

ne lotsverbondenheid, die afneemt naarmate partijen langer uit elkaar zijn. Dit geldt ook indien partijen nog niet gescheiden zijn maar feitelijk al lange tijd uit elkaar zijn, aldus r.o. 7 van het arrest van het Hof Den Haag van 22 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:892. Voorts overweegt de rechtbank, zo lijkt uit r.o. 5.12 te kunnen worden opgemaakt, dat de vrouw, naast de tussen partijen bestaande afspraak dat de man geen alimentatie zou betalen, haar behoefte en behoeftigheid onvoldoende heeft onderbouwd. Dat de vrouw evenmin zeker is omtrent haar behoefte en behoeftigheid blijkt wellicht ook uit het gegeven dat zij in tweede aanleg haar verzoek aanvult en het aan het hof overlaat om in goede justitie een bijdrage vast te stellen (zie r.o. 4.2). Hoewel hier niet aan de orde, had zijdens de man ook een beroep op het verbleken van de behoefte kunnen worden gedaan, nu er niet alleen sprake was van een enkel tijdsverloop van tien jaar, maar ook van de bijzondere omstandigheid dat de vrouw afzag van alimentatie mede omdat zij zelf aangaf op termijn in haar eigen levensonderhoud te kunnen voorzien (zie r.o. 3.3). Verwezen wordt voor wat betreft het verbleken van de behoefte en lotsverbondenheid naar de conclusie van de procureur-generaal van 12 januari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:41, r.o. 2.6 e.v. en het arrest van de Hoge Raad van 9 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:313.

20. Het hof laat de beslissing van de rechtbank, zij het deels op andere gronden, in stand en verwerpt de tweede grief van de vrouw. Daar waar de rechtbank de nadruk lijkt te leggen op het gebrek aan lotsverbondenheid overweegt het hof dat de geldigheid van het convenant door de vrouw wordt miskend. Daarbij verwijst het hof, evenals de rechtbank, naar het nihilbeding dat tussen partijen werd overeengekomen met de overweging dat er door de vrouw geen omstandigheden waren gesteld die de rechter ertoe noopten om dit te wijzigen of in te trekken (zie r.o. 5.13). Hoewel het voor de beslissing van het hof op dit onderdeel niet uitmaakt, wordt in r.o. 3.3 echter melding gemaakt van een beding van niet-wijziging hetgeen m.i. anders is dan een nihilbeding. Bij een beding van niet-wijziging wordt ingevolge art. 1:159 lid 1 BW, en anders dan bij een nihilbeding op grond van art. 1:401 lid 1 BW, bedongen dat zij niet bij rechterlijke uitspraak zal kunnen worden gewijzigd op grond van een wijziging van omstandigheden.

21. Tot slot is er de kwestie van een mogelijke beroepsfout en eventueel hieruit voortvloeiende schadelijke gevolgen doordat de advocaat⁷ mogelijk toerekenbaar is tekortgeschoten in de uitvoering van de overeenkomst van opdracht die waarschijnlijk mede inhield het tijdig laten inschrijven van de echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand. Onder dat laatste dient m.i. ook te worden verstaan het houden van toezicht op het laten inschrijven van de echtscheidingsbeschikking door de ambtenaar in de registers van de burgerlijke stand. Dat het niet per definitie een ommissie is, blijkt onder meer uit r.o. 4.9-4.11 van de uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 18 februari 2015 (ECLI:NL:RBGEL:2015:2081) waarin werd overwogen dat het inschrijven van een echtscheidingsbeschikking in de Italiaanse registers van de burgerlijke stand niet werd beschouwd als een beroepsfout nu dit niet nodig was voor de totstandkoming van de echtscheiding. De door de rechtbank in eerste aanleg vastgestelde wijze van verdeling lijkt de gevolgen te beperken, nu dit aansluit bij de bedoelingen en wensen van

partijen c.q. in ieder geval die van de man die nota bene in tweede aanleg niet als partij aanwezig is maar toch 'scoort'. Het in stand blijven van het huwelijk tussen partijen kan, voor zover van toepassing, ook gevolgen hebben voor het recht op pensioenverevening nu, ingevolge art. 1:155 BW, dit zich uitstrekt over de pensioenaanspraken voor zover die tijdens het huwelijk zijn opgebouwd in casu van 1998 tot 22 juli 2016. Echter onder omstandigheden kunnen de redelijkheid en billijkheid aan pensioenverevening in de weg staan. In onderhavige kwestie zou dit betrekking hebben op de periode dat partijen ten onrechte in de veronderstelling verkeerden dat zij van elkaar waren gescheiden tot aan het moment dat het huwelijk daadwerkelijk werd ontbonden namelijk: van 8 november 2006 tot en met 22 juli 2016.

mr. F.R. Menso
Advocatenkantoor Appelman

Ondernemingsrecht

7

Onderzoek bevolen omdat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en juiste gang van zaken te twifelen. Noodzaak tot benoeming van een tijdelijk bestuurder

Gerechtshof Amsterdam
30 september 2019, nr. 200.263.902/01 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2019:3596
(mr. Makkink, mr. Tillema, mr. Meijer, dr. Verboom, drs. Smits-Nusteling RC)
Noot mr. S.H.A.M. Hendrix en mr. R.J.W. Analbers

Ondernemingskamer. Enquête. Gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid of juiste gang van zaken. Onderzoek bevolen. Aanwijzing onderzoeker aangehouden. Onmiddellijke voorziening getroffen: benoeming en aanwijzing tijdelijk bestuurder.

