

nalatenschap, zou het in beginsel in het belang van Weduwe zijn geweest om de nalatenschap beneficiair te aanvaarden. Daardoor zou zij hebben kunnen voorkomen dat Pensioengerechtigde zich op de goederen van haar overig vermogen kan verhalen. Ik wijs er op dat beneficiaire aanvaarding Weduwe wellicht onvoldoende zou hebben kunnen baten indien zij met Erflater in de wettelijke gemeenschap van goederen was gehuwd. De schuld van Erflater uit onrechtmatige daad valt in beginsel in de wettelijke gemeenschap en het gevolg van art. 1:102 BW is dat Weduwe hoofdelijk met Erflater voor deze schuld is verbonden. Het gaat het bestek van deze noot te buiten hier verder op in te gaan.

prof. dr. S. Perrick
advocaat te Amsterdam

136

Change of control-bepaling in certificeringsstructuur

Rechtbank Den Haag
21 november 2023, nr. HA RK 23-199,
ECLI:NL:RBDHA:2023:18144
(mr. Vetter)
Noot mr. dr. R.A. Wolf

Stichting. Benoemingsbesluit van bestuurders StAK is onaantastbaar. Bestuur mocht op grond van administratievoorwaarden besluiten dat certificaten blijven bij certificaathouder waarin zich change of ownership voordoet. Bestuur heeft belangen van certificaathouders bij nemen van besluit niet geschaad en heeft evenmin misbruik van zijn bevoegdheid gemaakt. Bij een toekomstig overnamebesluit zullen belangen van certificaathouders zorgvuldig moeten worden meegewogen. Afwijzing van verzoeken.

[BW art. 2:298]

Certificaathouder UTS Verkroost ervaart de gang van zaken binnen de UTS-organisatie als (overwegend) vijandig en voor de (financiële) gezondheid van haar onderneming bedreigend, sinds

[bestuurder] sr. en [bestuurder] jr. indirect de scepter zwaaien in vier certificaathouders en tot het bestuur van de StAK zijn toegetreden.

Op 6 juni 2023 heeft er een tijdig en correct (dat wil zeggen: conform de statuten van de StAK) bijeengeroepen certificaathoudersvergadering plaatsgevonden waarin een besluit tot bevestiging van het besluit tot benoeming van [bestuurder] sr. en [bestuurder] jr. tot bestuurder van de StAK in stemming is gebracht. Dat bevestigingsbesluit is genomen met een ruime meerderheid van de door de certificaathouders uitgebrachte stemmen. Nu op dat moment geen vordering tot vernietiging van het benoemingsbesluit ahangig was (art. 2:15 lid 2 BW), is het gevolg dat het benoemingsbesluit van 7 december 2022, voor zover het vernietigbaar was, hierdoor onaantastbaar is geworden.

Naar het oordeel van de rechtbank kon het bestuur van de StAK besluiten dat certificaten zouden blijven bij de certificaathouder waarin zich een change of ownership zou voordoen of had voorgedaan. Op grond van de Administratievoorwaarden kwam het bestuur van de StAK die bevoegdheid toe en gold niet de eis dat het bestuur de certificaathoudersvergadering op voorhand diende te raadplegen of haar goedkeuring nodig had. Dat het bestuur door gebruik te maken van deze bevoegdheid, de belangen van certificaathouders, zoals die van UTS Verkroost, ten tijde van het nemen van die besluiten heeft geschaad, kan niet worden vastgesteld. Voor de stelling dat het bestuur misbruik van zijn bevoegdheid heeft gemaakt door aldus te besluiten is evenmin voldoende houvast. Dat een van de bestuursbesluiten aantastbaar is wegens een aanwezig tegenstrijdig belang is niet gebleken.

Een en ander leidt tot de conclusie dat er geen gronden zijn om aan te nemen dat het StAK-bestuur in de fout is gegaan bij het toestaan dat de entiteiten/certificaathouders waarin zich een change of ownership heeft voorgedaan de certificaten mochten behouden.

Inmiddels heeft Convoi kenbaar gemaakt de aandelen UTS Holding te willen kopen. Op grond van art. 2 van de Certificaathoudersovereenkomst kan de StAK besluiten de aandelen in UTS Holding te verkopen, waartoe de StAK de instemming behoeft van 70% van de certificaathouders. Is die instemming er, dan zijn de certificaathouders gehouden hun certificaten in te leveren en zal voor de certificaten een prijs worden betaald als gebo-

den door de geïnteresseerde partij, of vastgesteld conform de bepalingen in de blokkeringsregeling van UTS Holding. Ieder van de certificaathouders kan kenbaar maken dat hij de (alle) aandelen wil kopen tegen (ten minste) dezelfde prijs.

Omdat er nog geen stappen zijn gezet in vervolg op het bod op de aandelen UTS Holding door Convoi, kan de rechtbank hier weinig over zeggen in het kader van de beoordeling van het onderhavige verzoek.

Vanzelfsprekend zal de StAK ervoor moeten zorgdragen dat een besluit over de overname door Convoi wordt genomen met inachtneming van het bepaalde in art. 2:291 lid 6 BW (tegenstrijdig-belangregeling). Verder zal met de belangen van alle certificaathouders rekening gehouden moeten worden bij de door de StAK te maken weging, en als er verkocht wordt, zullen certificaathouders een reële prijs voor hun certificaten moeten kunnen ontvangen. Mocht de StAK bij de verkoop van de aandelen UTS Holding niet juist handelen, dan kan er reden zijn voor UTS Verkroost daartegen op geëigende wijze te ageren. Maar vooralsnog is dit niet aan de orde omdat het verkooptraject en de interne besluitvorming daarover kennelijk "on hold" is gezet.

Kortom, het mogelijke verkooptraject rondom de aandelen UTS Holding geeft op dit moment nog geen aanleiding het bestuur van de StAK enig verwijt te maken.

Op basis van al het voorgaande komt de rechtbank tot het oordeel dat er op dit moment geen aanleiding bestaat voor het ontslag van een of meer bestuurders van de StAK op een van de gronden bedoeld in art. 2:298 lid 1 BW en evenmin voor schorsing van het bestuur zoals bij wijze van voorlopige voorziening is verzocht. Voor een onderzoek naar de gang van zaken in de StAK is geen grond. Dit betekent dat alle verzoeken worden afgewezen.

UTS Verkroost Nijmegen BV te Nijmegen,

verzoekster,

advocaat: mr. R.A.J.C. Huijs en mr. R.A.G. de Vaan,

tegen

StAK UTS NL Holding te Alphen aan den Rijn,

verweerster,

advocaat: mr. H. Knotter.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. UTS Nederland (verder: UTS NL) is een samenwerkingsverband waarin Nederlandse bedrijven zich onder meer bezig houden met (project-) verhuizingen. DE aandelen van UTS NL zijn in handen van UTS Holding BV (UTS Holding). Alle aangesloten bedrijven houden één of meer certificaten UTS Holding, uitgegeven door de STAK. De STAK houdt alle aandelen in UTS Holding.

