



**JOR 2017/126, Gerechtshof Amsterdam, 19-12-2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5338,
200.204.603/01 OK (annotatie)**

Instantie: Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)
Datum uitspraak: 19-12-2016
Publicatie: JOR 2017/126 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 5, 2017
Annotator: mr. D.J.F.F.M. Duynstee en mr. R.G.J. Nowak
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:5338
Zaaknummer: 200.204.603/01 OK
Overige publicaties: ECLI:NL:GHAMS:2016:5338 AR 2016/3910 ARO 2016/180 RO 2017/21 JONDR 2017/18 TvS&R 2017, afl. 1, p. 11 met annotatie van mr. P.G.M. Brouwer OR-Updates.nl 2017-0028
Rechtsgebied: Ondernemingsrecht
Rubriek: Ondernemingsrecht
Rechters: mr. Makkink mr. Den Boer mr. Wolfs mr. drs. Prins RA prof. dr. mr. Ten Have RA
Partijen: NV ADO Den Haag te Den Haag, verzoekster, advocaten: mr. P.D. Olden en mr. R.M. Woudenberg, tegen 1. de vennootschap naar buitenlands recht United Vansen International Sports Co., Ltd, te Beijing, Volksrepubliek China, belanghebbende, advocaten: mr. M.H.C. Sinninghe Damsté en mr. A. Attaïbi, en tegen 2. de publiekrechtelijke rechtspersoon Gemeente Den Haag te Den Haag, belanghebbende, advocaten: mr. R. van de Klashorst en mr. A.R. de Jonge, en tegen 3. de vereniging Haaglandse Football Club 'Alles Door Oefening Den Haag' te Den Haag, belanghebbende, advocaten: mr. J.H. Lemstra en mr. T. Salemink, en tegen 4. W.J. Deetman te Den Haag,

5. M.C. Jol te Londen, Verenigd Koninkrijk,
6. K. Jansma te Doorn,
7. M. Toet te Den Haag,
belanghebbenden,
advocaten: mr. R.C. de Mol en mr. D.C. Buijs.

Regelgeving:**BW Boek 2 - 349a lid 2****BW Boek 2 - 350 lid 1, 3 en 4****Inhoudsindicatie**

Enquêteprocedure ADO, Gebrekkige besluitvorming en impasse binnen RvC en AvA, Dreigend liquiditeitstekort en penibele financiële situatie door uitblijven van agiostortingen, Gegronde redenen voor twijfel aan juist beleid, Onderzoek bevolen, Toewijzing onmiddellijke voorzieningen: aanwijzing commissaris met beslissende stem en overdracht van aandelen ten titel van beheer

Ga direct naar**Samenvatting****Uitspraak****Beslissing/besluit****Noot****Samenvatting**

Uit de feiten volgt dat de RvC en de AvA als organen van ADO niet naar behoren functioneren. Een en ander vormt gegronde redenen om aan een juist beleid en juiste gang van zaken te twijfelen. De communicatie tussen Wang en de overige commissarissen verloopt zeer moeizaam.

De concept-notulen van de AvA van 29 november 2016 bieden een ontluisterend beeld van de gang van zaken tijdens die vergadering. Wang was niet aanwezig. Op een wijze die evident in strijd is met de statuten heeft de door Wang in zijn plaats aangewezen voorzitter een niet geagendeerde stemming over de benoeming van door de Chinese aandeelhouder UVS aangedragen bestuurders (Zheng Li en Baoxiao Fei) en commissarissen (Chuqing Chen en Wen Zheng) doorgedrukt. Onderwerpen die voor de continuïteit van ADO van cruciaal belang zijn, zoals de vaststelling van de jaarrekening 2015-2016, de begroting 2016-2017 en het aanstaande liquiditeitstekort, zijn tijdens de AvA van 29 november 2016 niet inhoudelijk besproken. Een oplossing voor de acute problemen waarin ADO verkeert is met die vergadering niet dichterbij gekomen. De OK gelast derhalve een onderzoek over de periode vanaf 27 januari 2015, de datum waarop alle gewone aandelen aan UVS zijn geleverd.

Het gebrekkige functioneren van de RvC en de AvA en de penibele financiële situatie waarin ADO is komen te verkeren door het uitblijven van de agiostortingen en het niet kunnen vaststellen van de jaarrekening 2015-2016, vergen dat onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. De te treffen onmiddellijke voorzieningen waarborgen dat de RvC en de AvA weer naar behoren kunnen functioneren. Voorts wordt met de onmiddellijke voorzieningen beoogd constructief overleg tussen alle huidige stakeholders van ADO te bevorderen, zodat kan worden gezien of op korte termijn met alle partijen een oplossing kan worden gevonden voor de thans bestaande problemen van ADO.

De OK zal daarom Wang schorsen als voorzitter van de RvC (doch niet tevens als lid van de RvC). De OK zal een tijdelijke voorzitter van de RvC benoemen met een beslissende stem in de RvC (in die zin dat zijn stem in de RvC bepalend is). Voorts zal de OK alle door UVS gehouden aandelen in ADO ten titel van beheer overdragen aan een door haar aan te wijzen beheerder. Als gevolg daarvan kan het aan die aandelen verbonden stemrecht slechts worden uitgeoefend door de door de OK aan te wijzen beheerder.

Nu tussen partijen niet (langer) in geschil is dat Chuqing Chen en Wen Zheng niet als commissarissen zijn benoemd en Zheng Li en Baoxiao Fei niet tot bestuurders zijn benoemd, is er geen reden tot schorsing van de desbetreffende (nietige) besluiten.

Uitspraak

1. Het verloop van het geding

1.1. In het vervolg zullen partijen als volgt worden aangeduid:

- verzoekster als ADO;
- belanghebbende sub 1 als UVS;
- belanghebbende sub 2 als de Gemeente;
- belangende sub 3 als HFC;
- belanghebbenden sub 4 tot en met 7 ieder afzonderlijk als Deetman, Jol, Jansma en Toet

en gezamenlijk als Deetman c.s.

1.2. ADO heeft bij op 2 december 2016 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties 1 tot en met 12 de Ondernemingskamer verzocht, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad, zakelijk weergegeven,

1. een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van ADO over de periode vanaf 27 januari 2015;

2. bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding:

a) *primair* de door UVS gehouden gewone aandelen in het kapitaal van ADO ten titel van beheer over te dragen aan een door de Ondernemingskamer te benoemen beheerder, *subsidiair* UVS te verbieden in te grijpen in de samenstelling van de raad van commissarissen en van het bestuur;

b) een onafhankelijke persoon te benoemen tot voorzitter van de raad van commissarissen;

c) Hui Wang (hierna: Wang) te schorsen als voorzitter (niet als lid) van de raad van commissarissen;

d) de besluiten van 29 november 2016 tot benoeming van Wen Zhen en Chuqing Chen als commissarissen en van Zheng Li en Baoxian Fei als bestuurders voor zover nodig te schorsen.

1.3. Bij brief van 2 december 2016 heeft de griffier van de Ondernemingskamer aan partijen aangekondigd dat het verzoek mondeling zal worden behandeld ter terechtzitting van 15 december 2016 en het verzoekschrift met producties aan de belanghebbende partijen toegestuurd. Bij brief van 6 december 2016 heeft de griffier van de Ondernemingskamer partijen opgeroepen ter terechtzitting te verschijnen, meegedeeld dat op die terechtzitting uitsluitend het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen zal worden behandeld en de mogelijkheid geboden uiterlijk op 12 december 2016 te 13.00 uur een verweerschrift in te dienen.

1.4. De oproepingsbrief en het verzoekschrift met producties, alsmede een Engelse vertaling van de oproepingsbrief en van het verzoekschrift met producties zijn op 6 december 2016 zowel per e-mail als per faxbericht door de Ondernemingskamer verzonden aan UVS, en deels nogmaals per e-mail op 9 december 2016. Eveneens zijn op 6 december 2016 voornoemde stukken per koerier verzonden aan het kantooradres van UVS te Beijing.

1.5. Op 7 december 2016 heeft de Ondernemingskamer op de voet van het Haags Betekeningsverdrag 1965 een Engelse vertaling van het verzoekschrift en van de oproepingsbrief verzonden aan de centrale autoriteit te China.

1.6. De Gemeente heeft bij op 12 december 2016 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verweerschrift met producties 1 tot en met 12, zakelijk weergegeven, geconcludeerd tot toewijzing van het verzoek van ADO.

1.7. HFC heeft bij op 12 december 2016 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verweerschrift, zakelijk weergegeven, geconcludeerd tot toewijzing van het verzoek van ADO, met veroordeling van UVS in de kosten van het geding.

1.8. Deetman c.s. hebben bij op 12 december 2016 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verweerschrift met producties 1 tot en met 8, zakelijk weergegeven, geconcludeerd tot toewijzing van het verzoek van ADO.

