

116

Vordering tot decertificering van aandelen

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
9 februari 2022, nr. KG ZA 21-1256,
ECLI:NL:RBDHA:2022:873
(mr. Vetter)
Noot mr. dr. R.A. Wolf

Certificaten zijn niet op verzoek van certificaathouder voor royerung vatbaar, op grond van bepaling in administratievoorwaarden. Voorshands is voldoende aannemelijk dat gronden voor certificering thans nog (minst genomen gedeeltelijk) aanwezig zijn. Weigering van StAK om mee te werken aan decertificering is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar.

[BW art. 2:8]

Vooropgesteld wordt dat decertificering op grond van een expliciete bepaling in de administratievoorwaarden niet geëist kan worden. Het is daarom de vraag of het beroep van de StAK op deze bepaling de strengere (onaanvaardbaarheids) toets van art. 2:8 lid 2 BW doorstaat. De hoge drempel van art. 2:8 lid 2 BW wordt naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet gehaald. De vorderingen van [eiser] zijn daarom niet toewijsbaar. Overigens acht de voorzieningenrechter de vorderingen ook niet toewijsbaar als de lichtere toets van art. 2:8 lid 1 BW zou worden gehanteerd.

De voorzieningenrechter wijst er allereerst op dat onvoldoende aannemelijk is geworden – aannemende dat de bedoeling bij bepalingen in de administratievoorwaarden van bij de oprichting van de StAK en de certificering betrokkenen zou kunnen meewegen bij de interpretatie daarvan, dan wel bij de beoordeling op grond van art. 2:8 lid 2 BW – dat de decertificering als tijdelijke maatregel is bedoeld.

De certificering vond in 2017 plaats omdat ING dreigde de relatie met de vennootschap Osuro te beëindigen om redenen gelegen in de persoon van [eiser]. Gezien de kredietrelatie van Osuro

met ING en de financiële situatie van Osuro op dat moment bracht dat grote risico's voor de continuïteit van Osuro met zich. Dat was ook bij ING genoegzaam bekend, reden waarom zij – onder strikte voorwaarden – bereid is geweest de relatie voort te zetten. Met oprichting van de StAK is beoogd om tegemoet te komen aan de eisen van ING. Dit blijkt ook uitdrukkelijk uit de doelomschrijving van de statuten van de StAK.

De juistheid van de stellingen van zowel [eiser] als Osuro en de StAK over de mate waarin [eiser] wel of niet in staat is weer op te treden als bestuurder van Osuro vergen nader onderzoek. Dat onderzoek kan in het kader van dit kort geding niet worden uitgevoerd. De voorzieningenrechter acht het op grond van de gemotiveerde stellingen van Osuro en de StAK en haar bestuurders – die op regelmatige basis contact hebben met [eiser] – voorshands voldoende aannemelijk dat de gronden voor certificering thans nog (minst genomen gedeeltelijk) aanwezig zijn. Alleen al gelet hierop kan binnen het bestek van dit kort geding niet geoordeeld worden dat de weigering om mee te werken aan de decertificering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (en zelfs niet dat dit in strijd is met de redelijkheid en billijkheid). Hierbij wegen voormelde verklaringen van de bestuurders van de StAK over de gesteldheid van [eiser] zwaar, alsmede de omstandigheid dat de kans reëel is dat ING de kredietrelatie opzegt bij wijziging in de governancestructuur.

[Eiser],
advocaat: mr. A.C.C. Geerts en mr. M.Ph. Dol,
tegen

1. Osuro Holding BV te Leiden, gedaagde,
- advocaat: mr. S.M. Campmans,
2. Stichting Administratiekantoor Osuro Holding te Leiderdorp,
3. [gedaagde 3],
4. [gedaagde 4],
5. [gedaagde 5],
6. [gedaagde 6],
gedaagden,
advocaat: mr. J. van Mens.

(...; red.)

2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1. De ouders van [eiser] hebben een handel in automaterialen gestart (nu bekend onder de naam [naam 1] Automotive B.V., hierna: “[naam 1] Automotive”).

2.2. [eiser] heeft in 1992 Osuro opgericht en was vanaf de oprichting van Osuro haar directeur-groootaandeelhouder. Op 1 juli 1992 zijn de aandelen in [naam 1] Automotive ingebracht in Osuro en sindsdien heeft [eiser] de onderneming van zijn ouders via Osuro voortgezet. Op enig moment is [naam 1] Automotive ingebracht in [naam 1] CarTal Beheer B.V. en zijn er naast Osuro andere bestuurders en aandeelhouders betrokken geraakt.

2.3. In 2014 heeft [eiser] de participatie van Osuro in [naam 1] Automotive (althans in [naam 1] CarTal Beheer B.V.) verkocht. Osuro ontving hiervoor een bedrag van € 17,4 miljoen. Sindsdien bestaat Osuro uit liquiditeiten en uit deelnemingen in vennootschappen waarin onroerend goed is ondergebracht.

2.4. Huisbankier van Osuro is de ING Bank (hierna: ING). Bij brief van 12 januari 2017 heeft ING [eiser] er over geïnformeerd dat de behandeling van het kredietdossier van Osuro is overgedragen aan de afdeling Intensief Beheer. In de brief is verder het volgende vermeld:

“(…)

Redenen voor deze overdracht zijn onder andere, doch niet uitsluitend, gelegen in de Customer Due Dilligence (CDD) regelgeving, en gesignaleerde financiële mutaties op de rekening van Osuro Holding BV.

