

drempel bestaat voor zijn aansprakelijkheid naast die van de vennootschap (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3 (MvA), p. 11). Zijn er praktische lessen te trekken voor vergelijkbare gevallen? De opdrachtgever kan bedingen de aanneemsom niet in zijn geheel vooruit te betalen, maar alleen voorschotten te betalen die zoveel mogelijk synchroon lopen met de stand van het werk en de laatste termijn aan te houden tot de oplevering. Ook kan een garantie- en waarborgregeling worden aangegaan, maar het is in ieder geval aan te raden om de bestuurder vóór de bouw te vragen naar de kredietwaardigheid van de vennootschap. Hoewel het in deze markt al zoeken is naar beschikbare aannemers, kan deze vraag veel misère voorkomen. Wekt de bestuurder een schijn van kredietwaardigheid voorafgaand aan het aangaan van de verplichting, bij voorkeur door daarvoor relevante stukken (zoals jaarrekeningen) over te leggen, en blijkt die gewekte schijn later onterecht, dan is de crediteur in ieder geval dichterbij een *Beklameloord*deel. Vanzelfsprekend geldt dan wel dat als de bestuurder erkent dat het bedrijf er niet goed voorstaat, het beroep van de crediteur minder kans van slagen heeft.

mr. C.J. Scholten
advocaat bij Bergh Stoop & Sanders te Amsterdam

293

Invulling van taken en bevoegdheden door OK-bestuurder

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)
8 februari 2021, zaaknr. 200.286.150/01 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2021:432
(mr. Meijer, mr. Vink, mr. Wolfs,
drs. Smits-Nusteling RC, drs. Moolenaar)
Noot mr. T. Saleminck

Enquêteprocedure. Patstelling in bestuur en ava. Gegronde redenen voor twijfel aan juist beleid en juiste gang van zaken. Onderzoek bevolen. Toewijzing gevraagde onmiddellijke voorziening: benoeming van OK-bestuurder met doorslaggevende stem en exclusieve vertegenwoordigingsbevoegdheid. Geen beperking van diens bevoegdheden. OK-bestuurder bepaalt wijze van invulling taken en verantwoordelijkheden.

[BW art. 2:349a, 2:350]

Partijen hebben partijen desgevraagd bevestigd dat zij weliswaar van mening verschillen over het antwoord op de vraag aan wie een en ander te verwijten is, maar dat zij onderkennen dat de slechte verhouding tussen hen tot een patstelling in het bestuur en in de ava van de vennootschap OMC International en daarmee in het bestuur en de aandeelhoudersvergadering van OMC Aromatherapy heeft geleid en dat op die grond moet worden getwijfeld aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de vennootschappen. Naar het oordeel van de OK is die conclusie gegrond.

De verhouding tussen [A] en [B] is dusdanig verstoord dat de organen van OMC International en indirect OMC Aromatherapy, niet meer naar behoren functioneren. Door dit alles staan de bedrijfsvoering en het bestendige succes van de onderneming van OMC c.s. onder druk.

De OK zal om die reden een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van OMC c.s. gelasten over de periode vanaf 1 januari 2019. De OK zal de aanwijzing van een onderzoeker voorals-

nog aanhouden opdat kan worden gezien als reeds door de te treffen onmiddellijke voorzieningen een oplossing van het geschil kan worden bereikt.

De OK acht het met het oog op de toestand van OMC International noodzakelijk om bij wijze van onmiddellijke voorziening een derde als bestuurder van OMC International te benoemen aan wie in het bestuur van OMC International – voor zover nodig in afwijking van de statuten – een doorslaggevende stem toekomt en die zelfstandig bevoegd is OMC International te vertegenwoordigen en zonder wie OMC International niet vertegenwoordigd kan worden. Deze bestuurder zal zich bij de uitoefening van zijn bestuurstaak bij OMC International naar eigen inzicht kunnen doen bijstaan door [A] en/of [B] op door hem te bepalen, nader te stellen voorwaarden. Ter terechtzitting hebben partijen de OK in overweging gegeven de rol van de te benoemen bestuurder gelet op de kosten die met een dergelijke benoeming gepaard gaan te beperken tot situaties waarin partijen niet in onderling overleg tot besluitvorming kunnen komen. De OK volgt partijen daarin niet. Het is immers aan de door de OK te benoemen bestuurder om te bepalen op welke wijze hij invulling geeft aan de op hem als bestuurder van OMC International rustende taken en verantwoordelijkheden.