2.2. De STAK is enig bestuurder van UTS Holding. UTS Holding is enig bestuurder van UTS NL. De dagelijkse leiding bij UTS NL is in handen van [naam 1] ([naam 1]).

2.3. Alle certificaathouders (behalve UTS Verkroost zijn dat momenteel: UTS Abbink BV (UTS Abbink), UTS Van der Lee/Cors de Jongh BV (UTS Van der Lee), UTS Van Egeraat Verhuizingen BV (UTS Van Egeraat), UTS Van den Berg Verhuizingen (UTS Van den Berg), UTS Bernardt BV, UTS A.J. van Deudekom BV, UTS Hersevoort Zwolle BV, UTS Van Hoek Verhuizingen BV en UTS Van der Geest Verhuizingen BV) hebben een Samenwerkingsovereenkomst deelnemende bedrijven UTS Nederland met UTS NL (verder: Samenwerkingsovereenkomst).

2.4. UTS NL genereert opdrachten voor alle aangesloten bedrijven/certificaathouders. Voor UTS Verkroost, dat twee certificaten houdt, bedroeg de via UTS NL gerealiseerde jaaromzet recent circa € 690.000,-.

2.5. Convoi is een landelijk opererend logistiek bedrijf en wordt wel gezien als marktleider in Nederland op het gebied van projectverhuizingen. Tot najaar 2022 was Convoi een concurrent van UTS-organisatie (de bij de organisatie aangesloten certificaathouders).

2.6. Convoi heeft verschillende bedrijven die deel uitmaken van de UTS-organisatie, dat wil zeggen certificaathouder zijn, overgenomen, in die zin dat Convoi (via Project Verhuizingen BV) uiteindelijk zeggenschap is gaan uitoefenen in die bedrijven. Aldus heeft Convoi zeggenschap verkregen in: UTS Abbink, overgenomen oktober 2022 (dat vijf certificaten UTS houdt), en in de in januari 2023 overgenomen bedrijven: UTS Van der Lee (vijf certificaten), UTS Van Egeraat (een certificaat) en UTS Van den Berg (een certificaat). Convoi heeft daardoor in de vergadering van certificaathouders (indirect) een overwegende zeggenschap: 12 van de 22 certificaten.

2.7. In Convoi hebben [bestuurder 1 STAK] ([bestuurder] sr.) en [bestuurder 2 STAK] ([bestuurder] jr.) het voor het zeggen. Zij zijn in een bijeenkomst van certificaathouders op 7 december 2022 benoemd tot bestuurders van de STAK, naast [bestuurder 3 STAK] ([bestuurder 3 STAK]), die blijkens de inschrijving in het Handelsregister sinds 1 mei 2018 bestuurder is. [bestuurder 3 STAK] was verbonden aan certificaathouder UTS Abbink.

2.8. Het bestuur van de STAK heeft sedert 2019 niet een “onafhankelijk voorzitter”, zoals in de statuten van de STAK (artikel 3) voorzien, gehad. Geen van de certificaathouders heeft de afgelopen jaren op benoeming van zo'n voorzitter aangevraagd.

2.9. Bijeenkomsten van de certificaathouders werden in het verleden wel “partnerbijeenkomsten” genoemd. Daarvoor werden uitnodigingen gestuurd aan de certificaathouders; van formele oproepingen voor een certificaathoudersvergadering was geen sprake. Over benoeming van nieuwe bestuurders vond overleg plaats in dergelijke partnerbijeenkomsten.

2.10. In april 2023 heeft Convoi een bod uitgebracht op alle door de STAK gehouden aandelen in UTS Holding. De STAK heeft daarna een koopprijs voor de certificaten (€ 31.413,- per certificaat) kenbaar gemaakt. De bedoeling was dat na koop van alle certificaten tot decertificering kon worden overgegaan.

2.11. Op 7 april 2023 heeft [bestuurder] jr. namens het bestuur van de STAK een certificaathoudersvergadering bijengeroepen, te houden op 19 april 2023. In de oproepingsbrief werd verwezen naar een biedingsbrief en wordt vermeld: “Op het moment dat 70% van de certificaathouders instemt met het bod van een gegadigde op de aandelen (rb: aandelen UTS Holding) zijn alle aandeelhouders verplicht om de door hen gehouden certificaten te koop aan te bieden tegen de voorgestelde prijs dan wel de prijs als vast te stellen conform de bepalingen van de blokkeringsregeling uit de statuten van de Vennootschap. [...]” Deze vergadering heeft geen doorgang gevonden.

2.12. In een certificaathoudersvergadering gehouden op 6 juni 2023 is een “bevestigingsbesluit” genomen (19 certificaten stemden voor, 2 certificaten stemden tegen) ten aanzien van de benoeming van [bestuurder] sr. en [bestuurder] jr. tot bestuurder van de STAK op 7 december 2022. In deze vergadering is toegelicht dat [bestuurder] sr.

en [bestuurder] jr. [bestuurder 3 STAK] hebben benoemd tot onafhankelijk voorzitter.

2.13. In een “Bestuursbesluit” van 12 mei 2023 heeft “het bestuur” schriftelijk vastgelegd dat de STAK geen gebruik heeft gemaakt van haar voorkeursrecht als bedoeld in artikel 6 “Administratievoorwaarden” (zie daarover nader hieronder in 5.11). Uit dat besluit kan worden opgemaakt dat het STAK-bestuur aan UTS Abbink, UTS Van der Lee, UTS Van Egeraat en UTS Van den Berg kenbaar heeft gemaakt dat zij de door hen gehouden certificaten zouden mogen behouden ondanks de melding dat er sprake was van “change of ownership” (overname door Convoi) in de vennootschappen, zoals bedoeld in artikel 6 lid 1 van de Administratievoorwaarden. Het besluit is getekend door (alleen) [bestuurder 3 STAK].

3. *Het verzoek van UTS Verkroost en de onderbouwing in het kort*

3.1. UTS Verkroost verzoekt de rechtbank het bestuur van de STAK te ontslaan op de voet van het bepaalde in artikel 2:298 BW. Het bestuur verwaarloost zijn taak ernstig, er is sprake van gewichtige redenen en er doet zich een ingrijpende wijziging van omstandigheden voor waardoor het ontslag van het bestuur noodzakelijk is. Verder verzoekt ze voorlopige voorzieningen te treffen waarbij (in hoofdzaak) het bestuur wordt geschorst en een tijdelijk bestuurder wordt benoemd, althans aan het bestuur beperkingen in zijn bevoegdheid worden opgelegd c.q. de verplichting wordt opgelegd de Samenwerkingsovereenkomst niet te beëindigen en de daaruit voortvloeiende verplichtingen na te komen.