(…)

Daarbij wordt bedoeld op onder andere, doch niet uitsluitend, de navolgende bevindingen uit 2016, die ook bij herhaalde navraag door ING onvolgende onderbouwd door u zijn verklaard:

1) De frequente contante bedragen die worden opgenomen, over 2016 meer dan euro 420.000,-,

2) De ontvangsten van een 17-tal bedragen uit de Verenigde Arabische Emiraten, afkomstig van Delta Mining Operations Ltd voor in totaal euro 1.832.820,-,

3) Ontvangst van 11 betalingen uit Verenigde Arabische Emiraten voor een bedrag ad euro 570.652,26 afkomstig van GoodFeelingLtd,

4) De 18 betalingen aan Atradeco, een financiële holding te Wassenaar, voor in totaal euro 1.293.552,-,

5) De 43 betalingen aan Envoy Services Ltd, bekend om het leveren van alternatieve betalingsoplossingen, voor in totaal euro 206.000,-,

Daarnaast maakt u in diverse gesprekken met ING onder andere gewag van termen als ‘inlichtingendiensten’, ‘Interpol’, ‘regeringsleiders’, ‘de officier van justitie eraan’, ‘als ik het je vertel heb je ook een probleem’, ‘het is alles of niets’, ‘er zijn mensen aan dood gegaan’, ‘truckjes van regeringen’, ‘die andere meneer op je dak’, ‘hij is de allergrootste in de wereld’, ‘er zitten hier gevangenen onder de grond’, ‘deze telefoon wordt vast ook afgeluisterd’.

Uw frequente verblijf in – en het betalingsverkeer met – de Verenigde Arabische Emiraten, alsmede uw betrokkenheid bij mijnbouw in Guinee, draagt in de context van voorgaande, bij aan de in deze brief benoemde zorgen van ING

Ook is het ING onduidelijk waaraan de liquiditeiten van circa euro 18 mln zijn besteed, die u circa twee jaar geleden hebt ontvangen uit de verkoop van uw onderneming.

De combinatie van al deze zaken maakt dat ING zich serieus zorgen maakt over de voortzetting van de bancaire relatie met u en uw vennootschappen. Met name de volgens de regelgeving van de FEC/CDD (Financial Economie Crime/ Customer Due Diligence) als verdacht aangemerkte transacties op de rekeningen van uw vennootschappen, zoals onder andere hiervoor niet-limitatief zijn benoemd, en het feit dat uw verhalen aan ING een weinig coherente indruk maken, in elk geval geen voor ING bruikbare informatie bevatten, voeden onze zorgen.

Dat alles leidt voor ING naar de conclusie dat ING de relatie op grond van de geldende wet- en regelgeving wenst te gaan beëindigen, indien niet voor 1 februari 2017 een ING conveniërende, degelijke en schriftelijk onderbouwde verklaring wordt gegeven voor de hiervoor gesignaleerde betalingmutaties. ING zal de door u aangeleverde schriftelijke informatie laten toetsen door haar afdeling KYC Investigations. De (inhoud van de) aangeleverde informatie kan aanleiding zijn de relatie te gaan beëindigen, maar ook het uitblijven van informatie of het verstrekken van niet-volle-

dige of gebrekkige informatie. ING sluit ook niet uit dat over andere mutaties nog vragen zullen worden gesteld.

Indien de door ING verzochte gedetailleerde verantwoording voor *1 februari 2017* niet of niet conveniërend is ontvangen wenst ING het verleende krediet te beëindigen *tegen 1 april 2017*, (...)

(...)”
In de brief staat verder welke leningen de voorgenomen kredietbeëindiging betreft. Dit zijn zeven leningen aan Osuro en haar deelnemingen, tot een totaalbedrag van € 8.894.807,14.

2.5. Bij brief van 8 mei 2017 heeft ING aan [eiser] bericht dat zij de kredietrelatie met Osuro en haar deelnemingen zal beëindigen en dat zij tot kredietopeising overgaat. Nadat overleg heeft plaatsgevonden tussen adviseurs van Osuro en ING heeft ING bij brief van 22 juni 2017 als volgt bericht aan [eiser]:

“Naar aanleiding van ons schrijven van 13 juni jongstleden aan u, hadden wij heden een gesprek met uw advocaat en uw adviseurs, waaronder uw zoon.

Voor ING was het moment aangebroken de relatie met u en uw ondernemingen op verkorte termijn geheel te gaan beëindigen. De eerder beschreven gang van zaken en de gebrekkige communicatie naar ons, laten ING geen andere keus.

(...)

Met uw adviseurs hebben wij vervolgens besproken dat ING bereid zou zijn tot een rustiger afscheidstraject voor de afwikkeling van uw krediet en rekeningen in onze boeken, indien u op korte termijn uit de directe bedrijfsleiding zou terugtreden. Een mogelijke oplossing daartoe zou zijn het oprichten van een Stichting Administratiekantoor Osuro Holding, die de aandelen van de holding zal beheren, met een stichtingsbestuur waarin u wat ING betreft zitting zou mogen nemen, mits u daarin geen blokkerend stemrecht heeft.

(...)”

2.6. Bij aandeelhoudersbesluit van Osuro van 3 juli 2017 heeft [eiser] – als houder van alle geplaatste aandelen in het kapitaal van Osuro – met ingang van die datum [gedaagde 3] benoemd tot bestuurder van Osuro en hem de titel van directeur verleend. Met ingang van 12 juli 2017 is [eiser] zelf afgetreden als bestuurder van Osuro. [gedaagde 3] is ook nu nog (indirect, met tussenkomst van zijn persoonlijke vennootschappen

Enibor Advies B.V. en Enibor Holding B.V.) bestuurder van Osuro.

2.7. Bij notariële akte van 10 augustus 2017 is de Stak opgericht. Het eerste bestuur van de Stak bestond uit [eiser], [gedaagde 3], [gedaagde 5] en [gedaagde 4]. Bij notariële akte van 10 augustus 2017 zijn vervolgens alle aandelen van Osuro (tot dat moment allemaal eigendom van [eiser]) gecertificeerd, tegen uitreiking van certificaten van aandelen aan [eiser]. Op de onderlinge verhouding tussen [eiser] en de Stak zijn administratievoorwaarden van toepassing. In deze administratievoorwaarden is bepaald, artikel 2 lid 2, dat de certificaten niet op verzoek van de houder voor roeyering vatbaar zijn.

