

<b>54</b>
Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 januari 2018, nr. 200.221.211/01 OK ECLI:NL:GHAMS:2018:189 (mr. Wolfs, mr. Faber, mr. Tillema, drs. Baart, prof. dr. mr. Van der Wel RA) Noot R.A. Wolf
<b>OK. Enquêteprocedure. Corporate Governance. Verhoudingen tussen de bestuurders-aandeelhouders. Kosten van het onderzoek.</b>
<b>OK. Enquête. Gegronde redenen om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de vennootschap te twijfelen. Onderzoek bevolen. Geen aanleiding om af te wijken van wettelijke regeling dat vennootschap de kosten van het onderzoek draagt. Verzoek om onmiddellijke voorzieningen afgewezen.</b>
[BW art. 2:345, 2:349, 2:350]

*De OK is van oordeel dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Circom. Hiertoe overweegt zij als volgt.*

*Er is sprake van verstoorde verhoudingen tussen de bestuurders/aandeelhouders van Circom. Daarnaast is de governance bij Circom niet op orde. Truedata en Future 43 hebben geen duidelijke afspraken gemaakt over de invulling van hun bestuurstaken en bijbehorende verantwoordelijkheden. Van (vastgelegde) bestuurs- of aandeelhoudersbesluiten is niet gebleken. Voorts ontbreekt een openingsbalans en is de administratie van Circom niet inzichtelijk. Ook de gang van zaken rond de uitschrijving van Truedata als bestuurder uit het handelsregister roept vragen op. Truedata heeft betwist dat zij heeft willen aftreden als bestuurder en op dit punt is verder niets gebleken. De OK constateert dat Truedata niet de informatie heeft ontvangen waar zij om heeft verzocht en waarop zij als bestuurder en aandeelhoudster aanspraak heeft. De aandeelhoudersvergadering van 27 juli 2017 heeft Truedata slechts beperkt inzicht verschaft. Tot slot wordt geconstateerd dat de ondernemingsactiviteiten die door/via Circom hebben plaatsgevonden, thans niet meer door/via haar worden verricht. Wat hiervan verder zij, duidelijk is dat hieraan geen collegiaal tot stand gekomen bestuursbesluit dan wel een aandeelhoudersbesluit ten grondslag*

*heeft gelegen, maar dat dit het gevolg is van het eenzijdig handelen van Future 43 c.s.*

*De OK merkt overigens op dat beide partijen hebben bijgedragen aan het ontstaan van de gegronde redenen tot twijfel aan de gang van zaken van Circom. Ook [B] heeft zich geen rekenschap gegeven van de vennootschappelijke aspecten van de samenwerking binnen Circom. Hij heeft niet aangedrongen op een openingsbalans en te laat verzocht om financieel inzicht, terwijl hij in elk geval in de beginperiode van Circom de gelegenheid had om het gewenste inzicht te verkrijgen.*

*De OK zal gelet op het vorenstaande een onderzoek gelasten vanaf de datum van oprichting van Circom. Het voorschot voor de onderzoeker zal worden bepaald op € 15.000,=. De OK ziet in de omstandigheden van het geval onvoldoende aanleiding te bepalen dat, in afwijking van de wettelijke regeling dat de vennootschap de kosten voor het onderzoek draagt, de kosten voor rekening van Future 43 dan wel [A] te laten komen. De situatie in deze zaak is niet vergelijkbaar met de situatie waarvan sprake was in de beschikking van de OK van 27 december 2012 (ECLI:NL:GHAMS:BY7940).*

*De OK ziet geen aanleiding tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Binnen de vennootschap worden al ruim een jaar geen ondernemingsactiviteiten meer verricht. Niet kan worden vastgesteld dat voorzieningen om andere redenen onverwijld noodzakelijk zijn, terwijl bovendien, zoals ter zitting is gebleken, de financiële middelen ter bekostiging van de verzochte voorzieningen – zowel bij de vennootschap als bij verzoekster – niet of nauwelijks voorhanden zijn.*

