

Onder redactie van:

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

AdvoTip

Erfrecht voor de advocaat

Afl. 2021-1

20 januari 2021

Ondernemingskamer en geschillen over de erfenis (deel II)

In deel I van dit drieluik is de toegang tot het enquêterecht (art. 344 e.v. van Boek 2 BW) aan de orde geweest (*AdvoTip* 2020-12). Gebleken is dat erfrechtelijke spelers (erfgenamen, executeurs en vereffenaars) gebruik kunnen maken van de bevoegdheid om in voorkomend geval aan de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam te verzoeken een enquête te gelasten naar het beleid en de gang van zaken binnen een vennootschap indien (certificaten van) aandelen met een zekere omvang in het kapitaal van die vennootschap deel uitmaken van de nalatenschap. In deel II ligt de focus in de eerste plaats op de vraag ten aanzien van welke geschillen over erfenissen met aandelenbelangen in een bv of nv het recht van enquête een rechtsingang biedt. In de tweede plaats komen de maatregelen aan bod die de Ondernemingskamer in de verschillende fasen van de enquêteprocedure zo nodig kan treffen en waar dat toe kan leiden. Aan de hand van (i) de *Butôt*-beschikking, (ii) de *'t Pierement Antiek en Beheer*-beschikking en (iii) de *Autopol-Franeker*-beschikking zal hierop worden ingegaan.

De Butôt-beschikking

Op 2 januari 2007 overleed Butôt sr. Zijn vier kinderen zijn elk voor 25% deelgenoot in de nalatenschap. Van die onverdeelde nalatenschap maken onder meer deel uit certificaten van aandelen in Butôt O.G. Holding BV (de Holding). De certificaten van aandelen zijn uitgegeven door Stichting Administratiekantoor Butôt (AK). Een van de kinderen, Butôt jr., werkte samen met zijn vader in de Butôt-groep, die zich toelegde op vastgoedbeleggingen. Butôt jr. is in het testament van Butôt sr. aangewezen als executeur van de nalatenschap. Hij is ook enig bestuurder van het AK, van de Holding en haar dochtervennootschappen. Butôt jr. is via zijn bv voor 51% rechtstreeks aandeelhouder van een van de groepsvennootschappen van de Butôt-groep, waarin het waardevolle vastgoed is ondergebracht. De Holding houdt de overige 49% aandelen.

Twee van de vier kinderen van Butôt sr. dienen een enquêteverzoek in bij de Ondernemingskamer. Zij stellen dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid van de Holding te twijfelen. Hoofdzakelijk komen de aangevoerde bezwaren erop neer dat door toedoen van Butôt jr. allerlei nadelige, winstafromende maatschapsovereenkomsten zijn gesloten door de groep, waarvan alleen Butôt jr. en zijn bv kunnen profiteren. Omdat Butôt jr. een tegenstrijdig belang had (immers, hij was zowel bestuurder van de Holding als bestuurder van de wederpartij bij deze overeenkomsten), heeft hij het daarheen geleid dat de algemene vergadering ene heer Konijnenburg op de voet van artikel 2:256 BW aanwees als bijzondere vertegenwoordiger. Konijnenburg heeft vervolgens meegewerkt aan het sluiten van deze

overeenkomsten en de Holding verrichtte vervolgens op grond hiervan diverse betalingen aan de bv van Butôt jr.

De eerste vraag die beantwoord moest worden, luidde of de twee broers van Butôt jr. wel bevoegd zijn een enquêteverzoek in te dienen, nu de nalatenschap nog onverdeeld was en Butôt jr. benoemd was tot executeur. Uit *AdvoTip* 2020-12 blijkt dat die bevoegdheid door de Ondernemingskamer (ECLI:NL:GHAMS:2009:BI4018) en in cassatie door de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2010:BM6077) is aangenomen, omdat de verzoekers met de als gevolg van erfopvolging verkregen certificaten van aandelen verschaffers zijn van risicodragend kapitaal met een eigen economisch belang. Met een beroep op de strekking van het enquêterecht wordt de kring van de enquêtegerechtigden uitgebreid zonder dat daarvoor in artikel 2:346 lid 1 BW een wettelijk aanknopingspunt bestaat.