1.9. Bij brief van 12 december 2016 hebben mrs. Sinninghe Damsté en Attaïbi namens UVS verzocht de mondelinge behandeling uit te stellen, althans UVS uitstel van de termijn voor indiening van het verweerschrift te verlenen. Bij e-mail van 12 december 2016 heeft mr. Olden namens ADO bezwaar gemaakt tegen uitstel van de mondelinge behandeling. Bij e-mails van 13 december 2016 hebben mr. Van de Klashorst namens de Gemeente, mr. De Mol namens Deetman c.s. en mr. Saleminck namens HFC het namens ADO geuite bezwaar tegen uitstel van de mondelinge behandeling ondersteund. De Ondernemingskamer heeft bij brief van 13 december 2016 het verzoek van UVS tot uitstel van de mondelinge behandeling afgewezen en de termijn voor indiening van een verweerschrift door UVS verlengd tot 14 december 2016 te 12.00 uur.

1.10. UVS heeft bij op 14 december 2016 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verweerschrift met producties 1 tot en met 31 en A tot en met Z de Ondernemingskamer verzocht het verzoek van ADO tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen af te wijzen en ADO te veroordelen in de kosten van het geding, uitvoerbaar bij voorraad. Voorts heeft UVS de Ondernemingskamer verzocht, zakelijk weergegeven,

1. een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van ADO over de periode vanaf het moment dat UVS haar interesse kenbaar heeft gemaakt om de meerderheid van de aandelen in ADO te kopen;

2. bij wijze van onmiddellijke voorziening voor de duur van het geding een tijdelijke onafhankelijke bestuurder te benoemen.

1.11. De verzoeken zijn behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 15 december 2016. Bij die gelegenheid hebben de advocaten de standpunten van de onderscheiden partijen toegelicht aan de hand van – aan de Ondernemingskamer en de wederpartijen overgelegde – aantekeningen en onder overlegging van op voorhand aan de Ondernemingskamer en de wederpartijen gezonden nadere producties 13 tot en met 20 door mrs. Olden en Woudenberg, en producties 32 en 33 door mrs. Sinninghe Damsté en Attaïbi. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt.

1.12. Ter terechtzitting hebben Deetman c.s. en de Gemeente in aanvulling op hun verweerschrift de Ondernemingskamer verzocht om bij wijze van onmiddellijke voorziening Wang te schorsen als commissaris.

1.13. Ter terechtzitting heeft UVS in aanvulling op haar verweerschrift de Ondernemingskamer verzocht om bij wijze van onmiddellijke voorziening Jansma en Toet te schorsen als commissaris, voor zover zij rechtsgeldig zijn benoemd.

1.14. Op 16 december 2016 hebben alle partijen de Ondernemingskamer bericht dat zij ook de verzoeken van ADO en van UVS tot het gelasten van een enquête voldoende behandeld achten ter terechtzitting van 15 december 2016 en dat zij geen behoefte hebben aan een nadere mondelinge behandeling van deze verzoeken.

2. De feiten

2.1. ADO is opgericht op 31 mei 1999 en is een betaald voetbal organisatie. Enig bestuurder van ADO is M.P.B. Manders (hierna: Manders), in functie vanaf 19 april 2016. In het handelsregister van de Kamer van Koophandel staan als commissarissen van ADO ingeschreven: Wang als voorzitter, in functie vanaf 29 januari 2015, Jol, in functie vanaf 26 november 2015 en Deetman als commissaris C, in functie vanaf 21 april 2016.

2.2. Alle (1.215.445) gewone aandelen in ADO worden gehouden door UVS. HFC houdt een Bijzonder Aandeel als bedoeld in artikel 4.2 van de statuten. De Gemeente houdt een Prioriteitsaandeel als bedoeld in artikel 4.2 van de statuten.

2.3. Wang is zelfstandig bevoegd bestuurder van UVS. De aandelen in UVS worden gehouden door Jiahua Oriental Holdings Ltd (51%), Wang (48,5%) en Zhu Xiaoming (0,5%).

2.4. De statuten van ADO, laatstelijk gewijzigd op 27 september 2016, bevatten – zakelijk weergegeven en voor zover hier van belang – de volgende bepalingen:

– het bestuur dient in meerderheid te bestaan uit personen die niet direct of indirect zijn gelieerd aan een partij die financiering verstrekt aan ADO (artikel 23.4);

- Commissarissen A worden benoemd door de algemene vergadering op bindende voordracht van de houder van het Bijzonder Aandeel en de commissaris C wordt benoemd door de Prioriteit (artikel 31.1 en 31.3);
- alle besluiten van de raad van commissarissen worden genomen bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen in vergadering waarin meer dan de helft van de commissarissen aanwezig of vertegenwoordigd is. Staken de stemmen dan is het voorstel verworpen, tenzij er meer dan twee commissarissen, waaronder begrepen de voorzitter van de raad van commissarissen ter vergadering aanwezig of vertegenwoordigd zijn; alsdan heeft de voorzitter van de raad van commissarissen een beslissende stem (artikel 34.4);
- in het geval een of meer commissarissen een direct of indirect persoonlijk belang hebben dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, zijn zij niet bevoegd deel te nemen aan de beraadslaging en besluitvorming (artikel 34.5);
- de oproeping tot een algemene vergadering vermeldt de te behandelen onderwerpen. Onderwerpen die niet in de oproeping zijn vermeld, kunnen in een aanvullende oproeping worden aangekondigd. Omtrent onderwerpen die niet in de oproeping zijn vermeld of in een aanvullende oproeping zijn aangekondigd met inachtneming van de voor oproeping gestelde termijn, kan niet wettig worden besloten, tenzij het besluit met algemene stemmen wordt genomen in een vergadering, waarin het gehele geplaatste kapitaal vertegenwoordigd is (artikel 37.4);
- een onderwerp, waarvan de behandeling schriftelijk is verzocht door een aandeelhouder wordt opgenomen in de oproeping of in een aanvullende oproeping aangekondigd indien de vennootschap het verzoek of voorstel voor een besluit niet later dan op de 60e dag voor die van de vergadering heeft ontvangen (artikel 37.6);
- de oproeping tot een algemene vergadering geschiedt niet later dan op de 15e dag vóór die van de vergadering (artikel 37.7).

2.5. Bij schriftelijke overeenkomst van 17 juli 2014 heeft UVS alle gewone aandelen in ADO gekocht van Stichting Stadion Ontwikkeling (hierna: SSO). Bij brief van 15 juli 2014 heeft de Gemeente op verzoek van SSO (de statutair vereiste) goedkeuring verleend voor overdracht van alle gewone aandelen aan UVS. Op 27 januari 2015 zijn alle gewone aandelen door SSO overgedragen aan UVS.

2.6. Vóór de koop van de gewone aandelen in ADO heeft UVS een stuk getiteld *Business Intention* opgesteld, welk stuk ook was gevoegd bij het verzoek van SSO aan de Gemeente om goedkeuring voor de overdracht van de aandelen aan UVS. Dit stuk houdt onder meer in:

"The purchaser guarantees the club a financially stable situation throughout the future.

The goal is that by means of a substantial financial investment, of which the purchaser envisions this to be in the area of € 5 million to € 10 million extra investment, the club can be brought to a higher level, dependent on the actual needs and targets.

(...)

The investments purchaser envisions will not only come from his own means and abilities, on addition there will be Chinese and Dutch multinationals willing to sponsor the "new ADO", several companies have expressed their interest after hearing the intention."

2.7. De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen op 28 augustus 2015 houden onder meer het volgende in:

"(...) Mr Wang agrees to have UVS paying to NV ADO Den Haag the following additional funding as further explained in attachment 2 hereto:

First installment € 731.000 to be paid September 30, 2015

Second installment € 1.183.000 November 30, 2015

Third installment € 1.814.000 December 31, 2015

(...)

The Additional Funding will be paid to NV ADO Den Haag as share premium.

Ton Rutgrink [indertijd lid van de raad van commissarissen, toev. Ondernemingskamer, hierna: Rutgrink] mentioned in addition hereto the outstanding payments to NV ADO Den Haag of € 257.000. It has been agreed that UVS will pay this amount to NV ADO Den Haag with the first installment on September 30, 2015 and after that UVS will reimburse NV ADO Den Haag for payments made on behalf of UVS within 30 days after sending the relevant invoice."

2.8. Bij brief van 1 september 2015 heeft ADO aan UVS onder meer geschreven:

"ADO and United Vansen have agreed on the following Additional Funding for the season 2015-2016, to be paid unconditionally in the following installments on the following dates ultimately:

First installment:

€ 988.000 September 30, 2015 (€ 731.000 share premium and € 257.000 advanced payments)

Second installment:

€ 1.183.000, share premium November 30, 2015

Third installment:

€ 1.814.000, share premium December 31, 2015

In order to be able to show to the KNVB, our auditors and similar third parties whenever necessary that ADO has secured a balanced budget with the additional funding we would like to request you to sign this letter for approval and return to us one original copy."

