35. De niet-bewilligde certificaathouder behoort niet tot de kring van betrokkenen van art. 2:8 BW

R.A. WOLF

In deze bijdrage staat uitspraak van het Hof Den Haag van 1 oktober 2019 (ECLI:NL:GHDHA:2019:2536) centraal. Het ging om een klassieke ruzie tussen vader en een van zijn kinderen in een familievennootschap, waarbij dividend niet werd uitgekeerd. Deze uitspraak bevestigt de lijn in lagere rechtspraak dat de niet-bewilligde certificaathouder niet tot de kring van betrokkenen van art. 2:8 BW behoort. In de literatuur is die lijn minder eenduidig.

Inleiding

In een klassieke ruzie tussen vader en een van zijn kinderen in een familievennootschap stond de vraag centraal of dat kind, de houder van niet bewilligde certificaten, tot de kring van betrokkenen in de zin van art. 2:8 BW in relatie tot de vennootschap behoort. Over het antwoord op die vraag bestaat in de literatuur al lange tijd discussie en geen eenduidige opvatting. In de lagere rechtspraak lijkt zich een lijn te ontwikkelen die deze vraag negatief beantwoordt. De nieuwste loot aan de tak in die lijn is de uitspraak van het Hof Den Haag van 1 oktober 2019 (ECLI:NL:GHDHA:2019:2536). In deze bijdrage concentreer ik mij met name op dit aspect. Deze bijdrage is een bewerking van mijn annotatie in *JOR* 2020/4.

Casus

Het Hof Den Haag moest oordelen over de volgende casus. Vader (overleden) had vijf kinderen. Een van de vijf kinderen was onterfd. Dat kind was appellant in deze procedure. Vader is overleden. Er was een executeur benoemd. Vader was ondernemer, dga en had een aantal vennootschappen met dochter- en kleindochtervennootschappen. In een van de holdings – hierna te aan te duiden als de 'Vennootschap' – waren de aandelen gecertificeerd. 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. Zij mochten geen invloed in de Vennootschap krijgen. In de statuten van de STAK was opgenomen dat het bestuur bij het nemen van besluiten de belangen van de certificaathouders en het belang van de Vennootschap in acht moest nemen. Ook stond bij de besluitvorming de zelfstandigheid van de onderneming van de Vennootschap voorop. Er was sprake van, naar oud recht, 'zonder 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 werd. Vader had in rekening courant 45 miljoen euro bij de Vennootschap opgenomen. In de periode 2002 tot 2011 is een winst geboekt van ruim 57 miljoen euro. Die winst is gereserveerd. Op enig moment bedroeg de stand van de dividendreserve-rekening van appellant – het onterfde kind – bijna 1,5 miljoen euro. 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 verlies geleden en is haar eigen vermogen afgenomen. Dit verlies is ten laste van de dividendreserve-rekeningen gekomen, waaronder die van appellant, waardoor die op nihil uitkwamen.

De procedure

Appellant heeft de executeur gedagvaard. 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 door onder meer:

1. het jarenlang niet laten uitkeren van zijn dividendreserve door de Vennootschap;
2. het door de Vennootschap laten verstrekken van leningen en een rekening-courantfaciliteit aan hemzelf;
3. het de Vennootschap laten overdragen van deze vorderingen op hem aan een derde;

4. het stelselmatig niet informeren van appellant als certificaathouder; en
5. 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 tevens uitbetaling van zijn dividendreserve-rekening. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

De kring van betrokkenen ex art. 2:8 BW

Het hof overweegt dat in de statuten van de Vennootschap aan de certificaten van appellant geen vergaderrecht verbonden is (art. 2:227 lid 2 BW) en 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 terechte overweging, omdat er niet is beoogd deze certificaathouder bij de organisatie van de vennootschap te betrekken, of – zoals het hof overweegt: '*Met de toekenning van niet bewilligde certificaten is de zeggenschap van (...) de kinderen in de [vennootschap] "op afstand" geplaatst.*'

De overweging van het hof sluit aan bij de eerdere, lagere rechtspraak onder het oude recht (zie Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2007, *JOR* 2007/182 (*Kalter/Greenery*), r.o. 3.2; Rb. Amsterdam 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN4965, *JOR* 2010/301, m.nt. Nowak (*CFS*), r.o. 4.3; en Hof Amsterdam (OK) 5 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW4144, *ARO* 2012/55 (*Zadeko*) r.o. 3.6).

