

(Hoge Raad 14 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2932, «JOR» 2014/327). Een ander verweer van de (indirect) bestuurders in het kader van de schending van de administratieplicht is dat “zij in de periode na 1 juni 2010 de boekhouding met hulp van een ingeschakelde administratrice stukje bij beetje hebben gereconstrueerd”. Terecht overweegt het hof dat dit er niet aan af doet dat de boekhouding gedurende langere periode niet aan de eisen heeft voldaan (r.o. 4.9). Uit art. 2:10 lid 1 BW volgt dat de administratie zodanig moet zijn dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Wanneer reconstructie achteraf noodzakelijk is, hetgeen verder gaat dan het op het moment van het uitspreken van het faillissement nog bijwerken van de administratie van de laatste dagen/weken voorafgaand aan het faillissement, kan niet worden geconcludeerd dat de administratie daadwerkelijk heeft gefunctioneerd als een hulpmiddel voor het besturen en beheersen van de rechtspersoon en het afleggen van rekening en verantwoording daarover. In dat geval voldoet de administratie niet aan de daaraan te stellen eisen. Zie hierover ook C.M. Harmsen, *Administratieplicht en aansprakelijkheid voor het boedeltekort* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht, deel 115, Deventer: Wolters Kluwer 2019, paragraaf 8.7.2). Met het oordeel dat de (indirect) bestuurders het wettelijk vermoeden dat hun kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement niet hebben weerlegd en het afwijzen van hun beroep op disculpatie en matiging, heeft het ingestelde hoger beroep voor de curator maximaal resultaat opgeleverd.

mr. drs. C.M. Harmsen
advocaat bij TOON Advocaten te Amsterdam

4

Houder niet bewilligde certificaten behoort niet tot “kring van betrokkenen” ex art. 2:8 BW

Gerechtshof Den Haag
1 oktober 2019, zaaknr. 200.242.518/01,
ECLI:NL:GHDHA:2019:2536
(mr. Van Coevorden, mr. Van Dijk, mr. Steinvooft)
Noot mr. R.A. Wolf

Schenking van niet bewilligde certificaten door erflater aan echtgenote en kinderen. Erflater behoudt volledige zeggenschap in StAK en vennootschap. Certificaathouder behoort ten opzichte van vennootschap niet tot “kring van betrokkenen” ex art. 2:8 BW. Door aan erflater aanzienlijke geldbedragen aan leningen te verstrekken handelt vennootschap jegens certificaathouder niet onrechtmatig. Ook StAK is op dit punt niet tekortgeschoten jegens certificaathouder en heeft evenmin onrechtmatig gehandeld. Erflater valt derhalve geen persoonlijk ernstig verwijt te maken.

[BW art. 2:8, 2:227 lid 2]

[Erflater] is enig bestuurder van zowel de [StAK] als [bedrijf 2]. Alle aandelen van [bedrijf 2] zijn in handen van de [StAK]. Met het toekennen van de niet bewilligde certificaten aan zijn echtgenote en kinderen heeft [erflater] hun zeggenschap in de holding “op afstand” geplaatst.

De niet bewilligde certificaten geven [appellant] een contractuele aanspraak op de [StAK], die beheerst wordt door de administratievoorwaarden. Deze voorwaarden schrijven voor dat de [StAK] de certificaathouders voor elke ava van [bedrijf 2] raadpleegt over de agendapunten van deze vergadering. De reden daarvoor is dat de certificaathouders geen vergaderrecht hebben en zich daarom niet op de hoogte kunnen stellen van deze vergaderpunten “en in staat zijn hun mening daaromtrent aan het [StAK] voor de vergadering mee te delen”.

Niet in geschil is dat [appellant] in relatie tot de [StAK] betrokkene is in de zin van art. 2:8 BW. Volgens de huidige statuten van [StAK] leidt deze betrokkenheid in beginsel tot niet meer dan de verplichting van het bestuur van de [StAK] om bij het uitoefenen van het stemrecht in de avo van [bedrijf 2] ook de belangen van de certificaathouders "in aanmerking te nemen".

[Appellant] is – als houder van zonder medewerking van [bedrijf 2] uitgegeven certificaten – ten opzichte van [bedrijf 2] en/of haar aandeelhouders en bestuurders, geen betrokkene in de zin van art. 2:8 BW. De wet noch de statuten voorzien daarin. Zo is in de statuten van [bedrijf 2] aan de certificaten van [appellant] geen vergaderrecht verbonden (art. 2:227 lid 2 BW). [Appellant] heeft geen contractuele aanspraken op [bedrijf 2].

De verwijten van [appellant] aan [bedrijf 2] zijn beperkt tot de besluiten van [bedrijf 2] om aanzienlijke geldbedragen aan leningen (al dan niet in rekening-courant) aan [erflater] te verstrekken. Met deze besluiten heeft [bedrijf 2] niet onrechtmatig jegens [appellant] gehandeld. [Appellant] is immers geen betrokkene in de zin van art. 2:8 BW bij [bedrijf 2]. Van een specifieke jegens [appellant] door [bedrijf 2] in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm is in dit geval geen sprake. Tussen [bedrijf 2] en [appellant] heeft geen contractuele rechtsrelatie/rechtsverhouding bestaan. Dat er een specifieke normschending van [bedrijf 2] zou zijn geweest, waardoor [bedrijf 2] jegens [appellant] onrechtmatig heeft gehandeld, is niet voldoende onderbouwd. Dat geldt ook als veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat de [StAK] in strijd met haar statuten of administratievoorwaarden heeft gehandeld.

Van een door de [StAK] gevoerd onrechtmatig dividendbeleid van [bedrijf 2] is geen sprake. [Appellant] stelt terecht dat de [StAK] tekort is geschoten in de verplichting op grond van de administratievoorwaarden om hem steeds, nadat hij meerderjarig was geworden, bij elke avo van [bedrijf 2] tevoren te raadplegen over de agendapunten. Dit leidt echter niet tot aansprakelijkheid van de [StAK] (en dus ook niet van [erflater]), omdat het buiten de normale verwachtingen ligt dat de [StAK] zou hebben toegegeven aan de wens van een van de C-aandeelhouders om tussentijds dividend uit te keren. Van verkapte winsten is evenmin sprake, nu de leningen onder zakelijke condities zijn verstrekt. Het betrof steeds rentedragende leningen, die allemaal in reke-

ning-courant zijn geboekt en geadministreerd en er zijn (terug)betalingsafspraken gemaakt.

Op zichzelf is juist dat de aan [erflater] verstrekte leningen na certificering van de aandelen niet langer aan de doelomschrijving van de statuten van [bedrijf 2] voldeden. Daarin is als een van haar doelen aangemerkt: "het verstrekken van geldleningen aan, en het zich sterk maken voor (middellijk) aandeelhouders en/of certificaathouders, mits onder zakelijke condities". De doelomschrijving ziet niet op niet bewilligde certificaten/certificaten zonder stemrecht. Daar staat tegenover dat het verstrekken van de (zakelijke) leningen al voor de certificering gangbare praktijk was en deze praktijk nadien is voortgezet. Bij deze gang van zaken en in de context waarin de certificaten zijn verstrekt – kort gezegd: een structuur voor het beheer van het vermogen en het inkomen van uiteindelijk [erflater] – en de doelen ten behoeve waarvan de certificaten zijn verstrekt, was er geen verplichting van de [StAK], contractueel noch op grond van art. 2:8 BW, jegens [appellant] om tegen het (verder blijven) verstrekken van deze leningen op te treden.

Uit een en ander volgt dat de [StAK], met uitzondering van de informatieverplichting, niet jegens [appellant] tekort is geschoten of onrechtmatig heeft gehandeld en daardoor schadelijkt is geworden. Bij deze stand van zaken is ter zake van de gestelde benadeling geen sprake van een [erflater] persoonlijk te maken ernstig verwijt.

*[Appellant],
advocaat: mr. E.J.H. Zandbergen,
tegen*

*[geïntimeerde],
in zijn hoedanigheid van executeur/executor in de nalatenschap van
[erflater],
hierna te noemen: de Executor,
advocaat: mrs. G.J.R. Kalsbeek.*

(...; red.)