2.9. Op 28 oktober 2015 heeft Terry Wang (zoon van Wang) aan ADO onder meer geschreven:

"There had been several meetings recently between UVS's shareholders and investors. The first installment of investment is at the stage of pending for their approvals. Right now their biggest concern is the usage of the money being transferred to ADO (...). (...) our shareholders suggested a person who they think can be a coordinator between NL and China, and they are willing to have the money transferred, only when this person joins the management team. (...) they came to a decision that this person has to be on board before the money is transferred. (...) I hereby attached the resume of Zheng Li for your consideration. So as soon as we agreed upon this, I can have my father to sign the letter right away (...)."

2.10. In reactie daarop heeft J.W. Wigt (hierna: Wigt), indertijd statutair bestuurder van ADO, op 28 oktober 2015 aan Terry Wang geschreven:

"In principle I am enthusiastic about the idea of having a person with experience like Zheng Li has, for ADO Den Haag. (...)

I have some questions/remarks:

- Please be aware that Zheng Li must be appointed by the Shareholders meeting, we are planning a meeting in the last week of November.

- Your father promised to keep the management in ADO Den Haag purely Dutch. We can expect criticism regarding the appointment of Zheng Li, we must handle that. I presume there is a budget for Zheng Li and that he will be on the payroll of ADO Den Haag.

- (...)

– Now we are here, I also talked this over with Ton [Rutgrink, Ondernemingskamer], positive regarding Zheng Li, please send me by return back the signed letter”.

2.11. Op 29 oktober 2015 heeft Terry Wang een door Wang namens UVS “for approval” ondertekend exemplaar van de onder 2.8 genoemde brief van 1 september 2015 aan ADO retour gezonden.

2.12. Terry Wang heeft op 16 november 2015 aan ADO geschreven:

“Please explain to the KNVB that the first installment will be transferred before our next visit, which is 26th of November. We are already working on the transfer process.”

2.13. De op 26 november 2015 vastgestelde en door de bestuurder en de raad van commissarissen ondertekende jaarrekening 2014-2015 van ADO vermeldt onder het kopje “Continuïteit” onder meer het volgende:

“ADO Den Haag heeft in augustus met de Grootaandeelhouder een investeringsplan opgesteld. (...)

Met het investeringsplan is in totaal een bedrag van € 3,7 miljoen gemoeid. ADO Den Haag kan deze investeringen niet uit eigen middelen financieren. De grootaandeelhouder heeft schriftelijk bevestigd deze investeringen te dekken en voor een bedrag van € 3,7 miljoen aan agiostortingen te doen. Ten aanzien van de agiostortingen zijn de volgende betalingstermijnen overeengekomen met de volgende bedragen:

– 1e betaaltermijn € 0,7 miljoen vervaldatum 30 september 2015

– 2e betaaltermijn € 1,2 miljoen vervaldatum 30 november 2015

– 3e betaaltermijn € 1,8 miljoen vervaldatum 31 december 2015

Op moment van vaststellen van deze jaarrekening zijn er reeds twee betaaltermijn verstreken en heeft ADO Den Haag nog geen agiostorting ontvangen van de Grootaandeelhouder. De directie en de Raad van Commissarissen van ADO Den Haag hebben de Grootaandeelhouder herhaaldelijk verzocht om de verschuldigde bedragen over te maken, de gelden te storten op een derdengeldenrekening dan wel een bankgarantie af te geven. Op dit moment is de Grootaandeelhouder hier niet tijdig op in gegaan.”

2.14. Op 1 december 2015 heeft Terry Wang aan ADO onder meer geschreven:

“(…) UVS is trying every way it can to have the installments paid. It’s not that UVS doesn’t have the money, the board of UVS does not want us to make these injections anymore. From the board’s perspective, ADO, being a normally operating company, should have its own business model, which would not depend on the shareholder’s money as the main source of income.

However, UVS is obliged to pay the amount and is willing to do so. (...)”

2.15. Op 1 april 2016 heeft UVS een bedrag van € 1.988.039 betaald aan ADO. Op diezelfde datum heeft UVS in een aan ADO gerichte verklaring geschreven:

“The 2 million euro additional investment by UVS is transferred to Ado’s account today (...) according to the payment schedule (...)

(...) UVS decides to implement special control on the 2 million euro payment being transferred to Ado, which is to freeze the 2 million euro payment, exclusive of the salaries of the staff and players. Other payables will be reevaluated during the upcoming meetings and approved separately after adjusting the budget.”

2.16. De notulen van een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders gehouden op 18 en 19 april 2016 houden zakelijk weergegeven in:

– dat UVS de samenstelling van het bestuur wil wijzigen;

- dat UVS toelegt dat het bestuur van ADO "Nederlands" zal blijven;
- dat Manders op voordracht van UVS als bestuurder wordt benoemd;
- dat Deetman als commissaris wordt benoemd.

2.17. Wigt is op 19 april 2016 teruggetreden als bestuurder van ADO.

2.18. Op 20 april 2016 is Rutgrink als commissaris teruggetreden. Bij gelegenheid van zijn afscheid heeft hij in een notitie aan de algemene vergadering en aan de raad van commissarissen zijn zorgen uitgesproken over de governance van ADO, de bemoeienissen van UVS met de dagelijkse gang van zaken, de gebrekkige communicatie tussen ADO en UVS, het gebrekkige functioneren van de raad van commissarissen en de kritieke financiële positie van ADO.

2.19. Een door Wang namens UVS ondertekende "Letter of Certification" van 10 mei 2016 houdt in:

"I hereby, on behalf of [UVS] certify that the 1,988,039 euro (...) was a settlement of the prepayments made by NV ADO Den Haag on behalf of UVS for 510.00 euro and was a share premium for 1,478,039 euro (...)."

2.20. Bij e-mail van 9 juli 2016 heeft Deetman aan Wang voorgesteld om Jansma en Toet te benoemen als commissarissen.

2.21. Eind augustus 2016 is tussen Manders en Baoxian Fei gecorrespondeerd over een transfer van de voetballer Yuan Zhang van Grupo Sportivo de Loures (uitkomend in de derde divisie van Portugal) naar ADO in combinatie met een sponsorovereenkomst tussen ADO en een Chinese televisieonderneming. De transfer en de sponsorovereenkomst zijn beide niet tot stand gekomen.

2.22. De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen op 21 september 2016 vermelden als aanwezig onder meer Toet en Jansma als leden van de raad van commissarissen en Wang als afwezige en houden voorts in:

- dat Wang niet heeft gereageerd op de uitnodiging voor de vergadering;
- dat ADO bij de huidige stand van zaken niet in staat is om voor eind september de verschuldigde huur voor het stadion aan de Gemeente te voldoen en dat de Gemeente een pandrecht heeft op de media inkomsten van ADO;
- dat een ernstig liquiditeitstekort wordt verwacht in het voorjaar van 2017, indien USV de eerder genoemde agiostortingen niet doet;
- dat gesproken is over de deels betwiste vorderingen van ADO op voormalig sponsor Starbalm, op de Stichting En Un Momento d'ADO (huurder van Sky Lounges) en op Villarreal in verband met een transfer;
- dat communicatie met Wang vrijwel onmogelijk is.

2.23. Op 10 oktober 2016 heeft D. Segaar, secretaris van de raad van commissarissen, een oproep voor een algemene vergadering van aandeelhouders gedaan met als agendapunten onder meer de benoeming van Zheng Li als bestuurder van ADO. In reactie daarop heeft Wang op 18 oktober 2016 voorgesteld als agendapunten onder meer toe te voegen:

- benoeming van Terry Wang als bestuurder;
- "supporter banners in the stadium and media control";
- goedkeuring van de benoeming van Toet en Jansma als commissarissen en discussie over twee andere kandidaat-commissarissen: Chuqing Chen en Wen Zhen.

2.24. De notulen van de vergadering van de raad van commissarissen op 24 oktober 2016 vermelden als aanwezig onder meer Wang, Toet en Jansma als leden van de raad van commissarissen en houden voorts in:

- dat de vergadering instemt met de benoeming van Toet en Jansma;

- dat Deetman heeft gewezen op het tegenstrijdig belang van Wang als commissaris van ADO en als bestuurder van UVS, in het bijzonder met betrekking tot de door UVS toegezegde storting van agio;
- dat Wang niet wil praten over de verplichting van UVS tot storting van agio;
- dat Wang stelt al € 5 tot 6 miljoen in ADO te hebben geïnvesteerd, zonder enige uitleg te hebben gekregen over de besteding daarvan;
- dat de commissarissen het door Wang genoemde bedrag van € 5 tot 6 miljoen niet kunnen thuisbrengen;
- dat UVS informatie zal verschaffen over de betalingen van € 5 tot 6 miljoen die zij heeft gedaan;
- dat Wang voorstelt om Zheng Li en Terry Wang te benoemen als bestuurders van ADO.