3.2. In hoofdlijnen brengt UTS Verkroost het volgende naar voren ter onderbouwing van haar verzoek. Convoi heeft door de koop van ondernemingen in korte tijd de zeggenschap over meer dan 50% van de uitgegeven certificaten verworven, en heeft [bestuurder] sr. en [bestuurder] jr. tot het STAK-bestuur laten toetreden waardoor zij hun stempel drukken op de STAK. Convoi wenst de overname van de aandelen UTS NL erdoor te drukken en UTS Verkroost buiten spel te zetten. Als de aandelen in UTS NL worden overgenomen zal UTS Verkroost een grote jaarlijkse omzet mislopen, waarvoor zij slechts een zeer geringe vergoeding (de koopprijs voor de door haar gehouden certificaten) ontvangt.

Het is de taak van het bestuur van de STAK het overnamebod te beoordelen en het bestuur dient

zich daarbij te richten naar het belang van de certificaathouders. In dit geval richt het bestuur zich louter naar het Convoi-belang.

Verder had UTS Abbink, toen haar (indirecte) aandeelhouder werd overgenomen door Convoi, haar certificaten in oktober 2022 moeten aanbieden aan de STAK; daarop hadden certificaathouders de gelegenheid moeten krijgen de certificaten van UTS Abbink over te nemen. Dat is niet gebeurd. Er is sprake van een “intentieverklaring” die het bestuur van de STAK zou hebben gegeven om zijn medewerking te verlenen zodat, na de change of ownership bij UTS Abbink, de certificaten door UTS Abbink behouden zouden kunnen worden, maar dat kon zo niet. Dat geldt evenzeer voor de stelling van het STAK-bestuur dat het na een change of ownership (ook) bij de andere certificaathouders (UTS Van der Lee, UTS Van den Berg, UTS Van Egeraat) heeft ingestemd met het behoud van de certificaten. Deze handelwijze is in strijd met artikel 6 van de Administratievoorwaarden en artikel 5 van de statuten van de STAK. Genomen besluiten van het STAK bestuur zijn aantastbaar.

De besluiten waarbij [bestuurder] jr. en [bestuurder] sr. zijn benoemd zijn vernietigbaar: in wezen hebben beiden zich een plaats toegeëigend in het bestuur, waarbij is gehandeld in strijd met de statuten. Er is niet correct en tijdig opgeroepen voor een vergadering van certificaathouders te houden op die datum. Ook de stemming die plaatsvond op 7 december 2022 verliep niet volgens de regels: handopsteken in plaats van een stemming door gebruikmaking van stembriefjes. Tijdens de vergadering zijn “de nodige bezwaren” geuit tegen de wijze van besluitvorming, hoewel die bezwaren wellicht strikt genomen niet juist waren.

Er is niets gedaan aan de ongeldige of aantastbare benoeming van [bestuurder] jr. en [bestuurder] sr. tot STAK bestuurders; er is niets gedaan om te voorkomen dat [bestuurder] jr. zich blijft presenteren als bestuurder en doorgaat met de voorbereiding van de geforceerde overname van de UTS-organisatie.

Het STAK-bestuur heeft geen onafhankelijke voorzitter, wat op grond van artikel 3 lid 3 statuten van de STAK noodzakelijk is. [bestuurder 3 STAK] heeft zich daar niet voor ingespannen. [bestuurder] sr. en jr. hebben hem niet als zodanig kunnen benoemen, want zij zijn geen rechtsgeldig benoemde bestuurders van de stichting. Boven-

dien: [bestuurder 3 STAK] is nog steeds actief in UTS Abbink (na overname door Convoi).

4. Het verweer van de STAK tegen het verzoek in het kort

4.1. Een korte samenvatting van het verweer van de STAK luidt als volgt. Op 7 december 2022 was iedereen (alle certificaathouders, ook UTS Verkroost) aanwezig, en heeft UTS Verkroost (ook) gestemd voor de benoeming van [bestuurder] sr. en [bestuurder] jr. tot bestuurders. Beiden zijn met algemene stemmen (unaniem) door de certificaathouders benoemd; er waren drie stemonthoudingen, namelijk van de certificaathouders die op de nominatie stonden door Convoi overgenomen te worden. De gang van zaken op 7 december 2022 was anders dan UTS Verkroost beschrijft; zo is bijvoorbeeld niet gezegd door de heren [bestuurder] dat een stemming niet nodig zou zijn. Om er zeker van te zijn dat de benoemingsbesluiten in orde zijn, zijn de benoemingsbesluiten op 6 juni 2023 geheel conform de regels bevestigd door de certificaathoudersvergadering, die op 17 mei 2023 (tijdig dus) was bijeengeroepen. De stemming heeft toen plaatsgevonden door middel van stembriefjes. Overigens was er al enkele jaren geen onafhankelijk voorzitter, daar is door niemand, ook niet door UTS Verkroost, een punt van gemaakt.

Het STAK-bestuur heeft besloten dat de certificaathouders waarbij zich een change of ownership voordeed hun certificaten mochten houden. De ratio van de regeling om bij een change of ownership te beoordelen of de certificaten moesten worden aangeboden was dat men wilde voorkomen dat de UTS-organisatie (ongewild) met nieuwe mensen aan tafel zou zitten, maar daarvan is in dit geval geen sprake geweest. Het bestuur heeft dat toegelicht in zijn bestuursbesluit van 12 mei 2023.

UTS Verkroost ontplooit met UTS NL concurrerende activiteiten, door middel van de samenwerking in Gocelo. Dat is in strijd met de geldende afspraken en dat steekt de UTS-organisatie. Over de verkoop van de aandelen UTS NL is nog niets beslist: daar moet de certificaathoudersvergadering zich over buigen. Van belang is dat alle certificaathouders, behalve UTS Verkroost, zich scharen achter Convoi.

5. De beoordeling

Voorlopige voorzieningen?