Beoordeling van het hoger beroep

1. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis (Rb. Den Haag 18 april 2018, rolnummer C/09/533132/HA ZA 17-568; red.) onder 2.1. tot en met 2.16. een aantal feiten vastgesteld. Hiertegen hebben partijen geen grieven gericht, zodat ook het hof van deze feiten uitgaat. Het gaat in deze zaak (als

voorts in hoger beroep onvoldoende weersproken) om het volgende.

1.1. [appellant], geboren op [geboortedatum], is een van de kinderen van de heer [erflater], overleden te Londen op [datum] 2017 (hierna: [erflater]). Naast [appellant] heeft [erflater] vier kinderen nagelaten. [erflater] heeft bij Engels testament van 19 september 2016 over zijn nalatenschap beschikt. Uit dit testament volgt dat [appellant] is onterfd.

1.2. In het Engelse testament is de Executor aangewezen als (een van) de executors van de nalatenschap. De Executor heeft deze benoeming aanvaard.

1.3. [erflater] was ondernemer en heeft bij zijn leven onder meer een keten van [bedrijven] opgericht. Deze keten van [bedrijven] was ingebracht in een (aantal) vennootschap(pen) met als top-holding [bedrijf 1] Holding B.V. (hierna: [bedrijf 1]). [bedrijf 2] B.V. (hierna: [bedrijf 2]) was (indirect) houder van de aandelen in [bedrijf 1]. Daarnaast hield [bedrijf 2] vanaf enig moment de aandelen in [bedrijf 3] Participatie B.V. en [bedrijf 3] Leisure B.V. (hierna gezamenlijk: [bedrijf 3]).

1.4. [erflater] was tot aan zijn overlijden indirect bestuurder van [bedrijf 2].

1.5. Art. 2 van de statuten van [bedrijf 2], waarin de doelomschrijving is opgenomen, luidt onder meer als volgt:

“De vennootschap heeft ten doel:

[...]

c. het verstrekken van leningen aan, en het zich jegens derden sterk maken voor (middellijke) aandeel- en/of certificaathouders, mits onder zakelijke condities;

[...]

f. het verrichten van al hetgeen met het vorenstaande in de ruimste zin verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn.”

1.6. In 2000 zijn de aandelen in [bedrijf 2], zonder medewerking van [bedrijf 2], gecertificeerd. Tot dat moment kende [bedrijf 2] twee soorten aandelen: 8% cumulatief preferente aandelen en gewone aandelen. De 8% cumulatief preferente aandelen waren eigendom van [erflater], evenals de meerderheid van de gewone aandelen. De (voormalige) echtgenote van [erflater] was eigenaar van de overige gewone aandelen.

1.7. In 2000 zijn de bestaande 8% cumulatief preferente aandelen omgezet in 8% cumulatief preferente aandelen A, de al uitgegeven gewone aandelen zijn omgezet in 5% cumulatief preferente

aandelen B en er zijn nieuwe gewone aandelen C uitgegeven. Alle aandelen zijn vervolgens gecertificeerd en ten titel van beheer ondergebracht bij de Stichting Administratiekantoor [... 3], die als administratiekantoor is gaan optreden. Deze stichting heeft in 2009 haar naam gewijzigd in Stichting Administratiekantoor [bedrijf 2] (hierna: [Stichting Administratiekantoor]).

1.8. Aan [erflater] zijn de certificaten van aandelen A, B1 en C1 uitgegeven en aan zijn (voormalige) echtgenote de certificaten van aandelen B2 en C2. Drie van de vijf kinderen van de overledene, waaronder [appellant], hebben bij akte van schenking van 9 juni 2000 respectievelijk de certificaten van aandelen C3, C4 en C5 geschonken gekregen. [appellant] kreeg de certificaten van aandelen C4. Dit waren 4.000 certificaten en daarmee bezat [appellant] 0,5594% van alle uitstaande certificaten.

1.9. [erflater] was sinds de oprichting tot aan zijn overlijden enig bestuurder van de [Stichting Administratiekantoor]. Thans is de Executor bestuurder van de [Stichting Administratiekantoor].

1.10. Voorafgaand aan de certificering heeft [de adviseur financieel] in een brief van 10 maart 1999 de op te zetten constructie uiteengezet en daarbij onder meer het volgende geschreven aan [notariskantoor] Notarissen:

“Tijdens een telefonisch onderhoud d.d. 28 juni 1998 tussen linksondergetekende en [erflater] [hof: [erflater]] kwam onder andere ter sprake op welke wijze de kinderen van [erflater] konden gaan meedelen in de toekomstige opbrengsten van [bedrijf 2] B.V.

[...]

[erflater] wil genoemde kinderen wel mee laten participeren doch zij mogen – voorshands – geen invloed krijgen. Daarom dienen de nieuw uit te geven aandelen te worden gecertificeerd via de bestaande [... 3] Stichting [hof: de “[Stichting Administratiekantoor]”].

1.11. Art. 5 lid 7 van de (huidige) statuten van de [Stichting Administratiekantoor] luidt als volgt:

“Het bestuur beslist op welke wijze het stemrecht verbonden aan de aan de Stichting [hof: [Stichting Administratiekantoor]] toebehorende aandelen in het kapitaal van een vennootschap zal worden uitgeoefend. Het bestuur is gehouden bij het nemen van haar besluiten zowel de belangen van de certificaathouders als de belangen van een betreffende vennootschap in aanmerking te nemen waarbij overigens de zelfstandigheid van de on-

derneming van de betreffende vennootschap voorop staat. Leden van het bestuur zijn gehouden om hun stemgedrag op zakelijke gronden en motieven te bepalen.”

1.12. Art. 5 lid 2 en lid 3 van de administratievoorwaarden van de [Stichting Administratiekantoor] (hierna: de administratievoorwaarden) luiden als volgt:

“2. Aangezien de certificaten niet met medewerking van de vennootschappen worden uitgegeven en de certificaathouders mitsdien door de desbetreffende vennootschap niet tot algemene vergaderingen van aandeelhouders moeten worden opgeroepen, en deze zich niet op de hoogte kunnen stellen van de te behandelen punten en in staat zijn hun mening daaromtrent aan het A.K. [hof: [Stichting Administratiekantoor]] voor de vergadering mede te delen, heeft het A.K. de verplichting de betreffende houders van certificaten van aandelen tevoren van de te behandelen punten in vergaderingen van aandeelhouders in kennis te stellen.

3. De uitoefening van het stemrecht vindt overigens plaats met inachtneming van het in deze voorwaarden bepaalde.”

1.13. Art. 22 lid 2 van de statuten van [bedrijf 2] gaat over de winstverdeling en houdt het volgende in

1.13.1. De cumulatief preferente aandelen A en B hebben bij voorrang recht op het toekennen van winst. Van de winst wordt, indien mogelijk, een bedrag gelijk aan 8% dan wel 5% rendement over – kort samengevat – het gewogen gemiddelde van het bij deze aandelen horende kapitaal en de reserves, bijgeschreven op de dividendreserve-rekeningen van deze aandelen.

1.13.2. Van wat daarna eventueel van de winst resteert wordt, indien mogelijk, een bedrag gelijk aan 4% rendement over het gewogen gemiddelde van het saldo van de bij de gewone aandelen C behorende dividendreserve-rekeningen op deze dividendreserve-rekeningen bijgeschreven. Als er daarna dan nog winst resteert wordt dit geheel geboekt op deze dividendreserve-rekeningen naar evenredigheid van het nominaal bedrag van de geplaatste, niet in het bezit van de vennootschap zijnde aandelen C.

1.13.3. De aandelen A en B zijn cumulatief preferent, hetgeen inhoudt dat als in enig jaar niet voldoende winst wordt gemaakt om de genoemde percentages op de aandelen A en B te doen toekomen, het misgelopen rendement uit de winst in

een later jaar, waarin er wel voldoende winst is gemaakt, wordt ingehaald.

1.13.4. De vergadering van houders van de verschillende soorten aandelen is, na verkregen goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders, bevoegd tot een winstuitkering ten laste van de dividendreserve-rekening die correspondeert met de betreffende aandelen. Indien een aandeelhoudersvergadering een dergelijk besluit niet neemt, vindt de reservering van de winst overeenkomstig de statuten plaats, dat wil zeggen: de winst blijft bijgeschreven op de betreffende dividendreserve-rekeningen als hiervoor beschreven.