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Truedata B.V.*,  
gevestigd te Amsterdam,  
verzoekster,

advocaten: mr. H.M. Punt en mr. R.A. Kaatee, beiden kantoorhoudende te Amsterdam,  
tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Circom B.V.*,  
gevestigd te Amsterdam,  
verweerster,

advocaat: mr. G.J. ter Horst, kantoorhoudende te Amsterdam,  
en tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Future 43 B.V.*,

gevestigd te Mijnsheerenland,

2. [A],

wonende te [...],

belanghebbenden,

advocaat: mr. G.J. ter Horst, kantoorhoudende te Amsterdam.

#### Hof:

##### 1. Het verloop van het geding

1.1. Partijen zullen hierna (ook) als volgt worden aangeduid:

– verzoeker als: Truedata;

– verweerster als: Circom;

– belanghebbenden afzonderlijk als: Future 43 en [A];

gezaamenlijk als: Future 43 c.s.

1.2. Truedata heeft bij op 14 augustus 2017 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer – zakelijk weergegeven – verzocht, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad,

I. een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Circom over de periode vanaf 1 februari 2016, daarbij te bepalen dat de kosten voor het onderzoek ten laste komen van Circom en dat Future 43 c.s. voor betaling daarvan ten ge-

noege van de onderzoeker voor aanvang van diens werkzaamheden zekerheid dienen te stellen;

II. bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding, zo nodig in afwijking van de statuten van Circom:

a) Future 43 te schorsen als bestuurder van Circom althans een onafhankelijk bestuurder van Circom te benoemen, daarbij te bepalen dat de kosten voor deze bestuurder ten laste komen van Circom en dat Future 43 c.s. zekerheid dienen te stellen voor deze kosten;

b) Future 43 c.s. te verbieden rechtshandelingen namens Circom te verrichten en met werknemers, klanten en andere relaties van Circom contact op te nemen, althans Future 43 c.s. te verplichten om van communicatie ter zake Circom gelijktijdig een kopie aan Truedata althans [B] (hierna: [B]) te sturen;

c) de aandelen die Future 43 houdt in Circom ten titel van beheer over te dragen aan een beheerder, daarbij te bepalen dat de kosten voor deze beheerder ten laste komen van Circom en dat Future 43 c.s. zekerheid dienen te stellen voor deze kosten, althans het stemrecht op deze aandelen te schorsen;

d) voor zover niet toegewezen in het kader van het onderzoeksbevel, Future 43 c.s. te bevelen zekerheid te stellen voor de betaling van de kosten van het onderzoek, op een door de Ondernemingskamer vast te stellen wijze;

e) het voorgaande steeds op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 20.000,= per dag(deel) dat Future 43 c.s. in strijd hiermee handelen althans een door de Ondernemingskamer vast te stellen dwangsom;

althans zodanige andere onmiddellijke voorzieningen te treffen als de Ondernemingskamer geraden acht, met veroordeling van Circom in de kosten van het geding.

1.3. Circom en Future 43 c.s. hebben bij op 4 september 2017 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verweerschrift met producties verzocht Truedata niet-ontvankelijk te verklaren in haar verzoek althans het verzoek van Truedata af te wijzen, met veroordeling van Truedata in de kosten van het geding.

1.4. Het verzoek is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 21 september 2017. Bij die gelegenheid hebben de advocaten de standpunten van de onderscheiden partijen toegelicht aan de hand van – aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde – aantekeningen en onder overlegging van op voorhand aan de Ondernemingskamer en de wederpartij gezonden nadere producties. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt.

1.5. Partijen hebben aan het eind van de mondelinge behandeling verzocht de procedure aan te houden om te bezien of er een minnelijke regeling kon worden getroffen. Bij e-mails van 2 november 2017 hebben de advocaten ieder de Ondernemingskamer verzocht een beschikking te geven op het verzoek van Truedata.

