

Dit onderscheid rechtvaardigt echter niet een verschil in behandeling, blijkens het onderhavige arrest. De Hoge Raad oordeelt namelijk dat uit de wetsgeschiedenis van art. 2:23a lid 5 BW en art. 2:23c lid 2 BW niet blijkt dat de wetgever voor een geval als het onderhavige heeft beoogd om gedurende de periode waarin de rechtspersoon is opgehouden te bestaan, geen verlengingsgrond te laten gelden als bedoeld in art. 3:320 BW.<sup>5</sup> Dat in een geval als het onderhavige geen verlengingsgrond zou gelden, ligt, gelet op het doel en de strekking van verlengingsgronden in het algemeen en in gevallen waarin een rechtspersoon is ontbonden en heeft opgehouden te bestaan in het bijzonder niet in de rede, aldus de Hoge Raad. Het gaat immers om een schuldeiser die zijn rechtsvordering, door de bijzondere omstandigheid dat de rechtspersoon is opgehouden te bestaan, niet geldend kan maken, terwijl de mogelijkheid bestaat dat de schuldeiser dat op een later moment wel kan, en terwijl bezwaarlijk kan worden verlangd dat de schuldeiser de verjaring van de rechtsvordering stuit in de periode dat de rechtspersoon niet meer bestaat.<sup>6</sup>

Volgens de Hoge Raad past het daarom in het stelsel van de wet om aan te nemen dat ook in een geval als het onderhavige, waarin een rechtspersoon na faillietverklaring door insolventie is ontbonden en, nadat de vereffening van zijn vermogen in faillissement is geëindigd, is opgehouden te bestaan, gedurende het tijdvak waarin de rechtspersoon is opgehouden te bestaan een verlengingsgrond bestaat als bedoeld in art. 3:320 BW.

Hoewel de verlengingsgrond voor een dergelijk geval aanvankelijk leek te ontbreken, zet de Hoge Raad de lijn door die hij had ingezet met zijn arrest *Rambaldo/Rabobank* en is hij bereid die wel aan te nemen. Een andere uitkomst zou ook een moeilijk te rechtvaardigen onderscheid tot gevolg hebben gehad. Afhankelijk van de vraag hoe het faillissement van een rechtspersoon zou worden beëindigd, zou een vordering van een schuldeiser wel of niet kunnen verjaren. Daarvoor is geen goede grond.

#### Tot slot

Hoewel de vordering van de schuldeiser op de hoofdschuldenaar in dit arrest (evenals in *Rambaldo/Rabobank*) centraal staat, en die in beginsel dus niet verjaart nadat de hoofdschuldenaar (indien rechtspersoon) is opgehouden te bestaan, geldt dat niet voor de vordering van de schuldeiser op de borg uit hoofde van de borgtocht. Die vordering is aan de normale vijfjarige verjaringstermijn onderhevig (art. 3:307 BW) en dient dan ook tijdig gestuit te worden. Dat gaat niet altijd goed, zo blijkt uit het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 6 december 2017.<sup>7</sup>

mr. D.S. Volleberg  
advocaat bij La Gro Geelkerken Advocaten B.V.

172

### Na het einde van de enquêteprocedure kan in cassatie worden onderzocht of een gegeven beschikking van de OK moet worden vernietigd op de in art. 79 RO bedoelde gronden

Hoge Raad  
9 oktober 2020, nr. 19/04608, ECLI:NL:HR:2020:1593  
(mr. Polak, mr. Wattendorff, mr. Lock)  
(Concl. A-G Timmerman)  
Noot mr. R.A. Wolf

#### Enquêteprocedure.

[BW art. 2:355 lid 1, 2:349a lid 2; RO art. 79]

*Essentie: Is tijdig ingesteld cassatieberoep tegen door de Ondernemingskamer getroffen voorzieningen niet-ontvankelijk op de grond dat de enquêteprocedure nadien onherroepelijk is geëindigd?*

*Samenvatting: Met een beroep op de e-Traction-beschikking van de Hoge Raad hebben [verweerders 2 en 3] aangevoerd dat JKS c.s. niet-ontvankelijk zijn in hun cassatieberoep op de grond – kort gezegd – dat de enquêteprocedure inmiddels onherroepelijk is geëindigd doordat de in r.o. 2.4 bedoelde beschikking van de Ondernemingskamer in kracht van gewijsde is gegaan. Nu de enquêteprocedure is geëindigd, is er geen plaats meer voor een beslissing in cassatie over de in r.o. 2.3 bedoelde beschikking, aldus [verweerders 2 en 3].*