1.14. Het derde lid van art. 22 bepaalt dat indien de vennootschap in enig jaar verlies geleden heeft, dit verlies allereerst zo mogelijk ten laste van de vier dividendreserve-rekeningen C wordt gebracht en, zo die saldi niet voldoende zijn, ten laste van de twee dividendreserve-rekeningen B, en, zo die saldi niet voldoende zijn, ten laste van de dividendreserve-rekening A.

1.15. Op 21 september 1999 heeft [erflater] een rekening-courant overeenkomst met [bedrijf 2] gesloten op basis waarvan hij € 5.000.000,- in rekening-courant kon opnemen. Later zijn nadere afspraken gemaakt, die zijn vastgelegd in een overeenkomst van 19 november 2011. In deze nadere afspraken is onder meer de limiet verhoogd tot € 45.000.000,-.

1.16. In de periode tussen 2001 en 2011 heeft [erflater] in totaal een bedrag van € 26.697.236,- in rekening-courant opgenomen. Daarnaast is in deze periode een bedrag van € 12.983.533,- aan rente in rekening-courant bijgeschreven. Het saldo in rekening-courant bedroeg per 21 december 2011 een bedrag van € 40.174.203,-. Per 31 december 2000 had [bedrijf 2] een bedrag aan leningen aan [erflater] uitstaan van € 15.351.570,-. Per 31 december 2011 bedroeg de resterende hoofdsom van deze leningen € 7.302.731,-. Daarnaast is over deze periode over deze leningen een bedrag aan rente bijgeschreven van € 883.381,-.

1.17. In de periode van 2002 tot 2011 heeft [bedrijf 2] een winst geboekt van € 57.609.941,-. Deze winsten zijn jaarlijks gereserveerd in overeenstemming met de statutaire winstdelingsregeling van [bedrijf 2]. [bedrijf 2] heeft in deze periode geen dividend uitgekeerd.

1.18 Op enig moment stond op de dividendreserve-rekening van de aandelen C4 – waarop de cer-

tificaten van [appellant] zien – een bedrag van € 1.495.436,--.

1.19 Bij brief van 7 maart 2011 heeft [erflater] onder meer het volgende geschreven aan [appellant]:

“Lieve [... 1],

Even op papier de ‘zakelijke’ punten die wij moeten bespreken.

[...] A. We moeten onze afspraak over jouw huis formaliseren.

De koopprijs

+ notariskosten

+ verbouwing

-/- aankooprij flat [... 2]

-/- toezegging Eur 100.000 bij behalen P dit jaar.

Voor dit totaalbedrag wil ik een hypothecaire inschrijving op je huis vestigen. Dit is geen hypotheek opname, maar alleen de registratie. Verder moet ik rente over de schuld, ook over de afgelopen jaren, in rekening brengen. Volgens mij kun jij de rente wel verrekenen met je inkomstenbelasting. Wat de minimale rente is zal ik uitzoeken.

B. Elk kind mag bij mij vanaf komend jaar nog maximaal Eur 35K kosten. De afspraak is niet eeuwig, maar voor de komende 5 jaar. Uiteraard krijg je dit bedrag niet om uit te geven. Wij gaan opschrijven wat je nodig hebt om ‘selfsupporting’ te zijn en het (zo hoog mogelijke) restant gaan we jaarlijks aftrekken van je schuld, zodat deze en de rente over x jaar is afgelost en de hypotheekinschrijving kan vervallen.

C. Ook je auto komt vanaf 1 januari gewoon op je eigen naam te staan.”

1.20. Bij brief van 20 juli 2012 heeft de United International Bank N.V., gevestigd te Curaçao, een offerte voor een kredietfaciliteit van € 45.000.000,-- uitgebracht aan [erflater] In de offerte-brief is als bestemming voor dit krediet opgenomen: “Ter aflossing rekening courant verhouding met [bedrijf 2] B.V.” Bij brief van 28 augustus 2012 heeft de United International Bank N.V. [erflater] bericht dat de arrangement fee lager is dan opgenomen in de brief van 20 juli 2012 en dat de overige kredietvoorwaarden ongewijzigd blijven. [erflater] heeft deze brief onder de tekst “ter acceptatie” ondertekend.

1.21. Op 28 mei 2013 is de [bedrijf 1] failliet verklaard. Dit heeft geresulteerd in een boekverlies bij [bedrijf 2] van ongeveer € 45.000.000,--. Voorts werd in 2013 het belang van [bedrijf 2] in [bedrijf 3] verkocht voor een bedrag onder de boekwaarde, waardoor [bedrijf 2] een boekverlies

heeft geleden van ruim € 10.000.000,--. Omdat deze ontwikkelingen al bekend waren voordat de jaarrekening van [bedrijf 2] over 2012 werd opgesteld, zijn ze in de jaarrekening van [bedrijf 2] over 2012 verwerkt. Als gevolg hiervan heeft [bedrijf 2] in 2012 een verlies geleden van € 58.823.404,-- en is haar vermogen afgenomen van € 112.952.655,-- tot € 54.129.251,--.

1.22. In overeenstemming met het bepaalde in art. 22 lid 3 van de statuten zijn deze verliezen als eerste ten laste gebracht van de dividendreserve-rekeningen C1 tot en met C5, waardoor deze op nihil uitkwamen. Dit geldt dus ook voor de dividendreserve-rekening van de aandelen C4, waarop de certificaten van [appellant] zien.

1.23. [appellant] heeft in eerste aanleg gevorderd: (1) een verklaring voor recht dat [erflater] jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld en dat de erfgenamen van [erflater] aansprakelijk zijn voor de schade als gevolg van dit onrechtmatig handelen, (2) veroordeling van de Executor tot betaling aan hem van (a) een bedrag van € 1.495.436,-- met wettelijke rente en (b) de eerder bedoelde schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, voor zover deze het bedrag van € 1.495.436,-- vermeerderd met wettelijke rente, zou overtreffen, (3) een en ander met een proceskostenveroordeling.

1.24. De rechtbank heeft de vorderingen van [appellant] afgewezen en de proceskosten gecompenseerd.

2. [appellant] heeft in hoger beroep zijn eis gewijzigd. De Executor heeft hier geen bezwaar tegen gemaakt en de eiswijziging is niet in strijd met de goede procesorde. Het hof zal daarom bij de beoordeling van de grieven uitgaan van de gewijzigde eis. In hoger beroep vordert [appellant] – verkort weergegeven en geparafraseerd – vernietiging van het bestreden vonnis en na eiswijziging alsnog:

1. een verklaring voor recht dat [erflater] jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld wegens:

- i. het jarenlang (niet) laten uitkeren van (delen van) dividendreserve C4 door [bedrijf 2],
- ii. het door [bedrijf 2] laten verstrekken van leningen en een rekening-courantfaciliteit aan hemzelf,
- iii. het [bedrijf 2] laten overdragen van deze vorderingen op hem aan [X],
- iv. het stelselmatig niet informeren van [appellant] als certificaathouder,
- v. het niet of onvoldoende meewegen van de belangen van [appellant],

vi. het voeren van slecht bewind, althans het niet voeren van bewind als een goed bewindvoerder, over het vermogen van [appellant] en

vii. het niet steeds vragen van rechterlijke goedkeuring voor aangelegenheden met een strijdig belang met het vermogen van [appellant];

2. een verklaring voor recht dat de Executor q.q. alsmede de erfgenamen (voor zover erfrechtelijk toelaatbaar ook met hun overige vermogen) aansprakelijk zijn voor de in sub 1) bedoelde onrechtmatige handelingen van [erflater];

3. de Executor q.q. alsmede de erfgenamen (voor zover erfrechtelijk toelaatbaar ook met hun overige vermogen) te veroordelen tot betaling aan [appellant] (i) van een bedrag van € 1.495.436,-, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, vermeerderd met wettelijke rente, dan wel (ii) van schadevergoeding op te maken bij staat en te verffenen volgens de wet;

4. bij verwijzing naar de schadestaatprocedure de Executor q.q. alsmede de erfgenamen (voor zover erfrechtelijk toelaatbaar ook met hun overige vermogen) te veroordelen tot betaling aan [appellant] van een voorschot van € 1.017.594,-, althans een in goede justitie te bepalen bedrag;

5. de Executor q.q. alsmede de erfgenamen (voor zover erfrechtelijk toelaatbaar ook met hun overige vermogen) te veroordelen tot betaling aan [appellant] van de proceskosten van beide instanties, de nakosten daaronder begrepen, met een bepaling over de verschuldigdheid van wettelijke rente over deze kosten.

