

**JOR 2016/95, Gerechtshof Amsterdam, 15-12-2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5206,  
200.173.205/01 OK (annotatie)**

<b>Instantie:</b> Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)
<b>Datum uitspraak:</b> 15-12-2015
<b>Publicatie:</b> JOR 2016/95 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 4, 2016
<b>Annotator:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. D.-J.F.F.M. Duynstee</li> </ul>
<b>ECLI:</b> <b><u>ECLI:NL:GHAMS:2015:5206</u></b>
<b>Zaaknummer:</b> 200.173.205/01 OK
<b>Overige publicaties:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b><u>ECLI:NL:GHAMS:2015:5206</u></b></li> <li>• <b><u>JIN 2016/13 met annotatie van E. Baghery</u></b></li> <li>• AR 2015/2571</li> <li>• JONDR 2016/164</li> <li>• OR-Updates.nl 2016-0007</li> </ul>
<b>Rechtsgebied:</b> Ondernemingsrecht
<b>Rubriek:</b> Ondernemingsrecht
<b>Rechters:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. Broekhuijsen-Molenaar</li> <li>• mr. Tillema</li> <li>• mr. Wolfs</li> <li>• prof. dr. Hoogendoorn RA</li> <li>• drs. Scheltema</li> </ul>
<b>Partijen:</b> 1. Josobo BV te Heemskerk, 2. Twibuwi BV te Utrecht, verzoeksters, advocaat: mr. H. Oosterhuis, tegen 1. 4Apps Holding BV te Amsterdam, 2. 4Apps Group BV te Amsterdam, 3. Yelloobee BV te Amsterdam, 4. Flexfair Solutions BV te Amsterdam, verweersters, advocaat: mr. L.C.L. Bults, en tegen 1. Elluf BV te IJsselstein, 2. Delfus BV te Utrecht, 3. Rodamy BV te Amsterdam, 4. Fairview Management BV te IJmuiden, 5. A, 6. B, 7. C, 8. D, belanghebbenden, advocaat: mr. L.C.L. Bults.
<b>Regelgeving:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b><u>BW Boek 2 - 345</u></b></li> <li>• <b><u>BW Boek 2 - 349a lid 2</u></b></li> <li>• <b><u>BW Boek 2 - 350</u></b></li> </ul>

## Inhoudsindicatie

Enquêteprocedure, Gegronde redenen voor twijfel aan juist beleid en juiste gang van zaken, Gevaar voor continuïteit onderneming door zonder positief resultaat investeren van opbrengsten uit andere bedrijfsonderdelen in softwareproduct Yelloobee, Onderzoek bevelen, Toewijzing onmiddellijke voorzieningen: benoeming van tijdelijk bestuurder met beslissende (bepalende) stem ten aanzien van beleid Yelloobee en daarnaast doorslaggevende stem in geval de stemmen staken, Tot taak van bestuurder behoort tevens het beproeven van een minnelijke regeling

### Ga direct naar

- **Samenvatting**
- **Uitspraak**
- **Beslissing/besluit**
- **Noot**

### Samenvatting

Er zijn voldoende concrete aanwijzingen dat het negatieve resultaat van het bedrijfsonderdeel Yelloobee en de daarmee samenhangende forse afwaarderingen mogelijk leiden tot verdamping van het eigen vermogen van de onderneming in een zodanige mate dat de continuïteit van de onderneming daardoor wordt bedreigd. De vraag of er (in de toekomst) een markt is voor het product Yelloobee kan in het midden blijven, omdat de huidige financiële toestand van de onderneming het bestuur onvoldoende tijd lijkt te geven om zijn verwachting om te zetten in resultaten. De huidige koers van het bestuur – het onverminderd doorgaan met het investeren van de opbrengsten uit de andere bedrijfsonderdelen in het (in de markt positioneren van) softwareproduct Yelloobee, ondanks het vooralsnog uitblijven van relevante opbrengsten daarmee – levert onder genoemde omstandigheden gegronde redenen om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. De OK beveelt een onderzoek, dat zich met name richt op het beleid ten aanzien van het softwareproduct Yelloobee, afgezet tegen de totale bedrijfsactiviteiten en het totale bedrijfsresultaat.

De Ondernemingskamer overweegt ten aanzien van het treffen van onmiddellijke voorzieningen die met het oog op de toestand van de onderneming noodzakelijk zijn, als volgt. De OK zal een derde als bestuurder van 4Apps Holding, 4Apps Group en Yelloobee benoemen. Deze bestuurder heeft binnen het bestuur ten aanzien van het beleid met betrekking tot Yelloobee een beslissende stem (dat wil zeggen dat zijn stem daarin bepalend is). Ten aanzien van overige kwesties heeft hij een doorslaggevende stem (dat wil zeggen dat zijn stem de doorslag geeft als de stemmen staken). Voorts heeft deze bestuurder zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid en kunnen de vennootschappen – in afwijking van de statuten – niet zonder deze bestuurder worden vertegenwoordigd. Met het oog op een doelmatige uitoefening van diens werkzaamheden, zal de OK art. 15 van de statuten van 4Apps Holding voor de duur van het geding buiten werking stellen. Dit artikel schrijft voor dat voor onder meer een bestuursbesluit ten aanzien van het beleid van de vennootschap de goedkeuring met een twee derde meerderheid is vereist van de algemene vergadering van aandeelhouders. De bestuurder mag het tevens tot zijn taak rekenen om een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven. Met betrekking tot de bestaande statutaire volmachten overweegt de OK dat deze zullen worden geschorst.

