

JIN 2015/84, Gerechtshof Amsterdam, 05-02-2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:278, 200.156.883/01 OK (annotatie)

Gegevens

Publicatie

JIN 2015/84

Instantie

Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak

5 februari 2015

Datum publicatie

22 mei 2015

Annotator

E.J.H. Zandbergen

Griph law and taxM. Essaghir

Griph law and tax

ECLI

[ECLI:NL:GHAMS:2015:278](#)

Zaaknummer

200.156.883/01 OK

Relevante informatie

[Burgerlijk Wetboek Boek 2 \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023 tot 01-07-2026\] art. 345](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 2 \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023 tot 01-07-2026\] art. 349a](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 2 \[Tekst geldig vanaf 01-05-2023 tot 01-07-2026\] art. 350](#)

Inhoudsindicatie

Onderzoek naar beleid en gang van zaken wegens niet-ingrijpen bij dochters en tegenstrijdig belang bestuurder

Samenvatting

De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken vanwege door de bestuurder met grote discount gekochte vorderingen op (een buitenlandse kleindochter van) de vennootschap. De grondslag voor het bevelen van dit onderzoek is gelegen in het uitblijven van het ingrijpen bij de (klein)dochter (waar dezelfde persoon enig bestuurder is) en de aanname dat een onverschuldigde betaling zal worden gedaan. Een alternatieve grondslag zou kunnen zijn dat niet gebleken is dat de AVA van de Nederlandse moedervernootschap heeft ingestemd met de door de bestuurder vermelde verdeelsleutel voor de uit te betalen opbrengst.

ALSA heeft drie Nederlandse aandeelhouders (elk 33,33%). ALSA heeft daarnaast een dochtervennootschap (ALSA Develops) en kleindochtervennootschap (ALSA Marikana), beiden gevestigd in Zuid-Afrika. Bestuurder van alle drie vennootschappen is [belanghebbende 2], wiens vennootschap Graafschap Beheer B.V. een van de drie aandeelhouders in ALSA is. Staedion Vastgoed Holding heeft twee leningen verstrekt aan ALSA Marikana en stichting Staedion en Ymere hebben zich garant gesteld voor een lening die DIGH aan ALSA Marikana heeft verstrekt. ALSA Marikana was vervolgens niet in staat de leningen af te lossen en [belanghebbende 2] was bereid deze vorderingen op ALSA Marikana ter grootte van € 3.000.000,- over te nemen voor een bedrag van € 400.000,-. Andere aandeelhouders was gevraagd eveneens te investeren in de overname van deze vorderingen, maar daarvoor was geen interesse. Vervolgens is een vaststellingsovereenkomst getekend tussen Staedion, Staedion Vastgoed Holding, Ymere, de drie ALSA-vennootschappen en [belanghebbende 2], welke onder meer een finale kwijting tussen alle partijen bevatte (met betaling van de koopsom door [belanghebbende 2] als opschortende voorwaarde) alsmede een vrijwaring door Staedion en Ymere jegens de ALSA-vennootschappen en [belanghebbende 2] voor eventuele aanspraken van DIGH (die geen partij was bij de vaststellingsovereenkomst). In de AVA van ALSA is voorafgaand door alle aandeelhouders ingestemd met het aangaan van de vaststellingsovereenkomst. Tevens is in de AVA gesproken over de verdeling van de latere door ALSA Marikana te ontvangen opbrengst uit hoofde van toekomstige verkoop van haar grondpositie. Blijkens de conceptnotulen stemde naast de vennootschap van [belanghebbende 2] ook de derde aandeelhouder in met de verdeling van de toekomstige opbrengst (vanwege door aandeelhouders verstrekte/overgenomen leningen en betaalde kosten), maar [verzoekster] heeft deze conceptnotulen betwist. Volgens [verzoekster] had zij een andere verdeling voorgesteld. [Belanghebbende 2] stelt zich op het standpunt dat zij alle rechten van Staedion Vastgoed Holding en DIGH heeft overgenomen en dat vanwege de omvang hiervan aan een uitkering aan aandeelhouders niet wordt toegekomen. [Verzoekster] vreest door deze gang van zaken minder van de opbrengsten te ontvangen. [Verzoekster] baseert haar verzoek tot het bevelen van een onderzoek op de grondslagen dat (i) [belanghebbende 2] zich baseert op het rechtens onjuiste standpunt dat de vorderingen op ALSA Marikana zouden zijn overgenomen en dat hij derhalve niet gerechtigd is tot de verkoopopbrengst van het activum van ALSA Marikana en (ii) [belanghebbende 2] het tegenstrijdig belang tussen hem en de door hem bestuurde moedervernootschap ALSA negeert en het belang van ALSA met zich brengt dat het batig saldo aan alle aandeelhouders toekomt. De OK beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van ALSA. De grondslag voor het bevelen van dit onderzoek is gelegen in het uitblijven van het ingrijpen bij de (klein)dochter (waar [belanghebbende 2] enig bestuurder is) en de aanname dat een onverschuldigde betaling zal worden gedaan omdat voorshands door de OK wordt aangenomen dat [belanghebbende 2] de vorderingen niet heeft overgenomen (vanwege de finale kwijting en het achterwege blijven van een 'goederenrechtelijke overdracht'). Dit niet-ingrijpen door ALSA onder deze omstandigheden is volgens de OK een gegronde reden om aan juist beleid te twijfelen en dat geldt te meer nu moet worden aangenomen dat de opstelling van ALSA verklaard wordt door het persoonlijk belang van haar bestuurder [belanghebbende 2], welke tegenstrijdig is met het belang van ALSA.

Uitspraak

Hof:

1 Het verloop van het geding

1.1 Partijen worden hierna [verzoekster], ALSA, Graafschap, [belanghebbende 2] en Zinergie genoemd.

1.2 [verzoekster] heeft bij op 2 oktober 2014 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht – zakelijk weergegeven en met inachtneming van de precisering bij gelegenheid van de mondelinge behandeling – bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad,

a. een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van ALSA over het tijdvak vanaf 3 juli 2007;

b. bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding

1. [belanghebbende 2] te schorsen als bestuurder van ALSA;

2. een derde persoon te benoemen tot bestuurder van ALSA;

3. althans zodanige onmiddellijke voorzieningen te treffen als de Ondernemingskamer geraden acht;

alsmede ALSA te veroordelen in de kosten van het geding.

1.3 ALSA, Graafschap en [belanghebbende 2] hebben bij op 25 november 2014 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties geconcludeerd tot afwijzing van het verzoek met veroordeling van [verzoekster] in de kosten van de procedure.