5.1. UTS Verkroost heeft in haar verzoekschrift ook verzocht om het treffen van voorlopige voorzieningen. Daarbij was het haar met name erom te doen te voorkomen dat een overname van de aandelen UTS NL en de gedwongen overdracht van certificaten plaats zou vinden voordat de rechtbank het verzoek ter zitting zou behandelen en op het verzoek tot ontslag zou hebben beslist. Op instigatie van de rechtbank heeft de STAK toegezegd pas op de plaats te maken en is door middel van een “minnelijke voorlopige voorziening” op 26 mei 2023 het belang bij het treffen van voorlopige voorzieningen door de rechtbank voor de behandeling ter zitting komen te ontbreken. Voor zover UTS Verkroost meent dat voorlopige voorzieningen alsnog getroffen moeten worden omdat een onderzoek zou dienen plaats te vinden geldt dat de rechtbank eerst de gronden die UTS Verkroost aan haar verzoek ten grondslag heeft gelegd in deze beschikking beoordeelt. Mocht de conclusie zijn dat nader onderzoek nodig is om te kunnen beslissen op het verzoek tot ontslag, dan zal de rechtbank aandacht besteden aan de vraag of en, zo ja, welke, voorlopige voorzieningen getroffen moeten worden totdat definitief wordt beslist.

Kern van de verwijten aan het STAK-bestuur

5.2. De rechtbank heeft in grote lijnen het volgende beeld gekregen van de actuele omstandigheden in de UTS-organisatie in relatie tot de certificaathouders. UTS Verkroost ervaart de gang van zaken binnen de UTS-organisatie als (overwegend) vijandig en voor de (financiële) gezondheid van haar onderneming bedreigend, sinds [bestuurder] sr. en [bestuurder] jr. indirect de scepter zwaaien in vier certificaathouders en tot het bestuur van de STAK zijn toegetreden. [bestuurder] sr. en [bestuurder] jr. ventileren, met enig aplomb, ideeën over de toekomst van de UTS-organisatie. Het lijkt erop dat er een schisma is ontstaan in de organisatie: de andere certificaathouders zitten op de lijn van de heren [bestuurder] / Convoi, en zij verwachten een stap voorwaarts te kunnen zetten in de verander(en)de markt onder aanvoering of met hulp van de heren [bestuurder] en hun bedrijf Convoi, terwijl UTS Verkroost daarin niet meegaat en haar argwaan beantwoordt met een vijandige houding van het bestuur

van de STAK. Bovendien wordt nu plotseling een punt gemaakt van concurrerende activiteiten van UTS Verkroost, terwijl dat niet eerder problematisch was en UTS Verkroost daarover altijd open kaart heeft gespeeld.

5.3. Deze schets van de spanningen is stellig wat globaal, maar vormt wel de kern van de twist. Verschillende misstappen van het bestuur vormen voor UTS Verkroost aanleiding te verlangen dat het STAK-bestuur van het toneel verdwijnt. Of sprake is van misstappen zal de rechtbank achtereenvolgens bespreken.

Rechtsgeldige benoeming tot STAK bestuurder [bestuurder] sr. en [bestuurder] jr.?

5.4. De rechtbank neemt aan dat [naam 2] (verder: [naam 2]) niet langer bestuurder is van de stichting. Over de exacte datum van aftreden is kennelijk enige onduidelijkheid bij UTS Verkroost. Gelet op de uittredingsdatum die verwerkt is het Handelsregister, 1 januari 2023, zal ervan uit worden gegaan dat [naam 2] ultimo 2022 is afgetreden. Per 1 januari 2023 zijn [bestuurder 3 STAK], [bestuurder] sr. en [bestuurder] jr. als bestuurder geregistreerd in het Handelsregister.

5.5. Op 7 december 2022 vond een “partnerbijeenkomst” plaats, waarvoor de datum was bepaald of bevestigd op de voorgaande bijeenkomst op 23 november 2022. Partnerbijeenkomsten (zijn of) waren de gebruikelijk bijeenkomsten van de certificaathouders en het bestuur van de STAK, waarbij ook, in de regel, het management van UTS NL aanwezig was. Hoewel deze bijeenkomsten geen certificaathoudersvergaderingen werden genoemd werden ze door alle betrokkenen wel (mede) als zodanig gezien of ervaren. Partijen zijn het erover eens dat de voor vergaderingen geldende regels (statuten van de STAK, administratievoorwaarden) niet strikt werden gevolgd.

5.6. Tijdens de bijeenkomst op 7 december 2022 was [bestuurder] jr. aanwezig. Samen met zijn vader had hij inmiddels, via Convoi, de zeggenschap verkregen in UTS Abbink. In deze bijeenkomst is gestemd over de benoeming van de beide heren [bestuurder] tot bestuurder van de STAK. Over de exacte gang van zaken en de toezetting van de bijdragen tijdens die bijeenkomst bestaan verschillen van opvatting. Duidelijk is wel dat er een stemming heeft plaatsgevonden en unaniem is gestemd voor de toetreding van de heren [bestuurder] tot het STAK-bestuur. Deze stemming

vond openlijk plaats, en dus niet door gebruikmaking van stembriefjes.

5.7. Voor zover UTS Verkroost gevolgd zou worden in haar visie dat er diverse statutaire (procedure-)regels zijn veronachtzaamd (in het bijzonder zijn te noemen de statutaire regeling omtrent de wijze van oproeping, de termijn van oproeping en de wijze van stemuitbrenging bij de benoeming van bestuurders, zie artikel 9 statuten STAK) en het genomen besluit tot benoeming van de heren [bestuurder] vanwege die procedurele tekortkomingen vernietigbaar is, dan geldt het volgende.

5.8. Op 6 juni 2023 heeft er een tijdje en correct (dat wil zeggen: conform de statuten van de STAK) bijeengeroepen certificaathoudersvergadering plaatsgevonden waarin een besluit tot bevestiging van het besluit tot benoeming van [bestuurder] sr. en [bestuurder] jr. tot bestuurder van de STAK in stemming is gebracht. Dat bevestigingsbesluit is genomen met een ruime meerderheid van de door de certificaathouders uitgebrachte stemmen. Nu op dat moment geen vordering tot vernietiging van het benoemingsbesluit aanhangig was (artikel 2:15 lid 2 BW), is het gevolg dat het benoemingsbesluit van 7 december 2022, voor zover het vernietigbaar was, hierdoor onaantastbaar is geworden. Daarbij overweegt de rechtbank voor alle duidelijkheid nog dat voor bestuurders geen kwaliteitsvereiste geldt, zodat voor de (on-)geldigheid van de benoeming van de heren Sproken tot bestuurders van het STAK-bestuur, niet relevant is of zij verbonden zijn aan een certificaathouder.

5.9. De conclusie is dat voor zover sprake is geweest van een niet geheel smetteloze gang van zaken op 7 december 2022, de procedurele fouten zijn hersteld. De rechtbank vermeldt nog wel dat UTS Verkroost op 7 december 2022 zelf vóór de benoeming van de heren [bestuurder] heeft gestemd en dus kennelijk naderhand op andere gedachten is gekomen en zich op een formeel niet correcte gang van zaken is gaan beroepen.

