

vraag aan waarom de Hoge Raad dat niet ten minste in zijn motivering kenbaar tot uitdrukking brengt. Die keuze zou op een meer fundamenteel niveau kunnen worden gerechtvaardigd door de gedachte dat het vertrouwen in de rechterlijke macht gebaat is bij de aanname dat de Hoge Raad niet buiten zijn oevers treedt. Een dergelijke gedachte zou op zichzelf kunnen getuigen van prudentie, maar alleen als de onderliggende aanname reeds in voldoende mate gedragen wordt. En is dat (nog) wel het geval?

13. Enkele jaren geleden deed oud-raadsheer Van Schendel met een zekere trots de ontboezeming dat de Hoge Raad er een ‘meester’ in is om met ‘enig gepast geweld’ zijn doel te bereiken (W.A.M. van Schendel, ‘De billijke rechter’, *Trema* 2017/3). Dat Van Schendel ons verzekert dat dat doel een ‘billijke uitkomst’ is, stelt enerzijds gerust, maar brengt ons anderzijds terug naar de ratio van de motiveringsplicht van rechterlijke uitspraken. Want als de Hoge Raad zijn eigen billijkheidsnoties maskeert met techniek, hoe kunnen zijn uitspraken dan aan de controleer- en aanvaardbaarheidstoets voldoen? En hoe kunnen cassatieadvocaten in dat geval weten wanneer ze die extra motiveringsklacht maar beter achterwege kunnen laten?

mr. dr. T. van Malssen
advocaat (bij de Hoge Raad) bij Dirkwager en lid van de redactie van dit blad

mr. R.M. Andes
advocaat bij Dirkwager en lid van de redactie van dit blad

62

Bevoegdheid en beoordelingsmaatstaf bij een incidentele vordering tot benoeming van een tijdelijk bestuurder

Gerechtshof Amsterdam
7 maart 2023, nr. 200.311.715/01 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2023:583
(mr. De Jongh, mr. Wessels, mr. Melissen,
drs. Van Vollenhoven-Eikelenboom AAG,
mr. Koopmans)
Noot mr. dr. C.R. Huiskes

Wettelijke geschillenregeling. Vordering in incident. Benoeming tijdelijk bestuurder. Bevoegdheid en beoordelingsmaatstaf.

[BW art. 2:336, 2:337, 2:343, 2:349a, 2:355, 2:356; Rv art. 223, 337]

Wettelijke geschillenregeling. Bevoegdheid gewone rechter tot benoeming tijdelijke bestuurder in incident (art. 223 Rv). Geen toepassing van dezelfde maatstaf die geldt voor de OK in enquête-procedures. Beoordeeld moet worden of het noodzakelijk is om, in afwachting van de uitkomst in de bodemzaak, en op basis van een weging van alle omstandigheden en relevante belangen, ordemaatregelen te treffen die op die uitkomst vooruitlopen. Exclusieve bevoegdheid OK in hoger beroep (art. 336 lid 3 BW).

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [A B.V.] te [...],
appellante in het incident,
advocaten: mr. H.P. Plas en mr. N.J.C. van Poppe-
len, kantoorhoudende te Utrecht,
tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [B B.V.] te [...],
geïntimeerde in het incident,
advocaten: mr. S.W. Holterman en mr. Y. Pletting,
kantoorhoudende te Utrecht,
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Voltalessandro B.V.* te Apeldoorn,
geïntimeerde in het incident.

Hierna zullen partijen als volgt worden aangeduid:

- [A B.V.] als [A B.V.];
- [B B.V.] als [B B.V.];
- Voltalessandro B.V. als Voltalessandro.

1. De zaak in het kort

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

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

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

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

2. Feiten

2.1. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis van 8 juni 2022 (ECLI:NL:RBGEL:2022:2904) onder 2 de feiten weergegeven die zij als vaststaand heeft aangenomen. Deze feiten zijn in ho-

ger beroep niet in geschil. Samengevat komen de feiten neer op het volgende.

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

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

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

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

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

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

verder gesproken over de overname van de aandelen door [A B.V.].

2.8. Op 29 januari 2021 heeft InCorpe B.V. in opdracht van [C] en [D] een concept-waardering van de onderneming uitgebracht. InCorpe B.V. heeft de economische waarde van de aandelen van Voltalessandro per 31 december 2020 gewaardeerd op een bedrag van € 2.681.000.