3. De Executor heeft geconcludeerd tot verwerping van het hoger beroep, bekrachtiging van het bestreden vonnis voor zover de vorderingen van [appellant] zijn afgewezen, maar vernietiging van dit vonnis ten aanzien van de compensatie van de proceskosten, met veroordeling van [appellant] in de kosten van beide instanties.

4. Met de elf grieven betoogt [appellant] dat [erflater] persoonlijk aansprakelijk is voor het feit dat het saldo van de dividendreserve-rekening C4 – waarop als gezegd zijn certificaten zien – is teruggelopen van € 1.495.436,- naar nihil. [appellant] stelt dat (in ieder geval) dit zijn schade is. De grieven lenen zich voor gezamenlijke bespreking. De gronden van de aansprakelijkheid zijn hierin als volgt onderbouwd:

1. [erflater] heeft niet voldaan aan de informatieverplichting van art. 5 lid 2 van de administratievoorwaarden;

2. [erflater] heeft mede daarom de belangen van de certificaathouders niet meegevoegen in de besluitvorming van de algemene vergadering van aandeelhouders van [bedrijf 2];

3. het bestuur heeft het stemgedrag van de [Stichting Administratiekantoor] in de algemene vergadering van aandeelhouders van [bedrijf 2] niet op zakelijke gronden en motieven bepaald (art. 5 lid 7 van de statuten van de [Stichting Administratiekantoor]);

4. de besluiten van [bedrijf 2] om aanzienlijke geldbedragen aan leningen (al dan niet in rekening-courant) aan [erflater] te verstrekken zijn in strijd met de statuten van [bedrijf 2], zijn tegenstrijdig belangbesluiten en zijn steeds genomen op niet zakelijke condities;

5. het dividendbeleid van [bedrijf 2] is onrechtmatig jegens [appellant] omdat in geen enkel boekjaar enige winst is uitgekeerd aan de aandeelhouders (en dus ook niet aan de certificaathouders), terwijl [erflater] deze winsten wel feitelijk aan zichzelf heeft uitgekeerd via leningen met [bedrijf 2] en hij heeft zich daarmee opzettelijk en ten onrechte bevoordeeld ten opzichte van [appellant];

6. [erflater] handelde in privé en niet als bestuurder, zodat de “gewone drempel van aansprakelijkheid” geldt;

7. [erflater] treft een persoonlijk te maken ernstig verwijt;

8. [erflater] heeft het bewind over het vermogen [appellant] niet als een goed bewindvoerder gevoerd (art. 1:253j BW).

5. Het hof overweegt als volgt.

De holdingconstructie en de niet bewilligde certificaten

6. Voorop staat dat [erflater] winsten heeft gegenereerd en vermogen heeft opgebouwd met zijn ondernemingsactiviteiten. Deze activiteiten en het beheer van de daarmee behaalde winsten en het ontstane vermogen heeft hij steeds vormgegeven in een holdingstructuur met rechtspersonen. Dit beheer was feitelijk in handen van [erflater] zelf, door zijn formele rol en zijn feitelijke gedragingen in deze constructie. Populair gezegd: [erflater] zwaaide de scepter in de holding. Sinds jaar en dag werden de winsten van [bedrijf 1] gereserveerd op dividendreserve-rekeningen verbonden aan de aandelen in het kapitaal van [bedrijf 2]. Daarmee werd vermogen opgebouwd. Dividenduitkeringen werden niet gedaan. [erfla-

ter] leende regelmatig substantiële bedragen van [bedrijf 2]. Deze handelwijze werd belastingtechnisch geaccepteerd door de Inspecteur. Deze gang van zaken was reeds gebruikelijk voordat de aandelen in [bedrijf 2] werden gecertificeerd.

7. Op enig moment zijn de aandelen in [bedrijf 2] gecertificeerd. De Executor heeft aangevoerd dat het de bedoeling van [erflater] daarmee was (i) dat als [bedrijf 2] een flinke winst zou maken, bijvoorbeeld door de verkoop van [bedrijf 1] en/of [bedrijf 3], de kinderen – waaronder [appellant] – op een fiscaal gunstige wijze daarvan mee zouden profiteren, maar ook (ii) dat het niet de bedoeling was dat de kinderen tussentijdse en/of reguliere dividenduitkeringen zouden krijgen en evenmin (iii) dat de kinderen zeggenschap in de holding zouden krijgen. Deze bedoeling vindt op de punten (i) en (iii) steun in de in r.o. 1.10 geciteerde brief d.d. 10 maart 1999 van [de adviseur financieel]. De punten (i) en (ii) passen bij de voornaamste voorwaarde van de belastingdienst om de schenking van de certificaten niet te belasten, zijnde dat de kinderen uitsluitend een aanspraak zouden krijgen op toekomstige waardegroei van de aandelen waarop de certificaten zagen.

8. De inrichting van de holdingconstructie geeft uitdrukking aan deze doelstellingen, zowel op het punt van (i) de aanspraken op winst als op het punt van (ii) de zeggenschap.

Aanspraken op winst

9. Zo komen de bijschrijvingen van winst op de dividendreserve-rekeningen behorende bij de C-aandelen pas aan de orde nadat de in r.o. 1.13. bedoelde toevoegingen aan de dividendreserve-rekeningen behorende bij de aandelen A en B zijn geschied. Deze toevoegingen bedragen als gezegd 8% (A-aandelen) en 5% (B-aandelen) rendement over het gewogen gemiddelde van het bij deze aandelen horende kapitaal en reserves en die toevoegingen zijn cumulatief preferent. Het gaat dan om het grootste deel van de winst. De certificaten van deze A- en B- aandelen waren in handen van [erflater] en zijn toenmalige echtgenote. Daarna, als er dan nog winst resteert, komen de C-aandelen aan de beurt. Er zouden volgens eerder genoemde brief d.d. 10 maart 1999 van [de adviseur financieel] (r.o. 1.10) 40.000 certificaten C-aandelen zijn, waarvan er 28.000 in handen waren van [erflater] en zijn echtgenote en 12.000 in handen van de kinderen. De 40.000 certificaten

van C-aandelen vertegenwoordigen in totaliteit 5,594% van het kapitaal (immers, de 4000 certificaten van [appellant] vertegenwoordigen 0,5594% van het kapitaal). De kinderen hebben de certificaten geschonken gekregen. De certificaten van de kinderen vertegenwoordigen dan 1,6782% van het kapitaal. In deze constructie zijn de kinderen duidelijk achtergesteld ten aanzien van de gerechtigdheid tot eventueel gemaakte winst in verhouding tot [erflater] en zijn echtgenote.

10. De stelling van [appellant] dat de kinderen “*alle overwinst*” genieten na uitkering van winst boven de 8-5% winst van de A- en B-aandelen, is daarmee onjuist.

Zeggenschap

11. De zeggenschap van de kinderen (en de echtgenote) is beperkt. [erflater] is enig bestuurder van zowel de [Stichting Administratiekantoor] als [bedrijf 2]. Alle aandelen van [bedrijf 2] zijn in handen van de [Stichting Administratiekantoor]. Met het toekennen van niet bewilligde certificaten is de zeggenschap van de echtgenote en de kinderen in de holding “op afstand” geplaatst.

11.1. Zo geven de niet bewilligde certificaten van [appellant] een contractuele aanspraak op de [Stichting Administratiekantoor], die beheerst wordt door de administratievoorwaarden. Art. 5 lid 2 van deze voorwaarden schrijft voor dat de [Stichting Administratiekantoor] de certificaathouders voor elke algemene vergadering van aandeelhouders van [bedrijf 2] raadpleegt over de agendapunten van deze vergadering. De reden daarvoor is dat de certificaathouders geen vergaderrecht hebben en zich daarom niet op de hoogte kunnen stellen van deze vergaderpunten “en in staat zijn hun mening daaromtrent aan het [[Stichting Administratiekantoor]] voor de vergadering mee te delen”.

