

JOR 2016/194 Gerechtshof Amsterdam, 28-04-2016, 200.174.769/01 OK, 200.174.769/02 OK, 200/174.769/04 OK, ECLI:NL:GHAMS:2016:1627
Enquêteprocedure, Impasse binnen organen doorbroken, Door uitkomst biedingsproces is herfinanciering gerealiseerd, Belang bij openheid van zaken over situatie in verleden blijft echter bestaan, Onderzoek bevolen, Beëindiging van onmiddellijke voorzieningen, Vervolg op OK 27 oktober 2015, «JOR» 2016/60, m.nt. Van Thiel

Wetsbepaling(en):

[BW BOEK 2 artikel 350](#)

Ook gepubliceerd in:

[ECLI:NL:GHAMS:2016:1627](#), [JONDR 2016/792](#), [OR-Updates.nl 2016-0155](#) , [ARO 2016/133](#)

JOR 2016/194, Gerechtshof Amsterdam, 28-04-2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1627, 200.174.769/01 OK, 200.174.769/02 OK en 200.174.769/04 OK (annotatie)

Inhoudsindicatie

Enquêteprocedure, Impasse binnen organen doorbroken, Door uitkomst biedingsproces is herfinanciering gerealiseerd, Belang bij openheid van zaken over situatie in verleden blijft echter bestaan, Onderzoek bevolen, Beëindiging van onmiddellijke voorzieningen, Vervolg op OK 27 oktober 2015, «JOR» 2016/60, m.nt. Van Thiel

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Gegevens

Instantie	Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)
Datum uitspraak	28-04-2016
Publicatie	JOR 2016/194 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 7-8, 2016
Annotator	<ul style="list-style-type: none">• mr. S.C.M. van Thiel
ECLI	ECLI:NL:GHAMS:2016:1627
Zaaknummer	200.174.769/01 OK, 200.174.769/02 OK en 200.174.769/04 OK <ul style="list-style-type: none">• ECLI:NL:GHAMS:2016:1627• OR-Updates.nl 2016-0155• ARO 2016/133• JONDR 2016/792
Overige publicaties	
Rechtsgebied	Ondernemingsrechtpraktijk
Rubriek	Ondernemingsrecht
Rechters	<ul style="list-style-type: none">• mr. Makkink• mr. Broekhuijsen-Molenaar

- mr. Tillema
- drs. Baart
- drs. Van den Belt

1. BSGR Holdings Coöperatie UA te Amsterdam,
verzoekster in de zaak 200.174.769/01 OK,
advocaat: mr. M.E.C. Lok,
2. International Mineral Resources BV te Amsterdam,
verzoekster in de zaken 200.174.769/02 OK en 200.174.769/04 OK,
advocaten: mr. W.P. Wijers en mr. M.N. van Dam,
en tegen
Cunico Resources NV te Amsterdam,
verweerster,
advocaten: mr. A.R.J. Croiset van Uchelen, mr. Ch. E. Honée en mr. S.B. Garcia Nelen,
en tegen

Partijen

1. BSGR Holdings Coöperatie UA te Amsterdam,
belanghebbende in de zaken 200.174.769/02 OK en 200.174.769/04 OK,
advocaat: mr. M.E.C. Lok,
2. International Mineral Resources BV te Amsterdam,
belanghebbende in de zaak 200.174.769/01 OK,
advocaten: mr. W.P. Wijers en mr. M.N. van Dam,
en tegen
1. J.H. Holsboer te Huizen,
2. R.J. Meuterte Bussum,
belanghebbenden,
advocaten: mr. A.R.J. Croiset van Uchelen, mr. Ch. E. Honée en mr. S.B. Garcia Nelen.

Regelgeving

- BW Boek 2 - 350

Samenvatting

In de beschikking van 2 september 2015 heeft de OK overwogen dat de verhouding tussen BSGR en IMR dusdanig verstoord is dat de organen van Cunico niet meer naar behoren functioneren, waardoor de besluitvorming is gestagneerd, een eenduidige strategie en een eenduidig beleid om de financiële problemen het hoofd te bieden ontbreekt en de continuïteit van de onderneming in gevaar is en dat dit gegronde redenen oplevert om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Cunico te twijfelen. Hieruit volgt reeds dat er aanleiding is een onderzoek te gelasten. Dat de situatie inmiddels, als uitvloeisel van de getroffen onmiddellijke voorzieningen, anders is, doet hieraan niet af. BSGR houdt belang bij openheid van zaken met betrekking tot de situatie zoals die zich in het verleden heeft voorgedaan. De OK gelast derhalve een onderzoek over de periode van 1 januari 2014 tot 2 september 2015, de datum van de eerste beschikking.