1.4 Het verzoek is behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 11 december 2014. De advocaten hebben de standpunten van de onderscheiden partijen toegelicht, wat mr. Van Dijk betreft aan de hand van een – aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde – pleitnota. Zinergie heeft zich bij monde van haar bestuurder [A] op het standpunt gesteld dat het verzoek behoort te worden afgewezen. Partijen hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord

2 De feiten

2.1 ALSA is op 14 september 2006 opgericht en richtte zich op projectontwikkeling en consultancy op het gebied van woningbouw in Zuid-Afrika. [verzoekster], Graafschap en Zinergie houden sinds de oprichting ieder 33,33% van de aandelen in het kapitaal van ALSA. [belanghebbende 2] is bestuurder van ALSA. [belanghebbende 2] is daarnaast bestuurder en enig aandeelhouder van Graafschap. Bestuurder en enig aandeelhouder van [verzoekster] is [B] (hierna: [B]). Bestuurder en enig aandeelhouder van Zinergie B.V. is [A] (hierna [A]).

2.2 ALSA houdt rechtens 75% en economisch 100% van de aandelen in ALSA Develops (Pty) Ltd. (hierna: ALSA Develops), een rechtspersoon naar het recht van de republiek Zuid-Afrika. ALSA Develops houdt op haar beurt alle aandelen in ALSA Develops Marikana (Pty) Ltd. (hierna: ALSA Marikana), ook een vennootschap naar Zuid-Afrikaans recht. [belanghebbende 2] is bestuurder van ALSA Develops en ALSA Marikana.

2.3 In 2007 heeft ALSA Marikana 240 hectare grond verworven in de nabijheid van Rustenburg, Zuid-Afrika, plaatselijk bekend als “the farm Rooikoppies 297”. ALSA heeft een plan ontwikkeld voor bebouwing van de grond met sociale huur- en koopwoningen.

2.4 Met het oog op de financiering van het woningbouwproject in Zuid-Afrika is op 1 juli 2008 een samenwerkingsovereenkomst gesloten tussen ALSA en stichting Staedion (hierna: Staedion), Staedion Vastgoed Holding B.V. (hierna: SHV) en stichting Ymere (hierna: Ymere). Uit hoofde van deze samenwerkingsovereenkomst heeft SVH twee kredietovereenkomsten gesloten met ALSA Marikana en hebben Staedion en Ymere zich garant gesteld voor een lening die Dutch International Guarantees for Housing (hierna: DIGH) nadien, op 11 december 2008, aan ALSA Marikana heeft verstrekt.

2.5 Tussen [belanghebbende 2], ALSA en ALSA Marikana enerzijds en SHV, Staedion en Ymere anderzijds zijn omstreeks eind 2011 geschillen ontstaan over de nakoming van de samenwerkingsovereenkomst, de kredietovereenkomsten en de door DIGH verstrekte lening. ALSA Marikana ondervond ernstige problemen bij het realiseren van het woningbouwproject en was per eind december 2011 niet langer in staat te voldoen aan de aflossingsverplichtingen uit hoofde van de aan haar verstrekte leningen. Ter uitvoering van een besluit van de aandeelhouders van ALSA heeft ALSA Develops alle aandelen in ALSA Marikana verkocht aan een derde, Afriworld 128 (Pty) Ltd. Nadat SVH, Staedion en Ymere tegen die overdracht bezwaar hadden gemaakt, is deze transactie teruggedraaid. Een en ander heeft geleid tot de volgende procedures:

- op vordering van DIGH is ALSA Marikana bij vonnis van de rechtbank Amsterdam van 11 juli 2012 veroordeeld tot terugbetaling van de door DIGH verstrekte lening plus rente;
- Staedion heeft een vordering ingesteld tegen ALSA op grond van hoofdelijke aansprakelijkheid van ALSA voor de nakoming van de verplichtingen van ALSA Marikana uit hoofde van een door Staedion aan ALSA Marikana verstrekte lening van circa € 1,1 miljoen;
- Staedion en Ymere hebben het faillissement van ALSA aangevraagd;
- Staedion en Ymere hebben een vordering ingesteld tegen [belanghebbende 2] in privé op grond van onrechtmatig handelen dan wel onbehoorlijk bestuur vanwege de, inmiddels teruggedraaide, verkoop van de aandelen ALSA Marikana aan Afriworld 128 Pty Ltd.

2.6 Staedion, SVH, Ymere, [belanghebbende 2] en ALSA hebben onderhandeld over een minnelijke regeling waarbij de samenwerkingsovereenkomst wordt beëindigd en de leningen van SVH, Staedion en Ymere worden afgekocht. De notulen van de algemene vergadering van aandeelhouders van ALSA van 7 september 2012 houden daarover onder meer in: “STAEDION/YMERE hebben ALSA BV om een finaal voorstel gevraagd. ALSA BV heeft geantwoord niet met een voor beide partijen passend voorstel te kunnen komen en dat ALSA BV niet in staat is om een financiële regeling te treffen om de leningen en vorderingen van DIGH en STAEDION over te nemen.”

[belanghebbende 2] heeft bij e-mail van 24 september 2012 aan [B] en [A] geschreven: “ALSA BV heeft aangegeven geen financiële oplossing te kunnen bieden aan Ymere en Staedion. Alleen [belanghebbende 2] was in staat om een redelijk bedrag te investeren in de oplossing (...).

In totaal investeert [belanghebbende 2] (...) meer dan 500.000,-- euro voor de uitkoop van Ymere en Staedion (...). [belanghebbende 2] neemt de positie van Ymere en Staedion over en moet een nieuwe overeenkomst met ALSA BV en ALSA Marikana sluiten. Geen van de andere ALSA aandeelhouders wil meedoen ondanks dat het hun aangeboden is.

(...)

[[B]] wil een groter aandeel van het Marikana project.”

2.7 Vervolgens is een concept vaststellingsovereenkomst opgesteld, met inhoud als vermeld onder 2.8. De notulen van een op 2 oktober 2012 gehouden aandeelhoudersvergadering van ALSA houden onder meer het volgende in:

“Goedkeuring afspraken tussen Ymere, Staedion en [belanghebbende 2], daar waar het betreft ALSA BV:

De voorliggende vaststellingsovereenkomst wordt goedgekeurd door alle aandeelhouders.

(...) STAEDION/YMERE (...) zijn bereid om [[belanghebbende 2]] kwijtschelding te verlenen tegen een betaling van € 400.000,= (...)

