

Onmiddellijke voorzieningen in enquêteprocedure

De statuten van een vennootschap bepalen vaak dat een besluit tot emissie van nieuwe aandelen de goedkeuring behoeft van een gekwalificeerde meerderheid van de aandeelhouders, of dat houders van preferente aandelen goedkeuring moeten geven voor dit besluit. Dergelijke bepalingen kunnen ook zijn opgenomen in een aandeelhoudersovereenkomst. Indien de vennootschap in financiële moeilijkheden verkeert en een aandelenemissie de enige mogelijkheid is om nieuw kapitaal aan te trekken, kan het zo zijn dat bepaalde aandeelhouders het besluit blokkeren, bijvoorbeeld als zij zelf niet deel kunnen (of willen) nemen aan de nieuwe emissie en bezwaren hebben tegen de (voorwaarden van) emissie omdat deze hun belang sterk verwatert. Een andere reden voor een aandeelhouder om tegen een emissie te stemmen kan zijn dat de (voorwaarden van) emissie de nieuwe aandeelhouder bepaalde zeggenschapsrechten of voorkeursrechten oplevert ten koste van de bestaande aandeelhouders. In de zaken Skygate en Decidewise heeft de Ondernemingskamer in gevallen waarin aandeelhouders weigeren mee te werken aan een nieuwe financieringsronde en de vennootschap daardoor dreigt failliet te gaan, geoordeeld dat er sprake kan zijn van wanbeleid bij de vennootschap. De Ondernemingskamer heeft in deze zaken onmiddellijke voorzieningen getroffen die eruit bestaan dat het blokkeringsrecht dat is opgenomen in de statuten of de aandeelhoudersovereenkomst, tijdelijk terzijde wordt gesteld. In dit artikel zal ik deze uitspraken bespreken en zal ik bekijken in hoeverre de mogelijkheden tot het verkrijgen van een onmiddellijke voorziening in een enquêteprocedure overeenkomsten vertonen met de mogelijkheden om in een kort geding een voorlopige voorziening te vorderen.

Skygate

De situatie in deze zaak was als volgt: F.T.S. Fault Tolerant Systems (2000) B.V. (hierna: FTS) houdt de meerderheid van de aandelen in Skygate Holding B.V. (hierna: de Holding). De overige aandelen (45,73%) in de Holding worden gehouden door Skytech B.V. (hierna: Skytech). De Holding houdt 90% van de aandelen in Skygate B.V. (hierna: Skygate), de overige 10% van de aandelen in Skygate worden gehouden door Alcatel Participations S.A. (hierna: Alcatel). Skygate raakt in financiële moeilijkheden en tussen haar indirecte aandeelhouders FTS en Skytech ontstaat een geschil omtrent de wijze waarop additionele financiering moet worden aangetrokken. De statuten van de Holding bepalen dat een aandelenemissie door Skygate de goed-

keuring behoeft van de algemene vergadering van aandeelhouders. Skytech verzoekt de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen te treffen. In zijn eerste beschikking van 27 januari 2000 (JOR 2000, 74) overweegt de Ondernemingskamer dat de besluitvorming met betrekking tot noodzakelijke en urgente financiering van de dochtermaatschappij wordt gefrustreerd of dreigt te worden gefrustreerd, hoewel mogelijkheden voor het realiseren van de financiering van Skygate wel voorhanden zijn. Om die reden oordeelt de Ondernemingskamer dat er naar zijn voorlopig oordeel gegronde reden is om aan een juist beleid van de Holding te twijfelen, mede gezien de nauwe verwevenheid van de Holding en Skygate. De Ondernemingskamer gelast een aantal onmiddellijke voorzieningen: hij benoemt onder andere een nader aan te wijzen tweede bestuurder van de Holding die naast de zittende bestuurder fungeert en een doorslaggevende stem heeft ingeval de stemmen staken. Verder gelast de Ondernemingskamer dat, voorzover nodig in afwijking van de statuten van de Holding, de algemene vergadering van aandeelhouders van de Holding alleen rechtsgeldige besluiten kan nemen of dat deze besluiten slechts kunnen worden uitgevoerd indien zij de instemming van het bestuur hebben.