[A],
verzoekster,
advocaat: mr. J.O.I. Leliveld,
tegen
1. OMC International Beheer BV te Beek,
2. OMC Aromatherapy Systems BV te Beek,
verweersters,
niet verschenen,
en tegen
[B],
belanghebbende,
tevens verzoeker,
advocaat: mr. J.W.H. Kempen.

(...; red.)

2. De feiten

De Ondernemingskamer gaat uit van de volgende feiten:

2.1. OMC International is op 3 april 2001 opgericht. [A] en [B] houden elk 50% van de aandelen in het geplaatste kapitaal van OMC International.

Zij vormen samen het bestuur van OMC International en zijn als bestuurders ieder zelfstandig bevoegd OMC International te vertegenwoordigen.

2.2. OMC International houdt alle aandelen in het geplaatste kapitaal van OMC Aromatherapy. OMC International is enig bestuurder van OMC Aromatherapy.

2.3. OMC c.s. drijven een onderneming die zich bezig houdt met de ontwikkeling, verkoop en installatie van geursystemen om het binnenklimaat van verzorgings- verpleeg- en ziekenhuizen te verbeteren, alsmede met de ontwikkeling van cosmetica.

2.4. [A] en [B] zijn gehuwd geweest op huwelijkse voorwaarden, met uitsluiting van elke gemeenschap van goederen.

2.5. Eind 2018 zijn tussen [A] en [B] zowel privé als zakelijk geschillen ontstaan.

2.6. Bij beschikking van de rechtbank van 19 juni 2019 is de echtscheiding tussen [A] en [B] uitgesproken. In een echtscheidingsconvenant, door partijen ondertekend op 1 mei 2019, is onder meer opgenomen:

“3.3. Partijen zijn overeengekomen dat [[B]] met ingang van ondertekening van het convenant voor de in 3.4 genoemde duur zal terugtreden als bestuurder van [OMC International]. (...)

3.4. Na één jaar vanaf ondertekening van het convenant, zal [[B]] weer bestuurder worden en fulltime beschikbaar zijn en werken in de onderneming van partijen. Als [[B]] fulltime beschikbaar is en werkt in de onderneming van partijen, heeft hij recht op de managementvergoeding en herleven zijn bevoegdheden als bestuurder.

3.5. [[[B]]] ontvangt vanaf de ondertekening van het convenant voor de duur van één jaar een netto dividenduitkering van [OMC International] van € 3.500,- per maand welk bedrag bij vooruitbetaling aan [[B]] zal worden voldaan.

3.6. [[[B]]] blijft gedurende het jaar dat [[B]] geen bestuurder is van de vennootschap, het recht op inzage in het online boekhoudingsprogramma houden (...)

2.7. Vanaf januari 2020 hebben partijen, mede door tussenkomst van hun advocaten, getracht nadere afspraken te maken, onder meer over de samenwerking binnen OMC c.s. [A] heeft daarbij kenbaar gemaakt de afspraken te willen vastleggen in een directiereglement en een aandeelhoudersovereenkomst. [B] heeft kenbaar gemaakt

uitsluitend tot een taakverdeling in een huishoudelijk reglement of directiereglement te willen komen, zonder daarnaast een aandeelhoudersovereenkomst te willen sluiten. Partijen zijn er niet in geslaagd afspraken te maken met betrekking tot hun verdere samenwerking.

2.8. Bij e-mail van 8 mei 2020 heeft [B] verzocht om – overeenkomstig artikel 3.4 van het echtscheidingsconvenant – met ingang van 1 mei 2020 weer als bestuurder van OMC International te worden ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. [A] heeft kenbaar gemaakt aan dit verzoek uitsluitend gehoor te geven indien partijen eerst nadere afspraken zouden maken in de vorm van een aandeelhoudersovereenkomst en een directiereglement. Bij vonnis in kort geding van 7 juli 2020 heeft de voorzieningenrechter van rechtbank Limburg, locatie Maastricht, bepaald dat [A] tot inschrijving van [B] als bestuurder van OMC International dient over te gaan. [A] heeft aan dit vonnis voldaan.

2.9. In diezelfde periode is tussen partijen onenigheid ontstaan over de vraag welke door partijen gemaakte kosten ten laste van OMC c.s. mogen worden gebracht. Partijen hebben elkaar daarbij over en weer beticht van het onrechtmatig onttrekken van gelden van OMC c.s.