De OK zal het verzoek van IMR toewijzen in die zin dat de bij de beschikking van 2 september 2015 getroffen onmiddellijke voorzieningen zullen worden beëindigd. Deze voorzieningen dienen thans niet meer het doel waarvoor ze zijn getroffen; de impasse binnen de organen van Cunico is doorbroken door de uitkomst van het biedingsproces, waarmee herfinanciering van Cunico is gerealiseerd. De omstandigheid dat BSGR als gevolg van de verwatering thans minderheidsaandeelhouder is geworden en dat er vermogensrechtelijke geschillen bestaan (in het bijzonder met betrekking tot de door BSGR verstrekte lening van \$ 9 miljoen en de eerder verstrekte aandeelhoudersleningen), is op zichzelf geen reden de voorzieningen te handhaven.

Uitspraak

1. Het verloop van de geding

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

- BSGR Holdings Coöperatie U.A. met BSGR;
- International Mineral Resources B.V. met IMR;
- Cunico Resources N.V. met Cunico;
- Jan Hendrik Holsboer met Holsboer;
- Robert Jacob Meuter met Meuter;
- Holsboer en Meuter gezamenlijk met de OK-functionarissen.
- Jeremy Neads met Neads;
- Johannes Jacobus Meijer met Meijer.

1.2. Voor het verloop van de procedure verwijst de Ondernemingskamer naar haar beschikkingen van 2 (september 2015, «JOR» 2016/59; *red.*) en 3 september 2015 (met zaaknummers 200.174.769/01 OK en 200.174.769/02 OK en van 27 oktober 2015 («JOR» 2016/60, m.nt. Van Thiel; *red.*) (met zaaknummer 200.174.769/03 OK).

1.3. Bij de beschikkingen van 2 en 3 september 2015 heeft de Ondernemingskamer, voor zover thans van belang, bij wijze van onmiddellijke voorzieningen en vooralsnog voor de duur van het geding:

- Holsboer benoemd als bestuurder van Cunico met beslissende stem en zelfstandige bevoegdheid;
- bepaald dat 5% van de door BSGR en 5% van de door IMR gehouden aandelen in het kapitaal van Cunico ten titel van beheer zijn overgedragen aan Meuter.

De beslissing op de verzoeken van BSGR en van IMR tot het gelasten van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Cunico is in de beschikking van 2 september 2015 aangehouden en BSGR en IMR zijn in de gelegenheid gesteld zich bij akte/verweerschrift uit te laten over – onder meer – de beoogde reikwijdte van het verzochte onderzoek.

1.4. BSGR en IMR hebben op 24 september 2015 elk een akte/verweerschrift met productie(s) ingediend.

1.5. Bij de beschikking van 27 oktober 2015 heeft de Ondernemingskamer, met het oog op een door de OK-functionarissen georganiseerd biedingsproces, bij wijze van nadere onmiddellijke voorzieningen bepaald:

- dat, voor zover nodig in afwijking van de statuten van Cunico, het bestuur van Cunico, zonder dat een daartoe strekkend besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders noodzakelijk is, bevoegd is tot uitgifte van aandelen in het kapitaal van Cunico aan de reflecterende aandeelhouder, met uitsluiting van het voorkeursrecht van de andere aandeelhouder van Cunico;
- dat Holsboer, voor zover nodig in afwijking van de statuten van Cunico, bevoegd is om, zonder zijn medebestuurders te informeren en te consulteren, zelfstandig en met uitsluiting van die bestuurders

bindende bestuursbesluiten te nemen en overige (rechts)handelingen te verrichten, die nodig zijn voor de uitvoering en de afwikkeling van het biedingsproces en de emissie;

– dat Holsboer bevoegd is om een bedrag van € 1,5 miljoen in escrow te plaatsen, tot zekerheid van de kosten van advies en verweer in rechte van Cunico, Holsboer en Meuter.

