

Informatierechten als strijdmiddel in aandeelhoudersconflicten

Bb 2017/64

In deze bijdrage wordt een beschikking van de Ondernemingskamer van 24 februari 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:795) besproken. Daarbij wordt ingegaan op het recht van aandeelhouders op informatie en de rol die dat recht kan spelen bij de afwikkeling van de samenwerking tussen twee aandeelhouders.

1. Inleiding

Deze bijdrage gaat over (a) het recht van aandeelhouders op informatie en (b) de opvallende rol die dat recht kan spelen bij de afwikkeling van de samenwerking tussen twee aandeelhouders. Ook (c) wordt meer in het algemeen stilgestaan bij de dynamiek van geschillen over de afwikkeling van een dergelijke samenwerking, hoe deze kan worden beïnvloed door een enquêteverzoek en welke grenzen daar aan zitten. Dit alles geschiedt aan de hand van een beschikking van de Ondernemingskamer van 24 februari 2017 met betrekking tot Care Group BV (de 'Beschikking'²).

2. Feiten

Enigszins versimpeld komt de casus op het volgende neer. De heren Koster en Davelaar³ werken sinds 2008 samen op het gebied van verzuimbegeleiding, arbeidsmobiliteit en medische keuringen. Deze activiteiten vinden plaats in een groep van vennootschappen met Care Group BV aan het hoofd ('Care Group'). Om een beeld te geven van de omvang van deze onderneming(en): de omzetten van de Care Group nemen af van € 4,7 miljoen in 2010 tot ca. € 2,8 miljoen in 2013, blijven een aantal jaar stabiel op dat niveau en nemen verder af in 2016 tot € 2,3 miljoen.

In 2008 kocht Davelaar zich in bij Koster: voor een bedrag van € 45.000 kocht hij 10% van de aandelen Care Groep. Koster houdt, nagenoeg, alle overige aandelen. Beide heren vervullen ook diverse bestuursfuncties. Tevens is sprake van een Aandeelhoudersovereenkomst (de 'Aandeelhoudersovereenkomst').

Koster meent begin 2016 dat de Care Group door de slinkende omzet te klein is geworden voor twee directeuren. Hij probeert Davelaar vervolgens weg te werken als bestuurder, zonder zich daarbij veel aan te trekken van de dienaangaande geldende wettelijke en statutaire regels. Zo meldt Koster simpelweg aan Davelaar dat hij als bestuurder is geschorst. Davelaar reageert daarop door zelf ontslag te nemen. Tevens biedt hij zijn aandelen te koop aan Koster. De Aandeelhoudersovereenkomst verplicht Davelaar daar ook toe in geval

van ontslag als bestuurder. Verdere kwesties rond het ontslag die nog open staan, zijn de gebondenheid van Davelaar aan het Concurrentiebeding in de Aandeelhoudersovereenkomst dat voortduurt tot 2 jaar nadat zijn aandeelhouder-schap is beëindigd (het 'Concurrentiebeding') en zijn aanspraak op nog onbetaalde management fee.

Dan volgt een spel dat *corporate litigators* niet onbekend zal voorkomen. Davelaar weet plotseling allerlei lastige vragen voor Koster te bedenken: rekent Koster als huurbaas van Care Group niet te veel huur (de 'Huur')? Brengt Koster niet een te hoge rente in rekening over een lening aan Care Group? Leaset Care Group niet een 'te dikke' auto voor Koster? Ga zo maar door (hierna de 'Overeenkomsten Koster'). Koster beantwoordt deze vragen niet of nauwelijks. Ook niet tijdens aandeelhoudersvergaderingen. Davelaar heeft daarmee zijn dossier op orde voor een enquêteprocedure.

3. Verzoek en beslissing Ondernemingskamer

Davelaar verzoekt de Ondernemingskamer om een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken bij Care Group, omdat sprake is van de navolgende gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen: (i) het handelen van Koster rond zijn ontslag; (ii) de weigering om informatie te verschaffen aan hem als minderheidsaandeelhouder; en (iii) de wijze waarop met betrekking tot de Overeenkomsten Koster wordt omgegaan met het tegenstrijdige belang van Koster.

