

University of Groningen

Wenk bij: ECLI:NL:GHAMS:2022:750

Veenstra, Frank

Published in:
Rechtspraak Ondernemingsrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2022

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):
Veenstra, F. (2022). Wenk bij: ECLI:NL:GHAMS:2022:750. RO 2022/28. Casenote over: Hof Amsterdam, 03/02/2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:750 *Rechtspraak Ondernemingsrecht*, 2022(5).

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

RO 2022/28

HOF AMSTERDAM

3 februari 2022, nr. 200.299.721/01 OK
(Mrs. C.C. Meijer, J.M. de Jongh, T.A.M. Tijhuis)

Art. 2:344, art. 2:345, art. 2:349a lid 2 BW

ECLI:NL:GHAMS:2022:750

ECLI:NL:GHAMS:2022:328

Concernenquête.

Heeft de OK haar beslissing een concernenquête te gelasten, voldoende gemotiveerd? Kan het handelen of nalaten van de STAK in het onderzoek worden betrokken?

BBBZ houdt alle aandelen in Steenfabriek. [P] is enig bestuurder van Steenfabriek. De RvC van Steenfabriek bestaat uit [F], [G] en [H]. Q is enig bestuurder van BBBZ. De RvC van BBBZ bestaat uit [F] en [G]. Alle aandelen in BBBZ worden gehouden door STAK. De certificaten van aandelen in BBBZ worden gehouden door [A] (ubo: [M]), [B] (ubo: [M]), [C] (ubo: [N]), [D] (ubo: [O]), [J] (ubo: [P]) en [K] (ubo: [P]). Alle certificaatvoerders hebben vergaderrecht. Het bestuur van STAK wordt gevormd door [F], [P] en [I]. Bestuurder [I] is – overeenkomstig de statuten van STAK – benoemd door de certificaatvoerders.

De certificaatvoerders [A], [B], [C] en [D] hebben verzocht om het instellen van een onderzoek bij BBBZ en Steenfabriek. Zij hebben tevens verzocht om de benoeming van een OK-commissaris met doorslaggevende stem bij zowel BBBZ als Steenfabriek en de overdracht van de door STAK in BBBZ gehouden aandelen aan een OK-beheerder. De bezwaren van verzoekers houden in dat zij als houders van 79,2% van de certificaten van aandelen in BBBZ als grootste groep kapitaalverschaffers (i) structureel buiten spel worden gezet; (ii) zeer beperkt informatie krijgen over het beleid en de gang van zaken; (iii) geen betrokkenheid hebben bij de benoeming van bestuurders en commissarissen; (iv) geen inzicht hebben in de wijze waarop het vermogen van BBBZ wordt beheerd en de gevoerde beleggingsstrategie van BBBZ (althans dat er sprake is van een beperkt dividendbeleid); en (v) reële zorgen hebben over het ontbreken van checks and balances door de huidige gebrekkige governance en het niet functioneren van STAK als aandeelhouder van BBBZ.

OK: Aan de voorwaarden voor het instellen van een concernenquête is voldaan. Verzoekers zijn derhalve ook ontvankelijk in hun verzoek tot het instellen van een onderzoek bij Steenfabriek. De in art. 2:8 lid 1 BW neergelegde zorgvuldigheidsverplichting ziet ook op het handelen of nalaten van STAK jegens de certificaatvoerders. Dit handelen of nalaten kan een gegronde reden vormen voor twijfel aan een juist beleid. Hoewel STAK niet voldoet aan het bepaalde in art. 2:344, aan-

hef en onder b, BW, kan haar handelwijze jegens certificaatvoerders voorwerp van enquête kan zijn.

Onder de in rechtsoverweging 3.7 beschreven omstandigheden brengt de uit art. 2:8 lid 1 BW voortvloeiende zorgvuldigheidsverplichting van BBBZ c.s., in het bijzonder van [P] en [F] vanwege hun dubbelfuncties, mee dat de certificaatvoerders ruimhartig van informatie worden voorzien over de gang van zaken bij BBBZ en Steenfabriek. De inhoud van die informatieverplichting betreft niet alleen zaken met betrekking tot BBBZ en Steenfabriek die de certificaatvoerders rechtstreeks aangaan (zoals het dividendbeleid en de grondslagen daarvoor) maar strekt zich ook uit tot belangrijke zaken die de (financiële positie van) BBBZ en Steenfabriek betreffen (zoals het beleggingsbeleid en de impact van investeringen of van de gestegen gasprijzen). Gelet op de vennootschappelijke structuur dient dat in ieder geval te gebeuren binnen STAK, door het juist, tijdig en volledig informeren van [I] door de andere bestuursleden, maar is het daartoe niet beperkt. Naar het oordeel van de OK is de informatieverschaffing aangaande voornoemde zaken aan zowel de certificaatvoerders als [I] onvoldoende geweest.

De zorgvuldigheidsverplichting die BBBZ c.s. en in het bijzonder [P] en [F] in acht moeten nemen jegens de certificaatvoerders brengt ook mee dat de certificaatvoerders tijdig van tevoren worden betrokken bij belangrijke besluiten met betrekking tot BBBZ en Steenfabriek. Hiertoe behoren zonder meer besluiten tot (verlenging van) benoeming van bestuurders en commissarissen van BBBZ of Steenfabriek. Naar het oordeel van de OK zijn de certificaatvoerders ten onrechte niet of nauwelijks tevoren betrokken bij de herbenoeming van [Q], de opvolging van [F] als commissaris bij BBBZ en Steenfabriek per ultimo 2021 en de benoeming van [H] als commissaris bij Steenfabriek.

De houding van STAK jegens de certificaatvoerders, die erop neerkomt hun slechts zeer beperkt informatie te verstrekken en zo min mogelijk te betrekken bij de invulling van nieuwe bestuursfuncties, lijkt minst genomen te worden bevorderd door de huidige dubbelfuncties van [P] en [F]. Door die personele invulling van de vennootschappelijke structuur bestaan er onvoldoende checks and balances die waarborgen dat aan de belangen van de certificaatvoerders tegemoet wordt gekomen. De governance binnen BBBZ c.s. laat daarom te wensen over.

Het bovenstaande, in samenhang gezien, levert gegronde redenen op om te twijfelen aan een juiste gang van zaken van BBBZ en Steenfabriek. De OK gelast daarom een concernenquête. De OK benoemt bij Steenfabriek een OK-commissaris die zal fungeren als voorzitter van de RvC – onder schorsing van [F] als voorzitter van de RvC – en aan wie daarin een beslissende stem toekomt. De OK benoemt tevens een OK-commissaris met doorslaggevende stem bij BBBZ.

Zie ook:

- HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478, RO 2020/29 (*SNS Reaal c.s.*);
- HR 30 maart 2007 ECLI:NL:HR:2007:AZ8210, RO 2007/50 (*ATR Leasing*);
- HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899 (*Landis c.s.*);
- HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (*Zwagerman*);
- Hof Amsterdam (OK) 24 augustus 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2692 (*Allure Energie*);
- Hof Amsterdam (OK) 26 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2651, RO 2018/63 (*SNS Reaal c.s.*);
- Hof Amsterdam (OK) 28 augustus 2012, ARO 2012/119 (*Pierson & Pierson c.s.*);
- J.H.M. Willems, Redactionele aantekening in ARO 2021/122;
- *Groene Serie Rechtspersonen* (F. Veenstra), art. 2:346, aant. 3.4.

Wenk:

De OK verwerpt het verweer van BBBZ c.s. dat verzoekers niet ontvankelijk zijn in hun verzoek met betrekking tot Steenfabriek omdat niet voldaan is aan de vereisten voor een concernenquête zoals geformuleerd in HR *SNS Reaal*. De OK overweegt: “Zoals ook blijkt uit de geconsolideerde jaarrekening van BBBZ over het boekjaar 2020, zijn BBBZ en Steenfabriek met elkaar verbonden in een groep als bedoeld in art. 2:24b BW. BBBZ oefent als enig aandeelhouder beslissende zeggenschap uit over Steenfabriek, benoemt bestuurders en commissarissen van Steenfabriek en is bevoegd hen te schorsen en te ontslaan. De organisatorische verbondenheid en economische eenheid blijken onder meer uit de fiscale eenheid waarin beide vennootschappen zijn ondergebracht. Tot de benoeming van [H] per 1 oktober 2021 als commissaris van Steenfabriek bestond bovendien een personele unie in de RvC van BBBZ en Steenfabriek; ook thans zijn [F] en [G] commissaris in beide vennootschappen.” Betwijfeld kan worden of de OK haar beslissing aldus voldoende heeft gemotiveerd. Uit *SNS Reaal* volgt dat voor het aannemen van de bevoegdheid van de houders van certificaten van aandelen in BBBZ om te verzoeken om een concernenquête vereist is dat (i) BBBZ en Steenfabriek een groep vormen als bedoeld in art. 2:24b BW en (ii) dat BBBZ het beleid of de gang van zaken van Steenfabriek ten aanzien van de onderwerpen die aan het enquêteverzoek ten grondslag zijn gelegd, mede heeft bepaald; HR *SNS Reaal*, r.o. 3.4. Waaruit kan worden opgemaakt dat BBBZ het beleid van Steenfabriek (mede) bepaalt? Ligt dit besloten in de constatering dat BBBZ als enig aandeelhouder beslissende zeggenschap uitoefent? Deze vragen komen op, nu BBBZ en

Steenfabriek niet dezelfde bestuurder hebben (enig bestuurder van BBBZ is [Q] en enig bestuurder van Steenfabriek is [P]) en in de beschikking nauwelijks aandacht is besteed aan het handelen en de rol in het conflict van [Q], die namens BBBZ het stemrecht op de aandelen in Steenfabriek uitoefent. Sterker nog, de beschikking wekt eerder de indruk dat het beleid in het concern wordt bepaald door [P] en [F] (bestuurders van de STAK). Een tweede reden waarom betwijfeld kan worden of de OK haar beslissing voldoende heeft gemotiveerd, is deze. De HR heeft zich in *SNS Reaal* enkel uitgelaten over vereisten die gelden voor het aannemen van de bevoegdheid te verzoeken om een concernenquête. Een andere vraag is of verzoekers ook voldoende belang hebben bij een concernenquête (vergelijk art. 3:303 BW). Uit HR *Landis* en de onderliggende beschikking van de OK inzake *SNS Reaal* kan worden afgeleid dat hiervoor vereist is dat de gang van zaken van Steenfabriek de belangen van de houders van certificaten van aandelen in BBBZ evenzeer en op gelijke wijze raakt als de gang van zaken van BBBZ zelf; HR *Landis*, r.o. 3.3.5 en OK *SNS Reaal*, r.o. 3.14. Zie hierover ook de wenk in RO 2020/29 bij HR *SNS Reaal*. Uit de beschikking kan mijns inziens niet goed worden opgemaakt of de gang van zaken van Steenfabriek de belangen van de certificaathouders zodanig raakt dat een concernenquête gerechtvaardigd is. Het bezwaar dat onvoldoende informatie wordt verstrekt, heeft vooral betrekking op het bestuur van de STAK (waarin bestuurder [I] structureel wordt genegeerd) en, in mindere mate, op (de AV van) BBBZ (r.o. 3.9-3.16). Wat betreft het bezwaar dat de certificaathouders niet of nauwelijks zijn betrokken bij de opvolging van [F] als commissaris respectievelijk de benoeming van [H] als commissaris bij Steenfabriek (r.o. 3.18) rijst voorts de vraag wat er nog valt te onderzoeken.

Zie voor andere voorbeelden van procedures waarin door certificaathouders is gezocht om het instellen van een concernenquête: *Groene Serie*, art. 2:346, aant. 3.4.4.7.

