

Onder redactie van:

Prof. mr. dr. B.M.E.M. Schols
Prof. mr. dr. F.W.J.M. Schols
Mr. G.A. Tuinstra
Mr. J.Th.M. Diks
Mr. M.J.P. Schipper
Mr. dr. N.V.C.E. Bauduin
Mr. E.C.E. Schnackers
Prof. mr. dr. J.W.A. Rheinfeld
Mr. dr. G.T.J. Hoff

AdvoTip

Erfrecht voor de advocaat

Afl. 2021-7

14 april 2021

Ondernemingskamer en geschillen over de erfenis (deel III)

Het drieluik over de behandeling van erfrechtelijke geschillen door (de Ondernemingskamer van) het gerechtshof Amsterdam nadert zijn voltooiing. In deel I van het drieluik is de toegang tot het enquêterecht (art. 344 e.v. van Boek 2 BW) aan de orde geweest (*AdvoTip* 2020-12). Gebleken is dat de erfrechtelijke hoofdrolspelers (erfgenamen, executeurs en vereffenaars) gebruik kunnen maken van de bevoegdheid om in voorkomend geval aan de Ondernemingskamer te verzoeken een enquête te gelasten naar het beleid en de gang van zaken binnen een vennootschap indien (certificaten van) aandelen met een zekere omvang in het kapitaal van die vennootschap deel uitmaken van de nalatenschap. In deel II lag de focus in de eerste plaats op de vraag ten aanzien van welke geschillen over erfenissen met aandelenbelangen in een bv of nv het recht van enquête een rechtsingang biedt (*AdvoTip* 2021-1). In de tweede plaats zijn de maatregelen aan bod gekomen die de Ondernemingskamer in de verschillende fasen van de enquêteprocedure zo nodig kan treffen en waar dat toe kan leiden. Aan de hand van enkele beschikkingen van de Ondernemingskamer is op deze thema's ingegaan.

Met het oog op deze twee thema's worden in het laatste deel van het drieluik nog enkele andere beschikkingen van de Ondernemingskamer, te weten (i) de *De Stille Wille*-beschikking, (ii) de *Rabat*-beschikking en (iii) de *SML Lap*-beschikking, onder de loep genomen.

De Stille Wille-beschikking

De Jong sr. is overleden op 11 juli 2010. Hij laat twee erfgenamen achter, zijn zoons Aran en Olaf. Zij zijn elk voor de helft tot de onverdeelde nalatenschap van hun vader gerechtigd. Zij hebben de nalatenschap zuiver aanvaard. Tot de onverdeelde nalatenschap behoren de middels een stichting administratiekantoor gecertificeerde aandelen in J. de Jong Holding bv. De Holding heeft enkele dochtervennootschappen. Binnen deze groep van vennootschappen vindt de exploitatie plaats van recreatiepark De Stille Wille te Oirschot. De dochtervennootschap Beleggingen is eigenaar van de gronden waarop het recreatiepark ligt. Haar voornaamste inkomsten bestaan uit de door de bewoners van het recreatiepark te betalen erfpachtcanons.

De gebroeders De Jong hebben een geschil over de betaling van een aantal facturen door de Holding, die in meerdere of mindere mate betrekking hadden op

privéaangelegenheden van de broers. Met betrekking tot dit geschil is ultimo 2012 door Olaf aan de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken bij de Holding. Tijdens de mondelinge behandeling van het enquêteverzoek is daarover een minnelijke regeling getroffen. Die regeling hield in dat een andere bestuurder, een oom van de broers, bij de Holding zou aantreden. Ook de stichting administratiekantoor zou met nieuwe bestuurders versterkt worden. De getroffen regeling hield verder in dat een accountantsonderzoek zou plaatsvinden naar de administratie van de Holding en haar dochtervennootschappen over de jaren 2010 tot en met 2012, 'in het bijzonder naar de juistheid van alle in rekening gebrachte kosten en gedane onttrekkingen'.

Zoon Aran overlijdt op 17 november 2012 na een moordaanslag, één dag voordat zijn strafzaak zou aanvangen wegens – zo luidt de tenlastelegging althans – leidinggeven aan een drugssmokkelbende. De erfgenamen van Aran zijn: zijn echtgenote en zijn minderjarige kinderen. Zijn erfgenamen hebben de nalatenschap beneficiair aanvaard. De schoonvader van Aran is in het testament als executeur aangewezen. Hij heeft zijn benoeming na het overlijden van zijn schoonzoon aanvaard.