[[belanghebbende 2]] heeft STAEDION/YMERE laten weten akkoord te gaan met de voorliggende vaststellingsovereenkomst en wil van de ALSA aandeelhouders weten hoe om te gaan met de ALSA leningen. Hij gaat meer dan € 400.000,= uit privé investeren in ruil voor een vordering op ALSA Marikana ter grootte van € 3 miljoen.

(...)

Ten aanzien van de verdeling van de opbrengsten [van de verkoop van de grond van ALSA Marikana] besluit de AvA het volgende:

1. De totale vordering van de aandeelhouders in ALSA BV (...) en de service provider Teamwork Technology bestaat uit de leningen en de facturen van bovengenoemde partijen aan alle ALSA's (geschat € 775.000,=).

2. Terugbetaling geschiedt als volgt:

- Uit de opbrengsten wordt eerst de € 400.000,= terugbetaald aan [[belanghebbende 2]] privé, c.q. [Staedion/Ymere] plus de kosten van de cash inbreng door [[belanghebbende 2]].

- De volgende opbrengsten worden 50/50 verdeeld, waarbij 50% voor [[belanghebbende 2]] privé is en 50% gebruikt wordt om de vordering van de aandeelhouders en Teamwork naar rato af te lossen.

- Uit alle volgende opbrengsten is de verdeling 2/3 voor [[belanghebbende 2]] privé en 1/3 voor de aandeelhouders (...).

De meerderheid van de AvA gaat akkoord met het voorstel. [[B]] wil erover nadenken.”

2.8 Tussen Staedion, SVH, Ymere, [belanghebbende 2], ALSA, ALSA Develops en ALSA Marikana is in december 2012 een vaststellingsovereenkomst gesloten. De vaststellingsovereenkomst strekt tot beëindiging van de samenwerking en houdt onder meer in:

“Artikel 2

Vergoeding beëindiging samenwerking

1. Partijen hebben afgesproken dat ter zake van de claim van DIGH op [ALSA Marikana] (waarvoor Staedion en Ymere garant staan) alsmede ter zake bovengenoemde twee kredietovereenkomsten alsmede ter zake van de beëindiging van de samenwerkingsovereenkomst en daarmee de beëindiging van de in de samenwerkingsovereenkomst vastgelegde

samenwerking [belanghebbende 2] aan Staedion en Ymere gezamenlijk een betaling van in totaal € 400.000,= (...) zal verrichten, welke betaling als volgt is opgebouwd: (...)."

Artikel 4

Finale kwijting

1. Nadat is voldaan aan de verplichtingen door [belanghebbende 2] zoals vermeld in artikel 2 lid 1 en de voorwaarden zoals vermeld in artikel 3 verlenen Partijen elkaar over en weer finale kwijting en verklaren ter zake de samenwerkingsovereenkomst, de kredietovereenkomsten en de door DIGH verstrekte lening en alle daarmee verband houdende aanspraken niets meer van elkaar te vorderen hebben, tenzij deze overeenkomst niet wordt nagekomen.

2. (...)

3. Staedion en Ymere vrijwaren [belanghebbende 2], ALSA B.V., ALSA Develops en [ALSA Marikana] voor eventuele aanspraken van DIGH voortvloeiend uit de door DIGH verstrekte lening.

4. (...)"

2.9 Uit de notulen van een op 18 december 2012 gehouden aandeelhoudersvergadering van ALSA blijkt dat [verzoekster] toen een andere verdeling van de opbrengst van de verkoop van de grond van ALSA Marikana heeft voorgesteld dan is vermeld in de notulen van de vergadering van 2 oktober 2012. Het voorstel van [verzoekster] is als volgt in de notulen geformuleerd:

"Algemene verdeling is 2/3 ([[belanghebbende 2]]) en 1/3 (aandeelhouders Alsa) waarbij de volgende verdeling eerst gerealiseerd wordt:

- 1e € 400K ten behoeve van afronding claim [Ymere en Staedion] plus terugbetaling gemaakte juridische kosten van [[belanghebbende 2]]/Graafschap en [verzoekster], alsmede achterstallig management fee Graafschap en afwikkeling van de ondersteuning door Teamwork dient aan [[belanghebbende 2]]/Graafschap/[verzoekster]/Teamwork te worden uitgekeerd.

- Verdeling resterende opbrengst volgens leningsovereenkomsten en de overige vorderingen van Teamwork, [verzoekster] en Graafschap, waarbij in eerste instantie 50% gebruikt wordt voor aflossingen leningen + overige kosten en 50% als risico vergoeding voo

[[belanghebbende 2]]/Graafschap. Van de overige opbrengsten worden eerst de overige resterende leningen afgelost.

- Eventuele rest opbrengsten conform de algemene verdeling".

De notulen houden voorts in:

"Er ontstaat discussie over de verdeling en de aflossing van de leningen. Besloten wordt:

a. dat dit geen AVA kwestie is

b. dat [[belanghebbende 2]] met partijen in overleg gaat om de diverse leningsovereenkomsten samen te vatten in 1 overeenkomst (per partij) en om de terugbetaling te koppelen aan de tegoeden/opbrengsten uit Marikana.”

2.10 In januari 2014 heeft ALSA Marikana de grond verkocht en geleverd aan de Rustenberg Local Municipality en de Department of Human Settlement North West Province voor 40 miljoen Rand (± € 2.814.700,=).

2.11 Met het oog op een aandeelhoudersvergadering, die aanvankelijk was gepland op 9 juli 2014 en heeft plaatsgevonden op 28 augustus 2014, heeft [belanghebbende 2] aan de aandeelhouders een “management report” toegezonden, onder meer inhoudende:

“(…)

Ymere/Staedion hebben nu een vordering van € 400.000,= op Hans [belanghebbende 2] waarmee de vorderingen van DIGH en Staedion op Alsa Develops Marikana Pty Ltd zijn vervallen.

[belanghebbende 2]/Graafschap BV zijn hiermee akkoord gegaan onder de voorwaarde dat Graafschap BV de leningen van DIGH en Staedion onder dezelfde voorwaarden overneemt. In de aandeelhoudersvergadering van ALSA BV op 2 oktober 2012 zijn de aandeelhouders hier met 2/3 van de stemmen mee akkoord gegaan op voorwaarde dat de fiscale consequenties onderzocht zouden worden. Verdere afwikkeling is een zaak tussen ALSA Develops Marikana Pty LLtd en Graafschap BV.

(…)

Nu de grondtransactie heeft plaatsgevonden zal de afwikkeling van de leningen en de overige vorderingen van [verzoekster], Graafschap, Znergie en Teamwork conform afspraak geschieden. Hierna zal worden overgegaan tot liquidatie van de diverse ALSA vennootschappen.”