11.2. Niet in geschil is dat [appellant] in relatie tot de [Stichting Administratiekantoor] betrokkene is in de zin van art. 2:8 BW. Volgens art. 5 lid 7 van de huidige statuten van [Stichting Administratiekantoor] leidt deze betrokkenheid in beginsel tot niet meer dan de verplichting van het bestuur van de [Stichting Administratiekantoor] om bij het uitoefenen van het stemrecht in de algemene vergadering van aandeelhouders van [bedrijf 2] ook de belangen van de certificaathouders “in aanmerking te nemen”.

11.3. [appellant] is – als houder van zonder medewerking van [bedrijf 2] uitgegeven certificaten –

ten opzichte van [bedrijf 2] en/of haar aandeelhouders en bestuurders, geen betrokkene in de zin van art. 2:8 BW. De wet noch de statuten voorzien daar in. Zo is in de statuten van [bedrijf 2] aan de certificaten van [appellant] geen vergaderrecht verbonden (art. 2:227 lid 2 BW). [appellant] heeft geen contractuele aanspraken op [bedrijf 2].

12. Bij deze stand van zaken is de betwisting door [appellant] van de (als verweer gestelde) doelen van de holdingconstructie en de toekenning van certificaten onvoldoende gemotiveerd. Aan bewijslevering op dit punt wordt niet toegekomen omdat een concreet daarop gericht bewijsaanbod niet is gedaan.

12. De verwijten die [appellant] aan [erflater] maakt hebben alle uitsluitend betrekking op de wijze waarop [erflater] als bestuurder van de [Stichting Administratiekantoor] en van [bedrijf 2] heeft gehandeld. Het hof verwerpt daarmee de stelling dat [erflater] privé handelde en niet als bestuurder, zodat de “gewone drempel van aansprakelijkheid” geldt. Ook de stelling dat [erflater] het bewind over het vermogen [appellant] niet als een goed bewindvoerder heeft gevoerd (art. 1:253j BW), wordt verworpen. Los van de hierna te bespreken verwijten over bedoelde rol van [erflater] in de holding en de [Stichting Administratiekantoor] zijn deze overige grondslagen onvoldoende zelfstandig uitgewerkt en onderbouwd.

Maatstaf voor aansprakelijkheid

14. Voor aansprakelijkheid van [erflater] als bestuurder van de [Stichting Administratiekantoor] en van [bedrijf 2] gelden de eisen (a) dat de [Stichting Administratiekantoor] en/of [bedrijf 2] tekort is geschoten in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad heeft gepleegd, (b) waardoor [appellant] is benadeeld en dat (c) [erflater] ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het antwoord op de vraag of de bestuurder persoonlijk een ernstig verwijt als zojuist bedoeld kan worden gemaakt, is afhankelijk van de aard en ernst van de normschending en de overige omstandigheden van het geval (HR 5 september 2014 («JOR» 2014/325, m.nt. SCJJK (RCI Financial Services/Kastrop); *red.*), ECLI:NL:HR:2014:2627).

14. Het enkele feit dat [erflater] in de holdingstructuur steeds een centrale rol vervulde maakt niet dat er door deze structuur “heen zou moeten worden gekeken”. Voor zover een beroep wordt gedaan op

de zogenaamde Rainbow-jurisprudentie (HR 13 oktober 2000 («JOR» 2000/238, m.nt. De Witt Wijnen (Rainbow); *red.*), ECLI:NL:HR:2000:AA7480, en HR 7 oktober 2016 («JOR» 2016/325, m.nt. Katan (Rsort of the World/Maple Leaf); *red.*), ECLI:NL:HR:2016:2285) is dat onvoldoende onderbouwd.

Aansprakelijk als bestuurder van [bedrijf 2]?

16. De verwijten van [appellant] aan [bedrijf 2] zijn beperkt tot de besluiten van [bedrijf 2] om aanzienlijke geldbedragen aan leningen (al dan niet in rekening-courant) aan [erflater] te verstrekken. Met deze besluiten heeft [bedrijf 2] niet onrechtmatig jegens [appellant] gehandeld. Als gezegd is [appellant] geen betrokkene in de zin van art. 2:8 BW bij [bedrijf 2]. Van een specifieke jegens [appellant] door [bedrijf 2] in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm is in dit geval geen sprake. Tussen [bedrijf 2] en [appellant] heeft geen contractuele rechtsrelatie/rechtsverhouding bestaan. Dat er een specifieke normschending van [bedrijf 2] zou zijn geweest, waardoor [bedrijf 2] jegens [appellant] onrechtmatig heeft gehandeld is niet voldoende onderbouwd. Dat geldt ook als veronderstellenderwijs wordt aangenomen dat de [Stichting Administratiekantoor] in strijd met zijn statuten of administratievoorwaarden heeft gehandeld.

16. Van aansprakelijkheid van [bedrijf 2] jegens [appellant] voor de gestelde schade van de laatste is dus geen sprake. Daarom hoeft verder niet te worden beoordeeld of [erflater] op dit punt een persoonlijk te maken ernstig verwijt treft. Het hof verwerpt daarom de aansprakelijkheid van [erflater] op deze grondslag.

Aansprakelijkheid als bestuurder van de [Stichting Administratiekantoor]?

18. De verwijten die [appellant] de [Stichting Administratiekantoor] maakt houden in de kern in dat (1) de [Stichting Administratiekantoor] door de jaren heen als enig aandeelhouder van [bedrijf 2] niet heeft besloten tot winstuitkering aan de C4-aandelen en (2) de [Stichting Administratiekantoor] haar stemrecht in de algemene vergadering van aandeelhouders van [bedrijf 2] niet heeft aangewend om de leningen van [bedrijf 2] aan [erflater] tegen te houden en/of ongedaan te maken. Het dividendbeleid van [bedrijf 2] was er op gericht [appellant] te benadelen. Dit maakt vol-

gens [appellant] het dividendbeleid van [bedrijf 2] onrechtmatig jegens hem.

18. Van een door de [Stichting Administratiekantoor] gevoerd onrechtmatig dividendbeleid van [bedrijf 2] is geen sprake, om de volgende redenen.

19.1. Volgens art. 22 lid 2 van de statuten van [bedrijf 2] wordt de winst standaard gereserveerd op de dividendreserve-rekeningen van de verschillende aandelen A, B en C. Een winstuitkering van deze rekeningen wordt alleen gedaan als daartoe door de algemene vergadering van aandeelhouders van alle aandelen wordt besloten. De algemene vergadering van aandeelhouders – de [Stichting Administratiekantoor] – heeft daartoe door de jaren heen niet besloten. Dat stond haar in beginsel vrij.

19.2. Een situatie als berecht in HR 9 juli 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0960 en de overige in de memorie van grieven sub 2.38 aangehaalde rechtspraak van het hof Amsterdam, is hier niet aan de orde. Immers, van bekneld ingebracht vermogen van een minderheidsaandeelhouder dat feitelijk niet kan renderen bij een gebrek aan uitkeringen, is geen sprake. De certificaten zijn in een familiale context aan [appellant] geschonken. [appellant] heeft op geen enkel moment voor de verkrijging of het behoud van de certificaten kapitaal hoeven inbrengen dan wel (verzilverbare) activiteiten moeten verrichten. [erflater] was destijds ook niet tot deze schenking verplicht.

19.3. De onverplichte schenking van de certificaten vormt een duidelijke aanwijzing dat [erflater] niet het oogmerk had om zijn zoon te benadelen.

19.4. De verplichting van de [Stichting Administratiekantoor] jegens de certificaathouders op het punt van het stemgedrag op de algemene vergadering van aandeelhouders van [bedrijf 2] houdt volgens art. 5 lid 7 van de statuten van de [Stichting Administratiekantoor] niet meer in dan om hun belangen daarbij “in aanmerking te nemen”. Deze bewoordingen laten de [Stichting Administratiekantoor] vrij een eigen afweging te maken, waarbij de zelfstandigheid van de onderneming van [bedrijf 2] voorop stond. Op dit punt is van belang dat de certificaten zijn geschonken om in het geval [bedrijf 2] een flinke winst zou maken de kinderen – waaronder [appellant] – daarvan op een fiscaal gunstige wijze mee te laten profiteren. Deze winst was feitelijk alleen te verwachten bij de verkoop van [bedrijf 1] en/of [bedrijf 3]. Tussentijdse uitkering ligt dan niet voor de hand.