Vervolgens wordt op 22 november 2013 mr. Ruud Dekker – advocaat te Rosmalen – op verzoek van twee schuldeisers van Aran, te weten het Openbaar Ministerie en de Ontvanger van de Belastingdienst, door de rechtbank Oost-Brabant aangesteld als vereffenaar van de nalatenschap (ECLI:NL:RBOBR:2013:CA3940). Deze schuldeisers in de nalatenschap van Aran hebben verzocht om benoeming van een externe vereffenaar ter bescherming van hun positie als schuldeiser (met een ontnemingsvordering van ca. € 41 miljoen onderscheidenlijk een belastingvordering van ca. € 25,7 miljoen). Het gaat – aldus de rechtbank – om een ingewikkelde nalatenschap en verweerders zouden niet geschikt zijn om als vereffenaar op te treden. Verder geldt dat niet kan worden aangenomen dat de goederen van de nalatenschap 'ruimschoots toereikend' zijn om de schulden van de nalatenschap te voldoen, zodat de uitzondering op de vereffeningregel zich hier niet voordoet (vgl. art. 4:202 lid 1 onder a BW).

Op 31 maart 2014 wordt door de vereffenaar een enquêteverzoek ingediend bij de Ondernemingskamer. Aan zijn bevoegdheid een enquêteverzoek in te dienen, wordt in de beschikking van de Ondernemingskamer van 8 mei 2014 (ECLI:NL:GHAMS:2014:1631) – terecht – geen woord te veel gewijd (zie daarvoor ook *AdvoTip* 2020-12).

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer bestaat er gegronde reden te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken bij de Holding en haar dochtervennootschappen. Immers, de eerder getroffen regeling over het doen van onderzoek naar de rechtmatigheid van de in de minnelijke regeling bedoelde kosten en onttrekkingen ten laste van het vermogen van de Holding en haar dochtervennootschappen is niet uitgevoerd. De broers hebben bovendien eerder met zoveel woorden erkend dat zij gelden aan de Holding hebben onttrokken. Ook in deze enquêteprocedure wordt niet betwist dat de Holding facturen heeft betaald voor goederen en diensten die aan hen in privé zijn geleverd. De Ondernemingskamer stelt vast dat onduidelijkheid bestaat over allerlei andere zaken aangaande de administratie, betaling van managementfees en transacties tussen de Holding en de nalatenschap van De Jong sr. Ten slotte oordeelt de Ondernemingskamer dat er onzekerheid bestaat over de identiteit van de aandeelhouder(s) van de Holding en dientengevolge over de vraag of de algemene vergadering rechtsgeldig besluiten heeft genomen. De ene partij stelde dat de stichting administratiekantoor de aandelen in de Holding houdt, terwijl de vereffenaar

van oordeel was dat de aandelen in de onverdeelde nalatenschap van De Jong sr. vielen vanwege gebreken aan de certificering. Die onzekerheid vormt volgens de Ondernemingskamer een gegronde reden om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de Holding.

De Ondernemingskamer beveelt een onderzoek naar de gang van zaken bij de Holding en Beleggingen over de periode vanaf 1 januari 2009. Tevens worden op grond van artikel 2:349a lid 2 BW twee onmiddellijke voorzieningen getroffen, voornamelijk voor de duur van het geding. Ten eerste: de benoeming van een nieuwe bestuurder door de Ondernemingskamer bij de Holding met doorslaggevende stem en met de bepaling dat zonder deze bestuurder de Holding niet vertegenwoordigd kan worden. Ten tweede: de tijdelijke overdracht ten titel van beheer van alle aandelen in het kapitaal van de Holding aan een beheerder. Kort gezegd brengt deze bijzonder rechtsfiguur – ongeacht of het gaat om een onmiddellijke voorziening ex artikel 2:349a BW dan wel om een definitieve voorziening ex artikel 2:356 onder e BW – niet mee dat de aandelen in goederenrechtelijke zin tot het vermogen van de beheerder gaan behoren. Volgens de Ondernemingskamer gaat het om een rechtsfiguur *sui generis*, waaraan geen verdergaande gevolgen zijn verbonden dan noodzakelijk voor het daarmee beoogde doel. Zo oordeelde de Ondernemingskamer in haar beschikking van 30 april 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:1535):