De Ondernemingskamer oordeelt dat inderdaad sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. In dat oordeel lijkt het handelen van Koster rond het ontslag van Davelaar een bijrol te vervullen. Dit, mede gezien het feit dat Davelaar uiteindelijk zelf ontslag nam. Het zwaartepunt van de motivering ligt bij de informatieverschaffing aan Davelaar als (minderheids)aandeelhouder. Dit oordeel komt hierna in par. 4 aan de orde. Wat betreft de vraag of zich ontoelaatbare belangenverstremgeling heeft voorgedaan tussen Koster en Care Group acht de Ondernemingskamer het procesdossier nog te onvoldragen voor een oordeel. Wel merkt zij op dat niet is gebleken dat de Huur niet-marktconform is. Niettemin oordeelt de Ondernemingskamer dat Care Group ten onrechte geen opening van zaken heeft gegeven aan Davelaar over (de marktconformiteit van) de Overeenkomsten Koster.

De Ondernemingskamer beveelt om deze redenen een onderzoek, maar de benoeming van de onderzoeker wordt nog aangehouden, zodat eerst kan worden gezien of een minnelijke regeling kan worden bereikt (waarover later meer). Davelaar verzoekt tevens om (onmiddellijke) voorzieningen, namelijk om (a) Koster te schorsen als bestuurder van

1 Floor Eikelboom is advocaat bij bureau Brandeis.

2 ECLI:NL:GHAMS:2017:795.

3 Meer specifiek doen zij dit via hun vennootschappen Koster Beheer BV (samen met de heer Koster, 'Koster') en Sursum Corda Junior BV (samen met de heer Davelaar, 'Davelaar').

Care Group; (b) het besluit tot schorsing⁴ en ontslag⁵ van Davelaar als bestuurder van Care Group te vernietigen;⁶ (c) het stemrecht van Koster Beheer in de aandeelhoudersvergadering te schorsen;⁷ en (d) tijdelijk een tijdelijk bestuurder van Care Group aan te stellen, althans zodanige voorzieningen te treffen als de Ondernemingskamer geraden acht. De insteek van deze onmiddellijke voorzieningen is primair om Davelaar zo veel mogelijk zeggenschap binnen de Care Group te geven en Koster zo min mogelijk. De enige verzochte onmiddellijke voorziening die enige waarborg voor Koster biedt, is de tijdelijke aanstelling van buitenstaander⁸ als tweede bestuurder.

De Ondernemingskamer ziet geen aanleiding voor onmiddellijke voorzieningen met een dergelijke strekking. De reden om in te grijpen bij Care Group is dat Davelaar niet voldoende wordt geïnformeerd. Om dat probleem te verhelpen volstaat het om een tijdelijke commissaris aan te stellen die in het bijzonder, maar niet uitsluitend, toezicht zal houden op de informatieverzorging aan Davelaar door (Koster als bestuurder van) Care Group. De Ondernemingskamer ziet vooralsnog geen reden om te veronderstellen dat Koster, ondanks het toezicht van de tijdelijke commissaris, onvoldoende in staat is te functioneren als bestuurder van Care Group.

Hierbij lijkt ook een rol te spelen dat de Ondernemingskamer geen toekomst voor Davelaar bij Care Group ziet. Zij overweegt dat de tijdelijke commissaris – uiteraard – een minnelijke regeling mag beproeven en merkt daarbij op dat het voor de hand ligt dat Davelaar door Koster wordt uitgekocht. Hoewel de Ondernemingskamer zulks niet expliciet overweegt, lijkt die opmerking terug te slaan op de geconstateerde feiten met betrekking tot de verhoudingen in het aandelenbezit, de Overeenkomsten Koster, het ontbreken van dergelijke banden tussen Davelaar en Care Group, het ontslag door Davelaar en de daardoor getriggerte aanbiedingsplicht.⁹ Hierop wordt teruggekomen in par. 5.1.

