

delijke behandeling toe. Dat komt door problemen in de bekostiging van het onderzoek, eveneens een thema dat in de praktijk vaak voorkomt.

7. Nu de vennootschap hier failliet is en de curator geen wil heeft een onderzoek op kosten van de boedel te laten verrichten, ontstaat de vraag of de OK een derde partij (als feitelijk beleidsbepaler) kan verplichten de kosten van het onderzoek te dragen. Uitgangspunt is dat de kosten van het onderzoek door de rechtspersoon worden gedragen (art. 2:350 lid 3 BW); deze kunnen naderhand worden verhaald op bestuurders of commissarissen, indien daartoe in het verslag aanleiding kan worden gevonden. Vaste lijn in de jurisprudentie is inmiddels dat bij toewijzing van het enquêteverzoek niet kan worden beslist dat anderen dan de rechtspersoon de kosten van het onderzoek dragen of dat anderen daarvoor zekerheid stellen. Dat is slechts anders als sprake is van uitzonderlijke omstandigheden, die rechtvaardigen dat reeds voorafgaand aan een eventueel onderzoek wordt afgeweken van het wettelijk systeem (OK 27 december 2012, «JOR» 2013/42, m.nt. Josephus Jitta (*Van Lier*), OK 8 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5140, ARO 2016/11 (*Phanos Reit*), OK 8 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1587, ARO 2016/87 (*VTS*) en OK 27 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3978, ARO 2017/28 (*Fabius*)).

8. Wanneer is van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden sprake? Duidelijk is dat het gaat om een zeer hoge drempel. Mij lijkt dat hiervan sprake kan zijn als het vermoeden bestaat dat een partij de vennootschap heeft "leeggeroofd" (dat leid ik af uit OK 14 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3963, ARO 2022/25 (*Ship Support*)), een kwalificatie die de OK niet snel zal hanteren. In zijn algemeenheid lijken dergelijke uitzonderlijke omstandigheden uitsluitend te ontstaan indien aannemelijk is dat een partij in sterke mate debet is aan het tekort bij de rechtspersoon.

9. Hier ziet de OK geen aanleiding een dergelijke uitzondering aan te nemen en gaat zij niet over tot inhoudelijke behandeling, omdat er geen geld is het onderzoek uit te voeren. Zij houdt daarmee vast aan haar lijn dat er in principe geen ruimte bestaat de onderzoekskosten te verleggen naar een derde, behalve in zeer uitzonderlijke situaties. De ontslagen bestuurder houdt zo – niettegenstaande het oordeel tot ontvankelijkheid van

de zelfenquête – niets aan het verzoek aan de OK over, behalve waarschijnlijk een forse advocatenrekening.

mr. M. Holtzer
advocaat bij DLA Piper te Amsterdam

224

Samenloop van (aanvullend) enquêteverzoek en uittredingsprocedure bij rechtbank

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)
8 april 2024, 200.293.241/02 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2024:1278
(mr. Meijer, mr. De Jongh, mr. Vaessen,
prof. dr. mr. Ten Have, prof. dr. mr. Loonen)
Noot mr. Ph.W. Schreurs

Enquêteprocedure. Aandeelhoudersgeschil. Minderheidsaandeelhouder is ontvankelijk in haar verzoek om lopende onderzoek uit te breiden. Voor anticiperende toepassing van Wagevoe is echter geen ruimte en meerderheidsaandeelhouder is evenmin gehouden mee te werken aan prorogatie van uittredingsprocedure bij rechtbank. Afwijzing van aanvullend enquêteverzoek.

[BW art. 2:337, 2:350]

In de eerstefasebeschikking heeft de OK onder verwijzing naar HR 11 april 2014, «JOR» 2014/259, m.nt. Olden (Slotervaart) geoordeeld dat minderheidsaandeelhouder Nortra Holding NV in haar verzoek kan worden ontvangen. Dat verzoek had mede betrekking op de aandelenemissies waarvoor Nortra niet meer voldoet aan de kapitaaleis van art. 2:346 lid 1, aanhef onder b, BW. Nu Nortra aan haar gewijzigde verzoek tot uitbreiding van de reeds gelaste enquête ten grondslag legt dat in de periode na indiening van het oorspronkelijke verzoek feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen of zich hebben voorgedaan die een nieuwe gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen opleveren (en daarover een aanvullende bezwarenbrief had gestuurd) dan wel die zozeer samenhangen met de redenen voor het reeds gelaste onderzoek dat die feiten en omstandig-

heden in het onderzoek betrokken dienen te worden, kan zij ook thans in haar verzoek worden ontvangen (vgl. OK 11 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2192).

Met de onderhavige enquêteprocedure – die door het aanvullende verzoek wordt uitgebreid – streeft Nortra onder meer na dat de emissies worden vernietigd. Daarmee heeft zij een reëel belang bij haar verzoek. Hetzelfde geldt voor haar verzoek om het onderzoek uit te breiden naar enkele transacties waarbij volgens haar een tegenstrijdig belang aan de orde is geweest of waarbij volgens haar is gehandeld in strijd met sanctiewetgeving. Daarmee kan Nortra in haar verzoek worden ontvangen.

De OK stelt voorop dat deze enquêteprocedure moet worden onderscheiden van de bij de rechtbank in eerste aanleg aanhangige uitredingsprocedure. Dat er raakvlakken bestaan tussen beide procedures, doet er niet aan af dat het hier gaat om verschillende procedures, bij verschillende rechterlijke instanties. De huidige wet – in het bijzonder art. 2:337 BW – biedt niet de ruimte voor anticiperende toepassing van de Wagevoe. Evenmin kan gelet op de thans geldende wet worden geoordeeld dat meerderheidsaandeelhouder [A] gehouden is mee te werken aan prorogatie. [A] kan naar geldend recht niet tegen zijn wil een procedure in twee feitelijke instanties worden onthouden. Bezwaren over de procesvoering van Simetra c.s. in de uitredingsprocedure kan Nortra in die procedure naar voren brengen.

