 januari 2014 te houden algemene vergadering van aandeelhouders van Huursnel. Op de agenda stond onder meer het ontslag van Jepenpo als bestuurder van Huursnel.

2.17 Bij brief van 31 januari 2014 aan Huursnel ter attentie van [D] en[E] heeft mr. Werner, namens Jepenpo, geschreven dat de behandeling van Jepenpo "onbetamelijk en in ieder geval grovelijk in strijd met de redelijkheid en billijkheid die de bij een vennootschap betrokkenen tegenover elkaar in acht hebben te nemen" is. De brief houdt voorts in dat Jepenpo herhaaldelijk heeft "gevraagd om de redenen voor het voorgestelde ontslag en overleg" en dat Huursnel daarop niet is ingegaan.

2.18 [C] heeft op 18 februari 2014 in een e-mail verzocht om betaling van de openstaande facturen ter zake van de management fee van Jepenpo. Huursnel ([D], met kopie aan[E]) heeft het bericht voorgelegd aan [F]. [F] heeft hierop gereageerd met "Nee, even wachten".

2.19 Pijpers heeft in een e-mail bericht aan [F] met kopie aan [D], gedateerd 7 maart 2014, geschreven "We denken er toch sterk (over na) om extra omzet bv's naast die van [Huursnel] te zetten, kun jij hier ook nog even jou(w) gedachten over laten gaan?". [F] heeft bij e-mail van diezelfde dag geantwoord: "Daar ben ik al mee bezig".

2.20 Jepenpo heeft Huursnel in rechte betrokken en betaling van haar managementvergoeding gevorderd. Op 27 maart 2014 is in dat verband beslag gelegd onder Huursnel, [A], [B], [D] en[E]. Ter opheffing van het beslag hebben deze vijf partijen een bankgarantie doen stellen.

2.21 Huursnel heeft van haar kant op 14 april 2014 beslag gelegd onder Jepenpo en [C] ter zake van onverschuldigde betaling van managementvergoeding tot en met september 2013.

2.22 [D] en[E] enerzijds en [C] anderzijds hebben gesproken over koop en verkoop van de door Jepenpo in Huursnel gehouden aandelen. [D] en[E] hebben op 24 april 2014 een bod gedaan op die aandelen. Overeenstemming is niet bereikt.

2.23 Op 5 juni 2014 heeft Jepenpo opnieuw beslag gelegd ten laste van onder andere Huursnel, ditmaal ter zake van de managementvergoeding over de maanden april tot en met augustus 2014.

2.24 Een bodemprocedure over – kort gezegd – de gehoudenheid van Huursnel tot betaling aan Jepenpo van de managementvergoeding is aanhangig.

2.25 Tussen partijen is een geschil gerezen over de vraag of de algemene vergadering van aandeelhouders van Huursnel op 29 januari 2014 rechtsgeldig heeft besloten Jepenpo als bestuurder te ontslaan. Dit heeft ertoe geleid dat de Voorzieningenrechter in de rechtbank Zeeland-West-Brabant op 22 april 2014 onder meer [A] en [B] op hun verzoek heeft gemachtigd tot het bijeenroepen van een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van Huursnel en heeft bepaald dat de agenda onder meer dient in te houden "Ontslag van Jepenpo als bestuurder van Huursnel". De vergadering heeft plaatsgevonden op 12 mei 2014. Jepenpo was in de vergadering niet vertegenwoordigd. In de vergadering is het besluit tot ontslag van Jepenpo als bestuurder genomen.

2.26 Op 13 mei 2014 hebben [A] en [B] Jepenpo aangeschreven om te vernemen of Jepenpo haar aandelen in Huursnel conform haar statuten aan hen zou aanbieden, nu Jepenpo was opgehouden bestuurder van Huursnel te zijn. Jepenpo heeft laten weten zich niet aan de aanbiedingsplicht gebonden te achten.