2.8. Na de decertificering heeft ING in eerste instantie telkens de opzegging van de kredietrelatie uitgesteld en uiteindelijk heeft ING, uitgaande van de op dat moment bestaande governance structuur bij Osuro, de opzegging van de kredietrelatie ingetrokken en Osuro weggehaald bij de afdeling Intensief Beheer. Per e-mail van 12 januari 2022 heeft ING aan de advocaat van de Stak en de bestuurder bericht dat zij bij eventuele wijzigingen in de governance structuur van Osuro haar positie zou heroverwegen, waarbij niet uit te sluiten is dat zij tot kredietopzegging zou overgaan.

2.9. Op 4 april 2018 hebben de kinderen van [eiser], waaronder [gedaagde 3], een verzoek tot ondercuratelestelling van [eiser] ingediend. Bij beschikking van de kantonrechter van 11 april 2018 is een provisioneel bewindvoerder benoemd over alle goederen die toebehoren of zullen toebehoren aan [eiser], met toekenning aan de provisioneel bewindvoerder alle bevoegdheden die een curator krachtens de wet heeft. Het verzoek tot ondercuratelestelling is aangehouden. Bij beschikking van 16 januari 2019 is [eiser] vervolgens onder curatele gesteld. Daarbij heeft de kantonrechter overwogen dat voldoende is komen vast te staan de [eiser] lijdt aan een geestelijke toestand waardoor hij, tijdelijk of duurzaam zijn belangen niet kan behartigen.

2.10. In verband met het provisioneel bewind en vervolgens de ondercuratelestelling is [eiser] per 11 april 2018 uitgeschreven als bestuurder van de Stak. Hij is in het bestuur van de Stak opgevolgd door [gedaagde 6].

2.11. Op 18 januari 2019 is door Osuro conservatoir beslag gelegd op de certificaten van aandelen van [eiser] in het aandelenkapitaal van Osuro,

alsmede op de woning van [eiser] aan de [adres] te [plaats 1] (hierna: de woning). De dagvaarding in de bodemprocedure is op 31 januari 2019 aan de curator van [eiser] betekend. Osuro vordert van [eiser] betaling van de openstaande rekening-courant schuld aan Osuro. De procedure in de hoofdzaak is op de parkeerrol geplaatst. Op 22 december 2019 is de woning afgebrand. Osuro heeft inmiddels tevens aanvullend conservatoir beslag teneinde zich te kunnen verhalen op verzekeringspenningen die in verband met de brand (mogelijk) uitgekeerd zullen worden.

2.12. [eiser] is in hoger beroep gegaan tegen de beschikking van de kantonrechter waarin hij onder curatele is gesteld. Bij beschikking van het gerechtshof Den Haag van 29 juli 2020 zijn de beschikkingen van de kantonrechter vernietigd en is het verzoek tot ondercuratelestelling alsnog afgewezen. Voorafgaand aan deze beslissing is opdracht van het gerechtshof deskundigenonderzoek gedaan naar [eiser] en uit het rapport van deze deskundige blijkt – aldus de beschikking van het gerechtshof – dat er “bij de betrokkene momenteel geen sprake is van psychiatrische, neurologische of cognitieve problematiek. Ook zijn er momenteel geen aanwijzingen van (een gewoonte van) drank- en/of middelengebruik. Volgens de deskundige is er geen sprake van dat de betrokkene tijdelijk of duurzaam niet in staat om zijn belangen behoorlijk waar te nemen, als gevolg van zijn lichamelijke of geestelijke toestand, dan wel de (gewoonte van) drank- en/of drugsmisbruik of de gevolgen van de (gewoonte van) drank- en/of drugsmisbruik.”

2.13. Eind 2020 is één nieuw aandeel in Osuro uitgegeven. Een certificaat van dit aandeel is door de Stak uitgegeven aan een besloten vennootschap van de drie kinderen van [eiser] (waaronder [gedaagde 3]).

2.14. Osuro is in overleg met de Belastingdienst over (de omvang van) aanspraken die de Belastingdienst op Osuro heeft. In dat kader heeft de Belastingdienst aangeboden met het oog op de nog openstaande rekening-courantschuld van [eiser] een vaststellingsovereenkomst te sluiten. Het aanbod van de Belastingdienst ten aanzien van de vaststellingsovereenkomst was geldig tot 31 december 2021. Osuro wilde tot ondertekening overgaan, omdat de vaststellingsovereenkomst volgens Osuro gunstig is voor zowel Osuro als [eiser]. [eiser] heeft geweigerd tot ondertekening over te gaan, omdat hij het niet eens is met

de gestelde omvang van de rekening-courantschuld.

3. *Het geschil*

3.1. [eiser] vordert, zakelijk weergegeven:

I. de Stak te veroordelen om de aandelen in Osuro met nummers 1 tot en met 470 over te dragen aan [eiser], onder gelijktijdige intrekking door de Stak van de certificaten van deze aandelen;

II. te bepalen dat dit vonnis in de plaats zal treden van de voor de overdracht van de aandelen en de intrekking van de certificaten vereiste wilsverklaringen van de gedaagden;

III. de gedaagden te veroordelen om medewerking te verlenen aan de overdracht van aandelen en intrekking van de certificaten op straffe van verbeurte van een dwangsom;

IV. de gedaagden hoofdelijk te veroordelen in de kosten van deze procedure.

3.2. Daartoe voert [eiser] – samengevat – het volgende aan. [eiser] is de afgelopen jaren stapsgewijs “onteigend” door zijn kinderen en door andere betrokkenen met eigen belang, tot op het punt dat hij de economisch eigenaar is van Osuro, maar feitelijk en formeel niets meer te zeggen heeft. [eiser] heeft thans geen financiële middelen meer, Osuro houdt hem verstoken van middelen en als gevolg van de beslagen zal die situatie voortduren. Ook de toekomst ziet er niet rooskleurig uit, als gevolg van de rekening-courant die Osuro buiten [eiser] om tot ongekende proportie heeft doen toenemen. Te verwachten is dat Osuro de dagvaardingsprocedure met betrekking tot de rekening-courant zal doorzetten en dat de Belastingdienst zal komen met een naheffingsaanslag. In het donkerste scenario is het sluitstuk van de procedure betreffende de rekening-courant de executie van de certificaten van aandelen en dan is voor de kinderen de onteigening rond. De oplossing voor deze situatie ligt voor [eiser] in een decertificering van de certificaten. Als meerderheidsaandeelhouder kan hij dan ook de bestuursfunctie weer overnemen. De zeggenschap over Osuro moet weer terechtkomen bij de wie in wezen de eigenaar is: [eiser]. Naast voorstaande zijn er volgens [eiser] nog diverse andere argumenten voor de decertificering, waaronder de omstandigheid dat aan [eiser] – toen het conflict met ING leidde tot de herstructurering – steeds is voorgehouden dat zijn terugtreden tijdelijk zijn.

