

RO 2020/22

HOF AMSTERDAM

8 januari 2020, nr. 200.183.207/01 OK
(Mrs. G.C. Makkink, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs)

Art. 2:345 lid 1, 2:350 lid 3 BW

JONDR 2016/570

ECLI:NL:GHAMS:2020:304

ECLI:NL:GHAMS:2016:309

ECLI:NL:GHAMS:2016:474

ECLI:NL:GHAMS:2016:359

ECLI:NL:GHAMS:2020:1155

Enquête.

Op welke gronden wijst de Ondernemingskamer een verzoek tot ontheffing uit de functie van onderzoeker toe? Op welke gronden verhoogt de Ondernemingskamer het onderzoeksbudget? (Metals/Delco)

Deze uitspraak van de Ondernemingskamer houdt verband met de sinds 2016 lopende enquête inzake Delco. HPLen SVO vormden het bestuur van Delco. Op verzoek van HPL heeft de Ondernemingskamer begin 2016 geoordeeld dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en juiste gang van zaken bij Delco te twijfelen en een onderzoek bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij Delco, dit in verband met het grote wantrouwen tussen beide bestuurders (HPL en SOV) dat gezamenlijke besluitvorming onmogelijk heeft gemaakt. De Ondernemingskamer heeft in 2016 het bedrag dat het onderzoek mag kosten op maximaal € 50.000,- gesteld en Van Andel als onderzoeker benoemd. Daarnaast wees de Ondernemingskamer een bestuurder met beslissende stem voor Delco aan, Hammerstein. In de zomer van 2017 is Rutten als tweede onderzoeker benoemd, omdat Van Andel tijdelijk in het buitenland verbleef. Eind 2018 is het onderzoeksbudget verhoogd naar € 130.000,-. In december 2019 verzoekt Rutten de Ondernemingskamer om hem te ontheffen uit zijn functie als onderzoeker omdat Van Andel niet langer in het buitenland verblijft. Daarnaast verzoeken de onderzoekers de Ondernemingskamer om een verhoging van het onderzoeksbudget tot € 185.000,-. Alleen Hammerstein laat namens Delco weten dat Delco geen bezwaren heeft.

OK: De verzoeken worden toegewezen omdat partijen geen bezwaren tegen de ontheffing van Rutten als onderzoeker of de verhoging van het budget hebben geuit en verhoging van het budget de Ondernemingskamer niet onredelijk voorkomt.

Zie ook:

Jurisprudentie over ontheffing op verzoek van de onderzoeker zelf:

- Hof Amsterdam 25 januari 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:155, ARO 2019/78 (Circum);
- Hof Amsterdam 7 september 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3893, ARO 2017/150 (Bakery Initiatives);
- Hof Amsterdam 31 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1066, ARO 2017/100;
- Hof Amsterdam 30 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3973, ARO 2017/9;
- Hof Amsterdam 16 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:712, ARO 2016/38 (Deus ex Machina (D.E.M.) B.V.);

Jurisprudentie over ontheffing op verzoek van een andere partij:

- Hof Amsterdam 1 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2071, JONDR 2015/842;

Jurisprudentie over een afwijzing van ontheffing op verzoek van een andere partij:

- Hof Amsterdam 21 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3563, ARO 2018/193;
- Hof Amsterdam 26 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2653, JONDR 2018/852;
- Hof Amsterdam 26 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1062, ARO 2018/107;

Jurisprudentie over de verhoging onderzoeksbudget:

- Hof Amsterdam 26 november 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4330, ARO 2020/11 (Verhoef Beheer B.V.; Verhoef Investments B.V.);
- Hof Amsterdam 26 maart 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1062, ARO 2018/107;
- Hof Amsterdam 27 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:288, ARO 2016/54 (Xeikon);
- Hof Amsterdam 16 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:987, JONDR 2014/22 (Jeemer/Meromi Holding);
- Hof Amsterdam 5 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:807, ARO 2015/104 (Energie Concurrent);
- Hof Amsterdam 8 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:472, ARO 2015/76 (De Jong Holding c.s.);
- J. Beurskens, 'De onderzoeker in de enquêteprocedure', V&O 2011, afl. 6;
- P.H.M. Broere, 'De begroting van de kosten van een enquête, geen onvoorwaardelijke liefde', *Ondernemingsrecht* 2018/113;
- F. Veenstra, 'de bezwaren van partijen', in: *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:354 BW, aant. 3.6.

Wenk:

In een lopende enquête rondom Delco zijn twee onderzoekers aangesteld en is het onderzoeksbudget sinds de uitspraak reeds eerder verhoogd. Eén van de onderzoekers

verzocht de Ondernemingskamer eind december 2019 tot ontheffing uit zijn functie. Tezamen verzochten de onderzoekers de Ondernemingskamer het onderzoeksbudget te verhogen. Hieronder wordt eerst ingegaan op het verzoek tot ontheffing door de onderzoeker en daarna op het verzoek tot verhoging van het onderzoeksbudget.