Het enquêteverzoek wordt door de Ondernemingskamer toegewezen in haar beschikking van 17 februari 2009 (art. 2:350 lid 1 BW). De Ondernemingskamer plaatst de beoordeling van de handelwijze van Butôt jr. – als bestuurder van de Holding en het AK – in de sleutel van tegenstrijdig belang en een gebrek aan voldoende zorgvuldig optreden daarbij:

‘Uit het voorgaande volgt dat er – in ieder geval per november 2006 – voor het bestuur van Butôt Holding sprake was van een tegenstrijdig belang. Alsdan is het van grote betekenis dat de te onderscheiden belangen op zorgvuldige wijze gescheiden worden gehouden. Het betrachten van een zo groot mogelijke openheid is daarvoor een waarborg. Inschakeling van deskundige derden kan gewenst en onder omstandigheden geboden zijn. Bovendien is – in vergelijking met overigens in het maatschappelijk verkeer voorkomende transacties – een hogere mate van zorgvuldigheid in voorbereiding, besluitvorming en uitvoering bij het sluiten van een overeenkomst waarbij belangenverstrengeling kan spelen, vereist. De Ondernemingskamer betwijfelt of [Butôt jr.] – als bestuurder van Butôt Holding en AK Butôt – de te onderscheiden belangen op de juiste wijze heeft gescheiden gehouden en of hij voldoende zorgvuldigheid in acht heeft genomen.’

Zo acht de Ondernemingskamer het zonder adequate verklaring niet voor de hand te liggen dat Butôt jr. de hand heeft weten te leggen op onder meer opgebouwde, maar nog niet gerealiseerde stille reserves ter grootte van ca. € 5,5 mln. in de vastgoedportefeuille, terwijl de panden ver vóór zijn aantreden bij de Butôt-groep waren verworven. De inschakeling van Konijnenburg als bijzondere vertegenwoordiger kan volgens de Ondernemingskamer de toets der kritiek niet doorstaan. De Ondernemingskamer meent dat uit niets blijkt dat Konijnenburg op zorgvuldige wijze is opgetreden, zodat de Ondernemingskamer twijfel heeft of hij in voldoende mate onafhankelijk van Butôt jr. is opgetreden. De Ondernemingskamer overweegt:

‘In een situatie als de onderhavige had het op de weg van [Butôt jr.] gelegen om er voor zorg te dragen dat er een of meer onafhankelijke deskundigen bij de totstandkoming van de maatschapsovereenkomsten 2006-I en 2006-II werden ingeschakeld en om die deskundigen spontaan van informatie over de reden van het wijzigen van de maatschapsovereenkomsten 1994 en 2004, te voorzien. Daarbij komt dat – gezien de verklaring van cardioloog E.M. Buys van 19 maart 2006 inhoudende dat Butôt sr. aan de ziekte van Parkinson leed en geheugenproblemen en hallucinaties had – betwijfeld kan worden of Butôt sr. nog wel in staat was om zijn wil te bepalen toen hij Konijnenberg als zijn gevolmachtigde (in welke hoedanigheid Konijnenberg in de buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van Butôt Holding aanwezig was) aanwees, onderscheidenlijk in staat was om te beoordelen of Konijnenberg zijn volmacht goed uitvoerde.’

Tevergeefs is door de verzoekers in de enquêteprocedure ook verzocht om als onmiddellijke voorziening ex artikel 2:349a lid 2 BW IRB Holding – de bv van Butôt jr. – te schorsen als bestuurder van de Holding en een derde tot tijdelijk bestuurder te benoemen. Daarvoor achtte de Ondernemingskamer redengevend dat nog onvoldoende inzicht bestond over de vraag hoe over de over en weer gestelde feiten moest worden geoordeeld.

Interessant aan deze uitspraak is nog de volgende overweging van de Ondernemingskamer over de informatieverplichting van het bestuur aan één of meer van de houders van (certificaten van) aandelen, hoewel in deze zaak niet aannemelijk was gemaakt dat sprake was van schending van een dergelijke informatieverplichting:

‘Naar het oordeel van de Ondernemingskamer rust juist in een situatie als de onderhavige waarin verzoekers geen bestuurder zijn, op het bestuur van Butôt Holding een bijzondere zorgplicht jegens deze kapitaalverschaffers en dient het bestuur volledige openheid te betrachten. Aan deze zorgplicht doet niet af dat verzoekers tijdelijk deelgenoot zijn in de bedoelde gemeenschap. Het informatierecht van de kapitaalverschaffers gaat echter niet zo ver dat het bestuur ook buiten het verband van de algemene vergadering van aandeelhouders te allen tijde en zonder meer alle verlangde inlichtingen dient te verschaffen. Een zodanig recht bestaat slechts in bijzondere omstandigheden. De onderhavige situatie, waarin verzoekers deelgenoot zijn geworden in een nalatenschap en zij zich een oordeel willen vormen over de financiële situatie van de vennootschap waarvan zij kapitaalverschaffer zijn geworden, kan worden aangemerkt als een bijzondere omstandigheid waarin het bestuur ook buiten het verband van de algemene vergadering in beginsel verlangde inlichtingen dient te verschaffen. Echter kan op grond van hetgeen verzoekers naar voren hebben gebracht en het gemotiveerde verweer hiertegen van Butôt Holding, niet worden geconcludeerd dat Butôt Holding haar informatieverplichting als hier bedoeld jegens verzoekers heeft verzaakt.’