‘Dit betekent dat de voorziening overdracht van aandelen ten titel van beheer bewerkstelligt dat de aan de aandelen verbonden vennootschapsrechtelijke bevoegdheden (waaronder het vergaderrecht en het stemrecht) tijdelijk zijn overgedragen aan de beheerder, maar dat de overige aandeelhoudersrechten (waaronder het recht op dividend, voorkeursrechten en rechten in het kader van de geschillenregeling en de uitkoopprocedure) bij de aandeelhouder blijven. (...) Opmerking verdient nog dat beslag, executie, bezwaring en vervreemding van de aandelen het beheer niet raken. (...) Het voorgaande laat overigens onverlet dat de Ondernemingskamer zo nodig de (vennootschapsrechtelijke) gevolgen van een door haar getroffen voorziening van overdracht van aandelen ten titel van beheer nader kan regelen (met (analoge) toepassing van artikel 2:357 lid 2 BW).’

Naar mag worden aangenomen, heeft het ingrijpen van de Ondernemingskamer ertoe geleid dat de onzakelijke financiële onttrekkingen ten laste van de Holding niet meer konden plaatsvinden en dat vervolgens onderzoek kon worden verricht naar de omvang van de correcties die in de rekening-courantverhoudingen van de broers met de Holding moesten worden aangebracht.

Het onderzoeksverslag van de door de Ondernemingskamer benoemde onderzoeker is op enig moment gedeponereerd bij de griffie van het gerechtshof (art. 2:353 lid 1 BW). Het onderzoeksverslag ligt niet voor eenieder ter inzage. Informatie uit het verslag mag niet met derden gedeeld worden. De voorzitter van de Ondernemingskamer kan echter daartoe een machtiging verlenen wanneer daarvoor goede redenen worden aangevoerd. Uit de beschikking van de voorzitter van de Ondernemingskamer van 29 juni 2016 (ECLI:NL:GHAMS:2016:2488) blijkt dat de vereffenaar ex artikel 2:353 lid 3 BW gemachtigd is om mededelingen uit het onderzoeksverslag te doen aan de erfgenamen van Aran en hun raadslieden, aan de rechter-commissaris in de vereffening van de nalatenschap van Aran en aan de Belastingdienst Eindhoven in de hoedanigheid van schuldeiser van de nalatenschap van Aran, en belast met de inning van de vorderingen van de Belastingdienst op de nalatenschap.

Aangezien door de Ondernemingskamer geen tweedefasebeschikking is geweest waarin op basis van het onderzoeksverslag geoordeeld wordt over wanbeleid van de vennootschap, heeft het er alle schijn van dat met behulp van de resultaten van het onderzoek een schikking tussen alle betrokkenen (erfgenamen van Aran, daarbij vertegenwoordigd door de vereffenaar, en Olaf) en met instemming van de OK-functionarissen (de tijdelijk bestuurder van de Holding en de beheerder van de aandelen) is getroffen. Voorstelbaar leek mij dat deze schikking gegoten zou kunnen zijn in de vorm van ontbinding van de Holding, gevolgd door vereffening van haar vermogen (bijvoorbeeld door verkoop van (bezittingen van) een waardevolle dochtervennootschap), waarbij rekening zou worden gehouden met alle af te wikkelen schuldverhoudingen. Een door mij uitgevoerde check in het handelsregister leert dat een besluit tot ontbinding van J. de Jong Holding bv te Oisterwijk op 29 maart 2017 daadwerkelijk is genomen, en dat de OK-bestuurder per die datum in functie blijkt te zijn getreden als vereffenaar van de ontbonden vennootschap (vgl. art. 2:19 BW). De erfrechtelijke disputen in de nalatenschappen van De Jong sr. en zoon Aran lijken met deze ingreep via het enquêterecht bevredigend te zijn opgelost. Volgens een bericht in *Het Eindhovens Dagblad* van 23 november 2020 is de rust op het vakantiepark daardoor teruggekeerd ('Eindelijk rust voor de Stille Wille: park na jarenlange onduidelijkheid verkocht').

Rabat-beschikking

Het komt voor in de beste families: conflicten met alles en iedereen, waaraan maar geen einde lijkt te komen. Bij beschikking van 18 juli 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:2863) heeft de Ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Rabat Beheer bv. Daaraan ging het volgende vooraf. Rabat is in 1972 opgericht door de vader van de gebroeders De Rooij. Tot zijn overlijden in 2011 werden de aandelen in Rabat gehouden door De Rooij sr., die tevens enig bestuurder was van Rabat. Rabat houdt zich bezig met het verkrijgen, vervreemden, exploiteren en beheren van vastgoed. Na zijn overlijden erven zijn zoons gezamenlijk alle aandelen in het geplaatste kapitaal van Rabat. De nalatenschap blijft vooralsnog onverdeeld. Het bestuur wordt na het overlijden van sr. gevormd door Ergo Management bv (de management-bv van broer Frans) en bv Handelmaatschappij Berg en Dal (waarvan broer Richard de enig aandeelhouder is, en waarover hij samen met zijn echtgenote Anja het bestuur voert). In 2016 bedroeg de WOZ-waarde van het door Rabat gehouden vastgoed ca. € 15,8 miljoen.