Change of ownership bij de UTS-certificaathouders

5.10. Niet ter discussie staat dat er een change of ownership heeft plaatsgevonden bij, eerst, UTS Abbink, en vervolgens bij UTS Van der Lee, UTS Van Egeraat en UTS Van den Berg. Convoi heeft door aandelentransacties in elk van deze vennootschappen de uiteindelijke zeggenschap verkregen. De rechtbank begrijpt dat de verwerving van de zeggenschap telkens plaatsvond niet door

verwerving van de aandelen in de entiteit die certificaathouder is, maar in een (indirect) aandeelhouder van de rechtspersoon-certificaathouder.

5.11. Uit de Administratievoorwaarden die op de verhouding tussen de certificaathouders en de STAK van toepassing zijn blijkt dat er bij een change of ownership in de onderneming van de certificaathouder een aanbiedingsplicht op de certificaathouder rust. In artikel 6 van die voorwaarden, onder het kopje “blokkeringsregeling”, is die plicht vastgelegd. Bepaald is dat de STAK gerechtigd is aangeboden certificaten over te nemen dan wel een derde aan te wijzen die deze certificaten wenst over te nemen. Letterlijk is vervolgens bepaald dat “indien [de STAK] geen gebruik maakt van haar voorkeursrecht noch van het recht een derde aan te wijzen [...] de bepalingen in de statuten van de vennootschap [rb: UTS Holding], opgenomen met betrekking tot de blokkering bij levering [...]” van overeenkomstige toepassing zijn.

5.12. Hoewel de regeling in artikel 6 van de Administratievoorwaarden niet in alle opzichten eenvoudig te doorgronden is, is wel duidelijk dat de STAK de mogelijkheid heeft, zelfstandig, zonder raadpleging van de certificaathouders, te besluiten de aangeboden certificaten zelf over te nemen dan wel overname door een derde goed te keuren.

5.13. De stelling van de STAK is op dit punt – en daarbij wordt verwezen naar ingewonnen advies van een advocatenkantoor dat overigens niet in het geding is gebracht – dat deze bevoegdheid van de STAK ook omvat de mogelijkheid dat de STAK ermee instemt dat de aangeboden certificaten blijven waar ze zijn, namelijk bij de certificaathouder in wiens organisatie zich de change of ownership voordoet. Naar het oordeel van de rechtbank is die visie zeker verdedigbaar. Het gaat er immers klaarblijkelijk in dit verband om dat de STAK een veto moet kunnen uitspreken wanneer een certificaathouder een nieuwe eigenaar krijgt die zij, om haar moverende redenen, niet als geschikte participant ziet. De STAK heeft kennelijk gemeend dat Convoi, die uiteindelijk de zeggenschap in vier certificaathouders verwierf, niet een ongeschikte participant is.

5.14. De rechtbank constateert dat er wel enige onduidelijkheid is over de exacte gang van zaken naar aanleiding van de change of ownership die zich bij de vier certificaathouders heeft voorgedaan, in het bijzonder over het moment en de wijze van aanbieding van de certificaten en over

het moment waarop het bestuur heeft besloten toe te staan dat de certificaten bij de betrokken entiteiten zouden blijven. Er zijn geen aanbiedingsverklaringen of verzoeken of certificaten te mogen behouden in de vorm van brieven of e-mails, overgelegd. Er zijn geen berichten of verklaringen van het bestuur van de STAK aan de betreffende entiteiten waaruit blijkt van de verleende goedkeuring, althans daarvan is niets overgelegd. Er is wel een 12 mei 2023 gedateerd “Bestuursbesluit” overgelegd waarin bestuurslid [bestuurder 3 STAK] bevestigt dat het bestuur van de STAK niet van haar voorkeursrecht gebruik heeft gemaakt en heeft besloten de certificaten te laten waar ze zijn, ondanks de change of control bij de diverse vennootschappen. Een toonbeeld van zorgvuldigheid is de gang van zaken niet. De beschrijving, van beide partijen, dat alles in de UTS-organisatie nogal losjes en informeel (door de STAK wordt dat genoemd: pragmatisch) verliep, kan hiervoor een verklaring zijn.

5.15. Uit de uitleg die is gegeven tijdens de certificatenvergadering op 6 juni 2023 – waarop de STAK zich beroept – is op te maken dat bestuurslid [naam 2] (zelfstandig) heeft toegestaan dat de certificaten behouden konden worden door UTS Abbink toen Convoi daar de (uiteindelijk) zeggenschap verkreeg. [bestuurder 3 STAK] heeft zich daarbij afzijdig gehouden in verband met de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang (hij was in de UTS Abbink-organisatie werkzaam). De besluiten van het STAK-bestuur naar aanleiding van de change of ownership bij UTS Van der Lee, UTS Van Egeraat en UTS Van den Berg, zijn, zo begrijpt de rechtbank, genomen door bestuurders [bestuurder 3 STAK] en [naam 2] tezamen, kennelijk voor 1 januari 2023.

5.16. Naar het oordeel van de rechtbank kon het bestuur van de STAK besluiten dat certificaten zouden blijven bij de certificaat houder waarin zich een change of ownership zou voordoen of had voorgedaan. Op grond van de Administratievoorwaarden kwam het bestuur van de STAK die bevoegdheid toe en gold niet de eis dat het bestuur de certificatenvergadering op voorhand diende te raadplegen of haar goedkeuring nodig had. Dat het bestuur door gebruik te maken van deze bevoegdheid, de belangen van certificatenhouders, zoals die van UTS Verkroost, ten tijde van het nemen van die besluiten heeft geschaad, kan niet worden vastgesteld. Voor de stelling dat het bestuur misbruik van zijn be-

voegdheid heeft gemaakt door aldus te besluiten is evenmin voldoende houvast. Dat een van de bestuursbesluiten aantastbaar is wegens een aanwezig tegenstrijdig belang is niet gebleken.

5.17. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat er geen gronden zijn om aan te nemen dat het STAK-bestuur in de fout is gegaan bij het toestaan dat de entiteiten/certificaathouders waarin zich een change of ownership heeft voorgedaan de certificaten mocht behouden.

Aanbod op aandelen UTS NL door een “gegadigde”

5.18. Inmiddels heeft Convoi kenbaar gemaakt de aandelen UTS Holding te willen kopen. Op grond van artikel 2 van de Certificaathoudersovereenkomst kan de STAK besluiten de aandelen in UTS Holding te verkopen, waartoe de STAK de instemming behoeft van 70% van de certificaathouders. Is die instemming er, dan zijn de certificaathouders gehouden hun certificaten in te leveren en zal voor de certificaten een prijs worden betaald als geboden door de geïnteresseerde partij, of vastgesteld conform de bepalingen in de blokkeringsregeling van UTS Holding. Ieder van de certificaathouders kan kenbaar maken dat hij de (alle) aandelen wil kopen tegen (ten minste) dezelfde prijs.