Uit een en ander volgt dat er geen gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Simetra sinds het onderzoek is gestart. Het verzoek om het lopende onderzoek uit te breiden zal daarom, evenals het verzoek om een of meer andere deskundigen te benoemen, worden afgewezen.

De naamloze vennootschap naar het recht van Curaçao

Nortra Holding NV te Willemstad, Curaçao, verzoekster,

advocaten: mrs. C.B. Schutte en R. van den Berg, tegen

1. Simetra Investments BV te Amsterdam,
2. Breeze Amsterdam Holding te Amsterdam,
3. Breeze Vastgoed Amsterdam BV te Amsterdam,
4. Hotel Breeze Amsterdam BV te Amsterdam, verweersters,

advocaten: mrs. S.W. Holterman en T.C.A. Dijkhuizen, en tegen [A],

belanghebbende,

advocaten: mrs. S.W. Holterman en T.C.A. Dijkhuizen.

(...; red.)

2. Inleiding en feiten

2.1. Deze zaak gaat over een conflict tussen Nortra en [A], die samen de aandeelhouders van Simetra zijn. Op verzoek van Nortra heeft de Ondernemingskamer in haar eerstefasebeschikking een onderzoek gelast naar het beleid en de gang van zaken van Simetra rond twee aandelenuitgiftes in 2020. Als gevolg van die emissies is het aanvankelijke 10%-belang van Nortra in Simetra verwaterd tot 0,0001%. Bij beschikking van 26 oktober 2021 heeft de Ondernemingskamer mr. G.C. Endedijk aangewezen als onderzoeker. Mr. Endedijk heeft een deskundige gevraagd de uitgifteprijs van de aandelen in 2020 te onderzoeken.

In de uitredingsprocedure die Nortra intussen tegen Simetra en [A] aanhangig had gemaakt, heeft de rechtbank bij tussenvonnis van 18 januari 2023 (ECLI:NL:RBAMS:2023:1372) geoordeeld dat de vordering tot uittreding toewijsbaar is. Naar het oordeel van de rechtbank is er mogelijk grond voor een billijke verhoging van de aandelenprijs vanwege de gang van zaken rond de emissiebesluiten. De rechtbank heeft in afwachting van het verschijnen van het onderzoek van mr. Endedijk naar de emissiebesluiten iedere verdere beslissing aangehouden. De door mr. Endedijk ingeschakelde deskundige heeft in een rapport van 27 juni 2023 gesteld de emissieprijs van € 1 in 2020 gerechtvaardigd te achten. Het onderzoek van mr. Endedijk bevindt zich nu in de afrondende fase. Nortra verzoekt thans de Ondernemingskamer aanvullende onmiddellijke voorzieningen te treffen.

2.2. Simetra is in 2015 opgericht voor de bouw en ontwikkeling van een hotel in Amsterdam alsmede de exploitatie daarvan. Daartoe zijn in 2016 de drie Breezevennootschappen opgericht, waarvan Simetra (indirect) enig aandeelhouder is. Breeze Holding is enig aandeelhouder van Breeze Vastgoed en Hotel Breeze. [A] en Nortra – waarvan [C] (hierna: [C]) indirect enig aandeelhouder is – zijn de enige aandeelhouders van Simetra. Bij de

oprichting hielden [A] en Nortra respectievelijk 90% en 10% van de aandelen in Simetra. Aanvankelijk werden de vennootschappen in het Sime-tra-concern bestuurd door Aeon Plaza Hotels Management B.V. (hierna: Aeon Management), een vennootschap waarvan Nortra enig aandeelhouder is. Op 1 juni 2019 is het hotel geopend. In datzelfde jaar ontstond tussen [A] en [C] onenigheid, waarna Aeon Management in augustus 2019 is ontslagen als bestuurder van Simetra en de Breezevennootschappen. [A] is vervolgens benoemd als bestuurder.

2.3 Tijdens de buitengewone aandeelhoudersvergadering van Simetra op 7 april 2020 is besloten, vanwege Simetra's financiële verplichtingen en ter verbetering van haar financiële positie, het bestuur te machtigen (aan te wijzen) om maximaal 15.000.000 nieuwe aandelen uit te geven tegen een nominale waarde van €1 per aandeel. Het bestuur van Simetra, heeft in mei 2020 besloten tot de uitgifte van 999.000 aandelen. Nortra heeft de rechtsgeldigheid van het machtigings- en uitgiftebesluit betwist en heeft niet geparticipeerd in de emissie. Bij notariële akte van 26 mei 2020 heeft Simetra 899.100 aandelen van € 1 tegen nominale waarde uitgegeven aan [A].

2.4. Op de aandeelhoudersvergadering van 21 oktober 2020 is het bestuur wederom een machtiging verstrekt tot uitgifte van 15.000.000 nieuwe aandelen en is besloten tot uitgifte van 2,5 miljoen nieuwe aandelen tegen de nominale waarde van € 1 per aandeel. Nortra heeft opnieuw de rechtsgeldigheid van de besluitvorming betwist en geen gebruik gemaakt van haar voorkeursrecht. Op 29 januari 2021 heeft Simetra 2.250.000 aandelen aan [A] uitgegeven.

2.5. Als gevolg van de emissies is het belang van [A] gestegen van 90% naar 99,9999% en is het belang van Nortra verwaterd van 10% tot 0,0001%.

2.6. Bij dagvaarding van 18 februari 2021 heeft Nortra bij de rechtbank Amsterdam een uittredingsprocedure ex artikel 2:343 BW aanhangig gemaakt tegen Simetra en [A].

2.7. De Ondernemingskamer heeft in de eerste fasebeschikking een onderzoek gelast naar het beleid en de gang van zaken van Simetra over de periode vanaf 1 maart 2020 tot 1 november 2020. Kort gezegd dienen onderzocht te worden de machtigingen (aanwijzingen) van het bestuur als het orgaan dat is bevoegd te besluiten tot uitgifte van 15.000.000 nieuwe aandelen (in het licht van

de geringere de kapitaalbehoefte van Simetra in die periodes) alsmede de voorbereiding en de uitvoering van de hiervoor onder 2.3 en 2.4 genoemde emissiebesluiten. Daarbij dienen ook onderzocht te worden de bepaling van de waarde per aandeel en de informatievoorziening daaromtrent aan Nortra. Mr. Endedijk is op 26 oktober 2021 aangewezen als onderzoeker.