4 Dit verzoek is merkwaardig: uit de Beschikking blijkt dat er nu juist geen sprake is van een rechtsgeldig schorsingsbesluit. Zie r.o. 2.11 en 3.4. Een gebod om zulks onder ogen te zien, had meer voor de hand gelegen.

5 Ook dit verzoek is merkwaardig: het feit dat Davelaar zelf ontslag heeft genomen is geen besluit dat aan (de aandeelhoudersvergadering van) Care Group is toe te rekenen. Een dergelijke rechtshandeling van Davelaar is niet aantastbaar in het kader van de enquêteprocedure (vgl. art. 2:356 sub a BW). Zie ook r.o. 3.4 van de Beschikking.

6 Dit verzoek is eveneens merkwaardig: het vernietigen van een besluit kan niet bij wijze van onmiddellijke voorziening. Zie Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure* (diss.RUG), (IVO-reeks nr. 105, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 14.2.1.

7 Hoewel de Ondernemingskamer wel eens het stemrecht op aandelen heeft geschorst, lijkt zij al jaren terug tot het inzicht te zijn gekomen dat het vanuit subsidiariteitsoverwegingen de voorkeur heeft om niet het stemrecht te schorsen maar in plaats daarvan de aandelen tijdelijk ten titel van beheer over te dragen. Zie Eikelboom (diss.), t.a.p., par. 13.5.6.2.

8 Het is overigens een misverstand dat een door de Ondernemingskamer tijdelijk aangestelde commissaris onafhankelijk zou zijn. Een dergelijke commissaris is partijdig en wel ten faveure van de vennootschap. Vgl. Eikelboom (diss.), t.a.p., par. 16.3.5.

9 In het licht van deze omstandigheden kan men zich afvragen of Davelaar het zelf ook wel reëel acht dat hij de controle over Care Group zou krijgen. Toch is dat de strekking van de door hem verzochte onmiddellijke voorzieningen. De reden hiervoor kan zijn dat hij Koster onder druk probeert te zetten om hem uit te kopen tegen de door Davelaar gewenste voorwaarden door (te dreigen om) hem de controle over Care Group te ontnemen. Zie hierover par. 5.1 en Eikelboom (diss.), t.a.p., 16.3.6.

4. Recht op informatie

Als aandeelhouders vragen stellen aan het bestuur van een BV, kan deze verplicht zijn om die vraag te beantwoorden. De grondslag van die plicht en het recht om vragen te stellen zijn (deels) afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Ten eerste verplicht (de tekst van) art. 2:217 lid 2 BW het bestuur om alle door de aandeelhoudersvergadering verlangde inlichtingen te verschaffen, tenzij een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet. Ten tweede kan de plicht (van het bestuur) van de vennootschap om zich jegens de aandeelhouders te gedragen naar hetgeen de redelijkheid en billijkheid vordert,¹⁰ afhankelijk van de omstandigheden van het geval, inhouden dat een of meer vragen van aandeelhouders worden beantwoord. Ten derde kan een dergelijke plicht in de statuten, of reglement zijn opgenomen. Ten vierde kan een dergelijke plicht zijn overeengekomen.

Deze vier gronden kunnen niet los van elkaar worden gezien. Zo geldt art. 2:217 lid 2 BW als zwaarwichtig uitgangspunt bij het bepalen van hetgeen de redelijkheid en billijkheid vordert.¹¹ Tevens wordt de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW deels ingekleurd door de statuten, reglementen en (aandeelhouders)overeenkomsten¹² en speelt de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW op haar beurt een rol bij de interpretatie van de statuten, reglementen en (aandeelhouders)overeenkomsten.¹³

Conflicten over het informatierecht van aandeelhouders spitsen zich vaak toe op het vraagstuk of er een plicht is voor het bestuur om vragen van individuele aandeelhouders te beantwoorden, of dat daarvan alleen sprake is als de aandeelhoudersvergadering (bij meerderheid) besluit om een vraag te stellen. En als individuele aandeelhouders vragen kunnen stellen, speelt in de praktijk ook nog het vraagstuk of deze plicht tevens geldt voor vragen die buiten de aandeelhoudersvergadering zijn gesteld.