Het verzoek van de certificaathouders tot het gelasten van een concernenquête heeft geen betrekking op de STAK. Een dergelijk verzoek was ook kansloos geweest, zo blijkt uit r.o. 3.5. De OK is niet bevoegd (mede) een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van de STAK omdat de STAK niet een onderneming in stand houdt waarvoor ingevolge de WOR een ondernemingsraad moet worden ingesteld (art. 2:344, onder b BW). De consequentie is dat de OK evenmin bevoegd is (onmiddellijke) voorzieningen te treffen *binnen* de STAK. Zij mag bijvoorbeeld niet een of meer bestuurders van

de STAK schorsen en/of een OK-bestuurder bij de STAK benoemen. Ik meen dat dit niet anders is wanneer (alle) partijen het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen binnen de STAK gezamenlijk indienen. Zie echter voor twee voorbeelden van procedures waarin de OK wel onmiddellijke voorzieningen binnen de STAK treft omdat alle partijen hier gezamenlijk om hebben verzocht; *Groene Serie*, art. 2:346, aant. 3.4.4.2. De OK is wél bevoegd het handelen van de STAK in *hoedanigheid van aandeelhouder* aan een onderzoek te onderwerpen. Zie voor enkele beschikkingen waarin zij dit heeft gedaan: *Groene Serie*, art. 2:346, aant. 3.4.4.5. Een bevestiging vormt de toelichting van de minister op de introductie van de bevoegdheid voor de rechtspersoon te verzoeken om een onderzoek bij zichzelf (art. 2:346 lid 1, onder d BW). De minister merkt op dat ook het gedrag van een individuele aandeelhouder aanleiding kan geven voor het gelasten van een onderzoek indien dat gedrag de gang van zaken binnen de vennootschap voldoende sterk raakt. De minister voegt hier aan toe dat het oordeel van de OK ook kan worden gevraagd wanneer dit gedrag buiten de (jaarlijkse) AV plaatsvindt; *Kamerstukken II*, 2010/11, 32887, 3, p. 15. Het voorgaande brengt mee dat de OK eveneens bevoegd is (onmiddellijke) voorzieningen te treffen jegens de STAK in de hoedanigheid van aandeelhouder. Het verzoek aan de OK in de onderhavige procedure om de door STAK gehouden aandelen in BBBZ ten titel van beheer over te dragen aan door de OK te benoemen beheerder, is derhalve voor toewijzing vatbaar. Zie voor eerdere procedures waarin deze voorziening is getroffen: *Groene Serie*, art. 2:346, aant. 3.4.4.6. Bijzondere aandacht verdient nog de slimmigheid van de OK waardoor zij (indirect) toch ingrijpt in het bestuur van de STAK. De statuten van de STAK bepalen dat de voorzitter van de RvC van Steenfabriek bestuurder C van de STAK is. Door [F] te schorsen als voorzitter van de RvC van Steenfabriek en de OK-commissaris als zodanig aan te stellen, wijzigt de OK de samenstelling van het bestuur van de STAK. Dat de OK bevoegd is andere onmiddellijke voorzieningen te treffen, staat buiten kijf. De HR heeft dit met zoveel worden uitgemaakt in de beschikking inzake *ATR Leasing*. Een voorwaarde is wel dat OK geen beslissing geeft waarop partijen niet bedacht hoeven te zijn; HR *ATR Leasing*, r.o. 4.4. De OK heeft blijkens de onderhavige beschikking aan deze voorwaarde voldaan: zij heeft deze mogelijkheid met partijen besproken (r.o. 3.24).

Art. 2:8 lid 1 BW bepaalt dat de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken

zich jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. De HR heeft in *Zwagerman* geoordeeld dat uit deze regel onder meer voortvloeit dat de vennootschap zorgvuldigheid moet betrachten met betrekking tot de belangen van al haar aandeelhouders. Deze norm bestrijkt verschillende situaties. De HR noemt zelf de situatie waarin het gaat om meerderheidsaandeelhouders tegenover minderheidsaandeelhouders en om familierechtelijke verhoudingen: "Onder deze omstandigheden (...) kan eerder dan in andere gevallen sprake zijn van de mogelijkheid van een vermenging van de belangen van de vennootschap en van sommige van deze personen, zodat er reden is daarop attent te zijn en met de nodige zorgvuldigheid te voorkomen dat ontoelaatbare verstrengeling van belangen ontstaat."; HR *Zwagerman*, r.o. 3.4. De norm ziet eveneens op situatie waarin de vennootschap enkele aandeelhouders heeft waarvan één tevens bestuurder is. Zie voor een recent voorbeeld OK *Allure Energie* (r.o. 4.10): "In een situatie als de onderhavige, waarin slechts een van de beide aandeelhouders ook bestuurder is, rust daarom op (het bestuur van) de vennootschap een bijzondere zorgplicht. Die zorgplicht brengt mee dat het bestuur van Allure jegens Holding als aandeelhouder die geen deel uitmaakt van het bestuur, ruimhartig openheid van zaken moet verschaffen met betrekking tot het reilen en zeilen van Allure. Dit geldt te meer als – zoals hiervoor is overwogen – (mogelijk) sprake is van tegenstrijdige belangen. Het bestuur van Allure heeft die ruimhartigheid niet betracht." De OK heeft eerder geoordeeld dat ook ruimhartig opening van zaken dient te worden gegeven aan de certificaathouders indien één persoon verschillende functies bekleedt. Zie in dit verband OK *Pierson & Pierson* (r.o. 3.12): "Verzoekers zijn als certificaathouders kapitaalverschaffers van de door de vennootschap en Tana in stand gehouden onderneming. In die hoedanigheid maken zij terecht aanspraak op enig inzicht in de (financiële) toestand van de onderneming. De wijze waarop en de mate waarin verzoekers zijn geïnformeerd roepen echter vragen op. Voor het verkrijgen van inzicht waren zij immers volledig aangewezen op Van der Bijl, die de hoedanigheden van bewindvoerder van het door de vader aan verzoekers nagelaten vermogen, van bestuurder van Stichting Administratiekantoor, van bestuurder van de vennootschap en van indirect bestuurder van Tana in zijn persoon verenigde. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer rust juist in een situatie als de onderhavige, waarin één persoon alle genoemde posities bekleedt, op (die persoon in zijn

functie van bestuurder van) de vennootschap een verzwaarde verplichting tot het geven van openheid van zaken, ook indien het informatie zou betreffen waar de certificaathouder als zodanig geen recht op heeft.” Het oordeel van de OK in de onderhavige beschikking dat op BBBZ c.s. en in het bijzonder [P] en [F] de verplichting rust de certificaathouders in de gegeven omstandigheden – in het bijzonder de omstandigheid dat vanwege de dubbel functies van [P] en [F] sprake is van “een belangrijke informatieasymmetrie” – ruimhartig van informatie te voorzien over de gang van zaken bij BBBZ en Steenfabriek, past goed in deze lijn (r.o. 3.6-3.7).

De OK heeft aan de commissaris die zij bij Steenfabriek heeft benoemd, een *beslissende stem* toegekend. Dit betekent “dat overeenkomstig die stem wordt besloten, ook als die stem afwijkt van de meerderheid van de uitgebrachte stemmen.” (r.o. 3.23). De OK heeft aan de commissaris die zij bij BBBZ heeft benoemd, een *doorslaggevende stem* toegekend. Dit betekent “dat bij het staken van de stemmen de stem van deze commissaris de doorslag geeft.” (r.o. 3.25). Het heeft er alle schijn van dat de OK aldus een discussie wil vermijden over de betekenis van respectievelijk het verschil tussen de beslissende en doorslaggevende stem. Zie over de herkomst van deze discussie: Willems in zijn Redactionele aantekening in ARO 2021/122.

F. Veenstra

Beschikking inzake

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [A],
 2. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [B],
 3. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [C],
 4. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [D],
- verzoeksters, advocaten: mr. G.J.R. Kalsbeek en mr. I.J. Rozendal, beiden kantoorhoudende te Rotterdam,
- tegen
1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [E],
 2. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Steenfabriek De Rijswaard B.V., te Aalst,
- verweersters, advocaten: mr. R.G.J. de Haan, mr. M. Keuper en mr. B.S.D. Sanders, allen kantoorhoudende te Amsterdam,
- en tegen
1. De Stichting De Rijswaard, te Zaltbommel, de leden van de raad van commissarissen van [E];
 2. [F],
 3. [G],

de leden van de raad van commissarissen van Steenfabriek De Rijswaard B.V.:

4. [F],
 5. [G],
 6. [H],
- belanghebbenden, advocaten: mr. R.G.J. de Haan, mr. M. Keuper en mr. B.S.D. Sanders, allen kantoorhoudende te Amsterdam,
- en tegen
7. [I],
- belanghebbende, advocaten: mr. V.R.M. Appelmann en mr. T.R. Bosker, beiden kantoorhoudende te Rotterdam,
- en tegen
8. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [J],
 9. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [K],
- niet verschenen, belanghebbenden.
- Hierna zullen partijen en andere (rechts)personen (ook) als volgt worden aangeduid: verzoeksters ieder afzonderlijk als [A], [B], [C] en [D], en gezamenlijk als [L]; de ubo van [A] en [B] als [M]; de ubo van [C] als [N]; de ubo van [D] als [O]; verweersters ieder afzonderlijk als BBBZ en als Steenfabriek, en gezamenlijk als Steenfabriek c.s.; de bestuurder van Steenfabriek, [P], als [P]; de bestuurder van BBBZ, [Q], als [Q]; belanghebbenden sub 1 t/m 6 ieder afzonderlijk als STAK, [F], [G] en [H]; Steenfabriek c.s. en belanghebbenden sub 1 t/m 6 gezamenlijk als BBBZ c.s.; en belanghebbende sub 7 als [I].

Ondernemingskamer:

1 Het verloop van het geding

1.1 [L] hebben bij verzoekschrift van 9 september 2021 de Ondernemingskamer verzocht, samengevat,

1. een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Steenfabriek c.s. over de periode vanaf 11 december 2011;
 2. als onmiddellijke voorzieningen voor de duur van de procedure
 - a. de door STAK gehouden aandelen in BBBZ over te dragen aan een door de Ondernemingskamer te benoemen beheerder;
 - b. een derde persoon te benoemen tot commissaris met doorslaggevende stem van Steenfabriek;
 - c. een derde persoon te benoemen tot commissaris met doorslaggevende stem van BBBZ;
 - d. of een andere voorziening te treffen die de Ondernemingskamer juist acht;
 3. BBBZ en Steenfabriek te veroordelen in de kosten van de procedure.
- 1.2 BBBZ c.s. hebben bij verzoekschrift van 14 oktober 2021 de Ondernemingskamer ver-

zocht [L] niet ontvankelijk te verklaren in hun verzoek voor zover dat betrekking heeft op Steenfabriek, dan wel dit verzoek af te wijzen en [L] te veroordelen in de kosten van de procedure.

1.3 [I] heeft bij verweerschrift van 28 oktober 2021 de Ondernemingskamer verzocht het verzoek van [L] toe te wijzen.

1.4 Het verzoek is behandeld op de zitting van de Ondernemingskamer van 4 november 2021. De advocaten hebben toen de standpunten van de verschillende partijen toegelicht aan de hand van overgelegde aantekeningen en wat mr. Kalsbeek c.s. en mr. De Haan c.s. betreft onder overlegging van tevoren toegestuurde nadere producties. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt.

1.5 Ter zitting heeft mr. Mr. Appelman heeft aan de hand van – aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde – aantekeningen het bij e-mails van 28 en 29 oktober 2021 ingenomen standpunt toegelicht dat [I] kwalificeert als belanghebbende omdat deze procedure onder andere gaat over het functioneren van STAK als aandeelhouder van BBBZ. Verder heeft hij benadrukt dat het [I] pas op 14 oktober 2021 bekend werd dat mede namens STAK een verweerschrift was ingediend en dat de goede procesorde met de indiening van zijn verweerschrift op 28 oktober 2021 niet wordt geschaad, omdat partijen het verweerschrift een week voorafgaand aan de zitting hebben ontvangen en in staat moeten worden geacht daarop voldoende te hebben kunnen reageren. Mr. De Haan heeft zijn reeds bij e-mail van 29 oktober 2021 namens BBBZ c.s. gemaakte bezwaren toegelicht met betrekking tot het toelaten van [I] als (mogelijk) belanghebbende in deze procedure. Mr. Kalsbeek heeft medegedeeld dat [L] er geen bezwaar hebben dat [I] als belanghebbende wordt aangemerkt en zijn verweerschrift wordt toegelaten.