2.8. In een contract, dat als datum 20 januari 2022 vermeldt, is vastgelegd dat zowel [A] als [B] met Breeze Holding en Simetra een zogenoemde *Agency and Cost Recharge Services Agreement* hebben gesloten (ook wel aangeduid als *Advance Cost Agreement*), uit hoofde waarvan zij ieder aan Simetra een bedrag van € 1,75 miljoen ter beschikking stellen. De overeenkomsten hebben een looptijd tot 31 december 2024. De gelden worden ter beschikking gesteld ter dekking van mogelijke verplichtingen van Simetra uit hoofde van een procedure met Aeon en de geschillen tussen [A] en Nortra, alsmede ter financiering van lopende kosten van het hotel.

Op 22 september 2022 hebben [A] en [B] ieder nogmaals een vergelijkbare overeenkomst met Breeze Holding en Simetra gesloten op grond waarvan zij een bedrag van € 3,4 miljoen, respectievelijk 2,6 miljoen, aan Breeze Holding/Simetra hebben verstrekt. Deze overeenkomsten hebben eveneens een looptijd tot 31 december 2024.

2.9. In een contract, gedateerd 23 februari 2022, is vastgelegd dat [A] twee *Preliminary Share Purchase Agreements* met Breeze Holding heeft gesloten. Op grond daarvan heeft Breeze Holding aan [A] een optierecht verleend tot het verkrijgen van in totaal 196 aandelen in Breeze Vastgoed tegen een koopprijs van in totaal € 4.708.300. [A] heeft zich verplicht de koopprijs bij voorbaat aan Breeze Holding te betalen. In het geval [A] afziet van uitoefening van de optie, zullen partijen in overleg treden over de terugbetaling. Bij addendum van 15 mei 2022 hebben partijen onder meer de looptijd van deze overeenkomst beperkt tot twaalf maanden na het sluiten van de oorspronkelijke overeenkomst.

[B] heeft volgens contracten van 23 februari en 15 mei 2022 overeenkomstige overeenkomsten gesloten met betrekking tot 95 aandelen Breeze Vastgoed voor een prijs van € 2.282.375.

2.10. Op 24 februari 2022 is Rusland Oekraïne opnieuw binnengevallen.

2.11. Tussen 25 februari 2022 en 17 maart 2023 hebben [A] en [B] vanaf Russische bankrekenin-

gen in totaal ruim € 16,5 miljoen overgemaakt naar de bankrekening van Breeze Holding bij ING, waarvan bijna € 6 miljoen tussen 25 en 28 februari 2022.

2.12. De betalingen die [A] en [B] op grond van de onder 2.8 en 2.9 bedoelde overeenkomsten aan Simetra en/of haar dochtervennootschappen hebben gedaan zijn in de geconsolideerde jaarrekening 2022 van Simetra verantwoord onder de *Current Liabilities (Accruals and deferred income)* onder de posten *Guarantee received* en *Advance Cost Agreement*. In de jaarrekening worden deze posten als volgt toegelicht:

“Guarantee received

Breeze Amsterdam Holding B.V. holds all shares in the capital of Breeze Amsterdam Vastgoed B.V. Breeze Amsterdam Holding B.V. has agreed with Mr. [A] that he has the right to purchase 196 shares in the capital of the associate for a provisional price of € 24,025 per share. If Mr. [A] decides to exercise his right, the price per share will be definitively determined by appraisal by an expert. Breeze Amsterdam Holding B.V. has also agreed with Mr. [B] that he has the right to purchase 95 shares in the share capital of the investee on equal terms with Mr. [A].

As a guarantee for Breeze Amsterdam Holding B.V. Mr. [A] and Mr. [B] paid a total amount of € 6,991,275 to this company. No interest is due on this amount.

Advance Cost Agreement

Mr. [A] and Mr. [B] are respectively shareholder and financier of the group where Simetra Investments B.V. is at its head and of which Breeze Amsterdam Holding is a part. The financing provided by the two gentlemen is subordinated to the bank and to other creditors. The Group has to deal with claims and lawsuits that threaten its continuity. In order to protect their interests, Mr. [A] and Mr. [B] have entered into an agreement with the group. The purpose of the agreement is to enable the group to adequately address the defense against the lawsuits. Within the framework of this agreement, Mr. [A] and Mr. [B] paid an amount of € 8,298,084 as an advance for the costs to be incurred. No interest is due on this amount.”

2.13. Op 17 juni 2022 is op de op dat moment uitstaande lening van Simetra bij ING circa € 3,8 miljoen afgelost.

2.14. Bij vonnis van 5 oktober 2022 heeft de rechtbank Amsterdam in een procedure tussen enerzijds Simetra, Breeze Vastgoed en Hotel Breeze en

anderzijds Aeon en aan haar gelieerde vennootschappen, Simetra en Breeze Vastgoed veroordeeld tot betaling van een bedrag in hoofdsom van in totaal bijna € 2,9 miljoen, te vermeerderen met rente en kosten (ECLI:NL:RBAMS:2022:5714). Aan die veroordeling is voldaan.

2.15. In een algemene vergadering op 23 november 2022 is Simetra's jaarrekening 2021 vastgesteld. [A] stemde voor en Nortra stemde tegen.