Hieruit blijkt dat een situatie, waarin deelgenoten in een onverdeelde nalatenschap, waartoe (certificaten van) aandelen behoren, zich een oordeel willen vormen over de financiële situatie van de vennootschap waarin zij als gevolg van erfopvolging kapitaalverschaffer zijn geworden, een voorbeeld is van een bijzondere omstandigheid waarin het bestuur buiten de algemene vergadering van aandeelhouders om de gewenste inlichtingen dient te verstrekken. Die situatie is dus een uitzondering op de hoofdregel dat op grond van artikel 2:107/217 lid 2 BW geen informatierecht van aandeelhouders of houders van certificaten van aandelen bestaat buiten het verband van de algemene vergadering, die gewoonlijk slechts eenmaal per jaar wordt gehouden. Die hoofdregel lijdt alleen uitzondering als zich een bijzondere omstandigheid voordoet, in welk geval op grond van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW dat informatierecht wel kan bestaan. Beoefenaren van het erfrecht kunnen dit informatierecht goed inzetten om hun dossier in dit opzicht compleet te krijgen.

Deze zaak krijgt een vervolg nadat de door de Ondernemingskamer aangewezen onderzoeker – mr. Herman Doeleman, advocaat te Amsterdam – zijn onderzoeksverslag op 23 april 2010 ter griffie van de Ondernemingskamer heeft neergelegd. Verzoekers hebben de Ondernemingskamer binnen een termijn van twee maanden daarna verzocht te oordelen dat sprake is van wanbeleid en aanvullend de nodige voorzieningen te treffen om de gevolgen van het wanbeleid – te weten de bevoordeling van Butôt jr. – zo veel mogelijk ongedaan te maken (art. 2:355 lid 2 BW).

Opvallend is de stevige toon die de onderzoeker in zijn verslag aanslaat, aangehaald in r.o. 3.5 van de beschikking van de Ondernemingskamer van 25 april 2012

(ECLI:NL:GHAMS:2012:BW6586). Naar het oordeel van de onderzoeker is de feitelijke gang van zaken bij de totstandkoming van diverse overeenkomsten 'onvoldoende zorgvuldig' geweest en is daarbij 'onvoldoende onafhankelijk' gehandeld, waarmee het verslag meer bevat dan uitsluitend een vaststelling van de feiten. Daar bestaat *an sich* geen bezwaar tegen zolang feitelijke bevindingen en oordelen, meningen en conclusies maar goed worden gescheiden, en de onderzoeker niet het exclusieve domein van de Ondernemingskamer – het oordeel over juridische begrippen als 'wanbeleid' en 'strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap' – betreedt (vgl. § 7.5 van de door de Ondernemingskamer opgestelde *Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures*). Kort en bondig luidt de conclusie van de onderzoeker in het onderzoeksverslag:

'Butôt Holding is door het totstandkomen van de overeenkomsten 2006-I en 2006-II (potentieel) benadeeld. Konijnenberg is niet voldoende onafhankelijk opgetreden en heeft de belangen van Butôt Holding onvoldoende behartigd.'

De Ondernemingskamer stelt in haar tweedefasebeschikking niet alleen vast dat sprake is geweest van wanbeleid van de Holding, maar stelt ook vast wie hiervoor verantwoordelijk zijn. Dat zijn Butôt jr., IRB Holding B.V., AK en Konijnenburg. Het oordeel over wanbeleid formuleert de Ondernemingskamer als volgt:

'Uit vorenstaande volgt dat de maatschapsovereenkomsten 2006-I en 2006-II zeer nadelig waren voor Butôt Holding en zeer voordelig waren voor IRB zonder dat daarvoor een zakelijk motief bestond en dat (...) Butôt [jr.] als (indirect) bestuurder van Butôt Holding daarbij zeer onzorgvuldig heeft gehandeld in het licht van (i) het tegenstrijdig belang tussen IRB en (...) Butôt [jr.] enerzijds en Butôt Holding en Butôt senior anderzijds en (ii) de gezondheidstoestand van Butôt senior op grond waarvan (...) Butôt [jr.] minst genomen ernstig rekening moest houden met de mogelijkheid dat Butôt senior niet meer bij machte was de consequenties van de overeenkomsten te overzien en niet ingestemd zou hebben met de uit de overeenkomsten voortvloeiende nadelen voor Butôt Holding indien hij die gevolgen wel zou hebben overzien. De instemming van Butôt Holding met de maatschapsovereenkomsten 2006-I en 2006-II moet daarom als wanbeleid worden aangemerkt.'

