

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. 2020-12

9 september 2020

Ondernemingskamer en geschillen over de erfenis (deel I)

Beoefenaren van het erfrecht dienen van alle markten thuis te zijn. Boek 4 BW bevindt zich nu eenmaal in het kloppende hart van ons burgerlijk vermogensrecht. Ook de gevarieerde samenstelling van nalatenschappen is er debet aan dat meer dan eens een uitstapje naar een ander rechtsgebied moet worden ondernomen. Een nog nauwelijks in kaart gebracht grensgebied betreft de confrontatie van het erfrecht met het recht van enquête.

Het recht van enquête, dat is geregeld in artikel 344 e.v. van Boek 2 BW, maakt het mogelijk om na rechterlijke tussenkomst een onderzoek in te laten stellen naar het gevoerde beleid en de gang van zaken binnen een rechtspersoon – veelal een bv of nv – en de door hem in stand gehouden onderneming(en). Het enquêterecht kan worden ingezet wanneer er ‘gegronde redenen [zijn] om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen’ (art. 2:350 lid 1 BW). Het enquêterecht richt zich dus primair op de gedragingen van het bestuur en de raad van commissarissen, maar ook het beleid van de algemene vergadering van aandeelhouders kan onderwerp van onderzoek zijn. Tot het gelasten van een enquête is uitsluitend de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam bevoegd. Het recht van enquête is een verzoekschriftprocedure (art. 261 e.v. Rv) of beter gezegd: een samenstel van verzoekschriftprocedures, voor de verschillende fasen die de enquêteprocedure kent.

Het voorgaande betekent dat wanneer (certificaten van) aandelen met een zekere omvang in een bv of nv tot de nalatenschap van een erflater behoren, de Ondernemingskamer in voorkomend geval een helpende hand zou kunnen bieden bij het oplossen van geschillen over deze nalatenschapsgoederen en de daarin besloten liggende waarde. De rechtspraak laat daarvan een aantal treffende voorbeelden zien. Ik vestig in mijn drieluik de aandacht op drie vraagstukken.

Ten eerste: wie van de erfrechtelijke spelers hebben toegang tot het enquêterecht? Maakt het daarbij nog verschil of de nalatenschap beheerd wordt door een executeur of een vereffenaar?

Ten tweede: ten aanzien van welke geschillen over erfenissen met aandelenbelangen in een bv of nv biedt het recht van enquête een rechtsingang?

Ten derde: welke maatregelen kan de Ondernemingskamer in de verschillende fasen van de enquêteprocedure zo nodig treffen?

Deze drie vragen worden beantwoord in relatie tot onder meer onderstaande, uit het leven gegrepen gevallen, waarvan de feiten slechts beknopt worden weergegeven. Die feiten zijn vooralsnog toegesneden op de beantwoording van de eerste vraag naar de enquêtebevoegdheid.

Butôt Holding-beschikking (ECLI:NL:HR:2010:BM6077 en ECLI:NL:GHAMS:2012:BW6586)

De vier kinderen van Butôt sr. zijn elk voor 25% deelgenoot in zijn onverdeelde nalatenschap. Van die onverdeelde nalatenschap maken deel uit certificaten van aandelen in Butôt O.G. Holding B.V. (de Holding), uitgegeven door Stichting Administratiekantoor Butôt (AK). Een van de kinderen, ██████ werkte samen met zijn vader in de groep, die zich toelegde op vastgoedbeleggingen. ██████ is in het testament aangewezen als executeur van de nalatenschap. Hij is ook enig bestuurder van het AK, van de Holding en haar dochtervennootschappen. ██████ is via zijn bv voor 51% rechtstreeks aandeelhouder van een van de groepsvennootschappen waarin het waardevolle vastgoed is ondergebracht en de Holding houdt de overige 49%. Twee van de vier kinderen dienen een enquêteverzoek in bij de Ondernemingskamer. Zij stellen dat door toedoen van ██████ allerlei nadelige, winstafromende overeenkomsten zijn gesloten door de groep, waarvan alleen ██████ en zijn bv kunnen profiteren. Zijn de broers van ██████ wel bevoegd een enquêteverzoek in te dienen, nu de nalatenschap nog onverdeeld is en ██████ benoemd is tot executeur?