Een bijlage bij het management report was een overzicht getiteld “Verdeling gelden Alsa Marikana Ltd.”. Dit overzicht houdt in dat de opbrengst van de verkoop van de grond na aftrek van commissies € 2.669.595,= bedraagt en dat die opbrengst als volgt wordt verdeeld:

“Stap 1

Graafschap aflossing Ymere & Staedion 400.000

Graafschap legal en lopend (...) 133.500

[verzoekster] legal 10.000

Teamwork lopende kosten (...) 29.141

Stap 2

[verzoekster] lening + rc 315.000

Teamwork lening + rc 319.698

Graafschap lening + rc 101.539

Graafschap risico deel 736.237

Resteert na stap 1 en 2 624.481

Aflossing lening Graafschap 624.481

Resteert na aflossing lening Graafschap 0

Restant openstaande lening Graafschap (...) 2.185.238

(...)”

2.12 [verzoekster] heeft bij brief van 22 juli 2014 bezwaren geuit tegen de door [belanghebbende 2] beoogde verdeling van de verkoopopbrengst van de grond. [verzoekster] heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat bij die verdeling tussen het bestuur van ALSA en ALSA een tegenstrijdig belang bestaat, dat Graafschap de vorderingen van Staedion en Ymere op ALSA Marikana niet heeft overgenomen en dat zodanige overname ook niet mogelijk is gelet op de in de vaststellingsovereenkomst opgenomen finale kwijting.

2.13 De notulen van de aandeelhoudersvergadering van 28 augustus 2014 houden onder meer in:

“Besluit AVA:

Als gevolg van de opstelling van [verzoekster] besluit de AVA met 2/3 voor om het geagendeerde voorstel tot terugbetaling van de leningen en verdeling van de baten (hetgeen tijdens de vorige AVA's is besproken en vastgesteld) in te trekken en dat daarmee alle afspraken over erkenning van bestaande vorderingen hierbij vervallen zijn en de verrekening het nu conform de bestaande leningsovereenkomsten afgewikkeld zullen worden, inclusief die van Staedion/Ymere en DIGH aan [belanghebbende 2]/Graafschap.

(...)

Besluit AVA:

Als aan alle formaliteiten is voldaan wordt ALSA BV opgeheven. Het streven is om dit voor eind 2014 te doen. De directie wordt aangesteld als vereffenaar “

2.14 In reactie op de brief van [verzoekster] van 22 juli 2014 heeft [belanghebbende 2] namens ALSA bij brief van 5 september 2014 onder meer geschreven:

“ B. Verdeling opbrengsten en kwijting

(...)

De vaststellingsovereenkomst laat de oorspronkelijke lenings-overeenkomsten in stand. Zij stelt slechts dat Staedion en Ymere geen verdere aanspraken meer zullen maken op haar recht van terugbetaling van de leningen vanwege de door [[belanghebbende 2]] rechtstreeks in privé betaalde afkoopsom die hij voor eigen rekening en titel en niet namens de schuldenaar heeft voldaan. Van rechtswege treedt [[belanghebbende 2]] hiermee in de rechten van de oorspronkelijke schuldeisers en kan hij deze rechten gewoon uitoefenen en daarmee de vorderingen op de schuldenaar opeisen. Tijdens de AVA vergaderingen van oktober en december 2012 heeft de AVA ingestemd met de vaststellingsovereenkomst en heeft tevens ingestemd dat [[belanghebbende 2]] in privé op eigen titel in de rechten van de leningen is getreden.

C. Als gevolg van de situatie beschreven onder B ontstaat er geen batig saldo bij ALSA Marikana, maar zijn de schulden groter dan de opbrengsten en is er geen sprake van winst/dividend uitkeringen naar aandeelhouders uiteindelijk in ALSA.

(...)

ALSA B.V. zal uitvoering geven aan het in de laatste AVA genomen besluit tot verrekening van de uitstaande leningen en vorderingen.”

3 De gronden van de beslissing

3.1 [verzoekster] heeft aan haar stelling dat een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van ALSA moet worden gelast en dat onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen kort gezegd het volgende ten grondslag gelegd. [belanghebbende 2] stelt zich op het rechtens onjuiste standpunt dat hijzelf dan wel Graafschap de oorspronkelijke vorderingen van Staedion en Ymere op ALSA Marikana heeft overgenomen en dat hij dan wel Graafschap in die hoedanigheid aanspraak heeft op de volledige verkoopopbrengst van de grond. Als bestuurder van ALSA negeert [belanghebbende 2] het tegenstrijdig belang tussen hemzelf en ALSA; het belang van ALSA brengt mee dat ALSA Marikana, ALSA Develops en uiteindelijk ALSA zelf op juiste wijze worden afgewikkeld en dat, na betaling van daadwerkelijke schulden, het batig saldo aan alle aandeelhouders toekomt.

3.2 ALSA, Graafschap en [belanghebbende 2] hebben gemotiveerd verweer gevoerd. De Ondernemingskamer zal waar nodig op dit verweer ingaan.

3.3 Nu [verzoekster] ter zitting duidelijk heeft gemaakt dat haar verzoek niet (mede) strekt tot het gelasten van een enquête ten aanzien van ALSA Develops en ALSA Marikana, behoeft het verweer van ALS, [verzoekster] en [belanghebbende 2] dat ten aanzien van deze Zuid-Afrikaanse vennootschappen geen enquête kan worden gelast geen bespreking.

3.4 De Ondernemingskamer verwierpt het verweer van ALSA, Graafschap en [belanghebbende 2] dat het geschil tussen partijen slechts betrekking heeft op de vraag welke afspraken zijn gemaakt tussen de aandeelhouders van ALSA over de verdeling van de verkoopopbrengst van de grond en dat dit niets te maken heeft met het beleid binnen ALSA. Met dit betoog verliezen ALSA, Graafschap en [belanghebbende 2] uit het oog dat ALSA en [belanghebbende 2] blijkens hun brief van 5 september 2014 (zie 2.14) willen afwickelen op een wijze die nu juist niet gebaseerd is op enige afspraak tussen de aandeelhouders, maar op de door ALSA, Graafschap en [belanghebbende 2] gehuldigde opvatting dat [belanghebbende 2] en/of Graafschap de vorderingen van Staedion en Ymere op ALSA Marikana hebben overgenomen. Voorts miskent het verweer dat het verzoek mede berust op het negeren door [belanghebbende 2] als bestuurder van ALSA van het tegenstrijdig belang tussen hemzelf en ALSA bij de afwikkeling van ALSA en haar Zuid-Afrikaanse dochter en kleindochter.