3.3. [eiser] stelt verder dat hij op grond van artikel 2 lid 2 van de administratievoorwaarden niet be-

voegd is decertificering te verzoeken. Op grond van de jurisprudentie en literatuur is toewijzing van de vordering desalniettemin mogelijk. Het komt daarbij aan op een belangenafweging, gestoeld op de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Meer concreet komt het aan op de vraag of een redelijk handelend stichtingsbestuur in het licht van de omstandigheden van het geval medewerking aan decertificering mag onthouden. In het licht van de in deze situatie aanwezige bijzondere omstandigheden is de Stak gehouden mee te werken aan decertificering. Het spoedeisend belang van [eiser] bij zijn vordering vloeit voort uit de aard van de vordering. De zeggenschap in Osuro berust ten onrechte bij de Stak, die bovendien bewezen heeft niet het beste met [eiser] als economisch eigenaar voor te hebben. Dit moet niet langer duren. Elke dag dat het besturen door de Stak voortduurt, wordt de ruif verder leeggegeten en loopt [eiser] het risico dat zijn positie verder wordt ondergraven.

3.4. Osuro, de Stak en de bestuurders voeren verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4. De beoordeling van het geschil

4.1. Zowel Osura als de Stak en de bestuurders twisten het spoedeisend belang van [eiser] bij zijn vorderingen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat [eiser] voldoende heeft aangevoerd om zijn spoedeisend belang te onderbouwen. Als zijn stellingen juist zijn – hetgeen bij de inhoudelijke beoordeling zal moeten blijken – heeft hij er een spoedeisend belang bij dat aan de huidige situatie, waarin hij geen enkele formele zeggenschap heeft in Osuro, op de kortst mogelijke termijn een einde wordt gemaakt. Gelet hierop zal [eiser] worden ontvangen in zijn vordering.

4.2. Tussen partijen staat vast dat [eiser] op grond van de administratievoorwaarden geen “aanspraak” heeft op decertificering. [eiser] stelt kort gezegd dat decertificering desalniettemin moet plaatsvinden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid die partijen jegens elkaar op grond van het bepaalde in artikel 2:8 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) in acht moeten nemen. Hij stelt zich daarbij op het standpunt dat de decertificering als tijdelijke maatregel was bedoeld en dat hij weer in staat is zelf verantwoordelijkheid voor Osuro te dragen. Tevens verwijst hij naar de door hem gestelde gedragingen van de Stak en haar

bestuurders die er op zijn gericht om hem ernstig te onteigenen.

4.3. De vordering van [eiser] is in kort geding alleen toewijsbaar als zodanig aannemelijk is dat een soortgelijke vordering in een bodemprocedure zou worden toegewezen, dat het verantwoord is daar door het treffen van een ordemaatregel in kort geding op vooruit te lopen. De voorzieningenrechter stelt in dat kader voorop dat decertificering op grond van een expliciete bepaling in de administratievoorwaarden niet geëist kan worden. Het is daarom, meer precies, de vraag of het beroep van de Stak op deze bepaling de strengere (onaanvaardbaarheids-) toets van artikel 2:8 lid 2 BW doorstaat. Zoals uit de navolgende overwegingen blijkt, wordt de hoge drempel van artikel 2:8 lid 2 BW naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet gehaald. De vorderingen van [eiser] zijn daarom niet toewijsbaar. Overigens acht de voorzieningenrechter de vorderingen ook niet toewijsbaar als de lichtere toets van artikel 2:8 lid 1 BW zou worden gehanteerd.

4.4. De voorzieningenrechter wijst er allereerst op dat onvoldoende aannemelijk is geworden – aannemende dat de bedoeling bij bepalingen in de administratievoorwaarden van bij de oprichting van de Stak en de certificering betrokkenen zou kunnen meewegen bij de interpretatie daarvan, dan wel bij de beoordeling op grond van artikel 2:8 lid 2 BW – dat de decertificering als tijdelijke maatregel is bedoeld. [eiser] heeft ter onderbouwing van deze stelling verwezen naar twee brieven van mr. [naam 2] (hierna: “[naam 2]”), die in de periode voorafgaand aan de decertificering is ingeschakeld voor crisismanagement en juridische bijstand. In een brief van [naam 2] van 21 juni 2017 over een plan van aanpak staat: “Naar aanleiding van ons gesprek van eergister geef ik aan wat de te volgen aanpak is bij een tijdelijk terugtrekken van [eiser] om [gedaagde 3] in staat te stellen het vertrouwen bij de bank terug te winnen en orde op zaken te stellen”

In een latere brief van 22 juni 2017 staat:

“5. (...) [eiser] trekt zich tijdelijk terug om [gedaagde 3] de gelegenheid te bieden om het plan van aanpak uit te voeren. Partijen zullen periodiek overleggen, waarin [gedaagde 3] aan [eiser] verslag zal doen van de stand van zaken.”

De passages uit deze brieven laten echter onverlet dat vervolgens in de certificeringsdocumentatie nergens is vermeld dat de certificering als tijdelijke maatregel is bedoeld, in tegendeel, er is juist in

opgenomen dat [eiser] niet bevoegd is decertificering te verzoeken. Indien partijen de bedoeling hadden de maatregel tijdelijk te laten zijn, ligt voor de hand dat dit tot uitdrukking was gekomen in de certificeringsdocumentatie. De stelling van [eiser] dat het een onderlinge afspraak betrof is onvoldoende om tot een ander oordeel te komen. Die stelling is door de Stak en haar bestuurders betwist en zou nader onderzoek vergen, waarvoor een kort geding zich niet leent.