Museum Vastgoed-beschikking (ECLI:NL:HR:2016:454)

Willem Endstra is in 2004 overleden na een moordaanslag. Hij heeft geen testament gemaakt. De erfgenamen zijn de kinderen van erflater, waarvan één minderjarig. Zij hebben de nalatenschap beneficiair aanvaard (art. 4:190 jo. 4:193 BW). Hierdoor zijn de wettelijke bepalingen van de vereffening van de nalatenschap van toepassing (art. 4:202 lid 1 onder a BW) en treden de erfgenamen gezamenlijk als vereffenaar op (art. 4:195 BW). Tot de nalatenschap behoren aandelen in verschillende vennootschappen (waaronder Museum Vastgoed Groep B.V.). De nalatenschap heeft tevens diverse schuldeisers, waaronder de Nederlandse Staat en een Duitse bank. Gelet op de hoogte van deze vorderingen is de nalatenschap vermoedelijk insolvent. In 2009 hebben de erfgenamen, die toen nog vereffenaar waren, de tot de nalatenschap behorende aandelen verdeeld, zonder dat de schuldeisers eerst waren voldaan. In 2014 heeft de rechtbank ex artikel 4:203 lid 1 BW een advocaat tot vereffenaar benoemd.

Nadat het niet mogelijk was gebleken om tot een vergelijk te komen, zijn de erfgenamen en de vereffenaar een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer gestart, waarbij zij hetzelfde verzoek hebben ingediend. Opmerkelijk is dat de door de verzoekers aangevoerde gronden voor de enquêtebevoegdheid elkaar uitsluiten. De vereffenaar stelde namelijk dat de aandelen nog tot de nalatenschap behoorden, terwijl de erfgenamen daartegen aanvoerden dat de aandelen reeds in gelijke delen aan de erfgenamen waren toebedeeld en dus buiten de nalatenschap vielen. Wie is in dit geval enquêtebevoegd: de erfgenamen of de vereffenaar?

't Pierement-beschikking (ECLI:NL:GHAMS:2014:3006)

G was tot zijn overlijden enig bestuurder en aandeelhouder van 't Pierement Antiek en Beheer B.V., een vennootschap die zich toelegt op handel in antiek en belegging in vastgoed. Erfgenamen van G zijn vier kinderen uit een eerder (door echtscheiding ontbonden) huwelijk, zijn echtgenote H en kind I (van G en H). Aan echtgenote H is boven haar erfdeel een keuzelegaat tegen inbreng toegekend. In het testament is daarover verder bepaald dat H na uitoefening van het keuzelegaat voldoende zekerheid

dient te stellen. De vorderingen op H uit hoofde van het keuzelegaat en de daarover verschuldigde rente zijn eerst opeisbaar na haar overlijden en wanneer zij op enigerlei andere wijze het vrije beheer over al haar goederen verliest.

H oefent het keuzelegaat uit ten aanzien van de aandelen in het kapitaal van 't Pierement, waarna zij daarvan enig aandeelhouder en bestuurder wordt. In notariële akten worden de verhoudingen tussen H en de vijf kinderen nader geregeld. Zo is bij akte van verdeling bepaald dat ieder van de kinderen een vordering van € 105.590,21 op H heeft. In een akte van verpanding worden de aandelen in 't Pierement aan de kinderen verpand tot meerdere zekerheid van voormelde vorderingen. H behoudt het stemrecht op de aandelen en de kinderen hebben als pandhouder de rechten die door de wet zijn toegekend aan de houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen (thans genaamd: certificaten van aandelen waaraan vergaderrecht is verbonden (art. 2:198 lid 4 BW)).

Nadat H door een beroerte wordt getroffen, ontfermt I zich over de vennootschap met haar vastgoed. Ook wordt een meerderjarigenbewind (titel 19 van Boek 1 BW) ingesteld over de goederen van H. Hierdoor zijn de vorderingen van de kinderen op H opeisbaar geworden. De kinderen dringen aan op betaling daarvan en menen dat met de vereffening van het vermogen van de vennootschap – uiteindelijk het enige voor verhaal vatbare vermogen van H – geen voortgang wordt gemaakt. Ook zou I bij het beheer van het vermogen van de vennootschap aan zijn eigen belangen voorrang geven. Hij bewoont het vastgoed van de vennootschap met zijn gezin en voert daar allerlei betaalde kluswerkzaamheden uit. De vier voorkinderen van G wenden zich daarom uiteindelijk met een enquêteverzoek tot de Ondernemingskamer om aan het wanbeheer van hun halfbroer een halt toe te roepen.