2.16. Bij tussenvonnis van 18 januari 2023 heeft de rechtbank Amsterdam in de uittredingsprocedure geoordeeld dat Nortra's vordering tot uittreding toewijsbaar is. In deze procedure heeft Nortra gevorderd dat de rechtbank bij het bepalen van de prijs van de over te dragen aandelen op de voet van artikel 2:343 lid 4 BW een billijke verhoging toepast. Nortra legt daaraan voor zover thans van belang ten grondslag dat beide aandelenemissies hebben geleid tot onrechtmatige verwatering van haar belang. Naar het oordeel van de rechtbank is er mogelijk grond voor een billijke verhoging van de aandelenprijs vanwege de gang van zaken rond de emissiebesluiten. Om redenen van doelmatigheid heeft de rechtbank geoordeeld dat het door de Ondernemingskamer gelaste onderzoek van mr. Endedijk naar de emissiebesluiten moet worden afgewacht.

2.17. Begin 2023 heeft mr. Endedijk Wingman Business Valuation B.V. (hierna: Wingman) gevraagd op basis van het procesdossier een rapport uit te brengen over de vraag of de emissieprijs van € 1 gerechtvaardigd was.

2.18. In een algemene vergadering op 31 mei 2023 is Simetra's jaarrekening 2022 vastgesteld. [A] stemde voor en Nortra stemde tegen.

2.19. Op 27 juli 2023 heeft mr. Endedijk het concept-onderzoeksrapport van Wingman aan partijen toegestuurd.

2.20. In augustus 2023 hebben [A] en [B] de positie van ING als schuldeiser van Simetra c.s. overgenomen. Op dat moment was er sprake van een resterende bankschuld van circa 4 miljoen euro. Die schuld is op 21 augustus 2023 door [A] en [B] aan ING voldaan, waarna zij in de plaats zijn getreden van ING. Sinds 14 november 2023 is Simetra niet meer in bijzonder beheer bij ING.

2.21. Bij e-mail van 20 oktober 2023 en van 17 november 2023 heeft Nortra aan de advocaat van Simetra c.s. aanvullende bezwaren geuit tegen de gang van zaken bij Simetra.

2.22. Mr. Endedijk heeft op 8 januari 2024 zijn onderzoeksverslag in concept aan partijen toege-

stuurd, met het verzoek om daarop voor 8 februari 2024 te reageren.

2.23. Tussen 5 en 8 februari 2024 heeft Breeze Holding een bedrag van in totaal bijna € 6 miljoen overgeboekt op een door [A] aangehouden bankrekening in Dubai.

3. De gronden van de beslissing

3.1. Nortra heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat het lopende onderzoek op een verkeerd spoor zit. Ten onrechte is niet aan een waarderingsdeskundige gevraagd daadwerkelijk onderzoek te doen. Wingman is slechts gevraagd op basis van het dossier een analyse uit te voeren, zonder dat bij Simetra (boeken)onderzoek plaatsvindt. Er vindt zo slechts een marginale toetsing van de emissieprijs plaats. Simetra c.s. frustreren bovendien het spoedige verloop van de uittredingsprocedure en handelen daarmee in strijd met hun verplichtingen ingevolge de artikelen 20 lid 2 Rv, 2:8 en 2:9 BW en 3:13 BW. Ook zijn er direct na de Russische inval in Oekraïne grote sommen geld vanuit Rusland naar Simetra c.s. overgemaakt zonder dat Nortra daarover als minderheidsaandeelhouder is geïnformeerd. Daar komt bij dat zij als aandeelhouder in Simetra is benadeeld door de toekenning van optierechten aan [A] en [B] in de dochtervennootschap Breeze Holding, zonder dat de prijs waarvoor de aandelen gekocht kunnen worden door deskundigen is getoetst. De informatie die wel wordt verstrekt is onbetrouwbaar. Er zijn verder aanwijzingen dat de belangen van de bestuurder ([A]) tegenstrijdig zijn met de belangen van Simetra en dat [A] zijn positie misbruikt, ook omdat er aanwijzingen zijn dat met de sedert de eerstefasebeschikking gesloten transacties sanctiewetgeving wordt overtreden of omzeild. Voor zover er sprake was van een kapitaalbehoefte bij het Simetra-concern, had dit kunnen geschieden in de vorm van achtergestelde aandeelhoudersleningen.

3.2. Simetra c.s. betwisten de ontvankelijkheid van Nortra in haar verzoek. Verder voeren zij inhoudelijk verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna nader ingegaan.

Ontvankelijkheid Nortra

3.4. Volgens Simetra c.s. voldoet Nortra met een aandelenbelang van 0,0001% niet aan de drempel van artikel 2:346 lid 1 aanhef en onder b BW. Bovendien heeft zij voorafgaand aan haar verzoek in

de e-mails van 20 oktober 2023 en 17 november 2023 geen bezwaren geuit tegen de gang van zaken bij de kleindochters van Simetra. Ook ontkennen Simetra c.s. het rechtens te respecteren belang van Nortra bij deze procedure nu zij zelf wenst te worden uitgekocht tegen een zo hoog mogelijke uitkoopprijs. Niet valt in te zien hoe het eventueel te gelasten (nader) onderzoek daaraan kan bijdragen. Het bespoedigen van een uitkoop tegen een zo hoog mogelijke prijs is geen belang dat met het enquêterecht wordt gediend, aldus Simetra c.s.

3.5. De Ondernemingskamer verwerpt het ontvankelijkheidsverweer. In de eerstefasebeschikking heeft de Ondernemingskamer onder verwijzing naar HR 11 april 2014 («JOR» 2014/259, m.nt. Olden; *red.*), (ECLI:NL:HR:2014:905 (Slotervaart)) geoordeeld dat Nortra in haar verzoek kan worden ontvangen. Dat verzoek had mede betrekking op de aandelenemissies waardoor Nortra niet meer voldoet aan de kapitaal eis van artikel 2:346 lid 1, aanhef onder b, BW. Nu Nortra aan haar gewijzigde verzoek tot uitbreiding van de reeds gelaste enquête ten grondslag legt dat in de periode na indiening van het oorspronkelijke verzoek feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen of zich hebben voorgedaan die een nieuwe gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen opleveren (en daarover een aanvullende bezwarenbrief had gestuurd) dan wel die zozeer samenhangen met de redenen voor het reeds gelaste onderzoek dat die feiten en omstandigheden in het onderzoek betrokken dienen te worden, kan zij ook thans in haar verzoek worden ontvangen (vgl. OK 11 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2192).