### Uitspraak

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

1.1. In het vervolg zullen partijen, belanghebbenden en andere (rechts)personen (ook) als volgt worden aangeduid:

- verzoeksters afzonderlijk met Josobo en Twibuwi en gezamenlijk met Josobo c.s.;
- verweersters afzonderlijk met 4Apps Holding, 4Apps Group, Yelloobee en Flexfair en gezamenlijk met 4Apps c.s.;
- belanghebbenden afzonderlijk met Elluf, Delfus, Rodamy, Fairview, A, B, C en D en gezamenlijk met Elluf c.s.

1.2. Josobo c.s. hebben bij op 14 juli 2015 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad, een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van 4Apps Holding en haar dochtervennootschappen 4Apps Group, Yelloobee en

Flexfair. Daarbij hebben zij tevens verzocht – zakelijk weergegeven – bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding (a) Elluf, Delfus, Rodamy en Fairview te schorsen als bestuurder van 4Apps Holding en een derde persoon te benoemen tot tijdelijk bestuurder met beslissende stem, (b) A, B, C en D te schorsen als bestuurder van 4Apps Group en een derde persoon te benoemen tot tijdelijk bestuurder met beslissende stem en met instructie te bezien in hoeverre een minnelijke regeling mogelijk is, (c) de door Elluf, Delfus, Rodamy en Fairview gehouden aandelen in het kapitaal van 4Apps Holding ten titel van beheer over te dragen aan de door de Ondernemingskamer te benoemen bestuurder, (d) het eventueel ter algemene vergadering van aandeelhouders van 4Apps Holding genomen besluit tot opzegging van de managementovereenkomsten met Josobo en Twibuwi te schorsen en (e) te bepalen dat de algemene vergadering van aandeelhouders van 4Apps Holding niet kan besluiten over opzegging van de managementovereenkomsten met Josobo en Twibuwi, (f) dan wel een andere voorziening te treffen die de Ondernemingskamer juist acht, alsmede om 4Apps c.s. te veroordelen in de kosten van het geding.

1.3. 4Apps c.s. hebben bij op 17 september 2015 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verweerschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht Josobo c.s. niet ontvankelijk te verklaren in hun verzoeken, dan wel de verzoeken af te wijzen en Josobo c.s. hoofdelijk te veroordelen in de kosten van het geding, uitvoerbaar bij voorraad.

1.4. De verzoeken zijn behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 8 oktober 2015. 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. Ter terechtzitting hebben Josobo c.s. hun verzoek tot het treffen van de onmiddellijke voorzieningen genoemd onder 1.2 (d) en (e) ingetrokken.

## **2. De feiten**

De Ondernemingskamer gaat uit van de volgende feiten:

2.1 4. 4Apps Holding is op 23 mei 2008 opgericht. Josobo, Twibuwi, Elluf, Delfus, Rodamy en Fairview houden elk 1/6 deel van de aandelen in het geplaatste kapitaal van 4Apps Holding. Zij vormen ook samen het bestuur van 4Apps Holding en zijn als bestuurders gezamenlijk bevoegd haar te vertegenwoordigen.

2.2 4. 4Apps Holding houdt alle aandelen in 4Apps Group, Yelloobee en Flexfair. 4Apps Holding is enig bestuurder van Yelloobee. 4Apps Holding is tezamen met Josobo en Twibuwi tevens bestuurder van Flexfair.

2.3. C houdt alle aandelen in het geplaatste kapitaal van Elluf, D die in het geplaatste kapitaal van Delfus, B houdt de aandelen in Fairview, A die in Rodamy. Alle aandelen in het geplaatste kapitaal van Josobo worden gehouden door L.M. de Kok (hierna: De Kok); P. Teeuwen (hierna: Teeuwen) houdt alle aandelen in Twibuwi. De zes genoemde natuurlijke personen zijn allen, tezamen met 4Apps Holding, bestuurder van 4Apps Group en ieder van hen is enig bestuurder van de vennootschap waarvan hij/zij als hier genoemd alle aandelen houdt.

2.4. De aandeelhouders van 4Apps en de hierboven genoemde natuurlijke personen hebben op 29 december 2011 een aandeelhoudersovereenkomst met elkaar gesloten. Tevens hebben zij op genoemde datum elk een managementovereenkomst met 4Apps Holding gesloten. In de aandeelhoudersovereenkomst is een exitregeling opgenomen die onder andere inhoudt dat er een verplichte aanbieding van de aandelen geldt als een managementovereenkomst tussen een houdstermaatschappij en 4Apps Holding eindigt, om welke reden dan ook. In elk van de managementovereenkomsten is in artikel 2 lid 3 een bepaling opgenomen die inhoudt dat de managementovereenkomst kan worden beëindigd onder de voorwaarde dat de algemene vergadering van aandeelhouders van 4Apps Holding hiervoor goedkeuring verleent met een meerderheid van ten minste twee derde van de uitgebrachte stemmen die ten minste twee derde van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen.