## 2. De feiten

2.1. Truedata is opgericht bij akte van 9 januari 2014 onder de naam Circom B.V. (niet zijnde verweerster). Deze naam is op 1 februari 2016 gewijzigd in Circom Holding B.V. Nadien is de naam Circom Holding B.V. gewijzigd in Truedata waarbij de handelsnaam Circom Holding is gehandhaafd. [B] is enig aandeelhouder en enig bestuurder van Truedata.

2.2. [A] is enig aandeelhouder en enig bestuurder van Future 43. [A] houdt middels [A] Holding B.V. 50% van de aandelen in Encofuture B.V. (hierna: Encofuture), de overige 50% in die vennootschap worden gehouden door Encoger Consult B.V. Encofuture houdt alle aandelen in Nedportal B.V. (hierna: Nedportal), van welke vennootschap [A] bestuurder is.

2.3. Truedata en Future 43 hebben bij akte van 1 februari 2016

Circom opgericht. Circom verleent diensten op het gebied van back-end ICT infrastructuur, bestaande uit het ontwerpen, de implementatie en de ondersteuning van producten op het gebied van automatisering en informatietechnologie. Truedata en Future 43 houden elk 50% van de aandelen in Circom en zijn ieder zelfstandig bevoegd bestuurder van Circom geworden.

2.4. In een door [A] opgemaakt “Plan van Aanpak (...) Circom (Rotterdam)” van 23 december 2016 staat onder meer:

“1. Inleiding

Dit document bevat het plan en de begroting voor het smelten van [Circom] met [Nedportal]. (...)

2. Planning

– Per 1 januari 2016 start Circom] met handelsnamen Circom (...) en Nedportal;

– Alle omzet van Nedportal en Truedata] wordt ondergebracht in de nieuwe onderneming (...);

– [- [B]] en [[A]] beide (statutair) directeur;

– Titel [B] is naar buiten ook commercieel directeur;

– Titel [A] is naar buiten ook algemeen directeur en duurt zolang als dat nodig is;

– [- [A]] draagt zoveel mogelijk werkzaamheden [over aan] [[B]] en is uiteindelijk op de achtergrond actief.

(...)

4. Structuur

4.1. Onderneming

Per 1 januari 2016 wordt [Circom] opgericht. De naam van Circom BV van [[B]] wordt ter voorkoming van verwarring gewijzigd. (...)

Aan [Circom] wordt door Future 43 € 50.000,= geleend om te gebruiken als werkkapitaal. Lening wordt afgelost in 2 jaar en de rente bedraagt 5%.

4.2. Waardering [NedPortal]/[Future 43]

De activiteiten uit klanten uit het verleden worden gewaardeerd op € 500.000,= exclusief de activa opgesomd in bijlage (circa € 70.000,=). In 10 jaar wordt € 50.000,= per jaar afbetaald aan [Future 43]. De activa aan [Nedportal] middels een geldlening, rente 5%, aflossing 3 jaar.

4.3. Directie en vergoedingen

Bij aanvang wordt [[B]] of zijn BV directeur van de onderneming. Namens [[A]] wordt [Future 43] directeur.

[[B]] ontvangt een managementfee van € 5000,= per maand. Tevens een auto/kostenvergoeding van ... (niet ingevuld, OK)

[[A]] ontvangt een managementfee van € 15.000,= per maand (was 25.000,=). Tevens een auto/kostenvergoeding van € 2000,= per maand.”

2.5. In een e-mail van 11 maart 2016 heeft [B] aan het personeel van Circom en Nedportal geschreven:

“Zoals jullie weten zijn we de laatste tijd druk geweest met het in elkaar schuiven van Circom en Nedportal en alle bijbehorende acties. (...)

De designers zijn hard bezig met de website (...).

Misschien leuk om te weten. Waar zijn we nog meer mee bezig:

– Sales activiteiten beter stroomlijnen. (...)

– Orderstroom richting administratie en inkoop producten stroomlijnen. (...)