Het feit dat de statuten van [bedrijf 2] wel voorzien in de mogelijkheid van tussentijdse uitkeringen, zelfs per type aandelen, werpt hierop geen ander licht. Deze mogelijkheid houdt geen verplichting in om uit te keren.

19.5. Het hof verwerpt de stelling dat [bedrijf 2] over € 45 miljoen (door [erflater] geleend van de United International Bank N.V.; zie r.o. 1.20) aan liquiditeit beschikte en dat dit bedrag als dividend had moeten worden uitgekeerd. Ook indien [bedrijf 2] daarover beschikte – de Executor betwist dit – hebben de grote verliezen door het faillissement van de [bedrijf 1] en de verlieslatende verkoop van [bedrijf 3] in de tijd dat de (mogelijke) lening speelde, geleid tot het verloren gaan van de saldi van de dividendreserve-rekeningen van de C-aandelen (r.o. 2.16 van het vonnis). Zonder saldi op deze dividendreserve-rekeningen kon er geen winstuitkering worden gedaan op de C-aandelen.

19.6. Er is verder onvoldoende gesteld om te oordelen dat de belangen van [appellant] bij (tussentijdse) dividenduitkering desondanks zo evident zwaarwegend en kenbaar waren dat de [Stichting Administratiekantoor] wel tot een dergelijke uitkering had moeten beslissen. Dat [appellant] van mening is dat hij het geld nodig heeft of heeft gehad is daarvoor van onvoldoende gewicht. Hier komt nog bij dat op de momenten door de jaren heen waarop in de algemene vergadering van aandeelhouders de vraag had kunnen voorliggen of de saldi op de dividendreserve-rekeningen toch moesten worden uitgekeerd, niet voorzien en voorzienbaar was dat de dividendreserve-rekeningen op enig moment, door het faillissement van [bedrijf 1] en/of de verlieslatende verkoop van [bedrijf 3], wezenlijk in waarde zouden dalen.

20. [appellant] stelt wel terecht dat de [Stichting Administratiekantoor] tekort is geschoten in de verplichting op grond van art. 5 lid 2 van de administratievoorwaarden om hem steeds, nadat hij meerderjarig was geworden, bij elke algemene vergadering van aandeelhouders van [bedrijf 2] tevoren te raadplegen over de agendapunten. Dit leidt echter niet tot aansprakelijkheid van de [Stichting Administratiekantoor] (en dus ook niet van [erflater]), omdat het buiten de normale verwachtingen ligt dat de [Stichting Administratiekantoor] zou hebben toegegeven aan de wens van een van de C-aandeelhouders om tussentijds dividend uit te keren, om de volgende redenen.

20.1. Tussentijds uitkeren zou in strijd zijn met de hiervoor genoemde doelen van het toekennen van de certificaten.

20.2. Daar komt bij dat de Executor als verweer heeft aangevoerd dat [erflater] er naar streefde dat [appellant] financieel op eigen benen zou komen te staan (“self supporting” zou worden) en dat toegeven aan een betaalverzoek met dit streven lastig is te verenigen. Dit verweer wordt ondersteund door de in r.o. 1.19 geciteerde email van [erflater] aan [appellant]. Dit verweer is onvoldoende gemotiveerd weersproken, terwijl er evenmin een daarop concreet gericht bewijsaanbod is gedaan.

20.3. Het hof verwerpt de stelling dat [erflater] een betalingsverzoek zou hebben gehonoreerd om daardoor aan aansprakelijkstelling door [appellant] te ontkomen. Dat [erflater] daarvoor gevoelig zou zijn geweest is in het licht van de achtergrond en de opzet van de constructie met de [Stichting Administratiekantoor] onvoldoende onderbouwd.

21. Hieruit volgt dat er geen causaal verband is tussen het tekortschieten van de [Stichting Administratiekantoor] op dit punt en de gestelde schade.

21. [bedrijf 2] heeft door de jaren heen gelden aan [erflater] verstrekt in de vorm van leningen (al dan niet in rekening-courant). [appellant] stelt dat dit in strijd is met de statuten van [bedrijf 2] en dat ter zake een tegenstrijdig belang bestaat tussen dat van [bedrijf 2] en [erflater]. Door deze geldverstrekking zijn “via de achterdeur” verkapte winsten aan [erflater] uitgekeerd. Hiertegen had de [Stichting Administratiekantoor] als aandeelhouder moeten optreden, aldus nog steeds [appellant].

21. Het hof gaat hier niet in mee, om de volgende redenen.

23.1. Van verkapte winsten is geen sprake, nu de leningen onder zakelijke condities zijn verstrekt. Het betrof steeds rentedragende leningen, die allemaal in rekening-courant zijn geboekt en geadministreerd en er zijn (terug)betalingsafspraken gemaakt. Dat de leningen desondanks onder niet zakelijke condities zijn verstrekt is onvoldoende onderbouwd, mede in aanmerking genomen dat het verstrekken van deze leningen in deze vorm voor de belastingdienst aanvaardbaar was en door deze niet werd gezien als verkapte winstuitkeringen. Het enkele feit dat voor deze leningen geen onderpand is verstrekt betekent niet dat de vereis-

te zakelijkheid ontbrak. Er is ook geen direct verband gesteld of gebleken tussen de geldleningen en de winsten. Ten aanzien van het laatste is van belang dat de Executor – onbetwist – heeft gesteld dat de winst (en daarmee ook de reserves) in de periode 2002-2011 voor het overgrote deel boekwinsten waren en dus niet volledig liquide.

23.2. Op zichzelf is juist dat de aan [erflater] verstrekte leningen na certificering van de aandelen niet langer aan de doelomschrijving van art. 2 van de statuten van [bedrijf 2] voldeden. Daarin is als een van haar doelen aangemerkt: “het verstrekken van geldleningen aan, en het zich sterk maken voor (middellijk) aandeelhouders en/of certificathouders, mits onder zakelijke condities” (zie r.o. 1.5). [erflater] was toen geen aandeelhouder meer en hield ook geen bewilligde certificaten/certificaten met stemrecht. Art. 2 ziet niet op niet bewilligde certificaten/certificaten zonder stemrecht. Daar staat tegenover dat het verstrekken van de (zakelijke) leningen al voor de certificering gangbare praktijk was en deze praktijk nadien is voortgezet. Bij deze gang van zaken en de context waarin de certificaten zijn verstrekt – kort gezegd: een structuur voor het beheer van het vermogen en het inkomen van uiteindelijk [erflater] – en de doelen ten behoeve waarvan de certificaten zijn verstrekt, was er geen verplichting van de [Stichting Administratiekantoor], contractueel noch op grond van art. 2:8 BW, jegens [appellant] om tegen het (verder blijven) verstrekken van deze leningen op te treden.

24. Uit het voorgaande volgt dat de [Stichting Administratiekantoor], met uitzondering van de informatieverplichting, niet jegens [appellant] tekort is geschoten of onrechtmatig heeft gehandeld en daardoor schadeplechtig is geworden. Bij deze stand van zaken is ter zake van de gestelde benadeling geen sprake van een [erflater] persoonlijk te maken ernstig verwijt.

24. De grieven kunnen niet tot vernietiging van het bestreden vonnis leiden. Het hoger beroep faalt. [appellant] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van beide instanties. De proceskostenveroordeling zal uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard, zoals gevorderd. De advocaatkosten worden vastgesteld op basis van het liquidatietarief.