Broer Frans dient op 30 maart 2017 een verzoek in bij de Ondernemingskamer om een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken bij Rabat én om Berg en Dal bij wijze van onmiddellijke voorziening voor de duur van het geding te schorsen als bestuurder van Rabat dan wel andere voorzieningen te treffen die de Ondernemingskamer juist acht. Broer Frans stelt daartoe onder meer dat de besluitvorming op bestuurs- en aandeelhoudersniveau zich sinds de zomer van 2016 in een impasse bevindt doordat Berg en Dal de besluitvorming frustreert. De impasse op aandeelhoudersniveau is het gevolg van het feit dat de aandelen tot de onverdeelde nalatenschap behoren, zodat beslissingen over uitoefening van het stemrecht tezamen genomen moeten worden (art. 3:170 lid 2 BW). Kennelijk kwamen de broers er in het bestuur van Rabat samen niet uit, zodat ook daar een impasse bestond. Tevens zou Berg en Dal met haar houding ten opzichte van de voor de bedrijfsvoering van Rabat essentiële dienstverleners – aan wie zij telkens onterechte verwijten en beschuldigingen maakt – de relatie met die dienstverleners doelbewust op het spel zetten. Berg en Dal erkent in haar verweer dat er sprake is van een impasse in de besluitvorming op bestuurs- en aandeelhoudersniveau, die maakt dat er gegronde redenen zijn om aan

een juist beleid te twijfelen, maar zij meent dat de oorzaak daarvan juist bij broer Frans ligt.

Tijdens de zitting bij de Ondernemingskamer zijn tussen partijen afspraken gemaakt, die zijn vastgelegd in een proces-verbaal. Op basis daarvan is het enquêteverzoek met maximaal twee maanden aangehouden door broer Frans. Omdat deze afspraken niet werden nagekomen, heeft broer Frans de Ondernemingskamer alsnog verzocht een beschikking te wijzen op het enquêteverzoek. De Ondernemingskamer overweegt daarover:

‘Zowel in de processtukken als ter terechtzitting hebben partijen bevestigd dat zij weliswaar van mening verschillen over het antwoord op de vraag aan wie het een en ander te wijten is, maar dat zij onderkennen dat de verhoudingen tussen hen sinds de zomer van 2016 tot een patstelling in het bestuur en in de algemene vergadering van aandeelhouders van Rabat hebben geleid en dat op die grond kan worden getwijfeld aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van de vennootschap. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer blijkt uit de gedingstukken en het ter terechtzitting verhandelde genoegzaam dat die conclusie gegrond is. Het wantrouwen tussen de broers staat een normale communicatie tussen hen in de weg en ondermijnt de bestuurbaarheid en bedrijfsvoering van Rabat; zo is de jaarrekening over 2015 nog niet vastgesteld en kan de jaarrekening 2016 niet worden opgemaakt omdat de factuur van de accountant niet wordt betaald. De Ondernemingskamer acht het aannemelijk dat de ontstane patstelling – indien niet spoedig doorbroken – verdere negatieve gevolgen zal hebben voor Rabat.’

en

‘De Ondernemingskamer is van oordeel dat de verhouding tussen Rabats aandeelhouders en bestuurders dusdanig is verstoord dat de organen van Rabat niet meer naar behoren kunnen functioneren. Met het oog op de toestand van Rabat wordt het noodzakelijk geacht om bij wijze van onmiddellijke voorziening een derde als bestuurder van Rabat te benoemen aan wie in het bestuur van Rabat – voor zover nodig in afwijking van de statuten – een beslissende stem toekomt (in die zin dat diens stem binnen het bestuur bepalend is) en die zelfstandig bevoegd is Rabat te vertegenwoordigen en zonder wie Rabat niet vertegenwoordigd kan worden. Voor andere onmiddellijke voorzieningen ziet de Ondernemingskamer in dit stadium (nog) geen aanleiding.’