1.6 De Ondernemingskamer heeft ter zitting beslist dat [I] een belanghebbende is in deze procedure. Daartoe is overwogen dat [I] in zijn hoedanigheid van bestuurder van STAK zo nauw betrokken is bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat reeds daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen (zie HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440 (Scheipar)). Tegen de achtergrond dat de Ondernemingskamer geen aanleiding heeft om te twijfelen aan de stelling van [I] dat hij pas op 14 oktober 2021 ermee bekend werd dat het verweerschrift mede namens STAK is ingediend en gelet op de termijn tussen indiening van het verweerschrift door [I] en de zitting, is van strijd met de goede procesorde geen sprake.

2 Inleiding en feiten

2.1 Deze zaak gaat over Steenfabriek, een familiebedrijf dat gespecialiseerd is in de productie en levering van bakstenen voor woningen- en utiliteitsbouw. Het bedrijf is sinds de jaren '40 in eigendom van de [familie R]. In 2008 zijn de aandelen in BBBZ, de houdstermaatschappij, gecertificeerd. Op dit moment worden de certificaten gehouden door de drie broers [M], [N] en [O] en tevens door de zoon van [M], [P]. [P] is naast certificaathouder enig bestuurder van Steenfabriek en een van de drie bestuurders van STAK.

De onderlinge verhoudingen tussen [P] en zijn vader en de andere certificaathouders zijn verstoerd geraakt. [M], [N] en [O], die samen de meerderheid van de certificaathouders vormen, voelen zich buiten spel gezet. Zij maken zich zorgen over onder meer de invulling van de governance structuur van de groep, het functioneren van STAK als aandeelhouder van BBBZ en de informatievoorziening van STAK aan de certificaathouders. Het bestuur en de raad van commissarissen van Steenfabriek c.s. en het bestuur van STAK (behalve [I]) vinden dat die zorgen onterecht zijn en dat de certificaathouders meer informatie ontvangen dan waar zij recht op hebben. [I] bestrijdt dat en schaarft zich achter onderzoeksters.

2.2 Steenfabriek is op 1 mei 1980 opgericht om de sinds 30 augustus 1947 bestaande onderneming te drijven. [P] is sinds 1 januari 2006 enig bestuurder van Steenfabriek, als opvolger van [M] die de onderneming ongeveer 30 jaar bestuurd. De raad van commissarissen bestaat uit [F] (voorzitter, sinds 1 november 1994), [G] (sinds 1 februari 2014) en [H] (sinds 1 oktober 2021).

2.3 De aandelen in Steenfabriek worden gehouden door BBBZ. BBBZ is op 19 april 1985 opgericht. [Q], die [M] opvolgde, is sinds 16 oktober 2019 haar (enig) bestuurder. De raad van commissarissen van BBBZ bestaat uit [F] (voorzitter, sinds 5 februari 1998) en [G] (sinds 1 januari 2016).

2.4 De activiteiten van BBBZ bestaan uit het beheer en beleggen van vermogen en het deelnemen in andere ondernemingen, waaronder Steenfabriek.

2.5 De aandelen in BBBZ worden gehouden door STAK. Op 20 november 2008 is STAK opgericht. STAK heeft onder meer als doel het tegen toekenning van certificaten verwerven en administreren van aandelen in BBBZ, het uitoefenen van alle rechten op die aandelen, waaronder het uitoefenen van het stemrecht. Volgens de statuten richt STAK zich daarbij “mede” op de continuïteit van de met Steenfabriek verbonden onderneming (art. 2 lid 1 en 2). Het bestuur bestaat uit drie bestuurders, te weten:

- bestuurder A, die wordt benoemd en ontslagen door de vergadering van certificaathouders (art. 4.2 en 4.11);

- bestuurder B, die wordt benoemd en ontslagen door bestuurder A en C gezamenlijk (art. 4.4 en 4.11); en

- bestuurder C, zijnde de voorzitter van de raad van commissarissen van Steenfabriek. Deze bestuurder mag geen houder zijn van aandelen of certificaten in BBBZ (art. 4.3, 4.5 en 4.11).

Ieder van de bestuurders is zelfstandig bevoegd STAK te vertegenwoordigen, met dien verstande dat het stemrecht op de aandelen waarvan STAK rechthebbende is en de overige aan die aandelen verbonden rechten zullen worden uitgeoefend overeenkomstig het besluit van de bestuur (art. 13 en 21). Verder is bepaald dat een certificaathouder bevoegd is om bijeenroeping van een vergadering van certificaathouders te verzoeken, agendapunten te agenderen en een stem uit te brengen (art. 14 lid 1, 4 en 7). Daarnaast hebben de certificaathouders een vergaderrecht ten aanzien van de algemene vergadering van BBBZ.

2.6 Het bestuur van STAK wordt op dit moment gevormd door [F] (voorzitter, bestuurder C sinds 20 november 2008), [P] (bestuurder B, sinds 20 november 2008), en [I] (bestuurder A, sinds 14 juli 2020). [I] is de opvolger van [N] die ten tijde van de certificering van de aandelen in BBBZ op 9 december 2008 als bestuurder A was benoemd.

2.7 De certificaten van aandelen in BBBZ worden op dit moment als volgt gehouden:

- [A] 20,90% (ubo: [M])
- [B] 10,44% (ubo: [M])
- [C] 36,28% (ubo: [N])
- [D] 11,58% (ubo: [O])
- [K] 10,44% (ubo: [P])

De resterende 10,37% van de certificaten worden gehouden door [J], de beheermaatschappij van wijlen [P] sr. (broer van [M], [N] en [O]). [P] sr. heeft de aandelen in [J] bij testament gelegateerd aan [P], die sinds 8 januari 2021 tevens enig bestuurder is van [J].

2.8 In de administratievoorwaarden van STAK is onder meer bepaald dat de certificaathouders dividenden en andere uitkeringen ontvangen die op de aandelen in BBBZ worden gedaan (art. 6) en dat de certificering uitsluitend door het STAK-bestuur of op gezamenlijk verzoek kan worden beëindigd (art. 7 lid 2 en 3).

2.9 De statuten van BBBZ bepalen onder andere dat het aantal commissarissen wordt vastgesteld door de algemene vergadering en dat zij en de bestuurder worden benoemd door de algemene vergadering (art. 19 lid 1 en 2). De statuten bevatten geen maximum zittingsduur voor bestuurders of commissarissen.

2.10 De statuten van Steenfabriek bepalen dat het aantal directeuren en commissarissen wordt bepaald door de raad van commissarissen

en dat zij worden benoemd door de algemene vergadering uit een bindende voordracht opgesteld door de raad van commissarissen. De bindende voordracht kan worden doorbroken door de algemene vergadering met 2/3e van de stemmen waarbij meer dan de helft van het geplaatst kapitaal is vertegenwoordigd (art. 19 lid 1, 2 en 3). De statuten bevatten geen maximum zittingsduur voor bestuurders of commissarissen.

2.11 BBBZ heeft een beleggingsstatuut. Het beleggingsstatuut bepaalt onder meer dat maximaal 2/3e van de overtallige liquide middelen wordt belegd, dat het beheer van het vermogen in beginsel wordt uitgevoerd door het bestuur van BBBZ in overleg met de raad van commissarissen, dat de doelstelling de instandhouding van het vermogen in reële zin is, de beleggingshorizon langer dan 5 jaar en dat het beleggingsrisico in de portefeuille minimaal eenmaal per jaar wordt getoetst aan de beleggingsdoelstelling. Het beleggingsstatuut bevat voorts bepaalde voorwaarden die gesteld worden aan de beleggingen en middelenverdeling.

2.12 Bij brief van 15 december 2011 hebben [N], [O] en wijlen [P] sr. in hun hoedanigheid van certificaathouders het STAK-bestuur verzocht in overleg te treden over onder meer hun bezwaren met betrekking tot de vennootschappelijke structuur. Zij schrijven onder meer:

“De verhouding tussen de certificaathouders is steeds in belangrijke mate gedomineerd door de familieband en beruste mede daardoor altijd op groot onderling vertrouwen. In het kader van de certificering van de aandelen en in de periode ervoor en daarna hebben zich echter ontwikkelingen voorgedaan die bij ons in toenemende mate de indruk hebben doen postvatten dat de belangen van de verschillende certificaathouders niet steeds even zwaar wegen. Er lijkt aldus niet langer evenwicht te bestaan in de wijze waarop de belangen van de certificaathouders worden gerespecteerd en wij sluiten niet uit dat daardoor zelfs belangen tegenstellingen ontstaan. (...)

De achtergrond is dat wij, tegen de achtergrond van het vertrouwen, zoals dat steeds tussen de betrokkenen heeft bestaan, hebben meegewerkt aan de certificering en de daarmee samenhangende wijzigingen in de inrichting van de vennootschapsrechtelijke structuur, met name door diverse wijzigingen in de statuten. Deze wijzigingen geven met name uw bestuur een grotere vrijheid van handelen dan voor de certificering en wij hebben stellig de indruk dat van die vrijheid niet steeds in ons belang gebruik is gemaakt. Hierdoor staat het onderlinge vertrouwen onder druk en wij openen graag de dialoog met u (...) om te komen tot herstel van het vertrouwen en om beschadiging van de onderlinge verhoudingen te voorkomen.

(...) Onze voornaamste aandachtspunten daarbij zijn de informatievoorziening en de dividendpolitiek. (...) Wij zouden met u graag afspraken maken over een periodieke informatievoorziening op hoofdpunten, alsmede dat onze inbreng in het kader van belangrijke beslissingen wordt gehoord.”

2.13 Bij brieven van 10 oktober 2014 en 8 juli 2016 hebben [N], [O] en wijlen [P] sr. deze en andere bezwaren, waaronder bezwaren over de samenstelling van de raad van commissarissen van BBBZ en Steenfabriek, herhaald. In de brief van 10 oktober 2014 schrijven zij onder meer:

“Telkenmale hebben wij, met name broer [N] als bestuurslid van uw stichting, moeten ervaren dat de vragen tijdens vergaderingen niet of niet afdoende tijdens beantwoord en dat door broer [N] in zijn hoedanigheid als bestuurder van de stichting geuite kritiek ondanks zijn uitdrukkelijk verzoek niet in de notulen wordt opgenomen. (...) Het gevolg is dat raadpleging van die notulen de indruk wekt dat de relatie tussen de betrokken stakeholders goed is en men instemt met de gang van zaken, het beleid en de beslissingen, terwijl dat niet overeenstemt met de werkelijke situatie. (...)

Onze zorgen over het beleid en de gang van zaken binnen de onderneming en de verstrekking van onvoldoende informatie daarover aan ons als belangrijke stakeholders vergen eens te meer een governance die voldoende waarborgen voor een onafhankelijk en adequaat toezicht op het gevoerde beleid biedt. De huidige governance schiet naar onze mening tekort. Zo vervult de heer [F] de belangrijke functie van voorzitter van de raden van commissarissen van BBBZ en [Steenfabriek] en heeft hij via zijn lidmaatschap als voorzitter van het bestuur van [STAK] tevens een stem in de uitoefening van aandeelhoudersbevoegdheden. Dat zijn naar onze mening onverenigbare functies, welke onverenigbaarheid in de huidige situatie eens te meer klemmt.

Daarnaast is de personele bezetting van de verscheidene betrokken besturen zodanig dat één van de certificaathouders, althans de aandeelhouder daarvan, een bepalende invloed heeft op het beleid en de gang van zaken binnen de groep en derhalve medeverantwoordelijk voor de onvoldoende informatieverstrekking. Dat vinden wij in samenhang met het hiervoor gestelde over het toezicht binnen de groep een zeer ongelukkige situatie. Kortom, de governance binnen de groep vergt aanpassing.”