Met behulp van diverse voorzieningen beoogt de Ondernemingskamer de gevolgen van het wanbeleid zo veel mogelijk ongedaan te maken, althans de weg daarvoor te effenen. Deze definitieve voorzieningen ex art. 2:355 jo. art. 2:356 BW zijn:

- a. vernietiging van de besluiten van de algemene vergadering van de Holding van 15 december 2006 tot goedkeuring van de maatschapsovereenkomsten 2006-I en 2006-II en tot aanwijzing van Konijnenburg als bijzondere vertegenwoordiger van de Holding bij het aangaan van deze maatschapsovereenkomsten;

De voorziening om een besluit te vernietigen als bedoeld in art. 2:356 onder a BW, leidt nog niet tot ongedaanmaking van de gevolgen van de besluiten. Dat lost de Ondernemingskamer op door de door haar benoemde tijdelijke bestuurder (als bedoeld in art. 2:356 onder c BW) met een speciale taak te belasten (zie hierna).

- b. ontslag van IRB als bestuurder van de Holding en benoeming van een tijdelijke bestuurder bij de Holding; en

De te benoemen tijdelijke bestuurder – vooralsnog voor een periode van twee jaar – zal blijkens de beschikking van de Ondernemingskamer als taak hebben om te beletten dat (verder) uitvoering wordt gegeven aan de maatschapsovereenkomsten en om de voor de

Holding nadelige gevolgen van het wanbeleid zo veel mogelijk ongedaan te maken, onder meer door, voor zover betalingen en uitkeringen zijn verricht ten laste van de Holding die niet stroken met de oude maatschapsovereenkomsten uit 1994 en 2004, deze betalingen en uitkeringen terug te vorderen van degenen die deze betalingen of uitkeringen hebben ontvangen. Tot de taak van de tijdelijke bestuurder zal voorts behoren om al het naar zijn oordeel nodige te doen om de verhoudingen binnen de Holding te herstellen.

- c. overdracht ten titel van beheer van de door het AK gehouden aandelen in de Holding aan een door de Ondernemingskamer te benoemen beheerder.

De aandelen worden door de Ondernemingskamer ten titel van beheer overgedragen aan een nader aan te wijzen persoon, eveneens vooralsnog voor een periode van twee jaar. Het salaris en de kosten van deze beheerder komen ten laste van de Holding.

De rol van Butôt jr. binnen de Holding was hiermee uitgespeeld. De taak waarmee de tijdelijk benoemde OK-bestuurder is belast, te weten het ongedaan maken van de gevolgen van het wanbeleid en het herstel van de gezonde verhoudingen, bleek geen eenvoudige te zijn. Na twee jaar was deze taak nog niet volbracht en daarom werd de geldingsduur van de definitieve voorzieningen door de Ondernemingskamer verlengd met twee jaar (ECLI:NL:GHAMS:2014:1977). Dat herhaalde zich nadien nog eens tweemaal (ECLI:NL:GHAMS:2016:1024 en ECLI:NL:GHAMS:2018:1283).

Ten langen leste is een vergelijk tussen de erfgenamen tot stand gebracht door middel van een soort van ‘vennootschapsrechtelijke verdeling’, en wel in de vorm van een ruzie- of aandeelhouderssplitsing ex artikel 2:334cc BW. Bij deze ruziesplitsing wordt afgeweken van de hoofdregel van artikel 2:334e lid 1 BW dat aandeelhouders van een splitsende vennootschap ten gevolge van de splitsing aandeelhouder worden van alle verkrijgende vennootschappen. Bij een ruziesplitsing is het mogelijk dat onderscheiden aandeelhouders van de splitsende vennootschap (in dit geval de Holding, die daarna ophoudt te bestaan) aandeelhouder worden van onderscheiden vennootschappen die bij de splitsing worden opgericht. Hierdoor is het mogelijk dat iedere erfgenaam de facto een deel van de nalatenschap van Butôt sr. (bestaande uit onder meer de (onverdeelde) certificaten van aandelen in de Holding) verkrijgt, en wel in de vorm van aandelen in een vennootschap met een deel van het vastgoed waarvan hijzelf aandeelhouder wordt. Hierdoor zal de ruzie tussen de erfgenamen niet meer voortgezet kunnen worden en krijgt ieder het zijne. Om misbruik van deze faciliteit ten nadele van minderheidsaandeelhouders te voorkomen, worden evenwel strenge eisen aan een dergelijk splitsingsbesluit gesteld; een besluit daartoe moet worden genomen door de algemene vergadering van de splitsende vennootschap met een meerderheid van drie vierde van de uitgebrachte stemmen in een vergadering waarin 95% van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd. Naar mag worden aangenomen, zal bij de ruziesplitsing de eerder door de Ondernemingskamer gewraakte bevoordeling van Butôt jr., die aanleiding is geweest tot de enquête en geleid heeft tot de diskwalificatie van de *modus operandi* van Butôt jr., gecorrigeerd zijn. De door de Ondernemingskamer getroffen voorzieningen – de benoeming van een tijdelijke bestuurder en de overdracht van aandelen ten titel van beheer – konden daarna bij beschikking worden beëindigd (ECLI:NL:GHAMS:2018:4434), met de navolgende motivering:

‘Uit de stukken is genoegzaam gebleken dat partijen een vaststellingsovereenkomst hebben gesloten, dat beëindiging van de Voorzieningen onderdeel uitmaakt van het overeengekomen stappenplan en dat alle partijen, alsmede Verweij [de door de OK benoemde tijdelijke bestuurder] en Van Hassel [de door de OK benoemde beheerder van de aandelen], instemmen met de

beëindiging van de Voorzieningen. (...) Met de beëindiging van de Voorzieningen eindigt tevens deze procedure.'