2.5 4. 4Apps Group drijft een onderneming die zich bezig houdt met het verlenen van diensten op automatiseringsgebied; Yelloobee legt zich toe op het ontwikkelen, produceren en uitgeven van software. Binnen Flexfair hebben op dit moment geen activiteiten plaats. Er werken circa 43 werknemers bij 4Apps Group.

2.6. Binnen Yelloobee is in 2012 gestart met de ontwikkeling van een rapportagedatabase, genaamd Yelloobee, voor gebruikers van E-Business Suite van Oracle. 4Apps c.s. oefenen hun bedrijfsactiviteiten sinds 2013 uit in zogenaamde 'business units': de Oracle-businessunit, de AFAS-businessunit en de Yelloobee-businessunit.

2.7. Begin 2014 is voor wat betreft de managementtaken (het aansturen van 4Apps c.s. en haar personeel) een managementteam in het leven geroepen, bestaande uit D, De Kok, B en Teeuwen.

2.8. Medio 2014 hebben Josobo c.s. voorgesteld te stoppen met de ontwikkeling van Yelloobee, aangezien dit softwareproduct naar hun mening onvoldoende baten opleverde.

2.9. In een e-mail van 12 oktober 2014 schrijft C onder meer het volgende aan Teeuwen, cc aan D, De Kok, B en A:

"Dit is de berichtgeving die mij, vijf dagen voordat ik de management fee van maart 2014 verwacht en ik druk aan het werk ben bij de klant, wordt gestuurd:

"Vanuit de liquiditeitsbegroting over oktober is duidelijk dat we in oktober een tekort hebben van 150K. A heeft dit al kunnen terugdringen naar 100K, dit betekent dat we nog steeds onvoldoende liquide middelen hebben om en de omzetbelasting te betalen en de managementfees uit te keren in oktober. Zowel A als ik kiezen er voor om prioriteit te geven aan het betalen van de omzetbelasting en de uitbetaling van de mgt fee uit te stellen naar november."

Hierbij komen bij mij direct de eerste vragen op:

- Waarom wordt dit zo laat gesignaleerd, aangezien het MT liquiditeitsbegrotingen hiervoor toch in het leven heeft geroepen?
- Als we een tekort hebben van 100k, hoe kunnen we dan of OB of Mgt fee betalen?
- Wat bedraagt het OB bedrag eigenlijk?
- Hebben we überhaupt genoeg voor de omzetbelasting, of betalen we nu maar een gedeelte? (...)

Je vervolgt in onderstaande mail, als antwoord op mijn mail, met de volgende zin: "Dat drastische maatregelen voor 2015 noodzakelijk zijn is duidelijk (...)."

Mijn conclusie is (...) dat het een structureel probleem is, en geen incidenteel."

2.10. Op 22 oktober 2014 heeft De Kok zijn zorgen over de begroting van Yelloobee geuit in een e-mail aan B, cc aan D en Teeuwen:

"Gisteren overviel je me met het feit dat je aangaf dat ik wist dat de begroting van Yelloobee voorzag in een negatief operationeel resultaat van 382.789.

Zoals je weet ben ik niet vies van een stukje ondernemen en daar hoort ook een nemen van risico in. Wat ook bij ondernemen hoort is dat je weet welk risico je neemt en dat je afweegt of je dat wel of niet kan dragen.

Zo goed als ik mezelf ken ben ik nooit akkoord of gekend geweest in het risico van 382.789 want dan denk ik dat ik gelijk op de rem was gaan staan.

Ik heb hierdoor zeer onrustig geslapen om ik vind dat als het waar is wat jij zegt, ik van mezelf vind dat ik heb gefaald als MT lid omdat ik de onderneming in gevaar heb gebracht door akkoord te gaan met dit risico.

Ook vandaag bleef dit punt mij de hele dag bezighouden. Op sharepoint kom ik het volgende tegen:

1. De begroting en rapportage van April is het begrote tekort YB voor 2014 zo'n 16.000 euro

2. In de actielijst van de MT meeting staat dat D en jij de begroting gaan bijstellen
3. In de maandrapportage van mei zie ik dat de YB begroting is aangepast naar een begroot tekort van 382.789 euro
4. Ik kan me niet herinneren dat dit besproken is, en in de actielijst en in de BL YB rapportage van mei vind ik niets terug waarom en hoe dit is gedaan
5. Omdat ik hierdoor nog meer aan mezelf ging twifelen heb ik Teeuwen gebeld en ook zij heeft mij aangegeven dat ze niet op de hoogte was (...) van de grootte van dit risico en van een mogelijk doorgevoerde wijziging.

Kunnen jij en D ons woensdag een toelichting geven waar de missing link zit.”

2.11. Josobo c.s. hebben bij e-mail van H. Dommerholt d.d. 12 mei 2015 aan 4Apps c.s. onder meer het volgende kenbaar gemaakt:

“(…) Ook voor Petra [ Teeuwen ] en Luuk [ De Kok ] zijn stabiliteit en continuïteit van 4apps group van groot belang. Juist daarom zijn zij van mening dat er een wijziging moet komen in de aansturing van de organisatie. Teeuwen en De Kok zijn van mening dat:

De interne organisatie efficiënter en effectiever georganiseerd kan worden

De aanwezigheid en zichtbaarheid van met name de aandeelhouders en delivery managers vergroot moet worden door billable inzet bij de klanten in plaats van interne indirecte werkzaamheden bij 4apps group

Met inachtneming van bovenstaande punten en het feit dat Teeuwen en De Kok het als bestuurder niet verantwoord vonden om zonder business plan en sluitende begroting door te gaan met het investeren in Yelloobee, heeft hen doen besluiten om een ontvlechting van de 4apps group voor te stellen. (...)