2.25. De concept-notulen van de algemene vergadering van aandeelhouders van 26 oktober 2016 houden met betrekking tot de vaststelling van de jaarrekening 2015-2016 onder meer in:

"(...) The auditor needs to know whether UVS acknowledges the agreement [zoals opgenomen in de brief van 1 september 2015, toev. Ondernemingskamer], because otherwise the auditors cannot continue with the current documents. The auditors point out that in the 2014-2015 annual accounts the agreement was already mentioned as valid and binding. The point of view of UVS with regard to the agreement will lead to the situation that the subject annual accounts need to be withdrawn.

UVS will not pay the amounts mentioned in the agreement and will investigate whether the agreement is valid and whether actions can be taken against the responsible persons. No conclusion on validity of the agreement is yet made by UVS."

2.26. De jaarrekening 2015-2016 is op 26 oktober 2016 niet vastgesteld door de algemene vergadering van aandeelhouders. ADO heeft als gevolg daarvan niet binnen de daartoe gestelde termijn, die verstreek op 1 november 2016, haar vastgestelde jaarrekening 2015-2016 kunnen indienen bij de Licentiecommissie van de KNVB. De KNVB heeft ADO daarop in de gelegenheid gesteld uiterlijk op 1 december 2016 haar vastgestelde jaarrekening 2015-2016 in te dienen.

2.27. Naar aanleiding van de gang van zaken tijdens de algemene vergadering van 26 oktober 2016 heeft D. Segaar op 4 november 2016 zijn functie van secretaris van de raad van commissarissen neergelegd.

2.28. Op 11 november 2016 heeft Peter van Ooijdonk (financieel directeur van ADO, hierna: Van Ooijdonk) een uitnodiging voor een aandeelhoudersvergadering in de week van 28 november 2016 verzonden met als agendapunten onder meer:

- vaststelling van de jaarrekening 2015-2016;
- *strategic plan*;
- *player's investment fund*;
- ratificatie van de benoeming van Jansma en Toet als commissarissen.

2.29. Bij e-mail van 17 november 2016 heeft Terry Wang als aanvullende agendapunten onder meer voorgesteld:

- benoeming van Zheng Li en Baoxian Fei tot bestuurder;
- "UVS board resolution regarding the termination of the signed letter regarding additional investment dated September 1, 2015".

2.30. Op 25 november 2016 heeft ADO conservatoir beslag gelegd op de door UVS gehouden aandelen in ADO.

2.31. Op 29 november 2016 heeft een algemene vergadering van aandeelhouders plaatsgevonden. Wang was daarbij niet aanwezig; hij heeft Jianhua Lu en Terry Wang schriftelijk gemachtigd UVS ter vergadering te vertegenwoordigen. Jianhua Lu trad op als voorzitter van de vergadering en wees Floris de Bruijn (tot voor kort betrokken bij een gerechtelijke procedure tegen ADO) aan als notulist. De concept-notulen van deze vergadering houden - zakelijk weergegeven - onder meer in:

- dat UVS niet wil instemmen met benoeming van Jansma en Toet als commissarissen;
- dat Jansma, Toet, Deetman en Jol daarop de vergadering hebben verlaten;
- dat de vaststelling van de jaarrekening wordt uitgesteld voor een periode van maximaal vijf maanden;
- dat Jianhua Lu aandringt op financiële steun van de Gemeente aan ADO en dat wethouder Tom de Bruijn (namens de Gemeente aanwezig) toelicht dat de Gemeente op juridische en politieke gronden het liquiditeitstekort van ADO niet zal aanzuiveren;
- dat Jianhua Lu onder het laatste agendapunt "Any other business" de benoeming van Wen Zhen en Chuqing Chen als commissarissen en Zheng Li en Baoxian Fei als bestuurders in stemming heeft gebracht, nadat de Gemeente en HFC erop gewezen hadden dat die handelwijze in strijd met de statuten en de wet is. UVS heeft bij monde van Jianhua Lu vóór beide voorstellen gestemd. HFC stemde tegen, de Gemeente heeft zich van stemming onthouden.

2.32. Als gevolg van het uitblijven van de vaststelling van de jaarrekening 2015-2016 heeft ADO op 1 december 2015 geen vastgestelde jaarrekening kunnen indienen bij de KNVB. De KNVB heeft in reactie daarop aan ADO een boete opgelegd van € 10.000, ADO onder verscherpt toezicht geplaatst en ADO tot 1 februari 2017 in de gelegenheid gesteld alsnog haar vastgestelde jaarrekening 2015-2016 in te dienen en een sluitende begroting 2016-2017 te presenteren.

2.33. Op 30 november 2016 heeft Van Ooijdonk een vergadering van de raad van commissarissen bijeengeroepen op 2 december 2016. In reactie daarop heeft Wang op 1 december 2016 te kennen gegeven dat Van Ooijdonk niet bevoegd is tot het bijeenroepen van een vergadering van de raad van commissarissen en heeft Wang een vergadering van de raad van commissarissen belegd op 9 december 2016 te Beijing, waarvoor hij ook Chuqing Chen en Wen Zhen heeft uitgenodigd.

2.34. Bij e-mail van 1 december 2016 heeft Wang een door Jianhua Lu ondertekend aandeelhoudersbesluit van 29 november 2016 aan ADO, de Gemeente, HFC, Deetman en Jol toegezonden, inhoudende dat Chuqing Chen en Wen Zhen benoemd zijn als commissarissen en Zheng Li en Baoxian Fei als bestuurders en dat als gevolg daarvan met ingang van 29 november 2016 de raad van commissarissen bestaat uit: Wang, Deetman, Jol, Chuqing Chen en Wen Zhen en het bestuur bestaat uit: Manders, Zheng Li en Baoxian Fei.

Bij e-mail van 1 december 2016 heeft de Gemeente te kennen gegeven dat het besluit nietig is wegens strijd met de statuten.

2.35. Zheng Li heeft bij e-mail van 2 december 2016 een bestuursvergadering belegd op 3 december 2016. Manders heeft daarop gereageerd met de mededeling dat de benoeming van Zheng Li wordt betwist en dat hij niet welkom is.

2.36. ADO heeft bij dagvaarding van 9 december 2016 UVS in kort geding gedagvaard tot betaling van (in hoofdsom) € 2.347.496 aan achterstallige agiostortingen en verschuldigde rente. Dit kort geding dient op 28 december 2016 voor de voorzieningenrechter te Den Haag.

3. De gronden van de beslissing

De standpunten van partijen

3.1. Hetgeen ADO ten grondslag heeft gelegd aan haar verzoek tot het gelasten van een onderzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen en hetgeen de Gemeente, HFC en Deetman c.s. hebben aangevoerd ter ondersteuning van dat verzoek kan als volgt worden samengevat. Er zijn gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van ADO en de toestand waarin ADO verkeert vergt dat onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. Sinds het aantreden van UVS als houder van alle gewone aandelen is de samenstelling van het bestuur en van de raad van commissarissen veelvuldig gewijzigd onder invloed van UVS. UVS en Wang bemoeien zich rechtstreeks met het bestuurlijke beleid van ADO, onder meer met betrekking tot transfers. Binnen de raad van commissarissen en de algemene vergadering kan geen overeenstemming worden bereikt over de inhoud van de jaarrekening 2015-2016, in het bijzonder met betrekking tot de vordering van ADO op UVS. UVS komt haar verplichting tot storting van agio niet na en UVS en Wang trachten het incasseren van die vordering te frustreren, door wijziging van de samenstelling van de raad van commissarissen en van het bestuur. De wijze waarop UVS dit laatste tracht te doen is in strijd met de statuten en zij misbruikt haar meerderheidspositie

in de algemene vergadering van aandeelhouders. Als gevolg van een en ander verkeert ADO thans in een financiële noodsituatie en moet zij vrezes voor het verlies van de KNVB-licentie betaald voetbal.

3.2. UVS heeft de door ADO, de Gemeente, HFC en Deetman c.s. aangevoerde argumenten bestreden en heeft, ook ter toelichting op haar eigen verzoek tot het gelasten van een enquête en het treffen van onmiddellijke voorzieningen, kort gezegd het volgende aangevoerd. UVS heeft reeds in totaal bijna € 5,6 miljoen in ADO geïnvesteerd. ADO heeft zich ten onrechte niet ingezet voor het realiseren van de *business intentions* van UVS, zoals blijkt uit de afnemende sponsorinkomsten, het niet aanstellen van Hongbo als (assistent) trainer, het frustreren van de transfer van Zhang, het uitblijven van een *player investment fund* en het uitblijven van benoeming van Chinese managementteamleden. ADO houdt informatie achter voor UVS en Wang en maakt hen zwart in de media. De huidige financiële situatie van ADO is het gevolg van het handelen van het bestuur. ADO is nalatig met het incasseren van haar vorderingen op Starbalm, de Stichting En Un Momento d'ADO en Villarreal. Voorts heeft UVS aangevoerd dat zij in haar verweermogelijkheden ernstig wordt geschaad omdat niet is voldaan aan de vereisten van het Haags Betekeningsverdrag en omdat aan UVS onvoldoende tijd is gegeven om haar verweer voor te bereiden.