– Webteksten engels huisstijl elementen social media etc

– Zoeken extra engineers (...)

– Zoeken extra inside sales (...)

Ik zal kijken of ik elke vrijdag een mailtje kan sturen met wat de nieuwe ontwikkelingen zijn om jullie op de hoogte te houden van de meest recente veranderingen.”

2.6. Een e-mail van [A] van 3 mei 2016 aan een klant luidt:

“Vanaf begin dit jaar is onze naam Circom geworden. (...) De naamswijziging is onder meer vanwege een EMC silver part-

nership. (...) Nedportal is een handelsnaam van de onderneming geworden.”

Het bijgevoegde bericht (afkomstig van [A] en [B]) vermeldt, voor zover belang:

“[Circom] is de specialist in data protectie en datacenter oplossingen. [Nedportal] heeft al jaren de focus op de IT dienstverlening omtrent oplossingen en combineert kennis van networking, storage, server- en cloud-infrastructuren in projecten. Tezamen onder de naam [Circom] bieden wij hoogwaardige IT oplossingen (...)”

2.7. In het kader van de oprichting van Circom is de tenaamstelling van de rekening van Nedportal bij Rabobank gewijzigd in Circom.

2.8. [A] en [B] hebben ieder namens Circom aan verschillende (potentiële) klanten offertes uitgebracht.

2.9. [A] en [B] hielden iedere maandagavond managementoverleg over de voortgang en gang van zaken. Tijdens de bespreking van 20 juni 2016 is afgesproken dat het belang van Truedata in Circom zal worden verminderd tot 10% van de aandelen. De notaris heeft hiervoor in opdracht van [A] concept-akten opgesteld. Er zijn in dit kader geen aktes gepasseerd.

2.10. [A] heeft op 21 juni 2016 Truedata uit het handelsregister doen uitschrijven als bestuurder van Circom.

2.11. [B] heeft in een e-mail van 11 juli 2016 aan [A] geschreven: “Ik heb nog even nagedacht over afgelopen weken, het lijkt mij goed dat onze wegen scheiden.

Laten we allebei er over nadenken hoe we dit vorm gaan geven. Kan je mij daarvoor de stukken (...) sturen om een beeld te krijgen van de actuele stand van zaken omtrent Circom.”

2.12. Bij brieven van 14 september 2016 en 13 oktober 2016 heeft (drs. S.R. de Witte RA namens [B] (de advocaat van) [A] verzocht om inzage in de grootboekrekeningen van Circom over 2016 en betaling van zijn achterstallige management fee.

2.13. Bij brief van 11 april 2017 heeft (mr. Kaatee namens [B] Future 43 c.s. verzocht hem toegang te verlenen tot de bankrekeningen en de administrator accounts van de website van Circom, zijn Circom-e-mailadres te heractiveren, de boekhouding van Circom ter beschikking te stellen en hem althans Truedata in staat te stellen de statutaire rechten en verplichtingen te kunnen uitoefenen. Ook is verzocht om betaling van de achterstallige management fee en huurtermijnen.

2.14. Bij brief van 16 juni 2017 heeft [A] aan [B] bericht geen bezwaar te hebben tegen herinschrijving van Truedata als medebestuurder van Circom en inzage in de administratie.

2.15. Op 27 juli 2017 heeft een algemene vergadering van Circom plaatsgevonden. Blijkens de notulen van die vergadering, zijn de cijfers over 2016 in die vergadering niet goedgekeurd wegens verdeeldheid van de aandeelhouders.