4.5. De stelling van [eiser] dat hij niet betrokken is geweest bij de gesprekken over de voorgenomen herstructurering, dat de notariële akten door [eiser] bij volmacht zijn gepasseerd en dat hij nauwelijks een woord heeft gesproken met de betrokken notaris, maken het vorenstaande niet anders en rechtvaardigen ook niet de conclusie dat de decertificering feitelijk zonder instemming van [eiser] heeft plaatsgevonden. Uit de overgelegde stukken blijkt genoegzaam dat [eiser] destijds bij de besluitvorming betrokken is geweest, maar dat hij daarin niet altijd in staat was, althans leek te zijn, de situatie volledig te overzien. Vervolgens heeft de certificering bij notariële akte plaatsgevonden. De blote stelling van [eiser] dat hij “nauwelijks een woord heeft gewisseld” met de betrokken notaris, is door de Stak en de bestuurders gemotiveerd betwist. Zij hebben toegelicht dat [eiser] door de notaris is uitgenodigd voor een gesprek op kantoor, waarbij – nadat door de notaris en een bij het gesprek aanwezige kandidaat-notaris was ingeschat of [eiser] op dat moment voldoende in staat was de gevolgen van het ondertekenen van de stukken volledig te begrijpen – de stukken zijn doorgenomen en uitgelegd. [eiser] wist wat de gevolgen waren als hij tot ondertekening van de stukken (het aandeelhoudersbesluit en de volmacht) overging, aldus de Stak en de bestuurders. De voorzieningenrechter heeft in het licht van deze gemotiveerde betwisting geen aanleiding te veronderstellen dat de notaris anders heeft gehandeld dan van een notaris geveerd wordt en dus ook niet om te veronderstellen dat [eiser] onvoldoende wetenschap had van de gevolgen van de certificering.

4.6. De certificering vond in 2017 plaats omdat ING dreigde de relatie met Osuro te beëindigen om redenen gelegen in de persoon van [eiser]. Gezien de kredietrelatie van Osuro met ING en de financiële situatie van Osuro op dat moment bracht dat grote risico's voor de continuïteit van Osuro met zich. Dat was ook bij ING genoegzaam

bekend, reden waarom zij – onder strikte voorwaarden – bereid is geweest de relatie voort te zetten. Met oprichting van de Stak is beoogd om tegemoet te komen aan de eisen van ING. Dit blijkt ook uitdrukkelijk uit de doelomschrijving van de statuten van de Stak, die luidt als volgt:

“Artikel 3. Doel.

1. De Stichting heeft ten doel:

- het bundelen van het bezit van Aandelen
- het bevorderen van een juiste spreiding van zeggenschap in de Vennootschap
- het bevorderen van een goede bedrijfsvoering, het verzekeren van de continuïteit in, en het weren van invloeden op de leiding van de Vennootschap, die de zelfstandigheid van de onderneming van de Vennootschap in strijd met haar belang zou kunnen schaden, een en ander in het belang van de Vennootschap en van allen, die bij de Vennootschap zijn betrokken; alsmede
- al hetgeen met vorenstaande direct verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn.”

4.7. Uit de overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting blijkt dat niet alleen ING zich in 2017 zorgen maakte over de gesteldheid van [eiser]. Ook anderen die nauw contact hadden met [eiser] en hem goed kenden hadden zorgen over zijn gedrag, waaronder de bestuurders (die allemaal al lange tijd zakelijk en/of privé bij [eiser] betrokken waren). Dat die zorgen niet zonder grond waren blijkt ook uit de schriftelijke stukken rondom de certificering (waarin onder andere wordt gesproken over “revitaliseren”, “rehab in Zuid-Afrika”), alsmede uit hetgeen gebleken is over de bedrijfsvoering binnen Osuro, de besteding van zeer grote sommen (contant) geld en de onduidelijkheid over waar dat geld aan is besteed, althans de dubieuze investeringen die zijn gedaan. De voorzieningenrechter wijst in dit verband ook naar de inhoud van de brief van ING van 12 januari 2017.

4.8. [eiser] betwist dat de zorgen over zijn gedrag destijds terecht waren. Aan die betwisting gaat de voorzieningenrechter voorbij. Uit al hetgeen door Osuro en de Stak en haar bestuurders is aangevoerd is voldoende aannemelijk geworden dat een zorgwekkende situatie bestond. Bovendien is genoegzaam gebleken dat de certificering een eis van ING was, zodat ook om die reden – gezien de afhankelijkheid van Osuro van ING – de certificering in elk geval niet onterecht heeft plaatsgevonden, zoals [eiser] wel lijkt te willen betogen. Zoals onder 4.5 al is overwogen, is ook niet aan de orde

dat [eiser] destijds onvoldoende is geïnformeerd over hetgeen in de notariële aktes rondom de certificering is opgenomen.

4.9. [eiser] stelt zich op het standpunt dat hij in elk geval nu (weer) in staat is Osuro zelf te leiden. Hij wordt in dat standpunt ondersteund door de heer [naam 3], die als zijn adviseur ter zitting aanwezig was ([eiser] was er niet). [gedaagde 3] en de overige bestuurders van de Stak hebben die stelling gemotiveerd betwist. Zij hebben daartoe aangevoerd dat zij zich onverkort zorgen maken over [eiser]. Zij hebben eensluidend verklaard dat [eiser] wanneer zij hem spreken nog steeds een verwarde, wantrouwende indruk maakt. Zij hebben verklaard dat hij op de laatste certificaathoudersvergadering, die gehouden is op 20 december 2021, verbaal agressief was, onsamenhangend sprak en niet uit de vragen kwam die hij voor zich zelf op papier had gezet (of had laten zetten). [eiser] had zelf als agendapunt “meer zeggenschap” ingebracht, maar heeft de vergadering verlaten voordat dit agendapunt besproken kon worden. Daar komt bij, zo stellen de Stak en de bestuurders, dat er binnen Osuro ook nu nog sprake is van een financieel kwetsbare situatie, vanwege de rekening-courantverhouding met [eiser], waarover afspraken met de Belastingdienst gemaakt moeten worden, de omstandigheid dat nog steeds onduidelijk is waar grote sommen geld aan zijn besteed – [eiser] heeft daarover nog steeds geen opheldering gegeven – en de mogelijke belastingaanslagen die als gevolg daarvan nog zullen volgen en de nog immer precaire verhouding met ING. ING heeft al bekend gemaakt dat zij bij eventuele wijzigingen in de governance structuur van Osuro haar positie zal heroverwegen, waarbij niet uit te sluiten is dat tot kredietopzegging overgegaan zal worden.