Wat betreft aandeelhouders van een BV dient voor ogen te worden gehouden dat de Hoge Raad zich enkel nog heeft uitgesproken over het informatierecht van aandeelhouders van een beurs-NV. Op tekstueel niveau zijn de toepasselijke wettelijke bepalingen¹⁴ identiek, maar er is een belangrijk verschil. De NV-bepaling dient richtlijnconform te worden uitgelegd, namelijk conform art. 9 van de Richtlijn Aandeelhoudersrechten,¹⁵ althans als het gaat om beurs-NV's.¹⁶ Voor de BV-bepaling geldt dat niet.¹⁷ Met het oog op

10 Art. 2:8 lid 1 BW.

11 Zie Eikelboom (diss.), t.a.p., 4.5.2.2 en 4.5.2.3 met verdere vindplaatsen.

12 Zie Eikelboom (diss.), t.a.p., 4.3.1.3, 4.5.2.3 en 11.2.2 met verdere vindplaatsen.

13 Zie Eikelboom (diss.), t.a.p., 4.5.1.3.

14 Art. 2:107 lid 2 BW en art. 2:217 lid 2 BW.

15 Voluit: Richtlijn 2007/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen. Onlangs werd deze gewijzigd bij de Richtlijn 2017/828 van 17 mei 2017, *Pb EU L* 132.

16 De Richtlijn Aandeelhoudersrechten alleen ziet op beursvennootschappen.

17 Ik neem hier gemakshalve aan dat een beursgenoteerde vennootschap altijd een NV is, maar wijs op Bootsma, Hijink en In 't Veld, 'De eerste beurs-BV', *Ondernemingsrecht* 2016/111.

de identieke tekst, rechtseenheid en rechtszekerheid lijkt het voor de hand te liggen om deze bepalingen op identieke wijze uit te leggen, maar er kunnen steekhoudende redenen zijn om dat niet te doen. Een reden om de BV-bepaling niet richtlijnconform uit te leggen, is dat er bij een richtlijnconforme uitleg weinig ruimte is voor de redelijkheid en billijkheid.¹⁸ Een andere reden is dat de Richtlijn Aandeelhoudersrechten ziet op beurs-NV's en de aandeelhouders van een dergelijke vennootschap in een andere situatie verkeren dan de aandeelhouders van een daadwerkelijk besloten vennootschap.

De Hoge Raad oordeelde dat (i) uit art. 2:107 lid 2 BW (jo. art. 9 Richtlijn Aandeelhoudersrechten) volgt dat alle aandeelhouders van een beurs-NV het recht hebben om tijdens de aandeelhoudersvergadering vragen te stellen en, dat de vennootschap die vragen dient te beantwoorden; alsmede (ii) dat aandeelhouders daarbuiten geen recht hebben op het verstrekken van afzonderlijke informatie.¹⁹ Oordeel (ii) lijkt (ook) te zien op informatierechten die voortvloeien uit de redelijkheid en billijkheid en samen te hangen met de specifieke omstandigheden waarin een beursvennootschap opereert.²⁰ Omdat de redelijkheid en billijkheid afhankelijk is van de omstandigheden, impliceert dit dat er in andere omstandigheden wel een recht op informatie kan voortvloeien uit art. 2:8 lid 1 BW.