Evenmin kan worden geoordeeld dat Nortra geen belang bij haar verzoek heeft. Met de onderhavige enquêteprocedure – die door het aanvullende verzoek wordt uitgebreid – streeft zij onder meer na dat de emissies worden vernietigd. Daarmee heeft zij een reëel belang bij haar verzoek. Hetzelfde geldt voor haar verzoek om het onderzoek uit te breiden naar enkele transacties waarbij volgens haar een tegenstrijdig belang aan de orde is geweest of waarbij volgens haar is gehandeld in strijd met sanctiewetgeving. Daarmee kan Nortra in haar verzoek worden ontvangen.

Nieuwe gronden voor twijfel aan een juist beleid of juiste gang van zaken?

De uittredingsprocedure

3.6. Volgens Nortra werken Simetra en [A] onvoldoende mee aan een voortvarende uittreding van Nortra. Zo weigeren zij zonder rechtens te respecteren belang mee te werken aan prorogatie van de uittredingsprocedure op de voet van artikel 2:337 BW. Nortra wijst in dit verband op het bij de Tweede Kamer aanhangige Wetsvoorstel aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure (wetsvoorstel 36 469; hierna: Wagevoe). Blijkens de Wagevoe beoogt de wetgever dat een geschil over de uittreding van een aandeelhouder in één feitelijke instantie door de Ondernemingskamer wordt beslecht. Door niet mee te werken aan prorogatie en ook anderszins onvoldoende mee te werken aan een spoedige uittreding handelen Simetra c.s. in strijd met hun verplichtingen uit de artikelen 20 lid 2 Rv, 2:8 BW, 2:9 BW en 3:13 BW. Dit levert een gegronde reden op om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij Simetra, zo betoogt Nortra.

3.7. De Ondernemingskamer stelt voorop dat deze enquêteprocedure moet worden onderscheiden van de bij de rechtbank in eerste aanleg aanhangige uittredingsprocedure. Dat er raakvlakken bestaan tussen beide procedures, doet er niet aan af dat het hier gaat om verschillende procedures, bij verschillende rechterlijke instanties. De huidige wet – in het bijzonder artikel 2:337 BW – biedt niet de ruimte voor anticiperende toepassing van de Wagevoe. Evenmin kan gelet op de thans geldende wet worden geoordeeld dat [A] gehouden is mee te werken aan prorogatie; de door Nortra aangehaalde wetsartikelen verplichten Simetra c.s. daartoe niet. [A] kan naar geldend recht niet tegen zijn wil een procedure in twee feitelijke instanties worden onthouden. Bezwaren over de procesvoering van Simetra c.s. in de uittredingsprocedure kan Nortra in die procedure naar voren brengen.

Ongebruikelijke transacties

3.8. Op basis van de onder 2.7 en 2.8 bedoelde *Advance Cost Agreements* en *Preliminary Share Purchase Agreements* hebben [A] en zijn zwager [B] na de Russische inval in Oekraïne vanaf 25 februari 2022 geldbedragen tot een totaal van € 16.511.225 vanuit Rusland overgemaakt op de

bankrekening van Breeze Holding bij ING. Volgens Nortra geeft deze gang van zaken aanleiding tot twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken. Daarbij wijst zij op de sanctiewetgeving na de Russische inval en op een tegenstrijdig belang van [A].

3.9. Vast staat inmiddels dat eind februari 2022, enkele dagen na de recente Russische invasie in Oekraïne, een bedrag van bijna € 6 miljoen door [A] en [B] is overgemaakt aan Breeze Holding. In de periode tot 17 maart 2023 is dat bedrag opgelopen tot ruim € 16,5 miljoen. Het tijdstip van de eerste betalingen is inderdaad opvallend maar dat betekent niet dat om die reden gegronde redenen aanwezig zijn. Simetra c.s. hebben uiteengezet dat [A] en [B] in het verleden al achtergestelde aandeelhoudersleningen aan het Simetra-concern hadden verstrekt. Verder hebben zij toegelicht dat de liquiditeitssteun in 2022 en 2023 is verleend tegen de achtergrond van verscheidene (verwachte) betalingsverplichtingen die op dat moment nog niet door het Simetra-concern konden worden opgebracht. Zij wijzen daarbij op (i) verschillende procedures tussen het Simetra-concern en Aeon en aan haar gelieerde vennootschappen waarvan het financiële risico destijds op een bedrag van € 7,5 miljoen werd ingeschat, (ii) de door Nortra aanhangig gemaakte uittredingsprocedure met Nortra, waarvan het financiële risico aanvankelijk werd geschat op € 3,7 miljoen en (iii) verplichtingen uit hoofde van de door ING verstrekte financiering (toen in totaal nog € 7,8 miljoen).

De door [A] en [B] verstrekte gelden zijn aangewend om aan verplichtingen op grond van het onder 2.14 bedoelde vonnis van de rechtbank Amsterdam van 5 oktober 2022 te voldoen (inclusief rente en kosten circa € 3,2 miljoen) en om de lening van ING af te lossen; gevolg van het laatste was dat ING geen risico meer vormde voor de verhaalsmogelijkheden van [A] en [B], die immers ook al achtergestelde leningen hadden verstrekt. Begin 2024 is de inschatting gemaakt dat de totale verplichtingen toch lager zouden uitvallen dan aanvankelijk was getaxeerd, zodat de verstrekte gelden weer konden worden teruggestort. Vervolgens is een bedrag van € 6 miljoen overgemaakt naar bankrekeningen op naam van [A] in Dubai. Op zichzelf geeft deze vorm van liquiditeitssteun door aandeelhouders onvoldoende aanleiding te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken. Nortra heeft het onderwerp van de *Advance Cost Agreements* in twijfel getrok-

ken, maar uit de tekst en de considerans daarvan blijkt niet anders dan hiervoor is weergegeven. Ook is door Nortra onvoldoende aannemelijk gemaakt dat over het tijdstip van de (eerste) betalingen onder deze overeenkomsten (niet 23 februari 2022, zoals eerder werd aangevoerd, maar 25 februari 2022) welbewust onwaarheid is gesproken. Van handelen in strijd met artikel 21 Rv. is daarom niet gebleken.