*Dit beroep op niet-ontvankelijkheid faalt. De Hoge Raad heeft in de e-Traction-beschikking (r.o. 4.1.5) beslist dat na het eindigen van de enquêteprocedure geen plaats meer is voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen als bedoeld in art. 2:349a lid 2 BW, dan wel (al dan niet tijdelijke) voorzieningen als bedoeld in art. 2:355 lid 1 BW in verbinding met art. 2:356 BW. Uit die beschikking volgt niet dat het eindigen van de enquêteprocedure meebrengt dat een partij niet-ontvankelijk is in haar tijdig ingestelde cassatieberoep van een beschikking die de Ondernemingskamer in de loop van de enquêteprocedure heeft gegeven. Ook na het eindigen van de enquêteprocedure kan in cassatie worden onderzocht of een gedurende de enquêteprocedure gegeven beschikking van de Ondernemingskamer moet worden vernietigd op de in art. 79 RO bedoelde gronden, mits tegen die beschikking tijdig en op de juiste wijze cassatieberoep is ingesteld. In dat verband is niet van belang of de Ondernemingskamer in haar beschikking al dan niet een voorziening heeft getroffen die een blijvend gevolg heeft.*

1. *JKS Holding B.V.*, gevestigd te Amsterdam,
2. *Stichting Administratiekantoor D.E.M.*, gevestigd te Haarlem,
3. *Pretium B.V.*, gevestigd te Haarlem,
4. *Privilege B.V.*, gevestigd te Haarlem,
5. *D.E.M. Management Services B.V.*, gevestigd te Haarlem,
6. *Omega Management B.V.*, gevestigd te Haarlem,
7. *Excellent B.V.*, gevestigd te Amsterdam,
8. *Suprieur B.V.*, gevestigd te Haarlem,
9. *Frank Solutions B.V.*, gevestigd te Haarlem,

<sup>5</sup> HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1310, r.o. 3.5.2.

<sup>6</sup> HR 17 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1310, r.o. 3.5.2.

<sup>7</sup> Rb. Den Haag 6 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14356, r.o. 4.5.

10. *DMC Services B.V.*, gevestigd te Haarlem,  
 11. *Privilege Finance B.V.*, gevestigd te Haarlem,  
 12. *Gerecht Incasso B.V.*, gevestigd te Haarlem,  
 13. *Metus Tempus B.V.*, gevestigd te Amsterdam,  
 14. *Atlas Support B.V.*, gevestigd te Haarlem,  
 15. [verzoeker 15], wonende te [woonplaats],  
 verzoekers tot cassatie,  
 hierna gezamenlijk: JKS c.s.,  
 advocaat: E.M. Tjon-En-Fa,  
 tegen

1. *Deus Ex Machina (D.E.M.) B.V.*, gevestigd te Haarlem,  
 verweerster in cassatie,  
 hierna: DEM,  
 advocaat: E.M. Tjon-En-Fa,  
 2. [verweerder 2], wonende te [woonplaats],  
 3. [verweerder 3], wonende te [woonplaats],  
 verweerders in cassatie,  
 hierna: [verweerders 2 en 3],  
 advocaten: I.M.A. Lintel en T.T. van Zanten,  
 4. [verweerder 4], wonende te [woonplaats], Verenigde Staten  
 van Amerika,  
 verweerder in cassatie,  
 hierna: [verweerder 4],  
 niet verschenen.

#### Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Timmerman)

##### 1. De feiten

In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten, die zijn ontleend aan rov. 1.1 en rov. 2.1-2.7 van de bestreden beschikking.<sup>1</sup>

1.1. De statuten van *Deus Ex Machina (D.E.M.) B.V.* (hierna: DEM) bepalen in artikel 7 dat DEM volgestorte aandelen mag verkrijgen met inachtneming van het ter zake in de wet bepaalde. In artikel 8 lid 4 van de statuten staat dat overdracht van één of meer aandelen slechts kan plaatsvinden na voorafgaande goedkeuring van het bestuur.

1.2. Op 15 maart 2019 hebben DEM en [verweerder 4] (hierna: [verweerder 4]) een vaststellingsovereenkomst (hierna: VSO) gesloten.

In de VSO en hierna wordt J.K.S. Holding B.V. aangeduid met JKS, Stichting Administratiekantoor D.E.M. met STAK, [betrokkene 3] met [betrokkene 3], [verweerder 2] met [verweerder 2], *Pretium B.V.*, *Privilege B.V.*, *D.E.M. Management Services B.V.*, *Omega Management B.V.*, *Excellent B.V.*, *Suprieur B.V.*, *Frank Solutions B.V.*, *DMC Services B.V.*, *Privilege Finance B.V.*, *Gerecht Incasso B.V.*, *Metus Tempus B.V.* en *Atlas Support B.V.* met de Dochtervennootschappen en [A] Business Value met [A].

