

zelfs van een malafide bestuursbesluit getuigt. Maar ook hiervoor is het mijns inziens nodig dat er nadere feiten en omstandigheden zijn die deze verstrekkende conclusie dragen.

6. Dit arrest toont wederom dat het kunnen aanmerken als feitelijk bestuurder niet eenvoudig is en in belangrijke mate afhangt van de concrete feiten en omstandigheden. De huidige antimisbruikwetgeving biedt relevante instrumenten tegen personen die misbruik maken van de rechtspersoonlijkheid van kapitaalvennootschappen. Niettemin moet geconstateerd worden dat wanneer het medebeleidsbepalende personen lukt om hun handelen geheim te houden, zij aansprakelijkheid zullen ontlopen doordat de toetsing aan de open norm van art. 2:138/248 lid 7 BW afhangt van de (bekende) feiten en omstandigheden van het geval. Wellicht dat toekomstige jurisprudentie of wetgeving zal kunnen voorkomen dat feitelijke bestuurders zich kunnen verbergen voor aansprakelijkheid als de spreekwoordelijke touwtjes die zij in handen hebben onzichtbaar zijn, bijvoorbeeld doordat handelingen zoals de vader in dit geval heeft verricht tot een – weerlegbaar – vermoeden van feitelijk bestuurderschap zouden kunnen leiden. Voorlopig blijft dit voer voor nadere jurisprudentie.

mr. J. Alhashime
advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam

145

Uitstoting in kortgedingprocedure

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam
10 februari 2022, nr. KG ZA 22-27,
ECLI:NL:RBAMS:2022:645
(mr. Dudok van Heel)
Noot mr. Ph.W. Schreurs

Geschillenregeling; uitstoting. Patstelling tussen twee 50/50 aandeelhouders/ bestuurders. Toerekenbare (wan)gedragingen van een van aandeelhouders die belang van vennootschap schaden. Spoedeisend belang aanwezig. Sprake van uitzonderlijke omstandigheden die ingrijpen in belang van continuïteit van onderneming nodig maken. Toewijzing vordering tot overdracht van aandelen.

[BW art. 2:336 e.v.]

In een geval als dit kan een patstelling tussen twee 50/50-aandeelhouders worden doorbroken indien het belang van de onderneming, en in het verlengde daarvan het belang van de andere aandeelhouder, dat vergt. Dat kan aan de orde zijn als een van de aandeelhouders zich schuldig maakt aan (wan)gedragingen die het belang van de vennootschap zodanig schaden dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer kan worden geduld. De enkele onverenigbaarheid van karakters is onvoldoende; vereist voor toewijzing zijn toerekenbare (wan)gedragingen als aandeelhouder van min of meer voortdurende aard waardoor het functioneren van de vennootschap in gevaar wordt gebracht omdat de besluitvorming wordt verlamd. De geschillenregeling beoogt in het belang van de vennootschap een uitweg te bieden uit een impasse bij ernstige onoverbrugbare geschillen tussen aandeelhouders.

Het belang van [eiseres] bij haar vorderingen is spoedeisend. Om het reilen en zeilen van de onderneming te kunnen waarborgen moeten immers belangrijke zaken met voldoende voortvarendheid ter hand kunnen worden genomen.

Getoetst moet worden of sprake is van (wan)gedragingen als aandeelhouder die het belang van de vennootschap zodanig schaden dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer kan worden geduld. In dit geval is [gedaagde] – in de persoon van [naam 2] – zowel aandeelhouder als bestuurder van [naam bv 1] (en indirect van [naam bv 2]), althans geweest, en is het niet altijd eenvoudig te duiden of zij handelt als bestuurder of aandeelhouder. In zoverre worden de gedragingen van [gedaagde] als aandeelhouder ingekleurd door haar functioneren als bestuurder en is dat functioneren voor de beoordeling van deze zaak mede van belang.

Partijen zijn het erover eens dat de verhouding tussen hen ernstig is verstoord. Oplossingen in der minne zijn voorgesteld, maar niet tot stand gekomen en mediation is mislukt. De besluitvorming in de onderneming ligt lam doordat beide partijen evenveel zeggenschap hebben. In deze situatie is de enige uitweg dat een van beiden, al was het maar bij wijze van ordemaatregel, het veld ruimt ten bate van de ander.

Zoals voortvloeit uit het genoemde toetsingskader, is een ingrijpende beslissing als uitstoting van een van de aandeelhouders als bedoeld in art. 2:236 t/m 2:241 BW alleen aan de orde in uitzonderlijke omstandigheden. Het komt erop neer dat door het handelen of nalaten van de betrokken aandeelhouder het voortbestaan van de onderneming op het spel moet staan.

Op grond van de door [eiseres] naar voren gebrachte feiten en omstandigheden wordt geoordeeld dat van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden in dit geval sprake is. Gelet op de gang van zaken kan worden geconcludeerd dat [gedaagde] als aandeelhouder het belang van de onderneming volledig uit het oog heeft verloren. Haar handelwijze was uitsluitend gericht op haar terugkeer als statutair bestuurder. Er heeft geen zelfreflectie plaatsgevonden en [gedaagde] heeft volstrekt onvoldoende oog gehad voor de noodzaak van rust en continuïteit in de onderneming. Inmiddels heeft zij niet alleen een conflict met haar medeaandeelhouder, maar ook met de rvt en met de accountant van de vennootschap, in wie zij niet alleen het vertrouwen heeft opgezegd, maar die zij ook op weinig overtuigende gronden persoonlijk aansprakelijk heeft gesteld voor schade toegebracht aan de vennootschap. Daarnaast heeft [gedaagde] gedreigd met tuchtrechtelijke stappen tegen de accountant. Verder heeft zij de drie loca-

tiemanagers, die voor het functioneren van de onderneming van essentieel belang zijn, beschuldigd van slecht werknemerschap en bedreigd met rechtspositionele gevolgen, in plaats van de door hen geventileerde kritiek serieus te nemen. Dit alles is niet alleen ongepast en disproportioneel, maar – zeker in samenhang gezien – aan te merken als uitzonderlijke omstandigheden die schadelijk zijn voor de onderneming.

Er is al met al sprake van een onhoudbare situatie, die ingrijpen in kort geding rechtvaardigt. Gezien het handelen van [gedaagde] bestaat er voldoende grond voor uitstoting van [gedaagde] en dus overdracht van haar aandelen aan [eiseres]. Daarbij komt dat [eiseres] (in de persoon van [naam 1]) de onderneming tijdens de afwezigheid van [gedaagde] draaiende heeft gehouden. Zij heeft aangetoond dat zij, tot tevredenheid van de locatiemanagers en de rvt, de onderneming kan besturen.

Er bestaat geen aanleiding om de uitkomst van de procedure bij de OK af te wachten. Voorshands is onvoldoende aannemelijk dat de stellingen van [naam 2] in het verzoekschrift, vooral gebaseerd op haar vermoeden dat [eiseres] en de rvt er op voorhand op uit waren haar uit de onderneming te werken, aanleiding zullen zijn voor de OK om een onderzoek naar wanbeleid te starten. Daar komt bij dat het verzoekschrift pas op 24 januari 2022 is ingediend en dat de enquêteprocedure naar verwachting minimaal negen maanden in beslag zal nemen, wat voor het bestuurbaar blijven van de onderneming onaanvaardbaar lang is. Voor de prijs waartegen [gedaagde] haar aandelen moet overdragen wordt aangeknoopt bij het rapport dat [eiseres] in het geding heeft gebracht. Dit kan worden aangemerkt als een serieus deskundigenrapport waarin de aandelen zijn gewaardeerd volgens de door partijen in de samenwerkingsovereenkomst afgesproken DCF-methode.

Ingrijpen is nodig in het belang van de continuïteit van de onderneming van de vennootschap. De beslissing lijkt definitief, maar kan ook worden gezien als ordemaatregel. [Gedaagde] moet weliswaar nu haar aandelen overdragen aan [eiseres], maar zij kan deze beslissing in hoger beroep aanvechten, of – wat wellicht de voorkeur verdient – een bodemprocedure beginnen. Mocht de rechter in een dergelijke procedure haar alsnog gelijk geven en oordelen dat [gedaagde] haar aandelen aan [eiseres] moet overdragen, dan kan dat alsnog worden geëffectueerd. Maar dan is er

in de tussentijd wel rust geweest in de onderneming, en konden in elk geval belangrijke besluiten worden genomen.

[Eiseres] BV,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat: mr. D.A.J. Sturhooft,
tegen
[gedaagde] BV,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat: mr. M. van Schoonhoven.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. [naam bv 1] B.V. (hierna [naam bv 1]) is een houdstermaatschappij die 100% van de aandelen houdt in [naam bv 2] B.V. (hierna ook [naam bv 2]). De aandelen in [naam bv 1] worden 50/50 gehouden door [eiseres] en [gedaagde]. [naam 1] houdt alle aandelen in [eiseres], [naam 2] alle aandelen in [gedaagde].

2.2. [naam 2] en [naam 1] zijn collega's geweest op de kinderafdeling van het toenmalige Lucas Ziekenhuis te Amsterdam. In 2003 hebben zij samen met een collega een vennootschap onder firma (vof) opgericht en zijn zij een kinderopvang voor jonge kinderen (0 tot 4 jaar) met een chronische ziekte begonnen. In 2007 is de vof omgezet in [naam bv 2], en is een Raad van Toezicht (RvT) aangesteld. Deze bestond uit [naam 3], [naam 4] en [naam 5]. De laatste is inmiddels teruggetreden, omdat zijn termijn erop zat. Naar een vervanger wordt nog gezocht. De collega van [naam 1] en [naam 2] is in 2016 teruggetreden als statutair bestuurder en aandeelhouder van [naam bv 2] Beheer. Sindsdien zijn [eiseres] en [gedaagde] de enige aandeelhouders/statutair bestuurders van [naam bv 2] Beheer en [naam bv 2].

2.3. [naam bv 2] heeft thans drie vestigingen, twee in Amsterdam en één in Hoorn, waar ongeveer 80 kinderen worden opgevangen. Elke vestiging heeft een locatiemanager.

Binnen de directie hield [eiseres] ([naam 1]) zich met name bezig met interne en externe communicatie (het onderhouden van contacten met gemeenten en zorgverzekeraars), en [gedaagde] ([naam 2]) met het aansturen van de locaties en personeelszaken.