Formele bezwaren van UVS

3.3. De Ondernemingskamer verwerpt de formele bezwaren van UVS, waaraan UVS overigens geen verzoek of conclusie verbonden heeft. Zoals volgt uit het hierboven onder 1.3-1.5 weergegeven procesverloop heeft de griffier van de Ondernemingskamer de oproeping van UVS verzonden overeenkomstig het Haags Betekeningsverdrag 1965. Omdat te voorzien was dat uitreiking van de oproepingsbrief en het verzoekschrift aan UVS langs deze weg niet tijdig zou plaatsvinden, heeft de griffier van de Ondernemingskamer, gelet op het bepaalde in artikel 15 lid 3 van het Haags Betekeningsverdrag 1965 en op hetgeen is overwogen in HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 13, onder meer het volgende gedaan om zoveel mogelijk te waarborgen dat de oproeping UVS daadwerkelijk zou bereiken:

- a. op 2 december 2016 is de brief met aankondiging van de zittingsdatum van 15 december 2016 en het verzoekschrift met producties per e-mail en per post verzonden aan UVS;
- b. op 6 december 2016 is zowel in het Nederlands als een Engelse vertaling van de oproepingsbrief en van het verzoekschrift met producties zowel per e-mail als per faxbericht verzonden aan UVS, en deels nogmaals per e-mail op 9 december 2016;
- c. op 6 december 2016 is een Engelse vertaling van de oproepingsbrief en van het verzoekschrift met producties per koerier verzonden aan het kantooradres van UVS te Beijing.

Uit de onder 1.9 genoemde brief van mrs. Sinninghe Damsté en Attaïbi van 12 december 2016 blijkt dat UVS langs de onder sub a en b genoemde wegen de oproeping en het verzoekschrift met producties heeft ontvangen. De onder sub c genoemde zending is per koerier op 8 december 2016 ten kantore van UVS te Beijing aangeboden en aldaar blijkens een mededeling van DHL door UVS geweigerd.

3.4. In aanmerking genomen (a) dat het verzoek betrekking heeft op de gang van zaken binnen ADO en in het bijzonder de rol van UVS en Wang daarin, waarmee UVS geacht moet worden bekend te zijn, (b) dat de zaak, zoals hieronder nog aan de orde zal komen, spoedeisend is, (c) dat aan UVS uitstel is verleend voor het indienen van haar verweerschrift en (d) dat bij gelegenheid van de uitvoerige mondelinge behandeling niet gebleken is dat UVS door de beperkte tijd tussen de oproep en de mondelinge behandeling in serieuze mate is gehinderd in de mogelijkheid verweer te voeren (ook UVS heeft te kennen gegeven geen behoefte te hebben aan de geboden mogelijkheid om de enquêteverzoeken op een latere zitting nader te behandelen, zie 1.14), acht de Ondernemingskamer de termijn tussen de oproeping en de mondelinge behandeling niet zo kort dat UVS in enig recht tekort is gedaan. De Ondernemingskamer constateert wel dat een aantal vragen aan UVS ter zitting onbeantwoord zijn gebleven omdat Wang ter zitting niet aanwezig was. Dit laatste moet echter voor rekening van UVS blijven omdat voor de afwezigheid van Wang, in weerwil van de oproeping, geen bevredigende verklaring is gegeven.

Gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen

3.5. Uit de hierboven weergegeven feiten volgt dat de raad van commissarissen en de algemene vergadering van aandeelhouders als organen van ADO niet naar behoren functioneren. Dat heeft zich als volgt gemanifesteerd:

a. Er is een geschil over de samenstelling van de raad van commissarissen. ADO, HFC, de Gemeente en Deetman c.s. stellen zich op het standpunt dat Toet en Jansma sinds 21 september 2016, althans sinds 24 oktober 2016 deel uitmaken van de raad van commissarissen en dat Chuqing Chen en Wen Zhen op 29 november 2016 niet rechtsgeldig zijn benoemd als commissaris. UVS en Wang stellen zich op het standpunt dat Toet en Jansma niet zijn benoemd als commissaris en hebben zich tot 14 december 2016 op het standpunt gesteld dat Chuqing Chen en Wen Zhen op 29 november 2016 zijn benoemd als commissarissen.

De communicatie tussen Wang als voorzitter van de raad van commissarissen en de overige commissarissen verloopt zeer moeizaam. Rutgrink (zie 2.18) en Deetman (zie 2.22) hebben de slechte bereikbaarheid van Wang aan de kaak gesteld en Wang was afwezig bij de vergadering van de raad van commissarissen van 21 september 2016 en bij de algemene vergadering van aandeelhouders van 29 november 2016.

De concept-notulen van de algemene vergadering van aandeelhouders van 29 november 2016 bieden een ontluisterend beeld van de gang van zaken tijdens die vergadering. Wang was niet aanwezig en heeft, in de persoon van Jianhua Lu, een voorzitter van de vergadering aangesteld die kennelijk slecht op de hoogte is van de situatie binnen ADO en heeft, in de persoon van Floris de Bruijn, een notulist aangewezen die, om begrijpelijke redenen op weerstand stuitte bij de overige aanwezigen. Er is langdurig gesteggeld over de formele positie van Jansma en Toet, zonder dat UVS duidelijk heeft gemaakt waarom zij niet wil meewerken aan hun formele benoeming, terwijl Wang een maand eerder enthousiast reageerde op hun komst als commissaris. Op een wijze die evident in strijd is met de statuten heeft Jianhua Lu een niet geagendeerde stemming over de benoeming van door UVS aangedragen bestuurders (Zheng Li en Baoxian Fei) en commissarissen (Chuqing Chen en Wen Zhen) doorgedrukt.

Onderwerpen die voor de continuïteit van ADO van cruciaal belang zijn, zoals de vaststelling van de jaarrekening 2015-2016, de begroting 2016-2017 en het aanstaande liquiditeitstekort, zijn tijdens de aandeelhoudersvergadering van 29 november 2016 niet inhoudelijk besproken. Een oplossing voor de acute problemen waarin ADO verkeert is met die vergadering niet dichterbij gekomen.

3.6. Het bovenstaande vormt gegronde redenen om aan een juist beleid en juiste gang van zaken te twijfelen.

3.7. In haar verweerschrift heeft UVS erkend dat Chuqing Chen en Wen Zhen niet als commissarissen zijn benoemd en ter zitting heeft UVS erkend dat Zheng Li en Baoxian Fei niet tot bestuurders zijn benoemd.

3.8. Met betrekking tot de positie van Toet en Jansma geldt naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer – de gewone burgerlijke rechter is bevoegd daarover te oordelen – het volgende. Het feit dat de raad van commissarissen op 24 oktober 2016 heeft ingestemd met de benoeming van Toet en Jansma als commissaris, neemt niet weg dat slechts de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd is tot benoeming van commissarissen. Het is bepaald onzeker of de instemming van de overige commissarissen tevens kan worden aangemerkt als een unaniem besluit van de aandeelhouders buiten vergadering, nu daarvoor in de notulen van de vergadering van 24 oktober 2016 geen aanknopingspunt te vinden is en het niet zonder meer voor de hand ligt dat Deetman en Jol aldaar als vertegenwoordigers van respectievelijk de Gemeente en HFC als aandeelhouder optraden, nu deze beide aandeelhouders in de algemene vergadering in de regel vertegenwoordigd worden door Tom de Bruijn (wethouder) respectievelijk W. Swart (bestuurder van HFC). Op 29 november 2016 is gebleken dat UVS niet instemt met benoeming van Toet en Jansma als commissarissen. De Ondernemingskamer gaat er gezien het bovenstaande vanuit dat Toet en Jansma thans geen deel uitmaken van de raad van commissarissen.