De Ondernemingskamer is in ieder geval die mening toegedaan blijkens de *JeeZet*-beschikking.²¹ Daarin oordeelde zij dat er bij een BV met een joint venture-karakter met drie aandeelhouders van wie er twee gezamenlijk optrekken en de meerderheid van de stemrechten in de algemene vergadering van aandeelhouders vertegenwoordigen en die tevens in het bestuur van de vennootschap voorzien, op het bestuur van de vennootschap een bijzondere zorgplicht rust jegens de minderheidsaandeelhouder die geen bestuurder is en jegens hem meer openheid dient te worden betracht met betrekking tot de informatie waarop een aandeelhouder als zodanig geen recht heeft.

In de Beschikking speelt de Ondernemingskamer het over de band van de Aandeelhoudersovereenkomst. Daarin is vastgelegd dat het bestuur alle informatie en gegevens betreffende de gang van zaken aan de 'aandeelhouders' zal verstrekken en met hen overleg zal plegen als zij dat nodig achten. Mede gezien het besloten karakter van Care Group ligt het voor de hand dat dit informatierecht ook buiten de aandeelhoudersvergadering bestaat, aldus de Ondernemingskamer.

Vervolgens stelt de Ondernemingskamer vast dat de Care Group (door toedoen van Koster) dit informatierecht herhaaldelijk heeft geschonden. De getroffen onmiddellijke voorzieningen zijn er aldus op gericht dat de Aandeelhoudersovereenkomst wordt nagekomen.²² Dat komt in de

praktijk vaker voor, hoewel de enquêteprocedure in beginsel geen nakomingsactie is.²³

5. De dynamiek van de strijd

5.1 De contouren van de strijd

Op basis van de Beschikking mag Davelaar verwachten dat hij binnenkort meer informatie ontvangt over de Care Group en de Overeenkomsten Koster. Het zal Davelaar echter om iets anders te doen zijn.

Enigszins cru gezegd: van informatie kan Davelaar geen boodschappen doen en ook zijn hypotheek niet betalen. Om inkomsten te verkrijgen – Davelaar is nog ver verwijderd van de AOW-leeftijd – zal hij elders aan de slag moeten. Bij het vinden van (passend) ander werk zal hij evenwel last ondervinden van het Concurrentiebeding. In de tussentijd wordt de aanspraak van Davelaar op achterstallige management fee niet voldaan. Tevens zal Davelaar willen dat Koster zijn aandelen koopt voor een zo hoog mogelijke prijs. Let wel, de Aandeelhoudersovereenkomst verplicht Davelaar om zijn aandelen aan te bieden, maar de in de Beschikking geciteerde tekst van deze overeenkomst lijkt geen plicht te bevatten voor Koster om deze aandelen ook te kopen.

Koster zal op zijn beurt waarschijnlijk ook van Davelaar af willen, maar tegen zo gering mogelijke kosten. De Ondernemingskamer overweegt ook expliciet dat het voor de hand ligt dat Koster Davelaar uitkoopt en dat ook over de management fee en het Concurrentiebeding een regeling wordt getroffen.²⁴ Een dergelijke regeling zou logischerwijs inhouden dat Davelaar een korting verleent op zijn management fee aanspraken en prijs voor de aandelen, als hij wordt bevrijd van het Concurrentiebeding.

Partijen hebben daarover blijkbaar nog geen overeenstemming kunnen bereiken. Daarbij speelt mogelijk een rol dat Koster rustig lijkt te kunnen afwachten en Davelaar onder tijdsdruk staat, hetgeen een prijsdrukkend effect heeft.²⁵ Met zijn enquêteverzoek lijkt Davelaar de druk te willen opvoeren in de hoop dat Koster daardoor wordt bewogen tot dan een gunstigere afscheidregeling.²⁶

5.1 Tussen de regels van de Beschikking

Als bestuurder van Care Group zal Davelaar ongetwijfeld hebben geweten van de Overeenkomsten Koster. De Beschikking vermeldt niet dat Davelaar (aanvoerde dat hij) daarvan recent plotseling kennis nam.