Bij beschikking wordt mr. Jeroen Princen (advocaat te Rotterdam) benoemd tot derde bestuurder van Rabat. Hij heeft – zoals bepaald door de Ondernemingskamer – een beslissende stem in het bestuur. Zelfs is bepaald dat deze bestuurder bevoegd is Rabat zelfstandig te vertegenwoordigen en dat Rabat zonder mr. Princen niet vertegenwoordigd kan worden. De kosten van de tijdelijk bestuurder komen ten laste van Rabat.

Ondanks deze eerste ingreep bij Rabat door de Ondernemingskamer blijken de verschillen van inzicht tussen de gebroeders De Rooij blijvend onoverbrugbaar. Het is om die reden dat zij wensen over te gaan tot splitsing van Rabat, mede met het oog op de herinvesteringsreserve, maar ook daarover kan geen overeenstemming bereikt worden. Redengevend daarvoor is met name de niet-constructieve en escalerende opstelling van broer Richard en zijn echtgenote. Gebleken is dat de verstandhouding met

mr. Princen inmiddels onwerkbaar is geworden, en dat van enig collegiaal overleg binnen het bestuur van Rabat niet langer sprake is. Dit is volgens de Ondernemingskamer – zelfs in overwegende mate – gelegen in de opstelling van Berg en Dal en broer Richard en in het bijzonder de rol die zijn echtgenote Anja heeft gespeeld. Zo zijn bijna zeshonderd e-mails verzonden, waarvan vele met verwijten, beschuldigingen, aansprakelijkstellingen en aankondigingen van procedures en tuchtklachten. Zij heeft bovendien een strafrechtelijke aangifte tegen mr. Princen gedaan. Besluitvorming binnen de algemene vergadering is daardoor onmogelijk. Over een door mr. Princen verlangde, in de splitsingsakte op te nemen decharge en vrijwaring van hem wordt geen overeenstemming bereikt. Verzuimd is ook door broer Richard en echtgenote Anja om openheid van zaken te verschaffen aan mr. Princen over hun tegenstrijdige belangen door een bod op de aandelen van Rabat door een buitenlandse partij uit te laten brengen, maar daarbij nota bene te verzwijgen dat met die derde reeds afspraken over een terugkoop van de aandelen waren gemaakt.

Tegen deze achtergrond is het goed te begrijpen dat de Ondernemingskamer in een nadere beschikking van 5 augustus 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:2883) op grond van artikel 2:349a lid 2 BW diverse aanvullende, onmiddellijke voorzieningen treft ter versterking van de positie van mr. Princen. Deze onmiddellijke voorzieningen zijn door Rabat verzocht, die daarin vertegenwoordigd zal zijn door mr. Princen. Het gaat hoofdzakelijk om de volgende onmiddellijke voorzieningen, vooralsnog voor de duur van het geding:

- a. schorsing met onmiddellijke ingang van de bestuurders van Rabat;
- b. overdracht ten titel van beheer met onmiddellijke ingang van een derde deel van de door broer Richard en een derde deel van de door broer Frans gehouden aandelen aan een nader aan te wijzen persoon;
- c. bepaling dat de algemene vergadering van Rabat, zo nodig in afwijking van de statuten, alle besluiten bij volstreekte meerderheid kan nemen en zonder dat een quorum is vereist;

Deze drie voorzieningen worden getroffen om alsnog tot de door alle partijen gewenste en noodzakelijke ontvlechting tussen de gebroeders De Rooij te komen, ofwel door verkoop aan de aandeelhouders dan wel aan een derde, ofwel door splitsing. De Ondernemingskamer acht de voorziening om aandelen ten titel van beheer over te dragen proportioneel; na de overdracht ten titel van beheer kunnen de gebroeders De Rooij als aandeelhouders samen ieder besluit (dat behoort tot het domein van de algemene vergadering) nemen en blokkeren indien daarover tussen hen overeenstemming bestaat, en is voor het nemen van een besluit waar een van hen beiden tegen is, vereist dat de ander en de beheerder van de aandelen vóór stemmen. Op deze wijze kan de beheerder – mr. John Jaakke (oud-advocaat te Amsterdam) is daartoe benoemd – als breekijzer fungeren. Worden de broers het niet eens, dan geeft de stem van mr. Jaakke de doorslag.

- d. bepaling dat contacten van de gebroeders De Rooij over de splitsing met mr. Princen en de beheerder uitsluitend plaatsvinden door tussenkomst van een fiscalist of advocaat;

Deze voorziening wordt getroffen op de voet van artikel 2:357 lid 2 BW (welke bepaling de Ondernemingskamer de bevoegdheid biedt om zo nodig de gevolgen van de door

haar getroffen voorzieningen te regelen) teneinde de splitsing een kans op succes te geven. Zakelijke en normale communicatie is daarvoor immers onontbeerlijk.