2.4. [naam bv 1], de maatschap [naam maatschap] waarvan [eiseres] en [gedaagde] de vennoten zijn, partijen en [naam 2] en [naam 1], zijn op 29 mei 2019 een samenwerkingsovereenkomst aangegaan. In de samenwerkingsovereenkomst, waarin [naam bv 1] wordt aangeduid met "[naam bv 2]" en [eiseres] en [gedaagde] met: "de Vennoten" is onder meer het volgende afgesproken:

"Artikel 3. Aanvang, duur en beëindiging samenwerking

3.1 De overeenkomst van opdracht tussen [naam bv 2] en de Maatschap wordt aangegaan voor onbepaalde tijd. De overeenkomst van opdracht kan slechts door deze partijen opgezegd worden met inachtneming van een opzegtermijn van 3 maanden.

(...)

Artikel 6. Einde samenwerking

6.1 De Vennoten zijn zowel via de Maatschap als in hoedanigheid van Aandeelhouder van [naam bv 2] aan elkaar verbonden. Een beëindiging van de samenwerking en deze overeenkomst, om welke reden dan ook, zal derhalve op meerdere onderdelen geregeld moeten worden.

6.2 In het geval één der Vennoten de wezenlijke verplichtingen uit hoofde van deze overeenkomst, de statuten van [naam bv 2] en die van de Dochtervennootschappen en/of de Code niet nakomt, danwel anderszins tijdens het uitvoeren van de opdracht gedragingen vertoont die aangemerkt kunnen worden als dringende redenen als bedoeld in artikel 7:677 en/of 7:678 BW, dan dient de andere Vennoot de overtredende Vennoot hiervan direct schriftelijk en gemotiveerd in kennis te stellen.

6.3 Indien partijen binnen één week na de sommatie als bedoeld in 6.2 niet tot een oplossing komen en/of de overtredende Vennoot de overtreding ongedaan maakt waardoor de samenwerking kan voortduren, zijn partijen verplicht gezamenlijk met de Raad van Commissarissen in overleg te treden om tot een oplossing te komen van de ontstane situatie. Alvorens Partijen zich tot de rechter wenden, zijn ze verplicht eerst een mediation traject te doorlopen.

Artikel 7. Verplichte aanbidding aandelen

7.1 Een Vennoot is (...) verplicht alle door haar gehouden aandelen aan de andere Vennoot aan te bieden, zonder gerechtigd te zijn dit aanbod in te trekken, in geval zich ten aanzien van haar een van de volgende omstandigheden voordoet:

Wanneer (ten aanzien van) een Vennoot:

a. in staat van faillissement wordt verklaard;
 b. wordt onderworpen aan de schuldsaneringsregeling danwel surseance van betaling wordt gevraagd;
 (...)

Good leaver Bad Leaver

7.2 In geval van een verplichte aanbieding als bedoeld in artikel 7.1 wordt betreffende Vennoot aangemerkt als een ‘Good Leaver’, ingevolge waarvan de Vennoot de aandelen (verplicht) aanbiedt met inachtneming van het hierna bepaalde en hetgeen bepaald in de statuten van [naam bv 2] tegen de commerciële waarde.

7.3 In geval van verplichte aanbieding op grond van het bepaalde in artikel 7.1 dienen de door de betreffende Vennoot gehouden aandelen binnen 1 (één) maand na intreding van de omstandigheid te worden aangeboden. Indien niet tijdig aan de verplichting tot aanbieding wordt voldaan, is [naam bv 2] onherroepelijk gemachtigd de aan te bieden aandelen aan te bieden en voor zover deze aandelen worden gekocht, deze aan de koper(s) te leveren.

7.4 De koopprijs van de op enig moment door een aanbieder Vennoot aan de andere Vennoot aangeboden aandelen in het kapitaal van [naam bv 2], zal – ongeacht of sprake is van vrijwillige dan wel verplichte aanbieding –, behoudens in de situatie genoemd in artikel 7.6 worden vastgesteld conform het daaromtrent bepaalde in artikel 11 afdeling A van de Statuten Vennootschap, met dien verstande dat Partijen reeds nu en voor alsdan overeenkomen dat voor de waardering van de aandelen door waarbij gebruik zal worden gemaakt van de discounted cash flow methode (DCF-methode).”

2.5. In maart 2020 is [naam 2] wegens ziekte (burn out/overgangsklachten) uitgevallen.

2.6. Op 23 juni 2020 heeft een vergadering plaatsgevonden tussen de directie ([naam 1]) en de RvT, waarbij ook de accountant ([naam 6]) aanwezig was. In het daarvan gemaakte verslag staat het volgende:

“Over [naam 2] maakt [naam 1] zich zorgen. Uit de strategie sessies komt veel tevoorschijn. De rust zit nu weer in de organisatie maar hoe gaat [naam 2] haar rol worden in de organisatie als ze terug komt. Moet RvT een rol pakken? Voor [naam 1] heel lastig omdat [naam 2] nu thuis zit aangezien ze het niet aankan bij [naam bv 2]. (...) [naam 3], vzr.) geeft aan om [naam 2] de tijd te geven en wil weten wie de coach is van het re-in-

tegratie traject omdat ze zeker 9-12 maanden buiten spel zal staan. Vervolgens zal na die 9-12 maanden een rol van de RvT zijn om in te grijpen. [naam 1] hoopt zelf dat [naam 2] inziet dat terugkeer bij [naam bv 2] moeilijk is. Wat is goed voor de zaak?

(...)

Twee weken geleden was een sessie met de locatiemanagers (LM) waarbij [naam 6] de gespreksleider was. In deze vergadering is de vraag gesteld hoe iedereen nu staat in de organisatie. De LM zijn blij hoe alles nu gaat. (...) De vraag aan de LM is gesteld hoe zij de rol zien van [naam 2]. Het antwoord was dat zij niet verwachten dat [naam 2] terug kan komen in deze huidige flow waarin [naam bv 2] zich bevindt. Doel o.a. van de sessies bij de LM was functie profielen voor directie te maken en toen kwam de pijnlijke reactie: wat voor werk doet [naam 2] eigenlijk?”

2.7. Op 2 september 2020 hebben partijen als aandeelhouders in [naam bv 1] (buiten vergadering) het volgende schriftelijke aandeelhoudersbesluit genomen:

“Constateerd dat

(...)

– Mevrouw [naam 2] wegens ziekte haar werkzaamheden namens [gedaagde] B.V. voor de Vennootschap vanaf maart 2020 tijdelijk heeft moeten staken.

– Gedurende deze ontstentenis conform de statuten bestuursbesluiten worden genomen door [eiseres] B.V.

– De aandeelhouders ter bescherming van [gedaagde] B.V. resp mevrouw [naam 2] naar buiten toe haar bestuurdersaansprakelijkheid (tijdelijk) willen beperken.

Het volgende besluit wordt met algemene stemmen aangenomen:

[gedaagde] B.V. treedt per heden tijdelijk terug als statutair bestuurder van de Vennootschap tot het moment dat mevrouw [naam 2] namens [gedaagde] B.V. weer in staat is haar bestuurlijke werkzaamheden voor de Vennootschap te hervatten.”

Het besluit is door beide partijen ondertekend. Per 2 september 2020 is [gedaagde] tevens uitgeschreven als bestuurder bij de Kamer van Koophandel.

2.8. In een e-mail van 13 september 2020 heeft [naam 2] aan de RvT onder meer geschreven:

“Voor mezelf ben ik aan het uitvinden wat de energievreters zijn en de energie gevers binnen mijn takenpakket, ik wil niet meer terugvallen in

mijn oude taken waar ik overspannen door ben geworden.”

[naam 3] heeft daarop in een e-mail van dezelfde dag als volgt gereageerd:

“Ik waardeer het dat je het inzicht hebt dat je niet meer wenst terug te vallen in jouw oude taken waardoor je overspannen bent geworden. Dat rechtvaardigt de vraag wat je wel zou kunnen doen en welke prestaties en verantwoordelijkheden daaraan verbonden zijn binnen [naam bv 2]. Alleen jij kunt daarop het antwoord geven. Ik raad je daarom aan te gaan praten met iemand die jouw skills kan beoordelen of die samen met jou kan uitzoeken van welke werkzaamheden je wel gelukkig wordt. Pas als dat allemaal duidelijk is kan zinnig met elkaar gesproken worden hoe jouw nieuwe loopbaan eruit zou kunnen zien.”

2.9. In een e-mail van [naam 3] van 8 oktober 2020 aan [naam 1], de andere leden van de RvT en [naam 2], naar aanleiding van een gesprek van [naam 3] met [naam 2] en haar partner, de dag ervoor, staat onder meer:

“(…) Ik heb duidelijk gemaakt dat alle administratieve werkzaamheden, ook binnen personeelszaken, haar niet gelukkig maken. Ik heb dat duidelijk gemaakt op verschillende manieren gepaard aan meerdere voorbeelden. Vervolgens kwam het besef dat daarmee de weg naar de oude functie niet de beste optie was om langdurig gelukkig te kunnen werken. Wat dan wel? [naam 2] is de enige die daarop een antwoord kan geven. Ze gaat steun zoeken bij iemand die ze vertrouwt om haar vaardigheden en skills in kaart te brengen zodat ze beter weet wat ze wil gaan doen. [naam 2] en ik zijn het eens dat het beter is voorlopig, totdat duidelijk is wat zij wil, niet te gaan koffiedrinken bij het personeel en de gesprekken met [naam 1] op de lange baan te schuiven. Op [naam 2]’s vraag of zij kon terugkomen bij [naam bv 2] in een niet-directie functie heb ik positief geantwoord.”

[naam 2] heeft eind oktober 2020 W. van Oostvoorn ingeschakeld als coach.