18 Zie hierover Eikelboom (diss.), t.a.p., par. 7.2.4 en 7.4.

19 HR 9 juli 2010, NJ 2010/544, m.nt. Van Schilfgaarde, JOR 2010/228, m.nt. Van Ginneken (*ASMI-I*).

20 Zie de conclusie van de A-G onder 3.6.6.

21 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 6 juni 2011, JOR 2011/282, m.nt. Blanco Fernandez (*JeeZet*), r.o. 3.24.

22 Vgl. art. 3:299 BW en art. 3:300 BW.

23 Zie hierover meer uitgebreid Eikelboom (diss.), t.a.p. p. 103 in fine, par. 11.2.2 en 11.3.6 met verdere vindplaatsen.

24 Het komt geregeld voor dat de Ondernemingskamer in haar beschikkingen de mogelijkheid van een minnelijke regeling noemt. Meestal laat zij zich niet uit over de oplossingsrichting, maar een enkele keer doet zij dat wel. Zie Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 april 2005, ARO 2005/77 (*Dolphin Watercompany*). Zie daarover uitgebreid Eikelboom (diss.), t.a.p., par. 9.2.2.6. Zie ook Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 juni 2010, ARO 2010/93 (*BAE Holding*) en 2 april 2013, JOR 2013/204 (*New Look Holding*).

25 Hetgeen illustreert dat niet onderhandelen in zekere zin ook een onderhandelingsactiek is in dit soort geschillen.

26 Zie ook hetgeen in par. 3 werd opgemerkt over de strekking van de verzochte onmiddellijke voorzieningen en par. 5.1, alsmede Eikelboom (diss.), t.a.p., 16.3.6 en Slotwoord onder B.

Ook vermeldt de Beschikking niet dat Davelaar (aanvoerde dat hij) voor het conflict ontstond de Overeenkomsten Koster reeds aan de kaak stelde. De verklaring daarvoor is mogelijk dat Davelaar ermee kon leven dat Koster via de Overeenkomsten Koster de (latente) winst van Care Group afroemde, zolang hij ook zijn deel kreeg in de vorm van zijn management fee.²⁷ Het komt vaker voor dat aandeelhouders de (latente) winst niet als dividend uitkeren, maar er om uiteenlopende redenen voor kiezen deze via (voor hen gunstige) overeenkomsten naar zich toe te halen. Veelal is daar niets mis mee, zolang de aandeelhouders (en de fiscus) ermee instemmen. Er ontstaan evenwel problemen, als – zoals in de onderhavige casus – een van de aandeelhouders van de geldstroom wordt afgesloten, omdat 'zijn' overeenkomst wordt beëindigd en hij er daarom een belang bij krijgt dat de latente winst als dividend wordt uitgekeerd.

Als de feiten inderdaad zo liggen, is het informatieverzoek van Davelaar een poging om een dossier op te bouwen dat hij als minderheidsaandeelhouder onvoldoende wordt geïnformeerd en dat Koster iets te verbergen heeft. Dergelijke feiten bieden voordelen in procedures tussen aandeelhouders.

Dat roept dan de vraag op waarom Koster de vragen van Davelaar niet gewoon heeft beantwoord en daarbij niet fijntjes opmerkte dat Davelaar deze informatie reeds in zijn bezit had, eerder (al dan niet stilzwijgend) instemde met de Overeenkomsten Koster en dat er geen plicht bestond om deze te herzien. Denkbaar is dat Koster – die Davelaar eenzijdig meende te kunnen schorsen – vond dat Davelaar zijn plaats moest kennen en zijn mond moest houden, of Koster met het oog op de in par. 5.1 geschetste onderhandelingsdynamiek wil uitstralen dat hij geen sjoerge geeft, maar tevens is denkbaar dat Koster vreesde dat hij geen goed antwoord had op de vragen van Davelaar. Wat daar ook van zij, het niet beantwoorden van deze vragen leidt tot het toewijzen van het enquêteverzoek. Aldus bezien, werkt het spel van Davelaar, althans voor nu.