2.14 In de vergadering van het STAK-bestuur van 20 juni 2016 is onder meer aan de orde geweest dat [N] in de vorige vergadering heeft toegezegd dat hij de overige certificaathouders zou raadplegen over het voorstel van de voorzitter

om [G], die commissaris is bij Steenfabriek, ook in de raad van commissarissen van BBBZ te benoemen. Uit de notulen blijkt dat [N] opgemerkt heeft dat (en waarom) hij zelf twijfels heeft over die benoeming, dat wijlen [P] sr. hem heeft gezegd “ze *doen maar*”, dat [N] [M] niet te spreken heeft gekregen en dat [O] tegen de benoeming is. Volgens de voorzitter is [M] voor benoeming. Na verder overleg wordt [G] door het STAK-bestuur bij meerderheid van stemmen tot commissaris van BBBZ benoemd.

2.15 In vervolg op de algemene vergadering van BBBZ op 13 juli 2016 heeft de raad van commissarissen van BBBZ bij brief van 30 augustus 2016, met het oog op een mogelijke uitkering van superdividend, een berekening van de te verwachten kasstromen aan het STAK-bestuur toegestuurd. Zij heeft daarbij opgemerkt dat het bestuur volgens haar rekening behoort te houden met het standpunt van de certificaathouders daarover en dat zij daarom adviseert dat [N] “als *vertegenwoordiger van de certificaathouders in het bestuur*” alle certificaathouders laat raadplegen op dit punt. Naar aanleiding daarvan heeft [M] laten weten geen voorstander te zijn van het verruimen van het dividendbeleid, waarna in de vergadering van het STAK-bestuur op 16 september 2016 is ingestemd met de uitkering van een lager bedrag als superdividend.

2.16 Bij brief van 4 april 2017 heeft [M], als toenmalig bestuurder van BBBZ, aan de certificaathouders voorgesteld een deel van de liquide middelen in BBBZ te laten beleggen op basis van een bijgevoegd beleggingsstatuut (zie 2.11). Tijdens de vergadering van het STAK-bestuur op 2 juni 2017 is besproken dat alleen certificaathouder [C] heeft laten weten niet met het voorstel in te stemmen. Na stemming is dit voorstel aangenomen, waarbij [P] en [F] voor het besluit stemden en [N], als bestuurder A, tegen stemde.

2.17 Tijdens de algemene vergadering van BBBZ van 11 juli 2018 is onder meer de wens van [L] om de governance via de statuten aan te passen aan de orde gesteld. [M] heeft onder meer voorgesteld dat twee certificaathouders in het STAK-bestuur zitting zouden nemen en dat er een eind zou komen aan de stapeling van functies. Daarop zegden [F] en [G] toe bereid te zijn daarover na te denken en met een aanpassingsvoorstel te zullen komen dat rekening hield met het belang van zowel de onderneming als de aandeelhouders.

2.18 Tijdens de vergadering van het STAK-bestuur op 11 februari 2019 is onder andere besproken dat de raad van commissarissen van BBBZ het verzoek van [M] om de governance te wijzigen heeft onderzocht. Zij heeft, in navolging op daarover ontvangen juridisch advies, geconcludeerd dat het wijzigen van de governance zoals verzocht niet dienstig is aan de statutaire doelstelling van STAK en adviseert het STAK-bestuur daarom niet aan het verzoek van [M] te

voldoen. [N] heeft in deze vergadering laten weten niet gelukkig te zijn met de gekozen structuur.

2.19 Bij e-mail van 15 februari 2019 heeft [N] namens de certificaathouders aan [P] om de berekening gevraagd van de terugverdiendtijd (inclusief begroting en aanneemsom) van de geplande investering door Steenfabriek in 7.140 zonnepanelen. Op diezelfde datum heeft [P] hem 'de basis getallen' van de investering toegestuurd, waaronder een terugverdiendtijd van 6.96 jaar en een totaal begrote investering van € 5.5 miljoen.

2.20 Bij brief van 16 augustus 2019 en een herinnering op 13 september 2019 hebben [L] [P] verzocht om overleg over verbetering van de governance van de groep en herstel van de verhoudingen.

2.21 Op 15 oktober 2019 heeft een vergadering van certificaathouders plaatsgevonden. Daarin is onder meer gesproken over het door [M] aangekondigde terugtreden als bestuurder van BBBZ wegens diens onvrede over de ondernemingsstructuur. Naar aanleiding van het gegeven dat een aantal certificaathouders een beperkte termijn voor toezichthouders wenselijk vindt, heeft [F] medegedeeld dat hij eind 2021 vrijwillig zal terugtreden als president-commissaris van Steenfabriek en BBBZ. In de vergadering is tevens besproken dat [M] met ingang van 16 oktober 2019 ontslag zal nemen als bestuurder van BBBZ en dat [Q] (van 2002 tot en met 2015 commissaris van BBBZ) met ingang van die datum wordt benoemd tot interim bestuurder van BBBZ voor een periode van twee jaar. In die periode kan ook worden gezocht naar voor de onderneming acceptabele aanpassingen bij de benoeming van een bestuurder.

2.22 Per 14 juli 2020 is [I] door de vergadering van certificaathouders als bestuurder A van STAK benoemd, als opvolger van [N].

2.23 Tijdens de vergadering van het STAK-bestuur van 26 augustus 2020, waarbij [G] aanwezig was, heeft [I] onder meer opgemerkt 'dat het goed zou zijn als de certificaathouders inzicht zouden hebben in de relatieve prestaties van [Steenfabriek] ten opzichte van de concurrentie.' [G] heeft gereageerd door op te merken dat de jaarrekeningen en bijbehorende toelichting 'ruim voldoende informatie aan de certificaathouders verstrekken om te kunnen beoordelen hoe de Steenfabriek in zijn totaliteit heeft gepresteerd' en dat een benchmark van de beleggingen is opgenomen in de halfjaarlijkse rapportage van Insinger Gillissen, die wordt verstrekt aan [Q] en gedeeld met de commissarissen van BBBZ. Ook heeft [I] opgemerkt dat de certificaathouders het gevoel hebben niet of onvoldoende te worden geïnformeerd en betrokken. Daarop liet [G] weten dat de certificaathouders recht hebben op de voor hen noodzakelijke informatie, maar dat de bevoegd-

heid om (mee) te besturen bij andere organen ligt. Er is afgesproken dat de kwartaalrapportages van de Steenfabriek en notulen van de STAK-vergaderingen via [I] met de certificaathouders worden gedeeld.

2.24 Blijkens de notulen van de vergadering van het STAK-bestuur van 14 december 2020 heeft [F] toegelicht dat in januari 2021 in samspraak met de bestuurder van BBBZ een profielschets voor zijn opvolger als commissaris van Steenfabriek wordt vastgesteld en dat de raad van commissarissen van Steenfabriek vervolgens conform de statuten een bindende voordracht doet aan de bestuurder van BBBZ. [I] heeft in dat kader opgemerkt dat het een belangrijke positie betreft, dat naar zijn mening het STAK-bestuur een rol heeft bij die benoeming en dat externe deskundigheid voor het wervingsproces moet worden ingeschakeld. [F] heeft daarop geantwoord dat geen externen nodig zijn om te weten dat de statutair voorgescreven benoemingsprocedure moet worden gevolgd.

Verder heeft [I] over de vooraf toegestuurde begroting 2021 van Steenfabriek opgemerkt dat hij daarop een schriftelijke toelichting wenst, omdat hij met een begroting met alleen cijfers zonder enige toelichting zijn rol als informatie-verstrekker aan de certificaathouders niet kan vervullen en, ten slotte, dat het goed zou zijn om de prestaties te toetsen van Insinger Gillissen, die de beleggingen uitvoert.

2.25 Bij e-mail van 21 maart 2021 heeft [N] mede namens zijn broers aan [G] geschreven dat zij een uitnodiging van het executive search bureau Quaestus om een bespreking over de werving van een nieuwe commissaris bij te wonen, afslaan. [N] schrijft dat zij zich als grootste kapitaalverschaffers op afstand gezet voelen en dat zij overwegen een enquêteprocedure te starten. In het licht daarvan achten zij het niet zinvol om nu een dergelijk gesprek met Quaestus te voeren.

2.26 Bij e-mail van 13 april 2021 aan [P] en [F] beklagt [I] zich erover dat de kwaliteit van de tussentijdse kwartaalrapportage van Steenfabriek en de daarbij gevoegde toelichting het hem weer onmogelijk maken om de certificaathouders afdoende te informeren. Ook verzoekt hij onder andere de rapportage vanuit BBBZ over de beleggingen via Insinger Gillissen en de selectieprocedure voor een nieuwe commissaris aan de agenda voor de STAK-vergadering toe te voegen.

2.27 Bij brief van 3 mei 2021 aan het bestuur en de raad van commissarissen van Steenfabriek c.s. hebben [L] hun bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken bij Steenfabriek c.s. kenbaar gemaakt.

2.28 Tijdens de bestuursvergadering van STAK van 21 juni 2021 zijn onder meer de jaarstukken 2020 van BBBZ besproken. Naar aanlei-

ding van een 'preadvies van commissarissen' van 10 juni 2021, waarin de raad van commissarissen kort gezegd voorstelt ruim € 5 miljoen aan dividend uit te keren (ruim € 2.5 miljoen als 30% van de winst en ruim € 2.4 vanwege het goede resultaat) en de rest van de winst over 2020 toe te voegen aan de algemene reserves, heeft [I] in de vergadering de actualiteit en onderbouwing van het dividendbeleid van Steenfabriek ter discussie gesteld en om inzicht in de grondslag van de dividenduitkering gevraagd. [F] heeft daarop toegelicht dat het dividendbeleid waarbij 30% van de winst na belasting wordt uitgekeerd, al voor 1993 bestond en gehandhaafd wordt. Verder is het volgens hem nodig een buffer op te bouwen die mogelijk maakt dat Steenfabriek echt grote investeringen (zoals een nieuwe oven) doet zonder externe financiering nodig te hebben; een bedrag van € 5 miljoen laat die buffer intact.

Ten slotte stonden op verzoek van [I] onder meer de bezwarenbrief van 3 mei 2021 en de door Quaestus opgestelde profiëlschets voor een commissaris geagendeerd. Beide stukken zijn niet inhoudelijk besproken omdat, volgens de (door [I] bekritiseerde) notulen, de stukken slechts ter kennisneming waren bijgevoegd en niet ter bespreking, de bezwarenbrief 'in een ander gremium aan de orde is' en de profiëlschets 'geen zaak is waar het STAK-bestuur over gaat'.

2.29 Op 26 juni 2021 heeft [Q] aan [I] een memorandum van Insinger Gilissen toegestuurd ter beantwoording van de vragen van [I] over het benchmarken van de resultaten van de beleggingsportefeuille van BBBZ per 31 mei 2021. Daarbij heeft [Q] [I] uitgenodigd voor een bijeenkomst met de raad van commissarissen en Insinger Gilissen, om naar aanleiding van de kwartaalrapportage over Q2 2021 de beleggingen te evalueren. Dit om, zo schrijft [Q], [I] in staat te stellen de certificaathouders daaromtrent te informeren.

2.30 Bij brief van 29 juni 2021 heeft [I] aan zijn medebestuurders [P] en [F] geschreven dat hij zich zorgen maakt over de gang van zaken binnen de STAK-vergadering. Hij schrijft onder meer dat hij een machtsblok ervaart, dat gevoed wordt vanuit de andere posities van zijn beide medebestuurders in de onderliggende vennootschappen (te weten [F] als president-commissaris bij BBBZ en Steenfabriek en [P] als enig bestuurder van Steenfabriek). Ook uit zijn verbazing dat vergaderingen van het STAK-bestuur buiten zijn medeweten werden opgenomen en vraagt hij om een kopie van de geluidsopnames van de vergaderingen waarbij hij aanwezig is geweest. Verder schrijft hij dat op zijn vragen herhaaldelijk niet wordt ingegaan. Zo wil [I] binnen het STAK-bestuur onder andere aan de orde stellen het rendement op de investering in zonnepanelen door Steenfabriek, de beleggingsstrategie en performance van de be-

leggingen door BBBZ, het dividendbeleid, reserveringen voor toekomstige investeringen en de benoeming van nieuwe commissarissen en een nieuwe bestuurder bij BBBZ, maar dat is tevergeefs: er is een sfeer van "afgepast antwoorden en liefst opschieten", waarbinnen een open discussie niet mogelijk is en op onjuiste gronden wordt afgewezen. Deelname aan overleg met Insinger Gilissen wijst [I] af, om te voorkomen dat hij 'zelf [wordt] meegetrokken in een dubbelrol (of meerdere)'.