1.6. Bij brief van 25 januari 2016 van mr. Wijers heeft IMR (a) verzocht de bij de beschikkingen van (de Ondernemingskamer leest:) 2 september 2015 en 27 oktober 2015 getroffen onmiddellijke voorzieningen te beëindigen en (aldus) de OK-functionarissen uit hun functie te ontheffen en (b) te kennen gegeven – zoals zij ter zitting nader heeft toegelicht – haar eigen enquêteverzoek alleen te handhaven voor zover BSGR haar enquêteverzoek handhaaft en op dat verzoek positief wordt beslist.

1.7. Bij e-mailbericht van 29 januari 2016 heeft mr. Garcia Nelen namens de OK-functionarissen bericht dat deze instemmen met (het verzoek van IMR tot) beëindiging van de onmiddellijke voorzieningen, met dien verstande dat het bedrag van € 1,5 miljoen vooralsnog in *escrow* zal blijven en dat zij zich refereren aan het oordeel van de Ondernemingskamer ten aanzien van de voorwaardelijke intrekking door IMR van haar enquêteverzoek.

1.8. Bij brief van 1 februari 2016 van mr. Lok heeft BSGR laten weten zich niet te kunnen vinden in het verzoek tot beëindiging van de onmiddellijke voorzieningen en/of beëindiging van de enquêteprocedure.

1.9. De verzoeken van BSGR en IMR tot het gelasten van een enquête (wat IMR betreft voor zover dat verzoek is gehandhaafd) en het verzoek van IMR tot beëindiging van de onmiddellijke voorzieningen zijn behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 31 maart 2016. De advocaten hebben de standpunten van de onderscheiden partijen toegelicht aan de hand van overgelegde aantekeningen en wat IMR betreft onder overlegging van op voorhand toegezonden nadere producties. De aanwezigen hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt. Conform ter zitting gemaakte afspraak heeft mr. Wijers op 11 april 2016 – zonder commentaar – de Ondernemingskamer nog een aantal stukken toegezonden, te weten het op 8 april 2016 uitgesproken vonnis in het tussen BSGR enerzijds en Cunico en IMR anderzijds gevoerde kort geding, de *letter of undertaking* van BSGR van 15 oktober 2015 (reeds door IMR overgelegd als bijlage 5) en de *letter of undertaking* van IMR van 18 december 2015.

2. De feiten

2.1. De Ondernemingskamer handhaaft de opsomming van feiten, zoals weergegeven onder 2 van de beschikkingen van 2 september 2015 en 27 oktober 2015. De Ondernemingskamer voegt hieraan de volgende feiten toe.

2.2. Nadat de Ondernemingskamer in de beschikking van 27 oktober 2015 had bepaald dat het biedingsproces op de voet van de *Proces Letter* van 8 oktober 2016 doorgang kon vinden, hebben partijen op 15 oktober 2016 biedingen gedaan en vervolgens, op 5 november 2016, verzocht het biedingsproces op te schorten in verband met overleg tussen partijen gericht op een minnelijke regeling.

2.3. De OK-functionarissen hebben hierin bewilligd op voorwaarde dat BSGR en IMR, naast de onder de *Process Letter* door elk van hen reeds verstrekte lening aan Cunico van USD 5 miljoen, elk (op dezelfde voorwaarden) nog eens USD 4 miljoen aan Cunico te leen te verstrekken. Dit hebben partijen gedaan. De *Process Letter* houdt dienaangaande onder meer in: “(...) this amount is to be considered as an advance payment in respect of the capital contribution to be made by the shareholder ultimately selected for the Transaction (...). Immediately following the completion of Transaction with the selected shareholder, the Diluted Shareholder will be paid back the amount of the advance payment, without interest.”

2.4. Omdat partijen niet tot overeenstemming kwamen, is het biedingsproces hervat. Inmiddels was – buiten de OK-functionarissen om – in de bedrijfsvoering van de dochtervennootschappen een

aanzienlijke kostenbesparing gerealiseerd door twee van de vier smelters (in Macedonie en Kosovo) te sluiten. Er was om die reden een lager bedrag nodig dan aanvankelijk voorzien om de financiële problemen van Cunico het hoofd te bieden.

2.5. Het (laatste) bod van BSGR was inmiddels verlopen. Dat van IMR nog niet, maar IMR deed op 12 december 2015 in het licht van de onder 2.4 genoemde gewijzigde omstandigheden een aangepast bod. De OK-functionarissen hebben ingestemd met aanpassing van het bod. Zij hebben BSGR in de gelegenheid gesteld ook een aangepast bod uit te brengen, maar BSGR heeft hiervan afgezien.