5.19. UTS Verkroost maakt zich zorgen en is bang dat haar belangen worden veronachtzaamd en dat een prijs wordt betaald voor haar certificaten die geen gelijke tred houdt met de waarde die de certificaten (voor haar) hebben. Kennelijk is al vooruitgelopen op de mogelijke gang van zaken rondom dit bod doordat [bestuurder] jr. in een oproeping voor een certificatenvergadering (die uiteindelijk geen doorgang vond) heeft geschetst dat nadat de certificaathouders een besluit met een gekwalificeerde meerderheid hebben genomen de minderheid gedwongen zal zijn de certificaten in te leveren tegen een door de meerderheid geaccordeerde prijs (zie hiervoor bij 2.11).

5.20. Omdat er nog geen stappen zijn gezet in vervolg op het bod op de aandelen UTS Holding door Convoi, kan de rechtbank hier weinig over zeggen in het kader van de beoordeling van het onderhavige verzoek. Op zichzelf heeft [bestuurder] jr. geen onjuiste beschrijving gegeven van de procedurele gang van zaken. Het bestuur kan dan ook tot nu toe weinig verweten worden. Wel heeft de rechtbank begrip voor de zorgen van UTS Verkroost omdat, naar het lijkt, de andere certificaat-

houders (waarin Convoi geen zeggenschap heeft verworven) welwillend tegenover een overname van UTS Holding door Convoi staan en zij in de toekomst willen samenwerken met Convoi. UTS Verkroost staat er min of meer alleen voor en zij maakt zich er zorgen over of de prijs die voor de certificaten betaald gaat worden wel een reële prijs zal zijn. Vanzelfsprekend zal de STAK ervoor moeten zorgdragen dat een besluit over de overname door Convoi wordt genomen met inachtneming van het bepaalde in artikel 2:291 lid 6 BW (tegenstrijdig belangregeling). Verder zal met de belangen van alle certificaathouders rekening gehouden moeten worden bij de door de STAK te maken weging, en als verkocht wordt dan zullen certificaathouders een reële prijs voor hun certificaten moeten kunnen ontvangen. Mocht de STAK bij de verkoop van de aandelen UTS Holding niet juist handelen, dan kan er reden zijn voor UTS Verkroost daartegen op geëigende wijze te ageren. Maar vooralsnog is dit niet aan de orde omdat het verkooptraject en de interne besluitvorming daarover kennelijk “on hold” is gezet.

5.21. Kortom, het mogelijke verkooptraject rondom de aandelen UTS Holding geeft op dit moment nog geen aanleiding het bestuur van de STAK enig verwijt te maken.

Concurrerende activiteiten van UTS Verkroost

5.22. In het debat tussen partijen is relatief veel aandacht besteed aan de vraag of UTS Verkroost een verwijt valt te maken van het feit dat ze mede verbonden is aan Gocelo, een concurrent van de UTS-organisatie. De rechtbank begrijpt dat dit aspect de sfeer tussen UTS Verkroost en het bestuur van de STAK (en wellicht de overige certificaathouders) enigszins lijkt te hebben bedorven, maar ziet geen grond in de oordeelsvorming te betrekken of de verwijten die UTS Verkroost hierover worden gemaakt terecht zijn of niet. Het is vooralsnog gebleven bij een stevige discussie hierover; het STAK-bestuur heeft (nog) geen maatregelen getroffen tegen UTS Verkroost, en wie het gelijk aan haar zijde heeft is in het kader van dit verzoek niet (voldoende) relevant.

Slotsom: geen ontslag, geen voorlopige voorzieningen

5.23. Op basis van al het voorgaande komt de rechtbank tot het oordeel dat er op dit moment geen aanleiding bestaat voor het ontslag van een of meer bestuurders van de STAK op een van de

gronden bedoeld in artikel 2:298 lid 1 BW en evenmin voor een schorsing van het bestuur zoals bij wijze van voorlopige voorziening is verzocht. Voor een onderzoek naar de gang van zaken in de STAK is geen grond. Dit betekent dat alle verzoeken worden afgewezen.

Kosten

5.24. UTS Verkroost zal worden veroordeeld in de kosten van deze procedure.

6. De beslissing

De rechtbank

- 6.1. wijst de verzoeken af;
- 6.2. veroordeelt UTS Verkroost in de kosten van het geding (...; red.);
- 6.3. verklaart de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. In deze zaak vordert een bekleemde certificaathouder, UTS Verkroost, ontslag van het bestuur van Stichting Administratiekantoor UTS NL Holding (“StAK”) op grond van art. 2:298 BW. UTS Verkroost vordert ook voorlopige voorzieningen en een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken binnen de STAK.
2. Een dergelijke mini-enquête komt vaker voor (zie hierover W.J.M. van Veen, ‘Mini-enquête bij stichtingen’, in: *Handboek Enquêterecht* (VDHI nr. 175) 2022/47 en H.J. Vetter, ‘Ontslag van de bestuurder van de stichting’, *O&F* 2023/4.4). Bijvoorbeeld als het Openbaar Ministerie op grond van art. 2:298 BW van zijn civielrechtelijke bevoegdheden gebruikmaakt (zie recent Rb. Amsterdam 21 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4160 en Hof Den Haag 19 december 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2684). Een art. 2:298 BW-vordering bij een StAK komt eens in de zoveel tijd voor (zie recent: Rb. Amsterdam 20 juli 2023, «JOR» 2023/284, m.nt. Van Uchelen-Schipper en (vervolg) Rb. Amsterdam 25 januari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:431).
3. UTS Nederland is een samenwerkingsverband van verhuisbedrijven. UTS Holding houdt alle aandelen in UTS Nederland. De aandelen in UTS Holding zijn gecertificeerd. De STAK is enig aandeelhouder en bestuurder van UTS Holding. Naast UTS Verkroost zijn UTS Abbink, UTS Van der Lee, UTS Van Egeraat, UTS Van den Berg en