2.31 In hun reactie van 15 juli 2021 op de brief van [I] van 29 juni 2021 hebben [P] en [F] geschreven dat vergaderingen sinds jaar en dag worden opgenomen en dat er geen kwade opzet achter zit dat hem dit niet is meegedeeld. Zij hebben toegezegd de opnames van vergaderingen die hij heeft bijgewoond met hem te delen. Verder schrijven zij onder meer dat hun optreden in de STAK-vergaderingen niet vooraf is afgestemd maar dat veel van de door [I] aangehaalde onderwerpen niet behoren tot (het informatierecht van) STAK. Zo heeft STAK op grond van de statuten geen positie bij de benoeming van de nieuwe commissaris bij Steenfabriek. Ten aanzien van het dividendbeleid schrijven zij dat over het boekjaar 2020 'ruim meer dividend is uitgekeerd dan op basis van het standaard beleid het geval zou zijn'.

2.32 [I] heeft bij e-mail van 20 juli 2021 gereageerd op de brief van 15 juli 2021. Hij schrijft daarin onder meer dat hij de reactie van [P] en [F] met betrekking tot de benoeming van een commissaris 'te formalistisch' vindt en wijst erop dat het STAK-bestuur wel een bevoegdheid heeft bij de benoeming van een commissaris bij BBBZ. [I] verzoekt om overleg hierover met het STAK-bestuur.

2.33 Bij e-mail van 4 augustus 2021 schrijven [P] en [F] dat STAK slechts aandeelhouder is van BBBZ en dat het niet aan het STAK-bestuur is om op detailniveau betrokken te zijn bij of vragen te stellen over de gang van zaken binnen Steenfabriek en BBBZ; het STAK-bestuur krijgt al meer informatie dan waarop zij strikt genomen recht heeft. Voorts schrijven zij dat de certificaathouders, om hen tegemoet te komen, eerder waren uitgenodigd om bij dit benoemingsproces betrokken te worden, maar dat zij daarvan hebben afgezien, en dat is besloten dat bij BBBZ geen nieuwe commissaris zal worden benoemd.

2.34 Bij brief van 24 augustus 2021 heeft [I] zijn informatieverzoeken herhaald. Hij schrijft daarin onder meer dat het nieuw voor hem is dat bij BBBZ geen nieuwe commissaris ter vervanging van [F] wordt benoemd en vraagt naar de achtergrond van dit besluit. Ook wil [I] weten waarom het STAK-bestuur niet betrokken is geweest bij deze besluitvorming en waarom in het document van Quaestus het doorbreken van de bestuurlijke unie niet wordt genoemd. Verder vraagt hij om diverse documenten, waaronder

de notulen van de vergaderingen van de raad van commissarissen van BBBZ, en om een toelichting op kennelijk bestaande investeringsplannen.

2.35 Tijdens een buitengewone algemene vergadering van Steenfabriek op 8 september 2021 heeft [Q] namens BBBZ op bindende voordracht van de raad van commissarissen van Steenfabriek [H] per 1 oktober 2021 benoemd als commissaris bij Steenfabriek. Bij brief van 16 september 2021 heeft [Q] het STAK-bestuur hierover geïnformeerd.

2.36 In een e-mail van 20 september 2021 aan [P] en [F] heeft [I] zijn verbazing uitgesproken over de benoeming van [H] en het gegeven dat zonder overleg is besloten het STAK-bestuur niet te betrekken bij deze benoeming. Hij schrijft dat deze benoeming als een verrassing kwam, mede gelet op zijn eerdere, niet beantwoorde vragen over het benoemingsproces en stelt de governance en het verbreken van de personele unie aan de orde.

2.37 In een brief van 30 september 2021 aan [P] en [F] heeft [I] nogmaals bezwaar gemaakt tegen de gang van zaken. Hij schrijft daarin:

“(…) Jullie blokkeren als bestuurders van het STAK dat het STAK haar aandeelhoudersrechten kan uitoefenen. Het lijken me namelijk meer dan valide vragen vanuit een aandeelhouder (1) waarom het bestuur van BBBZ het beleggingsprofiel verandert en wat daaraan ten grondslag ligt, (2) waarom het mandaat van Insinger Gillissen is verdubbeld en welk (ondernemings- of investerings)plan aan het handhaven van een dergelijk vermogen ten grondslag ligt in plaats van het uitkeren van een deel van het vermogen, en (3) hoe de performance van Insinger Gillissen wordt gemeten, (4) welke rol de RvC in dit alles heeft gespeeld. Ook is het geen rare vraag van een aandeelhouder dat het rendement van een aanzienlijke investering in bijvoorbeeld zonnepanelen wordt gemeten en daarover wordt gerapporteerd. BBBZ als aandeelhouder zou daarnaar moeten vragen en als het bestuur van BBBZ dat nalaat dan mag het STAK het bestuur van BBBZ daarover vragen stellen. (...) Ik zie niet welk (zwaarwichtig) belang van de vennootschap zich ertegen verzet om de gevraagde informatie te verschaffen. (...) Ook is het in mijn optiek valide dat een aandeelhouder vraagt naar en betrokken is bij (veranderingen in) het proces voor de selectie van een nieuwe commissaris, ook als het een dochter betreft. Zeker bij een aandeelhouder in een familie vennootschap als deze. Het is in mijn ogen onbestaanbaar dat de aandeelhouder achteraf wordt geïnformeerd over de benoeming van een commissaris bij de dochter van de holding. (...)”

2.38 Bij besluit buiten vergadering van 15 oktober 2021 heeft de raad van commissarissen van BBBZ [Q] per gelijke datum aangewezen als persoon die tijdelijk, in afwachting van een besluit van de algemene vergadering tot (her)benoeming van een bestuurder van BBBZ, met het bestuur van BBBZ is belast.

2.39 Tijdens een bestuursvergadering van STAK op 18 oktober 2021 hebben [I], [F] en [P] wederom gesproken over de opnames van STAK-vergaderingen. [I] is toen meegedeeld dat alsnog werd geweigerd om hem opnames van de vergaderingen te geven. Verder heeft [I] zijn verbazing uitgesproken over het feit dat zonder zijn medeweten mede namens STAK een verweerschrift in deze procedure is ingediend, hoewel zijn eerdere verzoeken om de bezwarenbrief en het verzoekschrift van [L] binnen het STAK-bestuur te bespreken, waren afgewezen. Uit een transcript van de vergadering volgt verder onder meer:

- [[F]] *Dan gaan we naar de cijfers van het derde kwartaal (...)*
- [[I]] *Op 19 april is toegezegd dat er voortaan ook een kwantitatieve toelichting krijgen. Die hebben we dus niet*
- [[P]] *Wat wil je dan? Wij hebben toen gezegd, de voorraad die hebben we erbij gezet en de orderportefeuille*
- [[I]] *Die staat er niet bij (...)*
- [[F]] *Bovendien krijg je de orderportefeuille niet*
- [[I]] *Dus terugkomend op een eerdere toezegging*
- [[F]] *Het is geen onderwerp wat hier aan de orde hoort te komen. Jij krijgt geen orderportefeuilles. Zo simpel is dat.*
- [[I]] *OK, dan komen we dus terug op een eerder gedane toezegging*
- [[F]] *Dat zou best zo zijn, maar jij krijgt geen orderportefeuilles (...)*
- [[I]] *De hele wereld heeft het over energiekosten, zou je misschien wat meer achtergrond kunnen geven wat er nu dan gebeurt met de gasprijs, met de kostprijs en wat dat voor mogelijke effecten heeft? (...)*
- [[P]] *Ja, de energieprijs gaat hard omhoog. We hebben alles permanent variabel dus we zullen die kosten moeten nemen. (...) Dus de kostprijs vorig jaar omlaag en nu omhoog.*
- [[I]] *En hoever is de kostprijs nu? Is er een risico dat we stil komen te liggen. Komt de kostprijs boven de verkoopprijs uit? Ik heb geen gevoel bij de situatie.(...)*
- [[F]] *Dat soort informatie is helemaal niet aan de orde hier. (...)*
- [[I]] *Ja ik kom ook terug op de zonnepanelen. Er is op 19 april is mij een berekening beloofd*
- [[F]] *Je krijgt niks over zonnepanelen*

(...)

[[I]] *Dan met betrekking tot de aanstelling van de commissaris bij de Steenfabriek. Er is mij destijds beloofd dat wij inzicht zouden krijgen in de kandidaten alvorens ze benoemd zouden worden. Dat is niet gebeurd.*

[[F]] *(...) De benoeming van de commissaris bij de Steenfabriek. Heb je niets mee te maken.*

2.40 Tijdens de aandeelhoudersvergadering van BBBZ op 3 november 2021 is [Q] (ondanks de tegenstem van [I]), herbenoemd tot (interim)-bestuurder van BBBZ voor een periode van zes maanden, derhalve tot 3 mei 2022.

3 De gronden van de beslissing

3.1 [L] hebben aan hun verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Steenfabriek c.s. en dat de toestand van de vennootschappen nodig maakt dat onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. Als toelichting hebben [L] – kort samengevat – naar voren gebracht dat zij als houders van 79,2% van de certificaten van aandelen in BBBZ als grootste groep kapitaalverschaffers:

- i. structureel buiten spel worden gezet;
- ii. zeer beperkt informatie krijgen over het beleid en de gang van zaken;
- iii. geen betrokkenheid hebben bij de benoeming van bestuurders en commissarissen;
- iv. geen inzicht hebben in de wijze waarop het vermogen van BBBZ wordt beheerd en de gevoerde beleggingsstrategie van BBBZ (althans dat er sprake is van een beperkt dividendbeleid); en
- v. reële zorgen hebben over het ontbreken van *checks and balances* door de huidige gebrekkige governance en het niet functioneren van STAK als aandeelhouder van BBBZ.

3.2 [I] heeft de bezwaren van [L] en hun verzoek onderschreven. Het bestuur van STAK disfunctioneert volgens hem als gevolg van de handelwijze van [P] en [F] met als rechtstreeks gevolg dat STAK feitelijk volledig buitenspel wordt gezet en haar rol als (middellijk) aandeelhouder van Steenfabriek c.s. niet kan vervullen. [P] en [F] voorkomen dat zaken binnen STAK worden besproken én besloten. Als bestuurder A ontvangt [I], ondanks herhaald verzoek, niet alle informatie waarop hij als STAK-bestuurder, mede – maar niet uitsluitend – in het belang van de certificaathouders, recht heeft. Opnames van STAK-vergaderingen demonstreren de vijandige en niet-coöperatieve manier waarop hij inmiddels binnen STAK wordt bejegend.