In de preambule van de VSO staat onder meer:

‘G Naar her oordeel van DEM hebben het voortstlepen van de geschillen en de procedures een diepgaand negatief effect op de toestand van DEM en de met haar verbonden onderneming. Daarnaast meent DEM dat het ook los van de lopende procedures, in het belang van de onderneming is dat JKS/[betrokkene 3] en [verweerder 4] uit elkaar gaan. Reeds om die reden is het belang van DEM bij beëindiging van de ge-

schillen en procedures gegeven. Deze leggen bovendien een aanzienlijk beslag op de (management)tijd en middelen van de DEM-groep, en de middelen van de andere partijen, en de onzekerheden omtrent de uitkomst van de Uittredingsprocedure [zie onder 1.6 hierna, A-G] belemmeren de ontwikkeling en nopen tot een onwenselijke terughoudendheid in het doen van Investerings. Voor [verweerder 4] is het belang van een schikking ook gelegen in de wens, gelet op zijn leeftijd, het dossier te kunnen sluiten.

H. DEM en [verweerder 4] wensen hun geschillen definitief te beslechten, onder de voorwaarden als opgenomen in de onderhavige [VSO].’

De VSO bevat onder meer de volgende bepalingen:

‘1. Bindende vaststelling van de prijs van de [verweerder 4] Aandelen

1.1. Binnen 3 werkdagen na ondertekening van deze [VSO] geven Partijen aan [betrokkene 1] en [betrokkene 2] verbonden aan [A] (...) de opdracht om – ten behoeve van de transactie als beschreven in artikel 2 – tussen Partijen bindend de prijs van de [verweerder 4] Aandelen vast te stellen, een en ander met Inachtneming van de bepalingen en de uitgangspunten zoals vastgelegd in deze [VSO]. (...)

1.2. Bij de vaststelling van de prijs van de [verweerder 4] Aandelen [zal [A]] de navolgende uitgangspunten dienen te hanteren, welke uitgangspunten tussen Partijen hierbij worden vastgesteld, en zijn zij voor het overige vrij om naar hun eigen inzicht de prijs te bepalen:

(i) de bij de waardering te hanteren peildatum voor de [verweerder 4] Aandelen zal zijn 9 juli 2014 (de datum van het Tussenvonnis). [[A] zal] aldus (...) rekening houden met feiten, omstandigheden en verwachtingen die op de peildatum bekend waren of redelijkerwijs bekend hadden kunnen zijn en niet met dergelijke feiten, omstandigheden of verwachtingen van na de peildatum;

(ii) [[A] zal] één bedrag noemen als de prijs van de [verweerder 4] Aandelen die zij per de peildatum vaststellen, en niet werken met een range of bandbreedte. (...)

(iii) [[A] is] vrij in de keuze voor de te hanteren waarderingsmethode en/of de te hanteren combinatie van waarderingsmethoden. In dat kader stellen Partijen wel vast dat onderbouwde en consistente informatie wat betreft de zogenaamde herpositionering en de daarbij behorende businessplannen van de DEM-groep in dat kader ontbreken en dat dit een betrouwbare inschatting van toekomstige kasstromen, benodigd voor een DCF-waardering, ernstig bemoeilijkt zo niet onmogelijk maakt;

(iv) bij de vaststelling van de prijs van de [verweerder 4] Aandelen zal worden verondersteld dat de [verweerder 4] Aandelen nog steeds 20% van het kapitaal vertegenwoordigen, zowel wat betreft de preferente aandelen als wat betreft de gewone aandelen, en aldus zal de verwatering van de gewone aandelen die als gevolg van de 2012 uitgifte heeft plaatsgevonden worden genegeerd. (...)

(...)

(vii) [[A] zal] zich baseren op d[e] navolgende informatie: (a) de informatie die door Partijen desgevraagd wordt verstrekt als genoemd in artikel 1.3, (b) informatie afkomstig van enige website van de DEM-groep en (c) openbare objectieve informatie betreffende de markten waarop de DEM-groep zich begeeft. (...)