5.1 De betrekkelijke waarde van de overwinning van Davelaar

De enquêteprocedure kent evenwel, evenals een voetbalwedstrijd, twee helften. Davelaar staat nu als het ware met 1-0 voor bij de rust. In de tweede helft krijgt Koster de mogelijkheid om de vragen van Davelaar alsnog te beantwoorden, te bepleiten dat de Overeenkomsten Koster (inder tijd) tegen zakelijke voorwaarden zijn gesloten en Davelaar overal van wist en overal mee instemde. Het zou niet voor het eerst zijn dat op die manier de verdediging de enquêteprocedure weet te winnen in de zin dat er uiteindelijk wordt geoordeeld dat er geen wanbeleid is.²⁸

27 Waarbij mogelijk ook een rol speelt de verhoudingen waarin de aandelen worden gehouden en het al dan niet reeds van toepassing van een of meer Overeenkomsten Koster toen Davelaar zich inkoocht.

28 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 april 2003 en 15 maart 2005, *JOR* 2003/166 en 2005/88 (*EMBA*); 10 december 2008 en 12 januari 2010, *JOR* 2009/38 en 2010/61, m.nt. De Bres (*AHAM*); 17 maart 2014, *ARO* 2014/61 en 8 december 2015, *ARO* 2016/14 (*Fuhler*).

Reeds om die reden zou de druk die van de Beschikking uitgaat voor Koster beperkt kunnen zijn (zie par. 5.1). Daarbij komt dat Koster in de dagelijkse gang van zaken bij Care Group (mogelijk) betrekkelijk weinig last zal ondervinden van de getroffen onmiddellijke voorziening. Een tijdelijk aangestelde commissaris heeft in beginsel slechts de bevoegdheid om inlichtingen te verlangen van het bestuur²⁹ en het bestuur te adviseren.³⁰ Andere bevoegdheden dienen in de statuten te worden toegekend,³¹ maar uit de Beschikking lijkt te volgen dat Care Group geen raad van commissarissen heeft, dus zou het niet verbazen als een regeling dienaangaande ontbreekt in de statuten.³² Het is voor Davelaar te hopen dat de tijdelijke commissaris een behendig bemiddelaar is en een regeling weet te bereiken.

6. Tot slot

Na al deze gedachten over de dynamiek van het geschil is het tijd voor een stapje terug om te reflecteren op de rol die procederen voor de overheidsrechter speelt bij de beslechting van aandeelhoudersgeschillen. In de kern draait het onderhavige geschil om de voorwaarden waarop Davelaar zijn betrokkenheid bij Care Group kan afwikkelen. De onderhavige enquêteprocedure draait echter om iets dat (hooguit) bijzaak is in dat geschil, namelijk de informatievoorziening aan Davelaar (en wel met betrekking tot feiten die hij waarschijnlijk kent). Het voordeel dat Davelaar daarmee weet te bereiken, dient blijkbaar om Koster onder druk te zetten om tegemoet te komen aan de wensen van Davelaar. Als Koster echter ongevoelig is voor die druk, gebeurt er niets. Is dat nu een gang van zaken die het predicaat 'recht' verdient?³³ Je denkt daarbij toch eerder aan de situatie dat de rechter aan de hand van het recht komt tot een oordeel op het punt dat partijen (daadwerkelijk) verdeeld houdt. Iedere partij krijgt zo waar hij recht op heeft. Het desbetreffende oordeel kan vervolgens ten uitvoer worden gelegd tegen de wil van de verliezende partij, desnoods met gebruikmaking van het geweldsmonopolie van de overheid. In die zin is het wijdverbreide enthousiasme over de enquêteprocedure als middel om aandeelhoudersgeschillen te beslechten onterecht. Het probleem is echter dat Davelaar niet een enkele procedure ter beschikking lijkt te staan waarin hij de rechter kan laten bepalen op welke voorwaarden hij zijn samenwerking met Koster kan beëindigen. De rechter kan weliswaar oordelen over de achterstallige management fee vordering, beoordelen of Koster de aandelen van Davelaar moet overnemen,³⁴ tegen welke prijs en bepalen of de Overeenkomsten Koster een billijke verhoging van de koopprijs

29 Art. 2:251 BW.

30 Art. 2:250 lid 2 BW.

31 Art. 2:250 lid 3 BW.

32 Overigens zouden de bevoegdheden van de tijdelijke commissaris kunnen worden uitgebreid door middel van de onmiddellijke voorziening tijdelijke afwijken van bepalingen van de statuten. Zie Eikelboom (diss.), t.a.p., par. 13.5.4.

