

## Door de OK te treffen onmiddellijke voorzieningen: lessen uit Zwagerman?

### Inleiding

In haar beschikking van 29 november 2002 inzake Alcas Holding B.V. (hierna: Alcas) maakt de Ondernemingskamer (hierna: de OK) een einde aan een impasse binnen de algemene vergadering van aandeelhouders van Alcas door de raad van commissarissen bij wijze van onmiddellijke voorziening te machtigen tot uitgifte van aandelen en tot een statutenwijziging die voor die uitgifte noodzakelijk is. Dit laatste is opvallend omdat de bevoegdheid tot statutenwijziging dwingendrechtelijk rust bij de algemene vergadering van aandeelhouders (art. 2:231 BW). Kan de OK bij wijze van onmiddellijke voorziening aan een bepaald orgaan van de vennootschap bevoegdheden toekennen die krachtens de wet bij een ander orgaan rusten? Een begin van een antwoord lijkt besloten te liggen in de Zwagerman-beschikking, waarin de Hoge Raad (hierna: HR) ten aanzien van een door de OK bij wijze van definitieve voorziening benoemde commissaris overweegt dat aan deze commissaris geen andere bevoegdheden kunnen worden toegekend dan de wet toelaat (HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79 m.nt. Van den Ingh).

In deze bijdrage zal ik eerst de feiten en kernoverwegingen uit de beschikking van de OK weergeven. Ik zal vervolgens nader ingaan, mede in het licht van de beschikkingen van de HR inzake Skygate (HR 19 oktober 2001, JOR 2002, 5 m.nt. Van den Ingh) en Zwagerman, op de door de OK getroffen onmiddellijke voorzieningen.

### **OK 29 november 2002, JOR 2003, 8 m.nt. Josephus Jitta (Alcas Holding B.V.)**

Op 25 november 2002 heeft Parnib PPM B.V. (hierna: Parnib) de OK verzocht om, kort gezegd, een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken van Alcas en bepaalde onmiddellijke voorzieningen te treffen. Parnib houdt 41,3% van de aandelen in Alcas. De overige aandelen worden gehouden door First Global-Com LLC (hierna: First Global) en E. van der Horst (hierna: Van der Horst) respectievelijk voor 45,6% en 13,1%. Van der Horst is de enige statutaire bestuurder. De raad van commissarissen bestaat uit drie personen, die ieder zijn benoemd op voordracht van een aandeelhouder.

Het verzoek van Parnib wordt ingegeven door de ernstige financiële moeilijkheden waarin Alcas verkeert. In

september 2002 heeft Alcas surseance van betaling slechts weten te voorkomen doordat Parnib en First Global bereid zijn geweest overbruggingskredieten te verstrekken. Deze kredieten moesten Alcas in staat stellen haar kapitaal uiterlijk per 1 oktober 2002 verder te versterken. De aandeelhouders hebben evenwel over de versterking van het kapitaal geen overeenstemming weten te bereiken. Versterking van het eigen vermogen door de aandeelhouders is echter voorwaarde voor verdere financiering door de kredietverstrekkende banken. De OK overweegt dat de situatie van dien aard is dat Alcas in haar voortbestaan onmiddellijk wordt bedreigd indien niet spoedig tot een oplossing wordt gekomen.

Het probleem daarbij is dat ingevolge de statuten van Alcas besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders tot – onder meer – uitgifte van aandelen slechts kunnen worden genomen met een meerderheid van ten minste 90% van de uitgebrachte stemmen in een vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal aanwezig of vertegenwoordigd is. Dezelfde vereisten gelden voor een besluit van de algemene vergadering tot statutenwijziging. Een statutenwijziging strekkende tot verhoging van het maatschappelijk kapitaal is blijkens de beschikking van de OK voor de aandelenemissie noodzakelijk, omdat het geldende maatschappelijk kapitaal voor de voorgenomen emissie onvoldoende ruimte laat. De gekwalificeerde meerderheid die voor de hiervoor genoemde besluiten is vereist, maakt dat Van der Horst met 13% van de uitstaande aandelen het in zijn macht heeft om de besluitvorming in de algemene vergadering te blokkeren. De OK stelt vast dat Van der Horst zich als aandeelhouder niet heeft willen vastleggen op een wijze die een voldoende concreet uitzicht biedt op een oplossing van de financiële noodsituatie waarin de vennootschap is komen te verkeren. Zodoende is de besluitvorming in de algemene vergadering omtrent de versterking van het eigen vermogen in een impasse terechtgekomen.