### 3. De gronden van de beslissing

3.1. Truedata heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Circom en dat er, gelet op de toestand van de vennootschap, onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. Ter toelichting heeft Truedata – kort weergegeven – het volgende naar voren gebracht. Truedata en Future 43 hebben in het plan van aanpak van 23 december 2016 de uitgangspunten van de samenwerking vastgelegd. Dit plan was gericht op een definitieve samensmelting van de vennootschappen. Deze samenwerking heeft ook gestalte gekregen, op zowel financieel, juridisch als organisatorisch vlak. Vanaf begin 2016 vonden alle activiteiten van de voormalig losse vennootschappen Nedportal en Truedata plaats binnen Circom. De werknemers van het voormalige Nedportal zijn in dienst getreden van Circom en ontvingen ook salaris van Circom. Intern en extern

is ook gecommuniceerd over deze samenwerking. De offertes werden ook verstuurd op briefpapier met het logo en KvK-nummer van Circom. De samenwerking bestaat nog steeds. Halverwege 2016 is [A] echter systematisch in strijd gaan handelen met het plan van aanpak. [A] tracht [B]/Truedata buiten spel te zetten door Truedata uit te schrijven als bestuurder en geen inzage te verschaffen in de gang van zaken en de (financiële) administratie van Circom. Besluitvorming in de algemene vergadering is niet mogelijk gelet op de 50/50-verhouding. [A] treedt volledig solistisch op en heeft feitelijk alle macht binnen Circom naar zich toe getrokken. [B] heeft slechts twee maanden management fee ontvangen van Circom, terwijl [A] dit iedere maand heeft ontvangen. [A]/Future 43 heeft verder onverklaarbare overboekingen verricht, een groot deel van de onderneming aan Circom onttrokken en probeert Circom te verkopen aan een derde.

3.2. Future 43 c.s. hebben allereerst aangevoerd dat Truedata niet-ontvankelijk is in haar verzoek omdat het geschil zuiver vermogensrechtelijk van aard is. Dit verweer faalt. Het geschil hangt weliswaar nauw samen met een vermogensrechtelijk geschil – betreffende de uitleg van de afspraken die partijen hebben gemaakt omtrent hun samenwerking (in welk verband een rol speelt welke betekenis moet worden toegekend aan het overgelegde plan van aanpak) en de vraag hoe de feiten die blijken geven van die samenwerking (zoals de oprichting van Circom, de inbreng in Circom van relaties van Nedportal, het gegeven dat de salarissen van het personeel van Nedportal door Circom zijn betaald en het feit dat de bankrekening van Nedportal op naam van Circom is gesteld) in dat verband moeten worden geduid – maar dit neemt niet weg dat de bezwaren die Circom Holding aanvoert mede van vennootschappelijke aard zijn.

3.3. Future 43 c.s. hebben voorts – kort samengevat – het volgende naar voren gebracht. Partijen hebben enkel een poging gedaan om tot een samenwerking te komen, maar deze samenwerking is nooit verder gekomen dan de conceptuele fase. Er is geen wilsovereenstemming bereikt over het business plan dan wel over de inbreng van de onderneming van Nedportal. Vooruitlopend op de samenwerking is Circom opgericht en is de tenaamstelling van de bankrekening van Nedportal gewijzigd. Op die rekening kwamen gelden binnen van klanten van Nedportal. Na het beëindigen van de samenwerking c.q. de activiteiten in Circom is deze bankrekening weer op naam van Nedportal gesteld. Enkel [A] heeft liquide middelen geïnvesteerd in Circom en veel tijd gestoken in het bouwen van een nieuwe website. Op 20 juni 2016 hebben partijen afgesproken het aandeel van Truedata in Circom terug te brengen tot 10% in verband met de tegenvallende inbreng van [B]. Tevens is de wens van Truedata om af te treden als bestuurder van Circom besproken. De samenwerking is medio 2016 tot een einde gekomen: Truedata is per 11 juli 2016 feitelijk vertrokken. In Circom worden sindsdien geen activiteiten verricht. Partijen zijn er niet in geslaagd de relatie op ordentelijke wijze af te wikken, ondanks verscheidene pogingen daartoe. [A] heeft [B] aangeboden op kantoor van Circom kennis te nemen van de boekhouding en Truedata weer in te schrijven als bestuurder van Circom, maar hierop is geen reactie ontvangen.