33 Zie ook Eikelboom (diss.), t.a.p., Slotwoord onder B.

34 Ik laat hier nog buiten beschouwing dat een dergelijke vordering met veel moeilijkheden is omgeven. Zie daarover Schreurs, 'De herziene geschillenregeling en de lange weg naar een vennootschappelijk scheidingsrecht', *WPNR* 2017/7158 met verdere vindplaatsen.

rechtvaardigen,³⁵ maar het is minder evident welke rechtsgrond Davelaar kan invoeren om bevrijd te worden uit het Concurrentiebeding. Mogelijk kan Davelaar zich bevrijden van het Concurrentiebeding door de Aandeelhoudersovereenkomst te ontbinden op grond van wanprestatie met betrekking tot zijn informatierechten, maar die mogelijkheid wordt veelal uitgesloten. Denkbaar is voorts dat de redelijkheid en billijkheid vordert dat Care Group en Koster een aanbod van Davelaar accepteren om hem in ruil voor een passende vergoeding te ontslaan uit het Concurrentiebeding,³⁶ maar dat lijkt een *long shot*. Hetzelfde geldt voor het eisen van een billijke verhoging van de koopprijs voor de aandelen vanwege de weigering om Davelaar te bevrijden van het Concurrentiebeding, nu voor een dergelijke verhoging met name aanleiding bestaat indien de waarde van de aandelen is gedaald door onrechtmatig handelen.³⁷ De wetgever kan worden aangekeken dat geen geschikte procedure voorhanden is, maar het is uiteindelijk Davelaar zelf die zich in deze positie heeft gemanoeuvreerd.

De les die uit dit alles te trekken is, is dat Davelaar beter had moeten nadenken voor hij zich committeerde aan de Aandeelhoudersovereenkomst. Gezien de verhoudingen waarin de aandelen werden gehouden, had Davelaar er rekening mee moeten houden dat hij in geval van een geschil met Koster als bestuurder het veld zou moeten ruimen. Hij had zich moeten afvragen hoe hij dan financieel zijn hoofd boven water zou houden en zich moeten realiseren dat zijn belang om snel van het Concurrentiebeding af te komen zijn onderhandelingspositie met betrekking tot overige punten zou ondermijnen. Een oplossing zou zijn geweest om te bepalen dat Davelaar na zijn ontslag als bestuurder alleen aan het Concurrentiebeding zou zijn gebonden als Koster binnen een bepaalde periode zijn aandelen had overgenomen. Of om te bepalen dat Davelaar in het geval hij zijn aandelen moest aanbieden de bevoegdheid had om zich te bevrijden van het Concurrentiebeding tegen betaling van een bepaald bedrag, welke opeisbaar wordt op het moment van de overdracht van de aandelen.

35 Zie art. 2:343 BW en Eikelboom, 'Waardebepalingsclausules en billijke verhoging van de prijs van de aandelen', *TOP* 2014/1.

36 Vgl. HR 11 juli 2008, *NJ* 2011/185, m.nt. Heerma van Voss (*Stoof/Mammoet*). Zie ook Eikelboom (diss.), t.a.p., par. 4.4.5.

37 Timmerman, 'Hartkamp en afgeleide schade', in: *Hartkampvarianties*, Deventer: Kluwer 2006, en 'Pragmatisch denken over afgeleide schade', *WPNR* 2013/6962, p. 115-118.