Als we de huidige resultaten beschouwen dan zien we positieve cijfers bij zowel de AFAS als de Oracle Business line, bij de Yelloobee Business line zien we helaas dat de trend van vorig jaar wordt doorgezet waarbij de kosten van beheer en ontwikkeling doorlopen en er geen nieuwe deals worden gesloten. (...)

Voor De Kok en Teeuwen is het weliswaar nog steeds heel goed mogelijk de samenwerking voort te zetten, echter achten zij de huidige bedrijfsvoering, vanwege de hiervoor aangegeven redenen, niet langer verantwoord. Indien partijen dus niet komen tot een splitsing zullen zij hun verantwoordelijkheid moeten nemen en middels een procedure bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam moeten aansturen op een enquête naar het binnen de onderneming gevoerde beleid (...).”

2.12. In de jaarrekening 2013 van 4Apps Holding staat op de geconsolideerde balans per 31 december 2013 als immateriële vaste activa een bedrag van € 764.245, zijnde de som van “Goodwill Yelloobee” en de activering van de aan het project Yelloobee bestede uren (“Kosten onderzoek en ontwikkeling”). Dat bedrag is in de conceptjaarrekening 2014 per ultimo 2014 toegenomen tot € 839.809. Daarbij is een bedrag van € 325.000 in mindering gebracht als afschrijving op de “Kosten onderzoek en ontwikkeling”. De externe accountant, M.F.R. van Rennes RA van Quaesitor accountants & adviseurs, vermeldt in verband met die afwaardering in een extra toelichting bij de conceptcijfers d.d. 1 juli 2015 onder meer het volgende:

“Reeds tijdens de bespreking van de conceptcijfers 2013 hier op kantoor heb ik gemeld dat de waardering van Yelloobee B.V. mogelijk een issue zou kunnen zijn in 2014 en latere jaren. Met name zou de investering in de onderneming (geactiveerd onder “immateriële vaste activa”) moeten worden gezien in relatie tot de verwachte opbrengsten die met de investering zullen worden gerealiseerd (de “opbrengstwaarde”).

2.13. Dun & Bradstreet heeft 4Apps Group in een “uitgebreid informatierapport” d.d. 21 augustus 2015 een faillissementsscore van 18 toegekend. Voor een van de opdrachtgevers, Luchtverkeersleiding Nederland, is een score boven 20 vereist voor het verstrekken van vervolgoopdrachten.

2.14. In de bestuursvergadering van 30 september 2015 heeft de meerderheid van het bestuur (waaronder niet: Josobo c.s.) besloten om door te gaan met Yelloobee en in dat kader uitvoering te geven aan een meerjaren sales- en marketingplan voor dit softwareproduct.

### 3. De gronden van de beslissing

3.1. Josobo c.s. hebben aan hun stelling dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken van 4Apps c.s. en dat gelet op de toestand van de vennootschappen onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen ten grondslag gelegd dat de forse investeringen in het softwareproduct Yelloobee, zonder dat er substantiële omzet mee wordt gemaakt en zonder voldoende vraag ernaar in de markt, te lang zijn doorgegaan en dat het doorontwikkelen van het product bedrijfseconomisch onverantwoord is: het bedrijfsresultaat verdampt hierdoor volledig en er dreigen grote en voortdurende liquiditeitstekorten, met als gevolg dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Het bestuur weigert de koers bij te stellen, terwijl dat noodzakelijk is voor het behoud van de onderneming en de werkgelegenheid van meer dan 40 werknemers. Ter onderbouwing van hun stellingen hebben zij zich beroepen op een "rapport van bevindingen" d.d. 29 september 2015, opgesteld door J. Bakker RA RB en F. Lotthrinckx AA van JAN Accountants & Belastingadviseurs B.V. in opdracht van Josobo c.s. Daarin is onder meer het volgende opgenomen:

"Uitkomsten verrichte werkzaamheden

#### 1. Waarde geactiveerd kosten voor Research en Development

Wij hebben vastgesteld dat met betrekking tot ontwikkeling van het softwareproduct Yelloobee op de geconsolideerde balans per 31 december 2014 van 4Apps Holding B.V. een immaterieel vast actief is opgenomen ten bedrage van € 807.409. Aan de hand van een waarderingsrapport, opgesteld op 13 april 2015, wordt de waarde van de ondernemingsactiviteiten gesteld op € 476.534. Dit impliceert dat er een bijzondere waardevermindering (impairment) in de cijfers van 2014 zou moeten worden verwerkt. (...)

#### 2. Omzet en resultaatontwikkelingen business units

4Apps Group B.V. kent drie business units, respectievelijk Afas, Oracle en Yelloobee. [Als] uitgangspunt voor de waardering van de diverse business units (door een derde partij) zijn de op dat moment beschikbare gegevens gehanteerd. Indien de prognose 2015 wordt vergeleken met de realisatie tot en met augustus 2015, dan stellen wij het volgende vast:

(...)