3.10. Nortra heeft onvoldoende concreet onderbouwd dat dit anders wordt tegen de achtergrond van de sanctiewetgeving. [A] en [B] hebben nooit op een sanctielijst gestaan. Bovendien heeft ING (die eigen controleverplichtingen heeft onder de sanctiewetgeving) zowel ter gelegenheid van de inkomende als van de uitgaande betalingen vragen gesteld en onderliggende documentatie opgevraagd, maar uiteindelijk geen grond gezien de betalingen te blokkeren, ook niet nadat de lening van ING was afgelost. Het had mede tegen deze achtergrond op de weg van Nortra gelegen haar betoog van nadere onderbouwing te voorzien. Voor zover Nortra erover klaagt dat [A] en [B] bij het verlenen van het optierecht (dat door Nortra veeleer als het aangaan van een onvoorwaardelijke koopovereenkomst wordt beschouwd) op grond van de *Preliminary Share Purchase Agreements* waren geconflieerd, mist zij bij haar klacht voldoende belang nu vaststaat dat het optierecht is verlopen zonder dat het is uitgeoefend. Dat zich voor het overige een tegenstrijdig belang voordeed, heeft Nortra onvoldoende toegelicht.

Simetra heeft de ter beschikking gestelde gelden in de jaarrekening 2022 verantwoord onder de *current liabilities (accruals and deferred income)*. Uit de toelichting blijkt dat deze post (ultimo 2021: € 293.958; ultimo 2022: € 15.725.388) grotendeels maar niet uitsluitend bestaat uit gelden die ter beschikking waren gesteld uit hoofde van de *Guarantee received* en *Advance Cost Agreement*. Voor zover Nortra bij antwoordakte van 7 maart 2024 erover klaagt dat het door [A] en [B] in totaal overgemaakte bedrag van € 16,5 miljoen niet strookt met het in de jaarrekening verantwoorde bedrag, miskent zij dat het bedrag van € 16,5 miljoen ook betalingen uit boekjaar 2023 omvat. Simetra heeft vragen over dit een en ander tijdens de algemene vergadering van 31 mei 2023 beantwoord en toegezegd dat nadere vragen schriftelijk zouden worden beantwoord. Tevens in aanmerking genomen dat aan Nortra gelieerde vennootschappen uit de Aeon-groep concurreren

met Simetra (hetgeen terughoudendheid bij het verstrekken van concurrentiegevoelige informatie kan rechtvaardigen) is de Ondernemingskamer van oordeel dat Nortra over deze onderwerpen voldoende is geïnformeerd en voldoende ruimhartig van informatie is voorzien.

Tot slot

3.11. Uit het voorgaande volgt dat er naar het oordeel van de Ondernemingskamer geen gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Simetra sinds het onderzoek door mr. Endedijk is gestart. Het verzoek om het lopende onderzoek uit te breiden zal daarom, evenals het verzoek om een of meer andere deskundigen te benoemen, worden afgewezen. Het lopende onderzoek bevindt zich in de afrondende fase, zodat er evenmin grond is een tijdslimiet te stellen, zoals verzocht. Bij dit alles memoreert de Ondernemingskamer dat de onderzoeker zijn onderzoek naar eigen inzicht inricht. Dit betekent dat het aan de onderzoeker is, te bepalen welke werkzaamheden daartoe moeten worden uitgevoerd, welke informatie voor het onderzoek relevant is, welke gedurende het onderzoek verkregen informatie aanleiding geeft tot het doen van verder onderzoek, welke vragen aan een eventueel in te schakelen deskundige worden gesteld en op basis van welke informatie deze deskundige de aan hem gestelde vragen beantwoordt. Partijen hebben in een eventuele tweede fase van de enquêteprocedure de gelegenheid hun bezwaren met betrekking tot het onderzoek naar voren te brengen.

3.12. Voor het treffen van de gevraagde nadere onmiddellijke voorzieningen oordeelt de Ondernemingskamer geen termen aanwezig. De verzoeken zullen worden afgewezen.

3.13. Nortra zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van Simetra c.s. worden verwezen.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

wijst het verzoek van Nortra Holding N.V. af; veroordeelt Nortra Holding N.V. in de kosten van de procedure (...; *red.*).

NOOT

1. Dit aandeelhoudersgeschil speelt zich af rond de vennootschap Simetra BV, die vanaf 2017 een *zero energy* hotel in Amsterdam bouwt. Nortra was betrokken als beoogd manager en had aanvankelijk 10% van de aandelen; A was vooral financier en had 90%. Partijen hebben een veelheid aan verschillen van inzicht, deels voortvloeiend uit de noodzaak tot en gevolgen van een herfinanciering, maar ook door de COVID-pandemie en de inval in Oekraïne. Ten gevolge van een door Nortra bestreden emissie is haar belang gedurende het geschil verwaterd tot 0,0001%.

2. De onduidelijke afspraken die partijen over hun samenwerking hebben gemaakt leiden tot een hausse aan procedures waarin partijen over en weer op onderdelen in het ongelijk gesteld worden. Voor de gecompliceerde achtergronden verwijs ik naar a) de eerstefasebeschikking (OK 25 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3458) en b) het tussenvonniss van de rechtbank (Rb. Amsterdam 18 januari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:1372) in de door Nortra inmiddels aanhangig gemaakte uitredingsprocedure op grond van de wettelijke geschillenregeling (art. 2:343 BW). In dat tussenvonniss stelt de rechtbank voor om de zaak naar de parkeerrol te verwijzen tot de enquête meer duidelijkheid heeft opgeleverd.