2.6. Op 18 december 2015 is het biedingsproces ten einde gekomen door de uitgifte van nieuwe aandelen Cunico aan IMR, tegen een kapitaalstorting van USD 8,5 miljoen (17,5-9) alsmede een storting van USD 66,5 miljoen op een *escrow account* welk bedrag gebruikt kan worden ter voldoening aan de financiële verplichtingen van de Cunico-groep en beschikbaar blijft tot en met 31 december 2016. De aftrek van USD 9 miljoen betreft verrekening met de vordering uit hoofde van de onder 2.3 bedoelde lening.

2.7. IMR houdt (samen met groepsvennootschap Summerside Sarl) als gevolg van de emissie thans 90,11% van het totale geplaatste aandelenkapitaal van Cunico. BSGR houdt 9,89%. Bestuurders van Cunico zijn thans – naast Holsboer – Hervé Poncin (benoemd op de aandeelhoudersvergadering van 15 januari 2016; hij is tevens statutair bestuurder van Summerside Sarl), Neads (IMR vertegenwoordiger) en Meijer (BSGR vertegenwoordiger).

2.8. BSGR heeft in kort geding terugbetaling gevorderd van (onder meer) de door haar verstrekte lening van USD 9 miljoen. Cunico heeft zich in dat kort geding op een opschortingsrecht beroepen. Bij vonnis van 8 april 2016 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam de vordering van BSGR afgewezen.

3. De gronden van de beslissing

3.1. Allereerst dient te worden beslist op het (gehandhaafde) verzoek van BSGR tot het gelasten van een onderzoek en, indien dit toewijsbaar is, tevens op het voorwaardelijke enquêteverzoek van IMR. Dit dient te worden gedaan op basis van de in de beschikking van 2 september 2015 vermelde stukken en de akten/verweerschriften van 24 september 2015. Met die akten/verweerschriften is het debat over de reikwijdte van het (toen nog door beide partijen gewenste) onderzoek afgerond, zoals ook aan de orde is geweest bij gelegenheid van de mondelinge behandeling van de verzoeken die hebben geleid tot de beschikking van 27 oktober 2015 (zie rechtsoverweging 1.6 van die beschikking).

3.2. IMR heeft zich in haar akte/verweerschrift beroepen op het ontbreken van een bezwarenbrief van de kant van BSGR. Dit verweer faalt omdat dit verweer slechts aan de vennootschap toekomt en IMR zelf voldoende op de hoogte was van de bezwaren van BSGR.

3.3. In de beschikking van 2 september 2015 heeft de Ondernemingskamer – na weergave van de stellingen van partijen in de rechtsoverwegingen 3.1 en 3.2 – overwogen dat de verhouding tussen BSGR en IMR dusdanig verstoord is dat de organen van Cunico niet meer naar behoren kunnen functioneren, waardoor de besluitvorming is gestagneerd, een eenduidige strategie en een eenduidig beleid om de financiële problemen het hoofd te bieden ontbreekt en de continuïteit van de onderneming in gevaar is en dat dit gegronde redenen oplevert om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Cunico te twijfelen. Hieruit volgt reeds dat er aanleiding is een onderzoek te gelasten. Dat de situatie inmiddels, als uitvloeisel van de getroffen onmiddellijke voorzieningen, anders is, doet hieraan niet af. BSGR behoudt belang bij openheid van zaken met betrekking tot de situatie zoals die zich in het verleden heeft voorgedaan, zoals zij ook heeft aangevoerd. Het verzoek van BSGR is derhalve toewijsbaar. Hiermee treedt de voorwaarde die IMR aan haar verzoek heeft verbonden in werking, en dient derhalve ook dit verzoek te worden beoordeeld. Ook dit verzoek is, op dezelfde grond, toewijsbaar.

3.4. Zoals de Ondernemingskamer in de beschikking van 2 september 2015 heeft overwogen kan voor het oordeel dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Cunico

te twifelen in het middel blijven wat de rol van ieder der partijen afzonderlijk hierin is en of de over en weer gemaakte verwijten terecht zijn. De Ondernemingskamer zal een onderzoek gelasten over de periode vanaf 1 januari 2014 tot 2 september 2015, de datum van de eerste beschikking. Met betrekking tot de reikwijdte van het onderzoek geldt het volgende.