De business unit Afas laat cijfers zien die zowel qua omzet als resultaat boven begroting liggen. Het verschil in resultaat (+ € 108.000) wordt met name veroorzaakt door hogere omzet en lagere personeelskosten.

De business unit Oracle EBS presteert fors lager dan begroot indien we ons op het resultaat richten. Het verlies wordt voornamelijk veroorzaakt door hoge (niet geprognoseerde) inhuur van ca € 170.000. Deze lasten worden veroorzaakt door specifieke consultancyopdrachten, waarvoor de kennis moest worden ingehuurd (niet intern aanwezig).

Vervolgens stellen wij vast dat de omzet van de business unit Oracle EC achterblijft (19,4%), maar dat de inhuur van derden daarop is aangepast. Bij een kostenstructuur die op het niveau van de begroting ligt, leidt dit tot een verbetering van het resultaat.

Tenslotte presteert de business unit Yelloobee fors lager dan begroot, met name door het achterblijven van de omzet. Hierdoor drukken de begrote "delivery kosten" (managementfee) van de aandeelhouders (totaal € 202.400) zwaar op het resultaat. Door het achterblijven van de omzet is niet ondenkbaar dat daarmee ook de geactiveerde kosten voor R&D verder moeten worden afgewaardeerd. Uiteraard zijn hierbij ook de toekomstverwachtingen van belang.

Gebaseerd op de gecorrigeerde tussentijdse rapportage per 31 augustus 2015 stellen wij vast dat de continuïteit van de onderneming wordt bedreigd door het negatieve resultaat van de business unit Yelloobee. De forse verliezen leiden tot verdere financiële uitholling van de onderneming hetgeen blijkt uit verdamping van liquide middelen en eigen vermogen.

Omdat de in de tussentijdse cijfers opgenomen afschrijvingen voor de hele groep slechts € 11.000 bedragen, hebben de resultaten een directe impact op de liquiditeit. (...)

#### 4. Ratio's

(...) De solvabiliteit laat een forse daling zien. Externe partijen vereisen veelal een solvabiliteitspercentage van 35 tot 40. Het negatieve werkkapitaal laat zien dat reeds meerdere jaren fors wordt ingeteerd op de reserves. Daarnaast is de quick ratio zeer laag en daalt steeds verder. Een ratio van tenminste 1 wordt als gezond beschouwd.

Omdat het resultaat tot en met augustus 2015 € 213.445 negatief bedraagt, zal het eigen vermogen van de vennootschap per 31 augustus 2015 negatief zijn. Hierdoor ontstaat een negatieve solvabiliteit en wordt nog verder ingeteerd op het eigen vermogen. Omdat het eigen vermogen negatief zal zijn per 31 augustus 2015 heeft dit tot gevolg [dat] er een continuïteitsrisico ontstaat. Voor de volledigheid bevat dit resultaat een bonusreservering van € 151.171 die mogelijk niet geheel zal worden uitgekeerd.

#### 5. Liquiditeit

Tijdens onze werkzaamheden hebben wij vastgesteld aan de hand van de door ons aangeleverde kredietovereenkomst (overeenkomst d.d. 9 oktober 2013) dat de faciliteit van de onderneming € 500.000 bedraagt. Zij kan echter beschikken over € 476.612 als gevolg van een borg. Op grond van de aangeleverde prognosecijfers is er een acute liquiditeitsbehoefte in januari 2016. Deze kan echter reeds in het vierde kwartaal 2015 ontstaan. In de liquiditeit ontstaat een extra dip als gevolg van de suppletieaangifte omzetbelasting 2014 van ca. € 100.000. De verwachting is dat deze in oktober dient te worden voldaan. Dit is echter alleen mogelijk indien de Belastingdienst tevens een teruggaaf vennootschapsbelasting in dezelfde periode terugbetaalt danwel verrekenet met de schuld.

Indien dit niet het geval zal zijn, zal een ongeregelde overstand reeds in het vierde kwartaal 2015 kunnen ontstaan.

Ook indien de overstand pas in 2016 zou plaatsvinden, is dit een acute bedreiging voor de continuïteit. (...)"

3.2 4. 4Apps c.s. voeren allereerst aan dat Josobo c.s. niet ontvankelijk zijn in hun verzoeken, nu hun bezwaren niet overeenkomstig artikel 2:349 lid 1 BW kenbaar zijn gemaakt. Inhoudelijk hebben zij aangevoerd dat het geschil puur vermogensrechtelijk van aard is en zich daarom niet leent voor deze procedure: de kern van het geschil betreft de vraag op welke wijze de samenwerking tussen partijen dient te worden beëindigd. Het verschil van inzicht dat partijen over het gevoerde beleid hebben, maakt voorts niet zonder meer dat het gevoerde beleid onjuist is; het is niet aan de Ondernemingskamer om op de stoel van de ondernemer te gaan zitten. Er is geen gegronde reden te twifelen aan een juist (bedrijfseconomisch) beleid, aldus 4Apps c.s. De meerderheid van het bestuur van 4Apps c.s. wenst – daarbij geadviseerd door een marketingdeskundige op het gebied van software – verder in Yelloobee te investeren: het kost tijd om een nieuw softwareproduct succesvol in de markt te zetten. Juist vanwege de tegenvallende omzetten van de andere businessunits – de belangrijkste oorzaak van de afnemende liquiditeit – is het van belang ook een nieuw product in de markt te zetten. Er is een markt voor het product en het zou juist van slecht ondernemerschap getuigen om het project nu, prematuur, stop te zetten. Van een bedreiging van de continuïteit is geen sprake.