Succes bij de Ondernemingskamer is niet altijd verzekerd, zo wijst de volgende beschikking uit.

De 't Pierement Antiek en Beheer-beschikking

G was tot zijn overlijden op 8 november 2004 enig bestuurder en aandeelhouder van 't Pierement Antiek en Beheer BV, een vennootschap die zich toelegt op de handel in antiek en belegging in vastgoed. Tot 15 juni 1970 was G gehuwd met H, die in 1997 is overleden. Zij hebben samen vijf kinderen: A, B, C, D (verzoekers tot de enquête) en I. Nadat het huwelijk door echtscheiding was ontbonden, is G gehuwd met F. Samen hebben zij een zoon: E. Op 28 mei 2004 heeft G een testament gemaakt, waarin hij aan F boven haar erfdeel heeft gelegateerd *'alle overige tot mijn nalatenschap behorende goederen die zij zal verkiezen, onder verplichting om de waarde daarvan te vergoeden aan de nalatenschap'* (keuzelegaat tegen inbreng). In het testament is daarover verder bepaald dat F na uitoefening van het keuzelegaat voldoende zekerheid dient te stellen. De vorderingen op F uit hoofde van het keuzelegaat en de daarover verschuldigde rente zijn eerst opeisbaar na haar overlijden en ook wanneer zij op enigerlei andere wijze het vrije beheer over al haar goederen verliest.

Na het overlijden van G is F enig bestuurder van 't Pierement geworden. Op 7 november 2006 heeft F het keuzelegaat ten aanzien van de aandelen in het kapitaal van 't Pierement uitgeoefend, en is zij vanaf deze datum enig aandeelhouder van 't Pierement. In de notariële akte houdende afgifte van het legaat wordt bepaald dat F een bedrag van € 922.348,81 aan de nalatenschap verschuldigd is. Met betrekking tot deze schuld aan de nalatenschap zullen F en de overige erfgenamen bij notariële akte nadere voorwaarden overeenkomen. De rechtsverhouding tussen F en de erfgenamen van G is op 1 oktober 2009 geregeld in: (i) een akte van verdeling, waarin is bepaald dat de kinderen ieder een vordering van € 105.590,21 op F hebben, (ii) een akte van verpanding, waarin alle aandelen in het kapitaal van 't Pierement zijn verpand aan de kinderen tot meerdere zekerheid voor de betaling van hetgeen zij van F te vorderen hebben (en waarbij F het stemrecht op de aandelen behoudt en de kinderen als pandhouder de rechten hebben die door de wet zijn toegekend aan de houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten (vgl. thans art. 2:198 lid 4 BW)) en (iii) een obligatoire overeenkomst met diverse bepalingen die de belangen van de kinderen als schuldeiser beogen te beschermen, zoals over opeisbaarheid en zekerheidsstelling. Tot die bepalingen behoort ook de bindende afspraak dat bepaalde bestuursbesluiten aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen (Besluit van 1 oktober 2009).

In maart 2010 wordt F getroffen door een beroerte, waarna E – naast F – per 1 april 2010 zelfstandig bestuurder van 't Pierement wordt. Bij beschikking van 4 juni 2010 wordt een meerderjarigenbewind (vgl. titel 19 van Boek 1 BW) ingesteld over de goederen en gelden die toebehoren aan F en worden E en CSI Bewindvoeringen BV tot bewindvoerders benoemd. (Terzijde: E is nadien bij beschikking van 6 juli 2012 ontslagen als bewindvoerder door de kantonrechter te Leeuwarden om iedere schijn van belangenverstrengeling – E was immers zowel bewindvoerder met betrekking tot de aandelen in het kapitaal van 't Pierement als bestuurder daarvan – te voorkomen.) Hierdoor zijn de vorderingen van de kinderen op F opeisbaar geworden, en zij dringen aan op betaling daarvan. Dat zou kunnen geschieden door 't Pierement te ontbinden en het vermogen te vereffenen of door de resterende aan de vennootschap toebehorende onroerende zaken (een boerderij te Friesland en een winkelpand in Leiden) te verkopen en de opbrengst daarvan uit te keren als dividend (waarmee de pandhouders kunnen worden voldaan). Omdat met de vereffening van het vermogen van de vennootschap –

uiteindelijk het enige voor verhaal vatbare vermogen van F – naar hun oordeel geen of onvoldoende voortgang wordt gemaakt en E bij het leiding geven aan en het beheer van 't Pierement ook eigen belangen zou nastreven, dienen de voorkinderen in februari 2014 een enquêteverzoek met betrekking tot 't Pierement in. Daarmee wensen zij aan het beweerdelijke wanbeheer van hun halfbroer een halt toe te roepen. In hun enquêteverzoek hebben verzoekers onder meer gesteld:

- a. Het beleid van 't Pierement zou gericht moeten zijn op het verkopen van onroerende zaken, het betalen van eventuele schulden en het uitkeren van zo veel mogelijk dividend teneinde F in staat te stellen haar opeisbare schulden aan de overige erfgenamen te voldoen, maar het door E bepaalde beleid heeft tot gevolg gehad dat aanzienlijke kosten zijn gemaakt zodat 't Pierement aan de rand van de afgrond staat.
- b. E heeft zonder voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders besloten om het pand te Leiden te renoveren en is daarvoor – in strijd met een vennootschappelijk besluit (het Besluit van 1 oktober 2009) – financiële verplichtingen aangegaan.
- c. E heeft zich door 't Pierement een salaris laten uitbetalen en heeft met zijn gezin in de boerderij in Friesland en in het pand te Leiden gewoond zonder daarvoor huur te betalen.
- d. 't Pierement heeft openstaande schulden die niet betaald kunnen worden.
- e. De verkoop van de panden verloopt moeizaam, en
- f. E is geen onafhankelijk bestuurder en woont inmiddels niet meer in Nederland, maar in Australië.

De voorkinderen verzoeken om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij 't Pierement over de periode vanaf 1 april 2010, de datum waarop E als bestuurder bij 't Pierement is aangetreden. Daarnaast wordt aan de Ondernemingskamer als onmiddellijke voorziening verzocht om F en E te schorsen als bestuurder van 't Pierement en een onafhankelijke derde als bestuurder te benoemen, althans een medebestuurder naast E en te bepalen dat E niet langer zelfstandig bevoegd is om de vennootschap te vertegenwoordigen.

In deze zaak was aan de verpande aandelen in het kapitaal van 't Pierement geen stemrecht verbonden. Ook de pandhouder zonder stemrecht kan evenwel enquêtebevoegd zijn (zie ook *AdvoTip* 2020-12). 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 (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. Tegen de enquêtebevoegdheid van de vier voorkinderen is in elk geval geen verweer gevoerd door de vennootschap.

In haar beschikking van 28 juli 2014 (ECLI:NL:GHAMS:2014:3006) plaatst de Ondernemingskamer de bezwaren van verzoekers in de sleutel van een tegenstrijdig belang:

'De bezwaren van verzoekers hangen samen met een tegenstrijdig belang tussen F als aandeelhouder van 't Pierement en haar zoon E als haar potentiële erfgenaam enerzijds en verzoekers anderzijds. Verzoekers wensen een snelle liquidatie van de vennootschap en met name snelle verkoop van het onroerend goed, zodat zij hun opeisbare vorderingen op F kunnen incasseren. De belangen van F en E worden juist gediend met een aanpak die erop gericht is een zo hoog

mogelijke verkoopopbrengst te realiseren zodat, na voldoening van de vorderingen van verzoekers, nog middelen overblijven als oudedagsvoorziening voor F en voor E in de vorm van haar nalatenschap. De Ondernemingskamer is van oordeel dat dit tegenstrijdig belang de vennootschap in beginsel niet regardeert. Voor zover verzoekers menen dat het belang van E – en ook dat van F – in strijd komt met het belang van de vennootschap dat hij als haar bestuurder heeft te dienen, geldt dat niet is gebleken dat E dit tegenstrijdig belang uit het oog heeft verloren.’

De Ondernemingskamer is van oordeel dat de aangevoerde bezwaren van onvoldoende gewicht zijn voor gegronde twijfel aan het beleid van 't Pierement. Niet gezegd kan worden dat de keuzes van E bij de verkoop van het vastgoed onjuist of onredelijk waren en in strijd met de belangen van 't Pierement. Ook oordeelt de Ondernemingskamer dat de verminderde financiële positie van de vennootschap niet te wijten is aan onjuist bestuur. Het maken van betalingsafspraken kan geen gegronde reden opleveren om te twifelen aan een juist beleid. Weliswaar onderkent de Ondernemingskamer dat het Besluit van 1 oktober 2009 geschonden is door in strijd daarmee externe financiering aan te trekken voor de renovatie van het pand te Leiden, maar de Ondernemingskamer beschouwt de schending van dit voorschrift als een incident en niet zo ernstig dat daaraan in het kader van deze enquêteprocedure gevolgen dienen te worden verbonden. De Ondernemingskamer acht de ontvangst van een salaris door E niet onredelijk en het niet betalen van huur voor een pand gedurende de tijd dat gerenoveerd werd, kan niet tot toewijzing van het verzoek leiden. Gelet op de (beperkte) omvang van de onderneming van de vennootschap acht de Ondernemingskamer het vooralsnog aannemelijk dat E zijn bestuurswerkzaamheden voldoende deugdelijk vanuit het buitenland kan uitoefenen.