Het bestuur van de Holding komt vervolgens met een financieringsvoorstel dat inhoudt dat Skygate een in aandelen converteerbare lening uitgeeft waarin FTS, Skytech en Alcatel naar rato van hun belang in Skygate kunnen participeren. Voorzover een aandeelhouder niet in staat of bereid is voor zijn deel te participeren, zijn de andere aandeelhouders gerechtigd het betreffende deel over te nemen. Omdat volgens dit voorstel de beslissing tot het aangaan van de lening wordt genomen op het niveau van de dochter Skygate en bevoegdheid tot het nemen van een dergelijk besluit in de eerste beschikking niet aan het bestuur van de Holding is verleend, verzoekt de tijdelijk benoemde bestuurder samen met de Holding de Ondernemingskamer een tweede onmiddellijke voorziening te treffen. Op dit verzoek beschikt de Ondernemingskamer, in aanvulling op de eerste beschikking, dat het bestuur van de Holding bevoegd is in de algemene vergadering van aandeelhouders van Skygate te stemmen vóór het financieringsvoorstel zonder dat daarvoor de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders van de Holding is vereist en ongeacht de bepalingen van de statuten van de Holding (15 februari 2000, JOR 2000, 74). De Ondernemingskamer verwerpt in zijn beschikking het verweer van FTS dat door deze financieringswijze (op termijn) de zeggenschapsverhoudingen binnen de Holding of de Skygate-groep kunnen wijzigen en dat artikel 2:349a lid 2 BW onvoldoende grondslag biedt voor het treffen

van een dergelijke voorziening. In dit verband toetst de Ondernemingskamer het besluit aan het vereiste van proportionaliteit en concludeert hij dat het achterwege blijven van het besluit surseance en faillissement van Skygate tot gevolg zou hebben, waardoor de belangen van de Holding (kunnen) worden geschaad. Een tweede belangrijk argument voor de Ondernemingskamer is dat de aandeelhouders naar rato kunnen participeren in de financiering, waardoor de uitvoering van het besluit tot financiering er niet toe leidt of hoeft te leiden dat FTS in een ondergeschikte positie komt te verkeren.

FTS gaat in cassatie en voert onder meer aan dat artikel 2:349a lid 2 BW onvoldoende grondslag biedt voor het treffen van een onmiddellijke voorziening die tot gevolg heeft dat de zeggenschapsverhoudingen binnen de vennootschap definitief worden gewijzigd. De Hoge Raad (HR 19 oktober 2001, JOR 2002, 5) verwerpt dit verweer en overweegt dat de Ondernemingskamer de vrijheid heeft onmiddellijke voorzieningen te treffen die tijdelijk inbreuk maken op de geldende rechtsverhoudingen binnen de vennootschap en tot onomkeerbare gevolgen kunnen leiden, mits de voorzieningen van voorlopige aard zijn en een billijke afweging heeft plaatsgevonden van de belangen van de betrokken partijen.

Decidewise

Onderwerp van het geschil is de vennootschap Decidewise International B.V. (hierna: Decidewise). Aandeelhouders zijn Actwise Holding B.V. voor 42,1 % (hierna: Actwise), Vanenburg Capital Management II B.V. (hierna: Vanenburg) voor 19,1% en een groep kleine aandeelhouders die samen de overige aandelen in Decidewise houden. Decidewise heeft een raad van commissarissen en haar enig bestuurder is de heer Vos, die tevens houder is van alle aandelen in Actwise. De aandeelhoudersovereenkomst bepaalt dat voor het besluit tot uitgifte van aandelen in Decidewise een meerderheid is vereist van ten minste 81%. Tevens is hierin bepaald dat Vanenburg het recht heeft een converteerbare lening te verstrekken aan Decidewise tegen een in de overeenkomst overeengekomen uitoefenprijs.