2.10. Op 29 september 2020 heeft [B] namens OMC c.s. de overeenkomst van opdracht met de financieel adviseur van de vennootschappen, Intermedis AA, opgezegd.

2.11. Bij e-mail van 20 oktober 2020 heeft [B] aan [A] bericht dat hij een andere financieel adviseur, MN Adviseurs en Accountants, opdracht heeft gegeven om onder andere de jaarrekening van OMC c.s. over 2019 te controleren, alsmede de jaarrekeningen over 2020 en 2021 op te stellen.

2.12. Bij e-mail van 27 oktober 2020 heeft [A] aan MN Adviseurs en Accountants bericht:

“Ik heb met verbazing kennis genomen van uw diverse mails, mede gericht aan onze accountant. Blijkbaar claimt u de nieuwe accountant te zijn van [OMC c.s.], ondanks dat u bekend met het feit, dat er ernstige meningsverschillen zijn tussen mij en mijn medebestuurder tevens medeaandeelhouder de heer [B].

Voorts is u bekend althans zou u er redelijkerwijze bekend mee moeten zijn, dat ik het niet eens ben met uw benoeming tot accountant van de vennootschappen en dat het bestuur noch de AVA een besluit heeft genomen tot wijziging van account[ant].”

3. De gronden van de beslissing

3.1. [A] heeft aan haar stelling dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken van OMC c.s. en dat gelet op de toestand van de vennootschappen onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen het volgende ten grondslag gelegd. De verhoudingen tussen [A] en [B] zijn ernstig verstoord. Dit heeft een negatieve uitwerking op OMC c.s. en de onderneming. Zo weigert [B] (i) de vertrouwensrelatie met de accountant te herstellen, (ii) afspraken te maken met betrekking tot het aandeelhouders- en bestuurschap, (iii) schriftelijk te bevestigen dat hij zich zal onthouden van het nemen van eenzijdige besluiten en/of het eenzijdig verrichten van rechtshandelingen namens OMC c.s. en (iv) schriftelijk te bevestigen dat hij zich zal onthouden van intimiderend en denigrerend gedrag jegens [A]. Omdat tussen partijen geen statutaire of contractuele afspraken gelden die een oplossing kunnen bieden in geval van een patstelling, zijn onmiddellijke voorzieningen noodzakelijk.

3.2. Daar tegenover heeft [B] aangevoerd dat [A] het normaal functioneren van [B] als (indirect) bestuurder van OMC c.s. belet. Het handelen van [A] is er op gericht om [B] als bestuurder te laten aftreden en zijn aandelen over te nemen om vervolgens de onderneming te verkopen. [A] is niet bereid een accountantskantoor aan te wijzen dat de belangen van OMC c.s. onafhankelijk kan behartigen.

3.3. De Ondernemingskamer overweegt als volgt.

3.4. Ter terechtzitting hebben partijen desgevraagd bevestigd dat zij weliswaar van mening verschillen over het antwoord op de vraag aan wie het een en ander te wijten is, maar dat zij onderkennen dat de slechte verhouding tussen hen tot een patstelling in het bestuur en in de algemene vergadering van aandeelhouders van OMC International en daarmee in het bestuur en de aandeelhoudersvergadering van OMC Aromatherapy heeft geleid en dat op die grond moet worden getwijfeld aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de vennootschappen. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer blijkt uit de gedingstukken en het ter terechtzitting verhandelde genoegzaam dat die conclusie gegrond is.

3.5. De Ondernemingskamer is met partijen van oordeel dat de verhouding tussen [A] en [B] dusdanig is verstoord dat de organen van OMC International en indirect OMC Aromatherapy, niet meer naar behoren functioneren. [A] en [B] sla-

gen er niet in om in het belang van de onderneming afspraken te maken over hun samenwerking. Zij kunnen het niet eens worden over de zakelijkheid van over en weer opgevoerde kosten en zij zijn niet in staat gebleken om in gezamenlijk overleg een financieel adviseur of accountant aan te wijzen ten gevolge waarvan de jaarrekeningen over 2019 en 2020 niet zijn opgemaakt en/of vastgesteld. Door dit alles staan de bedrijfsvoering en het bestendig succes van de onderneming van OMC c.s. onder druk.