[BW art. 2:350, 2:350 lid 4]

Essentie: De Ondernemingskamer oordeelt dat er gegronde redenen zijn om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken en beveelt een onderzoek.

Samenvatting: Hoewel [A] en [D] van mening verschillen over het antwoord op de vraag aan wie het een en ander te wijten is, blijkt uit hun in 1.6 bedoelde berichten aan de Ondernemingskamer dat tussen partijen niet in geschil is dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van [B] en [C] te twifelen en dat de toestand van die vennootschappen noopt tot de benoeming van een tijdelijk bestuurder. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer is deze conclusie gerechtvaardigd nu uit de gedingstukken en het verhandelde ter zitting naar voren komt dat reeds geruime tijd sprake is van een ernstig verstoorde verhouding tussen [F] en [G] die er in ieder geval toe leidt dat de besturen van [B] en [C] niet naar behoren functioneren. De broers zijn niet (meer) in staat hun meningsverschillen ter zijde te stellen. Zij maken elkaar over en weer verwijten en over-

7 Onder verwijzing naar het credo: heden ik, morgen gij.

leg over een gezamenlijk te voeren beleid is nauwelijks mogelijk; inmiddels lijken zij feitelijk ieder een deel van de onderneming te drijven, zonder inzicht in elkaars handelen. Ook op aandeelhoudersniveau ([A] en [D]) zijn gezamenlijk bevoegde bestuurders van Stak is sprake van een impasse. Gebleken is voorts dat de verstoorde verhouding tussen de broers de kredietrelatie met Rabobank ernstig onder druk heeft gezet en dat de continuïteit van [B] en [C] daardoor in gevaar kan komen. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer levert dit reeds gegronde redenen op om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van [B] en [C], die een onderzoek rechtvaardigen. Zij zal een onderzoek bevelen zoals hierna te vermelden. De aanvang van de onderzoeksperiode zal worden bepaald op 25 maart 2016 (de datum van oprichting) conform verzoek. [D] heeft een kortere onderzoeksperiode bepleit, maar gebleken is dat de gegronde redenen voor twijfel zich al vanaf de oprichting, althans kort daarna, hebben voorgedaan. Voor zover [D] met haar verzoek bij pleidooi heeft beoogd het onderzoek te doen uitstrekken tot [D] en [A] als zelfstandige onderzoeksobjecten, is dit niet voor toewijzing vatbaar; waar het gaat om het functioneren van [D] en [A] als organen van [B] en [C], zal dit deel uitmaken van het onderzoek.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [A],
gevestigd te [...],
verzoekster,

advocaten: mr. N.P.F.E. van der Peet en mr. S.S. Vijn, kantoorhoudende te Maastricht,
tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [B],
gevestigd te [...],

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [C],
gevestigd te [...],
verweersters,

advocaat: mr. M.A. Vles, kantoorhoudende te Weert,
en tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [D],
gevestigd te [...],
belanghebbende,
advocaat: mr. J.G.M. Stassen, kantoorhoudende te Enschede.

1. Het verloop van het geding

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

- verzoekster met [A];
- verweersters met [B] respectievelijk [C];
- belanghebbende met [D];
- [E];
- [F] met [F];
- [G] met [G].

1.2. [A] heeft bij op 6 augustus 2019 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad, een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van [B] en [C] over de periode vanaf 25 maart 2016. Daarbij heeft zij tevens verzocht – zakelijk weergegeven – bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding

a. een derde persoon te benoemen tot zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder met beslissende stem van [B] en [C], die het mede tot zijn taak mag rekenen om de onderneming te splitsen of op andere wijze te dematerialiseren en te bepalen dat daarvoor geen goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders nodig is;

b. [D] en [A] de bevoegdheid te ontnemen om [B] te vertegenwoordigen dan wel hen te schorsen als bestuurders van [B];

c. enige andere in goede justitie te bepalen onmiddellijke voorziening te treffen,

met veroordeling van [B] en [C] in de kosten van het geding.

1.3. [B] en [C] hebben zich bij op 3 september 2019 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verweerschrift met producties gerefeerd aan het oordeel van de Ondernemingskamer over het verzoek van [A]. In zijn begeleidende brief heeft mr. Vles kenbaar gemaakt af te zien van spreekijd tijdens de mondelinge behandeling.