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

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

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

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

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

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

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

– De verkoperslening kent de volgende onderdelen:
o *Lening zal zijn achtergesteld bij lening van de bank;*

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

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

o Vervroegde aflossing te allen tijde boete vrij mogelijk

o Tot zekerheid van terugbetaling van de verkoperslening wordt ten gunste van verkoper een pand-

recht gevestigd op 14% van de Aandelen (7% van het totale aandelenkapitaal);

o Indien de aandelen in Voltalessandro of [E] worden overgedragen, of indien er nieuwe aandelen in één van beide vennootschappen worden uitgegeven, dient de verkoperslening eerst te worden afgelost.

– Overdracht van de Aandelen vindt zo spoedig mogelijk plaats;

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

– Kosten van de notaris zijn voor rekening van koper.

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

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

“Zoals telefonisch al aangegeven is [[D]] blij met het aangepaste voorstel. Er wordt zeer hard gewerkt om een transactie langs deze lijnen mogelijk te maken. Maar 1,5M ligt niet binnen een week op tafel. Ik neem aan dat jij dat ook begrijpt.

Ik bel je later vandaag voor een status update en nadere afstemming. Wanneer zou je schikken?”

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

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

3. De procedure in eerste aanleg

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

primair,

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

subsidiar,

[A B.V.] veroordeelt de door [B B.V.] gehouden aandelen in Voltalessandro over te nemen en daarvoor een op € 1.750.000 vast te stellen koopprijs, te vermeerderen met een billijke verhoging op grond van artikel 2:343 lid 4 BW, aan [B B.V.] te betalen. Voor het geval [A B.V.] niet in staat is aan deze veroordeling te voldoen, heeft [B B.V.] gevorderd daarnaast Voltalessandro te veroordelen tot overname van de aandelen en tot betaling van de prijs.

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

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

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

4. De vorderingen in hoger beroep

4.1. Tegen het vonnis van de rechtbank is [A B.V.] bij dagvaarding van 13 juni 2022 in hoger beroep gekomen. De dagvaarding bevat tevens de grieven, alsmede een wijziging van eis. [B B.V.] heeft op 30 augustus 2022 een memorie van antwoord met producties ingediend. Op 13 september 2022 hebben [A B.V.] en [B B.V.] de Ondernemingskamer om arrest gevraagd.

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

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

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

5. Motivering van de beslissing in hoger beroep

Bevoegdheid van de Ondernemingskamer

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

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

5.3. [A B.V.] heeft in de hoofdzaak in reconventie gevorderd dat [B B.V.] de door haar gehouden

aandelen in Voltalessandro aan [A B.V.] overdraagt op grond van artikel 2:336 lid 1 BW. Daarnaast heeft zij in die hoofdzaak op de voet van artikel 223 Rv bij incident een voorlopige voorziening gevorderd waarop de rechtbank in het bestreden tussenvonnis heeft beslist.

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

Beoordeling van de grieven

Grief I en II

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

5.6. Met de introductie van de bevoegdheid van de Ondernemingskamer tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen op grond van artikel 2:349a lid 2 BW heeft de wetgever de bevoegdheid van de voorzieningenrechter in kort geding tot het treffen van voorlopige voorzieningen uitdrukkelijk niet willen beperken (*Kamerstukken II* 1991/92, 22400, nr. 3, p. 6 en 15). Ook de bevoegdheid van de bodemrechter provisionele voorzieningen op de voet van artikel 223 Rv te treffen wordt niet beperkt door de bevoegdheid van de Ondernemingskamer op grond van artikel 2:349a lid 2 BW.

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

vervolgens wel bevoegd geacht tot het treffen van de gevorderde voorlopige voorzieningen.

5.8. De wetgever is ervan uitgegaan dat de voorzieningenrechter (met wie de bodemrechter in een provisioneel incident op een lijn kan worden gesteld) een terughoudend standpunt zou innemen ingeval van hem een voorziening wordt gevraagd met het oog op een in te dienen enquêteverzoek en dat hij in dat geval in beginsel de duur van de door hem te treffen voorziening beperkt tot het tijdstip dat de Ondernemingskamer op een verzoek om onmiddellijke voorzieningen zal hebben beslist (*Kamerstukken II* 1991/1992, 22400, nr. 3, p. 15/16). In vergelijkbare zin is door het Hof Amsterdam geoordeeld dat in kort geding terughoudendheid wenselijk is bij een verzoek om een voorlopige voorziening te treffen vooruitlopend op (de resultaten van) een enquête indien dit verzoek is gedaan door een enquêtebevoegde (rechts)persoon en nadat het enquêteverzoek aanhangig is gemaakt (Hof Amsterdam 7 november 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AH7018).