Helemaal bevredigend is (de motivering van) deze uitspraak mijns inziens niet. De voorkinderen hadden sedert 4 juni 2010 opeisbare geldvorderingen op hun stiefmoeder uit hoofde van het overlijden van hun vader, en deze zijn ten tijde van het indienen van het enquêteverzoek in februari 2014 nog immer niet voldaan en evenmin bestond daar concreet uitzicht op. Door en met de instelling van het meerderjarigenbewind zijn deze geldvorderingen – conform hetgeen de erflater *expressis verbis* heeft bepaald in zijn testament – terstond opeisbaar geworden. Op het eerste gezicht spreekt het misschien aan om hier van een tegenstrijdig belang (of van een belangenconflict) tussen de voorkinderen aan de ene kant en de stiefmoeder en haar zoon aan de andere kant te spreken, maar niet uit het oog mag worden verloren dat aan de verschillende belangen een ander gewicht moet worden toegekend én dat de bestuurder van de vennootschap daarnaast in het belang van de vennootschap en de daarbij betrokken stakeholders dient te handelen, hetgeen bij niet-naleving in dit geval kan leiden tot ontoelaatbare belangenverstrengeling. Duidelijk is dat (niet meer dan) de verwachting van E als (potentiële) erfgenaam van F het minste gewicht in de schaal legt. In de nalatenschap van hun stiefmoeder zouden de schulden aan de voorkinderen ook als eerste aan bod komen (art. 4:7 lid 1 onder a BW). Ook is duidelijk dat de eventuele geldelijke aanspraken van F op de vennootschap ten behoeve van de voorkinderen (tot aan de beslagvrije voet) een verhaalsobject vormen en dat aan het karakter van deze oudedagsvoorziening door de opeisbaarheid van de geldvorderingen van de kinderen de facto een einde komt. Kortom, de door de Ondernemingskamer vermelde aanspraken en een verwachting zijn allerminst gelijkwaardig te achten belangen en dan doet het vreemd aan om van een (kennelijk te dulden) tegenstrijdig belang te spreken.

Ook wekt de stelling van de Ondernemingskamer dat het tegenstrijdig belang de vennootschap in beginsel niet regardeert verwondering. Van een werkelijke onderneming was bij 't Pierement al lang geen sprake meer. Verder is duidelijk dat de aandelen in het kapitaal van de vennootschap in het 'bezit' van de stiefmoeder waren gekomen door aanvaarding van het keuzelegaat tegen inbreng en dat de schuld uit hoofde van

aanvaarding van het legaat uitsluitend zou kunnen worden voldaan uit middelen afkomstig van de vennootschap. In dat geval heeft de vennootschap mijns inziens in mindere mate een eigen, zelfstandig belang en behoort haar vermogen mede dienstbaar te zijn aan voldoening van de schulden van haar aandeelhouder. De Ondernemingskamer zou het enquêteverzoek mijns inziens ook hebben kunnen toewijzen, en wel om reden van ontoelaatbare belangenverstremming van de bestuurder. Duidelijk is dat in dit opzicht ook het nodige 'toezicht' verwacht had mogen worden van CSI Bewindvoeringen BV, die het bewind voerde over de aandelen in het kapitaal van 't Pierement. Bij de uitvoering van het bewind dient rekening gehouden te worden met de plicht van de rechthebbende om de vóór het bewind ontstane en als gevolg van het bewind opeisbaar geworden schulden te kunnen voldoen. Handelingen van de bestuurder van 't Pierement die de voldoening daarvan in gevaar (kunnen) brengen, dienen dan kritisch beoordeeld te worden.

De Ondernemingskamer wijst het enquêteverzoek af. Ook wanneer de Ondernemingskamer gegronde redenen aanwezig geacht zou hebben om aan een juist beleid te twijfelen, heeft zij overigens de discretionaire bevoegdheid om te bepalen of een onderzoek bevolen moet worden. In de te maken belangenafweging staat het belang van de vennootschap voorop. Niettemin geeft de Ondernemingskamer E als bestuurder van 't Pierement nog wel een niet te veronachtzamen vingerwijzing:

'De slotsom is dat de Ondernemingskamer geen onderzoek zal bevelen. Daarbij gaat de Ondernemingskamer er vanuit, dat E zich houdt aan de verplichting om de besluiten, als bedoeld in de lijst van het Besluit van 1 oktober 2009, aan de algemene vergadering van aandeelhouders (derhalve aan de bewindvoerder), ter goedkeuring voor te leggen en dat hij de pandhouders adequaat blijft informeren.'