Parnib, ondersteund door First Global, verzoekt de OK onmiddellijke voorzieningen te treffen teneinde de impasse te doorbreken. De OK wijst dit verzoek toe en machtigt bij wijze van onmiddellijke voorziening de raad van commissarissen van Alcas tot het nemen van besluiten tot, kort gezegd, (1) statutenwijziging ter verhoging van het maatschappelijk kapitaal, en (2) het uitgeven van aandelen tegen een door de raad van commissarissen vast te stellen koers en voorwaarden, met inachtneming van het geldende voorkeursrecht, met dien verstande dat de periode waarin het voorkeursrecht kan worden uitgeoefend, in afwijking van artikel 2:206a

lid 5 BW, zich uitstrekt tot uiterlijk vrijdag 6 december 2002 (i.e. zeven dagen na de datum van de beschikking), en dat de raad van commissarissen het voorkeursrecht geheel terzijde zal kunnen stellen ten aanzien van een aandeelhouder wanneer met die aandeelhouder in voormelde periode geen overeenstemming over de voorwaarden van herfinanciering van Alcas wordt bereikt, een en ander in zoverre in afwijking van afspraken terzake tussen de aandeelhouders en van statutaire bepalingen.

#### Commentaar

Op grond van artikel 2:349a lid 2 BW kan de OK op verzoek van de indieners van het enquêteverzoek in elke stand van het geding een onmiddellijke voorziening treffen voor de duur van het geding indien dit in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek is vereist. De mogelijkheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen is in verschillende zaken gebleken een effectief middel te zijn om een impasse binnen de vennootschap of een van haar organen te doorbreken.

#### *Doorbreking van een impasse bij een in financiële nood verkerende vennootschap*

In de feiten die ten grondslag liggen aan de onderhavige beschikking van de OK, lijken twee elementen van doorslaggevende betekenis. Het eerste element betreft de financiële positie van de vennootschap. De financiële moeilijkheden zijn zo ernstig dat Alcas in haar voortbestaan onmiddellijk wordt bedreigd indien niet spoedig tot een oplossing wordt gekomen. Het tweede element betreft de impasse waarin de algemene vergadering van aandeelhouders is geraakt ten aanzien van de besluitvorming tot versterking van het eigen vermogen. De OK overweegt dat het aannemelijk is dat die impasse zonder ingrijpen niet kan worden doorbroken. In enigszins vergelijkbare gevallen bleek de OK bereid de bestaande impasse in de besluitvorming te doorbreken door het treffen van onmiddellijke voorzieningen (OK 27 januari 2000 en 15 februari 2000, JOR 2000, 74 m.nt. Josephus Jitta (zie JOR 2000, 75), gesanctioneerd door de HR in eerdergenoemde beschikking van 19 oktober 2001, JOR 2002, 5 m.nt. Van den Ingh (Skygate); OK 15 november 2001, JOR 2002, 6 m.nt. Josephus Jitta (Decidewise); vergelijk ook OK 12 juni 2002, JOR 2002/125, m.nt. Brink (InterXion), waarin de OK de verzochte onmiddellijke voorzieningen afwees omdat onvoldoende aannemelijk was gemaakt dat de financiële toestand van de vennootschap zozeer urgent was, dat het treffen van die voorzieningen geboden was; zie ook M. Brink, Voortgezette financiering bij Joint Venture, O&F 2002, p. 9 e.v.).