1.4. [A] heeft bij e-mail aan de Ondernemingskamer van 4 september 2019 bezwaar gemaakt tegen toelating van het door [B] en [C] ingediende verweerschrift. Kort gezegd stelt zij zich op het standpunt dat mr. Vles rechtens geen opdracht heeft om namens [B] en [C] te handelen en dat het verweerschrift buiten de daarvoor geldende termijn is ingediend.

1.5. Het verzoek is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 5 september 2019. Na aanvang van de mondelinge behandeling heeft de Ondernemingskamer beslist dat het op 3 september 2019 door [B] en [C] ingediende verweerschrift wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing wordt gelaten nu de termijn voor indiening daarvan reeds op 22 augustus 2019 was verstreken en de wederpartijen door de late indiening onvoldoende in de gelegenheid zijn geweest om dit verweerschrift in hun argumentatie te verwerken. Desgevraagd door de voorzitter van de Ondernemingskamer heeft mr. Vles (nogmaals) kenbaar gemaakt af te zien van de mogelijkheid om namens [B] en [C] het woord te voeren. Daarop heeft hij de zitting verlaten. Vervolgens hebben eerst mr. Stassen en vervolgens mr. H.A. Aertssen, kantoorgenoot van mrs. Van der Peet en Vijn, de standpunten van [D] respectievelijk [A] (nader) toegelicht aan de hand van – aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde – aantekeningen en onder overlegging van op voorhand aan de Ondernemingskamer en de wederpartijen gezonden nadere producties. [D] heeft daarbij primair geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid van [A] in haar verzoek althans afwijzing van het verzoek; subsidiair heeft zij verzocht het onderzoek uit te breiden tot [D] en [A] en het tijdvak van een te bevelen onderzoek te laten aanvangen op 1 januari 2018, alsmede, zowel primair als subsidiair, [A] te veroordelen in de kosten van het geding. Namens [A] en [D] zijn vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt. Aan het slot van de mondelinge behandeling hebben [A] en [D] de Ondernemingskamer verzocht de zaak ten minste tot 13 september 2019 aan te houden met het oog op een door hen te ondernemen poging om in onderling overleg een derde persoon te benoemen tot bestuurder van [B] en [C].

1.6. Bij e-mailberichten aan de Ondernemingskamer van 13 en 14 september 2019 hebben mr. Aertssen respectievelijk mr. Stassen namens hun cliënten laten weten dat het niet is gelukt om in onderling overleg een bestuurder te benoemen. Mr. Aertssen heeft laten weten dat partijen het er wel over eens zijn dat wenselijk is dat de Ondernemingskamer een tijdelijke bestuurder benoemt, waarbij die overeenstemming niet ziet op de zinsnede ‘waarbij de bestuurder geen goedkeu-

ring van de algemene vergadering behoeft' en hij heeft de Ondernemingskamer verzocht met inachtneming van het vorenstaande alsnog te beslissen op het verzoek van [A]. Mr. Stassen heeft eveneens bericht dat partijen in overleg hebben besloten de Ondernemingskamer te verzoeken bij wijze van onmiddellijke voorziening een derde persoon te benoemen tot bestuurder van [B] en [C] en zij heeft zich aangesloten bij de opmerking van mr. Aertssen over de hiervoor vermelde zinsnede.

2. De feiten

De Ondernemingskamer gaat uit van de volgende feiten:

2.1. [B] en [C] drijven gezamenlijk een onderneming die zich bezighoudt met het telen van blauwe bessen en asperges op velden gelegen in de Limburgse plaatsen Haelen en Grathem. [B] is enig bestuurder en enig aandeelhouder van [C].

2.2. Alle aandelen in [B] worden gehouden door Stak. [A] en [D] houden elk 50% van de door Stak uitgegeven certificaten van aandelen in [B]. Samen vormen zij tevens het (gezamenlijk bevoegde) bestuur van Stak.

2.3. [F] is enig bestuurder en enig aandeelhouder van [A]; [G] is enig bestuurder en enig aandeelhouder van [D]. [F] en [G] zijn broers.

2.4. De onderneming, gestart door de ouders van [F] en [G], richtte zich aanvankelijk op veeteelt en het telen van diverse akkerbouwproducten en werd toen gedreven in de vorm van een maatschap. [F] is in 1990 tot die maatschap toegetreden en [G] in 1998, gelijktijdig met het uittreden van de ouders. Na de oprichting van [A], [D], [B] en [C] op 25 maart 2016 en de oprichting van Stak op 19 augustus 2016 is de onderneming voortgezet binnen de structuur zoals hiervoor beschreven.

2.5. Omdat de samenwerking tussen [F] en [G] niet goed verloopt hebben zij al geruime tijd het voornemen om [B] c.q. [C] dan wel de onderneming te splitsen en ieder met een zelfstandige onderneming verder te gaan. Vooruitlopend op een splitsing zijn enerzijds opgericht [F] [B] en [C] Grathem B.V. en anderzijds [G] [B] en Criens Blauwe Bessen B.V. Ondanks vele pogingen daartoe is over de voorwaarden van een splitsing vooralsnog geen overeenstemming bereikt.