2.27 Op 14 juni 2014 heeft het bestuur van Huursnel Jepenpo aangeschreven omtrent, kort gezegd, de uit de statuten voortvloeiende verplichting haar aandelen in Huursnel aan te bie-

den. Het schrijven houdt onder meer in: “Mocht u (...) uw verplichting niet nakomen, zal de directie namens u alsnog uw aandelen aan de andere aandeelhouders te koop aanbieden conform (...) de statuten”. Bij brieven van 2 juli 2014 heeft het bestuur van Huursnel de aandelen van Jepenpo te koop aangeboden aan [B] en [A] en Jepenpo van dit aanbod op de hoogte gesteld. [B] en [A] hebben allebei bij brief van 4 juli 2014 aan het bestuur van Huursnel meegedeeld het kooprecht te willen uitoefenen. Op 15 juli 2014 heeft het bestuur [B] en [A] bericht dat aan hen elk de helft van de aandelen van Jepenpo is toegewezen. Op diezelfde datum is Jepenpo hierover ingelicht.

2.28 Op 25 juni 2014 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden ten overstaan van de Voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam. Aan de orde waren onder meer, kort gezegd, vorderingen over en weer tot opheffing van de hiervoor vermelde beslagen van 14 april 2014 en 5 juni 2014.

2.29 Een e-mail, gedateerd 2 juli 2014, van [C] aan [D] en [E] houdt onder meer in:

“Geheimhouding

Bij jullie stukken voor het kort geding [dat diende op 25 juni 2014, Ondernemingskamer] zat een e-mail van [[D]] met mijn management-facturen van september-december 2013. [[F]] heeft daar een cc van gehad. Ik vind het absoluut niet kunnen. Dat is interne informatie die [[F]] helemaal niets aan gaat. (...) Graag hoor ik per omgaande wat jullie nog meer hebben doorgestuurd aan [[F]] of anderen”.

3 De gronden van de beslissing

3.1 Jepenpo heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid van Huursnel en dat onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. Ter toelichting heeft zij een aantal bezwaren naar voren gebracht. Ze heeft onder meer het volgende gesteld. Het voor de algemene vergadering van aandeelhouders van 29 januari 2014 geagendeerde ontslag van Jepenpo als bestuurder is op geen enkele wijze toegelicht. [A] en [B] trachten Jepenpo te dwingen haar aandelen in Huursnel aan hen over te dragen en daartoe maken zij misbruik van hun statutaire bevoegdheden. De financiële resultaten van Huursnel zijn ernstig verslechterd nadat Jepenpo in het vierde kwartaal van 2013 feitelijk haar taak als bestuurder niet meer kon vervullen. Het bestuur van Huursnel heeft vertrouwelijke interne informatie gedeeld met [F], een derde. Er is geen algemene vergadering van aandeelhouders bijeen geroepen ter bespreking en vaststelling van de jaarrekening 2013. Huursnel heeft ten onrechte sinds 1 september 2013 de managementvergoeding van Jepenpo onbetaald gelaten en daarover is geprocedeerd, aldus nog steeds Jepenpo.

3.2 Huursnel c.s. hebben verweer gevoerd en betoogd dat er noch gronden zijn om te twifelen aan een juist beleid van Huursnel, noch voldoende zwaarwegende redenen om onmiddellijke voorzieningen te treffen. Zij hebben voorts naar voren gebracht dat de aandeelhouders niet in onderling overleg een koopprijs van de door Jepenpo gehouden aandelen in Huursnel hebben kunnen vaststellen, noch een deskundige hebben kunnen benoemen, een en ander zoals bedoeld in de statuten van Huursnel. Uit praktische overwegingen hebben zij bepleit dat de Ondernemingskamer een deskundige aanwijst die de waarde van de onderneming zal vaststellen zodat volgens hen daarmee tevens de waarde van de aandelen van Jepenpo komt vast te staan.

3.3 De Ondernemingskamer zal het verzoek beoordelen voorzover het strekt tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen en overweegt daartoe als volgt.