3.3 BBBZ c.s. hebben verweer gevoerd en samengevat het volgende betoogd:

i. [L] zijn niet ontvankelijk in hun verzoek met betrekking tot Steenfabriek nu niet voldaan wordt aan de vereisten van een concern-enquête.

ii. De certificaathouders hebben de rechten die hen toekomen op grond van de wet, statuten en administratievoorwaarden, waaronder het recht op dividend, op de benoeming van een bestuurder A in STAK, alsmede vergaderrecht in de algemene vergadering van BBBZ. De certificering is ingevoerd om in het belang van de continuïteit van de onderneming de certificaathouders op afstand te plaatsen. Daarmee doet de certificering haar werk. De gang van zaken binnen het bestuur van STAK valt bovendien buiten het bereik van deze enquêteprocedure, zo volgt uit art. 2:344 BW. Overigens zijn de verwijten over de gang van zaken binnen het bestuur onterecht. [I] functioneert volwaardig als bestuurder en wordt niet tegengewerkt. Hij ontvangt alle relevante informatie en zijn bijdrage aan de discussie binnen het bestuur van STAK wordt meegevoerd bij de besluitvorming.

iii. [L] krijgen alle informatie waarop zij op grond van de statuten recht hebben en zelfs meer dan dat. Zo ontvangen zij kwartaalcijfers met een toelichting daarop, vaak met de mededeling dat het bestuur bereid is nadere toelichting te geven. De informatieverzoeken van [I] gaan uit van de onjuiste veronderstelling dat het STAK-bestuur het recht zou hebben om mee te mogen praten over allerlei aangelegenheden van de raad van commissarissen van Steenfabriek c.s. Hij vraagt te veel en ook [L] overvragen, gelet op hun hoedanigheid van certificaathouders.

iv. BBBZ c.s. betwisten dat de certificaathouders niet zijn betrokken bij de benoeming van bestuurders en commissarissen. Bij de benoeming van [G] als commissaris van Steenfabriek c.s. is wel degelijk rekening gehouden met opvattingen van certificaathouders, zo blijkt uit de notulen van het bestuur van STAK van 20 juni 2016. [L] zijn ook niet ingegaan op een uitnodiging voor een gesprek om van hen te vernemen wat zij in het kader van het wervingsproces voor een vervanger van [F] belangrijk vonden.

v. De beleggingsstrategie en het dividendbeleid zijn geen aangelegenheden die het STAK-bestuur (in detail) aangaan. Het zijn aangelegenheden van de besturen van Steenfabriek c.s. onder toezicht van hun raden van commissarissen. STAK wordt hierover achteraf geïnformeerd. De vragen van [I] hierover gaan veel te ver. Overigens is hij meermalen bij Insinger Gilissen uitgenodigd, maar heeft hij die uitnodiging afgeslagen. Sinds de jaren '90 wordt een consistent dividendbeleid gevoerd, erop neerkomend dat 30% van de winst na belasting wordt uitgekeerd en 70% van de winst door BBBZ wordt aangehouden ter financiering van investeringen. Onder de certificaathouders heerst verdeeldheid of dit beleid moet worden aangepast. Wel hebben alle certificaathouders (met uitzondering van [N]) in 2017 ermee ingestemd om het vermogen van BBBZ te gaan beleggen.

vi. Er zijn wel degelijk voldoende *checks and balances*. De stellingen dat zowel [P] als [F] het voor het zeggen hebben en dat BBBZ groeps- hoofd is en de Steenfabriek niet meer dan een groepsmaatschappij sluiten elkaar onderling uit. Ook de huidige samenstelling van het bestuur van STAK is niet problematisch. De statuten van STAK bepalen immers dat de voorzitter van de raad van commissarissen van Steenfabriek bestuurder is, dat de certificaathouders een bestuurder mogen aanwijzen en dat deze gezamenlijk een derde bestuurder aanwijzen. In dit geval is [P] dienovereenkomstig benoemd met instemming van [N], destijds bestuurder van de STAK namens de certificaathouders. Daar komt bij dat de samenstelling van het bestuur een interne aangelegenheid van STAK betreft.

Ontvankelijkheid

3.4 BBBZ c.s. hebben zich op het standpunt gesteld dat [L] niet ontvankelijk zijn in hun verzoek met betrekking tot Steenfabriek nu niet voldaan wordt aan de vereisten van een concern-enquête zoals geformuleerd in onder meer HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:478 (SNS REAAL N.V.). De Ondernemingskamer volgt BBBZ c.s. daarin niet.

Zoals ook blijkt uit de geconsolideerde jaarrekening van BBBZ over het boekjaar 2020, zijn BBBZ en Steenfabriek met elkaar verbonden in een groep als bedoeld in artikel 2:24b BW. BBBZ oefent als enig aandeelhouder beslissende zeggenschap uit over Steenfabriek, benoemt bestuurders en commissarissen van Steenfabriek en is bevoegd hen te schorsen en te ontslaan. De organisatorische verbondenheid en economische eenheid blijken onder meer uit de fiscale eenheid waarin beide vennootschappen zijn ondergebracht. Tot de benoeming van [H] per 1 oktober 2021 als commissaris van Steenfabriek bestond bovendien een personele unie in de raad van commissarissen van BBBZ en Steenfabriek; ook thans zijn [F] en [G] commissaris in beide vennootschappen.

[L] kunnen gelet op het voorgaande worden ontvangen in hun verzoek jegens Steenfabriek.

Inhoudelijke beoordeling

3.5 De Ondernemingskamer stelt het volgende voorop. Het bepaalde in art. 2:8 lid 1 BW brengt mee dat de vennootschap en diegenen die krachtens de wet en de statuten bij haar organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. STAK, als enig aandeelhouder van BBBZ (en indirect enig aandeelhouder van Steenfabriek), behoort tot die kring van betrokkenen bij Steenfabriek c.s., evenals de certificaathouders. De in art. 2:8 lid 1 BW neergelegde maatstaf strekt zich dan ook uit tot het handelen of nalaten van STAK jegens (onder andere) de certificaathouders en

dat handelen of nalaten kan een gegronde reden vormen voor twijfel aan een juist beleid of een juiste gang van zaken. De Ondernemingskamer verwerpt dan ook het betoog van verweersters dat de klachten van verzoeksters geen doel treffen voor zover deze de gang van zaken binnen STAK betreffen, omdat STAK niet voldoet aan het bepaalde in art. 2:344, aanhef en onder b, BW. Dat laatste is weliswaar juist, maar dat laat onverlet dat de handelwijze van STAK jegens (in dit geval) certificaathouders voorwerp van enquête kan zijn.

3.6 De concrete uitwerking van de zorgvuldigheidsverplichting van artikel 2:8 BW is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In dat verband neemt de Ondernemingskamer het volgende in aanmerking.

- Steenfabriek c.s. houden een besloten familiebedrijf in stand, waarvan de aandelen tot 2008 door de broers Blei werden gehouden. De zeggenschap berustte daarmee van aanvang af bij de familie.

- Sinds 9 december 2008 zijn alle aandelen gecertificeerd, worden de aandeelhoudersrechten uitgeoefend door STAK en zijn de voormalige aandeelhouders certificaathouders met vergaderrechten geworden. Daarmee is de zeggenschap die zij hadden aanmerkelijk verminderd. De rechtsverhouding tussen STAK en de certificaathouders brengt evenwel mee dat het STAK-bestuur ook de behartiging van de belangen van de certificaathouders tot haar taak rekent. De statuten van STAK bevatten bepalingen die daarop betrekking hebben. Zo betreft het statutaire doel van STAK niet uitsluitend, maar "mede" de continuïteit van Steenfabriek c.s. Verder blijkt uit de wijze waarop het STAK-bestuur moet worden samengesteld, dat de STAK-bestuurders het belang van de (continuïteit van de) onderneming en de belangen van certificaathouders op evenwichtige wijze dienen af te wegen. De statuten van STAK bepalen namelijk dat de certificaathouders een van de drie bestuursleden van STAK benoemen (bestuurder A), terwijl deze bestuurder tezamen met bestuurder C (die tevens de voorzitter van de raad van commissarissen van BBBZ is) de derde bestuurder van STAK, bestuurder B, benoemt.

- Deze statutaire regeling weerspiegelt niet alleen de verschillende belangen die de STAK-bestuurders voor ogen moeten houden, maar strekt ook ertoe de bestuurder A van STAK een bijzondere rol te geven bij het bewaken van de belangen van certificaathouders binnen STAK (waarmee niet is gezegd dat de andere bestuurders zich de belangen van certificaathouders minder zouden behoeven aan te trekken). De bijzondere rol van de bestuurder A heeft in de praktijk onder meer gestalte gekregen door de afspraak dat de bestuurder A namens de certificaathouders om informatie zou vragen met betrekking tot Steenfabriek c.s. en deze informatie

aan de certificaathouders zou doorgeven, maar ook bijvoorbeeld door het verzoek vanuit STAK om via de bestuurder A de opvattingen van de certificaathouders te vernemen (zie 2.14).

- Als bestuurder van Steenfabriek beschikt [P] over belangrijke informatie waarover de andere certificaathouders en de door hen in STAK benoemde bestuurder A niet beschikken; er is daarom een belangrijke informatieasymmetrie, zowel in de vergadering van certificaathouders (waar [P] een van de certificaathouders is) als binnen STAK (waar [P] bestuurder B is).

- Op Steenfabriek wordt toezicht gehouden door een (tot 1 oktober 2021) tweehoofdige raad van commissarissen, waarvan [F] voorzitter is. [F] is daarnaast voorzitter van de (tweehoofdige) raad van commissarissen van BBBZ en is bestuurder C van STAK. Het gevolg is niet alleen dat de hierboven bedoelde informatieasymmetrie binnen het STAK-bestuur wordt versterkt, maar ook dat zich bij [F] en [P], die allebei reeds vele jaren aan Steenfabriek c.s. verbonden zijn, een sterke concentratie voordoet van de zeggenschap binnen en het toezicht op Steenfabriek c.s. Deze gaat zo ver dat gerede twijfel bestaat of op Steenfabriek c.s. nog voldoende onafhankelijk toezicht kan worden uitgeoefend. Verweersters hebben aangevoerd dat [F] per eind 2021 zal terugtreden uit beide raden van commissarissen, maar of dat daadwerkelijk is gebeurd, is niet zeker; ten tijde van de mondelinge behandeling kon daarover nog niets specifiek worden (toe)gezegd. Ook als [F] inmiddels is teruggetreden (zoals hij had aangekondigd) is niet bekend wie zijn plaats heeft ingenomen en of dubbelfuncties inmiddels zijn voorkomen. Mocht dat laatste het geval zijn, resteert niettemin een wezenlijke concentratie van zeggenschap bij [P], als gevolg van zijn (niet statutair voorziene) dubbelfuncties.

- Over de dubbelfuncties van [P] en [F] en de gevolgen daarvan voor de governance van Steenfabriek c.s. hebben de certificaathouders zich al jaren beklagd. Tot een wijziging van de governance is het echter niet gekomen. Daarbij moet worden bedacht dat de certificaathouders de beëindiging van de certificering uitsluitend met medewerking van [P] kunnen afdwingen (zie 2.8).

- De verhoudingen tussen verzoeksters en [P], tussen [P] en zijn vader [M] en tussen de bestuurders van STAK zijn al geruime tijd ernstig verstoord. Na terugtreden van [N] als bestuurder A in STAK hebben de certificaathouders in zijn plaats [I] benoemd, een onafhankelijke professionele bestuurder. Dat heeft niet tot verbetering van de onderlinge verhoudingen binnen STAK geleid.

3.7 Onder bovenvermelde omstandigheden brengt de zorgvuldigheidsverplichting van BBBZ c.s., in het bijzonder van [P] en [F], jegens de certificaathouders allereerst mee dat laatstgenoemde ruimhartig van informatie worden

voorzien over de gang van zaken bij Steenfabriek c.s. (vgl. HR 1 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9857 (*Zwagerman*), OK 30 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ1776 (*Muntal*), OK 11 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2461 (*Pierson*) en OK 31 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3921, (*Bosal*)). De inhoud van die informatieverplichting betreft niet alleen zaken met betrekking tot Steenfabriek c.s. die de certificaathouders rechtstreeks aangaan (zoals het dividendbeleid en de grondslagen daarvoor) maar strekt zich ook uit tot belangrijke zaken die de (financiële positie van) Steenfabriek c.s. betreffen (zoals het beleggingsbeleid en de impact van investeringen of van de gestegen gasprijzen). Gelet op de venootschappelijke structuur die hierboven is geschetst dient dat in ieder geval te gebeuren binnen STAK, door het juist, tijdig en volledig informeren van bestuurder A door de andere bestuursleden, maar is het daartoe niet beperkt.