- e. bepaling dat Rabat de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer van de tijdelijke bestuurder mr. Princen en van de beheerder van de aandelen, ter zake de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling, betaalt en dat dit ook geldt voor de kosten van verweer tegen tuchtklachten of strafrechtelijke aangiften;
- f. bepaling dat de tijdelijke bestuurder mr. Princen een bedrag van tweemaal € 250.000 mag separeren uit Rabat en dat hij dit bedrag in escrow mag plaatsen voor een periode van vijf jaar en drie maanden na de splitsing (te verlengen met een periode van een eventueel lopende procedure en drie maanden) ten behoeve van de redelijke en in redelijkheid te maken kosten van het verweer daartegen door de tijdelijke bestuurder en de beheerder van de aandelen.

Deze voorzieningen worden getroffen omdat broer Richard en echtgenote Anja volgens de Ondernemingskamer 'zonder deugdelijke grond' mr. Princen aansprakelijk hebben gesteld voor uiteenlopende kwesties. Voor mr. Princen was zijn beroepsaansprakelijkheid – nota bene! – niet meer verzekeraar. De Ondernemingskamer doet voor het treffen van deze bijzondere voorziening een beroep op artikel 2:349a lid 2 jo. artikel 2:357 lid 6 BW. Deze laatste bepaling voorziet erin dat financiële rugdekking kan worden verleend aan de door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen (bestuurder, commissaris of beheerder van aandelen) voor het voeren van verweer tegen de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege de onbehoorlijke taakvervulling tijdens de tijdelijke aanstelling. Opvallend is in elk geval dat daarbij aan mr. Princen ook rugdekking geboden wordt voor verweer tegen tuchtklachten, waarbij strikt genomen aansprakelijkheid niet wordt vastgesteld. Om ook de kosten van verweer tegen tuchtklachten ten laste van Rabat te kunnen brengen, brengt de Ondernemingskamer deze voorziening voor zover nodig onder het ruime bereik van artikel 2:357 lid 2 BW, dat de Ondernemingskamer – als gezegd – de ruimte biedt om de gevolgen van de door haar getroffen voorzieningen zo nodig te regelen.

Ook in dit geval is het mogelijk gebleken om met een ingreep via het enquêterecht een oplossing bij Rabat Beheer bv te forceren. In het eerste kwartaal van 2020 heeft bij Rabat Beheer bv een zuivere splitsing plaatsgevonden, waarbij het vermogen van de splitsende rechtspersoon werd verkregen door twee nieuwe verkrijgende rechtspersonen (vgl. art. 2:334a lid 2 BW). Op deze wijze kan ieder weer zijns weegs gaan.

SML Lap-beschikking

Mevrouw Lap was tot haar overlijden op 13 mei 2002 enig aandeelhouder van SML Lap bv. De aandelen in SML Lap bv maakten geen deel uit van de huwelijksgemeenschap. Erflaater heeft in haar testament haar dochters Myrthe en Maruscha tezamen en voor gelijke delen benoemd tot erfgenaam van haar nalatenschap. Aan haar echtgenoot en vader van Myrthe en Maruscha is het vruchtgebruik van haar gehele nalatenschap gelegateerd. In mei 2004 is bij notariële akte het vruchtgebruik van de aandelen in SML Lap bv aan de langstlevende afgegeven. Daarbij is niet ook het stemrecht op de aandelen aan de vruchtgebruiker overdragen, omdat Myrthe zich daartegen verzet heeft en haar vader zich daarbij heeft neergelegd. SML Lap bv heeft twee dochtervennootschappen (hierna: de Groep). Deze vennootschappen leggen zich toe op beheer en verhuur van onroerend goed in Amsterdam.

Myrthe dient op 10 september 2018 een verzoek in bij de Ondernemingskamer om een onderzoek te bevelen naar de Groep over de periode vanaf 2002. Daarbij heeft zij tevens verzocht haar vader te schorsen als bestuurder en een derde persoon te benoemen met doorslaggevende stem (voor het geval haar vader niet zou worden geschorst) en op één na alle aandelen van haar zuster Maruscha over te dragen aan een door de Ondernemingskamer te benoemen beheerder.