3.3. De Ondernemingskamer oordeelt dat verzoeksters ontvankelijk zijn in hun verzoeken. Met de onder r.o. 2.11 aangehaalde e-mail van 12 mei jl. hebben Josobo c.s. in voldoende mate voldaan aan de eis dat zij schriftelijk voldoende tijdig en concreet hun bezwaren tegen het beleid of de gang van zaken hebben kenbaar gemaakt aan het bestuur van de onderneming; de bezwaren hebben op hetzelfde onderwerp betrekking als de in het verzoekschrift opgesomde redenen: zij zien in de kern op het beleid met betrekking tot Yelloobee. In dat verband speelt een rol dat uit de stukken van het geding blijkt dat de discussie over voortzetting van de investering in Yelloobee al langere tijd tussen partijen speelt; naar verzoeksters onbetwist hebben gesteld zijn de bezwaren van verzoeksters al eerder mondeling

veelvuldig geuit en de e-mail moet ook om die reden duidelijk zijn geweest voor verweersters.

3.4. Ten aanzien van het inhoudelijke verweer van 4Apps c.s. geldt het volgende. Gelet op de in het geding gebrachte jaarrekeningen, de toelichtingen daarop en het rapport van JAN accountants (aangehaald onder r.o. 3.1) is de Ondernemingskamer van oordeel dat het onderhavige geschil verder reikt dan een louter verschil van inzicht hoe te ondernemen, zoals 4Apps c.s. hebben gesteld. Er zijn voldoende concrete aanwijzingen dat het negatieve resultaat van het bedrijfsonderdeel Yelloobee en de daarmee samenhangende forse afwaarderingen mogelijk leiden tot verdamping van het eigen vermogen van de onderneming in een zodanige mate dat de continuïteit van de onderneming daardoor wordt bedreigd; de betwisting daarvan door 4Apps c.s. is in het licht van genoemde stukken onvoldoende om tot een ander oordeel te komen. Dat er thans een sales- en marketingplan voor Yelloobee is opgesteld, neemt bovenstaande zorg over de continuïteit van de onderneming niet weg. De vraag of er (in de toekomst) een markt is voor het product Yelloobee kan in het midden blijven, omdat de huidige financiële toestand van de onderneming het bestuur onvoldoende tijd lijkt te geven om zijn verwachting om te zetten in resultaten. De huidige koers van het bestuur – het onverminderd doorgaan met het investeren van de opbrengsten uit de andere bedrijfsonderdelen in het (in de markt positioneren van) softwareproduct Yelloobee, ondanks het vooralsnog uitblijven van relevante opbrengsten daarmee – levert onder genoemde omstandigheden gegronde redenen op te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken.

3.5. Het geschil is daarmee evenmin beperkt tot een louter vermogensrechtelijk geschil, wat er verder ook zij van de discussies over de (wijze van) beëindiging van de samenwerking tussen partijen.

3.6. De Ondernemingskamer zal gelet op bovenstaande overwegingen een onderzoek bevelen naar het beleid en de gang van zaken van 4Apps Holding vanaf 1 juli 2014, dat zich met name richt op het beleid ten aanzien van het softwareproduct Yelloobee, afgezet tegen de totale bedrijfsactiviteiten en het totale bedrijfsresultaat. In dat verband staat het de onderzoeker vrij aandacht te besteden aan het door 4Apps c.s. opgeworpen punt dat de omzetten in de business units AFAS en Oracle tegenvallen en dat deze units structureel de door hen begrote omzet niet halen. De Ondernemingskamer zal bepalen dat het onderzoek tevens betrekking zal hebben op het beleid en de gang van zaken van 4Apps Group en Yelloobee die een economische en organisatorische eenheid vormen met 4 Apps Holding. Aangezien in de dochtermaatschappij Flexfair al langere tijd geen enkele activiteit plaatsheeft, zal het onderzoek zich niet mede tot haar uitstrekken; in zoverre zal het verzoek worden afgewezen.

3.7. De Ondernemingskamer overweegt ten aanzien van het treffen van onmiddellijke voorzieningen die met het oog op de toestand van de onderneming noodzakelijk zijn, als volgt. De Ondernemingskamer zal een derde als bestuurder van 4Apps Holding, 4Apps Group en Yelloobee benoemen. Deze bestuurder heeft binnen het bestuur ten aanzien van het beleid met betrekking tot Yelloobee een beslissende stem (dat wil zeggen dat zijn stem daarin bepalend is). Ten aanzien van overige kwesties heeft hij een doorslaggevende stem (dat wil zeggen dat zijn stem de doorslag geeft als de stemmen staken). Voorts heeft deze bestuurder zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid en kunnen de vennootschappen – in afwijking van de statuten – niet zonder deze bestuurder worden vertegenwoordigd. Met het oog op een doelmatige uitoefening van diens werkzaamheden, zal de Ondernemingskamer artikel 15 van de statuten van 4Apps Holding voor de duur van het geding buiten werking stellen. Dit artikel schrijft voor dat voor onder meer een bestuursbesluit ten aanzien van het beleid van de vennootschap de goedkeuring met een twee derde meerderheid is vereist van de algemene vergadering van aandeelhouders. De bestuurder mag het tevens tot zijn taak rekenen om, zoals is verzocht, een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven. Met betrekking tot de bestaande statutaire volmachten overweegt de Ondernemingskamer dat deze zullen worden geschorst. Voor het treffen van overige voorzieningen ziet de Ondernemingskamer op dit moment geen aanleiding.