3.5 Bij de verdere beoordeling stelt de Ondernemingskamer voorop dat niet zij, maar de gewone burgerlijke rechter bevoegd is te oordelen over de vraag of [belanghebbende 2] en/of Graafschap de vorderingen van Staedion en Ymere op ALSA Marikana hebben overgenomen althans of deze vorderingen anderszins op [belanghebbende 2] en/of Graafschap zijn

overgegaan. Voor de beoordeling van de toewijsbaarheid van het enquêteverzoek volstaat dat niet aannemelijk is dat [belanghebbende 2] en/of Graafschap voor het bedrag van die vorderingen thans schuldeiser zijn van ALSA Marikana. Anders dan [belanghebbende 2] kennelijk meent, brengt het feit dat Staedion en Ymere hun vorderingen op ALSA Marikana hebben prijsgegeven in ruil voor een door [belanghebbende 2] betaalde vergoeding van € 400.000,- (zie de in 2.8 genoemde vaststellingsovereenkomst), niet van rechtswege mee dat [belanghebbende 2] en/of Graafschap in de rechten van Staedion en Ymere jegens ALSA Marikana zijn getreden. Ook indien, zoals ALSA, Graafschap en [belanghebbende 2] stellen en [verzoekster] betwist, alle aandeelhouders van ALSA de bedoeling zouden hebben gehad dat [belanghebbende 2] en/of Graafschap de vorderingen van Staedion en Ymere zouden overnemen, is die enkele bedoeling onvoldoende voor het intreden van het beoogde rechtsgevolg. Gesteld noch gebleken is dat Staedion en Ymere hun vorderingen aan [belanghebbende 2] en/of Graafschap hebben gecedeerd of dat contractoverneming heeft plaatsgevonden. Integendeel: het feit dat de partijen bij de vaststellingsovereenkomst, waaronder ook ALSA Marikana, elkaar over en weer finale kwijting hebben verleend, duidt erop dat ALSA Marikana thans niets meer verschuldigd is uit hoofde van de oorspronkelijk door Staedion en Ymere verstrekte geldleningen, ook niet aan [belanghebbende 2] en Graafschap. Ter terechtzitting heeft de advocaat van ALSA desgevraagd ook verklaard dat geen “goederenrechtelijke overdracht” van deze vorderingen aan [belanghebbende 2] of Graafschap heeft plaatsgevonden.

3.6 Niettemin heeft [belanghebbende 2] in de brief van 5 september 2014 gesteld dat hijzelf of Graafschap schuldeiser is van ALSA Marikana en dat laatstgenoemde zal overgaan tot betaling. Ter zitting heeft [belanghebbende 2] desgevraagd verklaard dat hij (ook in zijn hoedanigheid van bestuurder van ALSA Marikana) in afwachting van de onderhavige beschikking van de Ondernemingskamer geen betalingen zal doen aan hem zelf of aan Graafschap. [belanghebbende 2] verklaarde voorts dat hij de geldmiddelen uit de verkoop heeft “veilig gesteld” door deze op een niet ten name van ALSA Marikana staande bankrekening te storten en voorts dat hij het in zijn macht heeft die geldmiddelen weer over te maken aan ALSA Marikana.

3.7 Nu de bedrijfsactiviteiten van ALSA en haar Zuid-Afrikaanse dochter en kleindochter zijn beëindigd en de aandeelhouders tot vereffening hebben besloten, heeft ALSA belang bij een ordentelijke vereffening van die dochter-respectievelijk kleindochtermaatschappij en van haarzelf. Het belang van ALSA verzet zich er tegen dat haar kleindochter ALSA Marikana (naar voorshands moet worden aangenomen) onverschuldigd een bedrag ter grootte van de volledige verkoopopbrengst van de grond aan [belanghebbende 2] en/of Graafschap betaalt. Van ALSA mag verwacht worden dat zij betaling door ALSA Marikana aan [belanghebbende 2] en/of Graafschap tegengaat, nu zij van het voornemen tot die betaling op de hoogte is. ALSA is ook in de positie om, via ALSA Develops, in te grijpen in de samenstelling van het bestuur van ALSA Marikana en langs die weg te voorkomen dat ALSA Marikana een onverschuldigde betaling doet. Het feit dat ALSA niettemin niet ingrijpt is een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen. Dat geldt te meer nu aangenomen moet worden dat de opstelling van ALSA verklaard wordt door het persoonlijk belang van haar bestuurder [belanghebbende 2], dat tegenstrijdig is met het belang van ALSA.

3.8 De Ondernemingskamer zal gelet op de voorgaande overwegingen een onderzoek bevelen vanaf 1 januari 2012 (toen de onder 2.5 vermelde geschillen de verhoudingen tussen ALSA en de overige bij de projectontwikkeling in Zuid-Afrika betrokkenen zijn gaan domineren) en bij wijze van onmiddellijke voorziening [belanghebbende 2] schorsen als bestuurder van ALSA en een tijdelijk bestuurder benoemen. Gelet op artikel 23 lid 4 van de statuten van ALSA, waarin is bepaald dat het bestuur de toestemming van de algemene vergadering van aandeelhouders behoeft voor bepaalde bestuursbesluiten, waaronder die strekkende tot het vertegenwoordigen van ALSA als aandeelhouder in andere vennootschappen, zal de Ondernemingskamer voorts bepalen dat alle aandelen, behoudens één aandeel per aandeelhouder, ten titel van beheer zullen worden overgedragen aan de door de Ondernemingskamer te benoemen tijdelijk bestuurder.

3.9 Nu het verzoek van [verzoekster] wordt toegewezen als hierna in het dictum te vermelden, zal ALSA in de kosten van de procedure worden veroordeeld.