2.6. Op 4 juli 2019 heeft in het bijzijn van advocaten een bestuursvergadering van [B] en [C] plaatsgevonden, waarop in ieder geval is besloten dat in het belang van de onderneming op zoek zal worden gegaan naar een derde bestuurder. Ten tijde van de mondelinge behandeling was aan dit besluit nog geen uitvoering gegeven.

2.7. Op verzoek van [B] en [C] heeft Rabobank bij brief van 3 juli 2019 een aanbod gedaan tot het verstrekken van een seizoenskrediet voor 2019. De bank heeft zich in die brief bereid verklaard om, onder nader omschreven voorwaarden, een aanvullend krediet te verstrekken van € 300.000,=. In de brief staat onder meer het volgende: 'Met het oog op de splitsing en de toegenomen spanningen tussen de heren Criens wil de bank deze tijdelijke kredietuitbreiding ook zo beperkt mogelijk houden. Er is immers sprake van een onwerkbaar situatie tussen de ondernemers. De heren Criens blijven elkaar over en weer verwijten maken over genomen besluiten of gedragingen. Van normaal dagelijks overleg is geen sprake meer. Hierdoor is het risico voor de bank toegenomen. (...) Ook verloopt informatievoorziening aan de bank moeizaam. Informatie wordt niet tijdig en volledig aangeleverd. Zo ontvangt de bank informatie die door de 2 afzonderlijke adviseurs is samengesteld en samengevoegd en niet gevalideerd is door de accountant. (...) Verder heeft de bank zich onder

meer het recht voorbehouden om de aanvraag voor een seizoenskrediet voor 2020 niet in behandeling te nemen indien voor 1 januari 2020 geen, de bank conveniërende, overeenstemming is bereikt over een splitsing of indien bij die aanvraag geen sprake is van volledige, door een accountant gevalideerde informatievoorziening.

2.8. Op 5 juli 2019 hebben [B] en [C] het aanbod van Rabobank voor een seizoenskrediet voor 2019 aanvaard door ondertekening van de financieringsovereenkomst.

3. De gronden van de beslissing

3.1. Hoewel [A] en [D] van mening verschillen over het antwoord op de vraag aan wie het een en ander te wijten is, blijkt uit hun in 1.6 bedoelde berichten aan de Ondernemingskamer dat tussen partijen niet in geschil is dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en juiste gang van zaken van [B] en [C] te twijfelen en dat de toestand van die vennootschappen noopt tot de benoeming van een tijdelijk bestuurder. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer is deze conclusie gerechtvaardigd nu uit de gedingstukken en het verhandelde ter zitting naar voren komt dat reeds geruime tijd sprake is van een ernstig verstoorde verhouding tussen [F] en [G] die er in ieder geval toe leidt dat de besturen van [B] en [C] niet naar behoren functioneren. De broers zijn niet (meer) in staat hun meningsverschillen ter zijde te stellen. Zij maken elkaar over en weer verwijten en overleg over een gezamenlijk te voeren beleid is nauwelijks mogelijk; inmiddels lijken zij feitelijk ieder een deel van de onderneming te drijven, zonder inzicht in elkaars handelen. Ook op aandeelhoudersniveau ([A] en [D] zijn gezamenlijk bevoegde bestuurders van Stak) is sprake van een impasse. Gebleken is voorts dat de verstoorde verhouding tussen de broers de kredietrelatie met Rabobank ernstig onder druk heeft gezet en dat de continuïteit van [B] en [C] daardoor in gevaar kan komen. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer levert dit reeds gegronde redenen op om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van [B] en [C], die een onderzoek rechtvaardigen. Zij zal een onderzoek bevelen zoals hierna te vermelden. De aanvang van de onderzoeksperiode zal worden bepaald op 25 maart 2016 (de datum van oprichting) conform verzoek. [D] heeft een kortere onderzoeksperiode bepleit, maar gebleken is dat de gegronde redenen voor twijfel zich al vanaf de oprichting althans kort daarna hebben voorgedaan. Voor zover [D] met haar verzoek bij pleidooi heeft beoogd het onderzoek te doen uitstrekken tot [D] en [A] als zelfstandige onderzoeksobjecten, is dit niet voor toewijzing vatbaar; waar het gaat om het functioneren van [D] en [A] als organen van [B] en [C], zal dit deel uitmaken van het onderzoek.

3.2. Ter zitting hebben [A] en [D] vooruitlopend op een mogelijke benoeming van een tijdelijk bestuurder door de Ondernemingskamer reeds toegezegd dat zij zullen zorgdragen voor voldoening van en zekerheidstelling voor de kosten van een door de Ondernemingskamer te benoemen bestuurder en zij hebben op voorhand verklaard dat zij zich zullen onthouden van aansprakelijkheidstellingen van deze bestuurder ter zake van de vervulling van zijn taak. Voorts hebben zij, althans hebben [F] en [G], toegezegd desverzoekt een te benoemen bestuurder alle informatie te verstrekken die relevant is voor de uitoefening van zijn taak, ook indien die informatie dient te komen uit (de administratie van) hun persoonlijke vennootschappen.