3.8. De Ondernemingskamer zal de kosten van het onderzoek en de te benoemen bestuurder ten laste brengen van 4Apps Holding.

3.9. De Ondernemingskamer zal de aanwijzing van een onderzoeker vooralsnog aanhouden, opdat kan worden gezien of reeds door de te treffen onmiddellijke voorzieningen een oplossing van het geschil kan worden bereikt. Ieder der partijen of de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder kan op elk moment de Ondernemingskamer verzoeken de onderzoeker aan te wijzen.



3.10. De Ondernemingskamer zal 4Apps c.s. als de overwegende in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de kosten van het geding.

#### **4. De beslissing**

De Ondernemingskamer:

beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van 4Apps Holding B.V., 4Apps Group B.V. en Yelloobee B.V., alle gevestigd te Amsterdam, over de periode vanaf 1 juli 2014;

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 € 20.000, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen;

bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van 4Apps Holding 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;

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 – een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon tot bestuurder van 4Apps Holding B.V., van 4Apps Group B.V. en van Yelloobee, met beslissende stem ten aanzien van het beleid met betrekking tot Yelloobee en met doorslaggevende stem ten aanzien van overige kwesties en bepaalt dat deze bestuurder zelfstandig bevoegd is 4Apps Holding B.V., 4Apps Group B.V. en Yelloobee te vertegenwoordigen en dat zonder deze bestuurder 4Apps Holding B.V., 4Apps Group B.V. en Yelloobee niet vertegenwoordigd kunnen worden;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze bestuurder ten laste komen van 4Apps Holding B.V. en bepaalt dat 4Apps Holding B.V. voor de betaling daarvan ten genoegen van de bestuurder zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van diens werkzaamheden;

stelt, bij wijze van onmiddellijke voorziening en voor de duur van het geding, met ingang van heden artikel 15 van de statuten van 4Apps Holding B.V. buiten werking;

bepaalt, bij wijze van onmiddellijke voorziening en voor de duur van het geding, dat de statutaire volmacht om 4Apps Holding B.V. te vertegenwoordigen, verleend aan D.M. D, met ingang van heden is geschorst;

bepaalt, bij wijze van onmiddellijke voorziening en voor de duur van het geding, dat de statutaire volmachten om 4Apps Group B.V. te vertegenwoordigen, verleend aan A, B, C, D, De Kok en Teeuwen, met ingang van heden zijn geschorst;

veroordeelt 4Apps c.s. in de kosten van het geding (...; *red.*);

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

#### **Noot**

1. Deze beschikking vormt een schoolvoorbeeld van de benoeming van een tijdelijk bestuurder bij wege van onmiddellijke voorziening ex art. 2:349a lid 2 BW.

2. De benoeming van tijdelijk bestuurders door de OK komt steeds vaker voor (zie D.D. Krop, C.J. Scholten en B.E.

Verburgt, 'De tijdelijke bestuurder: daadkrachtig op eieren lopen', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015*, Deventer: Kluwer, 2015, p. 200). Daarbij is het veelal zo dat de tijdelijk door de OK benoemde bestuurder (steeds: of commissaris) naast de zittende bestuurders wordt benoemd, deze laatsten 'blijven zitten'. Om tijdelijk bestuurders meer slagkracht te geven worden zij veelal uitgerust met een 'doorslaggevende' of 'beslissende' stem. Zoals reeds door Saleminck is opgemerkt, zijn deze twee termen in het verleden door de OK niet altijd nader toegelicht en lijken zij in voorkomende gevallen tamelijk willekeurig te worden gehanteerd (T. Saleminck, 'De doorslaggevende of beslissende stem van de OK-bestuurder', *MvO* 2015, 3/4, p. 62 e.v.). Daarnaast werd in de regel weinig of geen aandacht besteed aan eventuele wijzigingen in de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bij de vennootschap betrokken functionarissen.

3. In de praktijk leidt dit tot onduidelijkheid met betrekking tot de (interne en externe)bevoegdheid van door de OK benoemde tijdelijk bestuurders met een doorslaggevende c.q. beslissende stem, niet alleen bij de procespartijen maar ook bij de door de OK benoemde bestuurders zelf. Problematisch daarbij is dat er geen mogelijkheid bestaat voor de betrokken partijen om snel opheldering te krijgen over de betekenis van de gewezen beschikking bij de (secretaris van de) OK. Ook een verzoek aan de raadsheer-commissaris op basis van art. 2:350 lid 4 BW zal geen duidelijkheid opleveren omdat dit niet tot zijn takenpakket behoort. Los van de gevallen bedoeld in art. 31 en 32 Rv is de Hoge Raad (HR 6 maart 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BZ3450](#), r.o. 5.2) duidelijk: "*Het ligt niet op de weg van een rechter zijn eigen beslissing, als die eenmaal is vastgesteld en bekend gemaakt, van commentaar te voorzien of te verduidelijken, en ook niet om vragen over de betekenis van de beslissing of van onderdelen van de daarvoor gegeven motivering, te beantwoorden.*"

4. Zoals door Saleminck is gesignaleerd worden de termen "beslissende" en "doorslaggevende" stem vaak door elkaar gebruikt. Een mogelijke verklaring is het gegeven dat de termen, in ieder geval in het dagelijks spraakgebruik, synoniemen zijn. Mijns inziens zou, bij gebreke van een consistente lijn, steeds in de beschikking moeten worden toegelicht wat precies wordt bedoeld met de gebruikte term zodat alle betrokkenen duidelijkheid hebben.