3.4. De Ondernemingskamer is van oordeel dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Circom. Hiertoe overweegt zij als volgt.

3.5. Er is sprake van verstoorde verhoudingen tussen de bestuurders/aandeelhouders van Circom. Daarnaast is de governance bij Circom niet op orde. Truedata en Future 43 hebben geen duidelijke afspraken gemaakt over de invulling van hun bestuurstaken en bijbehorende verantwoordelijkheden. Van (vastgelegde) bestuurs- of aandeelhoudersbesluiten is niet ge-

bleken. Voorts ontbreekt een openingsbalans en is de administratie van Circom niet inzichtelijk. Ook de gang van zaken rond de uitschrijving van Truedata als bestuurder uit het handelsregister roept vragen op. Truedata heeft betwist dat zij heeft willen aftreden als bestuurder en op dit punt is verder niets gebleken. De Ondernemingskamer constateert dat Truedata niet de informatie heeft ontvangen waar zij om heeft verzocht en waarop zij als bestuurder en aandeelhoudster aanspraak heeft. De aandeelhoudersvergadering van 27 juli 2017 heeft Truedata slechts beperkt inzicht verschaft. Tot slot wordt geconstateerd dat de ondernemingsactiviteiten die door/via Circom hebben plaatsgevonden, thans niet meer door/via haar worden verricht. Wat hiervan verder zij, duidelijk is dat hieraan geen collegiaal tot stand gekomen bestuursbesluit dan wel een aandeelhoudersbesluit ten grondslag heeft gelegen, maar dat dit het gevolg is van het eenzijdig handelen van Future 43 c.s.

3.6. De Ondernemingskamer merkt overigens op dat beide partijen hebben bijgedragen aan het ontstaan van de gegronde redenen tot twijfel aan de gang van zaken van Circom. Ook [B] heeft zich geen rekenschap gegeven van de vennootschappelijke aspecten van de samenwerking binnen Circom. Hij heeft niet aangedrongen op een openingsbalans en te laat verzocht om financieel inzicht, terwijl hij in elk geval in de beginperiode van Circom de gelegenheid had om het gewenste inzicht te verkrijgen.

3.7. De Ondernemingskamer zal gelet op het vorenstaande een onderzoek gelasten vanaf de datum van oprichting van Circom. Het voorschot voor de onderzoeker zal worden bepaald op € 15.000,-. De Ondernemingskamer ziet in de omstandigheden van het geval onvoldoende aanleiding te bepalen dat, in afwijking van de wettelijke regeling dat de vennootschap de kosten voor het onderzoek draagt, de kosten voor rekening van Future 43 dan wel [A] te laten komen. De situatie in deze zaak is niet vergelijkbaar met de situatie waarvan sprake was in de beschikking van de Ondernemingskamer van 27 december 2012 (ECLI:NL:GHAMS:BY7940).

3.8. De Ondernemingskamer ziet geen aanleiding tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Binnen de vennootschap worden al ruim een jaar geen ondernemingsactiviteiten meer verricht. Niet kan worden vastgesteld dat voorzieningen om andere redenen onverwijld noodzakelijk zijn, terwijl bovendien, zoals ter zitting is gebleken, de financiële middelen ter bekostiging van de verzochte voorzieningen – zowel bij de vennootschap als bij verzoekster – niet of nauwelijks voorhanden zijn.

3.9. Nu het verzoek van Truedata zal worden toegewezen, zal Circom in de kosten van de procedure worden veroordeeld.

#### 4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Circom B.V., gevestigd te Amsterdam, over de periode vanaf 1 februari 2016;

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

stelt het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten vast op € 15.000,-, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen; bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van Circom B.V. en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoeker voor de aanvang van diens werkzaamheden zekerheid dient te stellen;

benoemt mr. A.J. Wolfs tot raadsheer-commissaris, zoals bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW;

verwijst Circom B.V. in de kosten van het geding tot op heden aan de zijde van Truedata B.V. begroot op € 3398,-;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

#### NOOT

1. Uit deze beschikking komt andermaal naar voren dat slechts in uitzonderlijke situaties de hoofdregel van art. 2:350 lid 3 BW dat de vennootschap de kosten van het onderzoek betaalt uitzondering leidt. Dit aspect staat in deze noot centraal.