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

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

hebbenden hun zienswijze over de gevraagde voorziening kenbaar hebben kunnen maken.

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

Grief III en IV

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

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

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

let op de tijdelijke aard van de benoeming van de derde bestuurder zullen de daarmee gemoeide kosten volgens [A B.V.] niet drukken op de waardering van de aandelen in Voltalessandro.

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

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

5.16. De Ondernemingskamer overweegt als volgt.

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

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

Hoewel duidelijk is dat partijen niet langer samen verder willen, heeft [A B.V.] verder onvoldoende

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

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

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

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

5.21. De Ondernemingskamer zal het bestreden vonnis bekrachtigen en vorderingen van [A B.V.]

afwijzen. Zij zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

6. De beslissing

De Ondernemingskamer:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep; veroordeelt [A B.V.] in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden begroot op € 1.183 voor salaris en € 783 aan verschotten; verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

1. *Inleiding.* De onderhavige uitspraak van de Ondernemingskamer van het hof Amsterdam betreft een in incident ingesteld hoger beroep tegen het vonnis van de rechtbank Gelderland (en niet Oost-Brabant, zie r.o. 1.2) van 8 juni 2022 («JOR» 2022/231, m.nt. Kemp), waarin een vordering tot aanwijzing van een (tijdelijk) derde bestuurder bij wijze van voorlopige voorziening wordt afgewezen. Interessant zijn de overwegingen van de rechtbank en met name van de Ondernemingskamer wat betreft hun bevoegdheid om dergelijke voorzieningen te treffen en de maatstaf die bij de beoordeling daarvan moet worden toegepast.

2. *De feiten.* A B.V. en B B.V. zijn ieder 50%-aandeelhouder en beide gezamenlijk bevoegde bestuurders van Voltalessandro B.V. Eind 2019, begin 2020 raken de verhoudingen tussen (de bestuurders/aandeelhouders van) A B.V. en B B.V. verstoord. Nadat partijen tevergeefs meerdere pogingen hebben gedaan om tot een uitkoop van B B.V. dan wel een gezamenlijke verkoop van hun aandelen in Voltalessandro aan een derde te komen, lijken partijen er eind maart, begin april 2021 met elkaar uit te komen. In het zicht van de finish strandt de totstandkoming van een transactie echter opnieuw.

3. *Geschil en verloop van de procedure.* B B.V. stelt zich op het standpunt dat er tussen partijen overeenstemming is bereikt over de overname door A B.V. van haar 50%-belang in Voltalessandro. In eerste aanleg vordert B B.V. dan ook *primair* onder andere nakoming van de 'transactieovereenkomst', en *subsidiar* onder andere haar uittreding op grond van art. 2:343 BW, waar-

bij A B.V. of Voltalessandro wordt veroordeeld om haar 50%-belang in Voltalessandro over te nemen. A B.V. betwist dat er overeenstemming bestond en stelt in reconventie onder andere op grond van art. 2:336 BW een 'uitstotingsvordering' in op grond waarvan B B.V. wordt veroordeeld om haar 50%-belang in Voltalessandro aan A B.V. over te dragen. Voorts vordert A B.V. in incident dat de rechtbank ex art. 223 Rv bij wijze van voorlopige voorziening voor de duur van het geding een persoon aanwijst die tot (tijdelijk) derde bestuurder van Voltalessandro wordt benoemd. De rechtbank wijst deze incidentele vordering af. In hoger beroep (art. 337 lid 1 Rv) vordert A B.V. bij de Ondernemingskamer, naast vernietiging van het vonnis en aanwijzing van een tijdelijk bestuurder, aanvullend bij wijze van voorlopige voorziening de schorsing van B B.V. als bestuurder en een tijdelijke overdracht ten titel van beheer van de door B B.V. gehouden aandelen in Voltalessandro. De Ondernemingskamer wijst de vorderingen van A B.V. ook af en bekrachtigt het tussenvonnis van de rechtbank.