2.10. Op 12 januari 2021 heeft weer een gesprek plaatsgevonden tussen de RvT ([naam 3]), [naam 1] en [naam 2] die had gemeld dat zij per 1 maart 2021 weer voor 25% arbeidsgeschikt was. In het gespreksverslag van deze bijeenkomst, opgesteld door Van Oostvoorn, die daarbij ook aanwezig was, staat het volgende:

“[naam 2] ziet dit gesprek als een begin van het proces om weer aan het werk te gaan. (...) Tevens geeft [naam 2] aan dat het haar duidelijk is dat zij

niet in dezelfde functie terug moet komen, omdat die werkzaamheden deels hebben bijgedragen aan haar ziek zijn. (...) [naam 3] wil weten hoe [naam 2] een terugkeer in [naam bv 2] voor zich ziet. Voor 25% terugkeren als directeur kan niet. (...) [naam 3] stelt voor dat [naam 2] een stuk schrijft waarin zijn duidelijk maakt wat haar toegevoegde waarden, kwaliteiten etc. zijn en hoe ze die zou willen inzetten bij [naam bv 2]. [naam 1] schrijft een stuk waarin zijn de mogelijkheden en onmogelijkheden om terug te keren beschrijft en onderbouwd. Er wordt afgesproken dat ze elkaar dat stuk zullen mailen, uiterlijk (...) 27 januari om 12.00. Op dinsdag 2 februari treffen [naam 1] en [naam 2] elkaar dan weer om verder in gesprek te gaan. Als dat nodig is zijn Willem [Van Oostvoorn, vzr.] en [naam 3] daar weer bij.”

2.11. De arbeidsongeschiktheidsverzekeraar van [naam 2] heeft bij besluit van 19 januari 2021 haar arbeidsongeschiktheidspercentage per 1 maart 2021 bepaald op 65-80%, per 1 april 2021 op 45-55%, per 1 mei 2021 op 25-35% en per 1 juni 2021 op 0 < 25% (volledig arbeidsgeschikt).

2.12. In een e-mail van 26 januari 2021 heeft [naam 2] aan [naam 1] laten weten dat zij met een “andere functie” bedoelt een “ander takenpakket binnen mijn directeursfunctie”, maar dat zij niet bereid is de directie te verlaten.

2.13. In een e-mail van 27 januari 2021 heeft de advocaat van [gedaagde] aan [naam 1] meegedeeld dat [naam 2] haar werkzaamheden per 1 maart 2021 voor 25% zal dienen te hervatten, en verder:

“Om een constructief gesprek te kunnen voeren over de invulling van die werkzaamheden is het zonneklaar, aangezien u twijfels heeft geuit of mevr. [naam 2] kan ‘terugkomen’ in haar bestuursfunctie (...), dat van uw zijde eerst onduidelzinnig wordt bevestigd namens [eiseres] B.V. alle noodzakelijke medewerking zal worden verleend om haar (gedeeltelijke) functioneren als uw medebestuurder vanaf 1 maart a.s. mogelijk te maken (...)”.

2.14. Op 28 januari 2021 heeft [naam 3] een e-mail aan zijn mede RvT leden gestuurd, met kopie naar [naam 1] en [naam 2], met daarin het volgende:

“Afgesproken is dat er tweede gesprek zou plaatsvinden op 2 februari 2021, al dan niet in het bijzijn van Willem [coach Van Oostvoorn, vzr] en mij. Ter voorbereiding hierop zou [naam 2] een opstelling maken van wat zij graag en goed doet

en wat zij tot haar kerncompetenties rekent. [naam 1] zou aangeven wat voor soort taken bij [naam 2] zouden kunnen passen. Dit proces is doorbroken door [naam 2] omdat zij eist terug te komen in haar oude functie per 1 maart en wel voor 25% van de tijd. Zij heeft tevens Mirjam van Schoonhoven als haar advocaat aangesteld om haar eisen kracht bij te zetten. [naam 1] zoekt nu ook rechtsbijstand. (...) hoop ik niet dat dit een langdurige juridische strijd wordt, maar dat er snel een goede mediator aangesteld wordt (...).”

2.15. In een e-mail van 4 februari 2021 heeft [naam 2] aan [naam 1] meegedeeld per 1 maart 2021 voor 25% te willen terugkeren als statutair bestuurder van [naam bv 2] Beheer en dat zij daartoe de locaties wil bezoeken en met [naam 1] wil overleggen over (onder meer) de toekomstige invulling van hun bestuurdersrollen.

2.16. De advocaat van [eiseres] heeft op 9 februari 2021 aan de advocaat van [gedaagde] naar aanleiding hiervan het volgende geschreven:

“In oktober 2018 constateerde de RvT (...) dat er binnen de kinderdagverblijven sprake was van onrust. Allerlei projecten, waarvoor Beheer [[gedaagde] – vzt] verantwoordelijk was, kwamen niet van de grond. (...) In de daartoe gevoerde gesprekken gaf [naam 2] ook aan dat zij deze niet onder controle kreeg. Destijds is voorgesteld een assessment van [naam 2]. Daarvan is het niet gekomen.”

Verder wordt in deze – uitgebreide – brief verwezen naar de besprekingen tussen partijen/de RvT en wordt melding gemaakt van appjes die [naam 2] naar diverse medewerkers heeft gestuurd met de mededeling dat zij per 1 maart 2021 weer aan het werk zal gaan. Aan [naam 2] wordt verzocht dat niet meer te doen, omdat dit onrust veroorzaakt. Daarnaast wordt aan haar meegedeeld dat [eiseres] gegronde bezwaren heeft tegen de terugkeer van [gedaagde] ([naam 2]) in een bestuursfunctie, en wordt overleg voorgesteld om tot een regeling te komen.

2.17. In een e-mail van 24 februari 2021 heeft de advocaat van [gedaagde], mede ter voorbereiding van een gesprek, aan de advocaat van [eiseres] meegedeeld dat [gedaagde] zich sinds het vertrek van de derde statutair bestuurder bezig houdt met de volgende taken:

1. Human Resource Management
2. Beleid/Kwaliteit
3. ICT

4. Aansturing van de locatiemanagers op de drie locaties

5. Coördinatie van de trainingen en scholingen

6. Externe contacten door middel van deelname aan stuurgroepen, en de daartoe behorende deeltaken.

In deze mail staat ook:

“Naar beleving van cliënte zijn deze taken altijd naar behoren vervuld en heeft zij tot voor kort van uw cliënte ook geen indicaties ontvangen dat dit in haar ogen niet het geval zou zijn.”

2.18. In een e-mail van 2 april 2021 heeft de RvT aan partijen meegedeeld dat zij meent dat het onderzoeken van de mogelijkheden van een ontvlechting, waarvoor [naam 2] volgens haar advocaat open staat, de beste oplossing zou zijn voor de gerezen problemen. In deze e-mail staat ook dat de locatiemanagers bij de RvT mondeling hebben aangegeven dat de terugkeer van [naam 2] niet hun voorkeur verdient en terugkeer van [naam 2] in het oude takenpakket volgens de RvT geen optimale optie is.

2.19. In een e-mail van 7 april 2021 heeft [gedaagde] het vertrouwen in de RvT opgezegd, aangezien deze partijdig en vooringenomen zou zijn.

2.20. In een e-mail van 13 april 2021 heeft de advocaat van [gedaagde] aan de advocaat van [eiseres] meegedeeld dat haar takenpakket bestaat uit de onder 2.17 vermelde werkzaamheden en heeft zij [eiseres] gesommeerd [gedaagde] weer in te schrijven als bestuurder, haar managementvergoeding te betalen en haar in staat te stellen om haar werkzaamheden binnen haar huidige takenpakket (zoals geciteerd in 2.17) te hervatten.

2.21. Onder de gedingstukken bevinden zich schriftelijke verklaringen van 16 april 2021 van de drie locatiemanagers aan wie [naam 1] heeft verzocht hun mening te geven over de gang van zaken binnen [naam bv 2]. De eerste verklaring luidt als volgt:

“Het afgelopen jaar heb ik gemerkt dat wij in de huidige samenstelling goed samenwerken. (...) [naam 2] was heel betrokken op de medewerkers. Beslissingen werden vaak ad hoc genomen op basis van emotie en waren hierdoor voor mij onvoorspelbaar. Er ontstonden situaties waarbij ik in een lastige positie ben gebracht. (...)”

Het nemen van beslissingen leken de laatste jaren steeds moeizamer te gaan. Ik merkte dat als [naam 2] een beslissing genomen had, ze daar vaak ook weer op terug kwam. Vooral met beslissingen over secundaire arbeidsvoorwaarden (...)

De ontwikkelgesprekken die wij met elkaar hadden in de afgelopen jaren, waren ook niet voorbereid en inhoudelijk oppervlakkig. Ik zag nog weinig toekomst. Ik kwam in een onmogelijke situatie terecht. (...)

Tijdens het laatste gezamenlijke overleg waar [naam 2] aanwezig was, heb ik gezegd dit niet meer op te kunnen brengen. Dit was een naar, vervelend en emotioneel gesprek. Ik had dit graag op een andere manier willen bespreken met [naam 2]. Dit is er niet van gekomen. Ik merkte al geruime tijd dat [naam 2] niet lekker in haar vel zat en dat ze struggles had. Dit gaf mij de indruk dat ze niet ontvankelijk was te bespreken waar ik met haar tegenaan liep. (...) Ik hoop dat de samenstelling zoals die nu is, voortgezet kan worden en dat deze onrustige situatie in de top van het bedrijf zo snel mogelijk wordt opgehelderd en opgelost wordt.”

In de tweede verklaring staat het volgende:

“In een al langere periode voor vorig jaar miste ik daadkracht, een duidelijke visie en open communicatie. Dit is mij eigenlijk in het laatste jaar pas goed duidelijk geworden, omdat ik nu merk dat de situatie veranderd is.

(...)

Tot mijn spijt moet ik zeggen dat ik denk dat [naam 2] een rol heeft gespeeld in de eerdere gang van zaken. Op dit moment gaat het met [naam bv 2] en met mijzelf in het werk beter dan voorheen.