3.3. Gelet op het voorgaande zal de Ondernemingskamer een nader aan te wijzen persoon benoemen – voor zover nodig in afwijking van de statuten – tot zelfstandig vertegenwoordi-

gingsbevoegd bestuurder van [B] met beslissende stem naast [A] en [D] en bepalen dat zonder deze bestuurder [B] niet vertegenwoordigd kan worden. De te benoemen bestuurder mag het tot zijn taak rekenen een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven.

3.4. Voor het treffen van andere onmiddellijke voorzieningen ziet de Ondernemingskamer voornamelijk geen aanleiding. Daarbij neemt zij mede in aanmerking dat ieder der partijen of de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder, al dan niet met oog op een splitsing van de onderneming, op elk moment de Ondernemingskamer kan vragen een (of meer) aanvullende onmiddellijke voorziening(en) te treffen.

3.5. De Ondernemingskamer zal de kosten van het onderzoek ten laste brengen van [B] en [C]. De kosten van de te benoemen bestuurder zal zij ten laste brengen van [B].

3.6. De Ondernemingskamer zal de aanwijzing van een onderzoeker voornamelijk aanhouden opdat kan worden bezien of reeds door de te treffen onmiddellijke voorziening een oplossing van het geschil kan worden bereikt. Ieder der partijen of de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder kan op elk moment de Ondernemingskamer verzoeken de onderzoeker aan te wijzen.

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

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van [B] en [C] over de periode vanaf 25 maart 2016; benoemt een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon teneinde het onderzoek te verrichten; stelt het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten vast op € 25.000,-, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen;

bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van [B] en [C] en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoeker voor de aanvang van diens werkzaamheden zekerheid dient te stellen;

benoemt mr. C.C. Meijer tot raadsheer-commissaris, zoals bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW;

benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening met onmiddellijke ingang en voornamelijk voor de duur van het geding – voor zover nodig in afwijking van de statuten – mr. drs. F.P.G. Dix te Best tot bestuurder van [B] met beslissende stem en bepaalt dat deze bestuurder zelfstandig bevoegd is [B] te vertegenwoordigen en dat zonder deze bestuurder [B] niet vertegenwoordigd kan worden;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze bestuurder ten laste komen van [B] en bepaalt dat [B] voor de betaling daarvan ten genoegen van de bestuurder zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van diens werkzaamheden;

compenseert de kosten van het geding tussen de verschenen partijen aldus dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad; wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

NOOT

Op het eerste oog lijkt deze casus slechts een klassiek voorbeeld van een impasse die de continuïteit van de onderneming in gevaar brengt, waardoor sprake is van een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen (zie voor een uitge-

breid overzicht van de jurisprudentie: B. Winters, Commentaar op Burgerlijk Wetboek bij artikel 2:350 BW) en de Ondernemingskamer (OK) overgaat tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. De verzoekster had echter ook een bijzonder verzoek gedaan door de OK te vragen een tijdelijk bestuurder te benoemen die het tot zijn taak mocht rekenen om – kort gezegd – de onderneming te splitsen. De OK gaat hier niet in mee, maar lijkt in deze beschikking de mogelijkheid open te houden voor het treffen van nadere onmiddellijke voorzieningen met het oog op een eventuele splitsing. De vraag is echter of een splitsing via onmiddellijke voorzieningen afgedwongen zou kunnen worden.

B en C drijven gezamenlijk een onderneming. De ondernemingsactiviteit is het telen van blauwe bessen en asperges. B is enig aandeelhouder en bestuurder van C. Het bestuur van B wordt gevormd door D en A. Enig aandeelhouder van B is Stak. De aandelen in B zijn gecertificeerd. D en A houden ieder 50% van die certificaten. Zij vormen samen het bestuur van Stak.

Sinds de oprichting van B en C in 2016, verloopt de samenwerking tussen de broers (via hun vennootschappen) stroef. De spanningen zijn opgelopen tot een punt waarop dagelijks overleg niet langer plaats kan vinden en ieder van de broers feitelijk een eigen onderneming drijft. Voor de bank is dit reden geweest om (aanvullende) voorwaarden te stellen aan het verlenen van een seizoenskrediet, waarbij de bank ook aandringt op een splitsing van de onderneming.

De broers zijn al geruime tijd in overleg over de voorwaarden van een dergelijke splitsing van de onderneming. Zij kunnen echter geen overeenstemming bereiken. Dit heeft geleid tot een situatie waarin er een impasse is op bestuurs- en aandeelhoudersniveau die niet te doorbreken lijkt. De enige uitweg lijkt daardoor inderdaad een splitsing te zijn. Daarvoor is echter overeenstemming nodig die tot op dat moment niet kon worden bereikt (zonder bemiddelende derde).