3.8 Weliswaar hebben de certificaathouders geen zeggenschapsrechten in Steenfabriek c.s., de zorgvuldigheid die de BBBZ c.s. en in het bijzonder [P] en [F] jegens hen moeten betrekken brengt in deze specifieke situatie ook mee dat de certificaathouders tijdig van tevoren worden betrokken bij belangrijke besluiten met betrekking tot Steenfabriek c.s. Het ligt in het onderhavige geval in de rede dat zij dat bewerkstelligen via STAK (door de bestuurder A in staat te stellen voorgenomen besluiten met certificaathouders te bespreken en door ervoor zorg te dragen dat hun opvattingen vervolgens worden meegewogen bij de besluitvorming), maar certificaathouders kunnen in voorkomende gevallen ook rechtstreeks worden betrokken. Tot de belangrijke besluiten behoren zonder meer besluiten tot (verlenging van) benoeming en tot ontslag van bestuurders en commissarissen van Steenfabriek of BBBZ, de gewenste samenstelling van organen van BBBZ en Steenfabriek, het functieprofiel van te benoemen functionarissen, het wervings- en selectieproces en – uiteindelijk – de keuze van de kandidaten. Dat geldt te meer omdat bij de benoeming van nieuwe bestuurders en commissarissen ook de door de certificaathouders gewraakte dubbelfuncties van functionarissen aan de orde moeten kunnen worden gesteld.

Informatieplicht

3.9 De klachten van de certificaathouders over gebrekkige informatievoorziening dateren al van 2011, maar de situatie lijkt te zijn verslechterd vanaf de benoeming van [I] op 14 juli 2020. Blijkens notulen van STAK-vergaderingen van onder meer 20 juni 2016 en 11 februari 2019 werd zijn voorganger [N] nog geïnformeerd over de operationele gang van zaken binnen de onderneming. Sinds de benoeming van [I] worden weliswaar nog kwartaalresultaten gedeeld,

maar blijven tal van zijn vragen onbeantwoord. Daarbij gaat het met name om de toelichting op de kwartaalcijfers, het dividend- en reserveeringsbeleid van BBBZ, het beleggingsbeleid van BBBZ (en de performance van de beleggingen) en zijn vragen naar het rendement op de omvangrijke investering in zonnepanelen en de gevolgen van de gestegen gasprijzen voor Steenfabriek. Ook betreft het vragen van [I] met betrekking tot het benoemingenbeleid; daarvoor wordt verwezen naar hetgeen hierna onder 3.17 e.v. wordt overwogen.

3.10 Steenfabriek c.s. hebben als verweer aangevoerd dat in certificaathoudersvergaderingen en aandeelhoudersvergaderingen van BBBZ steeds gelegenheid werd gegeven voor het stellen van vragen, maar dat de certificaathouders daarvan geen gebruik maakten. Ook als dat juist is (volgens verzoeksters was dat alleen in de laatste vergadering van 6 juni 2021 het geval, omdat zij toen over een oplossing van de geschillen wilden praten en niet over de inhoud) miskent dat niet alleen dat de certificaathouders bij herhaling schriftelijk om nadere informatie hebben gevraagd (zie onder meer 2.12, 2.13, 2.19), maar rechtvaardigt dat in de onderhavige vennootschappelijke constellatie, waarin [I] als bestuurder A in STAK een bijzondere rol inneemt, bovendien niet dat concrete vragen van [I] in STAK-vergaderingen niet (afdoende) werden beantwoord.

3.11 BBBZ c.s. hebben verder als verweer aangevoerd dat [I] (en de certificaathouders) alle informatie krijgen waarop zij recht hebben, maar dat zij overvragen. De Ondernemingskamer deelt dat standpunt niet. De onder 3.9 genoemde onderwerpen waarover [I] meer informatie wenste te verkrijgen, zijn relevant voor de certificaathouders. Het dividendbeleid, het beleggingsbeleid en de vraag in welke mate winst gereserveerd moet worden voor mogelijke toekomstige investeringen, raken alle rechtstreeks de belangen van de certificaathouders. Ook een gedegen antwoord op de vraag naar (verwachte) grote investeringen in Steenfabriek en de invloed van de gestegen gasprijzen is voor hen relevant, al was het maar vanwege de mogelijk grote financiële impact op Steenfabriek. Ook de voorganger van [I], [N], werd als STAK-bestuurder over dergelijke operationele onderwerpen geïnformeerd. [F] en [P] lijken het ermee eens te zijn dat de certificaathouders over deze onderwerpen geïnformeerd dienen te worden, getuige het feit dat zij in hun brief van 15 juli 2021 aan [I] spreken van een reeds in 2012 gemaakte afspraak dat investeringsbeslissingen van meer dan € 1 miljoen vooraf met de certificaathouders worden gedeeld. Ook over de investeringen in de zonnepanelen en over het beleggings- en dividendbeleid is aan [I] en/of aan certificaathouders enige informatie verstrekt.

3.12 Partijen lijken dan ook met name verdeeld te zijn over de mate van detail waarin de

certificaathouders (en [I]) geïnformeerd behoren te worden. In dat verband overweegt de Ondernemingskamer dat de vraag tot welk detailniveau, en met welke mate van onderbouwing, informatie moet worden verstrekt zich niet in zijn algemeenheid laat beantwoorden; dat hangt steeds af van het onderwerp waarover inlichtingen worden gevraagd. Wel brengen de onder 3.6 vermelde omstandigheden mee dat de informatieverstrekking aan de certificaathouders in zijn algemeenheid gedetailleerder en controleerbaarder dient plaats te vinden dan BBBZ c.s. hebben gedaan. Juist daar waar de persoonlijke verhoudingen door achterdocht worden geregeerd is een ruimhartige, feitelijke en verifieerbare informatieverzorging cruciaal. Dat is niet altijd gebeurd, zoals hierna onder 3.13 en 3.14 verder wordt besproken. Uit de feitelijke gang van zaken volgt dat de informatieverstrekking aan [I] (en dus ook aan de certificaathouders) door [P] en [F] allesbehalve ruimhartig is geweest. In het bijzonder de gang van zaken in de STAK-vergadering van 18 oktober 2021 (zie 2.39) maakt dat pijnlijk duidelijk.

Die verplichting om de gevraagde informatie meer in detail of meer gesubstantieerd te verstrekken vindt zijn begrenzing daar waar geen redelijk belang bestaat voor de certificaathouders om de informatie te verkrijgen, of waar een zwaarwichtig belang van de vennootschap zich daartegen verzet, bijvoorbeeld omdat het verstrekken van de gevraagde feitelijke onderbouwing onevenredig belastend is voor de onderneming. Dat die ondergrens bij alle informatieverzoeken van [I] al is bereikt, acht de Ondernemingskamer onaannemelijk.

3.13 De informatieverstrekking over de kwartaalcijfers van Steenfabriek acht de Ondernemingskamer onvoldoende, nu deze slechts van een beperkte toelichting worden voorzien en vragen daarover niet dan wel onvoldoende worden beantwoord. [I] heeft zich over het gebrek aan voldoende toelichting bij herhaling beklagd (zie 2.24 en 2.26.). In de STAK-vergadering van 18 oktober 2021 is door [F] ongemotiveerd teruggekomen van een eerder gedane toezegging dat bepaalde onderliggende gegevens bij de kwartaalcijfers worden verstrekt. Wat daarvan verder zij, uit diens afwijzende reactie blijkt niet dat en op welke wijze hij anderszins meer inzicht in de kwartaalcijfers wil geven.

3.14 De informatieverstrekking over de hoogte van de gasprijs (een ontwikkeling met potentieel grote financiële gevolgen voor Steenfabriek omdat haar ovens veel gas gebruiken) is eveneens ondermaats gebleven. Daarover is in dezelfde STAK-vergadering op vragen van [I] slechts gemeld dat de kostprijs daardoor omhoog gaat en is geweigerd om [I] serieus over de consequenties ervan te informeren. Datzelfde geldt voor de belangrijke investering in zonnepanelen, waarover in 2019 nog een korte e-mail

met wat kerngegevens was verstrekt (zie 2.19) maar [F] in de STAK-vergadering van 18 oktober 2021 eenvoudigweg aan [I] mededeelde:

“Je krijgt niks over zonnepanelen” (zie 2.39).

3.15 Over het dividendbeleid en de informatierverschaffing daarover, het volgende. Door Steenfabriek c.s. is aangevoerd dat het bestendig beleid is dat in beginsel 30% van de winst als dividend wordt uitgekeerd en soms (zoals over 2020 het geval was) een hoger percentage. Dat dat beleid als zodanig kennelijk onredelijk is, is onaannemelijk: verzoeksters hebben ook onvoldoende redenen aangevoerd waarom dat zo zou zijn. Begrijpelijkerwijs willen zij van tijd tot tijd over de uitgangspunten overleggen maar het enkele gegeven dat een inhoudelijk overleg daarover blijkbaar geruime tijd geleden voor het laatst is gevoerd, maakt het huidige beleid nog niet kennelijk onredelijk.

Dat er een bestendig dividendbeleid is, neemt niet weg dat vragen over de onderbouwing van een concreet dividendadvies (waarover STAK als aandeelhouder zal hebben te beslissen) wel beantwoord behoren te worden. Dat geldt temeer wanneer op dat beleid een uitzondering wordt gemaakt, zoals voor het jaar 2020 het geval was. Deze uitzondering (ten gunste van de certificaathouders) is toegelicht in het preadvies van commissarissen (zie 2.28). De concrete vragen die [I] over het preadvies stelde, bijvoorbeeld naar de aan het preadvies ten grondslag liggende investeringsbeslissingen, zijn door [P] niet op een voldoende verifieerbare en inzichtelijke manier beantwoord. Zo is ten onrechte onduidelijk gebleven hoeveel Steenfabriek c.s. willen reserveren voor toekomstige investeringen en welke investeringen dat betreft.

Of het concrete dividendbeleid van BBBZ c.s. zoals dat over 2020 is gehanteerd, kennelijk onredelijk is kan bij deze stand van zaken, bij gebrek aan voldoende concreet inzicht in de daaraan ten grondslag liggende cijfers en afwegingen, overigens niet worden beantwoord.

3.16 Wat het beleggingsbeleid betreft hebben [L] er allereerst over geklaagd dat het besluit in 2017 om overtollige liquide middelen te gaan beleggen niet door alle certificaathouders is gedragen. De Ondernemingskamer overweegt daarover dat die eis ook niet kan worden gesteld (zie 2.16). De informatieverstrekking over de wijze waarop het beleggingsbeleid van BBBZ in de praktijk wordt uitgevoerd, acht de Ondernemingskamer verder niet onvoldoende. Naar aanleiding van vragen van [I] heeft [Q] [I] op 26 juni 2021 een overzicht van de vermogensontwikkeling van BBBZ verstrekt (zie 2.29). [Q] en de raad van commissarissen hebben met Insinger Gillissen afgesproken de portefeuille naar aanleiding van de tweede kwartaalrapportage 2021 te zullen bespreken. [Q] heeft [I] uitgenodigd daarbij aanwezig te zijn, opdat hij vervolgens in staat zou zijn de certificaathouders verder te infor-

meren. [I] heeft die uitnodiging afgeslagen omdat deelname hem niet zuiver voorkwam vanuit zijn rol als STAK-bestuurder. De Ondernemingskamer overweegt daarover dat die enkele deelname op zichzelf nog niet tot rolvervaging hoefde te leiden, dat het op zichzelf praktisch kan zijn [I] op deze wijze te informeren en dat uit het aanbod hoe dan ook moet worden afgeleid dat BBBZ bereid is om [I] /de certificaathouders in dit opzicht afdoende informatie te verstrekken. De reden waarom zij onvoldoende geïnformeerd zijn, is het gevolg van een keuze die [I] heeft gemaakt. Ook indien de aan [I] toegezonden informatie nog vragen over het beleggingsbeleid oproept, kan deze gang van zaken niet bijdragen aan gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid en juiste gang van zaken.