(...) [naam 2] was mijn eerste aanspreekpunt en stuurde de locatiemanagers aan. Verder deed zij het personeelsbeleid. In haar rol is iemand nodig die daadkrachtig en evenwichtig is, maar daarnaast ook iemand die motiveert en op wie je terug kan vallen als dat nodig is. Ik heb het gevoel dat ik eerder vaak op de stoel van [naam 2] zat en haar aan het helpen en ondersteunen was en dat zij op mij terugviel. Ze gaf me ook wel vaker werk wat bij haar taken hoorde, maar wat haar niet lukte. Ik denk dat dit voor ons allebei niet goed voelde. Het leek er voor mij op dat [naam 2] op momenten dat zij zich dit ook realiseerde de leiding weer terug wilde nemen op een voor mijn gevoel ondoordachte, impulsieve manier. Dat gaf mij het gevoel dat ik gewoon moest luisteren en doen wat mij gezegd werd. Dit voelde, ook door de toon die ze daarbij wel eens gebruikte, onveilig. (...) Ik was door het gebrek aan sturing voor mijn gevoel mijn locatie alleen aan het draaien. (...) Ik heb het gevoel dat [naam 2] al een tijdje boven haar macht

aan het werk was. Het zijn van directeur en alle daarmee samenhangende hectiek en verantwoordelijkheden vroegen veel van haar. Ze werkte er heel hard voor, maar het lukte haar niet om het hoofd boven water te houden. Ze miste het overzicht, inzicht en de kwaliteit die je deels ook van nature moet hebben voor een dergelijke functie.” De derde locatiemanager heeft het volgende verklaard:

“[naam 2] gaf mij het idee dat ze niet altijd wist waarover het ging en het niet altijd snapte. Hierdoor ging ik ook met mijn vragen eerder naar mijn collega's dan naar [naam 2], terwijl zij wel mijn leidinggevende was. Ik zag [naam 2] vaak worstelen met beleidsstukken, cijfers en beslissingen nemen. Zij gaf ook aan tijdens overleggen dat zij dit heel moeilijk vond. [naam 2] werkte heel erg vanuit haar gevoel en dit gaf mij een onveilig gevoel. Ik merk nu dat we wat zakelijker aan het werk zijn, we professioneler worden. (...)

Voor het voortbestaan van [naam bv 2] zou ik heel graag doorgaan zoals we nu zijn ingezet. Zakelijker en hierdoor professioneler. Ik zie dat [naam bv 2] gebaat is bij een zakelijke directrice, die haar gevoel niet laat leiden. Ik vind het jammer hoe de situatie met [naam 2] is verlopen. Ik had haar graag persoonlijk willen vertellen waarom ik vind dat zij niet de persoon is om [naam bv 2] nu te leiden. De kwaliteiten die m.i. een directeur van [naam bv 2] nu moet hebben, heeft [naam 2] mij niet laten zien in de tijd dat zij directeur was.”

2.22. In een e-mail van 29 april 2021 heeft de advocaat van de RvT een mediationtraject voorgesteld “niet vooraf bezwaard met voorwaarden en mitsen en maren”. Partijen hebben een aantal gesprekken gevoerd, maar de mediation is niet echt van de grond gekomen, (mede) omdat [gedaagde] als voorwaarde voor de (continuering van de) mediation stelde: “uitdrukkelijke erkenning van mijn rol als indirect bestuurder bij [naam bv 1]”

2.23. Bij brief van 28 september 2021 gericht aan [naam bv 2] Beheer en de advocaat van [eiseres] (met cc aan de advocaat van de RvT) heeft (de) advocaat van [gedaagde] ernstige bezwaren geuit tegen het beleid en de gang van zaken bij de onderneming, zoals uitgevoerd door [eiseres]. De bezwaren zijn (samengevat):

1. dat het onder 2.7 genoemde aandeelhoudersbesluit ten onrechte is genomen en niet correct wordt nagekomen, omdat het fungeren van [ge-

daagde] als statutair-directeur, c.q. haar terugkeer, wordt belemmerd;

2. dat [eiseres] een tegenstrijdig belang heeft doordat zij tijdens de afwezigheid van [naam 2] de echtgenoot van [naam 1] heeft aangesteld op basis van een arbeidsovereenkomst, die inmiddels is verlengd;

3. dat [eiseres] onvoldoende informatie aan [gedaagde] heeft verstrekt;

4. dat [eiseres] het voornemen zou hebben om haar juridische kosten ten laste van de onderneming te doen komen, om daarmee coronacompensatie te krijgen.

In deze brief staat dat de bezwaren binnen 14 dagen kunnen worden weerlegd en/of weggenomen, bij gebreke waarvan [gedaagde] zich tot de OK zal wenden om een enquête te gelasten naar de gang van zaken en het beleid binnen de vennootschap, waarbij als voorlopige voorziening de onmiddellijke schorsing van [eiseres] als statutair bestuurder en overdracht van de aandelen van [eiseres] aan een beheerder zal worden gevorderd.

2.24. In een e-mail van 30 september 2021 aan de advocaten van [eiseres] en de RvT heeft de advocaat van [gedaagde] [eiseres] beschuldigd van misbruik van coronagelden en gesommeerd (onder meer) niet tot indiening van niet door [gedaagde] geaccordeerde jaarstukken over te gaan. Wanneer niet aan die sommatie zou worden voldaan zou [gedaagde]:

- de samenwerkingsovereenkomst opzeggen op grond van artikel 6.2;
- de OK vragen een onderzoek in te stellen;
- de zorgfinanciers en/of toezichthoudende instanties inlichten over de handelwijze van [eiseres] en de procedure bij de OK;
- onderzoeken of sprake is van fraude in strafrechtelijke zin.

2.25. Op 14 oktober 2021 heeft [naam 2] een e-mail aan de locatiemanagers gestuurd, waarin zij onder meer meldt dat zij het vertrouwen in de RvT heeft opgezegd, dat [naam 1] zonder geldige reden geen medewerking verleent aan de hervatting van de werkzaamheden van [naam 2] als bestuurder en dat een procedure tegen [naam 1] en de RvT onvermijdelijk is, met als inzet het vertrek van beide. Verder staat in deze e-mail:

“(…) is er door [naam 1] en de RvT meermaals beweerd dat jullie allemaal aan beide verklaard zouden hebben dat jullie niet zouden willen dat ik als bestuurder zou terugkeren, maar ik heb ondanks mijn verzoeken daartoe nooit informatie

gekregen wanneer dit is gebeurd en wat er dan verklaard zou zijn. Ik ga er uiteraard vanuit dat deze bewering van [naam 1] en de RvT onjuist is en jullie ongewild en ongevraagd onderdeel worden gemaakt van de kwestie tussen de bestuurders, maar als die wel zou kloppen vraag ik jullie die met mij te delen en een toelichting te geven (...)”.

2.26. Op 18 oktober 2021 heeft de advocaat van [gedaagde] een brief gestuurd naar de RvT waarin zij stelt dat de continuïteit van de vennootschap in gevaar wordt gebracht en zij de leden van de RvT daarvoor persoonlijk aansprakelijk stelt.

2.27. In een e-mail van 25 oktober 2021 heeft de advocaat van [eiseres] gereageerd op de onder 2.23 genoemde brief van 28 september 2021 en een voorstel gedaan tot uitkoop van [gedaagde], op basis van een waardering (door bureau Sman Business Value; hierna: Sman) van haar aandelenpakket op € 390.000,00. Met deze e-mail zijn de onder 2.21 vermelde verklaringen van de locatiemanagers meegezonden.

2.28. Bij brief van 26 oktober 2021 heeft de advocaat van de RvT op de onder 2.26 genoemde brief gereageerd en iedere aansprakelijkheid van de hand gewezen. In deze brief staat verder dat [naam 2] zelf om meerdere redenen haar statutaire positie in 2020 heeft neergelegd, dat zij tegenover [naam 3] heeft aangegeven niet meer in een bestuurlijke rol te willen terugkeren, dat gedurende de afwezigheid van [naam 2], maar ook daarvoor, op de door haar aangestuurde afdelingen achterstallig onderhoud aanwezig was, en dat [naam 2] niet openstaat voor de dialoog wanneer het gaat om haar (management)capaciteiten. Ten slotte wordt opgemerkt dat geen enkele grond bestaat voor het entameren van een procedure bij de OK voor onderzoek naar wanbeleid, maar dat de RvT, indien [gedaagde] daartoe toch besluit, deze met vertrouwen tegemoet ziet.

2.29. In een e-mail van 2 november 2021 heeft de advocaat van [gedaagde] aan de advocaat van [eiseres] meegedeeld de weg vrij te achten voor een gang naar de OK en de (rechtsgeldigheid van de) opzegging/beëindiging van de samenwerkingsovereenkomst te betwisten.

2.30. Op 16 november 2021 heeft de advocaat van [eiseres] het waarderingsrapport van Sman aan de advocaat van [gedaagde] toegezonden. Daarin is de waarde van het aandelenpakket (50% van de aandelen) verlaagd naar een bedrag van € 359.000,00.

2.31. Op 5 december 2021 heeft [gedaagde] naar aanleiding van het onder 2.27 genoemde voorstel een tegenvoorstel gedaan, waarna wederom overleg heeft plaatsgevonden tussen partijen, maar zonder resultaat.

2.32. In een e-mail van 16 december 2021 van haar advocaat heeft [gedaagde] “in haar hoedanigheid van statutair-bestuurder” [naam 6] verzocht om terug te treden als accountant in de [naam bv 2], hem aansprakelijk gesteld voor geleden en te lijden schade en meegedeeld tuchtrechtelijke stappen tegen hem niet uit te sluiten, omdat hij zich niet onpartijdig en onafhankelijk zou hebben opgesteld, onder meer door [eiseres] zonder instemming en medeweten van [gedaagde] in contact te brengen met Sman.

2.33. Eveneens per e-mail van 16 december 2021 heeft de advocaat van [gedaagde] de locatiemanagers aangeschreven vanwege de door hen afgelegde (onder 2.21 vermelde) verklaringen. In deze e-mail staat het volgende:

“Indien u de verklaring inderdaad heeft afgegeven dient u zich te realiseren dat zowel het afgeven als de inhoud daarvan geenszins stroken met goed werknemerschap jegens uw werkgever c.q. cliënte en dit alsdan mogelijk juridische gevolgen zal hebben voor uw positie alsmede tot aansprakelijkheid van u jegens uw werkgever c.q. cliënte zou kunnen leiden.”

Ook staat in deze e-mail dat [gedaagde] zich heel goed realiseert

“dat het initiatief tot het opstellen van de verklaringen door [eiseres] is genomen met het uitsluitende doel cliënte te ontmoedigen nog aanspraak te maken op haar positie van statutair-bestuurder”

en stelt zij de locatiemanagers in de gelegenheid afstand te nemen van de inhoud ervan

“hetgeen eventuele juridische gevolgen voor uw positie en mogelijke aansprakelijkheden zal afwenden.”

2.34. Bij e-mail van 22 december 2021 hebben de locatiemanagers aan de advocaat van [gedaagde] (en aan [naam 1] en [naam 2]) laten weten achter hun verklaringen te staan en de dreigementen met aansprakelijk stellen en juridische consequenties kwalijk en kwetsend te vinden.