4 De beslissing

De Ondernemingskamer:

beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van ALSA (Affordable Living Solutions Africa) B.V., gevestigd te Zijdewind, gemeente Hollands Kroon, over de periode vanaf 1 januari 2012;

stelt het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten vast op € 15.000,=, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen;

bepaalt dat ALSA (Affordable Living Solutions Africa) B.V. de kosten van het onderzoek dient te betalen en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegte van de onderzoeker vóór de aanvang van hun werkzaamheden zekerheid dient te stellen;

benoemt mr. G.C. Makkink tot raadsheer-commissaris als bedoeld in artikel 2:350 lid 4 BW;

schorst bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding [belanghebbende 2], wonende te Heerhugowaard, als bestuurder van ALSA (Affordable Living Solutions Africa) B.V.;

benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding, voor zover nodig in afwijking van de statuten, een nader aan te wijzen en bekend te maken persoon, tot bestuurder van ALSA (Affordable Living Solutions Africa) B.V.;

bepaalt vooralsnog voor de duur van het geding dat alle aandelen in ALSA (Affordable Living Solutions Africa) B.V., behoudens één aandeel per aandeelhouder, ten titel van beheer aan de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder met ingang van heden zijn overgedragen;

bepaalt dat het salaris en de kosten van de bestuurder tevens beheerder van aandelen ten laste komen van ALSA (Affordable Living Solutions Africa) B.V. en bepaalt dat ALSA (Affordable Living Solutions Africa) B.V. voor de betaling daarvan ten genoegte van de bestuurder zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van diens werkzaamheden;

veroordeelt ALSA (Affordable Living Solutions Africa) B.V. in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van [verzoekster] begroot op € 3386,=;

wijst af het meer of anders verzochte;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. In deze eerste fase enquêteprocedure was sprake van een verkoop van vorderingen uit hoofde van aan een (klein)dochtervennootschap verstrekte leningen tegen een aanzienlijke discount aan [belanghebbende 2], welke enig bestuurder was van de moedervernootschap alsmede van de buitenlandse dochtervennootschap en kleindochtervennootschap.

2. De Nederlandse moeder vennootschap ALSA (Affordable Living Solutions Africa) B.V. (hierna: ALSA) heeft drie Nederlandse aandeelhouders, elk met een 33,33% belang: [verzoekster], Znergie B.V en Graafschap B.V. (eigendom van [belanghebbende 2]). ALSA heeft een dochter vennootschap ALSA Develops (Pty) Ltd. (hierna: ALSA Develops) en kleindochter vennootschap ALSA Develops Marikana (Pty) Ltd. (hierna: ALSA Marikana), beiden in Zuid-Afrika en opgericht naar Zuid-Afrikaans recht. In 2007 heeft ALSA Marikana grond verworven in Zuid-Afrika. Hierbij heeft ALSA een plan opgesteld voor bebouwing van de grond met sociale huur- en koopwoningen. Met het oog op de financiering van dit plan is een samenwerkingsovereenkomst gesloten tussen ALSA en stichting Staedion (hierna: Staedion), Stadion Vastgoed Holding B.V (hierna: SVH) en stichting Ymere (hierna: Ymere). Uit hoofde van deze samenwerkingsovereenkomst heeft SVH twee kredietovereenkomsten gesloten met ALSA Marikana en hebben Staedion en Ymere zich garant gesteld voor een lening die Dutch International Guarantees for Housing (hierna: DIGH) aan ALSA Marikana heeft verstrekt (r.o. 2.4). ALSA Marikana was vervolgens niet in staat deze leningen af te lossen en [belanghebbende 2] was bereid deze leningen over te nemen voor een fractie van de nominale waarde (overnamesom € 400.000,= voor een vordering van € 3.000.000,=) (r.o. 2.7). Geen van de andere aandeelhouders had interesse om deze leningen over te nemen (r.o. 2.6). Ruim een jaar later heeft ALSA Marikana haar grondpositie verkocht en was er € 2,7 miljoen beschikbaar om uit te betalen aan haar schuldeisers (door aandeelhouders verstrekte/overgenomen leningen en door hen voorgeschoten kosten). [Belanghebbende 2] deelde de aandeelhouders vervolgens mee dat uitbetaling zou plaatsvinden conform een verdeelsleutel die volgens [belanghebbende 2] ruim een jaar daarvoor met een 2/3e meerderheid in de AVA van ALSA was goedgekeurd. Volgens [verzoekster] was een andere verdeelsleutel afgesproken. [Verzoekster] maakte dan ook bezwaar tegen het voornemen van [belanghebbende 2] en stelde dat [belanghebbende 2] de vorderingen niet heeft overgenomen (en dat dit ook niet mogelijk was vanwege de overeengekomen finale kwijting) en dat er een tegenstrijdig belang bestaat tussen ALSA en haar bestuurder.

3. [Verzoekster] heeft enkel een onderzoek verzocht bij de Nederlandse moeder vennootschap (ALSA). Aan behandeling van de vraag of tevens een onderzoek bij de Zuid-Afrikaanse dochter en kleindochter dient plaats te vinden, komt de OK derhalve niet toe (r.o. 3.3). De OK zou een dergelijk verzoek overigens afwijzen, aangezien zij niet bevoegd is tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij buitenlandse rechtspersonen (HR 13 mei 2005, [«JOR» 2005/147](#) (*Aannemingsmaatschappij Zeelandia Curaçao*); OK 28 april 2010, ARO 2010/71; OK 18 augustus 2005, [ECLI:NL:GHAMS:2005:AU6076](#) (*Dubbelhuis*) en OK 16 juli 2004, [ECLI:NL:GHAMS:2004:AR1236](#) (*Citadel*)). Dat laat onverlet dat het onderzoek wel kan zien op het door de Nederlandse moeder vennootschap bij de buitenlandse (klein)dochter vennootschappen gevoerde beleid (OK 6 januari 2005, [«JOR» 2005/6](#) (*Ahold*)). Daarbij kan de onderzoeker gegevens verzamelen omtrent het beleid van de buitenlandse vennootschappen die betrekkingen onderhouden met de Nederlandse moeder vennootschap indien de onderzoeker dat voor het doel van de enquête nuttig acht en kan de OK dergelijke gegevens betrekken in haar beantwoording van de vraag of sprake is van wanbeleid bij de Nederlandse moeder vennootschap (HR 13 mei 2005, [«JOR» 2005/147](#) (*Aannemingsmaatschappij Zeelandia Curaçao*) en OK 18 augustus 2005, [ECLI:NL:GHAMS:2005:AU6076](#) (*Dubbelhuis*)).