Hoe moet in deze bijzondere gevallen geoordeeld worden over de enquêtebevoegdheid van deze erfrechtelijke spelers? Boek 2 BW brengt ons alvast op weg.

Tot het indienen van een verzoekschrift om een enquête te gelasten bij een bv of nv zijn op grond van artikel 2:346 lid 1 onder b BW bevoegd houders van aandelen of certificaten van aandelen, die samen ten minste één tiende van het geplaatste kapitaal of € 225.000 nominaal vertegenwoordigen (bij een bv of nv met een geplaatst kapitaal van maximaal € 22,5 miljoen). Hieruit blijkt dat er twee, alternatieve benedengrenzen zijn. Waar leidt dit toe in de geschetste gevallen? In de beantwoording onderscheid ik vier posities.

- (i) De deelgenoten in een gemeenschap waartoe (certificaten van) aandelen behoren

In de *Butôt*-beschikking verweerde de Holding zich met de stelling dat de verzoekers geen certificaathouders zijn, maar dat zij slechts een voorwaardelijk recht op levering van de certificaten van aandelen hebben, en wel onder de opschortende voorwaarden van beëindiging van de executele en verdeling van de nalatenschap. Ook zouden de verzoekers eraan voorbij zijn gegaan dat de executeur van de nalatenschap – ██████████ – – privaat (en dus bij uitsluiting van anderen) gerechtigd is om de nalatenschap te beheren en dat hij de erfgenamen in en buiten rechte vertegenwoordigt (art. 4:145 BW). Als de executeur niet exclusief bevoegd is, dan zou volgens de Holding vereist zijn dat alle deelgenoten tezamen het enquêteverzoek hadden ingediend (art. 3:170 lid 3 BW). Zou dat verweer slagen, dan dienen de verzoekers niet-ontvankelijk in hun enquêteverzoek verklaard te worden.

De Ondernemingskamer wijst het verweer af. De Holding stelt cassatieberoep in. Ook in cassatie vangt de Holding bot. In de woorden van de Hoge Raad:

'In een geval als het onderhavige, waarin Butôt c.s. ieder voor hun aandeel in de nalatenschap moeten worden aangemerkt als economische certificaathouder voor wier rekening en risico de certificaten worden gehouden, brengt de strekking van het enquêterecht mee dat zij de daardoor aan hen als verschaffer van risicodragend kapitaal verleende bescherming kunnen inroepen en met de in art. 2:346, aanhef en onder b, BW bedoelde certificaathouders kunnen worden gelijkgesteld, ook indien aan hen geen bevoegdheden met betrekking tot de zeggenschap toekomen (vgl. HR 6 juni 2003, nr. R02/078, LJN AF9440, NJ 2003/486).

Aan deze gelijkstelling met de in art. 2:346, aanhef en onder b, BW bedoelde certificaathouders en de daarop gebaseerde bevoegdheid van Butôt c.s. om een enquêteverzoek te doen, staat niet in de weg dat een executeur is benoemd die tot taak heeft de goederen der nalatenschap, waartoe de certificaten van aandelen behoren, te beheren en de erfgenamen in en buiten rechte te vertegenwoordigen.

De bevoegdheid tot het doen van een enquêteverzoek hangt in een geval als het onderhavige, anders dan de onderdelen tot uitgangspunt nemen, niet ervan af of de verzoeker de hoedanigheid toekomt van houder van de certificaten die deel uitmaken van de onverdeelde nalatenschap, maar of deze als kapitaalverschaffer een eigen economisch belang bij die certificaten heeft.

De bevoegdheid een enquête te verzoeken is geen vermogensrecht. De enkele omstandigheid dat Butôt c.s. als deelgenoten met het bedoelde eigen economisch belang met het enquêteverzoek kunnen beogen een vermogensbelang te dienen, vormt onvoldoende grond aan dat verzoek het karakter te verlenen van een daad van beheer ten aanzien van de tot de nalatenschap behorende certificaten waartoe de executeur exclusief bevoegd zou zijn. Dit past bij het spoedeisend belang van het verzoek tot onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een vennootschap, die niet onder beheer van de executeur staat, en voorkomt dat tegenstrijdige opvattingen omtrent de noodzaak van een verzoek of een belangentegenstelling tussen deelgenoten onderling of tussen de executeur en deelgenoten een verzoek belemmert of vertraagt.'