3.5. Zowel BSGR als IMR stellen zich constructief te hebben opgesteld in de periode waarop het onderzoek betrekking zal hebben en verwijten de ander zich niet constructief te hebben opgesteld. In het licht daarvan ligt voor de hand dat het onderzoek zich met name zal richten op:

- de oorzaken van de bedrijfseconomische en financiële problemen van Cunico;
- de rol van beide joint venture partners, zowel op het niveau van het bestuur als op dat van de aandeelhoudersvergadering, bij het vinden van oplossingen voor deze problemen;
- de opstelling van elk van beide partijen tegenover de initiatieven van de ander;
- perikelen rond de benoeming en het functioneren van Meijer als bestuurder van Cunico namens IMR;
- onenigheid over een aan Daskalakas verleende volmacht om Cunico te vertegenwoordigen.

Het is aan de onderzoeker te bezien aan welke (deel)onderwerpen hij – mede gelet op het beschikbare budget – in dat kader zijn tijd het beste kan besteden. De kosten van het onderzoek komen ten laste van Cunico. In hun onderscheidelijke akte/verweerschrift van 24 september 2015 hebben BSGR en IMR elk toegezegd om, indien en voor zover Cunico financieel niet in staat blijkt de kosten van het onderzoek te voldoen, elk voor € 50.000 garant te staan voor die kosten.

3.6. IMR heeft, onder verwijzing naar de (onder 2 vermelde) gebeurtenissen die zich na de beschikking van 27 oktober 2015 hebben afgespeeld, verzocht de getroffen onmiddellijke voorzieningen te beëindigen. BSGR heeft zich hiertegen verzet. Zij voert aan dat het geschil tussen BSGR en IMR niet is afgedaan, dat beëindiging voorbarig zou zijn en Cunico in een onduidelijke en onzekere positie zou achterlaten. Volgens BSGR voldoen Cunico en IMR niet aan bestaande verplichtingen en BSGR twijfelt aan de mogelijkheden van Cunico aan toekomstige verplichtingen te voldoen. Cunico heeft, in strijd met de in de *Process Letter* van 8 oktober 2015 neergelegde voorwaarden, de door BSGR verstrekte interim financiering van USD 9 miljoen niet terugbetaald. Als de OK-functionarissen Cunico verlaten, heeft zij geen mogelijkheid meer IMR/Cunico ertoe te bewegen de afspraak na te komen, aldus BSGR. Daarbij komt dat zij een vordering heeft op Cunico uit hoofde van onder meer – uiterlijk eind dit jaar opeisbare – aandeelhoudersleningen van USD 108 miljoen. Het ziet ernaar uit dat Cunico onvoldoende verhaal biedt, waardoor ook vragen kunnen worden gesteld over de lange termijn continuïteit van Cunico. Voor de betaling van de aandeelhoudersleningen moet naar de mening van BSGR met behulp van de OK-functionarissen een oplossing worden gezocht. Bij pleidooi heeft BSGR de kwetsbaarheid van haar positie als minderheidsaandeelhouder nog benadrukt.

3.7. De OK-functionarissen hebben zich bij het verzoek tot beëindiging van de onmiddellijke voorzieningen aangesloten. Volgens hen zijn de gronden waarop de voorzieningen blijkens de beschikking van 2 september 2015 berusten komen te vervallen. Zij stemmen eveneens in met het verzoek tot beëindiging van de in de beschikking van 27 oktober 2015 getroffen onmiddellijke voorzieningen. Naar zij ter zitting hebben toegelicht is het aanvankelijk in escrow geplaatste bedrag van € 1,5 miljoen inmiddels ondergebracht in een stichting zodat opheffing van de onmiddellijke voorzieningen hierop geen invloed heeft.

3.8. IMR en Cunico hebben de (opeisbaarheid van de) door BSGR gestelde vorderingen betwist en zij menen dat de bezwaren van BSGR, wat hier van zij, in ieder geval geen grond kunnen vormen voor het laten voortduren van de onmiddellijke voorzieningen.