4. Bevoegdheid gewone rechter (in kort geding) en Ondernemingskamer tot het treffen van voorlopige voorzieningen. Bij de invoering in 1994 van art. 2:349a lid 2 BW is aan de Ondernemingskamer in enquêteprocedures de bevoegdheid gegeven om voor de duur van het geding onmiddellijke voorzieningen te treffen. Daarbij rees al direct de vraag naar de verhouding tussen enerzijds deze 'speciale bevoegdheid' van de Ondernemingskamer en anderzijds de 'algemene bevoegdheid' van de voorzieningenrechter in kort geding of de bodemrechter in een incident om voorlopige voorzieningen te treffen. Deze kwestie speelt vooral in ondernemingsrechtelijke geschillen waar in een kort geding of bodemprocedure provisionele vorderingen worden ingesteld die de interne verhoudingen en het beleid binnen rechtspersonen raken en daarmee al snel tot het domein van de hierin gespecialiseerde Ondernemingskamer worden gerekend. Te denken valt aan vorderingen tot tijdelijke benoeming of schorsing van een bestuurder of commissaris, de tijdelijke schorsing van het stemrecht op aandelen of de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer. Volgens de wetgever laat de speciale bevoegdheid van de Ondernemingskamer de algemene bevoegdheid van de voorzieningenrechter onverlet, 'ook ten aanzien van situaties waar een enquête is verzocht'

(*Kamerstukken II* 1991/92, 22400, nr. 3, p. 6 en 15). Hieruit kan worden afgeleid dat de voorzieningenrechter, maar ook de bodemrechter in incident, in beginsel dezelfde voorlopige voorzieningen kunnen treffen als de Ondernemingskamer (zie ook A. Hammerstein, *Handboek Enquête-recht (VDHI nr. 175)* 2022/44.2). Gelet op de deskundigheid van de Ondernemingskamer in ondernemingsrechtelijke geschillen, past hun hierbij wel terughoudendheid. Dit betekent onder meer dat indien een enquêteverzoek is of wordt ingediend, de rechter de duur van de te treffen voorlopige voorziening in beginsel beperkt tot het tijdstip waarop de Ondernemingskamer beslist op een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen om tegenstrijdige beslissingen te voorkomen (*Kamerstukken II* 1991/92, 22400, nr. 3, p. 15 en 16). Ook in deze zaak komt de bevoegdheidsverdeling tussen de Ondernemingskamer en de rechtbank aan de orde, waar in eerste instantie de rechtbank de provisionele vordering tot benoeming van een (tijdelijk) bestuurder moest beoordelen. In lijn met de hiervoor genoemde wetsgeschiedenis acht de rechtbank zich weliswaar bevoegd, maar stelt zij zich tegelijkertijd bij de beoordeling van de vordering ook terughoudend op. Dat die bevoegdheid in beginsel toekomt aan de Ondernemingskamer, daarbij verwijzend naar haar bevoegdheden op grond van art. 2:349a lid 2 en 3 BW en art. 2:255 jo. art. 2:356 sub c BW, neemt aldus de rechtbank niet weg dat vooruitlopend op een enquêteprocedure ook de voorzieningenrechter in kort geding bij wijze van ordemaatregel of de rechtbank in incident bij wijze van voorlopige voorziening een tijdelijk bestuurder kan benoemen. De Ondernemingskamer volgt de rechtbank hierin, daarbij verwijzend naar onder meer de hiervoor bedoelde wetsgeschiedenis.

5. Welke maatstaf moet worden toegepast? De terughoudendheid van de rechtbank volgt uit de door haar bij de beoordeling van de provisionele vordering gehanteerde maatstaf. Naast de 'standaardtoets' aan art. 223 Rv werpt zij namelijk voor de toewijzing van de vordering tot benoeming van een tijdelijk bestuurder een hoge drempel op. In de eerste plaats door deze vordering te toetsen aan de voor de Ondernemingskamer in enquêteprocedures geldende maatstaf als genoemd in art. 2:349a lid 2 en 3 BW en art. 2:255 jo. art. 2:356 sub c BW (r.o. 5.1), door haar geparafraseerd als 'gegronde redenen om aan te nemen dat [B B.V.] zich als be-