3. De in 2021 gelaste enquête is inmiddels in concept afgerond en begin 2024 lijkt de onderzoeker vooralsnog van oordeel dat een en ander de toets der kritiek wel kan doorstaan. Dat leid ik af uit het feit dat Nortra niet het definitieve rapport afwacht, maar om uitbreiding van het onderzoek vraagt en aanvullende onmiddellijke voorzieningen. Nortra meent dat A en Simetra de uitredingsprocedure frustreren en dat de belangen van bestuurder A tegenstrijdig zijn met de belangen van Simetra. De OK acht Nortra aanvankelijk (r.o. 3.5), maar wijst het verzoek wel af (r.o. 3.6-3.10).

4. Verweerder Simetra had, net als ten aanzien van het oorspronkelijke verzoek, gesteld dat Nortra geen enquêteverzoek kon indienen omdat ze slechts 0,0001% aandeelhouder was. Destijds werd dat afgewezen op basis van de Slotervaart-regel (HR 11 april 2014, «JOR» 2014/259, m.nt. Olden) die kort gezegd bepaalt dat als een onderzoek gevraagd wordt naar een emissie als

gevolg waarvan de verzoeker beneden de 10%-grens is gezakt, die kapitaalreizen niet aan ontvankelijkheid in de weg hoeft te staan.

5. Een verzoek tot uitbreiding van een reeds gelaste enquête kan worden toegewezen indien a) in de periode na indiening van het oorspronkelijke verzoek feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen of zich hebben voorgedaan die een nieuwe gegronde reden opleveren om aan een juist beleid te twijfelen; of b) die zozeer samenhangen met de redenen voor het reeds gelaste onderzoek dat die feiten en omstandigheden in het onderzoek betrokken dienen te worden (vgl. OK 11 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2192 (TICA)). Omdat Nortra stelt dat a en b zich voordoen, kan zij nu wederom in haar verzoek worden ontvangen, zelfs al zou het nu niet over de gevraagde emissie gaan. Ik zou wel menen dat als Nortra uitsluitend geheel nieuwe gronden zou aanvoeren die op geen enkele wijze samenhangen met de verwatering die haar beneden de ontvankelijkheidsgrens houdt én ook niet samenhangen met het al lopende onderzoek, dit aanvullende verzoek wél zou dienen te worden afgewezen op grond van een te klein aandeelhouderschap.

6. Nortra legde als gezegd in haar aanvullend enquêteverzoek ook een verband met de bij de rechtbank lopende uitredingsprocedure. Met zoveel woorden verwijt Nortra aan Simetra en grootaandeelhouder A dat die onvoldoende meewerken aan die procedure bij de rechtbank. Zij zouden (volgens Nortra) moeten instemmen met prorogatie op grond van art. 2:337 lid 2 BW. Daarom zouden er tijdelijke bestuurders en/of commissarissen moeten komen met onder meer de bijzondere taak te bewerkstelligen dat de uitreding van Nortra uit Simetra zonder verdere vertraging zal geschieden. Nortra beargumenteert haar verzoek onder andere door te wijzen op het wetsvoorstel Wagevoe, waarin de geschillenregeling wordt gestroomlijnd met de enquêteprocedure. Dat voorstel was ten tijde van het indienen van het verzoek weliswaar wel aanhangig, maar op dat moment (met een demissionair kabinet en onduidelijkheid over de nieuwe politieke verhoudingen) was de status ervan volstrekt onzeker.

7. In reactie op dit verzoek, sluit de OK niet uit dat er raakvlakken bestaan tussen beide procedures, maar dat doet er niet aan af dat het toch gaat om verschillende procedures (r.o. 3.6). Er is boven-

dien geen ruimte voor anticiperende toepassing van de Wagevoe. Ook oordeelt de OK dat grootaandeelhouder A niet gehouden is mee te werken aan prorogatie; hem kan naar het nu nog geldende recht niet tegen zijn wil een procedure in twee feitelijke instanties worden onthouden.

8. Naar aanleiding van deze (mijns inziens tot mislukken gedoemde) poging van Nortra dringen zich wel een aantal interessante gedachten op.

9. Voor zover mij bekend is de route via prorogatie nog nooit met succes gebruikt. In een poging te komen tot een effectievere beslechting van aandeelhoudersgeschillen, heb ik in het verleden die methode gepropageerd (Ph.W. Schreurs, 'De geschillenregeling op consensuele basis', *Ondernemingsrecht* 2020/111) en overigens zelf ook viermaal in een procedure voorgesteld. Het was en is immers nu al mogelijk om op die manier een enquêteprocedure te combineren met een procedure tot uittreding of uitstoting. Maar daarvoor is altijd vrijwillige medewerking van de wederpartij nodig en die ontving ik in geen van die vier gevallen. De eerlijkheid gebiedt me overigens te erkennen dat ik zelf een dergelijk voorstel ook eenmaal heb afgewezen.

10. Over een aantal weken behoort de geschillenregelsprocedure in twee instanties tot het verleden. In de eerste helft van 2024 kwam de behandeling van het wetsvoorstel Wagevoe opeens in een stroomversnelling. Op 16 mei nam de Tweede Kamer het aan en op 4 juni de Eerste Kamer; op 1 januari 2025 treedt het in werking. De wijzigingen zijn overzichtelijk maar ingrijpend. De huidige dagvaardingsprocedure wordt vervangen door een verzoekschriftprocedure (waardoor alle belanghebbenden betrokken raken); de huidige twee instanties (rechtbank en OK) worden vervangen door de OK als enige feitelijke instantie; de toepassingscriteria worden verhelderd en verruimd; en alle samenhangende vorderingen kunnen worden meegenomen tenzij de zaak daardoor te ingewikkeld wordt (in welk geval de desbetreffende kwestie wordt "afgesplitst" naar de gewone rechter). De gerechtvaardigde verwachting is dat aandeelhoudersgeschillen hierdoor veel efficiënter kunnen worden beslecht en dat vooral het uit elkaar halen van twistende aandeelhouders hierdoor veel doelmatiger kan gebeuren. Het zou niet mogen verbazen als in de nabije toekomst de geschillenregeling veel vaker gebruikt zal gaan worden en de enquêteprocedure veel minder.