2.35. In een e-mail van 14 januari 2022 aan [naam 2] heeft [naam 3] onder meer meegedeeld dat haar opmerkingen ten aanzien van de coronasteun aan de orde zijn geweest in een vergadering van de RvT van 27 oktober 2021. Verwezen

wordt naar de notulen van die vergadering waaruit blijkt dat de RvT ermee heeft ingestemd deze steun (van de verzekeraars) te behouden. In deze e-mail staat ook dat, als [gedaagde] het met dit besluit niet eens is, een aandeelhoudersvergadering de plaats is om daarover te discussiëren.

2.36. Op 24 januari 2022 heeft [gedaagde] een verzoekschrift ingediend bij de OK tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij [naam bv 1] en [naam bv 2] en, bij wijze van voorlopige voorzieningen, verzocht onder meer vast te stellen dat [gedaagde] statutair-bestuurder van de onderneming is gebleven of weer is geworden per 1 maart of uiterlijk 1 juni 2021, dat aan [gedaagde] achterstallige managementvergoeding moet worden uitgekeerd, [eiseres] te schorsen als bestuurder en haar aandelen onder beheer te stellen, [naam 3] en Weijerman als leden van de RvT te schorsen, Schmidt op non-actief te stellen en de opdracht van de vennootschap aan de accountant [naam 6] op te schorten.

3 *Het geschil in conventie*

3.1. [eiseres] vordert:

Primair

I. [gedaagde] te veroordelen om binnen zeven dagen na betekening van het vonnis over te gaan tot overdracht aan [eiseres] van de door [gedaagde] gehouden aandelen in [naam bv 1], vrij van enig beperkt en/of ander recht, tegen betaling door [eiseres] van een koopsom van € 359.000,00 aan [gedaagde] te voldoen en [gedaagde] te veroordelen mee te werken aan het passeren van de voor overdracht vereiste notariële akte, op straffe van verbeurte van een dwangsom, alsmede te bepalen dat indien [gedaagde] niet aan deze veroordeling voldoet, dit vonnis in de plaats zal treden van de benodigde verklaringen van [gedaagde] en dat de passerend notaris zal zijn gemachtigd alle ter zake van de eigendomsoverdracht vereiste formaliteiten te vervullen;

althans

II. [gedaagde] te veroordelen om binnen genoemde termijn, onder dezelfde voorwaarden en met dezelfde bijkomende veroordelingen, aan [eiseres] over te dragen de door [gedaagde] gehouden aandelen in [naam bv 1], tegen betaling door [eiseres] van een voorlopige koopsom van € 1,00 onder bepaling dat in de leveringsakte ten gunste van [gedaagde] een pandrecht zal worden gevestigd tot zekerheid van betaling van de koopsom

die dient te worden vastgesteld door een door de voorzieningenrechter aan te wijzen deskundige op basis van de DCF-methode, zoals vastgelegd in de samenwerkingsovereenkomst, waarbij [eiseres] wordt gelast mee te werken aan de prijsvaststelling;

Subsidiair

III. [gedaagde] op straffe van verbeurte van een dwangsom te verbieden derden van/rond [naam bv 1] en [naam bv 2], relaties, leveranciers en personeelsleden daaronder begrepen, voor de duur van een (binnen zes weken na het kortgedingvonnis te entameren) bodemprocedure, telefonisch, schriftelijk of op welke andere wijze dan ook, direct of indirect, te benaderen;

IV. te bepalen dat alle aandelen gehouden door [gedaagde] in het kapitaal van [naam bv 1] worden overgedragen ten titel van beheer aan een tijdelijk beheerder, voor de duur van de hiervoor onder III bedoelde periode, althans om gedurende deze periode het stemrecht van [gedaagde] op haar aandelen te schorsen;

V. gepaste maatregelen te nemen teneinde de status quo bij [naam bv 1] en dochtervennootschap te doorbreken;

dit alles met veroordeling van [gedaagde] in de proceskosten, de nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

3.2. [gedaagde] voert verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna bij de beoordeling, voor zover van belang, ingegaan.

4. Het geschil in reconventie

4.1. [gedaagde] vordert, samengevat, het spiegelbeeld van de vordering onder I in conventie, naar de voorzieningenrechter begrijpt, primair als nakoming van de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst, subsidiair bij wijze van ordemaatregel. Zij vordert aldus om [eiseres]:

– te bevelen om binnen 14 dagen na betekening van het vonnis aan [gedaagde] over te dragen de door [eiseres] gehouden aandelen in [naam bv 1], vrij van enig beperkt en/of ander recht, tegen betaling door [gedaagde] van een koopsom van € 359.000,00 aan [eiseres] te voldoen en [eiseres] te veroordelen om mee te werken aan het passeren van de notariële akte op verbeurte van een dwangsom, alsmede

– te bepalen dat indien [eiseres] niet aan deze veroordeling voldoet, dit vonnis in de plaats zal treden van de benodigde verklaringen van [eiseres] en dat de passerend notaris zal zijn gemacht-

tigd alle ter zake van de eigendomsoverdracht vereiste formaliteiten te vervullen, dit alles met veroordeling van [eiseres] in de proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

4.2. [eiseres] voert verweer onder verwijzing naar haar stellingen in conventie.

4.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna bij de beoordeling, voor zover van belang, ingegaan.

5. De beoordeling

Inleiding

5.1. Deze zaak betreft vorderingen over en weer tot gedwongen overdracht van aandelen, gebaseerd op de artikelen 2:336 t/m 2:341 BW (geschillenregeling aandeelhouders/uitstoting van een aandeelhouder). [eiseres] en [gedaagde] houden ieder 50% van het aandelenkapitaal in [naam bv 1]. Partijen, sinds 2016 de enig aandeelhouders van [naam bv 1] (in de personen van [naam 1] en [naam 2]), hebben een inmiddels hoog opgelopen conflict over de aansturing van de door de vennootschap gedreven onderneming in de dochtervennootschap [naam bv 2].

5.2. Aangezien partijen beiden 50% aandeelhouder zijn, is een patstelling ontstaan. De conflicten tussen beide aandeelhouders zijn inmiddels geëscaleerd. Het gaat in dit kort geding om de vraag of onmiddellijk ingrijpen noodzakelijk is, en zo ja, wie van beide aandeelhouders de meest gerede partij is om de (zeggenschap over de) vennootschap voort te zetten.

Toetsingskader

5.3. In een geval als dit kan een patstelling tussen twee 50/50 aandeelhouders worden doorbroken, indien het belang van de onderneming, en in het verlengde daarvan het belang van de andere aandeelhouder dat vergt. Dat kan aan de orde zijn, als een van de aandeelhouders zich schuldig maakt aan (wan)gedragingen die het belang van de vennootschap zodanig schaden, dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer kan worden geduld. De enkele onverenigbaarheid van karakters is onvoldoende; vereist voor toewijzing zijn toerekenbare (wan)gedragingen als aandeelhouder van min of meer voortdurende aard waardoor het functioneren van de vennootschap in gevaar wordt gebracht omdat de besluitvorming wordt verlamd. De geschillenregeling beoogt in het belang van de vennootschap

een uitweg te bieden uit een impasse bij ernstige onoverbrugbare geschillen tussen aandeelhouders.

Voorts in conventie

Spoedeisend belang

5.4. Anders dan [gedaagde] heeft aangevoerd, is het belang van [eiseres] bij haar vorderingen in conventie spoedeisend. [gedaagde] erkent immers zelf ook dat een patstelling bestaat, waardoor belangrijke besluiten binnen de onderneming niet kunnen worden genomen. Dat het nemen van dergelijke beslissingen op korte termijn niet nodig zou zijn, zoals [gedaagde] kennelijk meent, is in dit verband geen steekhoudend verweer. Om het reilen en zeilen van de onderneming te kunnen waarborgen moeten immers belangrijke zaken, zoals het vaststellen van de jaarrekening, het inschrijven op aanbestedingen en het beslissen over substantiële investeringen, waarvoor aandeelhoudersbesluiten zijn vereist, met voldoende voortvarendheid kunnen worden genomen.

Inhoudelijke beoordeling

5.5. Zoals hiervoor is overwogen, moet worden getoetst of sprake is van (wan)gedragingen *als aandeelhouder* die het belang van de vennootschap zodanig schaden, dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer kan worden geduld. In dit geval is [gedaagde] – in de persoon van [naam 2] – zowel aandeelhouder als bestuurder van [naam bv 1] (en indirect van [naam bv 2]), althans geweest, en is het niet altijd eenvoudig te duiden of zij handelt als bestuurder of aandeelhouder. In zoverre worden de gedragingen van [gedaagde] als aandeelhouder ingekleurd door haar functioneren als bestuurder en is dat functioneren voor de beoordeling van deze zaak mede van belang.

5.6. Voor de inkleuring en een goed begrip van het huidige geschil is van belang dat [eiseres] voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het functioneren van [gedaagde] al problematisch was vóórdat [naam 2] in maart 2020 wegens ziekte uitviel. De feiten weergegeven onder 2.6, 2.8, 2.9, 2.10, 2.16 en 2.21 spreken in dat verband boekdelen. Ook de verklaring van [naam 3] ter zitting was illustratief. Volgens [naam 3], die zijn sporen heeft verdiend als bestuurder van een grote zorgorganisatie en als commissaris van de branche-

vereniging in de thuiszorg (destijds BTN), heeft [naam 2] veel capaciteiten op het gebied van verpleging en verzorging, maar schiet zij tekort op het gebied van management en is zij niet goed in staat om leiding te geven aan de onderneming.

5.7. [gedaagde] en haar advocaat hebben aangevoerd dat zij vermoeden dat [naam 1] en de RvT een vooropgezet plan hadden om [gedaagde]/[naam 2] als bestuurder/aandeelhouder eruit te werken. Dit vermoeden wordt niet door de feiten ondersteund. Anders dan [gedaagde] meent, was het volstrekt begrijpelijk dat [naam 1] de RvT benaderde toen [naam 2] uitviel en er dus een probleem was. Sterker nog, als goed bestuurder was zij ertoe gehouden in dergelijke omstandigheden de RvT in te schakelen. Er moest een vervanger voor [naam 2] worden gezocht tijdens haar ziekte. Die is gevonden in de persoon van de echtgenoot van [naam 1]. Zijn aanstelling – waarvan [gedaagde] nu een punt maakt – is in alle openheid gebeurd en besproken met de RvT. Ook [naam 2] is daarvan destijds in kennis gesteld, zoals [naam 3] ter zitting heeft verklaard en [gedaagde] niet heeft weersproken. Zij heeft daartegen toen geen bezwaren geuit. Verder blijkt nergens uit dat de RvT niet onafhankelijk opereerde en niet steeds het belang van de vennootschap voor ogen had. Integendeel, in een transcript van een overleg tussen de RvT, [eiseres] en [gedaagde] van 15 maart 2021 zijn bijvoorbeeld de volgende uitspraken van een lid van de RvT te lezen:

“(…) Wij komen met een standpunt wat een oplossing zou kunnen zijn in het belang van [naam bv 2], dat is nu het belangrijkste voor de kindjes en de organisatie. (...)”