4. Doeleinden van een enquêteprocedure zijn niet alleen de sanering en het herstel van gezonde verhoudingen binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, maar ook opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk wanbeleid, terwijl bovendien van de mogelijkheid van de instelling van een enquête een preventieve werking zou kunnen uitgaan. De Hoge Raad overweegt dat tot de doeleinden van het enquêterecht, zoals de wetgever het voor ogen had, niet behoort de beslechting van geschillen van vermogensrechtelijke aard, noch het doen van onderzoek naar de feitelijke achtergrond van dergelijke geschillen van louter vermogensrechtelijke aard (HR 10 januari 1990, [ECLI:NL:HR:1990:AC1234](#), m.nt. Maeijer (*Ogem*); HR 17 december 2010, [ECLI:NL:HR:2010:BO3356](#) (*VEB/KPN QWest*)). [Verzoekster] baseert haar verzoek tot het bevelen van een onderzoek op de grondslagen dat (i) [belanghebbende 2] zich baseert op het rechtens onjuiste standpunt dat de vorderingen op ALSA Marikana zouden zijn overgenomen en dat hij derhalve niet gerechtigd is tot de verkoopopbrengst van het activum van ALSA Marikana en (ii) [belanghebbende 2] het tegenstrijdig belang tussen hem en de door hem bestuurde moeder vennootschap ALSA negeert en het belang van ALSA met zich brengt dat het batig saldo aan alle aandeelhouders toekomt (r.o. 3.1).

5. Het verweer van ALSA en [belanghebbende 2] is dat het geschil tussen partijen enkel ziet op de vraag welke afspraken zijn gemaakt tussen de aandeelhouders inzake de verdeling van de opbrengst en dat dit niets te maken heeft met het beleid binnen ALSA (r.o. 3.4). De OK verwerpt dit verweer. Uit de feiten blijkt immers dat de door [belanghebbende 2] beoogde afwikkeling juist niet is gebaseerd op enige afspraak tussen de aandeelhouders, maar op het door [belanghebbende 2] gehuldigde standpunt dat zij de vorderingen heeft overgenomen. Bovendien is als de grondslag van het verzoek mede aangevoerd dat [belanghebbende 2] het tegenstrijdig belang tussen hemzelf en het door hem bestuurde ALSA heeft genegeerd. Beide argumenten worden hierna behandeld.

6. Terecht oordeelt de OK dat niet zij maar de gewone burgerlijke rechter bevoegd is te oordelen over de vraag of [belanghebbende 2] de vorderingen op ALSA Marikana heeft overgenomen (r.o. 3.5). De OK oordeelt echter vervolgens dat voor de beoordeling van de toewijsbaarheid van het enquêteverzoek volstaat dat niet aannemelijk is dat [belanghebbende 2] de vorderingen heeft overgenomen en vervolgens beargumenteert de OK waarom niet aannemelijk is dat dat het geval zou zijn (waarbij de OK onder meer verwijst naar een finale kwijting, welke echter een (nog niet vervulde) opschortende voorwaarde bevat die blijkbaar over het hoofd is gezien). Het is niet geheel duidelijk waarom de OK deze redenering hanteert. Immers, zelfs indien het onbetwist vaststaat dat de vorderingen door [belanghebbende 2] zijn overgenomen, lijkt een onderzoek geboden vanwege de hierna te bespreken vormen van tegenstrijdig belang. In het verlengde hiervan lijkt de OK a contrario te oordelen dat indien wel aannemelijk zou zijn dat de vorderingen zijn overgenomen er geen grond zou bestaan voor toewijzing van het enquêteverzoek. Dat lijkt niet juist. Immers, ook een teruggedraaide transactie kan als wanbeleid worden bestempeld en derhalve grond zijn voor het bevelen van een onderzoek (OK 16 februari 2006, ARO 2006/47 (*Beheersmaatschappij Trial B.V.*)). Een al dan niet gelukte poging lijkt daar eveneens onder te vallen.

7. Het tegenstrijdig belang tussen ALSA en [belanghebbende 2] is niet betwist en is daarmee in principe gegeven. Blijkens de context lijkt dit te zien op het door [belanghebbende 2] ondergeschikt maken van de belangen van de vennootschap(en) aan zijn eigen belang, hetgeen in principe voldoende grond is voor het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken (OK 16 februari 2006, [ECLI:NL:GHAMS:2006:AW2047](#) (*Beheersmaatschappij Trial B.V.*); OK 17 augustus 2005, [ECLI:NL:GHAMS:2005:BD7937](#) (*Schruns*); OK 30 december 2002, [ECLI:NL:GHAMS:2002:BD8097](#) (*Aesculaap Beheer*); OK 22 december 2000, «JOR» 2001/29 (*Navemar*); OK 27 juli 2000, «JOR» 2000/195 (*Cocon*)). Bij het tegenstrijdig belang spelen drie zaken een rol: (i) het tekenen van een vaststellingsovereenkomst met derden inzake overname van de vorderingen waarbij [belanghebbende 2] tekent namens de moeder-, dochter en kleindochtervennootschap en tevens zelf als kopende partij is betrokken, (ii) de mogelijke afwezigheid van toestemming van de AVA tot het aangaan van de vaststellingsovereenkomst met de leningverstrekkers van ALSA Marikana en (iii) het voornemen tot uitbetaling van de opbrengsten overeenkomstig betwiste conceptnotulen van de AVA van ALSA.

8. Het eerste punt, de beoogde overname van de vorderingen op ALSA Marikana door [belanghebbende 2] zelf, raakt het punt van de corporate opportunity. Dit betreft de situatie waarin een bestuurder een mogelijkheid die zich voor de vennootschap voordoet om een transactie aan te gaan of zakelijke activiteiten te ontplooiën die passen binnen het kader van haar bedrijfsvoering, en waarvan kenbaar is dat de vennootschap daar een redelijk belang bij heeft of zou kunnen hebben, onthoudt aan de vennootschap en deze zelf of via zijn privévennootschap benut. Dergelijke belangenverstremelingen kunnen op grond van de norm van redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) gronden opleveren om te twifelen aan een juist beleid of gang van zaken (OK 13 maart 2014, [ECLI:NL:GHAMS:2014:786](#)). Dit kan onder meer optreden indien onvoldoende zorgvuldigheid is betracht ten aanzien van het aandeelhoudersbelang (HR 1 maart 2002, [ECLI:NL:HR:2002:AD9857](#) (*Zwagerman I*)). Vereist is dat sprake is van ontoelaatbare belangenverstremeling waardoor de belangen van de vennootschap of een aandeelhouder worden geschaad (OK 4 juni 2003, «JOR» 2003/171). Disculpatie kan mogelijk zijn indien de bestuurder een verklaring voor zijn handelen geeft en daarbij aangeeft hoe zijn handelwijze is te verenigen met de zakelijke belangen van de vennootschap (OK 21 december 2012, [ECLI:NL:GHAMS:2012:BY9760](#) (*Modulo Beton/Heron*)). Een (gedocumenteerde) verantwoording dat daarbij uiterste zorgvuldigheid is betracht om beide belangen gescheiden te houden, is daarbij aan te raden (OK 26 september 1991, [ECLI:NL:GHAMS:1991:AD1498](#)). In casu is niet gegeven dat een dergelijke verantwoording of verklaring door [belanghebbende 2] is verstrekt inzake het overnemen van de leningen tegen een omvangrijke discount. Het feit dat de overige aandeelhouders niet wensten te investeren, lijkt

onvoldoende voor een dergelijke verantwoording. [Belanghebbende 2] had immers de koopsom van de vorderingen ook kunnen investeren in ALSA (tegen uitreiking van additionele aandelen), waarna ALSA zelf het voordeel van de discount zou kunnen genieten.