In de genoemde CFS-uitspraak is het fraai verwoord: '*Gezien de wettelijk vastgelegde beslotenheid van de aandeelhouderskring en het vereiste van duidelijkheid voor de vennootschap jegens wie zij de verplichtingen ingevolge art. 2:8 BW in acht dient te nemen, heeft alleen die medewerking van de vennootschap tot gevolg dat de door art. 2:8 BW bestreken kring van personen wordt uitgebreid, die als een op dat rechtsgevolg gerichte rechtshandeling van de vennootschap kan worden aangemerkt. Ingevolge art. 3:33 jo. art. 3:59 BW vereist aldus de door de vennootschap verleende medewerking, teneinde dat rechtsgevolg te bewerkstelligen, een daarop gerichte wil die zich door verklaring of gedraging van de vennootschap heeft geopenbaard.*'

Met de invoering van de Wet Flex-BV in 2012 is het onderscheid tussen met of zonder medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten verdwenen. Het gaat nu om de vraag of bij de statuten aan certificaten vergaderrecht is toegekend. De parlementaire geschiedenis stelt dat er in de praktijk behoefte bestaat aan een algemene regeling die duidelijkheid biedt ten aanzien van het vergaderrecht en de vergadergerechtigden en de onder het oude recht geldende rechtsonzekerheid wegneemt:

'*Uitgangspunt (...) is dat de vennootschap zelf bepaalt of er certificaten met vergaderrecht worden toegelaten, en zo ja, aan welke certificaten dat vergaderrecht toekomt. Het zijn (...) in beginsel de aandeelhouders die bepalen in hoeverre de besluitvorming in de algemene vergadering open staat voor anderen*', aldus de wetgever (*Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 81-82 (MvT).

De meningen in de literatuur zijn verdeeld over het antwoord op de vraag of de certificaathouder zonder vergaderrecht tot de kring van betrokkenen behoort. Er zijn drie opvattingen. De eerste opvatting, waarvan ik voorstander ben, is dat de houder van dat certificaat niet tot de kring van betrokkenen behoort. De tweede opvatting is dat de houder van het certificaat zonder vergaderrecht wel tot de kring van betrokkenen behoort. De derde opvatting, de redelijk belang-benadering, is dat de houder van een certificaat zonder vergaderrecht weliswaar (of: kennelijk) niet tot de kring van betrokkenen behoort, maar dat hij niettemin ex art. 2:15 lid 1 onderdeel b BW wegens strijd met de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid vernietiging van een besluit kan vorderen, omdat hij een redelijk (lees: financieel) belang in de zin van art. 2:15 lid 3 BW heeft. De eerste en de tweede opvatting leiden niet respectievelijk wel tot een vernietigingsvordering ex art. 2:15 lid 1 BW, omdat de norm van art. 2:8 BW niet respectievelijk wel jegens die certificaathouder in acht genomen moet worden (zie 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.

Onrechtmatig handelen

Het oordeel van het hof dat appellant niet tot de kring van betrokkenen behoort, komt ook terug bij de beoordeling in r.o. 16 of vader als bestuurder van de Vennootschap jegens appellant aansprakelijk is. Appellant maakt de volgende verwijten:

1. vader heeft niet voldaan aan de informatieverplichting van art. 5 lid 2 van de administratievoorwaarden;
2. vader heeft de belangen van de certificaathouders niet meegewogen bij de besluitvorming in de algemene vergadering van de Vennootschap;
3. 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);
4. 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 tegenstrijdig belang-besluiten en zijn op niet zakelijke condities genomen;

5. 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;
6. vader handelde in privé en niet als bestuurder, zodat de 'gewone drempel van aansprakelijkheid' geldt; en
7. vader treft een persoonlijk ernstig verwijt.

Het hof vindt dit alles 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 lijkt mij juist.