“Maar dan zit je wel met het punt, [naam 1], dat het jaarplan niet *vastgesteld* kan worden, zolang daar geen duidelijkheid over is. Dit heeft wel prioriteit en ik ga ervan uit dat [naam 2] er een positieve input heeft en zou ik gewoon aannemen dat jullie met z'n tweetjes bespreken (...)”

Ook de beschuldiging van [gedaagde] aan het adres van [eiseres] dat zij haar niet van de nodige informatie heeft voorzien snijdt geen hout, aangezien [eiseres] onweersproken heeft gesteld dat het leeuwendeel daarvan te vinden is op de voor [naam 2] toegankelijke G-schijf van de onderneming.

Is [gedaagde] thans nog/weer statutair bestuurder?

5.8. Partijen zijn het er niet over eens of [gedaagde] nog statutair bestuurder is van [naam bv 1],

en verschillen van mening over de inhoud en betekenis van het aandeelhoudersbesluit van 2 september 2020 (zie onder 2.7).

5.9. In het aandeelhoudersbesluit is vastgelegd dat [gedaagde] vanwege de arbeidsongeschiktheid van [naam 2], in ieder geval tijdelijk, geen bestuurder meer zou zijn. Op zichzelf is dat klip en klaar. Dat dit besluit overbodig zou zijn, of onder valse voorwendselen tot stand zou zijn gekomen, wat [gedaagde] lijkt te suggereren, is niet aanneemelijk. Het was immers voor de onderneming van belang dat [eiseres] tijdens de afwezigheid van [gedaagde] belangrijke besluiten kon nemen en voor [gedaagde] en [naam 2] zelf dat zij daarop niet zouden kunnen worden aangesproken. Dat de statuten van de vennootschap ook een beletting kent voor arbeidsongeschiktheid doet daar niet aan af. Partijen – ook [gedaagde] – hebben er zelf voor gekozen het op deze wijze te regelen en stonden achter dit besluit. [gedaagde] was dus vanaf 2 september 2020 – in ieder geval tijdelijk – geen statutair bestuurder meer.

5.10. [gedaagde] wijst erop dat in het aandeelhoudersbesluit is opgenomen dat het terugtreden van [gedaagde] tijdelijk is “tot het moment dat mevrouw [naam 2] namens [gedaagde] B.V. weer in staat is haar bestuurlijke werkzaamheden voor de Vennootschap te hervatten” en stelt zich op het standpunt dat dit zo moet worden uitgelegd dat zij, vanaf het moment dat zij weer 100% (of zelfs gedeeltelijk) arbeidsgeschikt zou zijn, *automatisch* weer statutair bestuurder zou zijn, zonder de noodzaak tot herbenoeming. Hierin wordt zij niet gevolgd. In het aandeelhoudersbesluit staat dit niet. Er staat niet dat [naam 2] (automatisch) weer statutair bestuurder zal zijn *als zij zelf meent* weer in staat te zijn haar bestuurlijke werkzaamheden te hervatten. Bestuurders van de vennootschap worden ontslagen en benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA). Het is dan ook aan de AVA om te bepalen of [naam 2] in staat is om haar taak als bestuurder weer op zich te nemen en of [gedaagde] opnieuw benoemd kan worden als statutair bestuurder. De enkele mededeling van [naam 2] zelf is daarvoor dus onvoldoende. Indien [gedaagde] meent dat zij weer tot statutair bestuurder moet worden benoemd, kan zij een aandeelhoudersvergadering bijeen roepen en dit op de agenda zetten. Dat heeft zij niet gedaan.

5.11. Indien en voor zover de stellingen van [gedaagde] zo moeten worden uitgelegd dat zij

meent dat [eiseres] ([naam 1]) onredelijk handelt door niet mee te werken aan de herbenoeming van [gedaagde] als bestuurder, kan dat haar ook niet baten. Het is volstrekt begrijpelijk dat [eiseres] niet wil instemmen met de terugkeer van [gedaagde] als bestuurder van de vennootschap. Uit de tussen partijen en de RvT gevoerde correspondentie valt immers af te leiden dat “weer aan het werk kunnen” niet zonder meer betekende dat [naam 2] (ook) weer in staat was al haar werkzaamheden op te pakken en dus “in staat is haar bestuurlijke werkzaamheden voor de Vennootschap te hervatten”. Evenmin is gebleken dat zij dat zelf wilde.

5.12. In de loop van 2020 en 2021 heeft met name de RvT een aantal voorstellen gedaan om de terugkeer van [naam 2], al dan niet als statutair bestuurder, in goede banen te leiden, voor de vennootschap en voor haarzelf. [gedaagde] is daarop echter niet op constructieve wijze ingegaan. Zij is ondanks diverse verzoeken daartoe nooit met een voorstel voor een nieuw takenpakket gekomen, hoewel zij zelf herhaaldelijk had aangegeven niet in haar oude rol te willen/kunnen terugkeren. De discussie daarover (die aanvankelijk in goede harmonie verliep) is uit de hand gelopen, in het bijzonder door de e-mails van 27 januari en 24 februari 2021 van de advocaat van [gedaagde] (zie 2.12 en 2.17). Pas toen de verhoudingen op scherp stonden, heeft [gedaagde] via haar advocaat het – gezien de omstandigheden zeer onrealistische – voorstel gedaan weer alles te willen en zullen gaan doen wat ze voor haar uitval ook al deed. Kortom van een (voorstel tot een) besluit tot herbenoeming is het dus nooit gekomen. Bij deze stand van zaken is het uitgangspunt dan ook dat [gedaagde] sinds 2 september 2020 geen bestuurder meer is. Zij was sindsdien dus (slechts) aandeelhouder van [naam bv 1] en (indirect) van [naam bv 2] en heeft sindsdien dus ook (slechts) in die hoedanigheid gehandeld.

Gedragingen van [gedaagde] die het belang van de vennootschap schaden?

5.13. Partijen zijn het erover eens dat de verhouding tussen hen ernstig is verstoord. Oplossingen in der minne zijn voorgesteld, maar niet tot stand gekomen en mediation is mislukt. De besluitvorming in de onderneming ligt lam, doordat beide partijen evenveel zeggenschap hebben. In deze situatie is de enige uitweg dat een van beiden, al

was het maar bij wijze van ordemaatregel, het veld ruimt, ten bate van de ander.

5.14. Zoals voortvloeit uit het hiervoor onder 5.3 genoemde toetsingskader, is een ingrijpende beslissing als uitstoting van een van de aandeelhouders als bedoeld in de artikelen 2:236 t/m 2:241 BW alleen aan de orde in uitzonderlijke omstandigheden. Het komt erop neer dat door het handelen of nalaten van de betrokken aandeelhouder het voortbestaan van de onderneming op het spel moet staan.

5.15. Op grond van de door [eiseres] naar voren gebrachte feiten en omstandigheden wordt geoordeeld dat van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden in dit geval sprake is. Gelet op de gang van zaken kan worden geconcludeerd dat [gedaagde] als aandeelhouder het belang van de onderneming volledig uit het oog heeft verloren. Haar handelwijze was uitsluitend gericht op haar terugkeer als statutair bestuurder. Er heeft geen zelfreflectie plaatsgevonden en [gedaagde] heeft volstrekt onvoldoende oog gehad voor de noodzaak van rust en continuïteit in de onderneming. Inmiddels heeft zij niet alleen een conflict met haar mede-aandeelhouder, maar ook met de RvT en met de accountant van de vennootschap, in wie zij niet alleen het vertrouwen heeft opgezegd, maar die zij ook op weinig overtuigende gronden persoonlijk aansprakelijk heeft gesteld voor schade toegebracht aan de vennootschap. Daarnaast heeft [gedaagde] bedreigd met tuchtrechtelijke stappen tegen de accountant. Verder heeft zij de drie locatiemanagers, die voor het functioneren van de onderneming van essentieel belang zijn, beschuldigd van slecht werknemerschap en bedreigd met rechtspositionele gevolgen, in plaats van de door hen geventileerde kritiek serieus te nemen. Dat hun verklaringen slechts de visie van [eiseres] zouden weerspiegelen en/of door haar zouden zijn ingefluisterd, zoals [gedaagde] meent, is geenszins aannemelijk geworden. Dit alles is niet alleen omgepast en disproportioneel, maar – zeker in samenhang bezien – aan te merken als uitzonderlijke omstandigheden die schadelijk zijn voor de onderneming.

5.16. Er is al met al sprake van een onhoudbare situatie, die ingrijpen in kort geding rechtvaardigt. Gezien het handelen van [gedaagde] bestaat er voldoende grond voor uitstoting van [gedaagde] en dus overdracht van haar aandelen aan [eiseres]. Daarbij komt dat [eiseres] (in de persoon van [naam 1]) de onderneming tijdens de

afwezigheid van [gedaagde] draaiende heeft gehouden. Zij heeft aangetoond dat zij, tot tevredenheid van de locatiemanagers en de RvT, de onderneming kan besturen.

5.17. De omstandigheid dat [eiseres] de samenwerkingsovereenkomst heeft opgezegd staat aan de overdracht van de aandelen aan haar niet in de weg. Er is geen omstandigheid aan de orde als bedoeld in de artikelen 6 en/of 7 van de samenwerkingsovereenkomst op grond waarvan [eiseres] verplicht zou zijn haar aandelen aan [gedaagde] aan te bieden.