1.3. Partijen zullen [[A]] alle informatie verstrekken die [[A]] in het kader van de aan hen verstrekte opdracht aan Partijen, doch met inachtneming van de peildatum van 9 juli 2014, verzoekt te verstrekken voorzover Partijen deze voorhanden

1 Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, ARO 2019/159, RO 2019/75, JOR 2019/279 m.nt. M.H.C. Sinninghe Damsté, JIN 2019/177 m.nt. A.M. Dumoulin-Siemens.

hebben (...). Voorts komen Partijen overeen dat in ieder geval aan [[A]] de navolgende informatie zal worden verstrekt direct bij aanvang van de werkzaamheden van [[A]]: (i) de vastgestelde jaarrekeningen van DEM – en voorzover voorhanden: van de Dochtervennootschappen – tot en met boekjaar 2014 en desgevraagd door Deskundigen: over latere boekjaren, (ii) de (waarderings)rapporten die [verweerder 4], JKS en DEM in de Uittredingsprocedure hebben ingebracht en (iii) de rechtelijke uitspraken die zijn gedaan in de Uittredingsprocedure en de Enquêteprocedure.

(...)

## 2. Overname [verweerder 4] Aandelen tegen de door [[A]] vastgestelde prijs

(...)

2.4. Het bestuur van DEM verleent hierbij op grond van artikel 8.4 van de statuten van DEM op verzoek van [verweerder 4] reeds goedkeuring aan de overdracht door [verweerder 4] van de [verweerder 4] Aandelen aan DEM in overeenstemming met deze [VSO], en DEM zal deze goedkeuring voor zover nodig in verband met de Closing nogmaals bevestigen.

2.5. Als onderdeel van de Closing zal [verweerder 4] eveneens aan DEM overdragen alle (eventuele) rechten, vorderingen en aanspraken op JKS, STAK en [betrokkene 3] dan wel (ter keuze van DEM) zal [verweerder 4] bij wijze van onherroepelijk en onvoorwaardelijk derdenbeding ten gunste van JKS, STAK en [betrokkene 3], afstand doen van alle dergelijke rechten, vorderingen en aanspraken. Ter effectuering van de in dit artikellid bedoelde overdracht c.q. afstand van alle (eventuele) rechten, vorderingen en aanspraken op JKS, STAK en [betrokkene 3] zal [verweerder 4], als onderdeel van de Closing, een daartoe strekkende akte van overdracht c.q. afstand ondertekenen en meewerken aan eventuele andere handelingen die daarvoor noodzakelijk zijn.

## 3. Voorwaarden

3.1. De verplichtingen van Partijen op grond van artikel 2 zijn voorwaardelijk, en de werking van deze verplichtingen vangt eerst aan, en ook de Closing vindt pas plaats, nadat aan alle navolgende voorwaarden is voldaan:

(i) op basis van de door [[A]] vastgestelde prijs voor de [verweerder 4] Aandelen heeft het bestuur van DEM een balans- en uitkeringstoets gedaan en op basis daarvan heeft het bestuur van DEM vastgesteld dat wordt voldaan aan de vereisten als bedoeld in artikel 2:207 lid 2 BW. Hierbij wordt aangetekend dat per december 2018, in het kader van de geconsolideerde jaarrekening 2017 van DEM, mede ten behoeve van de accountant van DEM (EY) nog een continuïteitstoets is gedaan, waarbij is gerekend met het scenario van een inkoop van de [verweerder 4] Aandelen door DEM. DEM heeft ten tijde van de ondertekening van deze [VSO] geen redenen aan te nemen dat een actuele balans- en uitkeringstoets materieel to[t] andere inzichten leidt dan de bedoelde continuïteitstoets die per december 2018 heeft plaatsgevonden, met dien verstande dat Partijen onderkennen dat in die continuïteitstoets geen rekening is gehouden met – en ook deze zullen worden betrokken in de balans- en uitkeringstoets – de navolgende elementen; (a) verplichtingen jegens de Belastingdienst ter zake verschuldigde kansspelbelasting waarvan de omvang DEM thans niet bekend is en (b) een naar het oordeel van [verweerder 2] bevredigende reservering voor mogelijke toekomstige kosten van verweer ten behoeve van hem;

(ii) op verzoek van DEM en/of [verweerder 4] is door de Ondernemingskamer een beschikking gegeven waarmee het beheer van de [verweerder 4] Aandelen, zoals dat laatstelijk is bevolen bij beschikking van 23 januari 2018, wordt opgehe-

ven met als doel [verweerder 4] in staat te stellen de [verweerder 4] Aandelen te verkopen en te leveren aan DEM zoals voorzien in deze [VSO];