4.10. De juistheid van de stellingen van zowel [eiser] als Osuro en de Stak over de mate waarin [eiser] wel of niet in staat is weer op te treden als bestuurder van Osuro vergen nader onderzoek. Dat onderzoek kan in het kader van dit kort geding niet worden uitgevoerd. De voorzieningenrechter acht het op grond van de gemotiveerde stellingen van Osuro en de Stak en haar bestuurders – die op regelmatige basis contact hebben met [eiser] – voorshands voldoende aannemelijk dat de gronden voor decertificering thans nog (minst genomen gedeeltelijk) aanwezig zijn. Alleen al gelet hierop kan binnen het bestek van dit kort geding niet geoordeeld worden dat de weige-

ring om mee te werken aan de decertificering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (en zelfs niet dat dit in strijd is met de redelijkheid en billijkheid). Hierbij wegen voormelde verklaringen van de bestuurders van de Stak over de gesteldheid van [eiser] zwaar, alsmede de omstandigheid dat de kans reëel is dat ING de kredietrelatie opzegt bij wijziging in de governancestructuur. [eiser] heeft nagelaten toe te lichten hoe hij de verhouding met ING ziet. Hij heeft niet toegelicht dat hij al contact heeft gehad met ING over de situatie die na een decertificering zou ontstaan en/of dat hij contacten heeft met een andere bank waar hij dan de nog lopende kredieten van Osuro onder kan brengen.

4.11. Slotsom is dat alleen al gelet op het vorenstaande de vorderingen van [eiser] niet toewijsbaar zijn. De stellingen van [eiser] die er op neerkomen dat de Stak en haar bestuurders (en zijn kinderen) er alleen op uit zijn om hem te benadelen en hem volledig te onteigenen maken het vorenstaande niet anders. De gedragingen van de Stak en haar bestuurders op zichzelf en in onderlinge samenhang bezien rechtvaardigen die conclusie niet. De Stak en haar bestuurders hebben gemotiveerd betwist dat zij er op uit zijn [eiser] volledig te onteigenen en hebben gemotiveerd verklaard dat zij juist handelen met het oog op de belangen van [eiser] (namelijk hem ook in de toekomst voorzien van een stabiel inkomen). De gebeurtenissen waar [eiser] naar verwijst (waaronder de beslaglegging, het onderbrengen van een extra certificaat bij zijn kinderen) zijn allemaal genoegzaam te verklaren vanuit de gerechtvaardigde belangen van Osuro en/of de bescherming van de belangen van [eiser]. De voorzieningenrechter heeft ook geen reden te twijfelen aan de uitgebreide verklaringen van de bestuurders, die ieder voor zich hebben toegelicht waarom zij bereid zijn deel uit te maken van het bestuur van de Stak. Die verklaringen komen er allemaal op neer dat zij handelen vanuit hun persoonlijke betrokkenheid bij [eiser] en dat zij voor hem het beste willen. Dit blijkt ook wel uit de omstandigheid dat [gedaagde 4] en [gedaagde 5] hun werkzaamheden uitvoeren voor een zeer beperkte vergoeding, terwijl [gedaagde 6] en [gedaagde 3] hun werkzaamheden voor de Stak onbezoldigd verrichten. [gedaagde 3] krijgt wel een management fee voor zijn werkzaamheden als (middellijk) bestuurder voor Osuro, maar dat is volledig verklaarbaar

door de omstandigheid dat die werkzaamheden een fulltime baan inhouden.

4.12. De vorderingen van [eiser] zullen worden afgewezen. Bij deze stand van zaken kunnen de overige stellingen van partijen – waaronder de stellingen van de Stak en de bestuurders over de formele aspecten die aan toewijzing van de vorderingen in de weg staan – onbesproken blijven. [eiser] zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. wijst de vorderingen af;

5.2. veroordeelt [eiser] in de kosten van dit geding (...; *red.*);

5.3. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

NOOT

1. In deze zaak werd in kort geding zonder succes decertificering van aandelen gevorderd. Het betreft een persoonlijk en familiedrama, dat ook de pers heeft gehaald (Google doet wonderen, zie voor meer achtergrond bijvoorbeeld ECLI:NL:GHDHA:2018:3662).

2. Osuro is van oorsprong een familiebedrijf in de handel in automaterialen. Enig aandeelhouder en bestuurder van Osuro was sinds 1992 eiser. De handel in automaterialen werd via dochtervennootschappen gedreven. In 2014 wordt de handel in automaterialen verkocht en bestaan de activiteiten van Osuro uit deelnemingen in onroerend goed-vennootschappen. Osuro beschikt over aanzienlijke liquiditeiten. ING Bank is huisbankier van Osuro en heeft krediet verstrekt. In 2017 deelt ING Osuro mede dat zij verdachte transacties heeft geconstateerd en dat zij om die reden het kredietdossier van Osuro aan de afdeling Intensief Beheer heeft overgedragen. Daarna deelt ING Osuro mede dat zij het krediet zal beëindigen en tot opeising daarvan zal overgaan. Nadien vindt er overleg plaats tussen ING en Osuro. In dat overleg stelt ING Osuro een wat langere termijn voor terugbetaling van het krediet te gunnen als eiser terugtreedt uit het bestuur van Osuro, de aandelen in Osuro worden gecertificeerd en eiser geen blokkerend stemrecht in de StAK zal hebben. Aldus geschiedde. Eiser treedt als bestuurder van Osuro af; een