3.9. Zoals uit de stukken en ter zitting duidelijk is geworden is de verstandhouding tussen ADO, HFC, de Gemeente en Deetman c.s. enerzijds en UVS en Wang anderzijds ernstig geschaad mede door de gang van zaken rondom de agiostortingen. De Ondernemingskamer stelt voorop dat niet zij, maar de gewone burgerlijke rechter bevoegd is te oordelen over het bestaan en de inhoud van betalingsverplichtingen van UVS jegens ADO. De Ondernemingskamer gaat hieronder niettemin in op deze kwestie omdat het geschil over de agiostortingen een belangrijk onderdeel vormt van de problemen waarin ADO thans verkeert en een wezenlijke rol lijkt te spelen in het gebrekkige functioneren van de raad van commissarissen en de algemene vergadering van aandeelhouders. Uit de hierboven weergegeven feiten blijkt het volgende:

– Op 28 augustus 2015 heeft Wang ingestemd met een verplichting van UVS tot betaling van in totaal ruim € 3,7 miljoen aan agio, te voldoen in drie termijnen, ter financiering van een investeringsplan waarin uitgaven zijn opgenomen in aanvulling op de begroting. Niet gebleken is dat Wang toen nadere voorwaarden heeft gesteld.

- Uit de correspondentie tussen ADO en UVS op 28 oktober 2015 (zie 2.9 en 2.10) blijkt dat UVS toen aan de voldoening aan haar verplichting tot storting van agio als voorwaarde wilde verbinden dat Zheng Li tot bestuurder van ADO zou worden benoemd en dat ADO toen niet onwelwillend stond tegenover benoeming van Zheng Li als bestuurder, maar daarbij wel enige kanttekeningen plaatste.
- Wang heeft vervolgens op 29 oktober 2015 namens UVS de brief van 1 september 2015, waarin de "onvoorwaardelijke" verplichting tot storting van agio is vastgelegd, voor akkoord ondertekend (zie 2.11).
- De verplichting tot storting van agio is voorts verantwoord in de door de raad van commissarissen ondertekende jaarrekening 2014-2015 (zie 2.13).
- Op 1 december 2015 heeft UVS zich enerzijds op het standpunt gesteld dat zij niet wil betalen omdat ADO niet afhankelijk zou moeten zijn van financiering door UVS, en anderzijds erkend dat zij verplicht is tot betaling (zie 2.14).
- Op 1 april 2016 heeft UVS een agiostorting van iets minder dan € 1,5 miljoen gedaan en aanspraak gemaakt op zeggenschap over de besteding daarvan (zie 2.15 en 2.19).
- In de vergadering van de raad van commissarissen van 24 oktober 2016 was Wang niet bereid inhoudelijk in te gaan op de verplichting van UVS tot storting van agio (zie 2.24).
- In de algemene vergadering van aandeelhouders van 26 oktober 2016 heeft UVS – blijkens de notulen van die vergadering – te kennen gegeven niet te willen betalen en de geldigheid van de in de brief van 1 september 2015 belichaamde overeenkomst te zullen onderzoeken (zie 2.25).

3.10. Uit deze gang van zaken blijkt enerzijds dat de verplichting van UVS tot storting van in totaal € 3,7 miljoen aan agio deugdelijk is vastgelegd en anderzijds dat UVS aan die verplichting zoals vastgelegd niet tijdig en vervolgens slechts ten dele heeft voldaan en dat UVS steeds wisselende standpunten heeft ingenomen als reden voor het niet voldoen aan die stortingsverplichting. Het is alleszins begrijpelijk dat deze gang van zaken heeft geleid tot een verlies van vertrouwen van ADO, Deetman c.s., HFC en de Gemeente in UVS en Wang en dat dit gebrek aan vertrouwen heeft bijgedragen aan het gebrekkige functioneren van de raad van commissarissen en de algemene vergadering van aandeelhouders.

3.11. De Ondernemingskamer kan UVS niet volgen in haar standpunt dat zij reeds een bedrag van € 5.576.639 in ADO heeft geïnvesteerd. Volgens de door UVS in haar verweerschrift opgenomen specificatie van dit bedrag, maakt daarvan onderdeel uit een betaling van € 1,9 miljoen op 23 januari 2015 aan H.P. Beheer BV (hierna: HP Beheer), een aan M. van der Kallen (tevens bestuurder van SSO) gelieerde vennootschap. UVS heeft, ook na daarop gerichte vragen ter zitting, niet toegelicht welke aanspraken van HP Beheer op ADO met die betaling van € 1,9 miljoen door UVS aan HP Beheer zouden zijn afgekocht en waaruit het bestaan van die aanspraken op ADO zou blijken. Uit de door UVS overgelegde stukken (in het bijzonder een *Compensation Agreement* tussen SSO, UVS en HP Beheer van 17 juni 2014 en een addendum van 9 november 2014 op de koopovereenkomst tussen SSO en UVS) blijkt het bestaan van de gestelde aanspraken van HP Beheer op ADO niet. ADO heeft ter zitting verklaard niet op de hoogte te zijn van enige verplichting van ADO jegens HP Beheer die door UVS zou zijn afgekocht. Bij deze stand van zaken kan niet worden aangenomen dat die betaling van € 1,9 miljoen feitelijk ten goede is gekomen van ADO. Daarnaast heeft UVS in haar opstelling die sluit op een bedrag van bijna € 5,6 miljoen niet betrokken dat de betaling op 1 april 2016 van € 1.988.039, voor een gedeelte ter grootte van € 510.000 een terugbetaling betreft van door ADO voor UVS voorgesloten kosten (zie 2.19). De Ondernemingskamer signaleert in dit verband dat Wang reeds op 24 oktober 2016 (zie 2.24) aan de raad van commissarissen heeft toegezegd dat UVS informatie zal verschaffen over de betalingen van in totaal € 5 tot 6 miljoen die UVS stelt te hebben gedaan en niet gebleken is dat dat inmiddels is gebeurd.

3.12. Nog afgezien van het bovenstaande ziet de Ondernemingskamer, bij gebreke van een nadere toelichting door UVS, niet in dat andere betalingen door UVS aan ADO afbreuk doen aan de verplichting tot het doen van de overeengekomen agiostortingen. De in het overzicht van UVS opgenomen betaling van € 1,5 miljoen op 1 april 2015 heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de toezegging op 28 augustus 2015 tot storting van in totaal € 3,7 miljoen aan agio en de in het schema opgenomen betalingen met betrekking tot de transfer van Becker staan, zo begrijpt de Ondernemingskamer uit de notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 24 oktober 2016, los van de overeengekomen agiostortingen.

3.13. In dit verband merkt de Ondernemingskamer nog op dat, zoals blijkt uit de notulen van de vergadering van de raad van commissarissen van 28 augustus 2015, per eind augustus 2015 de schuld van UVS aan ADO uit hoofde van door ADO voorgeschoten kosten reeds was opgelopen tot € 257.000 en dat afgesproken was dat UVS die schuld, tezamen met de eerste agiostorting zou voldoen op 30 september 2015. Die afspraak is UVS niet nagekomen. Uit de door UVS ondertekende verklaring van 10 mei 2016 (zie 2.19) blijkt dat de schuld van UVS uit hoofde van door ADO voorgeschoten kosten vanaf september 2015 tot april 2016 is opgelopen tot een bedrag van € 510.000. Manders heeft ter zitting verklaard dat ADO zich genoodzaakt heeft gezien ook na april 2016 kosten van UVS voor te schieten en dat UVS de in de notulen van 28 augustus 2015 genoemde afspraak dat die kosten telkens binnen 30 dagen door UVS aan ADO zullen worden gerestitueerd, niet is nagekomen.

Het onderzoek

3.14. Gelet op de geconstateerde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken, zal de Ondernemingskamer een onderzoek gelasten over de periode vanaf 27 januari 2015, de datum waarop alle gewone aandelen aan UVS zijn geleverd. Voor zover feiten en omstandigheden gelegen vóór die datum licht kunnen werpen op de gang van zaken na 27 januari 2015, staat het de onderzoeker vrij ook die in zijn onderzoek te betrekken. De Ondernemingskamer ziet daarom geen reden om, zoals UVS heeft verzocht, de periode waarop het onderzoek betrekking heeft reeds te laten aanvagen op het moment dat UVS belangstelling heeft getoond voor de overname van de gewone aandelen in ADO. Gelet op de moeilijke financiële situatie waarin ADO thans verkeert, zal de Ondernemingskamer, zoals Deetman c.s. hebben voorgesteld en waartegen de overige partijen geen bezwaar hebben gemaakt, de aanwijzing van de onderzoeker aanhouden tot het eerste verzoek daartoe van de meest gerede partij.

3.15. Omdat het onderzoek mede betrekking zal hebben op de verstandhouding en de communicatie tussen het bestuur, de raad van commissarissen en de algemene vergadering van aandeelhouders, ligt het voor de hand dat daarin ook de door UVS aangevoerde bezwaren betrokken zullen worden. Dat geldt in het bijzonder voor de informatieverschaffing door ADO aan UVS en Wang, het financiële beleid van ADO (waaronder haar debiteurenbeleid) en de redenen van het uitblijven van voortgang met de door UVS in haar *Business Intention* geformuleerde doelstellingen. Ook het niet aanstellen van Zhang als speler en van Hongbo als trainer, alsmede het niet benoemen van een door UVS aangedragen Chinese bestuurder kunnen in het onderzoek aan de orde komen. In het licht daarvan is er geen aanleiding die bezwaren thans nader te bespreken.