(iii) vanwege het bepaalde in artikel 2:343 lid 2 BW juncto 2:338 lid 1 BW, doch uitsluitend voorzover de Notaris van oordeel is dat dit nodig is: (a) is de Uittredingsprocedure (inclusief in de verhouding tot JKS) beëindigd of (b) heeft JKS toestemming verleend voor de overdracht door [verweerder 4] van de [verweerder 4] Aandelen aan DEM of (c) heeft de Ondernemingskamer op basis van een daartoe door [verweerder 4] in te stellen incidentele vordering in de Uittredingsprocedure een uitspraak gedaan waarmee zij hetzij toestemming verleent voor de overdracht door [verweerder 4] van de [verweerder 4] Aandelen aan DEM hetzij bevestigt dat een dergelijke toestemming voor deze overdracht niet is vereist;

(iv) nadat DEM aan JKS, STAK en [betrokkene 3] een kopie van de [VSO] en het finale rapport van [[A]] als bedoeld in artikel 1 heeft verstrekt zijn ten minste 4 weken verstreken zonder dat JKS, STAK, de Dochtervennootschappen en/of [betrokkene 3] hebben verzocht c.q. gevorderd, met verzoek de behandeling met de meeste spoed te laten plaatsvinden, dat (a) de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening of bij wijze van een te wijzigen getroffen voorziening en/of (b) de voorzieningenrechter in kort geding maatregelen treft die ertoe strekken dat DEM en/of [verweerder 2] niet gerechtigd waren deze [VSO] in de huidige vorm aan te gaan c.q. die meebrengen dat de (verdere) uitvoering van de [VSO] op de hierin voorziene wijze geen doorgang behoort te vinden of daaraan in de weg staan, dan wel – in het geval JKS, STAK; de Dochtervennootschappen en/of [betrokkene 3] wel binnen 4 weken na verkrijging van een kopie van de [VSO] en het finale rapport van [[A]] een dergelijke procedure zijn gestart – de Ondernemingskamer of de voorzieningenrechter in kort geding hun verzoeken en/of vorderingen in eerste aanleg heeft afgewezen en/of hen daarin niet-ontvankelijk heeft verklaard.

3.2. In geval niet kan worden voldaan aan een (of meer) van de voorwaarden als omschreven in artikel 3.1, dan wel indien niet uiterlijk 1 juni 2019 (of zoveel later als Partijen gezamenlijk bepalen) niet alle voorwaarden in vervulling zijn gegaan, heeft iedere Partij het recht deze Overeenkomst te beëindigen, en vervallen alle daarin opgenomen rechten en verplichtingen, zonder dat Partijen elkaar in verband daarmee enige (schade)vergoeding zijn verschuldigd.

(...)

## 5. Finale kwijting

5.1. Onder de opschortende voorwaarde van het volledig voltooid zijn van de Closing, doen DEM en [verweerder 4] over en weer afstand van, en verlenen zij elkaar hierbij over en weer finale kwijting ter zake, alle rechten, aanspraken en vorderingen die zij op enige wijze en uit welke hoofde dan ook (waaronder in verband met de geschillen) over en weer op elkaar hebben of mochten menen te hebben (...). [accentuering in origineel, A-G]

1.3. [A] heeft op 19 april 2019 op verzoek van DEM en [verweerder 4] in het kader van de VSO een *Indicatieve Waardering* uitgebracht van de 20% gewone aandelen die [verweerder 4] houdt in DEM. Die waarde is door [A] per peildatum 9 juli 2014 vastgesteld op € 4.093.000,-. Op deze waarde moet conform de VSO het na de peildatum op dit pakket uitgekeerde dividend in mindering worden gebracht. [A] gaat ervan uit dat partijen dit zelfstandig regelen.

1.4. DEM heeft bij e-mail van 19 april 2019 [betrokkene 3], JKS, en STAK geïnformeerd over de getroffen schikking tussen DEM en [verweerder 4] en bij deze e-mail als bijlagen de VSO en de rapportage van [A] gevoegd.

1.5. Bij e-mail van 24 april 2019 heeft de notaris die bij de VSO is betrokken aan DEM bericht de visie van DEM te delen dat [verweerder 4] zijn aandelen aan DEM kan overdragen zonder dat een voorafgaande toestemming van de rechter nodig is.

1.6. Bij arrest van 11 juni 2019<sup>2</sup> heeft de ondernemingskamer in de uittredingsprocedure die door [verweerder 4] aanhangig was gemaakt (artikel 2:343 BW) de vonnissen van de rechtbank Noord-Holland, waaronder het tussenvonnis van 9 juli 2014<sup>3</sup> en het eindvonnis van 24 mei 2017<sup>4</sup> vernietigd en de vorderingen van [verweerder 4] alsnog afgewezen op de grond dat er voor toewijzing van de vorderingen geen grondslag bestaat.