2. Qua casus is deze beschikking van de OK niet heel interessant. Een casus als deze komt wel vaker in de praktijk voor. Truedata en Future 43 houden ieder 50% van de aandelen in Circom en zijn zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd bestuurder van Circom. Voordat de samenwerking tussen partijen en de ondernemingsactiviteiten van Circom goed en wel zijn begonnen, ontstaat er onenigheid tussen Truedata en Future 43 en hun achterliggende bestuurders-aandeelhouders. Truedata stapt naar de OK, verzoekt een enquête en de nodige onmiddellijke voorzieningen (zie r.o. 1.2 van de beschikking).

3. De OK gelast een onderzoek. Er zijn gegronde redenen om te twifelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Circom. De OK overweegt dat er sprake is van verstoorde verhoudingen tussen de bestuurders-aandeelhouders van Circom. Daarnaast is de governance bij Circom niet op orde. Over hun bestuursstaken en bijbehorende verantwoordelijkheden hebben Truedata en Future 43 geen duidelijke afspraken gemaakt. Er zijn geen vastgelegde bestuurs- of aandeelhoudersbesluiten. Ook ontbreekt een openingsbalans en is de administratie van Circom niet inzichtelijk. De gang van zaken rond de uitschrijving van Truedata als bestuurder uit het handelsregister roept vragen op. Truedata heeft niet de informatie heeft ontvangen waar zij om heeft verzocht en waarop zij als bestuurder en aandeelhouder aanspraak heeft, aldus de OK. De OK constateert dat de ondernemingsactiviteiten die door of via Circom hebben plaatsgevonden niet meer door of via haar worden verricht. Duidelijk is dat hieraan geen collegiaal tot stand gekomen bestuursbesluit of een aandeelhoudersbesluit ten grondslag heeft gelegen, maar dat dit het gevolg is van het eenzijdig handelen van Future 43, aldus de OK (zie r.o. 3.4 en 3.5).

4. De OK overweegt ook, in r.o. 3.6, dat beide partijen hebben bijgedragen aan het ontstaan van de gegronde redenen tot twijfel aan de gang van zaken van Circom. Waar in het slot van r.o. 3.5 het eenzijdige handelen van Future 43 aan de orde komt, komt in r.o. 3.6 de wat afwachtende houding van Truedata en haar achterliggende bestuurder-aandeelhouder naar voren. Ook zij hebben zich geen rekenschap gegeven van de vennootschappelijke aspecten van de samenwerking binnen Circom. Er is niet aangedrongen op een openingsbalans en er is te laat verzocht om financieel inzicht. Zij hadden in elk geval in de beginperiode van Circom de gelegenheid om het gewenste inzicht te verkrijgen, aldus de OK.

5. Art. 2:350 lid 3 BW bepaalt onder meer dat de rechtspersoon de kosten van het onderzoek betaalt en dat de OK kan bepalen dat de rechtspersoon voor de betaling van de kosten zekerheid stelt. Op grond van art. 2:354 BW kan de OK na kennisneming van het verslag van het onderzoek op verzoek van de rechtspersoon beslissen dat deze de kosten van het onderzoek geheel of gedeeltelijk kan verhalen op een bestuurder, commissaris of een ander die in dienst van de rechtspersoon is, als uit het verslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken van de rechtspersoon. In samenhang bezien brengt dit mee dat bij toewijzing van het enquêteverzoek, niet kan worden bepaald (i) dat anderen dan de rechtspersoon de kosten van het onderzoek dragen of (ii) dat anderen dan de rechtspersoon zekerheid stellen. Dit leidt slechts uitzondering als sprake is van een zeer uitzonderlijke situatie, zo overwoog de OK in (onder

meer) de Phanos Reit-beschikking (OK 8 december 2015, ARO 2016/11, r.o. 3.3 en 3.4).