De Ondernemingskamer heeft de bevoegdheid in ieder stadium van een onderzoek, ambtshalve of op verzoek van een van de partijen of de onderzoeker zelf, de onderzoeker uit zijn functie te ontheffen en een nieuwe onderzoeker aan te wijzen. Deze bevoegdheid tot ontheffing is niet uitdrukkelijk in de wet geregeld maar vloeit voort uit de jurisprudentie en is thans ook vastgelegd in de Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures, door de Ondernemingskamer vastgesteld op 9 juli 2019. De Leidraad bepaalt dat de onderzoeker ook vóór afronding van het onderzoeksverslag uit zijn taak kan worden ontheven, bijvoorbeeld indien zich omstandigheden voordoen op grond waarvan de onderzoeker zijn taak niet meer kan vervullen. Indien de Ondernemingskamer een verzoek tot ontheffing ontvangt, dient de secretaris van de Ondernemingskamer partijen in de gelegenheid te stellen bezwaren daartegen te uiten. De Ondernemingskamer kan een onderzoeker uit zijn functie ontheffen indien daarvoor gegronde redenen bestaan, zoals partijdigheid, afhankelijkheid, gebrek aan deskundigheid of gebrek aan budget.

Dat laatste, dus de omstandigheid dat de kosten van het onderzoek door de rechtspersoon niet worden betaald, is een grond die bij een verzoek tot ontheffing door onderzoekers zélf vaak wordt aangevoerd. Het gevolg hiervan voor de onderzoeker is dat hij zijn werkzaamheden niet kan uitvoeren. De Leidraad adviseert onderzoekers hun werkzaamheden niet voort te zetten zolang betaling van de onderzoekskosten door de rechtspersoon niet zeker is. De Ondernemingskamer heeft in eerdere jurisprudentie het niet betalen van de onderzoekskosten geaccepteerd als een gegronde reden om de onderzoeker uit zijn functie te ontheffen en het onderzoek daarbij te beëindigen.

In de zaak onder bespreking verzoekt de tweede onderzoeker ontheffing uit zijn functie omdat voor zijn betrokkenheid geen aanleiding meer is, nu de eerste onderzoeker terug is uit het buitenland. Geen van de partijen maakt bezwaar tegen dit verzoek tot ontheffing. De Ondernemingskamer wijst dit verzoek toe met de enkele verwijzing naar het feit dat er geen bezwaren zijn geuit door de partijen. Een vergelijkbare redering zien we in een uitspraak waarbij

de onderzoeker verzoekt tot ontheffing met de enkele argumentatie dat hij is genoodzaakt zich als onderzoeker terug te trekken. Op dit verzoek tot ontheffing hebben de andere partijen ook geen bezwaren geuit. De Ondernemingskamer wijst dit verzoek toe, met aanwijzing van een nieuwe onderzoeker, zonder verdere motivatie.

In de jurisprudentie is een verschil te zien in de overwegingen van de Ondernemingskamer bij een verzoek tot ontheffing door een partij en een verzoek door de onderzoeker zelf. Dit verschil vloeit mogelijk voort uit het feit dat tegen een verzoek tot ontheffing door de onderzoeker zelf vaak geen bezwaren worden ingediend. Bij een verzoek tot ontheffing door een andere partij worden vaak wél bezwaren ingediend waardoor deze partij moet motiveren waarom er sprake is van een gegronde reden voor ontheffing (zoals partijdigheid). Een verzoek tot ontheffing door de onderzoeker wordt tot nu toe vrijwel altijd door de Ondernemingskamer toegewezen.

Krachtens artikel 2:350 lid 3 BW kan de onderzoeker hangende het onderzoek de Ondernemingskamer verzoeken het onderzoeksbudget te verhogen, indien hij voorziet dat het vastgestelde budget niet toereikend is. De Ondernemingskamer is bij een dergelijk verzoek verplicht om de partijen in de gelegenheid te stellen zich hierover uit te laten. Uit de jurisprudentie van de Ondernemingskamer volgt dat bij de beoordeling van het verhogingsverzoek een minimale toets wordt gehanteerd. Deze toets bestaat er slechts uit dat de OK zal nagaan of het verhogingsverzoek haar niet onredelijk voorkomt. De Leidraad schrijft voor dat het verzoek tot verhoging van het onderzoeksbudget een specificatie moet bevatten met een overzicht van de reeds verrichte werkzaamheden en gemaakte kosten en de naar verwachting nog te verrichten werkzaamheden en te maken kosten. Uit de jurisprudentie van de Ondernemingskamer volgt dat indien een onderzoeker aan de eis om het budget te specificeren voldoet, de Ondernemingskamer het verzoek niet onredelijk zal achten en derhalve zal toewijzen. Indien er bezwaren zijn gemaakt, zijn deze in de jurisprudentie tot nu toe niet voldoende zwaar bevonden om een verzoek tot verhoging van het onderzoeksbudget af te wijzen.