een aantal andere UTS-verhuisbedrijven certificaathouder in UTS Holding. Zij hebben een samenwerkingsovereenkomst deelnemende bedrijven UTS Nederland met UTS Nederland gesloten. UTS Nederland genereert opdrachten voor de deelnemende bedrijven. Voor UTS Verkroost was de jaarlijkse omzet recent circa € 690.00. Convoi is in Nederland marktleider in (project)verhuizingen en was tot voor kort een concurrent van UTS Nederland. Convoi heeft een aantal van de bij UTS Nederland deelnemende bedrijven overgenomen. Daardoor heeft Convoi in de vergadering van certificaathouders van UTS Nederland de overwegende zeggenschap verkregen. Van de 22 certificaten houdt Convoi er 12. Convoi heeft twee bestuurders: vader en zoon Spronken. Zij zijn in december 2022 benoemd tot bestuurders van de StAK. De derde bestuurder van de StAK is verbonden aan (certificaathouder) UTS Abbink. UTS Abbink is een van de door Convoi overgenomen verhuisbedrijven. Daarnaast heeft het bestuur van de StAK sinds enige tijd geen onafhankelijke voorzitter. In april 2023 heeft Convoi een bod op de aandelen in UTS Holding uitgebracht. De StAK heeft een koopprijs voor de (achterliggende) certificaten van € 31.413 per certificaat bekendgemaakt. Onder bepaalde voorwaarden zou tot uitkoop van de niet aanbiedende certificaathouders kunnen worden overgegaan, waarna decertificering zou plaatsvinden. Het bestuur van de StAK heeft in mei 2023 besloten dat zij geen gebruikmaakt van haar in de administratievoorwaarden opgenomen voorkeursrecht als gevolg een *change of ownership* in de door Convoi overgenomen in UTS Nederland deelnemende bedrijven. Die bedrijven mochten hun certificaten in UTS Holding houden ondanks dat Convoi in die bedrijven de controlerende zeggenschap heeft verworven.

4. UTS Verkroost maakt onder meer bezwaar tegen het feit dat er sinds een paar jaar geen onafhankelijke voorzitter van het bestuur van de StAK is en dat vader en zoon Spronken op niet rechtsgeldige wijze tot bestuurders van de StAK zouden zijn benoemd. Ook het bestuursbesluit om het voorkeursrecht niet uit te oefenen is tegen haar zere been. Het bestuur van de StAK laat de oren hangen naar het belang van Convoi en de diverse besluiten zijn op diverse gronden vernietigbaar.

5. UTS ziet haar verzoek in deze goed gemotiveerde en billijke uitspraak afgewezen worden.

De rechtbank concludeert dat de benoemingsbesluiten van vader en zoon Spronken niet de schoonheidsprijs verdienen, dat de procedurele fouten in dat kader zijn hersteld en dat UTS Verkroost destijds zelf ook voor de benoemingen heeft gestemd, maar pas later van die benoemingen een probleem heeft gemaakt (zie r.o. 5.4-5.9). Daarnaast oordeelt de rechtbank dat het bestuur van de StAK kon besluiten dat de certificaten zouden blijven bij de certificaathouder waarin zich een *change of ownership* zou voordoen of had voorgedaan. De rechtbank legt de administratievoorwaarden uit en overweegt dat het bestuur van de StAK voornoemde bevoegdheid toekwam en dat niet de eis gold dat het bestuur de certificaathoudersvergadering op voorhand moest raadplegen of haar goedkeuring nodig had. De rechtbank kan niet vaststellen of het bij het nemen van dit besluit de belangen van certificaathouders (waaronder UTS Verkroost) heeft geschaad. De rechtbank overweegt dat misbruik van zijn bevoegdheid door het bestuur niet kan worden vastgesteld en dat van aantastbare bestuursbesluiten wegens tegenstrijdig belang niet is gebleken (zie r.o. 5.10-5.17).

De drempel van de in art. 2:298 BW genoemde ontslaggronden wordt dus niet gehaald. Voorlopige voorzieningen en een onderzoek zijn daarom ook niet aan de orde.

6. Toch denk ik dat UTS Verkroost met een licht positief gevoel naar deze uitspraak kijkt. Een gewaarschuwd mens telt voor twee en dat geldt in dit geval voor (het bestuur van) de StAK. Convoi wil namelijk de aandelen in UTS Holding kopen (r.o. 5.18). De StAK kan tot verkoop besluiten als 70% van de certificaathouders daarmee instemt. UTS Verkroost vindt dat zij alleen staat, is bang dat haar belangen in dat verkooptraject ondergesneeuwd raken en dat zij geen reële prijs voor haar certificaten krijgt (r.o. 5.19). De rechtbank vindt het prematuur om in te grijpen, maar geeft de StAK duidelijke aanwijzingen (r.o. 5.20 en 5.21). Het bestuur moet bij zijn besluitvorming de tegenstrijdigbelangregeling van art. 2:291 lid 6 BW in acht nemen en moet de belangen van alle certificaathouders in de belangenafweging betrekken. Als tot verkoop besloten wordt, moeten de certificaathouders een reële prijs voor hun certificaten ontvangen. Wellicht moeten deze aanwijzingen (of richtlijn om goed te besturen en te handelen) wat dwingend worden opgevat, omdat de rechtbank eraan toevoegt dat als de

StAK bij de verkoop niet juist handelt, UTS Verkroost “daartegen op geëigende wijze kan ageren”. Die geëigende wijze kan bijvoorbeeld een vordering in kort geding tot schorsing van het besluit tot verkoop en een verbod op levering van de certificaten zijn of het opnieuw starten van een art. 2:298 BW-procedure, waarbij de hiervoor genoemde vorderingen als voorlopige voorzieningen verzocht kunnen worden, naast de schorsing van het bestuur en de benoeming van een tijdelijk bestuurder, die tevens onderzoek kan doen naar het beleid en de gang van zaken rondom de verkoop van de aandelen. Een art. 2:15 BW-procedure ligt minder voor de hand, omdat vernietiging van een besluit niet direct tot het beoogde resultaat leidt, maar mogelijk wel druk op het geschil zet.

7. Problemen als de onderhavige hadden wellicht (deels) ondervangen kunnen worden door het bestuur van de StAK in de aanloop van een verkooptraject, waarbij belangen niet altijd parallel lopen, anders of evenwichtiger samen te stellen. Nu heeft Convoi daarin de overwegende zeggenschap, ook op certificaathoudersniveau. Dat wringt. De tegenstrijdigbelangregeling van art. 2:291 lid 6 BW beoogt zuivere besluitvorming. Feitelijk zijn alle bestuurders van de StAK gelieerd aan Convoi. Ervan uitgaande dat de StAK geen rvc kent en dat de statuten geen afwijkende regeling bevatten, nemen de geconflicteerde bestuurders van de StAK het besluit tot verkoop onder de schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen. Hoewel de wettekst stelt dat sprake moet zijn van “een direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang”, schrijft de rechtspraak van de OK bij de kapitaalvennootschap inmiddels enige tijd voor dat besluitvorming waarbij mogelijk sprake is van een tegenstrijdig belang, tegen het licht van de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW moet worden gehouden (zie recent: Hof Amsterdam (OK) 11 januari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:312, r.o. 3.5-3.8). In het kort komt het erop neer dat geconflicteerde bestuurders bij de voorbereiding, besluitvorming en uitvoering van het betreffende besluit een hogere mate van zorgvuldigheid moeten betrachten. Dat is wat anders dan wat uit art. 2:291 lid 6 BW volgt en niet valt in te zien waarom deze norm ook niet op besluitvorming in de stichting van toepassing zou zijn. Overigens dringt ook de vergelijking met de jegens de bekleemde certifi-

caathouder in acht te nemen zorgvuldigheidsverplichting uit de bekende Zwagerman-beschikking zich op.