Decidewise raakt in financiële problemen en Vanenburg is niet langer bereid de lening tegen de overeengekomen conversiekoers te verstrekken. Vos stelt zich op het standpunt dat Vanenburg gehouden moet worden aan de eerdere afspraken, eventueel door middel van een kort geding. Dit kort geding wordt aanhangig gemaakt, maar later weer ingetrokken. Vanenburg en twee van de overige aandeelhouders verlangen dat Vos terugtreedt als bestuurder van Decidewise, maar Vos wil hier niet van weten. Vos wordt vervolgens door de

raad van commissarissen geschorst als bestuurder en de benoeming van een nieuwe bestuurder wordt op de agenda voor de algemene vergadering van aandeelhouders geplaatst. Actwise wendt zich vervolgens tot de Ondernemingskamer en verzoekt deze onmiddellijke voorzieningen te treffen, waaronder de vernietiging of schorsing van het besluit van de raad van commissarissen tot schorsing van Vos of ongedaanmaking van dit besluit. Dit verzoek wordt afgewezen (Hof Amsterdam 16 oktober 2001, JOR 2001, 254).

Tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders wordt vervolgens besloten tot het ontslag van Vos en tot de benoeming van een nieuwe bestuurder. Voor het besluit tot het aangaan van een nieuwe converteerbare lening door Vanenburg met een lagere conversiekoers dan aanvankelijk overeengekomen, wordt de vereiste 81% van de stemmen niet gehaald, aangezien Actwise, de vennootschap van de ontslagen Vos, tegenstemt. Actwise stelt zich op het standpunt dat haar belang in de vennootschap te zeer verwatert als gevolg van de converteerbare lening. Decidewise verzoekt de Ondernemingskamer een enquête in te stellen en een aantal onmiddellijke voorzieningen te treffen die uitgifte van de converteerbare lening aan Vanenburg met een lagere conversiekoers mogelijk maken. De Ondernemingskamer oordeelt in zijn beschikking van 15 november 2001 (JOR 2002, 6) dat Decidewise in haar verzoek ontvankelijk is, aangezien er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van Decidewise te twijfelen. De Ondernemingskamer treft een onmiddellijke voorziening die eruit bestaat dat het bestuur van Decidewise bevoegd is om, onder goedkeuring van de raad van commissarissen maar zonder besluit van de aandeelhoudersvergadering, te besluiten tot een uitgifte van aandelen. Voorzover nodig wordt de aandeelhoudersovereenkomst terzijde gesteld. De voorziening van de Ondernemingskamer wijkt af van het verzoek van Decidewise, omdat alle aandeelhouders een voorkeursrecht krijgen om naar rato van hun belang in Decidewise nieuwe aandelen te nemen. De Ondernemingskamer acht dit van belang, omdat uitgangspunt moet zijn dat additionele financiering van Decidewise kan plaatsvinden zonder dat deze wijziging brengt of hoeft te brengen in de zeggenschapsverhoudingen binnen Decidewise.

Voorlopige voorzieningen: Ondernemingskamer of voorzieningenrechter?

Hoe verhoudt de enquêteprocedure zich tot de procedure in kort geding wat betreft de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te krijgen? Ook de voorzieningenrechter in kort geding is bereid om vergaande voor-