5.18. Anders dan [gedaagde] heeft bepleit, bestaat geen aanleiding om de uitkomst van de procedure bij de OK af te wachten. Voorshands is onvoldoende aannemelijk dat de stellingen van [naam 2] in het verzoekschrift, vooral gebaseerd op haar vermoeden dat [eiseres] en de RvT er op voorhand op uit waren haar uit de onderneming te werken, aanleiding zullen zijn voor de OK om een onderzoek naar wanbeleid te starten. [gedaagde] heeft haar stellingen niet van een steekhoudende onderbouwing voorzien. Ook haar beschuldiging van misbruik van coronagelden heeft zij, tegenover de gemotiveerde betwisting daarvan door [eiseres], onvoldoende handen en voeten gegeven, terwijl zij wel heeft bedreigd verzoekers en andere betrokkenen te informeren over mogelijke fraude – hetgeen vooralsnog niet in het belang van de onderneming kan worden geacht. Ook de stelling dat [eiseres] door ([naam bv 2]) met de echtgenoot van [naam 1] een arbeidsovereenkomst aan te (laten) gaan een tegenstrijdig belang had en daardoor “onbehoorlijk” zou hebben gehandeld, overtuigt niet. Daar komt bij dat het verzoekschrift pas op 24 januari 2022 is ingediend en dat de enquêteprocedure naar verwachting minimaal negen maanden in beslag zal nemen, wat voor het bestuurbaar blijven van de onderneming onaanvaardbaar lang is.

5.19. Voor de prijs waartegen [gedaagde] haar aandelen moet overdragen wordt aangeknoopt bij het rapport dat [eiseres] in het geding heeft gebracht. Dit kan worden aangemerkt als een serieus deskundigenrapport waarin de aandelen zijn gewaardeerd volgens de door partijen in artikel 7.4 van de samenwerkingsovereenkomst afgesproken DCF-methode. Weliswaar heeft [gedaagde] een tegenvoorstel gedaan, maar daarmee heeft zij de juistheid van de zienswijze en de berekening van Sman op zichzelf niet betwist. [gedaagde] heeft geen specifieke en/of onderbouwde bezwa-

ren tegen het rapport naar voren gebracht. Om die reden kan van het goed gemotiveerde rapport worden uitgegaan, en zal de daarin berekende koopprijs voor de aandelen worden overgenomen. Haar stelling dat de door Swan berekende waarde onjuist zou zijn, is ook niet erg overtuigend in het licht van het feit dat zij in reconventie zelf vraagt [eiseres] te veroordelen de aandelen aan haar over te dragen tegen dezelfde waarde.

5.20. [gedaagde] heeft nog aangevoerd dat uitstoting een definitieve maatregel is, die niet past in kort geding. Ook hierin wordt zij niet gevolgd. Zoals hiervoor uitvoerig is overwogen, is ingrijpen nodig in het belang van de continuïteit van de onderneming van de vennootschap. De beslissing lijkt definitief, maar kan ook worden gezien als ordemaatregel. [gedaagde] moet weliswaar nu haar aandelen overdragen aan [eiseres], maar zij kan deze beslissing in hoger beroep aanvechten, of – wat wellicht de voorkeur verdient – een bodemprocedure beginnen. Mocht de rechter in een dergelijke procedure haar alsnog gelijk geven en oordelen dat [gedaagde] haar aandelen aan [eiseres] moet overdragen, dan kan dat alsnog worden geëffectueerd. Maar dan is er in de tussentijd wel rust geweest in de onderneming, en konden in elk geval belangrijke besluiten worden genomen. Ook wat de prijs geldt: als de appel-/of bodemrechter hierover anders oordeelt, in die zin dat de prijs voor de aandelen hoger zou moeten zijn, dan valt dat op eenvoudige wijze recht te zetten, in de vorm van een aanvullende betaling van [eiseres] aan [gedaagde].

5.21. [gedaagde] heeft ten slotte betoogd dat de vorderingen moeten worden afgewezen, omdat anders haar enquêterecht een lege huls zou zijn. Ook dat staat aan toewijzing van de vorderingen niet in de weg. Zij heeft als aandeelhouder op grond van artikel 2:346 BW de bevoegdheid tot indiening van een verzoek bij de OK, omdat zij meer dan 10% van het geplaatste kapitaal van de onderneming houdt.

Voor de vraag of aan dat vereiste is voldaan, is in principe beslissend het tijdstip waarop het verzoek wordt ingediend, waarbij onder omstandigheden zelfs denkbaar is dat ook een *voormalig* aandeelhouder ontvankelijk is in zijn enquêteverzoek. Nu [gedaagde] het verzoek al heeft ingediend, worden haar rechten en bevoegdheden ten aanzien van het verzoek om een onderzoek dus niet ingeperkt.

Conclusie

5.22. Al het voorgaande leidt tot de slotsom dat de vorderingen worden toegewezen, met veroordeling van [gedaagde] in de proceskosten en in de nakosten. Er zal geen dwangsom worden opgelegd. Dit is niet nodig, aangezien – zoals gevorderd – zal worden bepaald wordt dat dit vonnis in de plaats zal treden van de vereiste handelingen van [gedaagde] voor de overdracht van de aandelen, indien zij deze niet vrijwillig zal verrichten.

Voort in reconventie

5.23. Uit hetgeen in conventie is overwogen, volgt dat de vorderingen stranden. [gedaagde] zal in de proceskosten worden veroordeeld die op nihil worden gesteld, vanwege de samenhang van het geschil in reconventie met dat in conventie.

6. De beslissing

De voorzieningenrechter in conventie

6.1. veroordeelt [gedaagde] om binnen zeven dagen na betekening van dit vonnis over te dragen aan [eiseres] de door [gedaagde] gehouden aandelen in [naam bv 1], vrij van enig beperkt en/of ander recht, tegen betaling door [eiseres] van een koopsom van € 359.000,00 (driehonderdnegenenvijftigduizend euro) aan [gedaagde], en [gedaagde] te veroordelen mee te werken aan het passeren van de voor die overdracht vereiste notariële akte,

6.2. bepaalt dat dit vonnis in de plaats treedt van de vereiste medewerking (volmacht) van [gedaagde] (als bedoeld in artikel 3:300 lid 1 BW) voor de overdracht van de aandelen en het verlijden van de daartoe noodzakelijke notariële akte van levering, indien [gedaagde] niet voldoet aan de verordening onder 6.1,

6.3. veroordeelt [gedaagde] in de kosten van dit geding (...; *red.*), te vermeerderen met de wettelijke rente daarover met ingang van veertien dagen na heden tot aan de voldoening,

6.4. veroordeelt [gedaagde] in de na dit vonnis ontstane kosten (...; *red.*),

6.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

6.6. wijst het meer of anders gevorderde af, *in reconventie*

6.7. weigert de gevraagde voorzieningen,

6.8. veroordeelt [gedaagde] in de proceskosten, tot heden aan de zijde van [eiseres] begroot op nihil.

NOOT

1. In Nederland hebben we een gebrekkig systeem om twistende aandeelhouders te scheiden. De wettelijke geschillenregeling van Boek 2, Titel 8, Afdeling 1 BW is weinig populair. Uittreding is mogelijk voor een aandeelhouder van wie in redelijkheid niet verwacht kan worden dat hij blijft zitten. Uitstoting is mogelijk indien het belang van de vennootschap vergt dat een aandeelhouder vertrekt. Beide regelingen hebben als nadeel dat ze aanvangen bij de gewone rechtbank, waar weinig ervaring is met deze soms ingrijpende procedure. In eerste aanleg wordt daarom veelal te omzichtig omgegaan met de betrokkenen, die dan langer dan nodig tot elkaar veroordeeld blijven.

2. De praktijk heeft de omweg naar de effectievere enquêteprocedure gevonden (Boek 2, Titel 8, Afdeling 2 BW). Daarin is maatwerk mogelijk, de procedure loopt vlot en de OK wordt alom geprezen wegens haar deskundigheid. Maar gedwongen overdracht van aandelen behoort niet tot de definitieve voorzieningen van art. 2:356 BW. Het gros van de oplossingen wordt in feite bereikt in minnelijke regelingen die worden getroffen in de rust die ontstaat als een OK-functionaris wordt benoemd tot bestuurder of beheerder van aandelen.

3. Voor de wettelijke geschillenregeling heeft de OK (in haar hoedanigheid van appelrechter) in middels richtinggevende uitspraken gegeven. In het Maassen-arrest (OK 3 september 2019, «JOR» 2020/59, m.nt. De Vries) is uitgemaakt dat de voor uittreding vereiste "redelijkheid" geen bijzonder hoge maatstaf vergt. Ook met betrekking tot uitstoting is inmiddels een richtinggevend arrest gewezen in de zaak Bloembollenbedrijf Brouwer. Daarin is op 30 november 2021 (ECLI:NL:GHAMS:2021:3966) uitgemaakt dat indien de verhoudingen tussen de aandeelhouders onherstelbaar slecht zijn, het onbestaanbaar is dat zij beide aandeelhouder blijven, omdat het conflict schadelijk is voor de vennootschap. Wanneer mogelijk aan beide aandeelhouders verwijten gemaakt kunnen worden, dient de rechter

aan de hand van het belang van de vennootschap te bepalen wie moet vertrekken.

4. De wetgever is nog niet met goede verbeteringsvoorstellen gekomen. Het consultatievoorstel Wagevoe uit 2019 is overladen met kritiek (www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingenenquete). De nieuwe voorzitter van de OK schrijft in het Jaarverslag 2021 sub 1.2 (www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Gerechthoven/Gerechtshof-Amsterdam/Over-het-gerechtshof/Organisatie/Ondernemingskamer/Paginas/jaarverslag-ondernemingskamer-2021.aspx) terecht ongeduldig: "De Ondernemingskamer roept daarom de wetgever op om in 2022 een wetwijziging in gang te zetten die het mogelijk maakt om een vordering tot uitstoting of uittreding in eerste aanleg bij de Ondernemingskamer aanhangig te maken." Zinnvolle voorstellen daartoe van zijn voorganger (G. Makkink, 'De kortste weg naar een vennootschappelijk scheidingsrecht', in: S.H.M.A. Dumoulin e.a. (red.), *Vernieuwing van het Enquêterecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021) zijn niet opgepikt.

5. Het goede nieuws van dit vonnis in kort geding is dat deze voorzieningenrechter met grote voortvarendheid een knoop doorhakt in een escalerend geschil. Het is niet voor het eerst dat uitstoting in kort geding wordt toegewezen. Zie bijv. Pres. Rb. Alkmaar 16 april 1985, *TVVS* 1985/8, p. 204 met instemmende noot van Slagter; Pres. Rb. Breda 13 maart 1998, «JOR» 1998/61 met kritische noot van Groffen (*De Jong/Wichers*) en Vzng. Rb. Midden-Nederland 20 mei 2020, «JOR» 2020/229 met instemmende noot Van Thiel (*Castanje Vermogensbeheer*).