24. Het verjaringsverweer van de Executor behoeft bij deze stand van zaken geen bespreking.

24. Het hof gaat voor het overige voorbij aan de bewijsaanbiedingen nu deze onvoldoende zijn

betrokken op voldoende geconcretiseerde stellingen, dan wel niet ter zake dienend zijn, omdat ook als de gestelde feiten zouden worden bewezen, dit niet zou leiden tot een ander oordeel.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag, Team Handel, van 18 april 2018;
- veroordeelt [appellant] in de kosten van het geding in eerste aanleg (...; *red.*);
- veroordeelt [appellant] in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*);
- verklaar dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

1. De feiten van dit arrest zijn als volgt. Vader heeft vijf kinderen. Hij heeft een Engels testament. Een van de vijf kinderen is overleden. Dat kind is appellant in deze procedure. Vader is overleden. Er is een executeur benoemd. Vader was ondernemer, dga en had een keten van bedrijven door middel van een aantal vennootschappen met dochter- en kleindochtervennootschappen. In een van de holdings waren de aandelen gecertificeerd (hierna: “de vennootschap”). Vader was ook enig bestuurder van de StAK. Na zijn overlijden is de executeur bestuurder van de StAK geworden. Onder meer de kinderen hielden certificaten van aandelen. Voorafgaand aan de certificering heeft vader in een brief van 10 maart 1999 aan de notaris laten weten dat hij zijn kinderen wenste te laten participeren in de toekomstige opbrengsten van de onderneming, maar dat zij geen invloed mogen krijgen. In de statuten van de StAK is opgenomen dat het bestuur bij het nemen van besluiten weliswaar zowel de belangen van de certificaathouders als het belang van de vennootschap in acht moet nemen, maar dat “de zelfstandigheid van de onderneming van de vennootschap voorop staat”. Onder meer uit de administratievoorwaarden volgt dat (in de toenmalige terminologie) sprake is van niet met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten. In de statuten van de vennootschap is een uitgebreide en getrapte winstverdelingsregeling opgenomen,

waarbij de winst over diverse soorten aandelen met daaraan gekoppelde dividendreserve-rekeningen verdeeld, gereserveerd of uitgekeerd wordt. Vader had in rekening courant € 45 miljoen bij de vennootschap opgenomen. In de periode 2002 tot 2011 is een winst geboekt van ruim € 57 miljoen. Die winst is gereserveerd. Op enig moment bedroeg de stand van de dividendreserve-rekening van appellant bijna € 1,5 miljoen. Bij brief van 7 maart 2011 aan appellant heeft vader zakelijke afspraken vastgelegd en daarin medegedeeld dat appellant *self supporting* moet zijn. In 2013 is een dochtervennootschap van de vennootschap failliet gegaan en is een andere dochtervennootschap met verlies verkocht. Daardoor heeft de vennootschap waarin de aandelen gecertificeerd zijn verlies geleden en is haar eigen vermogen afgenomen. Dit verlies is ten laste van de diverse dividendreserve-rekeningen gekomen, waaronder die van appellant, waardoor die op nihil uitkwamen.

2. Appellant heeft de executeur gedagvaard. Hij vordert een verklaring voor recht dat vader jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld en dat zijn erfgenamen aansprakelijk zijn voor de schade als gevolg van dit onrechtmatig handelen. Ook vordert hij betaling van zijn dividendreserve-rekening ter hoogte van bijna € 1,5 miljoen. De rechtbank heeft alle vorderingen afgewezen. Na eiswijziging vordert appellant in hoger beroep een verklaring voor recht dat vader als bestuurder jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld wegens onder meer (i) het jarenlang niet laten uitkeren van zijn dividendreserve door de vennootschap, (ii) het door de vennootschap laten verstrekken van leningen en een rekening-courantfaciliteit aan hemzelf, (iii) het de vennootschap laten overdragen van deze vorderingen op hem aan een derde, (iv) het stelselmatig niet informeren van appellant als certificaathouder en (v) het niet of onvoldoende meewegen van de belangen van appellant. Ook jegens de executeur en de erfgenamen vordert appellant een verklaring voor recht, namelijk dat zij aansprakelijk zijn voor de hiervoor genoemde onrechtmatige handelingen van vader. In hoger beroep vordert appellant eveneens betaling van zijn dividendreserve-rekening. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

3. In r.o. 4 vat het hof de door appellant naar voren gebrachte gronden van aansprakelijkheid ter onderbouwing van de gevraagde verklaring voor

recht samen. Die gronden zijn: (i) vader heeft niet voldaan aan de informatieverplichting van art. 5 lid 2 van de administratievoorwaarden, (ii) vader heeft de belangen van de certificaathouders niet meegewogen in de besluitvorming van de algemene vergadering van de vennootschap, (iii) het bestuur heeft het stemgedrag van de StAK in de algemene vergadering van de vennootschap niet op zakelijke gronden en motieven bepaald (zie art. 5 lid 7 van de statuten van de StAK), (iv) de besluiten van de vennootschap om aanzienlijke geldbedragen aan leningen (al dan niet in rekening-courant) aan vader te verstrekken zijn in strijd met de statuten van de vennootschap, zijn tegenstrijdigbelangbesluiten en zijn op niet zakelijke condities genomen, (v) het dividendbeleid van de vennootschap is onrechtmatig, omdat in geen enkel boekjaar enige winst is uitgekeerd aan de aandeelhouders (en dus ook niet aan de certificaathouders), terwijl vader deze winsten aan zichzelf heeft uitgekeerd via leningen met de vennootschap. Vader heeft zich daarmee opzettelijk bevoordeeld ten opzichte van appellant, (vi) vader handelde in privé en niet als bestuurder, zodat de "gewone drempel van aansprakelijkheid" geldt en (vii) vader treft een persoonlijk te maken ernstig verwijt.

4. Kort en goed, een klassieke ruzie tussen vader en zoon of dochter in een familievennootschap. In deze annotatie richt ik mij op het aspect van appellant als houder van certificaten van aandelen die zonder medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Het hof doet op dit punt een uitspraak waarover reeds lang in de literatuur discussie bestaat. Overige aspecten van het arrest laat ik buiten beschouwing.

5. De kernoverweging van het hof op dit punt is r.o. 11.3. In de statuten van de vennootschap is aan de certificaten van appellant geen vergaderrecht verbonden (art. 2:227 lid 2 BW). Het hof overweegt dat appellant als houder van zonder medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten ten opzichte van de vennootschap en/of haar aandeelhouders en bestuurders geen betrokkene in de zin van art. 2:8 BW is. De wet noch de statuten voorzien daarin. Dat lijkt mij een terecht overweging. Er is niet beoogd deze certificaathouder bij de organisatie van de vennootschap te betrekken (*Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 81-82 (MvT)*), of – zoals het hof in r.o. 11 stelt: "*Met de toekening van niet bewijligde certificaten is de zeggenschap van (...) de*

kinderen in de [vennootschap] 'op afstand' geplaatst." R.o. 11.3 sluit aan bij de jurisprudentie. Zie: Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2007, «JOR» 2007/182 (*Kalter/Greenery*); Rb. Amsterdam 25 augustus 2010, «JOR» 2010/301, m.nt. Nowak (*CFS*), r.o. 4.3; en Hof Amsterdam (OK) 5 april 2012, *ARO 2012/55 (Zadeko)* r.o. 3.6. De meningen in de literatuur over het antwoord op de vraag of de certificaathouder zonder vergaderrecht tot de kring van betrokkenen behoort zijn verdeeld. Zie voor een overzicht: R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV* (diss. Maastricht), Serie VHI deel 116, Deventer: Kluwer 2013, p. 322-327; R.A. Wolf, 'De certificaathouder zonder vergaderrecht, de kring van betrokkenen en vernietiging van besluiten', *Ondernemingsrecht 2014-1*, p. 3-10; en G.P. Oosterhoff, *Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang* (diss. Nijmegen), Serie VHI deel 144, Deventer: Kluwer 2017, p. 285-289.

6. Het oordeel van het hof dat appellant niet tot de kring van betrokkenen behoort, komt ook terug bij de beoordeling of vader als bestuurder van de vennootschap jegens appellant aansprakelijk is, zie r.o. 16. Appellant verwijt de vennootschap dat er besluiten zijn genomen om aanzienlijke geldbedragen aan leningen (al dan niet in rekening-courant) aan vader te verstrekken. Het hof vindt dat niet onrechtmatig, omdat appellant geen betrokkene bij de vennootschap in de zin van art. 2:8 BW is. Van een specifieke jegens appellant door de vennootschap in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm is daarom geen sprake. Die benadering spreekt mij aan, ook in het kader van een eventuele vernietigingsvordering ex art. 2:15 BW. Daarnaast overweegt het hof dat tussen de vennootschap en appellant geen contractuele rechtsverhouding bestaat en dat een specifieke normschending van de vennootschap jegens appellant niet voldoende onderbouwd is. Voor de StAK geldt dat laatste in gelijke mate, aldus het hof. Zie in dat kader ook r.o. 23.2, laatste volzin.