Uiteindelijk heeft A een enquêteverzoek ingediend bij de OK. Daarbij doet A een (waarschijnlijk uit praktische motieven ingestoken) creatief verzoek door de OK te vragen om bij wijze van onmiddellijke voorziening een tijdelijke bestuurder te benoemen die het ‘mede tot zijn taak zou mogen rekenen om de onderneming te splitsen of op andere wijze te dematerialiseren zonder dat goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders nodig is.’

Partijen zijn het erover eens dat er sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen. Ook zijn zij het eens over het benoemen van een tijdelijk bestuurder. Waar zij het niet over eens zijn, is het afwijken van de goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders die A heeft verzocht. Hoewel dit niet helemaal rijmt met de wettelijke regeling van de splitsing (waarover hierna meer) en wij niet bekend zijn met de inhoud van de processtukken, lijkt het erop dat de broers kennelijk wel bereid waren om de tijdelijke bestuurder het splitsingsvoorstel op te laten stellen, waarbij het voorstel dan vervolgens door hen goedgekeurd zou moeten worden.

Het (beknopte) oordeel van de OK is geleid op de feiten voorspelbaar. Dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en juiste gang van zaken te twijfelen bij B en C, staat tussen partijen niet ter discussie aangezien er sprake is van een impasse die de continuïteit van de onderneming in gevaar brengt. Hetzelfde geldt voor de (noodzaak tot) benoeming van een tijdelijk bestuurder.

De OK wijst het enquêteverzoek toe en beveelt een onderzoek, waarbij voornamelijk geen onderzoeker aangewezen

wordt, omdat mogelijk de onmiddellijke voorzieningen voldoende zijn om een oplossing voor het geschil te bereiken (zie ook HR 25 februari 2011, «JOR» 2011/115 (m.nt. A. Doorman), *NJ* 2011/335 (m.nt. P. van Schilfgaarde), *Ondernemingsrecht* 2011/40 (m.nt. B.F. Assink), ECLI:NL:HR:2011:BO7067 (*Inter Access*)). De OK benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening een zelfstandig bevoegd tijdelijk bestuurder van B met beslissende stem. Zonder deze tijdelijk bestuurder kan B niet worden vertegenwoordigd. De tijdelijk bestuurder mag het tevens tot zijn taak rekenen een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven, aldus de OK. Dit is de enige onmiddellijke voorziening die de OK treft. Andere (aanvullende) onmiddellijke voorzieningen kunnen 'al of niet met oog op splitsing van de onderneming' in elke stand van het geding worden gedaan door de procespartijen of door de tijdelijk bestuurder. Deze passage roept als gezegd de vraag op of het mogelijk is dat via onmiddellijke voorzieningen een splitsing afgedwongen wordt. Dat de OK de tijdelijke bestuurder niet de bevoegdheid geeft tot splitsing van de vennootschap over te gaan of deze op andere wijze te dematerialiseren, is in ieder geval zoals hierna uiteengezet zal worden niet verwonderlijk.

Het verzoek van A tot het toekennen aan de tijdelijke bestuurder van de bevoegdheid tot het nemen van een besluit tot splitsing lijkt namelijk niet heel goed doordacht. Los van het feit dat de wettelijke regeling van de splitsing in afdeling 4 van Boek 2 BW uitsluitend ziet op de splitsing van rechtspersonen (en niet op splitsing van ondernemingen), gaat het verzoek voorbij aan het feit dat voor een normale splitsing consensus vereist is tussen alle partijen die betrokken zijn bij die splitsing. Art. 2:334f BW schrijft immers voor dat de besturen van de partijen bij de splitsing (gezamenlijk) het voorstel tot splitsing opstellen. De partijen bij de splitsing zijn zowel de splitsende rechtspersoon alsmede elke verkrijgende rechtspersoon (tenzij de rechtspersoon bij de splitsing wordt opgericht) (zie art. 2:334a lid 4 BW). Kortom, om te komen tot een splitsing waarbij het vermogen van C verdeeld zou worden tussen de vennootschappen van de broers (als verkrijgende rechtspersonen) is hun medewerking vereist en een splitsing kan dus niet gerealiseerd worden door enkel een bevoegdheid toe te kennen aan een tijdelijke bestuurder.

Voor zover betoogd zou worden dat de splitsing zou moeten worden uitgevoerd via de regeling van art. 2:334cc BW (ook wel aangeduid als de 'ruzieplitsing'), moet ook worden betwijfeld of daar in de praktijk uitvoering aan kan worden gegeven. Zo is Leijten van mening dat de ruzieplitsing niet aan een aandeelhouder kan worden opgedrongen (A.F.J.A. Leijten, 'Tien jaar uitkoop- en geschillenregeling (II)', *Ondernemingsrecht* 1999, p. 238). Eikelboom heeft in zijn dissertatie wel bepleit dat het mogelijk zou moeten zijn dat een door de OK aangestelde beheerder van aandelen het besluit in de zin van het vierde lid van art. 2:334cc BW zou nemen (F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure*, p. 646 e.v.). Eikelboom gaat echter niet in op de vraag of de aandeelhouders die uit elkaar gehaald zouden worden, moeten instemmen met het splitsingsvoorstel, zoals dit volgt uit art. 2:334f BW en Leijten ook lijkt te onderschrijven. Als dat anders zou zijn, dan zou een aandeelhouder zonder zijn instemming of medewerking opeens de aandelen opgedrongen krijgen in een vennootschap die zonder zijn medewerking en instemming is opgericht. Voor zover dit allemaal via een gekunstelde structuur juridisch mogelijk gemaakt zou kunnen worden (hetgeen volgens ons niet zonder meer het geval is), zal er niet snel een notaris te vinden