In de onderhavige beschikking doorbreekt de OK de impasse in de algemene vergadering van aandeelhouders door de raad van commissarissen te machtigen tot het nemen van de besluiten die voor de aandelenemissie noodzakelijk zijn. De algemene vergadering wordt dien-aangaande tijdelijk buiten spel gezet. De OK bepaalt dat de aandelenemissie in beginsel dient te geschieden met inachtneming van het geldende voorkeursrecht. Iedere aandeelhouder van Alcas wordt daarmee in de gelegenheid gesteld aan de emissie deel te nemen. De door de OK getroffen onmiddellijke voorziening hoeft daarom niet te leiden tot een verwatering van het aandelenbezit van een van de aandeelhouders.

*Tussen Skygate en Zwagerman*

De OK komt bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen een grote vrijheid toe. De HR heeft dit in zijn beschikking inzake Skygate bevestigd door te overwegen dat:

‘(...) de Ondernemingskamer de vrijheid heeft zodanige voorlopige voorzieningen te treffen als zij in verband met de toestand van de rechtspersoon noodzakelijk acht (...) mits de voorziening naar haar aard een voorlopige is en bij het treffen van een zodanige voorziening voldoende rekening is gehouden met, en een billijke afweging heeft plaatsgevonden van, de belangen van de betrokken partijen.’

De OK is bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen in het bijzonder niet gebonden aan de limitatieve opsomming die artikel 2:356 BW geeft voor mogelijke voorzieningen na enquête (Kamerstukken II 1991/92, 22 400, nr. 3, p. 15; vergelijk ook P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, 2001, nr. 118 en Asser/Maeijer 2-III, 2000, nr. 518).

Waar het in de Skygate-beschikking ging om door de OK getroffen onmiddellijke voorzieningen, heeft de HR zich nadien uitgelaten over de bevoegdheid van de OK tot het treffen van definitieve voorzieningen ex artikel 2:356 BW (HR 1 maart 2002, JOR 2002, 79 m.nt. Van den Ingh (Zwagerman)). De OK had bij wijze van definitieve voorziening bij Zwagerman Beheer B.V. (hierna: Zwagerman) tijdelijk een commissaris benoemd en bepaald dat aan die commissaris de bevoegdheden toekwamen van een (raad van) commissaris(sen) van een structuurvennootschap (OK 30 november 2000, JOR 2001, 4 m.nt. Van den Ingh). De Hoge Raad wijst het tegen die voorziening gerichte cassatiemiddel toe met de volgende overweging (r.o. 3.9):

‘Artikel 2:356 bevat een limitatieve opsomming van de voorzieningen die de Ondernemingskamer kan treffen. Daartoe behoort niet het toekennen van bijzondere, naast de in de zo juist vermelde bepaling genoemde bevoegdheden aan de op de voet van artikel 2:356, aanhef en letter c, aangestelde commissaris. Wel kan de Ondernemingskamer op grond van het bepaalde onder d van laatstgemeld artikel een voorziening treffen waarbij tijdelijk van de statuten wordt afgeweken in die voege dat in afwijking van de statuten aan de commissaris bepaalde bevoegdheden worden toegekend. Aan deze commissaris kunnen echter geen andere bevoegdheden worden toegekend dan de wet toelaat.’

De HR overweegt vervolgens dat het de OK in casu niet was toegestaan om de regeling inzake de bevoegdheden van commissarissen bij structuurvennootschappen onverkort van toepassing te verklaren, omdat Zwagerman geen structuurvennootschap is.