1.7. Tussen [verweerder 4] en DEM is een discussie ontstaan over het bedrag aan dividend dat moet worden meegenomen in de vaststelling van de definitieve koopprijs. DEM heeft een kort geding procedure aanhangig gemaakt tegen [verweerder 4] en daarbij in conventie nakoming van de VSO tegen een koopprijs van € 4.018.000,= gevorderd. In reconventie heeft [verweerder 4] nakoming van de VSO gevorderd tegen een koopprijs van € 4.543.000,=. Ter terechtzitting hebben [verweerder 4] en DEM naar voren gebracht in onderhandeling te zijn, ter voorkoming van het kort geding.

## 2. Het procesverloop

2.1. Bij beschikkingen van 5 januari 2016<sup>5</sup>, 12 januari 2016<sup>6</sup>, 16 februari 2016<sup>7</sup>, 28 april 2016<sup>8</sup>, 10 mei 2016<sup>9</sup> en 13 december 2016<sup>10</sup> heeft de ondernemingskamer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van DEM over de periode vanaf 1 januari 2011, mr. S.M Bartman aangewezen als onderzoeker en bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding [betrokkene 3] geschorst als bestuurder van DEM, [verweerder 2] aangewezen als bestuurder van DEM en bepaald dat de aandelen die JKS, [verweerder 4] en STAK – laatstgenoemde voor zover nodig – in DEM houden ten titel van beheer zijn overgedragen aan

[verweester 3] (hierna: [verweester 3] of de beheerder). Casuatieberoep van DEM, JKS en STAK tegen de beschikkingen van 5 en 12 januari 2016 en tegen de beschikkingen van 28 april 2016 en 10 mei 2016 is door de Hoge Raad met toepassing van art. 81 lid 1 RO verworpen.<sup>11</sup>

2.2. Bij beschikking van 17 maart 2017<sup>12</sup> heeft de ondernemingskamer bepaald dat het op die dag ter griffie neergelegde verslag met bijlagen van het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van DEM ter griffie van de ondernemingskamer ter inzage ligt voor belanghebbenden.

2.3. Bij beschikking van 23 januari 2018<sup>13</sup> heeft de ondernemingskamer verstaan dat uit het verslag van het onderzoek blijkt van wanbeleid van DEM, zoals nader in die beschikking overwogen, in de periode 1 januari 2011 tot 5 januari 2016 en dat [betrokkene 3] voor dit wanbeleid verantwoordelijk is. De ondernemingskamer heeft bij wijze van voorziening vooralsnog voor de periode van twee jaar te rekenen vanaf de dag van die beschikking (i) [betrokkene 3] geschorst als bestuurder van DEM, (ii) [verweerder 2] tot bestuurder van DEM benoemd en (iii) alle aandelen die worden gehouden in het kapitaal van DEM ten titel van beheer overgedragen aan [verweester 3] als beheerder van die aandelen.

2.4. Bij beschikking van 9 april 2019<sup>14</sup> heeft de ondernemingskamer de Dochtervennootschappen niet-ontvankelijk verklaard in het verzoek en het verzoek van JKS en STAK afgewezen. Het verzoek aan de ondernemingskamer van deze partijen hield in:

*primair* (i) de getroffen voorzieningen te wijzigen in die zin dat voorzieningen waarbij [betrokkene 3] is geschorst als bestuurder van DEM en [verweerder 2] is benoemd en aangevozen als bestuurder van DEM worden opgeheven en (ii) een voorziening te treffen waarbij een tijdelijk commissaris, niet zijnde [verweerder 2], wordt benoemd, en; *subsidiar* (i) [verweerder 2] te vervangen als tijdelijk bestuurder van DEM en een nieuwe bestuurder van DEM te benoemen en aan te wijzen en (ii) de aandelen die DEM houdt in de Dochtervennootschappen ten titel van beheer over te dragen aan [verweester 3].

2.5. DEM heeft bij verzoekschrift van 23 april 2019 de ondernemingskamer verzocht, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad,

- de overdracht ten titel van beheer van de door [verweerder 4] gehouden aandelen in het kapitaal van DEM aan [verweester 3] op te heffen;
- te bepalen dat DEM de redelijke en in redelijkheid te maken kosten van verweer van [verweerder 2] en [verweester 3] terzake de vaststelling van aansprakelijkheid jegens DEM, JKS, STAK, [betrokkene 3] en de Dochtervennootschappen vanwege onbehoorlijke taakvervulling en/of onrechtmatig handelen tijdens de tijdelijke aanstelling betaalt;
- te bepalen dat [verweerder 2] bevoegd is:

2 Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 11 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1950, ARO 2019/115, JOR 2019/219 m.nt. P.P. de Vries.