De onmiddellijke voorzieningen

3.16. Het gebrekkige functioneren van de raad van commissarissen en de algemene vergadering van aandeelhouders en de penibele financiële situatie waarin ADO is komen te verkeren door het uitblijven van de agiostortingen en het niet kunnen vaststellen van de jaarrekening 2015-2016, vergen dat onmiddellijke voorzieningen worden getroffen.

3.17. Bij de beantwoording van de vraag welke onmiddellijke voorzieningen het meest geëigend zijn, heeft de Ondernemingskamer zich niet laten leiden door de vraag aan wie de thans bestaande situatie (in overwegende mate) te wijten is. Die vraag komt pas aan de orde na voltooiing van het door de Ondernemingskamer te gelasten onderzoek. De te treffen onmiddellijke voorzieningen waarborgen dat de raad van commissarissen en de algemene vergadering van aandeelhouders weer naar behoren kunnen functioneren. Voorts wordt met de onmiddellijke voorzieningen beoogd constructief overleg tussen alle huidige stakeholders van ADO te bevorderen, zodat kan worden gezien of op korte termijn met alle partijen een oplossing kan worden gevonden voor de thans bestaande problemen van ADO.

3.18. De Ondernemingskamer zal daarom Wang schorsen als voorzitter van de raad van commissarissen (doch niet tevens als lid van de raad van commissarissen). De Ondernemingskamer zal een tijdelijke voorzitter van de raad van commissarissen benoemen met een beslissende stem in de raad van commissarissen (in die zin dat zijn stem in de raad van commissarissen bepalend is).

3.19. Voorts zal de Ondernemingskamer alle door UVS gehouden aandelen in ADO ten titel van beheer overdragen aan een door haar aan te wijzen beheerder. Als gevolg daarvan kan het aan die aandelen verbonden stemrecht slechts worden uitgeoefend door de door de Ondernemingskamer aan te wijzen beheerder.

3.20. Nu tussen partijen niet (langer) in geschil is dat Chuqing Chen en Wen Zhen niet als commissarissen zijn benoemd en Zheng Li en Baoxian Fei niet tot bestuurders zijn benoemd, is er geen reden tot schorsing van de desbetreffende (nietige)

besluiten.

3.21. Gelet op de omstandigheid dat Jansma en Toet naar het oordeel van de Ondernemingskamer geen deel uitmaken van de raad van commissarissen, is er geen reden hen te schorsen als commissaris.

3.22. De Ondernemingskamer ziet voorts geen aanleiding voor het treffen van een onmiddellijke voorziening ten aanzien van het bestuur van ADO. Het verzoek van UVS tot het benoemen van een tijdelijk bestuurder naast Manders zal daarom worden afgewezen.

Slotsom en kosten

3.23. De slotsom is dat het verzoek van ADO zal worden toegewezen zoals hieronder in het dictum is vermeld en dat de verzoeken voor het overige worden afgewezen. De Ondernemingskamer ziet geen aanleiding voor een proceskostenveroordeling.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van N.V. ADO Den Haag, gevestigd te Den Haag, over de periode vanaf 27 januari 2015;

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 € 60.000, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen;

bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van N.V. ADO Den Haag 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;

schorst bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding Hui Wang als voorzitter (niet tevens als lid) van de raad van commissarissen van N.V. ADO Den Haag;

benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding – voor zover nodig in afwijking van de statuten – mr. B.F.M. Knüppe, wonende te Dordrecht, als voorzitter van de raad van commissarissen van N.V. ADO Den Haag met beslissende stem;

bepaalt bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding dat alle door United Vansen International Sports Co., Ltd. gehouden aandelen in het geplaatste kapitaal van N.V. ADO Den Haag, met ingang van heden ten titel van beheer zijn overgedragen aan mr. J.A. van der Have, wonende te Breda;

bepaalt dat het salaris en de kosten van de voorzitter van de raad van commissarissen en van de beheerder van aandelen ten laste komen van N.V. ADO Den Haag en bepaalt dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de voorzitter van de raad van commissarissen respectievelijk van de beheerder van aandelen zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van hun werkzaamheden;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. In 2014 verkeert NV ADO Den Haag ("ADO") in zwaar weer. Alle gewone aandelen worden verkocht aan United Vansen International Sports Co. Ltd ("UVS"), een Chinees consortium waarin de heer Wang 48,5% van de aandelen houdt. De intentie wordt vastgelegd dat UVS in ADO zou investeren om de club naar een "higher level" te brengen en medio 2015 stellen ADO

en UVS een investeringsplan op basis waarvan UVS € 3,7 miljoen aan ADO ter beschikking zal stellen. Na een jaar lang tegenstrijdige toezeggingen, intrekkingen en tegenstrijdige berichten blijkt dat UVS niet van zins is de investeringsafspraken na te komen.

2. Na een in de pers breed uitgemeten *governance soap* dient ADO op 2 december 2016 een enquêteverzoek in bij de OK op basis van art. 2:346 lid 1 sub d BW. Tevens verzoekt ADO de OK bij wijze van onmiddellijke voorzieningen de door UVS in ADO gehouden aandelen ten titel van beheer aan een derde over te dragen, een onafhankelijke persoon als voorzitter van de raad van commissarissen ("rvc") te benoemen en Wang als voorzitter (doch niet als lid) van de rvc te schorsen. Wij maken hieronder eerst enkele procesrechtelijke opmerkingen en daarna enkele opmerkingen over de besluitvorming in de algemene vergadering van ADO.

3. De oproeping vindt onder meer plaats per post en per e-mail op 2 december en later nog eens per e-mail en per fax op 6 december 2016 (waarbij Engelse vertalingen van de oproepingsbrief en het verzoekschrift zijn bijgevoegd). Zie r.o. 1.3-1.5 voor een compleet overzicht van de oproepingspogingen door de OK. De mondelinge behandeling staat gepland op 15 december 2016 en UVS heeft volgens de oproeping tot uiterlijk 12 december 2016, 13.00 uur de mogelijkheid om een verweerschrift in te dienen. Bij brief van 12 december 2016 verzoekt UVS de OK om de mondelinge behandeling uit te stellen, althans UVS uitstel van de termijn voor indiening van het verweerschrift te verlenen. De OK wijst het verzoek van UVS tot uitstel van de mondelinge behandeling af. De OK stelt bij de afwijzing voorop dat uit een brief van de advocaten van UVS van 12 december 2016 volgt dat UVS de oproeping en het verzoekschrift met producties zoals verzonden op 2 en 6 december 2016 heeft ontvangen (r.o. 3.3). De vraag of de beperkte tijd tussen de oproep en de mondelinge behandeling ertoe heeft geleid dat UVS in enig recht tekort is gedaan, beantwoordt de OK vervolgens ontkennend. Deze beslissing baseert de OK op de volgende omstandigheden: (i) UVS wordt geacht bekend te zijn met het verzoek; (ii) de zaak is spoedeisend; (iii) aan UVS is uitstel verleend voor het indienen van haar verweerschrift en (iv) bij de uitvoerige mondelinge behandeling is niet gebleken dat UVS door de beperkte tijd tussen de oproep en de mondelinge behandeling in serieuze mate is gehinderd in de mogelijkheid verweer te voeren. Gelet op de onderhavige omstandigheden is dit een bevredigende uitkomst.

4. De OK toont coulerie met betrekking tot de termijn voor het indienen van het verweerschrift door UVS uitstel te verlenen tot 14 december 2016, 12.00 uur, de middag voor de mondelinge behandeling. Dat de OK termijnen, althans waar het gaat om het indienen van een tweede faseverzoek, streng handhaaft, is recent gebleken uit de beschikking van 24 maart 2017 waarin het verzoek tot het vaststellen van wanbeleid acht minuten te laat was ingediend en verzoeker derhalve niet-ontvankelijk werd verklaard (Gerechtshof Amsterdam (OK) 24 maart 2017, [ECLI:NL:GHAMS:2017:1106](#)).

5. Dan nu enkele opmerkingen over de besluitvorming binnen ADO. Omwille van de ruimte beperken wij ons tot de bava van 29 november 2016. De rvc bestaat op dat moment uit Wang, Deetman (voorgedragen tijdens de gemeente Den Haag) en Jol (voorgedragen tijdens HFC). Op 11 november 2016 roept de financieel directeur van ADO de aandeelhouders van ADO (zijnde UVS, de houder van alle gewone aandelen, en de gemeente en HFC met ieder één bijzonder aandeel) daartoe op. De agendapunten zijn: vaststelling jaarrekening en benoeming van de heren Toet en Jansma tot commissaris. Op 17 november verzoekt Wang nog enkele punten aan de agenda toe te voegen, waaronder de benoeming van Zhen Li en Baoxian Fei tot bestuurder. Dit punt wordt door het bestuur kennelijk niet aan de agenda toegevoegd.