F. Henke

Beschikking inzake

H.P.L. Metals B.V., te Nijmegen, verzoekster, advocaat: mr. P.D. Olden, te Amsterdam,

tegen

Delco Participation B.V., te Oisterwijk, verweerster, advocaten: mr. D.J.F.F.M. Duynstee,

mr. T. Drenth en mr. C. Spierings, allen te Amsterdam, en tegen SVO Company B.V., te Oosterwijk, belanghebbende, advocaten: mr. W.H.A.M. van den Muijsenbergh en mr. B. Verkerk, beiden te Rotterdam.

Ondernemingskamer:

1 Het verloop van het geding

1.1 Verweerster wordt hierna aangeduid met Delco.

1.2 Voor het verloop van het geding verwijst de Ondernemingskamer naar haar beschikkingen van 1, 2 en 9 februari 2016 en van 3 juli 2017 en 8 november 2017 in deze zaak. Bij die beschikkingen heeft de Ondernemingskamer – voor zover thans van belang – een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Delco over de periode vanaf 1 januari 2015, het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten vastgesteld op € 50.000 (exclusief btw), mr. drs. W.J.M. van An del (hierna: Van An del) benoemd teneinde het onderzoek te verrichten alsmede – bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding – mr. E. Hammerstein (hierna: Hammerstein) benoemd als bestuurder van Delco.

1.3 Bij beschikking van 3 juli 2017 heeft de Ondernemingskamer mr. K. Rutten (hierna: Rutten), naast Van An del, benoemd als (tweede) onderzoeker in deze zaak omdat Van An del tijdelijk in het buitenland verbleef terwijl voortvarend onderzoek was geboden.

1.4 Bij beschikking van 8 november 2018 heeft de Ondernemingskamer op verzoek van de onderzoekers het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten verhoogd tot € 130.000 (exclusief btw).

1.5 Bij e-mail/brief aan de Ondernemingskamer van 12 december 2019 heeft Rutten verzocht hem te ontheffen uit zijn functie van onderzoeker omdat voor zijn betrokkenheid geen aanleiding meer is nu Van An del niet langer in het buitenland verblijft.

1.6 Bij e-mail/brief aan de Ondernemingskamer van 16 december 2019 hebben Van An del en Rutten de Ondernemingskamer verzocht het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten te verhogen tot € 185.000.

1.7 Bij e-mail van 17 december 2019 heeft de secretaris van de Ondernemingskamer partijen in de gelegenheid gesteld zich uiterlijk op 24 december 2019 uit te laten over de in 1.5 en 1.6 bedoelde verzoeken.

1.8 Bij e-mail aan de Ondernemingskamer van 17 december 2019 heeft Hammerstein laten weten dat van de kant van Delco geen bezwaar bestaat tegen de verzoeken. Van de overige partijen is niet vernomen.

2 De gronden van de beslissing

Nu partijen noch tegen ontheffing van Rutten uit zijn functie van onderzoeker noch tegen verhoging van het onderzoeksbudget bezwaar hebben gemaakt, en verhoging van dat budget de Ondernemingskamer ook niet onredelijk voorkomt, zal de Ondernemingskamer de verzoeken toewijzen.

3 De beslissing

De Ondernemingskamer:

ontheft mr. K. Rutten, te Utrecht, uit zijn functie van onderzoeker;

verhoogt het bedrag dat het bij beschikking van 1 februari 2016 bevolen onderzoek ten hoogste mag kosten tot € 185.000 (exclusief btw);

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Deze beschikking is gegeven door mr. A.J. Wolfs, mr. C.C. Meijer en mr. J. den Boer, raadsheren, en prof. dr. mr. F. van der Wel RA en drs. P.G. Boumeester, raden, in tegenwoordigheid van mr. S.M. Govers, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 8 januari 2020.

RO 2020/23

HOF AMSTERDAM

17 december 2019, nr. 200.198.647/01

(Mrs. G.C.C. Lewin, A.P. Schoonbrood-Wessels, H. Koster)

Art. 2:8, 6:2 BW

RCR 2019/68

RCR 2020/30

JONDR 2019/700

ECLI:NL:GHAMS:2019:4491

ECLI:NL:GHAMS:2017:270

ECLI:NL:GHAMS:2019:1724

Tegenstrijdig belang. Bibolini-verweer.

Is het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dat de contractspartij de vennootschap kan houden aan de commission agreement? (Dromore/First Crown)

Appellante (“Dromore”) is met geïntimeerde (“First Crown”) een commission agreement aangegaan waarbij First Crown een 3% commission fee zou ontvangen over een koopprijs van vastgoed. Dit vastgoed is eigendom van Precision Investment II B.V (“PI II”). Dromore is voor 50% aandeelhouder in de joint venture PC II; Precision Investment B.V. is voor de andere 50% aandeelhouder. X Sr. (“Senior”) is enig aandeelhouder en bestuurder van Precision Investment. Dromore heeft – naast haar eigen bestuurder en enig aandeelhouder: de heer A – een trustbestuurder in-