3 Rb. Noord-Holland (zittingsplaats Haarlem) 9 juli 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:11287 (niet gepubliceerd op rechtspraak.nl), JOR 2014/323 m.nt. C.D.J. Bulten.

4 Rb. Noord-Holland (zittingsplaats Haarlem) 24 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:4274, RO 2018/20, JOR 2017/313 m.nt. C.D.J. Bulten.

5 Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 5 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1, ARO 2016/36, RO 2016/33, JIN 2016/60 m.nt. E. Bagheri.

6 Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 12 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:381, ARO 2016/37.

7 Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 16 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:712, ARO 2016/38.

8 Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 28 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1611, ARO 2016/116, RO 2016/41, JOR 2016/302 m.nt. C.D.J. Bulten.

9 Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 10 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1779, ARO 2016/117.

10 Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5293, ARO 2017/66.

11 Zie respectievelijk HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:361, ARO 2017/64 (met mijn conclusie voor die beschikking, ECLI:NL:PHR:2016:1346) en HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:357, ARO 2017/65 (met mijn conclusie voor die beschikking, ECLI:NL:PHR:2016:1371).

12 Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 17 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:866, ARO 2017/95.

13 Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 23 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:451, ARO 2018/61, RO 2018/33, JOR 2018/148 m.nt. J. de Bie Leuveling Tjeenk.

14 Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 9 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1605, ARO 2019/109.

i. een bedrag van vooralsnog € 1 miljoen in *escrow* te plaatsen, zodanig dat [verweerder 2] en [verweerder 3] hierover tot hun genoegen kunnen beschikken, ter voldoening van de hiervoor onder b bedoelde kosten van verweer;

en/of

ii. op andere wijze, conform nog over te leggen conceptbesluiten, zeker te stellen dat een bedrag van vooralsnog € 1 miljoen buiten het vermogen en de macht van DEM wordt gereserveerd, zodanig dat [verweerder 2] en [verweerder 3] hierover tot hun genoegen kunnen beschikken, ter voldoening van de hiervoor onder b bedoelde kosten van verweer;

d. een of meer andere naar het oordeel van de ondernemingskamer passende voorziening(en) te treffen en/of reeds eerder door de ondernemingskamer getroffen voorzieningen te wijzigen;

kosten rechtens.

2.6. Bij brief van 8 mei 2019 heeft mr. Evers de ondernemingskamer medegedeeld dat de verzoeken van DEM met betrekking tot de kosten van het verweer zoals opgenomen in het onder 2.5 hiervoor weergegeven petitum onder b en c tevens worden gedaan door [verweerder 2] en [verweerder 3], en wie daarbij optreden als advocaten van [verweerder 2] en van [verweerder 3].

2.7. Bij brief van 14 mei 2019 heeft de ondernemingskamer partijen bericht in aansluiting op de in 2.6 hiervoor genoemde brief dat het verzoekschrift van DEM in zoverre ook wordt geacht te zijn ingediend door [verweerder 2] en [verweerder 3].

2.8. [betrokkene 3], JKS, STAK en de Dochtervennootschappen (hierna: JKS c.s.) hebben bij verzoekschrift van 17 mei 2019 de ondernemingskamer verzocht DEM (en [verweerder 4]) te verbieden:

a. uitvoering te geven aan de VSO, waarbij de aandelen die [verweerder 4] houdt in DEM door DEM worden gekocht;

b. de op basis van de VSO vastgestelde koopprijs voor die aandelen aan [verweerder 4] te betalen,

althans een of meer naar het oordeel van de ondernemingskamer passende voorzieningen te treffen, een en ander met veroordeling van [verweerder 4] in de kosten van het geding.

JKS c.s. hebben aan hun verzoek ten grondslag gelegd dat het aangaan van de VSO blijk geeft van een onbehoorlijke taakuitoefening van [verweerder 2], disproportioneel is, in strijd is met de belangen van de DEM-groep en JKS c.s. en zal leiden tot beëindiging van de activiteiten van de DEM-groep. In dat verband hebben zij gesteld dat

(i) de VSO ontijdig is aangegaan omdat de uitspraak van de Ondernemingskamer in de uittredingsprocedure nog zou volgen;

(ii) de gehanteerde peildatum van 19 juli 2014 (datum van het tussenvonnissen in de uittredingsprocedure) apert onredelijk is, haaks staat op het standpunt dat [verweerder 2] in de uittredingsprocedure heeft ingenomen en in strijd is met de wettelijke regeling van de uittredingsprocedure, te meer nu dat tussenvonnissen op basis van onvolledige informatie (artikel 21 Rv) tot stand is gekomen;