9. Het tweede punt ziet op de instemming van de AVA van ALSA inzake het aangaan van de vaststellingsovereenkomst. Blijkens de (op dit punt niet betwiste) notulen van de AVA van 2 oktober 2012 is de vaststellingsovereenkomst tussen [belanghebbende 2], de ALSA vennootschappen en de lening- en garantieverstrekkers door de AVA (unaniem) goedgekeurd. SVH had twee leningen aan ALSA Marikana verstrekt en is partij bij de vaststellingsovereenkomst, zodat de overdracht van deze twee leningen tegen een discount aan [belanghebbende 2] lijkt te zijn goedgekeurd door de AVA. Onduidelijk is overigens of dit tevens ziet op de door ALSA Marikana aangetrokken lening van DIGH (waarvoor Ymere en Staedion garant staan). Overname van deze lening door [belanghebbende 2] is immers geen onderdeel van de vaststellingsovereenkomst (DIGH is ook geen partij) en dit heeft de AVA derhalve ook niet goedgekeurd. Wel hebben Ymere en Staedion (die reeds aan DIGH een garantie tot terugbetaling hadden verstrekt) aan [belanghebbende 2] en de ALSA-vennootschappen een vrijwaring voor eventuele claims van DIGH verstrekt, maar daarmee is de vordering van DIGH nog niet overdragen aan [belanghebbende 2], noch is dit daarmee beoogd. Dit houdt enkel in dat ALSA Marikana naast een onverschuldigde betaling aan [belanghebbende 2] niet tevens de lasten van een additionele betaling aan DIGH hoeft te dragen (althans, ALSA kan dit verhalen op Staedion en Ymere, met alle kosten en risico's van dien).

10. Het derde punt ziet op het uitblijven van goedkeuring van de AVA inzake de verdeling van de opbrengsten. [Belanghebbende 2] heeft weliswaar op het niveau van de AVA van ALSA besproken hoe de opbrengsten verdeeld zouden worden, maar niet gebleken is dat de AVA hiermee heeft ingestemd. Immers, [verzoekster] heeft bezwaar gemaakt tegen de conceptnotulen van 2 oktober 2012 en stelt dat een andere verdeelsleutel was besproken. Daarmee staat voorsnog onvoldoende vast dat de AVA met de thans door [belanghebbende 2] vermelde verdeelsleutel heeft ingestemd.

11. De OK onderbouwt haar bevel tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken als volgt (r.o. 3.7). Wegens beëindiging van de bedrijfsactiviteiten van ALSA en haar (klein)dochtervennootschap, heeft ALSA belang bij een ordentelijke vereffening en dit belang verzet zich tegen een (naar voorshands moet worden aangenomen) onverschuldigde betaling aan [belanghebbende 2]. Van ALSA mag worden verwacht dat zij een dergelijke betaling tegengaat, nu zij van het voornemen tot die betaling op de hoogte is. ALSA is ook in de positie om in te grijpen in het bestuur van ALSA Marikana en langs die weg te voorkomen dat ALSA Marikana een onverschuldigde betaling doet. Het feit dat ALSA niettemin niet ingrijpt is een gegronde reden om aan een juist beleid te twijfelen. Dat geldt te meer nu moet worden aangenomen dat de opstelling van ALSA verklaard wordt door het persoonlijke belang van [belanghebbende 2], dat tegenstrijdig is met het belang van ALSA.

12. De OK baseert haar beschikking aldus op het voorlopige oordeel dat de overdracht van de vorderingen niet rechtsgeldig heeft plaatsgevonden en dat een betaling door ALSA Marikana aan [belanghebbende 2] derhalve een onverschuldigde betaling is. Ook al zijn er diverse aanwijzingen dat deze cessie waarschijnlijk niet juist heeft plaatsgevonden, mogelijk is er wel een obligatoire verbintenis om deze cessie alsnog te doen plaatsvinden. Immers, zowel cedent en cessionaris als ALSA Marikana zelf waren partij bij de vaststellingsovereenkomst en de AVA van ALSA Marika (ALSA Develops) was eveneens partij. Uitzondering is, zoals besproken, wel de vordering van DIGH nu deze geen partij was bij de vaststellingsovereenkomst. De vraag is derhalve of de aanname van de OK dat overdracht van de leningen (althans de leningen van SVH) niet rechtsgeldig heeft plaatsgevonden niet een wat wankel basis is als grondslag voor het bevelen van het onderzoek. Verder lijkt het niet-ingrijpen bij ALSA Marikana een onnodige tussenstap, aangezien [belanghebbende 2] en ALSA beiden partij zijn bij de vaststellingsovereenkomst en [belanghebbende 2] dus reeds op ALSA-niveau een rechtshandeling met tegenstrijdig belang heeft verricht. Daarbij komt dat (hoewel op zich juist) het enigszins gekunsteld overkomt indien een bestuurder zou dienen in te grijpen door zichzelf te ontslaan bij de (klein)dochtervennootschap om aldus een mogelijk onverschuldigde betaling te voorkomen.

13. Een andere grondslag voor het bevelen van een onderzoek zou het feit kunnen zijn dat (i) in ieder geval niet is overeengekomen dat de DIGH-vordering wordt overgedragen, zodat betaling van dit bedrag aan [belanghebbende 2] een onverschuldigde betaling is en (ii) het (vooralnog) niet gebleken is dat de AVA heeft ingestemd (een dergelijke instemming wordt immers betwist) met de door [belanghebbende 2] vermelde verdeelsleutel inzake de uit te betalen opbrengsten. Er is immers sprake van een ontoelaatbare belangenverstremming door [belanghebbende 2] waardoor de belangen van de vennootschap dan wel de overige aandeelhouders worden geschaad en [belanghebbende 2] lijkt uitbetaling conform de door hem vermelde verdeelsleutel te willen voortzetten, ondanks gebleken goedkeuring van de AVA.

E.J.H. Zandbergen, Griph law and tax

M. Essaghir, Griph law and tax