Vennootschappelijke structuur, doel van en motief voor certificering

De overweging van het hof dat appellant als certificaathouder niet tot de kring van betrokkenen behoort, is niet de enige reden dat de vorderingen zijn afgewezen. Ook de wijze waarop de vennootschappelijke structuur is opgezet en het doel van of motief voor de certificering, zijn van belang. In de praktijk wordt niet altijd in de stukken die tot certificering leiden aan dat doel en motief uitgebreid aandacht besteed. Dat is, zoals zal blijken, wel raadzaam.
Over de vennootschappelijke structuur overweegt het hof in r.o. 6 dat vader in de Vennootschap de scepter zwaaide. De winsten in een van de dochtervennootschappen werden telkens gereserveerd op dividendreserve-rekeningen verbonden aan de aandelen in het kapitaal van de Vennootschap. Daarmee werd vermogen opgebouwd. Vader leende regelmatig substantiële bedragen van de Vennootschap. Deze handelwijze werd door de fiscus geaccepteerd. Dit ging al zo voordat er gecertificeerd werd.
Daarna gaat het hof in r.o .3.7 in op het doel van de certificering. Het was de bedoeling van vader dat als de Vennootschap een flinke winst zou maken, bijvoorbeeld door de verkoop van dochtervennootschappen, de kinderen – waaronder appellant – daarvan op een fiscaal gunstige wijze daarvan zouden profiteren. Dat sluit aan bij het fiscaal faciliteren van een schenking van certificaten aan de kinderen. Het was echter niet de bedoeling dat de kinderen tussentijdse en/of reguliere dividenduitkeringen zouden krijgen en evenmin dat de kinderen zeggenschap in de Vennootschap zouden krijgen. Het hof verwijst op deze laatste punten naar de brief van 10 maart 1999 aan de notaris. Anders gezegd, de kinderen zouden uitsluitend een aanspraak krijgen op toekomstige waardegroei van de aandelen waarop de certificaten zagen.
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 appellant dat sprake zou zijn van een door de STAK onrechtmatig gevoerd dividendbeleid en dat 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 was niet de hoofdregel (zie r.o. 19.1), (ii) er is sprake van schenking van certificaten in familiaire context. Vader was daartoe niet verplicht. Appellant 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 appellant bij (tussentijdse) dividenduitkering desondanks zo evident zwaarwegend en kenbaar waren dat de STAK tot een tussentijdse uitkering had moeten beslissen. De stelling van appellant 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 appellant *self supporting* zou zijn. Een tussentijdse dividenduitkering is met dit streven lastig te verenigen, aldus het hof.

Slotopmerkingen en tips voor de praktijk

Deze uitspraak leert dat de toekenning van vergaderrecht aan certificaten niet zonder gevolgen is. Een certificaathouder zonder vergaderrecht heeft een andere rechtspositie dan de certificaathouder met vergaderrecht. Niet alleen wat betreft art. 2:8 BW en de mogelijkheid van een vernietigingsvordering op grond van art. 2:15 BW. Denk ook aan de rechten die met dat vergaderrecht verband houden (zie art. 2:24 lid 2, 212, 220, 221, 222, 223, 224, 224a, 225, 226 lid 3 en 227, 233, 238 en 329 BW). Het is raadzaam de keuze tussen wel of geen vergaderrecht zorgvuldig met een cliënt te bespreken.
Ook is het van belang bij certificering van aandelen aandacht te besteden aan het motief en doel van de certificering, die zorgvuldig vast te leggen en de vennootschappelijke structuur, statuten, akte van uitgifte van certificaten en de administratievoorwaarden daarop af te stemmen.
De lagere rechtspraak geeft wat mij betreft een duidelijk antwoord op, en de parlementaire geschiedenis een aanwijzing over, de vraag of de certificaathouder zonder vergaderrecht in relatie tot de vennootschap tot de kring van betrokkenen in de zin van art. 2:8 BW behoort.
De discussie in de literatuur over de vraag of de certificaathouder zonder vergaderrecht tot de kring van betrokkenen behoort, is echter nog geen verleden tijd.

Over de auteur

R.A. Wolf

Advocaat bij UdinkSchepel Advocaten en universitair docent ondernemingsrecht aan Maastricht University (ICGI).