Gelden de grenzen die de HR in de Zwagerman-beschikking heeft getrokken ten aanzien van de bevoegdheden van een door de OK benoemde commissaris waar het gaat om een voorziening na enquête, ook ten aanzien van een commissaris die door de OK is benoemd bij wijze van onmiddellijke voorziening? De OK heeft in het verleden – vóór de HR-beschikking inzake Zwagerman – ook bij wijze van onmiddellijke voorzieningen tijdelijk een commissaris benoemd met toekenning aan die commissaris van de bevoegdheden van een (raad van) commissaris(sen) van een structuurvennootschap (OK 15 mei 2001, JOR 2001, 145 m.nt. Josephus Jitta). Enige aarzeling bij beantwoording van de zojuist gestelde vraag is mogelijk omdat de beslissing van de HR in Zwagerman mede is ingegeven door de limitatieve opsomming van voorzieningen die de OK na enquête kan treffen (art. 2:356 BW). Deze beperking in de soort voorzieningen geldt, zoals gesteld, niet voor door de OK te treffen onmiddellijke voorzieningen. Toch zal men moeten aannemen dat de overweging van de HR dat ‘aan deze commissaris echter geen andere bevoegdheden kunnen worden toegekend dan de wet toelaat’ zowel geldt voor de voorzieningen na enquête als voor de onmiddellijke voorzieningen. Een onderscheid tussen beide gevallen lijkt moeilijk verdedigbaar. Waarom zou de OK, anders dan bij definitieve voorzieningen aan de commissaris die zij bij wijze van onmiddellijke voorziening benoemt, wel bevoegdheden mogen toekennen die krachtens de wet bij een ander orgaan rusten? Als de vennootschap die onderwerp is van de enquête niet als een structuurvennootschap kwa-

lificeert, staat het de OK daarom niet vrij om bij wijze van onmiddellijke voorziening tijdelijk een commissaris te benoemen aan wie de bevoegdheden toekomen van een (raad van) commissaris(sen) van een structuurvennootschap. Wel heeft de OK in zo'n geval de mogelijkheid om te bepalen dat in afwijking van de statuten van de vennootschap bepaalde bestuursbesluiten onderworpen zijn aan de goedkeuring van een door de OK tijdelijk benoemde commissaris (vergelijk ten aanzien van definitieve voorzieningen r.o. 3.11 van de HR-beschikking inzake Zwagerman). Een dergelijke goedkeuringsregeling valt binnen het wettelijke kader van artikel 2:239 BW.

De beslissing van de HR inzake Zwagerman heeft betrekking op een beschikking van de OK waarin bevoegdheden werden toegekend aan een commissaris die door de OK zelf was benoemd. Men kan, in vervolg op hetgeen hiervoor is behandeld, de vraag stellen of de overwegingen van de HR inzake Zwagerman zich tot dat geval beperken of dat aan deze overwegingen een ruimere strekking toekomt. Dit laatste lijkt mij het geval. De ratio van de overwegingen van de Zwagerman-beschikking lijkt namelijk te zijn gelegen in de gedachte dat de door de OK getroffen definitieve of onmiddellijke voorzieningen er niet toe mogen leiden dat aan een bepaald orgaan bevoegdheden worden toegekend die krachtens de wet dwingendrechtelijk toekomen aan een ander orgaan. Aldus verstaan, is de vrijheid die de OK heeft om 'zodanige voorlopige voorzieningen te treffen als zij in verband met de toestand van de rechtspersoon noodzakelijk acht' (vergelijk de HR inzake Skygate) niet onbegrensd. Het staat de OK niet vrij om bij wijze van onmiddellijke voorzieningen bevoegdheden aan een bepaald orgaan toe te kennen die krachtens de wet bij een ander orgaan rusten. Hetzelfde is in de literatuur reeds betoogd ten aanzien van de definitieve voorziening als bedoeld in artikel 2:356 sub d BW (tijdelijk afwijking van de statuten) door Asser/Maeijer 2-III, 2000, nr. 536 en W.C. Treurniet, *De NV* 1967, p. 118.