3.6. De Ondernemingskamer zal om die reden een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van OMC c.s. gelasten over de periode vanaf 1 januari 2019. De Ondernemingskamer zal de aanwijzing van een onderzoeker vooralsnog aanhouden opdat kan worden bezien of reeds door de te treffen onmiddellijke voorzieningen een oplossing van het geschil kan worden bereikt. Ieder der partijen of de hierna te noemen door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder kan op elk moment de Ondernemingskamer verzoeken de onderzoeker aan te wijzen.

3.7. De Ondernemingskamer acht het met het oog op de toestand van OMC International noodzakelijk om bij wijze van onmiddellijke voorziening een derde als bestuurder van OMC International te benoemen aan wie in het bestuur van OMC International – voor zover nodig in afwijking van de statuten – een doorslaggevende stem toekomt en die zelfstandig bevoegd is OMC International te vertegenwoordigen en zonder wie OMC International niet vertegenwoordigd kan worden. Deze bestuurder zal zich bij de uitoefening van zijn bestuurstaak bij OMC International naar eigen inzicht kunnen doen bijstaan door [A] en/of [B] op door hem te bepalen, nader te stellen voorwaarden. Ter terechtzitting hebben partijen de Ondernemingskamer in overweging gegeven de rol van de te benoemen bestuurder gelet op de kosten die met een dergelijke benoeming gepaard gaan te beperken tot situaties waarin partijen niet in onderling overleg tot besluitvorming kunnen komen. De Ondernemingskamer volgt partijen daarin niet. Het is immers aan de door de Ondernemingskamer te benoemen bestuurder om te bepalen op welke wijze hij invulling geeft aan de op hem als bestuurder van OMC International rustende taken en verantwoordelijkheden.

3.8. De te benoemen bestuurder mag het ook tot zijn taak rekenen een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven.

3.9. Voor het treffen van andere onmiddellijke voorzieningen ziet de Ondernemingskamer vooralsnog geen aanleiding.

3.10. De Ondernemingskamer zal de kosten van het onderzoek en de te benoemen bestuurder ten laste brengen van OMC International.

3.11. De Ondernemingskamer acht ten slotte termen aanwezig de kosten van het geding tussen de verschenen partijen te compenseren zoals hierna te vermelden.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van OMC International Beheer B.V. en OMC Aromatherapy Systems B.V. over de periode vanaf 1 januari 2019;

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

houdt de aanwijzing van deze persoon aan totdat een der partijen of de hierna te noemen bestuurder daarom verzoekt;

draagt de onderzoeker op om binnen twee maanden na de datum van de aanwijzingsbeschikking een plan van aanpak en een begroting van de kosten van het onderzoek te maken en deze aan de Ondernemingskamer toe te zenden en houdt de vaststelling van het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten aan;

bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van OMC International Beheer 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. C.C. Meijer tot raadsheer-commissaris, zoals bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW;

benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening met onmiddellijke ingang en vooralsnog voor de duur van het geding – voor zover nodig in afwijking van de statuten – mr. O.B.J. Poorthuis te 's-Hertogenbosch tot bestuurder van OMC International Beheer B.V. met beslissende stem en bepaalt dat deze bestuurder zelfstandig bevoegd is OMC International Beheer B.V. te vertegenwoordigen en dat zonder deze bestuurder OMC International Beheer B.V. niet vertegenwoordigd kan worden;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze bestuurder ten laste komen van OMC International Beheer B.V. en bepaalt dat OMC International Beheer B.V. voor de betaling daarvan ten genoegen

gen van de bestuurder zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van diens werkzaamheden; compenseert de kosten van het geding tussen de verschenen partijen aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt; verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad; wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

NOOT

1. Een door de Ondernemingskamer (OK) benoemde bestuurder is een volwaardig bestuurder. Aan deze tijdelijke bestuurder komen alle bevoegdheden toe die de wet en statuten aan een reguliere bestuurder toekennen. Zie HR 19 februari 2010 (r.o. 3.5.1-3.5.2), *NJ* 2010/296, «JOR» 2010/92 (*Fuldauer*); OK 19 april 2007 (r.o. 3.1), «JOR» 2007/142 (*Begemann*). De OK kan de bevoegdheden van een tijdelijk bestuurder echter uitbreiden, bijvoorbeeld met een beslissende stem of exclusieve vertegenwoordigingsbevoegdheid. De vraag rijst of de OK de bevoegdheden ook kan beperken, en zo ja, in welke mate. In deze zaak verzoeken partijen de rol van de tijdelijk bestuurder te beperken tot situaties waarin partijen niet tot besluitvorming kunnen komen.