3.9. De Ondernemingskamer zal het verzoek van IMR toewijzen in die zin dat de bij de beschikking van 2 september 2015 getroffen onmiddellijke voorzieningen zullen worden beëindigd. Deze voorzieningen

dienen thans niet meer het doel waarvoor ze zijn getroffen; de impasse binnen de organen van Cunico is doorbroken door de uitkomst van het biedingsproces, waarmee herfinanciering van Cunico is gerealiseerd. De omstandigheid dat BSGR als gevolg van de verwatering thans minderheidsaandeelhouder is geworden en dat er vermogensrechtelijke geschillen bestaan (in het bijzonder met betrekking tot de door BSGR verstrekte lening van USD 9 miljoen en de eerder verstrekte aandeelhoudersleningen), is op zichzelf geen reden de voorzieningen te handhaven.

3.10. De Ondernemingskamer ziet aanleiding de kosten te compenseren aldus dat iedere partij haar eigen kosten draagt.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Cunico Resources N.V. over de periode vanaf 1 januari 2014 tot 2 september 2015;

benoemt een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon teneinde het onderzoek te verrichten;

stelt het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten vast op € 100.000, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen;

bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van Cunico Resources N.V. en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoeker voor de aanvang van diens werkzaamheden zekerheid dient te stellen;

benoemt mr. M.M.M. Tillema tot raadsheer-commissaris, zoals bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW;

beëindigt de bij de beschikking van 2 september 2015 getroffen onmiddellijke voorzieningen;

compenseert de kosten van het geding tussen de verschenen partijen aldus dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. Deze beschikking is het vervolg in de enquêteprocedure met betrekking tot Cunico Resources N.V. De OK beveelt het onderzoek maar beëindigt de eerder getroffen onmiddellijke voorzieningen omdat de impasse inmiddels is doorbroken.

2. Cunico, een internationale producent van ferronikkel, heeft twee aandeelhouders, BSGR en IMR. Zij hielden oorspronkelijk beide 50% van de aandelen. De financiële situatie bij Cunico werd in 2015 zo slecht dat er acuut nieuw kapitaal nodig was om te overleven. Echter, een impasse tussen BSGR en IMR stond hieraan in de weg. Die impasse was op zich atypisch omdat beide aandeelhouders graag wilden investeren, daar waar in het typische geval slechts één aandeelhouder die bereidheid heeft maar door de andere(n) aandeelhouder(s) geblokkeerd wordt vanwege de verwatering die zal plaatsvinden. Niettemin was er sprake van een impasse, zowel in het bestuur als in de algemene vergadering, waardoor de noodzakelijke besluitvorming achterwege bleef terwijl de continuïteit in gevaar was. Dat is in het algemeen voldoende reden voor de OK om in te grijpen door onmiddellijke voorzieningen, zo ook in dit geval. Overigens waren ook partijen het over de noodzaak van onmiddellijke voorzieningen eens en hadden zij deze gezamenlijk verzocht. Aldus benoemde de OK een tijdelijk bestuurder met doorslaggevende stem en werd van beide aandeelhouders een aandelenbelang van 5% aan een door de

OK benoemde beheerder overgedragen (OK 2 september 2015, «JOR» 2016/59). Vervolgens probeerden deze OK-functionarissen de impasse te doorbreken door een biedingsproces tussen de twee aandeelhouders te organiseren. IMR verzette zich hiertegen, maar zonder succes. De OK steunde de aanpak van haar functionarissen en maakte met aanvullende onmiddellijke voorzieningen de weg voor de biedingsstrijd vrij (OK 27 oktober 2015, «JOR» 2016/60). In mijn annotatie bij die beschikking heb ik daar enkele kanttekeningen bij geplaatst.