6. De bava verloopt chaotisch. Namens UVS zijn Wangs zoon Terry en Jianhua Lu aanwezig. Wang zelf is niet aanwezig. Jianhua Lu treedt als voorzitter op (kennelijk door Wang in zijn hoedanigheid van voorzitter van de rvc daartoe aangewezen). UVS geeft onverwacht aan Jansma en Toet niet te willen benoemen, waarop Deetman, Jol, Toet en Jansma de vergadering verlaten. Vervolgens wordt de vaststelling van de jaarrekening met vijf maanden uitgesteld. Dan gebeurt er iets raars: bij de rondvraag aangekomen brengt de voorzitter in stemming de (door Wang bij agenderingsverzoek voorgestelde) benoeming van Zhen Li en Baoxian Fei tot bestuurder, alsmede de benoeming van Wen Zheng en Chuqing Chen tot commissaris. De Gemeente Den Haag en HFC protesteren maar de voorzitter laat de stemming toe, waarop UVS vóór stemt.

7. Een van de vragen die de OK moest beantwoorden was of de benoemingsbesluiten van 29 november 2016 rechtsgeldig zijn genomen. De oproeping tot de bava door de (niet-statutair) directeur was in ieder geval gebrekkig (en daarmee vernietigbaar), want de bevoegdheid daartoe berust bij het bestuur en de rvc. De OK overweegt dat in strijd met de statuten een niet geagendeerde stemming over de benoeming van door UVS aangedragen bestuurders en commissarissen is "doorgedrukt" (r.o. 3.5 onder (c)). De OK concludeert dat er, nu tussen partijen niet (langer) in geschil is dat deze personen niet zijn benoemd, geen reden is tot schorsing "van de desbetreffende (nietige) besluiten" (r.o. 3.20).

8. Bezien wij nu nader wat de gevolgen zijn van de gebreken in de agendering van het voorstel voor benoeming van de twee Chinese bestuurders. Zoals gezegd had Wang per mail aan het bestuur verzocht dit voorstel aan de agenda toe te voegen. Wang deed zijn agenderingsverzoek acht dagen vóór de bava, kennelijk in zijn hoedanigheid van agenderingsgerechtigde aandeelhouder. De statuten bepaalden echter (op grond van de wet) dat een dergelijk verzoek ten minste 60 dagen voor de ava dient te worden gedaan. Maar de oproeping was, conform de statuten en op grond van de wet, 15 dagen vóór de vergadering geschied. Dit is een uit het systeem van de wet voortvloeiende mismatch waarvan een aandeelhouder van nota bene 100% van de gewone aandelen naar onze mening niet de dupe behoeft te worden. Het bestuur had naar onze mening op grond van art. 2:8 BW de door Wang (te laat) verzochte punten alsnog op de agenda dienen te zetten en deze aangepaste agenda naar de twee andere aandeelhouders moeten sturen. UVS kwam dus ter vergadering en constateerde dat het bestuur de voorgestelde benoemingen niet op de agenda had geplaatst. De voorzitter van de vergadering behoort echter de agenda af te werken zoals die door het bestuur is opgesteld. Toen alle door het bestuur geagendeerde besluitvormingspunten waren afgewerkt en de rondvraag overbleef, bracht de voorzitter de voorgestelde benoemingen alsnog in stemming. Dat is in strijd met de heersende opvatting dat over onderwerpen die bij de rondvraag aan de orde worden gesteld, geen besluiten kunnen worden genomen.

9. De OK concludeert zoals gezegd dat de benoemingsbesluiten nietig zijn. De vraag rijst of in de hierboven geschetste feitenconstellatie niet eerder sprake is van een oproepingsgebrek (agendagebrek) in de zin van art. 2:114 lid 2 BW. In dat geval zouden de (conform de toepasselijke besluitvormingseisen) genomen besluiten slechts *vernietigbaar* zijn. Besluiten die vernietigbaar zijn ten gevolge van een oproepingsgebrek, kunnen onaantastbaar worden (het gebrek kan "geheeld" worden) doordat zij worden genomen met algemene stemmen van het hele kapitaal. In casu hebben de gemeente Den Haag en HFC kennelijk tegengestemd, dus de besluiten zijn (als men zou uitgaan van een oproepingsgebrek) vernietigbaar gebleven. *Anders: Dortmund Handboek* p. 398, die kennelijk meent dat als de voor "heling" geldende eis van algemene stemmen niet wordt gehaald, het gevolg is dat het vernietigbare besluit nietig wordt.

10. Wat betreft de niet geagendeerde noch in stemming gebrachte benoeming van Toet en Jansma als commissarissen was, zo valt af te leiden uit r.o. 3.8 van de beschikking, door een der partijen een inventieve redenering bedacht. Kennelijk hadden op een eerdere rvc-vergadering de commissarissen (Wang, Deetman en Jol) unaniem hun goedkeuring gegeven aan deze voorgenomen benoeming. Deze goedkeuring zou in die redenering gekwalificeerd dienen te worden als impliciet unaniem besluit tot benoeming door de algemene vergadering (buiten vergadering, zo wordt toegevoegd), en wel omdat Wang namens UVS en Deetman en Jol namens de gemeente Den Haag resp. HFC optraden. Deze redenering vond de OK – naar onze mening terecht – te kort door de bocht: normaliter werden de gemeente Den Haag en HFC ter vergadering door andere personen vertegenwoordigd, dus de wilsverklaringen van Deetman en Jol in de rvc kunnen niet geacht worden mede als vertegenwoordiger van de aandeelhouders te zijn afgelegd.

11. Vermeldenswaardig is ten slotte dat de OK als onmiddellijke voorziening een tijdelijke voorzitter van de rvc met "met een beslissende stem in de raad van commissarissen (in die zin dat zijn stem in de raad van commissarissen bepalend is)" (r.o. 3.18). De OK verduidelijkt hier wat zij met de term "beslissende stem" bedoelt. Als wij het goed lezen is er sprake van de "doordrukstem"-variant, dat wil zeggen dat de beslissende stem een bepalende stem is, waardoor de door de OK benoemde voorzitter besluiten kan doordrukken en de overige commissarissen buitenspel kan zetten. Een besluit geldt dus als genomen als de OK-commissaris vóór stemt, ongeacht of en hoe de overige commissarissen stemmen.

De OK heeft zo haar lijn van verduidelijking voortgezet. Zie hierover de noot van Duynstee onder Gerechtshof Amsterdam (OK) 15 december 2015, **«JOR» 2016/95**.

12. De OK wijst de meeste verzoeken tot onmiddellijke voorzieningen van ADO toe en gelast een onderzoek. Gezien de voorliggende feiten en de situatie bij ADO kan dat voor niemand een verrassing zijn. Al met al moet gezegd worden dat de OK in deze zaak slagvaardig optreedt en weer eens bewijst dat op zeer korte termijn onmiddellijke voorzieningen kunnen worden verkregen. Zie voor een recent voorbeeld van de snelle en effectieve werkwijze van de OK: de recente TMG-beschikking **ECLI:NL:GHAMS:2017:930** (*Talpa c.s./TMG*) en de Delta Lloyd-beschikking (Gerechtshof Amsterdam (OK) 12 oktober 2016, **«JOR» 2017/90**). Het kan zelfs nog sneller, namelijk indien sprake is van een spoedverzoek. Spoedverzoeken ingediend vóór maandag 12.00 uur kunnen namelijk in aanmerking komen voor behandeling in diezelfde week (zie art. 2.2.3.12 van het Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven).

13. Op 5 januari 2017 is UVS door de voorzieningenrechter veroordeeld tot betaling van circa € 2,5 miljoen (Rb. Den Haag, 5 januari 2017, **ECLI:NL:RBDHA:2017:69**). Op basis van een persbericht op de website van ADO van 27 januari 2017 begrijpen we dat dit bedrag ook ontvangen is door ADO. De door de OK benoemde voorzitter van de rvc blijft desondanks gematigd optimistisch gezien zijn citaat in dat persbericht: "Hoewel het geld nu binnen is, moet er nog veel werk verricht worden op het gebied van toekomstplannen, financiën en governance voordat alle problemen bij ADO Den Haag echt voorbij zijn. Maar mogelijk hebben wij vandaag een eerste belangrijke stap gezet naar een gezonde bedrijfsvoering." To be continued?

mr. D.J.F.F.M. Duynstee en mr. R.G.J. Nowak, advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam, resp. senior advisor bij Clifford Chance te Amsterdam en verbonden aan het Van der Heijden Instituut