2. De OK kan de taak en bevoegdheden van een tijdelijk bestuurder mijns inziens beperken. Dit volgt reeds uit de genoemde rechtspraak: de tijdelijk bestuurder heeft dezelfde bevoegdheden als een reguliere bestuurder, “*tenzij de rechter anders heeft bepaald*” (*Fuldauer*) of “*behoudens een andersluidende beslissing daaromtrent van de Ondernemingskamer*” (*Begemann*). Dit is ook in lijn met art. 2:129/239 lid 1 BW, waarin voor de gewone bestuurder is bepaald dat de bestuursbevoegdheid bij de statuten kan worden beperkt. Een beperking kan bijvoorbeeld zijn dat een tijdelijk bestuurder voor bepaalde besluiten de goedkeuring behoeft van de rvc of van een door de OK benoemde tijdelijk commissaris.

3. Een door de OK opgelegde beperking kan echter niet zo ver gaan dat de bestuurstaak van de tijdelijk bestuurder wordt uitgehold. Evenzo Croiset Van Uchelen, *VHI* 97 2008, p. 207. In deze beschikking wijst de OK mijns inziens dan ook terecht het verzoek tot beperking af: “[h]et is immers aan de [tijdelijk] bestuurder om te bepalen op welke wijze hij invulling geeft aan de op hem als bestuurder (...) rustende taken en ver-

antwoordelijkheden” (r.o. 3.7). Evenals voor de reguliere bestuurder (zie *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/155 sub b), geldt voor de tijdelijk bestuurder dat altijd een reële autonome bestuursbevoegdheid moet overblijven. Een verregaande beperking staat op gespannen voet met het beginsel dat een tijdelijk bestuurder volwaardig bestuurder is. Daarbij leidt een ontmantelde tijdelijk bestuurder tot onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. Door de aanstelling van een functionaris met de titel bestuurder wordt zowel binnen als buiten de vennootschap de indruk gewekt dat een volwaardige bestuurder is aangetreden, waarop het wettelijke kader van toepassing is en die zonder beperking zal gaan besturen. Bovendien zal ook voor de bestuurder zelf niet duidelijk zijn wat precies van hem of haar wordt verwacht en wat zijn of haar verantwoordelijkheden zijn.

4. Voor zover mij bekend, heeft de OK één keer eerder de bevoegdheden van een door haar benoemde functionaris beperkt. In de *Fortuna*-beschikking benoemde de OK een commissaris, die geen onderdeel uitmaakte van de rvc en als enige taak kreeg te beslissen over de door de vennootschap aan haar aandeelhouders te verstrekken informatie. Zie OK 24 april 2017 (r.o. 3.18), «JOR» 2017/163 (*Fortuna*). Dit is een wezenlijke uitholling van de toezichthoudende taak van een commissaris en om de hiervoor genoemde redenen acht ik de *Fortuna*-beschikking dan ook ongelukkig. Evenzo Jitta, «JOR» 2017/163.

5. Indien de OK het wenselijk acht een persoon te benoemen met slechts een specifieke taak, kan zij daartoe overgaan maar dient deze persoon mijns inziens niet de titel bestuurder (of commissaris) te krijgen. In plaats daarvan kan worden gekozen voor een door de OK te creëren functie – bijvoorbeeld “trustee”, “board observer” of “bijzondere vertegenwoordiger” – waaraan geen wettelijke of statutaire taken en bevoegdheden zijn verbonden. De figuur van een bijzondere vertegenwoordiger die geen bestuurder is, is in Boek 2 BW niet onbekend, zie bijvoorbeeld art. 2:15 lid 4 BW en art. 2:135 lid 8 BW. Hierover ook Croiset Van Uchelen, *VHI* 97 2008, p. 208; Leijten, *VHI* 133 2016, p. 233-244.

mr. T. Saleminck

294

Vernietiging van dividendbesluit en besluit tot inkoop en uitgifte cumprefs na gebleken wanbeleid niet opportuun