6. Hier is sprake van twee 50/50-aandeelhouders/bestuurders die een kinderopvangorganisatie exploiteren. Eiser deed de externe taken en gedaagde de interne. De laatste lijkt op enig moment boven haar macht te functioneren, raakt arbeidsongeschikt en treedt vrijwillig (tijdelijk) terug uit het bestuur. Het geschil ontstaat als zij terugkeer als statutair bestuurster als harde voorwaarde voorop stelt. Zodra de rvt haar uitkoop voorstelt, ontsporen de verhoudingen volledig: ze stelt diverse betrokkenen aansprakelijk, benadert tamelijk indringend personeelsleden en beticht de accountant en haar medebestuurder van fraude. Die laatste doet een professioneel beargumenteerd aanbod tot uitkoop. Gedaagde kondigt een enquêteverzoek aan. Dan start eiser dit kort geding waarin hij gedwongen overdracht

(uitstoting) vordert op grond van art. 2:336 BW. In reconventie vordert gedaagde vervolgens datzelfde.

7. Als gezegd, de voorzieningenrechter grijpt rücksichtslos in. Zij buigt zich eerst (r.o. 5.3) over de vraag binnen welk kader zij dient te beslissen. "In een geval als dit kan een patstelling tussen twee 50/50 aandeelhouders worden doorbroken, indien het belang van de onderneming, en in het verlengde daarvan de andere aandeelhouder dat vergt. Dat kan aan de orde zijn, als een van de aandeelhouders zich schuldig maakt aan (wan) gedragingen die het belang van de vennootschap zodanig schaden, dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer kan worden geduld. De enkele onverenigbaarheid van karakters is onvoldoende; vereist voor toewijzing zijn toerekenbare (wan)gedragingen als aandeelhouder van min of meer voortdurende aard waardoor het functioneren van de vennootschap in gevaar wordt gebracht omdat de besluitvorming wordt verlamd." In r.o. 5.4 voegt de voorzieningenrechter daaraan toe dat er een spoedeisend belang is zodat belangrijke besluiten "met voldoende voortvarendheid kunnen worden genomen".

8. Het huidige art. 2:336 lid 1 BW rept van "een aandeelhouder die door zijn gedragingen (...)". Daaruit is wel afgeleid dat het gedragingen dient te betreffen van de aandeelhouder "als zodanig". Dit heeft uitstoting in het verleden ten onrechte ingeperkt. Gedragingen van de aandeelhouder in andere hoedanigheid (bijv. als bestuurder, leverancier of concurrent) waren dan, hoewel schadelijk voor de vennootschap, in de ogen van de rechter toch onvoldoende voor uitstoting. Deze te strikte wetsuitleg is in het Wagevoe-consultatievoorstel expliciet afgewezen, maar komt in lagere rechtspraak nog steeds voor (zie bijv. Rb. Overijssel 24 juni 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:2192 en Rb. Rotterdam 21 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9681). De voorzieningenrechter overweegt in r.o. 5.5: "(...) niet altijd eenvoudig te duiden of zij handelt als bestuurder of aandeelhouder. In zoverre worden de gedragingen van gedaagde als aandeelhouder ingekleurd door haar functioneren als bestuurder en is dat functioneren voor de beoordeling van deze zaak mede van belang." Deze *inkleuring* is terecht. Met name in vennootschappen waarin sprake is van een samenwerking tussen personen is het irrealistisch dat de pet waarmee

handelingen verricht worden bepalend zou zijn voor de beslissing of het belang van de vennootschap geschaad is of niet.

9. Problematisch vind ik echter de r.o. 5.6 t/m 5.12. Daarin worden, binnen de marginale mogelijkheden die een kort geding biedt, ingrijpende conclusies getrokken over de betrokkene. In een bodemprocedure zou hoor en wederhoor beter ingevuld kunnen worden.

10. In r.o. 5.13 oordeelt de voorzieningenrechter: "In deze situatie is de enige uitweg dat een van beiden, al was het maar bij wijze van ordemaatregel, het veld ruimt, ten bate van de ander." Deze overweging acht ik principiële onjuist. Een vergelijking met onmiddellijke voorzieningen in een enquêteprocedure ligt voor de hand. Met uitzondering van de noodzaakfinancieringszaken, worden zelden voorzieningen toegepast die materieel leiden tot wijziging van het aandeelhoudersbelang. Doorgaans wordt volstaan met schorsing van een bestuurder en het onder beheer stellen van aandelen en is dat ook voldoende. Het is mogelijk dat de aandelen van slechts één van de twistende aandeelhouders onder beheer worden gesteld (zie bijvoorbeeld OK 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5492 (*ProSolar*)). Daar gaat ook een krachtig signaal van uit.

11. Ook in deze casus had de voorzieningenrechter doorbreking van de impasse kunnen bereiken door te volstaan met de voorziening om gedaagde als bestuurster en het stemrecht op ten minste één van de door haar gehouden aandelen te schorsen. De uitgesproken uitstoting gaat dus veel verder dan nodig in een kort geding. Mede gelet op de eisen van art. 1 EP EVRM dienen mijns inziens hoge eisen te worden gesteld aan (de motivering van) de proportionaliteit van de voorziening. De voorzieningenrechter meent dat er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden waardoor het voortbestaan van de onderneming op het spel staat. De gronden die daarvoor worden genoemd in r.o. 5.16 overtuigen mij echter niet.

12. In r.o. 5.20 geeft de voorzieningenrechter aan dat haar beslissing definitief "lijkt" maar dat gedaagde in hoger beroep kan of een bodemprocedure kan beginnen. "Mocht de rechter in een dergelijke procedure haar alsnog gelijk geven en oordelen dat de aandelen aan haar moeten worden overgedragen, dan kan dat alsnog worden geëffectueerd. Maar dan is er in de tussentijd wel rust geweest in de onderneming (...)": Dit had

juist een tegenargument moeten zijn. Indien de appel- of bodemrechter al een andere beslissing zou willen nemen, zal die nu minder snel geneigd zijn om tot een volledig terugdraaien van een overdracht en betaling te komen. Dat geeft namelijk weer veel complicaties. Voor de gewenste rust was schorsing voldoende geweest. De voorzieningenrechter creëert een *fait accompli*.

13. De gedaagde in dit geschil had overigens haar hand wel overspeeld. Met name het intimideren van personeelsleden kan zelden op sympathie van de rechter rekenen. Een strategische misslag is evident de tegenvordering van gedaagde tot uitstoting voor exact hetzelfde bedrag als de door eiser geboden prijs. Dat gaf deze voorzieningenrechter de mogelijkheid te kiezen voor het belang van de vennootschap, hetgeen gezien de hiervoor sub 3 bedoelde uitspraak uit 2021 doorslaggevend is in een zaak met uitstotingsvorderingen over en weer. Zonder deze conventionele vordering zou dit vonnis wellicht minder vérstrekend zijn geweest.

14. Nu hier in kort geding uitstoting plaatsvindt, is het zinvol een blik te werpen op België. Die bevat een in 2019 gemoderniseerde geschillenregeling (art. 2:60-69 WVV). De vordering wordt ingeleid bij de voorzitter van de ondernemingsrechtbank; deze houdt zitting “zoals in kort geding”. Er wordt wel geklaagd dat de vordering gebruikt kan worden als een quasi-opzegging van een vennootschap. De Belgische regeling biedt inspiratie voor aanpassingen in de Nederlandse regeling. De rechter kan alle samenhangende geschillen beslechten over de financiële betrekkingen tussen de partijen, met name betreffende leningen, rekeningen-courant en zekerheden en over niet-concurrentiebedingen. Hij kan zekerheidsstelling voor de nog te bepalen prijs opleggen. De rechter mag beslissen tot een billijke prijsverhoging óf verlaging. De rechter kan een deel van de prijs koppelen aan de instemming van de vertrekkende met de naleving van een niet-concurrentiebeding met de vennootschap dat hij voorstelt of met de versterking van een bestaand niet-concurrentiebeding. Op verzoek van de vertrekkende kan de rechter hem tevens ontheffen van een bestaand niet-concurrentiebeding, dan wel dat beding beperken, al dan niet gekoppeld aan een verlaging van de prijs. Ten slotte kan de rechter aan de verblijvers de verplichting opleggen om de zakelijke en persoonlijk-

ke zekerheden gesteld door de vertrekkende ten voordele van de vennootschap op te heffen of te laten opheffen, of daarvoor een gepaste tegengarantie te geven (art. 2:67 en art. 69 WVV). Stuk voor stuk bepalingen die ook in Nederland tegemoet zouden kunnen komen aan knelpunten in de geschillenregeling.

15. Tot slot: de advocaat van eiser bericht mij dat de zaak vlak voor de latere zitting bij de OK alsnog geschikt is. Mijn kritiek hierboven op de voorzieningenrechter laat dan ook onverlet het compliment dat dit vonnis een loopgravenoorlog lijkt te hebben voorkomen. Om dat in talloze andere situaties te voorkomen is de wetgever nu echter aan zet.

mr. Ph.W. Schreurs
advocaat corporate litigation Boels Zanders Eindhoven

146

Schorsing en ontslag van stichtingsbestuurder ongedaan gemaakt

Voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland zp Alkmaar
31 maart 2022, nr. KG ZA 22-87,
ECLI:NL:RBNHO:2022:2694
(mr. Saarloos)
Noot mr. dr. M.J. van Uchelen-Schipper

Stichting. Onenigheid tussen rvt en stichtingsbestuurder die overigens goed functioneert. Besluit tot schorsing en ontslag van bestuurder betreft discretionaire bevoegdheid van rvt. Voorshands staat echter niet vast dat visie van bestuurder op ontslagbesluit onjuist is. Toewijzing van vordering tot intrekking van schorsingsbesluit en vordering tot schorsing van ontslagbesluit. Schorsing van leden rvt is voorbehouden aan OK.

[BW art. 2:286 lid 4, 2:298, 2:298a]

De voorzieningenrechter stelt voorop dat [eiser] een “dubbele” rechtspositie heeft. Hij is (statutair) bestuurder van Stichting Ronduit en werknemer. Voor de rechtspositie als bestuurder gelden de