8. De tweede schoen die voor UTS Verkroost wringt, is de prijs van de certificaten. Die zou € 31.413 per certificaat zijn. Voor UTS Verkroost totaal € 62.826. Daar staat voor haar een jaarlijkse omzet via UTS Nederland van circa € 690.000 tegenover. Uit de uitspraak volgen geen verdere financiële gegevens en ook niet op welke wijze de prijs voor de certificaten moet worden bepaald. UTS Verkroost wenst een reële prijs. Zij vindt dat de prijs voor de certificaten zeer gering is vergeleken met de mis te lopen jaarlijkse omzet. Op het eerste gezicht lijkt daar wat in te zitten. Bij het opstellen van de hiervoor genoemde samenwerkingsovereenkomst had dit probleem wellicht voorkomen kunnen worden door uitvoerig(er) stil te staan bij een goed uitgewerkte prijsbepalingsregeling.

9. Tot slot een opmerking over art. 6 van de administratievoorwaarden. Daarin is bepaald dat de StAK gerechtigd is de aangeboden certificaten over te nemen. Een certificaat van aandeel is een vorderingsrecht. De administratievoorwaarden belichamen dat vorderingsrecht van de certificaathouder op de StAK. Als de StAK van haar recht gebruikmaakt, vallen crediteur en debiteur samen en gaat het vorderingsrecht door vermeniging ex art. 6:161 BW teniet. Het onderliggende aandeel blijft dan “over”. Ik zie een dergelijke bepaling vaker in de praktijk. Ik zou die bepaling niet opnemen of uitvoeren.

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

137

Onvoldoende belang van kapitaalverstrekker bij gevraagde voorlopige voorzieningen

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam
22 december 2023, KG ZA 23-949,
ECLI:NL:RBAMS:2023:8338
(mr. Dudok van Heel)
Noot prof. mr. B. Kemp

Stichting. StAK heeft als minderheidsaandeelhouder in commanditaire vennoot van certificaathouder onvoldoende belang bij gevraagde voorlopige voorzieningen en kan evenmin als belanghebbende ex art. 254 Rv gelden. StAK behoort niet tot kring van art. 2:8 BW en kan zichzelf niet binnen deze kring brengen door voorstel tot (noodzaak) financiering te doen.

[BW art. 2:8, 3:303; Rv art. 254]

StAK Selvino is geen aandeelhouder in de werkmaatschappij GPB GR en in de vennootschappen daaronder. Zij is minderheidsaandeelhouder in een commanditaire (stille) vennoot van een certificaathouder. Een commanditaire vennoot heeft geen zeggenschap; die is slechts kapitaalverstrekker. Het plaatsen van een cv (in dit geval Cromford) in de structuur brengt aldus een “knip” in de zeggenschapsstructuur. Voorshands kan dus niet worden gezegd dat StAK Selvino valt in de kring van art. 2:8 BW. Het beroep van StAK Selvino op de “Chinese Workers”-jurisprudentie en het “Funda”-arrest van de Hoge Raad gaat niet op. In het “Chinese Workers”-arrest is geoordeeld dat de strekking van het enquêterecht met zich brengt dat het belang van de verschaffer van risicodragend kapitaal aan de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, in beginsel op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder voor de toepassing van art. 2:246 onder b BW. In dat geval ging het om een aandeelhouder in een vennootschap naar het recht van Hong Kong die op haar beurt aandelen hield in een Nederlandse werkmaatschappij. Van een daarmee vergelijkbare situatie is hier geen sprake. StAK Selvino is – via Selvino

Invested Ltd (hierna: SIL) – slechts commanditair vennoot in Cromford (een cv, dat wil zeggen een samenwerkingsvorm zonder rechtspersoonlijkheid), die de aandelen houdt in StAK GPB GR, die op haar beurt enig aandeelhouder is van GPB GR, de vennootschap en haar dochtermaatschappijen waarop de vorderingen zien. Bovendien heeft StAK Selvino slechts geld in de vorm van een lening (wat over het algemeen ook niet als “risicodragend” wordt aangemerkt) verstrekt aan SIL en niet aan GPB GR of de werkmaatschappijen.

Ook het beroep op het “Funda”-arrest kan StAK Selvino niet baten. De Hoge Raad heeft in dat arrest geoordeeld dat onder omstandigheden de kring van (rechts)personen bedoeld in art. 2:8 BW kan worden uitgebreid. In dit geval bestaat voor een uitbreiding geen aanleiding; de concrete omstandigheden wijzen in dit geval juist op het tegendeel. In de (bewust) gekozen structuur is immers (onweersproken) expliciet beoogd de zeggenschap bij één aandeelhouder ([UBO A]) neer te leggen en niet bij [UBO B], die als investeerder enkel economische aanspraken heeft gekregen op het niveau van SIL. Indien StAK Selvino van mening is dat de verplichtingen uit de met Oro Management Limited (hierna: Oro) gesloten SHA niet worden nagekomen, had zij Oro via de weg van ICC-arbitrage moeten aanspreken. De conclusie moet voorshands dan ook zijn dat StAK Selvino niet als belanghebbende kan gelden in de zin van art. 254 Rv.

Bovendien is het maar de vraag of StAK Selvino een eigen belang in de zin van art. 3:303 BW heeft bij de door haar ingestelde vorderingen. StAK Selvino is geen juridisch eigenaar van de aandelen GPB GR. Zij is ook geen economisch gerechtigde; zij moet alles wat zij ontvangt aan dividend direct doorbetalen aan de certificaathouders. StAK Selvino heeft dus geen eigen belang bij de vorderingen. StAK Selvino kan niet in rechte opkomen voor de indirecte economische belangen van de partijen aan wie zij certificaten in SIL heeft uitgegeven (waaronder indirect [UBO B] en Alvarada). Volgens de statuten moet StAK Selvino de belangen van de vennootschap (SIL) en de certificaathouders zo goed mogelijk waarborgen, maar dat houdt geen recht in om als een soort belangenbehartiger in de zin van art. 3:305a BW een procedure aan te spannen. Ook reeds hierop stuiten de vorderingen af.

De conclusie is dat ook art. 2:8 BW niet als grondslag voor toewijzing van de vorderingen kan die-