lopige maatregelen te nemen in situaties zoals hiervoor beschreven. In zijn uitspraak van 20 december 2001 inzake Gorillapark (JOR 2002, 26) overwoog de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam dat ten aanzien van de minderheidsaandeelhouder die weigert mee te werken aan een nieuwe financieringsronde terwijl de vennootschap failliet dreigt te gaan, het vermoeden rijst dat deze aandeelhouder voor zichzelf een gunstiger regeling probeert af te dwingen. Hiermee probeert de minderheidsaandeelhouder de 'paritas' van de aandeelhouders te doorbreken, hetgeen in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Interessant in dit vonnis is dat de voorzieningenrechter akkoord gaat met een voorstel waarbij de nieuwe participanten preferente aandelen in de vennootschap krijgen tegen een lagere prijs dan die waarvoor de bestaande aandeelhouders aandelen hebben gekocht. In tegenstelling tot de situatie in de Skygate- en Decidewise-zaken krijgen de bestaande aandeelhouders geen laatste kans om alsnog naar rato in de financiering deel te nemen. Een ander verschil is dat de voorzieningenrechter de dwarsliggende aandeelhouder op straffe van verbeurte van een dwangsom vordert mee te werken aan het financieringsplan, terwijl in de Skygate- en Decidewise-zaken de blokkerende werking van de statuten of de aandeelhoudersovereenkomst ongedaan wordt gemaakt en aan het bestuur de bevoegdheid wordt verleend om de uiteindelijke beslissing te nemen omtrent aanvullende financiering.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat zowel in een enquêteprocedure als in kort geding voorlopige maatregelen met vergaande gevolgen kunnen worden genomen. Wat zijn dan nog de verschillen tussen beide procedures? Een belangrijk verschil is dat een onmiddellijke voorziening slechts bij de Ondernemingskamer kan worden gevraagd indien gelijktijdig of voorafgaand een verzoek tot het instellen van een enquête is ingediend. De bevoegdheid tot het instellen van dit verzoek is bovendien slechts aan een beperkte groep toegekend. Hiertoe behoort inmiddels niet meer de vennootschap zelf, zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest De Vries Robbé van 1 februari 2002 (JOR 2002, 29). Decidewise zou derhalve thans in haar verzoek niet meer ontvankelijk worden verklaard (zie voor de gevolgen van het arrest van de Hoge Raad voor het uitgiftebesluit van Decidewise de noot van M.W. Josephus Jitta, JOR 2002, 30).

Een ander verschil is dat, indien de Ondernemingskamer een onmiddellijke voorziening treft, deze voorziening slechts geldt voor ten hoogste de duur van het geding. Voor de onderhavige casus lijkt dat verschil echter niet van groot belang. De Ondernemingskamer

kan slechts een beperkt aantal definitieve voorzieningen treffen; deze zijn opgesomd in artikel 2:356 BW.

Ten slotte rijst de vraag of het mogelijk is schade te vorderen van de vennootschap of van de verzoeker van de onmiddellijke voorziening tijdens enquête, indien in cassatie wordt geoordeeld dat er geen grond was voor de verstrekte onmiddellijke voorziening. Josephus Jitta vraagt zich in zijn annotatie bij de Skygate-beschikking van de Ondernemingskamer (JOR 2000, 75) af of de redelijkheid en billijkheid niet met zich brengt dat degene die als gevolg van de vernietigde voorziening schade heeft geleden, door de vennootschap schadeloos wordt gesteld. In dat geval, zo merkt Jitta terecht op, draagt de aandeelhouder voor een deel de schade zelf. De procureur-generaal schrijft in zijn conclusie bij het Skygate-arrest in meer algemene woorden dat onomkeerbaarheid nog geen onherstelbaarheid impliceert: een voorziening die niet ongedaan kan worden gemaakt, kan wel – met name financieel – worden gecompenseerd, aldus Mok. Tot nu toe heeft de rechter zich over dergelijke schadeclaims echter nog niet uitgelaten.

Conclusie

Als een vennootschap failliet dreigt te gaan, biedt zowel de Ondernemingskamer als de voorzieningenrechter onder omstandigheden de mogelijkheid om een aandeelhouder die niet wil meewerken aan een nieuwe financieringsronde, buiten spel te zetten. Staat de gang naar de voorzieningenrechter ook open nadat de verzoeker de Ondernemingskamer reeds om een enquête heeft verzocht? De Ondernemingskamer kan immers ook voorlopige voorzieningen treffen. In dat geval zal de voorzieningenrechter zich terughoudend moeten opstellen, aldus het Gerechtshof Amsterdam in de zaak Gaus/Dijkshoorn (7 november 1996, KG 1997, 3). Er moet sprake zijn van een bijzondere situatie en een in bijzondere mate spoedeisend belang. Daaraan moet worden toegevoegd dat een afweging van de belangen, de (mogelijke, doch) geringe tijdswinst in aanmerking genomen, het treffen van de voorziening door de voorzieningenrechter dient te rechtvaardigen. In dit verband overweegt het gerechtshof dat de Ondernemingskamer een gespecialiseerd college is dat in staat is een voorlopige voorziening te treffen op een termijn die nauwelijks of niet langer is dan de termijn die door de voorzieningenrechter pleegt te worden gehanteerd.

*Mr. M. Vastenhouw
Allen & Overy*