Aan haar enquêteverzoek legt Myrthe het volgende ten grondslag. Ten eerste: haar vader heeft zich gedragen alsof het vermogen van de vennootschappen zijn eigen vermogen is, dat hij naar believen kan benutten. Rekening-courantverhoudingen zijn met hem ontstaan, die alleen maar verder oplopen. Aanzienlijke geldleningen zijn door vader in privé opgenomen, waarvoor geen zekerheid is bedongen. Zonder zekerheid zijn er ook leningen aan derden verstrekt. Voor al deze handelingen is geen toestemming gevraagd aan de algemene vergadering. Ten tweede: *corporate opportunities* van de vennootschap zijn ten eigen bate door vader benut, terwijl die aan de vennootschap zouden moeten toekomen. Ten derde: sinds 2002 vinden er geen algemene vergaderingen plaats, worden jaarrekeningen niet vastgesteld en wordt anderszins door het bestuur geen rekening en verantwoording afgelegd aan de aandeelhouders. Bovendien is er een patstelling in de algemene vergadering, die de continuïteit van de onderneming in gevaar brengt. Immers, beide zussen hebben elk 50% van het stemrecht in SML Lap bv. Een patstelling in de algemene vergadering is dan een gegeven.

In haar beschikking van 19 februari 2019 (ECLI:NL:GHAMS:2019:646) beveelt de Ondernemingskamer een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij de Groep over de periode vanaf 2006. Nagenoeg een-op-een worden de bezwaren van Myrthe door de Ondernemingskamer overgenomen. Zo overweegt de Ondernemingskamer onder meer:

‘Bij het aangaan van de rekening-courant verhoudingen en de geldleningen met zichzelf in privé en het overeenkomen van de leningsvoorwaarden had Görtzen een persoonlijk, met dat van SML Lap BV tegenstrijdig belang. Dat Görtzen een deel van de geleende gelden heeft aangewend voor de aankoop en het onderhoud van onroerende zaken die aan Myrthe en Maruscha in privé toebehoren, doet daaraan niet af. Niet is gebleken dat Görtzen oog heeft gehad voor de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang en daarmee samenhangende wettelijke verplichtingen. Ook is blijkens de statuten (...) toestemming van de aandeelhoudersvergadering vereist voor bestuursbesluiten strekkende tot het verkrijgen en vervreemden van onroerende zaken en tot het uitlenen van gelden. Görtzen was uit dien hoofde gehouden de aandeelhouders om toestemming te vragen voor het kopen en verkopen van onroerende zaken van SML Lap BV en het uitlenen van geld door SML Lap BV. Hij heeft dit niet gedaan. Görtzen heeft zich erop beroepen dat partijen informeel met elkaar om gingen, maar ook anderszins is niet gebleken van enige afstemming of overleg door hem met zowel Myrthe als Maruscha als bloot-eigenaren van de aandelen. Görtzen heeft vanaf zijn aantreden als bestuurder in 2002 überhaupt nooit een aandeelhoudersvergadering bijeengeroepen, ook niet nadat Myrthe in de loop der tijd vragen heeft gesteld over het beheer van het vermogen van SML Lap c.s. Het door Görtzen c.s. genoemde argument dat de familieverhoudingen leidden tot een informele werkwijze, was in elk geval vanaf dat moment niet meer redengevend. Dat Myrthe in die periode niet heeft verzocht om het bijeenroepen van een aandeelhoudersvergadering noch daartoe zelf is overgegaan, maakt dit niet anders. In ieder geval had Görtzen zich bij de verkoop van het appartementsrecht

aan de Keizersgracht 298A (indexnummer 2) en het aangaan van de lening ten behoeve van de aanschaf van het woonhuis aan de Durgerdammerdijk dienen te realiseren dat hij zich tot de algemene vergadering van aandeelhouders had moeten wenden.

Vaststelling van de jaarrekeningen van SML Lap c.s. heeft vanwege het sinds 2002 niet houden van aandeelhoudersvergaderingen evenmin plaatsgevonden. Aangezien de jaarrekening van SML Lap BV over 2014 niet is vastgesteld, kon er evenmin een besluit door de aandeelhoudersvergadering over de bestemming van de daarbij bepaalde winst over dat jaar worden genomen. Aan de dividenduitkering van € 40.000 ligt derhalve geen besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders ten grondslag.'