3.4 Huursnel c.s. hebben geklaagd dat Jepenpo pas op 2 juli 2014 voor het eerst bezwaren tegen het beleid van Huursnel

naar voren heeft gebracht en betoogd dat Jepenpo gelet op het bepaalde in artikel 2:349 BW niet ontvankelijk is in haar verzoek. Dat verweer treft geen doel. Immers, Huursnel heeft ter terechtzitting bij monde van [E] laten weten dat zij – ook na ontvangst van het bedoelde bericht van 2 juli 2014 – niet genegen was Jepenpo in al haar bezwaren tegemoet te komen. Reeds daarom valt niet in te zien waarom aan Huursnel meer tijd geboden had moeten worden om de bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen. Daar komt nog bij dat Huursnel, gelet op het e-mail bericht van [C] van 15 november 2013, de brief van mr. Werner van 31 januari 2014 en de hiervoor vermelde beslagen, bodemprocedure en kort gedingen, geacht moet worden reeds langere tijd op de hoogte te zijn (geweest) van althans een deel van de bezwaren van Jepenpo.

3.5 De Ondernemingskamer overweegt voorts, dat de stellingen van Jepenpo over de financiële gang van zaken van Huursnel sedert het vierde kwartaal 2013 vooralsnog niet leiden tot twijfel aan het beleid van Huursnel en derhalve evenmin tot het oordeel dat onmiddellijke voorzieningen nodig zijn. Daarbij is van belang dat Huursnel, bij monde van [E], ter terechtzitting het volgende onweersproken uiteengezet heeft. De maand december is elk jaar verliesgevend en daar staat telkens extra omzet in januari tegenover. Het eerste kwartaal van 2014 heeft een verlies laten zien omdat de markt moeilijker is geworden, het binnenhalen van omzet meer moeite kost en daartoe vier werknemers meer in dienst zijn dan voorheen. In het verleden was het gebruikelijk, zoals Jepenpo heeft gesteld, om per (vastgoed) object de inhuurprijs en de verhuurprijs te bepalen, en wel op zodanige wijze dat er per object geen verlies geleden werd. In de loop der tijd is de werkwijze veranderd. Om grote klanten te binden of binnen te halen wordt soms een object met verlies aangeboden; wel wordt zeker gesteld dat op zo'n klant als geheel winst wordt gemaakt, aldus nog steeds [E]. De enkele omstandigheid dat [C], zoals Jepenpo heeft gesteld, het met deze strategie(wijziging) niet eens is, is naar het oordeel van de Ondernemingskamer onvoldoende om vraagtekens te plaatsen bij deze gang van zaken.

3.6 Voor zover Jepenpo haar verzoeken heeft willen toelichten met niet of niet tijdig aan haar betaalde managementfees, heeft zij dat tevergeefs gedaan. Nog daargelaten of het onbetaald laten van managementvergoedingen het treffen van onmiddellijke voorzieningen zou kunnen rechtvaardigen, heeft te gelden dat het dispuut over die vergoedingen is voorgelegd aan de gewone burgerlijke rechter, bij wie het thuishoort. De Ondernemingskamer zal het over en weer terzake gestelde verder onbesproken laten.

3.7 De Ondernemingskamer stelt vast dat Huursnel c.s. hebben erkend dat interne informatie van Huursnel is gedeeld met [F]. Dat gebeurde volgens hen met de in artikel 8 managementovereenkomst bedoelde toestemming van Huursnel. Ter terechtzitting is van de zijde van Huursnel c.s. nader toegelicht dat advies van [F] wordt ingewonnen over, onder meer, rechtszaken. [F] heeft voorts geadviseerd risico's binnen de onderneming van Huursnel te scheiden en daartoe nog een (of meer) vennootschap(pen) op te richten zodat kan worden ingekocht door de ene vennootschap en kan worden verkocht door een andere vennootschap. Ook over het conflict met Jepenpo over de managementvergoeding is advies gevraagd aan [F]. Overigens is ook aan een andere zakenpartner over dit onderwerp advies gevraagd. [F] fungeert als zijn vertrouwenspersoon, aldus (nog steeds) [E] ter terechtzitting.