kind van eiser treedt als bestuurder toe. Alle aandelen van eiser worden gecertificeerd tegen uitreiking van certificaten van aandelen aan eiser. In de administratievoorwaarden is bepaald dat de certificaten niet op verzoek van de houder royeerbaar zijn. Nadien is de relatie met ING verbeterd en heeft ING de kredietopzegging ingetrokken onder de voorwaarde dat de governancestructuur van Osuro niet zal wijzigen. In 2018 wordt eiser op verzoek van zijn kinderen door de kantonrechter onder provisioneel bewind en vervolgens onder curatele gesteld, waarna zijn uitschrijving als bestuurder van de StAK volgt. Het hof vernietigt later deze beschikking van de kantonrechter. Ondertussen heeft Osuro beslag gelegd op de certificaten van aandelen en de woning van eiser vanwege een vordering uit hoofde van rekening-courant op eiser.

3. De kernoverweging in deze uitspraak is r.o. 4.3. Daar overweegt de voorzieningenrechter dat decertificering op grond van de administratievoorwaarden niet geëist kan worden. Het is de vraag of het beroep van de StAK op deze bepaling de strengere (onaanvaardbaarheids)toets van art. 2:8 lid 2 BW doorstaat. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter wordt de hoge drempel van art. 2:8 lid 2 BW niet gehaald. De vorderingen van eiser zijn niet toewijsbaar. De voorzieningenrechter vindt die vorderingen “ook niet toewijsbaar als de lichtere toets van art. 2:8 lid 1 BW zou worden gehanteerd.”

4. Over deze kernoverweging maak ik twee opmerkingen. In de eerste plaats is de verhouding tussen de StAK en de certificaathouder aan te merken als een beheerovereenkomst, uitmondend in de administratievoorwaarden. Een certificaat van aandeel is een vorderingsrecht. De inhoud van dat vorderingsrecht wordt bepaald door de administratievoorwaarden. Er is sprake van een contractuele verhouding; niet van een lidmaatschapsverhouding. Het zou daarom beter zijn geweest als de voorzieningenrechter het toetsingskader in het licht van art. 6:248 BW, de contractuele redelijkheid en billijkheid, zou hebben geplaatst. In de tweede plaats valt op het eerste gezicht niet in te zien waarom de voorzieningenrechter refereert aan art. 2:8 lid 1 BW (of art. 6:248 lid 1 BW). Het gaat in dat artikellid, gelijk de vermogensrechtelijke pendant, om de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dat wil zeggen om een “extra” handelen of verplichting bovenop een bestaande, reguliere

verplichting die uit de wet of statuten voortvloeit. Bij art. 2:8 lid 2 (of art. 6:248 lid 2 BW) gaat het om de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Bij de toepassing daarvan kan de rechter afwijken van de wet, statuten of overeengekomen regel. Die regel blijft dan buiten toepassing. Dat gaat ver. Er geldt dan ook een hoge drempel; een hogere dan voor de toepassing van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

5. In deze zaak ging het om de expliciete bepaling in de administratievoorwaarden, op grond waarvan de certificaathouder geen decertificering kan vragen. Als die regel op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ex art. 6:248 lid 2 BW buiten werking zou worden gesteld, komt de vraag aan de orde of gelet op de omstandigheden van het concrete geval decertificering kan worden verlangd. Bij het antwoord op die vraag komt in het kader van een belangenafweging art. 6:248 lid 1 BW om de hoek kijken. Dat zijn echter andere te volgen stappen dan waar de voorzieningenrechter in de laatste volzin van r.o. 4.3 overweegt dat “de vorderingen ook niet toewijsbaar [zijn] als de lichtere toets van art. 2:8 lid 1 BW zou worden gehanteerd”.

6. De belangenafweging die in art. 2:8 en 6:248 BW besloten ligt, zit ook in een kortgedingprocedure ingebakken gelet op de aard van de procedure. Dat komt in deze uitspraak duidelijk naar voren. Eiser ziet zijn vorderingen afgewezen worden. De stellingen van eiser worden gemotiveerd betwist. De aan de stellingen van eiser ten grondslag liggende feiten en omstandigheden komen niet vast te staan.

7. Een van die stellingen was, dat de certificering als tijdelijke maatregel zou zijn bedoeld. Dat komt niet terug in de certificeringsdocumentatie, terwijl daarin juist expliciet is opgenomen dat decertificering op verzoek van de certificaathouder niet mogelijk is (r.o. 4.4). Daarbij komt dat certificering plaatsvond omdat ING dreigde de relatie met Osuro te beëindigen (en daarmee de continuïteit van Osuro) om redenen gelegen in de persoon van eiser. Met oprichting van de STAK is beoogd om tegemoet te komen aan de eisen van ING. Dit blijkt ook uit de doelomschrijving van de StAK (r.o. 4.6), zo overweegt de voorzieningenrechter.

8. De redenen gelegen in de persoon van eiser komen ook terug in de daaropvolgende rechts-

overwegingen (r.o. 4.7-4.9). Niet alleen gaat het daarbij om de door ING geconstateerde verdachte transacties, maar ook om de feiten en omstandigheden die hebben geleid tot het provisionele bewind en de ondercuratelestelling van eiser, gelegen in zijn geestelijke toestand. Ook daarover verschillen partijen van mening, meer in het bijzonder over wat de actuele stand van zaken op dit punt is, en of eiser weer in staat is Osuro te leiden. De voorzieningenrechter treedt niet in die discussie, omdat een en ander meer onderzoek vergt. Hij oordeelt dat, gelet op de gemotiveerde betwisting dat eiser weer in staat is Osuro te leiden, voorshands voldoende aannemelijk is dat de gronden voor certificering nu nog geheel of ten minste gedeeltelijk bestaan (op een aantal plaatsen in de uitspraak staat “decertificering” waar “certificering” is bedoeld). De weigering om mee te werken aan decertificering is daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar. Naast de verklaringen van de bestuurders van de STAK over de gesteldheid van eiser betreft de voorzieningenrechter ook het vennootschappelijk belang in zijn oordeel. Hij overweegt dat de kans reëel is dat ING de kredietrelatie opzegt bij wijziging in de governancestructuur (r.o. 4.10).