zijn die onder deze omstandigheden een akte van splitsing zal verlijden, in het bijzonder vanwege een aanzienlijk risico op aansprakelijkstelling. Ook een door de OK benoemde beheerder van aandelen zal ongetwijfeld niet staan te trappelen om dit besluit te nemen.

In aanvulling op het voorgaande geldt dat het bij een splitsing ook neerkomt op een gedeeltelijke (indirecte) onteigening van een aandeelhouder, waardoor ook art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM van toepassing is. Dit artikel gebiedt dat iedere persoon recht heeft op ongestoord genot van zijn eigendom en een inbreuk daarop is slechts onder bijzondere omstandigheden toegestaan. Dat laatste is het geval als de inbreuk proportioneel en in het algemeen belang is en voorzien is in de wet.

De OK is in ieder geval terughoudend waar het gaat om het treffen van onmiddellijke voorzieningen die leiden tot een aanzienlijke verwatering van een van de aandeelhouders en wil daar slechts aan als *ultimum remedium* en als andere onmiddellijke voorzieningen niet toereikend zijn gebleken (Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 2015,

ECLI:NL:GHAMS:2015:4379, «JOR» 2016/60, m.nt. Van Thiel (*Cunico*). In de TRP-beschikking (Hof Amsterdam (OK) 23 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4719, «JIN» 2015/10, m.nt. P. Haas (*TRP*) oordeelde de OK dat de verzochte onmiddellijke voorziening in feite neerkwam op een door de OK bepaalde gedwongen overdracht van de aandelen in het kapitaal van TRP. Een dergelijke voorziening is naar zijn aard niet voorlopig en kan dan ook niet worden aangemerkt als een onmiddellijke voorziening in de zin van art. 2:349a BW. Op basis van de TRP-beschikking zou dus geconcludeerd moeten worden dat een onmiddellijke voorziening waarbij een splitsing wordt bevolen niet mogelijk is op basis van art. 2:349a BW, waardoor ook de wettelijke basis ontbreekt die art. 1 Eerste Protocol vereist.

In de literatuur is wel gepleit dat het mogelijk zou moeten worden gemaakt om – gelijk aan het recht van Curaçao – een splitsing als definitieve voorziening te treffen (zie o.a. G. van Solinge e.a., *Geschillen in de vennootschap*, VHI-reeks nr. 105, Deventer: Kluwer 2010, par. 7.). Maar ook als deze mogelijkheid opgenomen zou worden in art. 2:356 BW, dan belet het vereiste dat de onmiddellijke voorziening een tijdelijk karakter dient te hebben dat deze als onmiddellijke voorziening wordt getroffen.

Als geen sprake is van een financieel precaire positie van de vennootschap en partijen geen overeenstemming willen of kunnen bereiken over een minnelijke regeling, blijft het bijzonder lastig om aandeelhoudersgeschillen via het enquête-recht te beslechten. Recent is nog een wetsvoorstel tot (internet)consulatie aangeboden dat het mogelijk zou moeten maken dat wanneer de OK heeft geoordeeld dat uit het onderzoeksverslag van wanbeleid is gebleken, een aandeelhouder toegang zou kunnen krijgen tot een soort van vereenvoudigde geschillenregeling bij de OK. Dit wetsvoorstel is door diverse partijen, waaronder de orde van advocaten, (terecht) scherp bekritiseerd (zie <https://www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingen-enquete>) en het valt te betwijfelen of men verder gaat met dit wetsvoorstel. In de praktijk zal men het waarschijnlijk nog wel enige tijd moeten doen met de huidige regeling, zonder een splitsing als (onmiddellijke) voorziening of creatieve varianten daarop.

mr. S.H.A.M. Hendrix en mr. R.J.W. Analbers
AKD

8

Vennootschap gebonden aan overeenkomst op grond van opgewekte schijn van bevoegdheid

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
19 november 2019, nr. 200.244.368,
ECLI:NL:GHARL:2019:9903
(mr. Wattel, mr. Brand, mr. Levelt-Iseger)
Noot mr. A.J. Kok MBA

Schijn van volmachtverlening. ING/Bera-arrest. Risicobeginsel.

[BW art. 3:61 lid 2]

Essentie: Evenementenhal Hardenberg heeft op grond van de gedragingen van Freshlight redelijkerwijze mogen aannemen dat aan [B] een toereikende volmacht was verleend om de offerte namens Freshlight te ondertekenen.