Hieruit blijkt dat deelgenoten in een onverdeelde nalatenschap waarvan certificaten van aandelen deel uitmaken, op grond van artikel 2:346 onder b BW bevoegd zijn tot het doen van een enquêteverzoek. Elke deelgenoot dient aangemerkt te worden als economische certificaathouder voor wiens rekening en risico de certificaten worden gehouden. De Hoge Raad doet hiervoor mede een beroep op de strekking van het enquêterecht. Die strekking brengt mee dat zij de daardoor aan hen als verschaffer van risicodragend kapitaal verleende bescherming kunnen inroepen en met de in artikel 2:346 onder b BW bedoelde certificaathouders kunnen worden gelijkgesteld, ook indien aan hen geen bevoegdheden met betrekking tot de zeggenschap toekomen. Met een beroep op de strekking van het enquêterecht wordt de kring van de enquêtegerechtigden uitgebreid zonder dat daarvoor een wettelijk aanknopingspunt bestaat. Van belang is nog wel om vast te stellen dat het (gezamenlijke) belang van verzoeker(s) voldoet aan de minimum kapitaaleisen van artikel 2:346 onder b BW.

Bijzondere aandacht vraagt nog de motivering waarvan de Hoge Raad zich bedient om de privatieve beheersbevoegdheid van de executeur geen sta-in-de-weg te laten zijn voor de enquêtebevoegdheid van de deelgenoten. De Hoge Raad overweegt dat de bevoegdheid een enquête te verzoeken geen vermogensrecht is. De Hoge Raad overweegt verder nog dat de enkele omstandigheid dat met het enquêteverzoek beoogd kan zijn een vermogensbelang te dienen, onvoldoende grond vormt aan het verzoek het karakter te verlenen van een daad van beheer over de tot de nalatenschap behorende certificaten van aandelen waartoe de executeur exclusief bevoegd zijn. De gedachte hierachter zal zijn dat het economische belang bij de certificaten van aandelen bij ieder van de deelgenoten in de nalatenschap zelf ligt. Om die reden oefenen de deelgenoten geen (exclusieve) beheersbevoegdheid van de executeur uit.

(ii) De executeur

Algemeen wordt aangenomen dat de executeur naast de erfgenamen bevoegd is tot het doen van een enquêteverzoek. In de *Butôt*-beschikking heeft de Hoge Raad zich over deze kwestie niet uitgelaten. De enquêtebevoegdheid van de executeur is onderdeel van zijn beheerstaak, die zich mede uitstrekt over de (certificaten van) aandelen die tot de nalatenschap behoren (art. 4:144 lid 1 BW). Dat de executeur én de erfgenamen een enquêteverzoek kunnen indienen, behoeft overigens niet tot complicaties te leiden. Het is veeleer zo – aldus de Hoge Raad in de *Butôt*-beschikking – dat de beslissing om ook de deelgenoten enquêtebevoegd te achten, past bij het spoedeisend belang van het verzoek tot onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een vennootschap, die niet onder beheer van de executeur staat, en voorkomt dat tegenstrijdige opvattingen omtrent de noodzaak van een verzoek of een belangentegenstelling tussen deelgenoten onderling of tussen de executeur en deelgenoten een verzoek belemmert of vertraagt. Is men het niet met elkaar eens, dan kan dat verschil van inzicht zo nodig bij de Ondernemingskamer naar voren gebracht worden.

(iii) De vereffenaar

Ook de vereffenaar heeft tot taak het vermogen van de nalatenschap te beheren (art. 4:211 lid 1 BW), zodat hij ook zelfstandig enquêtebevoegd geacht kan worden. Niet alleen in de *Museum Vastgoed*-beschikking is een vereffenaar in een enquêteprocedure als verzoeker opgetreden. Een ander voorbeeld betreft *De Stille Wille*-beschikking (ECLI:NL:GHAMS:2014:1631), in welk geval de door de rechtbank (op verzoek van het Openbaar Ministerie en de Ontvanger) benoemde vereffenaar van de nalatenschap (zie daarvoor ECLI:NL:RBOBR:2013:CA3940) van een vermoorde (en daardoor niet meer veroordeelde) drugs crimineel om een enquête heeft verzocht bij een vennootschap waarin de erflater als erfgenaam in de nalatenschap van zijn vader een aandelenbelang had. In beide gevallen heeft de Ondernemingskamer de verzoekende vereffenaar ontvankelijk verklaard. In de *Museum Vastgoed*-beschikking oordeelde de Ondernemingskamer dat er geen reden is om de vereffenaar van een nalatenschap waartoe de aandelen (mogelijkerwijs) behoren anders te behandelen dan de curator in een faillissement (vgl. art. 2:346 onder c BW).