3.8 Naar het oordeel van de Ondernemingskamer roept het betrekken van [F], die bestuurder en eigenaar is van een belangrijke leverancier van Huursnel, en (een) andere derde(n) bij een intern conflict van Huursnel vragen op. Ook de gedachtewisse-

ling met [F] in de e-mails van 7 maart 2014 over 'extra omzet bv's naast' Huursnel, bij welke gedachtewisseling Jepenpo niet werd betrokken, roept vragen op die met de verklaring van Huursnel ter terechtzitting over het scheiden van risico's niet zonder meer bevredigend zijn beantwoord.

3.9 Uit hetgeen partijen voor het overige onder de aandacht van de Ondernemingskamer hebben gebracht rijst het beeld op van ernstig verstoorde verhoudingen tussen de aandeelhouders, die met elkaar verwickeld zijn in een aantal gerechtelijke procedures, waar ook de vennootschap in is betrokken en die gepaard gaan met beslaglegging over en weer.

3.10 Naar het oordeel van de Ondernemingskamer leidt hetgeen in 3.8 en 3.9 is overwogen voorshands tot de conclusie dat sprake is van gegronde redenen om te twifelen aan een juist beleid van Huursnel.

3.11 Voorts moet naar het oordeel van de Ondernemingskamer ernstig gevreesd worden dat de conflictueuze toestand tussen de aandeelhouders, waar derden bij worden betrokken en die heeft geleid tot een opeenvolging van beslagleggingen en procedures, schade aan (de onderneming van) Huursnel berokkent. In het belang van Huursnel en de met haar verbonden onderneming, alsmede in het belang van alle drie de aandeelhouders, zal daarom bij wijze van onmiddellijke voorziening een commissaris worden benoemd, die toezicht kan houden op de gang van zaken van Huursnel.

3.12 Gelet op de in 2.3 bedoelde taakverdeling tussen de aandeelhouders, de gesprekken over koop en verkoop van de door Jepenpo gehouden aandelen in Huursnel en het bod van 24 april 2014 van [A] en [B] op die aandelen, alsmede de onweersproken stellingen van Huursnel c.s. dat partijen conform de statuten hebben getracht gezamenlijk een deskundige te benoemen ter bepaling van de prijs van die aandelen, lijkt het de Ondernemingskamer op het eerste gezicht in de rede te liggen – en in het belang van alle betrokkenen te zijn – dat het aandeelhouderschap van Jepenpo wordt beëindigd. De te benoemen commissaris mag het tot zijn taak rekenen te bezien of dat resultaat door middel van een minnelijke regeling tussen partijen te bespoedigen valt.

3.13 De Ondernemingskamer merkt voor de goede orde nog op dat zij het benoemen van een deskundige zoals door Huursnel c.s. is verzocht noch op grond van de statuten van Huursnel, noch op andere grond, tot haar bevoegdheid kan rekenen.

3.14 De slotsom is dat een onmiddellijke voorziening zoals vermeld zal worden getroffen. De behandeling van het verzoek voor het strekt tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Huursnel zal plaatsvinden ter een nader op verzoek van een der partijen te bepalen terechtzitting. Iedere verdere beslissing, waaronder die met betrekking tot de kosten van deze procedure, zal worden aangehouden.

4 De beslissing

De Ondernemingskamer:

benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding, voor zover nodig in afwijking van de statuten, mr. A.L. Leuffink te Leusden tot commissaris van Huursnel BV, gevestigd te Teteringen;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze commissaris ten laste komen van Huursnel BV en bepaalt dat Huursnel BV voor de betaling daarvan ten genoegen van de commissaris zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van diens werkzaamheden;

bepaalt dat het verzoek voor zover het strekt tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Huursnel BV zal worden behandeld op een op eerste verzoek van een der partijen nader te bepalen openbare terechtzitting;

verklaart deze beschikking tot zover uitvoerbaar bij voorraad; houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

In deze zaak is sprake van een vechtscheiding in het ondernemingsrecht. Bij Huursnel zijn drie personen via diverse vennootschappen betrokken. Twee daarvan hadden een affectieve relatie, maar deze is in september 2013 beëindigd. Dit was het startschot voor vele procedures, waaronder dit verzoek bij de Ondernemingskamer.