Samenvatting: Kernvraag in het geschil is of Evenementenhal Hardenberg er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat [B] bevoegd was om namens Freshlight de overeenkomst met Evenementenhal Hardenberg aan te gaan.

Is een rechtshandeling in naam van een ander verricht, dan kan tegen de wederpartij, indien zij op grond van een verklaring of gedraging van die ander heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep doen (art. 3:61 lid 2 BW). Bij de beantwoording van de vraag of de door toedoen van de achterman gewekte schijn voldoende is om bij de wederpartij het gerechtvaardigde vertrouwen te wekken dat een toereikende volmacht is verleend, komt het aan op de omstandigheden van het geval. In zijn arrest van 19 februari 2010 (ING/Bera) heeft de Hoge Raad onder meer overwogen dat voor toerekening van schijn van volmachtverlening aan de vertegenwoordigde ook plaats kan zijn ingeval de wederpartij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op volmachtverlening aan de in werkelijkheid onbevoegde tussenpersoon op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van de onbevoegd vertegenwoordigde komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid. Het in dit arrest aanvaarde risicobeginsel gaat echter niet zo ver dat voor toepassing daarvan ook ruimte is in gevallen waarin het tegenover de wederpartij gewekte vertrouwen uitsluitend is gebaseerd op verklaringen of gedragingen van de onbevoegd handelende persoon zelf. Er moet ook sprake zijn van feiten of omstandigheden die de onbevoegd vertegenwoordigde betreffen en die rechtvaardigen dat laatstgenoemde in zijn verhouding tot de wederpartij het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging draagt.

Evenementenhal Hardenberg heeft gemotiveerd gesteld dat zij erop heeft kunnen en mogen vertrouwen dat [B] bevoegd was om namens Freshlight te handelen. Zij heeft (ook al in eerste aanleg) aangevoerd dat [A] mondeling aan haar directeur de heer [C] (hierna: [C]) zijn interesse kenbaar heeft gemaakt voor deelname van Freshlight aan door Evenementenhal Hardenberg georganiseerde beurzen, waarbij de heren

hebben afgesproken dat er een concrete offerte van Evenementenhal Hardenberg zou volgen. Daarna heeft een medewerker van Evenementenhal Hardenberg, mevrouw [D] (hierna: ([D]) op 30 januari 2015 telefonisch contact gehad met [A], die daarbij heeft verwezen naar zijn medewerker [B]. [D] heeft het telefoongesprek met [A] per e-mail bevestigd aan [B]. Daarna heeft tussen [B] en [D] overleg plaatsgehad over deelname aan beurzen. Op 3 maart 2015 heeft [B] aan [D] per e-mail concreet verzocht om een offerte en deze e-mail cc aan [A] verzonden. De offerte is vervolgens op 4 maart 2015 aan Freshlight gezonden ter attentie van [A]. De offerte is vervolgens ondertekend door [B].

Naar het oordeel van het hof heeft Freshlight ook in hoger beroep onvoldoende gemotiveerd betwist dat haar schijn van volmachtverlening kan worden toegerekend.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Freshlight B.V.,

gevestigd te Apeldoorn,

appellante,

in eerste aanleg: gedaagde,

hierna: Freshlight,

advocaat: mr. A. Thissen,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Evenementenhal Hardenberg B.V.,

gevestigd te Hardenberg,

geïntimeerde,

in eerste aanleg: eiseres,

hierna: Evenementenhal Hardenberg,

advocaat: mr. H.J.G.M. te Woerd.

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1. Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 25 september 2018 hier over.

1.2. Het verdere verloop blijkt uit:

– het proces-verbaal van de comparitie na aanbreng van partijen van 28 november 2018;

– de memorie van grieven;

– de memorie van antwoord, met één productie.

1.3. Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

2. De vaststaande feiten

2.1. Het hof gaat in hoger beroep uit van de navolgende feiten.

2.2. Evenementenhal Hardenberg exploiteert een evenementenhal en organiseert en exploiteert evenementen.

2.3. Freshlight is een zustermaatschappij van een aantal vennootschappen die zich bezig houden met het ontwikkelen, produceren en vermarkten van ioniserende ledlampen in diverse markten. Zusteronderneming FreshlightAgri B.V. (hierna: FreshlightAgri) heeft haar focus op de agrarische markt en Roadled B.V. (hierna: Roadled) heeft haar focus op weg- en waterbouw.

2.4. Bij brief van 4 maart 2015 heeft Evenementenhal Hardenberg aan Freshlight het volgende bericht:

‘Betreft: Offerte beursdeelnames in Evenementenhal

Geachte heer [A],

Naar aanleiding van ons telefonisch contact op 30 januari en uw beursselectie ontvangen op 3 maart ontvangt u hierbij de offerte. Op de 2e pagina vindt u het beursdeelname overzicht in Evenementenhal welke na ondertekening aan u wordt bevestigd.’