9. Deze uitspraak verschilt van andere, recente uitspraken waarin decertificering van aandelen werd gevorderd. Ik verwijs naar Hof Amsterdam 24 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2640, «JOR» 2018/270, m.nt. Wolf, Rb. Limburg zp Maastricht 24 juli 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:6873, «JIN» 2020/23, m.nt. Wolf en Hof Amsterdam 24 augustus 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2588, «JOR» 2022/57, m.nt. Van Steensel. In die uitspraken ging het om vraag of de certificaathouder decertificering kon verlangen op grond van een daartoe in de administratievoorwaarden geboden mogelijkheid.

10. Gelijkenissen zijn er echter ook, namelijk dat in de certificeringsdocumentatie niet of onvoldoende tot uitdrukking is gebracht welke feiten of omstandigheden tot decertificering op verzoek van de certificaathouder kunnen leiden. Voor de praktijk blijft dat een aandachtspunt, omdat ook deze uitspraak weer leert dat een vordering tot decertificering niet vaak wordt toegewezen.

mr. dr. R.A. Wolf
advocaat Udink Schepel Advocaten en universitair docent Maastricht University (ICGI)

117

Toetsingskader en bevel tot herinrichting in jaarrekeningprocedure

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

13 juli 2021, zaaknr. 200.289.413/01 OK, ECLI:NL:GHAMS:2021:2446

(mr. Tillema, mr. Wolfs, mr. De Jongh, prof. dr. Hoogendoorn RA, drs. Tiemstra RA)

Noot prof. mr. J.B.S. Hijink

Jaarrekeningprocedure. OK oordeelt niet over rechtsgeldigheid van herstructurering en in kader daarvan verrichte rechtshandelingen. Vereiste inzicht in jaarrekening schiet tekort. Vennootschap dient bij opstellen van jaarrekening uit te gaan van onontkoombare discontinuïteit en toelichting daarop aan te passen. Vernietiging van besluit avat tot vaststelling van jaarrekening en bevel tot herinrichting. Vervolg op OK 28 juni 2018, «JOR» 2018/304, «JOR» 28 januari 2019, «JOR» 2019/106, beide m.nt Hijink en HR 26 juni 2020, «JOR» 2020/234, m.nt. Nass.

[BW art. 2:362, 2:384 lid 3]

Partijen strijden over de vraag of de jaarrekening 2019 van de vennootschap VPGG Beheer (voorheen GGN Holding) aanpassing behoeft. In dat verband spelen vragen die voortvloeien uit de herstructurering die in dat jaar is doorgevoerd. Zoals verzoekster (de vennootschap Eneri) onderkent, is het niet aan de OK een inhoudelijk oordeel te geven over de (rechtsgeldigheid van de) herstructurering en de in het kader daarvan verrichte rechtshandelingen. Dit geldt ook voor de vraag of inkoop van de aandelen van Eneri in GGN Brabant respectievelijk het certificaat van GGN Brabant in VPGG al dan niet heeft plaatsgevonden. Het uitgangspunt in de toelichting dat inkoop nog niet heeft plaatsgevonden is niet in strijd met de eerdere beschikkingen van de OK in de zaken tegen respectievelijk GGN Brabant en (toen nog) GGN Holding; het inkooptraject is immers in zoverre nog niet voltooid dat nog geen levering van

de aandelen respectievelijk van het certificaat heeft plaatsgevonden.

Vanuit het gezichtspunt van VPGG is in haar jaarrekening sprake van vreemd vermogen voor alle uitgetreden participanten, dus ook voor de bij de in 2019 opgerichte coöperatie GGN Coöperatief UA actief gebleven participanten. De classificatie van de verplichtingen jegens de uitgetreden actieve participanten als vreemd vermogen sluit aan op de eerdere beschikking van de OK.

Met betrekking tot de toepassing van en toelichting op de continuïteitsveronderstelling bepaalt art. 2:384 lid 3 BW dat bij de waardering van activa en passiva wordt uitgegaan van de veronderstelling dat het geheel der werkzaamheden van de rechtspersoon waaraan die activa en passiva dienstbaar zijn wordt voortgezet, tenzij die veronderstelling onjuist is of haar juistheid aan gereede twijfel onderhevig is; alsdan wordt dit onder mededeling van de invloed op vermogen en resultaat in de toelichting uiteengezet. Deze wettelijke bepaling is uitgewerkt in de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving van de Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ). Deze richtlijnen vereisen dat in geval van ernstige onzekerheid over de continuïteit in de toelichting “een adequate uiteenzetting van de omstandigheden waarin de rechtspersoon verkeert” wordt opgenomen (RJ 170.305). Is er echter geen reële kans dat het geheel der werkzaamheden van de rechtspersoon zal kunnen worden voortgezet, dan gelden de bepalingen inzake onontkoombare discontinuïteit. Deze bepalingen zijn niet van toepassing indien de rechtspersoon is opgericht voor bepaalde tijd of een besluit is genomen tot liquidatie, mits de rechtspersoon naar verwachting aan al zijn verplichtingen zal voldoen (RJ 170.104).

VPGG zal in of kort na 2025 ophouden te bestaan. VPGG valt niet onder de uitzondering van RJ 170.104 omdat de rechtspersoon naar verwachting niet aan al zijn verplichtingen zal voldoen. Onder “verplichtingen” vallen alle posten die als vreemd vermogen zijn aangemerkt, dus ook de achtergestelde agioverplichtingen aan uitgetreden participanten. Dat is nu juist het essentiële verschil tussen kwalificatie als “eigen vermogen” of als “vreemd vermogen”. De mededeling in de jaarrekening dat, indien het eigen vermogen wordt bepaald op commerciële grondslagen de vennootschap “per saldo een positief saldo” heeft, miskent dat ook de (achtergestelde) agioverplichting een verplichting is. Dat het af-