De Ondernemingskamer komt ons inziens terecht tot de voorlopige conclusie dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders ernstig verstoord zijn, mede gelet op de gerechtelijke procedures waarin zij zijn verwickeld. Zo is er een discussie over wanneer een bestuurder is ontslagen en in hoeverre er nog managementfee is verschuldigd.

De drie aandeelhouders betrekken derden bij de gang van zaken. Het betrekken van een of meer derden, waaronder een belangrijke leverancier van Huursnel, bij een intern conflict levert bij de Ondernemingskamer vragen op. Dit en de verstoorde verhoudingen leiden bij de Ondernemingskamer tot de voorlopige conclusie dat sprake is van gegronde redenen om te twifelen aan een juist beleid van Huursnel. Gezien het voorgaande en vanwege de ernstige vrees voor schade aan de (onderneming van) Huursnel vanwege de conflictueuze toestand tussen de aandeelhouders, benoemt de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening een commissaris. Deze commissaris mag het tot zijn taak rekenen te bezien of de overdracht van de aandelen door een aandeelhouder aan de overige twee door middel van een middellijke regeling tussen partijen te bespoedigen valt.

De Ondernemingskamer treft in deze zaak een onmiddellijke voorziening voordat wordt beslist op het verzoek tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken. Dit is reeds jaren een gangbare praktijk. Het treffen van onmiddellijke voorzieningen kan nuttig zijn wanneer er behoefte is aan onmiddellijk ingrijpen door de Ondernemingskamer (bijvoorbeeld omdat een tijdelijke bestuurder moet worden aangesteld) en de beslissing over het onderzoek nog even kan wachten (*Kamerstukken II 2010/11, 32887, 6*). Hetzelfde geldt voor het geval de Ondernemingskamer wel een onderzoek beveelt, maar wacht met het benoemen van een onderzoeker. Uit empirisch onderzoek volgt dat het loont om te wachten met het bevelen van een onderzoek of met de benoeming van een onderzoeker. In een aanzienlijk aantal gevallen wordt door partijen na het treffen van de onmiddellijke voorzieningen een minnelijke regeling getroffen. Dan blijkt een onderzoek niet meer nodig. De onmiddellijke voorziening draagt daarmee bij aan een relatief snelle en eenvoudige wijze van geschilbeslechting, aldus de onderzoekers (K. Cools e.a., *Het recht van enquête: een empirisch onderzoek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 75-76).

Het treffen van onmiddellijke voorzieningen zonder dat het verzoek tot het bevelen van een onderzoek (direct) wordt behandeld, kent grenzen. De Hoge Raad heeft in de *DSM-uitspraak* (HR 14 december 2007, *NJ 2008/105*) geoordeeld dat van de bevoegdheid tot het treffen van een onmiddellijke voorziening ex art. 2:349a lid 2 BW in een geding betreffende een verzoek als bedoeld in art. 2:345 BW door de Ondernemingskamer, voordat er een onderzoek wordt gelast, slechts een terughoudend gebruik kan worden gemaakt en alleen indien daartoe in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek voldoende zwaarwegende redenen bestaan (zie ook HR 25 februari 2011, *NJ 2011/335 (Inter Access)*). Bij de uitoefening van haar bevoegdheid moet de

Ondernemingskamer voldoende rekening houden met en een billijke afweging maken van de belangen van betrokken partijen. Per 1 januari 2013 is de DSM-uitspraak gecodificeerd in art. 2:349a lid 3 BW, zij het in andere bewoordingen. Art. 2:349a BW bepaalt dat, ingeval nog geen onderzoek is gelast, onmiddellijke voorzieningen slechts kunnen worden getroffen als er naar het voorlopig oordeel van de OK sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen en dat de OK daarna binnen een redelijke termijn op het enquêteverzoek beslist. De beslissing over onmiddellijke voorzieningen kan volgens de minister niet losstaan van een voorlopig oordeel over de vraag of sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Het is niet de bedoeling dat onmiddellijke voorzieningen kunnen worden opgelegd zonder enige toetsing aan de criteria voor toewijzing van het enquêteverzoek (*Kamerstukken II 2010/11, 32887, 3 (MvT)*).