11. Gegeven deze stip aan de horizon zullen er, naar ik aanneem, in 2024 niet of nauwelijks nog nieuwe dagvaardingszaken op grond van art. 2:336 en/of art. 2:343 BW aanhangig zijn of worden gemaakt. Mij zijn uit de praktijk zelfs zaken bekend die aangehouden of zelfs ingetrokken worden, om na 1 januari 2025 (opnieuw) aanhangig te worden gemaakt bij de OK, al dan niet in combinatie met een enquêteprocedure.

12. Welke methoden resteren er, na invoering van Wagevoe op 1 januari 2025, nog om een (hier door Nortra bepleite) versnelling in de behandeling van een aandeelhoudersgeschil aan te brengen? Mijns inziens zijn daartoe twee mogelijkheden: kort geding of voorlopige voorziening.

13. In de eerste plaats blijft er de mogelijkheid van het kort geding. Een vordering tot uittreding wordt dan echter zelden ingesteld. Ik ken slechts drie gevallen waarin het is geprobeerd en steeds zonder succes: Pres. Rb. Amsterdam 11 mei 2000, «JOR» 2000/144 (*Spijker*); Vzgr. Rb. Zutphen 9 november 2011 (ECLI:NL:RBZUT:2011:BU5807) en Vzgr. Rb. Gelderland 12 september 2016 (ECLI:NL:RBGEL:2016:5207). Vooral uitstoting is in kort geding echter vele malen en regelmatig ook met succes toegepast. Uitstoting in kort geding ligt voor de hand als het belang van de vennootschap dat ommegaand vergt. Zie laatstelijk Vzgr. Rb. Amsterdam 10 februari 2022, «JOR» 2022/145, met een behoedzame noot van mijn hand; en M. Dudok van Heel, 'De geschillenregeling in kort geding', in: J. van Bekkum e.a. (red.): *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2023-2024*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 551 e.v. als krachtig pleitbezorgster.

14. Alertheid is wel vereist. Het bijzondere doet zich immers voor dat na invoering van Wagevoe de route via een kort geding weliswaar nog altijd tot een versnelling kan leiden, maar ongewild ook tot relatieve vertraging. Toepassing van de geschillenregeling via een kort geding betekent immers dat daartegen vervolgens wel weer gewoon hoger beroep mogelijk is, terwijl in de bodemprocedure geen hoger beroep mogelijk is, omdat na 1 januari 2025 de OK de enige feitelijke instantie is. Het valt derhalve niet uit te sluiten dat via een kort geding de finish later bereikt wordt dan via de bodemprocedure.

15. Ik ben er in beginsel dan ook voorstander van om ook in de echt dringende gevallen zoveel mogelijk de weg van de voorlopige voorzieningen te gebruiken, binnen het kader van en vooruitlo-

pend op de bodemprocedure (zie hierover verder F. Eikelboom, 'Ticket to the Tropics, Over onmiddellijke voorzieningen en de geschillenregeling', in: J. van Bekkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2023-2024*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 521 e.v.). Dat kan dan via de "gewone" voorlopige voorziening van art. 223 Rv (zie uitdrukkelijk art. 2:338 lid 3 BW). In een dergelijk geval kan aan de OK bijvoorbeeld verzocht worden om bij wege van voorlopige voorziening een (in de bodemprocedure uit te stoten) aandeelhouder voorlopig het stemrecht te ontnemen of hem als bestuurder te schorsen. In het huidige enquêterecht gebeurt het ook af en toe (in de zeer spoedeisende gevallen) dat de OK de behandeling van de verzochte onmiddellijke voorzieningen laat plaatsvinden voorafgaand aan de behandeling van het enquêterezocht. Er is geen reden waarom dat bij de voorlopige voorzieningen in de geschillenregeling niet ook zal kunnen gebeuren.

mr. Ph.W. Schreurs
advocaat corporate litigation Boels Zanders Eindhoven

225

Ontheffing van verplichting tot uitbrengen van openbaar bod

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

25 april 2024, nr. 200.340.260/01 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2024:1100

(mr. Melissen, mr. De Jongh, mr. Wessels,
prof. dr. mr. Ten Have, Wind)

en

20 juni 2024, nr. 200.340.939/01 OK,
ECLI:NL:GHAMS:2024:1791

(mr. Vink, mr. Wolfs, mr. Faber,
drs. Thomassen RV RT, drs. Dubbeld)

Noot mr. T.M. Stevens

Flexibele toepassing van art. 5:72 lid 3 Wft brengt mee dat ook financiële toestand van groep waartoe doelvennootschap behoort aanleiding kan geven voor ontheffing van verplichting tot uitbrengen van openbaar bod. Geen redelijk belang wordt gediend met verplichting om openbaar bod uit te brengen voorafgaand aan in te stellen uitkoopvordering ex art. 2:92a BW.

[Wft art. 5:70, 5:72 lid 3]

In art. 5:70 lid 1 Wft is bepaald dat eenieder die alleen of tezamen met personen met wie in onderling overleg wordt gehandeld, rechtstreeks of middellijk, overwegende zeggenschap verkrijgt in een Nederlandse nv waarvan de aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt, een openbaar bod moet uitbrengen op alle aandelen van die vennootschap.

De aandelen van Cnova NV zijn genoteerd aan Euronext Parijs. Casino SA houdt sinds 31 januari 2017 circa 99% van de aandelen in Cnova. De vennootschap naar buitenlands recht FRH heeft als gevolg van de uitvoering van een voor het voortbestaan van de Casino-groep noodzakelijke financiële herstructurering overwegende zeggenschap verworven in Casino en daarmee ook overwegende zeggenschap verworven in Cnova. De Franse toezichthouder AMF heeft geoordeeld dat de financiële toestand van de Casino-groep een vol-