3. Uit de onderhavige beschikking blijkt hoe het vervolgens is verlopen. De OK-functionarissen hebben het biedingsproces in werking gezet en IMR werd verkozen. Zij mocht haar belang in Cunico middels een uitgifte uitbreiden naar iets meer dan 90% tegen een investering van bijna € 85 miljoen. BSGR verwaterde naar een belang van iets minder dan 10% en is dus sindsdien een minderheidsaandeelhouder. Na de uitgifte verzoekt IMR de OK om de getroffen onmiddellijke voorzieningen te beëindigen. Voorts geeft IMR aan dat zij haar voorwaardelijke enquêteverzoek alleen handhaaft voor zover BSGR haar enquêteverzoek handhaaft en daarop door de OK positief is beslist. BSGR handhaaft haar enquêteverzoek en dus dient de OK over beide enquêteverzoeken te beslissen, te beginnen bij die van BSGR. IMR voert onder meer het verweer dat BSGR niet-ontvankelijk is in haar verzoek omdat BSGR nooit de vereiste bezwarenbrief van art. 2:349 lid 1 BW heeft gezonden. De OK overweegt dat dit verweer slechts aan de vennootschap toekomt. Dat is in lijn met HR 30 maart 2007, «JOR» 2007/138, m.nt. Josephus Jitta (*ATR Leasing*): *“De tekst en de strekking van art. 2:349 lid 1 BW brengen mee dat (het bestuur van) de betrokken rechtspersoon niet onverhoeds met een dergelijk verzoek mag worden geconfronteerd en voldoende gelegenheid moet hebben gekregen de bezwaren te onderzoeken en, zo mogelijk, maatregelen te nemen om daaraan tegemoet te komen. Deze bepaling strekt ertoe de belangen van de rechtspersoon te beschermen. Een daarop gebaseerd verweer kan daarom slechts gevoerd worden door, en komt dus alleen toe aan, de betrokken rechtspersoon”* (r.o. 3.3). Het enquêteverzoek van BSGR wordt vervolgens toegewezen. Het feit dat er sprake was van een impasse die de besluitvorming deed stagneren terwijl de continuïteit in gevaar was, levert reeds gegronde redenen op. Dit is in lijn met de impassejurisprudentie die ik in mijn annotatie bij «JOR» 2016/60 heb aangehaald. Dat de impasse inmiddels is doorbroken, staat aan de toewijzing van het enquêteverzoek niet in de weg. BSGR behoudt belang bij openheid van zaken met betrekking tot de situatie die zich in het verleden heeft voorgedaan (vgl. HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. Maeijer (*Ogem II*), r.o. 4.1). Het voorwaardelijke enquêteverzoek van IMR wordt op dezelfde gronden toegewezen. Ten slotte komt het verzoek van IMR tot beëindiging van de onmiddellijke voorzieningen aan de orde. IMR wil van deze voorzieningen af en dat is vanuit haar perspectief natuurlijk begrijpelijk. De impasse is immers doorbroken, IMR houdt nu iets meer dan 90% van de aandelen, en zij heeft intussen € 85 miljoen in Cunico geïnvesteerd. BSGR verzet zich hier echter tegen. Zij stelt onder meer dat Cunico zonder de onmiddellijke voorzieningen in een onduidelijke en onzekere positie zou worden achtergelaten en dat Cunico en IMR niet aan hun contractuele verplichtingen jegens BSGR voldoen. Ook vreest BSGR dat Cunico onvoldoende verhaal zal bieden voor de aandeelhouderslening van € 108 miljoen die eind 2016 opeisbaar wordt. De OK-functionarissen zijn nodig om hiervoor een oplossing te vinden. De OK gaat niet mee in dit betoog van BSGR en beëindigt de onmiddellijke voorzieningen. De motivering is summier (r.o. 3.9): de voorzieningen dienen niet meer het doel waarvoor zij zijn getroffen, te weten het opheffen van de impasse, en het feit dat BSGR nu minderheidsaandeelhouder is en er vermogensrechtelijke geschillen bestaan is op zichzelf geen reden tot handhaving van de voorzieningen. Wat bedoelt de OK met “op zichzelf geen reden tot handhaving”? Was BSGR niet overtuigend genoeg over hoe haar belangen worden geschaad of bedoelt de OK dat de positie van BSGR als minderheidsaandeelhouder buiten het bestek van de onderhavige enquêteprocedure valt en daarom geen aanleiding voor onmiddellijke voorzieningen kan zijn? Ik vermoed het laatste. Als dat juist is, zou dat betekenen dat BSGR, indien zij zich in de toekomst opnieuw tot de OK zou willen wenden, een nieuwe enquêteprocedure zal moeten inleiden. Echter, dan zal BSGR zich voor het probleem gesteld zien dat zij tot minder dan 10% is verwaterd en dus de bevoegdheidsdrempel van art. 2:346 lid 1 sub b BW niet haalt en volgens mij evenmin de alternatieve drempel van de gezamenlijke nominale waarde van € 225.000 (blijkens het Handelsregister is het geplaatste kapitaal lager dan € 22,5 miljoen).

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij De Breij Evers Boon