stuurder schuldig heeft gemaakt aan wanbeleid' (r.o. 5.4). In de tweede plaats door te verlangen dat er voor toewijzing (ook) sprake moet zijn van 'zeer bijzondere omstandigheden' die het aanstellen van een derde-bestuurder rechtvaardigen, nu hiermee wordt ingegrepen in de meest wezenlijke rechten van bestuurders en aandeelhouders (r.o. 5.8). Dat sprake zou zijn van wanbeleid of zeer bijzondere omstandigheden, is volgens de rechtbank niet aannemelijk gemaakt. Deze terughoudende opstelling ziet men terug in tal van uitspraken (zie bijvoorbeeld wat betreft toetsing aan de 'OK-maatstaf': rb. Oost-Brabant (vzr) 28 januari 2021, «JOR» 2021/146, m.nt. Scholten en rb. Limburg (vzr) 19 december 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:10221; het vereiste van (zeer) bijzondere omstandigheden of uitzonderlijke situaties: hof 's-Hertogenbosch (vzr) 8 september 1993, *NJ* 1994/309 en rb. Amsterdam (vzr) 6 januari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:51; en het treffen van een voorziening totdat de Ondernemingskamer zelf een voorziening heeft getroffen: rb. Gelderland (vzr) 31 augustus 2017, «JOR» 2018/34, m.nt. Holtzer en rb. Amsterdam (vzr) 18 januari 2019, «JOR» 2019/129, m.nt. Scholten). De terughoudendheid van de rechtbank en in het bijzonder het door haar terugvallen op de voor de Ondernemingskamer geldende wettelijke bepalingen en haar jurisprudentie in enquêtezaken kan worden verklaard door enerzijds de expliciet aan de Ondernemingskamer toegekende speciale bevoegdheden en anderzijds door het ontbreken van een wettelijke grondslag voor de (voorzieningen)rechter om bijvoorbeeld een bestuurder te benoemen, schorsen of ontslaan (vgl. bijvoorbeeld rb. Limburg 6 november 2019, «JOR» 2020/83, m.nt. Roest en rb. Rotterdam (vzr) 16 juli 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6852). Tegen deze achtergrond is het dan ook verrassend dat de Ondernemingskamer in hoger beroep oordeelt dat de 'gewone' rechter bij de beoordeling van een vordering tot benoeming van een tijdelijke bestuurder geen aansluiting hoeft te zoeken bij de voor de Ondernemingskamer geldende maatstaf. Evenals in andere gevallen waarin een voorlopige voorziening wordt gevraagd, kan volgens de Ondernemingskamer – na toetsing van de provisionele vordering aan art. 223 Rv – worden volstaan met de beoordeling of het noodzakelijk is om, in afwachting van de uitkomst van de bodemzaak, en op basis van een weging van alle omstandigheden en relevante belangen, orde-

maatregelen te treffen die op die uitkomst vooruitlopen (r.o. 5.10). In wezen wordt daarmee gezegd dat de (voorzieningen)rechter zich bevoegd mag achten om vorderingen tot het treffen van voorlopige voorzieningen die in brede zin tot het domein van de Ondernemingskamer behoren te beoordelen, en dat deze niet langer behoeft toetsen aan de vraag of sprake is van gegronde twijfel aan een juist beleid, wanbeleid, (zeer) bijzondere omstandigheden of uitzonderlijke situaties. De Ondernemingskamer acht de door A B.V. gevorderde voorzieningen op grond van de omstandigheden van het geval, in het licht van de belangen van partijen, niet gerechtvaardigd.

6. Exclusieve bevoegdheid Ondernemingskamer in hoger beroep. Interessant is tot slot nog dat de Ondernemingskamer zich – bij uitsluiting van iedere andere rechter – bevoegd acht om te oordelen over het door A B.V. ingestelde hoger beroep. Volgens de Ondernemingskamer is zij op grond van art. 2:336 lid 3 BW exclusief bevoegd, nu A B.V. in de hoofdzak in eerste aanleg in reconventie een uitstotingsvordering op grond van art. 2:336 lid 1 BW heeft ingesteld en niet gesteld of gebleken is dat partijen een afwijkende bevoegdheidsregeling in de zin van art. 2:337 lid 2 BW zijn overeengekomen (r.o. 5.3 en 5.4). Alhoewel de Ondernemingskamer daarbij voorbij gaat aan de civielrechtelijke vorderingen die in de hoofdzak in eerste aanleg ook door B B.V. (nakoming van de transactieovereenkomst) en A B.V. (nakoming van afspraken uit de aandeelhoudersovereenkomst) werden ingesteld, zijn de overwegingen van de Ondernemingskamer goed te volgen. Deze liggen ook geheel in lijn met hetgeen zij eerder overwoog in haar arrest van 15 november 2022, «JOR» 2023/31, m.nt. Schreurs, waar de Ondernemingskamer bereid blijkt om zich al snel bevoegd te achten zodra er een haakje met de wettelijke geschillenregeling aanwezig is en om ook met een uittredings- of uitstotingsvordering samenhangende vorderingen (art. 2:336 lid 5 jo. art. 343 lid 2 BW) aan zich te houden indien deze 'voortvloeiën uit hetzelfde conflict tussen partijen' en dit conflict ten grondslag ligt aan de uittredings- en/of uitstotingsvordering (r.o. 3.5).

mr. dr. C.R. Huiskes
advocaat bij Daniels Huisman te Deventer