*Machtiging aan de raad van commissarissen tot emissie en statutenwijziging*

In de onderhavige beschikking inzake Alcas bepaalt de OK bij wijze van onmiddellijke voorziening dat in afwijking van de statuten de raad van commissarissen is gemachtigd tot het nemen van besluiten tot uitgifte van aandelen en, voorzover nodig, tot beperking of uitsluiting van het voorkeursrecht. In de regel is de algemene vergadering van aandeelhouders daartoe bevoegd. Artikel 2:206 lid 1 en 2:206a lid 1 BW voorzien echter in de mogelijkheid dat een ander orgaan dan de algemene ver-

gadering bij de statuten wordt aangewezen als het orgaan dat bevoegd is tot uitgifte van aandelen, respectievelijk tot beperking of uitsluiting van het voorkeursrecht (vergelijk Asser/Maeijer 2-III, 2000, nr. 245). De door de OK getroffen onmiddellijke voorziening valt in zoverre binnen het wettelijke kader. Vergelijk OK 15 november 2001, JOR 2002, 6 m.nt. Josephus Jitta (Decidewise), waarin de OK bij wijze van onmiddellijke voorziening het bestuur van de vennootschap machtigt zonder een daartoe strekkend besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders te besluiten tot uitgifte, en de termijn waarbinnen het voorkeursrecht kan worden uitgeoefend, stelt op twee weken.

Twijfels zijn er echter ten aanzien van de machtiging die de OK heeft gegeven aan de raad van commissarissen van Alcas om een besluit te nemen tot wijziging van de statuten strekkende tot verhoging van het maatschappelijk kapitaal. De bevoegdheid tot wijziging van de statuten ligt immers dwingendrechtelijk bij de algemene vergadering van aandeelhouders (art. 2:231 BW). Wanneer men de overwegingen van de HR in de Zwagerman-beschikking een algemene betekenis toedicht, stond het de OK niet vrij om aan de raad van commissarissen de bevoegdheid tot statutenwijziging toe te kennen. De OK kent de raad van commissarissen daarmee immers een andere bevoegdheid toe dan de wet toelaat (in gelijke zin Josephus Jitta in zijn noot onder de beschikking van de OK inzake Alcas).

Een tweetal opmerkingen ter relativering is hier desalniettemin op zijn plaats. In de eerste plaats ziet de statutenwijziging waartoe de raad van commissarissen wordt gemachtigd, slechts op een verhoging van het maatschappelijk kapitaal, en hangt zij nauw samen met de aandelenemissie. Het ligt daarom voor de hand dat de OK bij het doorbreken van de impasse in de algemene vergadering van aandeelhouders een onmiddellijke voorziening treft waarbij de bevoegdheden tot statutenwijziging en tot emissie in dezelfde hand liggen. In de tweede plaats doen de voorafgaande beschouwingen materieel geen afbreuk aan de beslissing van de OK. Er bestaat geen twijfel over hetgeen de OK door middel van de onmiddellijke voorzieningen materieel heeft willen bereiken, namelijk de impasse in de algemene vergadering ten aanzien van de besluitvorming omtrent de herfinanciering spoedig doorbreken. Een machtiging aan de raad van commissarissen heeft in dat licht het voordeel van de eenvoud, omdat de besluitvorming in dat orgaan kan plaatsvinden zonder inachtneming van de – mogelijk vertragend werkende – oproeptermijn voor de algemene vergadering van aandeelhouders.

---

---

## Conclusie

Hoewel de OK blijkens de HR-beschikking inzake Skygate een grote vrijheid toekomt bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen, lijkt deze vrijheid, gelet op de ratio van de overwegingen van de HR-beschikking inzake Zwagerman, niet onbegrensd. Deze ratio lijkt mee te brengen dat de OK geen onmiddellijke voorzieningen kan treffen die in strijd zijn met de dwingend-rechtelijke verdeling van bevoegdheden tussen de organen van een vennootschap.

*Mr. M.W.E. Evers*  
*De Brauw Blackstone Westbroek N.V.*