5. Dat geldt temeer nu de OK naast de term "doorslaggevende stem" twee verschillende betekenissen aan de term "beslissende stem" toekent: onderscheidenlijk (i) zoals in de casus van toepassing: de "doordrukstem"-variant, waarin de beslissende stem een bepalende stem is, die de bestuurder actief kan gebruiken, waardoor hij besluiten kan doordrukken en de overige bestuurders dus buitenspel kan zetten en (ii) de "benodigde stem"-variant, de "*beslissende stem (...) in die zin dat diens stem telkens benodigd is voor het nemen van besluiten*", zie o.a. OK 24 oktober 2013, [«JOR» 2014/159](#). Het dient volgens mij de duidelijkheid als de "benodigde stem" als zelfstandige term wordt gebruikt en niet als subcategorie van de term "beslissende stem".

6. In de beschikking wordt door de OK klare wijn geschonken met betrekking tot de meegegeven bevoegdheden. In het kort de casus. Verzoeksters Josobo BV en Twibuwi BV hebben de OK verzocht om een onderzoek in te stellen naar 4Apps Holding BV en haar diverse dochtervennootschappen en om onmiddellijke voorzieningen te treffen. Zij hebben hieraan ten grondslag gelegd dat de forse investeringen in het softwareproduct Yelloobee, zonder dat er substantiële omzet mee wordt gemaakt en zonder voldoende vraag in de markt, te lang zijn doorgedaan en dat het doorontwikkelen van het product onverantwoord is. Gevolg hiervan is dat het bedrijfsresultaat verdampt en grote liquiditeitstekorten dreigen, waardoor de continuïteit van de onderneming in gevaar komt.

7. De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van 4Apps Holding BV en twee dochtervennootschappen. Bij wijze van onmiddellijke voorziening wordt, voor zover relevant, een bestuurder benoemd bij voornoemde vennootschappen (i) "*met beslissende stem ten aanzien van het beleid met betrekking tot Yelloobee (dat wil zeggen dat zijn stem daarin bepalend is)*" en (ii) "*met doorslaggevende stem ten aanzien van overige kwesties (dat wil zeggen dat zijn stem de doorslag geeft als de stemmen staken)*". Zie r.o. 3.7.

8. Er is in het onderhavige geval met betrekking tot (i) Yelloobee dus sprake van de "doordrukstem"-variant. De (ii) doorslaggevende stem voor de overige kwesties is een stem die de doorslag geeft wanneer de stemmen staken: zonder stakende stemmen dient de tijdelijk bestuurder zich dus neer te leggen bij de bestuursmeerderheid (in gelijke zin als in OK 24 oktober 2002, [«JOR» 2003/35 \(Tjip\)](#), r.o. 3.4).

9. Ook is de externe bevoegdheidsvraag beslecht: de door de OK benoemde bestuurder is niet alleen zelfstandig

bevoegd tot vertegenwoordiging, zonder deze bestuurder is vertegenwoordiging ook niet mogelijk. Daarbij gaat de OK actief over tot het schorsen van de bestaande statutaire volmachten (zie r.o. 3.7).

10. De praktijk is geholpen met deze toelichting en het zou mooi zijn als dit onderscheid en deze betekenissen consistent worden aangehouden door de OK. Deze lijn van verduidelijking is voortgezet door de OK in de Inter-Burgo-beschikking, zij het in iets minder duidelijke bewoordingen ("*met beslissende stem (...), hetgeen betekent dat de stem van deze bestuurder in alle gevallen de doorslag geeft, ook indien deze stem afwijkt van de overige stemmen*", wederom dus de "doordrukstem"-variant, zie OK 11 januari 2016, **ECLI:NL:GHAMS:2016:306**, r.o. 3.6). Uit haar beschikking van 1 februari 2016 (**ECLI:NL:GHAMS:2016:309**) blijkt daarentegen dat de OK niet in alle gevallen de lijn van het heldere onderscheid en verduidelijking doorzet; in die casus werd bij het toekennen van een beslissende stem geen verdere uitleg gegeven.

11. Er zijn dus in ieder geval drie varianten die de OK ten dienste staan, die naar mijn mening als volgt zouden kunnen worden ingedeeld: (i) de doorslaggevende stem, (ii) de benodigde stem, en (iii) de doordrukstem. Elke beschikking is maatwerk. Voor alle betrokkenen is zo veel mogelijk duidelijkheid over de bevoegdheden van de OK-bestuurder van eminent belang. De OK heeft in deze beschikking de (afwijkende) bevoegdheden van de door haar benoemde bestuurder duidelijk omschreven. Het zou de voorkeur genieten dat deze heldere lijn ook uniform wordt toegepast in toekomstige beschikkingen.

mr. D.-J.F.F.M. Duynstee, advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam

---