Betrokkenheid bij benoeming functionarissen

3.17 Verzoeksters hebben zich beklagd over de benoeming van [G] als commissaris bij BBBZ, die er in 2016 door [P] en Snelder “doorgedrukt” zou zijn. De Ondernemingskamer constateert dat volgens de notulen (zie 2.14) de leden van het STAK-bestuur tevoren op de hoogte waren gesteld van de voorgenomen benoeming van [G] tot commissaris bij BBBZ, dat toenmalig bestuurder A ([N]) de andere certificaathouders heeft geraadpleegd en dat in de vergadering van het STAK-bestuur de (onderling verschillende) opvattingen van de certificaathouders zijn besproken, waarna over de benoeming is gestemd. In het licht van het feit dat certificaathouders betrokken dienen te zijn, maar geen beslissingsrecht hebben, draagt deze gang van zaken niet bij tot gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen.

3.18 Dat is anders met betrekking tot de benoemingen die sedert de infunctietreding van [I] aan de orde zijn (geweest), te weten de herbenoeming van [Q], de opvolging van [F] als commissaris bij BBBZ en Steenfabriek per ultimo 2021 en de benoeming van [H] als commissaris bij Steenfabriek. Bij deze kwesties behoorden de certificaathouders tevoren te worden betrokken, zoals in 3.8 omschreven. Dat is niet of nauwelijks gebeurd. Naar aanleiding van de opmerking van [I] in de verschillende STAK-vergaderingen dat het bestuur van STAK bij de benoemingen een rol heeft te spelen, hebben [P] en [F] dat geweigerd, omdat daartoe formeel geen grond zou bestaan. Slechts achteraf is het STAK-bestuur (en dus [I]) van de benoeming van [H] als commissaris van Steenfabriek op de hoogte gesteld. Waarom is gekozen voor [H] en om welke reden de personele unie van commissarissen van Steenfabriek en BBBZ die tot dat moment bestond, klaarblijkelijk is verlaten, is onduidelijk gebleven.

3.19 BBBZ c.s. hebben aangevoerd dat zij de certificaathouders bij de nieuwe benoeming van een commissaris hebben willen betrekken door hen uit te nodigen aanwezig te zijn bij een be-

spreking van het functieprofiel voor een opvolger van [F] met een extern bureau, Quaestus, maar dat die uitnodiging door [N] mede namens zijn broers is afgeslagen (zie 2.24). Waarom een dergelijke bespreking zinvol zou zijn zonder voorafgaand onderling overleg over de uitgangspunten van de functie, is evenwel niet toegelicht. Tekenend is ook dat nadat [I] verzocht het onderwerp “selectieprocedure nieuwe commissaris” op de agenda van de STAK-vergadering te plaatsen, het inmiddels uitgebrachte functieprofiel slechts ter kennisneming aan de agenda is toegevoegd, en niet ter bespreking.

3.20 [Q], thans 83 jaar oud, is op 16 oktober 2019 benoemd als interim-bestuurder van BBBZ voor de duur van twee jaar. Sedert zijn benoeming is nooit besproken hoe het opvolgingsproces zou verlopen. STAK heeft, ondanks een oproep van [I] daartoe in de zomer van 2021, geen initiatieven genomen om een opvolger te zoeken. Inmiddels is [Q], na benoeming tot tijdelijk bestuurder ingevolge een besluit buiten vergadering van de raad van commissarissen van BBBZ van 15 oktober 2021, ondanks de tegenstem van [I], op 3 november 2021 door STAK herbenoemd voor de duur van zes maanden. Het is onbekend hoe STAK denkt te gaan voorzien in de opvolging van [Q], die op zeer korte termijn aan de orde is. Ook deze gang van zaken roept vragen op.

Governance

3.21 De houding van STAK jegens de certificaathouders, die erop neerkomt hun slechts zeer beperkt informatie te verstrekken en zo min mogelijk te betrekken bij de invulling van nieuwe bestuursfuncties, lijkt minst genomen te worden bevorderd door de huidige dubbelfuncties van [F] en [P]. Door die personele invulling van de vennootschappelijke structuur bestaan er onvoldoende checks & balances die waarborgen dat aan de belangen van de certificaathouders tegemoet wordt gekomen. De governance binnen BBBZ c.s. laat daarom te wensen over. In hoeverre die gebrekkige governance ook zijn weerslag heeft op andere aspecten van Steenfabriek c.s., is niet voldoende geconcretiseerd en kan daarom in het midden blijven.

Conclusie: onderzoek

3.22 Naar het oordeel van de Ondernemingskamer levert wat hiervoor is vermeld onder 3.12- 3.14, 3.15 (tweede alinea) en 3.18 – 3.21 in samenhang gezien gegronde redenen op om te twijfelen aan een juiste gang van zaken van Steenfabriek c.s. De Ondernemingskamer zal een onderzoek bevelen over de periode vanaf 16 oktober 2019, het moment dat [M] terugtrad als bestuurder van BBBZ. Desgewenst kan de onderzoeker de hieraan voorafgaande periode in zijn onderzoek betrekken voor zover dat dienstig is

aan het onderzoek naar de periode vanaf 16 oktober 2019.

Onmiddellijke voorzieningen

3.23 De Ondernemingskamer acht met het oog op de toestand van Steenfabriek c.s. het treffen van onmiddellijke voorzieningen noodzakelijk. De Ondernemingskamer zal een derde commissaris bij Steenfabriek benoemen die – in zoverre in afwijking van de statuten van Steenfabriek – zal fungeren als voorzitter van de raad van commissarissen en aan wie daarin een beslissende stem toekomt. Dat laatste betekent dat overeenkomstig die stem wordt besloten, ook als die stem afwijkt van de meerderheid van de uitgebrachte stemmen. [F] zal als voorzitter van de raad van commissarissen van Steenfabriek worden geschorst. Voor schorsing van [F] als commissaris van Steenfabriek bestaat thans geen aanleiding. De te benoemen commissaris zal gelet op het bepaalde in art. 4 lid 3 van de statuten van STAK *qualitate qua* tevens fungeren als bestuurder C en voorzitter van STAK.

3.24 De Ondernemingskamer merkt daarbij nog op dat weliswaar de benoeming van een commissaris bij Steenfabriek is verzocht, maar niet dat deze ook tot voorzitter van de raad van commissarissen wordt benoemd. Deze mogelijkheid is echter wel ter zitting met partijen besproken. De benoeming van een voorzitter van de raad van commissarissen – die in hoedanigheid tevens STAK-bestuurder is – strookt bovendien met de strekking van het verzoek tot overdracht van aandelen ten titel van beheer, zij het dat het minder ingrijpend is. Tegen benoeming van een voorzitter van de raad van commissarissen bestaat dan ook geen beletsel (vgl. HR 30 maart 2007 ECLI:NL:HR:2007:AZ8210 (*ATR Leasing*)).

3.25 Ter verbetering van de governance bij Steenfabriek c.s. en de informatieverstrekking aan STAK zal bovendien een commissaris met doorslaggevende stem worden benoemd bij BBBZ, wat betekent dat bij het staken van de stemmen de stem van deze commissaris de doorslag geeft.

3.26 De te benoemen commissarissen mogen het ook tot hun taak rekenen te bezien of een minnelijke regeling tussen partijen kan worden bereikt.

3.27 De Ondernemingskamer zal de kosten van het onderzoek en de te benoemen commissarissen voor rekening brengen van Steenfabriek c.s.

3.28 De Ondernemingskamer zal de aanwijzing van een onderzoeker voorlopig aanhouden om te bezien of al door de te treffen onmiddellijke voorzieningen een oplossing van het geschil kan worden bereikt. Ieder van partijen of de door de Ondernemingskamer benoemde commissarissen kan op elk moment de Ondernemingskamer verzoeken de onderzoeker aan te wijzen. Voor het geval het komt tot aanwijzing van een onderzoeker, zal de Onderne-

mingskamer de onderzoeker vragen om binnen zes weken een plan van aanpak en een begroting van de kosten van het onderzoek te maken en deze aan de Ondernemingskamer toe te sturen. De Ondernemingskamer zal partijen in dat geval in de gelegenheid stellen zich uit te laten over die begroting en vervolgens het onderzoeksbudget vaststellen.

3.29 Voor het treffen van andere onmiddellijke voorzieningen ziet de Ondernemingskamer voorlopig geen aanleiding.

3.30 De Ondernemingskamer zal Steenfabriek c.s. als de (onder meer) overwegend in het ongelijk gestelde partijen veroordelen in de kosten van de procedure.

4 De beslissing

De Ondernemingskamer:

beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van [E] en Steenfabriek De Rijswaard B.V. over de periode vanaf 16 oktober 2019;

benoemt een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon om het onderzoek te verrichten;

houdt in verband met het bepaalde in 3.28 de vaststelling van het onderzoeksbudget aan en verzoekt de onderzoeker binnen zes weken na de beschikking waarbij hij als onderzoeker wordt aangewezen een plan van aanpak en een begroting van de kosten van het onderzoek te maken en deze aan de Ondernemingskamer toe te sturen;

bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van Beheer- en Beleggingsmaatschappij Blei Zwartsluis B.V. en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoeker voor het begin van zijn/haar werkzaamheden zekerheid moet stellen;

benoemt mr. J.M. de Jongh tot raadsheer-commissaris, zoals bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW;

benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening met onmiddellijke ingang en vooralsnog voor de duur van de procedure – voor zover nodig in afwijking van de statuten – een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon tot commissaris, tevens voorzitter van de raad van commissarissen van Steenfabriek De Rijswaard B.V. met beslissende stem;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze commissaris voor rekening komen van Steenfabriek De Rijswaard B.V. en bepaalt dat Steenfabriek De Rijswaard B.V. voor de betaling daarvan ten genoegen van de commissaris zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van zijn/haar werkzaamheden;

schorst bij wijze van onmiddellijke voorziening met onmiddellijke ingang en vooralsnog voor de duur van de procedure [F], uitsluitend wat betreft zijn hoedanigheid van voorzitter van de raad van commissarissen van Steenfabriek De Rijswaard B.V.;

benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening met onmiddellijke ingang en vooralsnog voor de duur van de procedure – voor zover nodig in afwijking van de statuten – een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon tot commissaris van de raad van commissarissen van [E] met doorslaggevende stem;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze commissaris voor rekening komen van [E] en bepaalt dat [E] voor de betaling daarvan ten genoegen van de commissaris zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van zijn/haar werkzaamheden;

veroordeelt [E] en Steenfabriek De Rijswaard B.V. hoofdelijk in de kosten van de procedure tot op heden aan de kant van [A], [B], [C] en [D] gezamenlijk begroot op € 4.114 en aan de kant van [I] begroot op € 3.680;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door mr. C.C. Meijer, voorzitter, mr. J.M. de Jongh en mr. T.A.M. Tijhuis, raadsheren, en prof. dr. mr. S. ten Have en drs. G. van Vollenhoven-Eikelenboom AAG, raden, in tegenwoordigheid van mr. S.C. Prins, griffier, en in het openbaar uitgesproken door mr. C.C. Meijer op 3 februari 2022.

RO 2022/29

HOF ARNHEM-LEEWARDEN

15 februari 2022, nr. 200.279.706

(Mrs. Th.C.M. Willemse, J.H. Lieber, W.F. Boele)

Art. 7:311, 7A:1655 BW

ECLI:NL:GHARL:2022:1132

Maatschap. Inbreng. Pacht.

Eindigt de pachtovereenkomst door inbreng van de agrarische grond in de maatschap?

Drie broers hadden agrarische grond (hierna: de grond) in eigendom. De grond verpachtten zij aan hun vader. Later zijn de vader en zijn zoons een maatschap aangegaan waarin een agrarische onderneming werd gedreven. De maatschap maakte gebruik van de grond. Het gaat om de vraag of de pachtovereenkomst is geëindigd door de inbreng van het gebruik van de grond in de maatschap.

Hof: In de jaarrapporten van de maatschap staat dat de zoons de grond in gebruik en genot hebben ingebracht in de maatschap. Uit die jaarstukken volgt ook dat de opbrengsten van delen van de grond die weer aan derden waren verpacht toekwamen aan de maatschap, en dat de publiekrechtelijke lasten voor de grond ten laste van de maatschap zijn gebracht. Door het aangaan van de maatschap en de inbreng van de grond in gebruik en genot beoogden partijen het gezamenlijke gebruik van die grond, met het oog op het behalen