Naar ons weten is de onderhavige uitspraak de eerste zaak sinds de inwerkingtreding van art. 2:349a lid 3 BW waarin de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen treft voordat het enquêteverzoek inhoudelijk is behandeld. Sindsdien is deze nieuwe 'norm' pas in één andere zaak tot uiting gekomen (OK 30 mei 2013, ARO 2013/98 (*Meditaxi*)). In die zaak werd, net als in de onderhavige, de beslissing op het enquêteverzoek uitgesteld, maar werd het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen afgewezen. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer was er vooralsnog onvoldoende gebleken van gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid en de gang van zaken van *Meditaxi c.s.* om op voorhand — in afwachting van het oordeel over het enquêteverzoek — onmiddellijke voorzieningen te treffen.

950

De Ondernemingskamer oordeelt in deze zaak anders. Wellicht vond de Ondernemingskamer in deze zaak dat partijen tot een schikking zouden kunnen komen. De Ondernemingskamer kan bij de toepassing van de bevoegdheid ex art. 2:349a lid 3 BW meewegen of voorzienbaar is dat partijen op afzienbare termijn zullen komen tot een schikking (*Kamerstukken II 2010/11, 32887, 6*).

Interessant is verder dat *Huursnel c.s.* uit praktische overwegingen hebben bepleit dat de Ondernemingskamer een deskundige aanwijst die de waarde van de onderneming zal vaststellen, zodat daarmee ook de waarde van de aandelen van *Jepenpo* komt vast te staan. Niet geheel helder is of *Huursnel c.s.* hiermee een verzoek om een onmiddellijke voorziening hebben gedaan. Een verzoek om een onmiddellijke voorziening wordt in beginsel gedaan door de indiener(s) van het enquêteverzoek. De Hoge Raad heeft aangegeven dat het ook belanghebbenden vrijstaat om een onmiddellijke voorziening te verzoeken (HR 23 maart 2012, ARO 2012/48, NJ 2012/393, «JOR» 2012/141). Op de enquêteprocedure zijn de bepalingen van toepassing van de verzoekschriftprocedure van art. 261 e.v. Rv. Op grond van art. 282 lid 4 Rv kan iedere belanghebbende in die procedure een zelfstandig verzoek indienen, mits dit betrekking heeft op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek. Een verzoek om een onmiddellijke voorziening als bedoeld in art. 2:349a lid 2 of 2:355 lid 3 BW voldoet in beginsel aan deze laatste eis en kan dus ook door andere belanghebbenden worden gedaan dan de indieners van het enquêteverzoek.

Het aanwijzen van een deskundige valt ons inziens niet in de categorie van mogelijk te treffen onmiddellijke voorzieningen. Onmiddellijke voorzieningen zijn naar hun aard ordemaatregelen, die worden ingegeven door de toestand van de rechtspersoon of het belang van het onderzoek. De situatie waarin de rechtspersoon of het onderzoek verkeert, moet een onmiddellijk ingrijpen door de rechter rechtvaardigen (*Kamerstukken II 2010/11, 32887, 3*). Een onmiddellijke voorziening geldt voor ten

hoogste de duur van het geding (art. 2:349a lid 2 BW). Daar is bij de benoeming van een deskundige geen sprake van. De Ondernemingskamer geeft ons inziens terecht aan dat zij het benoemen van een deskundige niet tot haar bevoegdheid kan rekenen. Dat laat onverlet dat, in geval een statutaire voorziening hiervoor ontbreekt, partijen gezamenlijk kunnen besluiten om de rechter te vragen om een deskundige te benoemen (art. 96 Rv).

E.P.C. Duinkerke
E.A. van de Kuilen
AKD