In dit verband is nog interessant te vermelden op welke wijze in de *Museum Vastgoed*-beschikking is omgegaan met de hiervoor gesignaleerde kwestie dat niet duidelijk was of de verdeelde aandelen nog wel tot de nalatenschap behoorden. Als dat niet het geval is, dan staat de vereffenaar in zijn enquêteverzoek uiteraard met lege handen. De Ondernemingskamer overwoog hierover dat het antwoord op de vraag of en in hoeverre de tussentijdse partiële verdeling nietig is en wat de gevolgen van een eventuele nietigheid zijn, aan de gewone burgerlijke rechter is. Echter, er dient ernstig rekening mee te worden gehouden dat de burgerlijke rechter tot de conclusie zou komen dat de vereffenaar de tussentijdse partiële verdeling zou kunnen aantasten voor zover dat voor de vereffening en voor het voldoen van nalatenschapscrediteuren noodzakelijk is. De Ondernemingskamer laat het bij deze omineuze woorden in een beknopt voorlopig oordeel. De vereffenaar kon in elk geval op deze grond in zijn enquêteverzoek worden ontvangen.

Het cassatieberoep daartegen door de geënquêteerde vennootschap wordt door de Hoge Raad ex artikel 81 lid 1 RO verworpen, zonder nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Voor de fijnproevers wijs ik nog op het 'juridische trapezewerk' van A-G Timmerman in zijn conclusie. De A-G betoogt dat de partiële verdeling van de aandelen in dit geval tot nietigheid leidde wegens handelen door de vereffenaars/erfgenamen in strijd met het verbod van *Selbsteintritt* (art. 3:86 BW,

waarnaar in art. 4:215 lid 4 BW wordt verwezen). Kort én ook goed: 'In deze zaak traden de erfgenamen ten tijde van de verdeling zelf op als vereffenaars. Daarin schuilt het probleem. In hun hoedanigheid van vereffenaar dienden de erfgenamen zich mede te richten naar de belangen van de schuldeisers. Maar als deelgenoten in de nalatenschap hadden zij andere belangen. In zo'n geval is er dus sprake van een duidelijke belangentegenstelling, met als gevolg dat de positie van de schuldeisers in het gedrang komt.'

(iv) De pandhouder

Tot slot kan een pandhouder bevoegd zijn een enquête te verzoeken. In de *'t Pierement*-beschikking zijn de voorkinderen – zonder dat daartegen verweer is gevoerd – als pandhouder van de aandelen in het kapitaal van de geënquêteerde vennootschap tot meerdere zekerheid van de voldoening van hun vorderingen op hun stiefmoeder in hun enquêteverzoek door de Ondernemingskamer ontvangen. Dat kan als volgt worden toegelicht. Heeft een pandhouder het stemrecht op de verpande aandelen (en voldoet het verpande aandelenbelang aan de minimum kapitaaleisen van art. 2:346 onder b BW), dan is de pandhouder enquêtebevoegd (art. 2:198 lid 4 BW). In de casus van de *'t Pierement*-beschikking was aan het verpande aandelenbelang geen stemrecht verbonden. Ook de pandhouder zonder stemrecht kan evenwel enquêtebevoegd zijn. Daarvoor is vereist dat de statuten van de vennootschap bepalen dat de pandhouder de rechten heeft die door de wet zijn toegekend aan de houders van certificaten van aandelen waaraan vergaderrecht is verbonden en bij de vestiging van het pandrecht niet anders is bepaald (eveneens art. 2:198 lid 4 BW). Dat de vorderingen van de voorkinderen op hun stiefmoeder opeisbaar waren geworden als gevolg van de instelling van het meerderjarigenbewind zal het in stelling hebben kunnen brengen van het enquêterecht ongetwijfeld bevorderd hebben.

Het bovenstaande leert ons dat de erfrechtelijke spelers en vertegenwoordigers in voorkomend geval gebruik kunnen maken van een enquêtebevoegdheid. Of dat ook effectief kan zijn en schot in een vastgelopen zaak kan brengen, zal in de volgende twee luiken blijken. Wordt vervolgd dus.

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