De betekenis hiervan is mijns inziens meer dan een symbolisch doekje voor het bloeden. Ook een gewaarschuwd bestuurder telt immers voor twee.

De Autopol-Franeker-beschikking

Wie zou denken dat de Ondernemingskamer gelet op de 't Pierement-beschikking mogelijk koudwatervrees heeft om zich in te laten met erfrechtelijke geschillen heeft het mis. In de *Autopol-Franeker-beschikking* van 16 december 2013 (ECLI:NL:GHAMS:2014:347) heeft de Ondernemingskamer namelijk wel een onderzoek gelast in een zaak met vergelijkbare feiten en verwijten. Mogelijk waren de vennootschappelijke misdragingen in deze zaak iets ernstiger. In dit geval was de nalatenschap (waartoe de aandelen in het kapitaal van Autopol-Franeker BV behoorden) zeven jaar na het openvallen nog niet verdeeld en zelfs tot een waardering van de aandelen was het nog niet gekomen. Een van de erfgenamen was bestuurder van de vennootschap en ontving daarvoor een jaarlijkse management fee en diverse onkostenvergoedingen. De vennootschap ontplooidde geen activiteiten meer, behoudens enkele verhuuractiviteiten. Het pand van de vennootschap te Franeker werd tot 2001 verhuurd aan een van de andere erfgenamen, die daarin een garagebedrijf uitoefende. De vennootschap had een vordering op hem uit hoofde van niet betaalde huur van ca. € 150.000. Rente werd daarover niet in rekening gebracht. Met ingang van 2001 werd de begane grond van het pand aan derden verhuurd voor een huurvergoeding van ruim € 56.000 per jaar. De erfgenaam-bestuurder bewoonde met zijn gezin de bovenverdieping van het pand. Huur werd niet betaald en evenmin was in de jaarrekening van de vennootschap een vordering hiervoor opgenomen.

Verzoekers – de andere erfgenamen – menen dat de vennootschap ten onrechte geen informatie verschaft over de gang van zaken, dat de vordering uit hoofde van verhuur van de garage niet wordt geïnd, dat geen huur in rekening wordt gebracht voor de huur van de bovenverdieping en dat de bestuurdersbeloning en onkostenvergoeding

buitenissig zijn, gelet op de bescheiden omvang van de te verrichten werkzaamheden. Ook wordt de rechtsgeldigheid van de beloning, waarover geen besluit in de algemene vergadering is genomen, ter discussie gesteld.

De Ondernemingskamer oordeelt dat er gegronde redenen bestaan voor twijfel aan een juist beleid van de vennootschap en dat er genoeg reden is voor een onderzoek daarnaar. Zij wijst er daarbij op dat grote onduidelijkheid bestaat omtrent de punten waarop de bezwaren van de verzoekers betrekking hebben. Onduidelijk is waarom de huurvordering ongeëind blijft en waarom geen huur voor de bovenverdieping in rekening wordt gebracht.

'Er moet dan ook ernstig rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de Vennootschap en [de erfgenaam-bestuurder] de belangen van [de erfgenaam-huurder] hebben laten prevaleren boven die van de Vennootschap, althans dat de belangen van de Vennootschap niet dan wel onvoldoende worden behartigd',

aldus de Ondernemingskamer. Voorts is naar het oordeel van de Ondernemingskamer onzeker of aan de betaling aan de bestuurder van salaris en onkosten een – rechtsgeldig – genomen besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders ten grondslag ligt, terwijl ook bij de hoogte daarvan vraagtekens te plaatsen zijn en niet altijd duidelijk is waarop de in rekening gebrachte kosten betrekking hebben. De enquête wordt vervolgens gelast door de Ondernemingskamer. Opvallend daarbij is de ruime taakomschrijving die door de Ondernemingskamer aan de onderzoeker wordt meegegeven. Het moet volgens de Ondernemingskamer aan de onderzoeker worden overgelaten te beslissen over welke periode het onderzoek zich dient uit te strekken. Het staat de onderzoeker ook vrij alle feiten en gebeurtenissen uit het verleden te onderzoeken die licht kunnen werpen op de onderwerpen waarop het onderzoek betrekking heeft.

Mij is helaas niet bekend op welke wijze deze enquête geëindigd is. Het komt mij voor dat met de druk van het onderzoek en de resultaten daarvan de verdeling van de nalatenschap vlot zou moeten kunnen worden getrokken, rekening houdende uiteraard met al hetgeen eerder mogelijk is toegeëigend of nog verschuldigd is.

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