Het financieel wanbeheer leidt tot schorsing van vader als bestuurder en benoeming van een nieuwe bestuurder, mr. John Molenaar (advocaat te Amsterdam). Om een einde te maken aan de patstelling in de algemene vergadering worden de aandelen van beide zusters in het kapitaal van SML Lap bv ten titel van beheer overgedragen aan een beheerder. In de woorden van de Ondernemingskamer:

'Voorts is gebleken dat de verhouding tussen Myrthe en Maruscha dusdanig is verstoord, dat gezien hun gelijkgerechtigdheid met betrekking tot de aandelen, naar verwachting geen besluitvorming door de aandeelhoudersvergadering van SML Lap BV mogelijk is, waardoor dit orgaan niet naar behoren zal kunnen functioneren. Daarbij geldt tevens dat SML Lap BV, ook gelet op het feit dat het hier om een diepgaand familieconflict gaat, gebaat is bij rust in de algemene vergadering van aandeelhouders. Dit noopt ertoe dat de aandelen in SML Lap BV van Myrthe en Maruscha ten titel van beheer aan een door de Ondernemingskamer te benoemen beheerder zullen worden overgedragen.'

Mij is (nog) niet bekend hoe het verdere verloop van dit geschil is geweest.

Conclusie

Het drieluik levert – samengevat weergegeven – het volgende beeld op. Het enquêterecht blijkt voor de erfrechtelijke spelers (erfgenamen, executeurs en vereffenaars) een reële mogelijkheid te bieden om bepaalde geschillen over de erfenis voor te leggen aan de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam. In ruime mate wordt aan deze spelers toegang tot het enquêterecht geboden (art. 2:346 BW). De Ondernemingskamer kan een onderzoek bevelen naar het beleid en de gang van zaken binnen een vennootschap indien (certificaten van) aandelen met een zekere omvang in het kapitaal van een bv of nv deel uitmaken van de nalatenschap. De Ondernemingskamer wijst het verzoek slechts toe wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen (art. 2:350 BW). Ook kunnen zo nodig onmiddellijke voorzieningen worden getroffen indien dat in verband met de toestand van de vennootschap of het belang van het onderzoek vereist is (art. 2:349a lid 2 BW). De door mij behandelde beschikkingen van de Ondernemingskamer laten een grote variëteit aan te treffen maatregelen zien.

Het zwaartepunt van de enquêteprocedure is gelegen in het onderzoek, waarvan de uitvoering met de nodige waarborgen is omkleed. Een raadsheer-commissaris houdt – in zekere zin – toezicht op de uitvoering van het onderzoek. De vennootschap betaalt de kosten van het onderzoek. Indien uit het onderzoeksverslag van wanbeleid is gebleken, kan de Ondernemingskamer op verzoek definitieve voorzieningen treffen (art. 2:355 en 2:356 BW).

De enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer wordt wel omschreven als een drietrapsraket. De eerste trap ziet op het kenbaar maken van de *bezwaren* tegen het beleid of de gang van zaken aan de vennootschap. De tweede trap bestaat uit het toewijzen van het enquêteverzoek waarvan het toetsingskader *de gegronde redenen om aan een juist beleid of een juiste gang van zaken te twifelen* is. De derde trap omvat ten slotte het verzoek tot het vaststellen van *wanbeleid* nadat het onderzoeksverslag is gedeponereerd. Duidelijk is dat bij iedere trap een zwaardere toetsingsnorm wordt gehanteerd.

Uit de in het drieluik in extenso weergegeven beschikkingen van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad is gebleken dat de erfrechtelijke spelers met behulp van het enquêterecht onder meer (i) kunnen opkomen tegen allerlei vormen van financieel wanbeheer en ontoelaatbare belangenverstrengeling binnen de vennootschap (waarbij de wettelijke of statutaire regeling voor de omgang met een tegenstrijdig belang vaak een belangrijke rol speelt), (ii) door middel van het onderzoek openheid van zaken kunnen verkrijgen over de wijze waarop de vennootschap is of wordt beheerd en (iii) aan een patstelling in het bestuur of de algemene vergadering een einde kunnen maken. De Ondernemingskamer blijkt op een creatieve wijze om te gaan met de mogelijkheid om (onmiddellijke) voorzieningen te treffen in de verschillende fasen van de enquêteprocedure om daarmee een halt toe te kunnen roepen aan financieel wanbeheer of zelfs een doorbraak naar een oplossing voor het geschil te forceren.

Tot de volgende keer!

Mr. dr. G.T.J. Hoff
Hoff Advocaten



ScholsBurgerhartSchols

www.scholsburgerhartschols.nl

Boomjuridisch

Postbus 85576
2508 CG Den Haag

T (070) 330 70 33
E info@boomjuridisch.nl
I www.boomjuridisch.nl