6. Truedata verzocht te bepalen dat de kosten van het onderzoek ten laste van Circom komen en dat Future 43 voor betaling daarvan ten genoegen van de onderzoeker en voor aanvang van diens werkzaamheden zekerheid moet stellen. Dit verzoek was ingegeven door de feitelijke stellingen van Truedata. Zij stelde dat de DGA van Future 43 (i) in strijd heeft gehandeld met de (beoogde) samenwerking en het plan van aanpak in dat kader, (ii) heeft getracht Truedata buiten spel te zetten, onder meer door uitschrijving van de DGA van Truedata als bestuurder van Circom, (iii) geen inzicht verschaft in de gang van zaken en de (financiële) administratie van Circom, (iv) solistisch optreedt en feitelijk alle macht in Circom naar zich toetrokken heeft, (v) iedere maand management fee heeft ontvangen, terwijl de DGA van Truedata die fee slechts twee keer heeft ontvangen, en (vi) onverklaarbare overboekingen heeft verricht, een groot deel van de onderneming aan Circom heeft onttrokken en probeert Circom aan een derde te verkopen. Anders gezegd, Truedata schuift Future 43 en haar DGA de zwartepiet toe en tracht (zo doende kennelijk) aansluiting te zoeken bij de Van Lier/Van der Lans-beschikking (OK van 27 december 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY7940, «JOR» 2013/42, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Van Lier/Van der Lans*)).

7. De OK gaat niet met het betoog van Truedata mee, althans in zoverre wel dat deze feiten reden zijn voor toewijzing van het enquêteverzoek, maar niet ten aanzien van het verzoek voor de kosten van dat onderzoek. De feitelijke constatering van de OK in r.o. 3.6 dat zowel Truedata als Future 43 blaam treffen van de ontstane situatie werkt door in het vervolg van de beschikking, namelijk in het antwoord op de vraag of Future 43 de kosten van het onderzoek moet dragen, althans daarvoor zekerheid moet stellen. Daar komt de door de OK geconstateerde afwachtende houding van Truedata (zie r.o. 3.6, tweede deel) nog eens bij. De OK ziet gelet op deze omstandigheden van het geval onvoldoende aanleiding te bepalen dat, in afwijking van de wettelijke regeling dat de vennootschap de kosten voor het onderzoek draagt, de kosten voor rekening van Future 43 of haar achterliggende bestuurder-aandeelhouder komen. De situatie in deze zaak is niet vergelijkbaar met de situatie waarvan sprake was in de Van Lier/Van der Lans-beschikking, aldus de OK.

8. Voor zover mij bekend, is het alleen in de Van Lier/Van der Lans-beschikking voorgekomen dat van de hoofdregel van art. 2:350 lid 3 BW is afgeweken. Zie voor afwijzing van een verzoek daartoe: de eerder genoemde Phanos Reit-beschikking, maar ook OK 14 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2919, ARO 2015/192, r.o. 2 (*Uw Slager*); OK 8 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1587, ARO 2016/87, r.o. 2.1 en 2.2 (*VTS Groep Nederland*); OK 27 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3978, ARO 2017/28, r.o. 2.3 en 2.4 (*Fabius*) en OK 20 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5599, ARO 2017/63, r.o. 3.7 (*Hepta*).

9. Op de feitelijke vaststelling van de OK dat de uitzondering zich in dit geval niet voordoet, valt – denk ik – niet veel af te dingen. Truedata had kennelijk haar dossier in aanloop naar de enquêteprocedure beter moeten opbouwen. Juist omdat het om een uitzondering gaat, moeten de feiten klip en klaar zijn om die uitzondering te rechtvaardigen.

10. Tot slot, de OK wijst de verzochte onmiddellijke voorzieningen af. Circom drijft geen onderneming meer (r.o. 3.7).