7. Niet alleen de overweging dat appellant als certificaathouder niet tot de kring van betrokkenen behoort, maar ook het motief van de certificering en de wijze waarop de vennootschappelijke structuur is opgezet, spelen een rol bij de afwijzing van de vorderingen van appellant.

8. Wat dat laatste betreft, overweegt het hof in r.o. 6 allereerst dat vader in de vennootschap de scepter zwaaide. De winsten in een van de dochtervennootschappen werden sinds jaar en dag

gereserveerd op dividendreserve-rekeningen verbonden aan de aandelen in het kapitaal van de vennootschap. Daarmee werd vermogen opgebouwd. Daarnaast leende vader regelmatig substantiële bedragen van de vennootschap. Deze handelwijze werd door de fiscus geaccepteerd. Dit ging al zo voordat er gecertificeerd werd.

9. Wat betreft het doel van de certificering overweegt het hof in r.o. 7 vervolgens dat de bedoeling van vader was (i) dat als de vennootschap een flinke winst zou maken, bijvoorbeeld door de verkoop van dochtervennootschappen, de kinderen – waaronder appelland – op een fiscaal gunstige wijze daarvan zouden profiteren, maar ook (ii) dat het niet de bedoeling was dat de kinderen tussentijdse en/of reguliere dividenduitkeringen zouden krijgen en evenmin (iii) dat de kinderen zeggenschap in de vennootschap zouden krijgen. Het hof verwijst voor punten (ii) en (iii) naar de brief van 10 maart 1999 aan de notaris. De punten (i) en (ii) sluiten aan bij het fiscaal faciliteren van schenking van certificaten aan de kinderen. De kinderen zouden uitsluitend een aanspraak krijgen op toekomstige waardegroei van de aandelen waarop de certificaten zagen, aldus het hof.

10. Het motief van de certificering en de wijze waarop de vennootschappelijke structuur is opgezet, komt het sterkst naar voren bij het verwerpen van de stellingen van appelland dat sprake zou zijn van een door de StAK onrechtmatig gevoerd dividendbeleid en tussentijdse uitkeringen hadden moeten plaatsvinden. Elementen in die verwerping zijn: (i) het standaard reserveren van de winst op de diverse dividendreserve-rekeningen is conform de statuten. Uitkering van winst is niet de hoofdregel (r.o. 19.1), (ii) er is sprake van schenking van certificaten in familiale context. Vader was daartoe niet verplicht. Appelland heeft daarvoor geen kapitaal hoeven in te brengen of activiteiten moeten verrichten (r.o. 19.2), (iii) met de onverplichte schenking had vader niet het oogmerk zijn kind te benadelen (r.o. 19.3), (iv) de certificaten zijn geschonken om de certificaathouders op fiscaal gunstige wijze te laten profiteren als de vennootschap flinke winst zou maken. Deze winst was feitelijk alleen te verwachten bij de verkoop van de dochtervennootschappen (r.o. 19.4 en 20.1), (v) er is onvoldoende gesteld om te oordelen dat de belangen van appelland bij (tussentijdse) dividenduitkering desondanks zo evi-

dent zwaarwegend en kenbaar waren dat de StAK tot een tussentijdse uitkering had moeten beslissen. De stelling van appelland dat hij het geld nodig heeft of heeft gehad is daarvoor onvoldoende, aldus het hof (r.o. 19.6) en (vi) vader streefde ernaar dat appelland *self supporting* zou zijn. Een tussentijdse dividenduitkering is met dit streven lastig verenigen, aldus het hof.

11. Dit arrest leert dat het van belang is bij certificering van aandelen aandacht te besteden aan het motief of doel van de certificering, dat zorgvuldig vast te leggen en de vennootschappelijke structuur, statuten, akte van uitgifte van certificaten en de administratievoorwaarden daarop af te stemmen. De discussie in de literatuur over de vraag of de certificaathouder zonder vergaderrecht tot de kring van betrokkenen behoort, zal nog voortduren. De lagere rechtspraak geeft echter een duidelijk antwoord.

mr. R.A. Wolf
UdinkScheper Advocaten, Maastricht University
(ICGI)

5

Geen verlenging biedproces voor founders Marqt

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam
24 oktober 2019, rolnrns. C/13/673506/KG ZA
19-1052 en C/13/673505/KG ZA 19-1051,
ECLI:NL:RBAMS:2019:7906
(mr. De Koning)
Noot mr. P.D. Olden

Verkoop aandelen in Marqt. In aandeelhoudersovereenkomst opgenomen "Post 1 October Drag" is rechtsgeldig ingeroepen. Eisen van redelijkheid en billijkheid vergen niet dat aandeelhouders/oprichters alsnog in gelegenheid gesteld moeten worden definitief bod te doen. Verkoopproces is voldoende transparant geweest en keuze voor bieding Udea/Ekoplaza is niet onnavolgbaar of anderszins apert onredelijk.

[BW art. 6:248 lid 1]

Op basis van de bepalingen in de aandeelhoudersovereenkomst (SHA 2019) is door [eiser sub 3] in beginsel rechtsgeldig een "Post 1 October Drag" ingeroepen. Aan de orde is of QBB c.s. naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid nog een kans tot het doen van een definitief bod moeten krijgen.

Het verkoopproces is begeleid door ING, die daarvoor is aangezocht door Marqt Holding. Marqt Holding heeft het proces ondersteund. Uit de stukken blijkt van een transparante gang van zaken en een adequate ondersteuning door Marqt Holding. Wekelijks vond een (telefonische) bespreking plaats van het Dealteam waarvan ook [naam 4] deel uitmaakte. Ook tussendoor werd ieder op de hoogte gehouden. Op deze wijze is QBB c.s. op de hoogte geweest van het hele biedingenproces en is zij zelfs beter geïnformeerd geweest dan andere potentiële bidders. QBB c.s. diende vanaf 1 oktober 2019 rekening te houden met het uitoefenen van een Drag-recht (als gevolg waarvan zij verplicht werden om hun aandelen onder dezelfde voorwaarden mee te verkopen). Het moge zo zijn dat QBB c.s. overvallen werd

doordat de Post 1 October Drag werd uitgeoefend, maar dat is na het hele proces dat is doorlopen geen omstandigheid waardoor QBB c.s. niet aan de Drag gehouden kan worden. Maatstaven van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:248 lid 1 BW kunnen onder deze omstandigheden niet meebrengen dat QBB c.s. nogmaals een biedingskans moet krijgen. Omgekeerd kan van [eiseressen], StAK Personeel en Marqt Holding na dit hele proces, waarin steeds duidelijk was dat 1 oktober 2019 een uiterst belangrijke datum was, niet worden verwacht het biedproces nogmaals te verlengen met de mogelijke risico's en onzekerheden van dien.

Op 4 oktober 2019 is door een aantal aandeelhouders op verdedigbare gronden gekozen voor de bieding van Udea. Hoewel de bieding van QBB c.s. op een aantal punten gunstiger is dan die van Udea en de gunfactor aan QBB c.s. steeds hoog is geweest, zijn er ook nog steeds onzekerheden en voorwaarden aan het bod van QBB c.s. verbonden. Gelet op de kenmerken van de bieding van Udea en tegen deze achtergrond is het niet onnavolgbaar of anderszins apert onredelijk dat de keuze van [eiseressen] is gevallen op Udea. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is het dan ook niet onaanvaardbaar dat QBB c.s. wordt gehouden aan de gevolgen van de Post 1 October Drag door [eiser sub 3].

1. De rechtspersoon naar buitenlands recht Triodos OGF Luxco SÀRL te Luxemburg (Luxemburg),
advocaat: mr. M.W.E. Evers,
2. Coöperatieve Social Impact Ventures NL Fund I UA te Amsterdam,
advocaat: mr. M.W.E. Evers,
3. [eiser sub 3],
advocaat: mr. M.H. de Boer,
eiseressen in conventie,
gedaagden in reconventie,
tegen
 1. QBB Invest BV,
 2. MMB Invest BV,
 3. Stichting Administratiekantoor Founders Mrqt,
alle gevestigd te Amsterdam,
eiseressen in reconventie,
gedaagden in conventie,
advocaten: mr. A.F.J. A. Leijten, mr. E.E.U. Vroom
en mr. O.J.W. Schotel,
 4. Bakinvest In Marqt BV te Baarn,
gedaagde,