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

1 april 2021, zaaknr. 200.287.560/01 OK en 200.287.560/02 OK, ECLI:NL:GHAMS:2021:892 (in de zaak met nummer 200.287.560/01 OK: mr. Makkink, mr. Wolfs, mr. Nieuwe Weme, drs. Boumeester, prof. drs. Eeftink RA. In de zaak met nummer 200.287.560/02 OK: mr. Makkink, mr. Wolfs, mr. Vink, drs. Boumeester, mr. drs. Boon RA) Noot mr. dr. F. Veenstra

Enquêteprocedure. Tweedefasebeschikking.**Wanbeleid. Treffen van voorzieningen om gevolgen wanbeleid te redresseren.****Vernietiging van besluiten in kader van 2015-transactie heeft mede gezien tijdsverloop onzekere gevolgen voor vennootschap en is daarom geen adequaat middel. Ontslag van bestuurder en vernietiging van dechargebesluiten. Afwijzing van gevraagde onmiddellijke voorzieningen.**

[BW art. 2:16 lid 2, 2:349a, 2:355, 2:356, 2:357 lid 2]

De OK oordeelt dat vernietiging van de besluiten van Priogen Holding in het kader van de "2015-transactie" (uitgifte van cumulatief preferente aandelen alsmede inkoop- en dividendbesluit) geen adequaat middel is om de gevolgen van het wanbeleid te redresseren. De inkoop van de gewone aandelen was niet in strijd met de wet of de statuten. Daarnaast geldt dat vernietiging van de besluiten, mede gelet op het tijdsverloop, het bepaalde in art. 2:16 lid 2 BW, de inhoud van de gewijzigde aandeelhoudersovereenkomst en de Call Optie en Preferent Dividend (CPD)-overeenkomst onzekere gevolgen heeft voor Priogen Holding. Mede gelet op de huidige nijpende financiële situatie van Priogen Holding en voorstellen die zijn gedaan om Priogen Holding thans te financieren, kunnen de gevolgen van het wanbe-

leid, voor zover dat betrekking heeft op de 2015-transactie, beter zoveel mogelijk ongedaan worden gemaakt of beperkt. Daartoe kan de door de OK benoemde bestuurder beoordelen of een financiering kan worden gevonden die mede een wijziging van de verplichtingen van Priogen Holding uit hoofde van de cumprefs omvat en resulteert in verplichtingen van Priogen Holding die aan het bestendig succes van de onderneming niet in de weg staan. Een vernietiging van de besluiten van Priogen Holding in het kader van de 2015-transactie zal, naar de verwachting van de OK, het vinden van een evenwichtige financiering eerder bemoeilijken dan bevorderen.

De verantwoordelijkheid voor het wanbeleid berust bij het bestuur van Priogen Holding en daarmee bij de vennootschap Enerfund als enig bestuurder. De ernst van het wanbeleid en de vertrouwensbreuk die inmiddels is ontstaan tussen Enerfund als bestuurder en de vennootschap Lamaro als meerderheidsaandeelhouder brengt mee dat het belang van Priogen Holding vergt dat Enerfund als bestuurder wordt ontslagen. Bij het bepalen van het belang van Priogen Holding neemt de OK mede in aanmerking dat is gebleken dat het draagvlak van Enerfund als bestuurder binnen Priogen Holding, in het bijzonder bij het management van het leadership team, sterk is afgenomen en dat de continuïteit van de onderneming thans niet gebaat is bij het niettemin aanblijven van Enerfund. Het verzoek van Lamaro tot het ontslag van Enerfund wordt daarom toegewezen.

De OK ziet aanleiding om op de voet van art. 2:357 lid 2 BW te bepalen dat dit ontslag niet tot gevolg heeft dat Enerfund verplicht is op grond van de statuten of de (gewijzigde) aandeelhoudersovereenkomst haar aandelen in Priogen Holding aan te bieden aan Lamaro. Met het ontslag van Enerfund als bestuurder beoogt de OK bij te dragen aan de sanering van de vennootschappelijke verhoudingen en daartoe is niet nodig dat Enerfund gedwongen wordt haar positie als aandeelhouder op te geven. Het geconstateerde wanbeleid rechtvaardigt dat ook niet.

Priogen Holding heeft onweersproken gesteld dat over de boekjaren 2018, 2019 en 2020 aan het bestuur geen decharge is verleend. Voor het geval over de boekjaren 2015, 2016 en 2017 wel dechargebesluiten zijn genomen, heeft Priogen Holding verzocht die besluiten te vernietigen. Dat verzoek, waartegen Enerfund geen verweer heeft gevoerd,