(iii) uit het arrest in het incident in de uittredingsprocedure van 23 januari 2018 van de ondernemingskamer – waarin de uitvoerbaar bij voorraad verklaring van het toewijzend eindvonnissen in de uittredingsprocedure is geschorst – blijkt dat de status quo moest worden gehandhaafd en daarin past niet de nu beoogde inkoop van de aandelen van [verweerder 4];

(iv) JKS, STAK en [betrokkene 3] niet zijn betrokken bij het opstellen en aangaan van de VSO, hetgeen een grove veronachtzaming is van de wettelijke en statutaire taak van [ver-

weerder 2] als bestuurder van DEM jegens JKS als 80%-aandeelhouder, te meer nu [verweerder 2] het blijkens de beschikking van de Ondernemingskamer van 5 januari 2016 tot zijn taak moest rekenen een minnelijke regeling tussen andere partijen ([verweerder 4] en [betrokkene 3]) te beproeven;

(v) de koopprijs onzorgvuldig, overhaast, buiten JKS c.s., om en niet objectief tot stand is gekomen, hetgeen door [verweerder 2], [verweerder 4] en [A] wordt bevestigd in de VSO en in de *Indicatieve Waardering* omdat daarin staat dat onderbouwde en consistente informatie over de DEM-groep ontbreekt en dat dit een betrouwbare inschatting van toekomstige kasstromen onmogelijk maakt;

(vi) met het aangaan van de VSO de waarborgen uit de uittredingsprocedure zijn omzeild;

(vii) voor levering van de aandelen toestemming van de ondernemingskamer is vereist op grond van artikel 2:343 lid 2 juncto artikel 2:338 lid 1 BW;

(viii) betaling van de vastgestelde koopprijs van € 4.093.000,= – zo verstaat de ondernemingskamer de stelling – onverantwoord is, in strijd komt met de wettelijke voorgeschreven uitkeringstoets van artikel 2:207 BW en de continuïteit van de onderneming van DEM op het spel zet. De uitvoering van de VSO leidt ertoe dat de DEM-groep haar activiteiten moet beëindigen omdat er gelden vrij gemaakt moeten worden om [verweerder 4] uit te kopen. [verweerder 2] is inmiddels bezig met een uitfasering van de activiteiten en koerst aan op liquidatie. Een waardering van Duff & Phelps Valuation and Corporate Finance Advisors (hierna: Duff & Phelps) van 27 mei 2019 van de waarde van de aandelen die [verweerder 4] houdt per 31 maart 2019, komt uit op een bedrag van € 2,75 miljoen. Uitgaande van dit rapport heeft Duff & Phelps een uitkeringstoets opgesteld, waarvan de conclusie luidt dat in verband met de noodzakelijke financiering van de herstructurering van de DEM-groep, in 2019 geen gelden ter beschikking kunnen worden gesteld voor de aankoop van de aandelen die [verweerder 4] houdt. Dit alles nog afgezien van de door [verweerder 2] verzochte voorziening voor juridische kosten van € 1 miljoen, waardoor de financiële ruimte om tot inkoop over te gaan nog verder afneemt. Daarbij komt dat [verweerder 2] de voorgeschreven uitkeringstoets niet kan doen omdat hij over onvoldoende gegevens beschikt;

(ix) uitvoering van de VSO en toewijzing van de voorzieningen die DEM heeft verzocht een inbreuk vormt op het eigendomsrecht van JKS, [betrokkene 3] en STAK,

(x) met het aangaan van de VSO ook [verweerder 4] in strijd handelt met artikel 2:8 BW.

2.9. DEM heeft bij verzoekschrift van 3 juni 2019 geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid van [betrokkene 3] en de Dochtervennootschappen in het verzoek en voorts tot afwijzing van het verzoek, met veroordeling in de kosten van het geding, uitvoerbaar bij voorraad.

2.10. JKS c.s. hebben bij verzoekschrift van 3 juni 2019, tevens houdende een aanvulling van de gronden van het verzoek, geconcludeerd tot afwijzing van de verzoeken van DEM, met veroordeling van DEM in de kosten van het geding.

2.11. [verweerder 4] heeft bij verzoekschrift van 3 juni 2019 geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid van [betrokkene 3] en de Dochtervennootschappen in hun verzoek en voorts tot afwijzing van het verzoek, met veroordeling van verzoeksters, uitvoerbaar bij voorraad, in de kosten van het geding, te verhogen met wettelijke rente indien niet binnen twee weken nadat uitspraak is gewezen aan deze kosten is voldaan.

2.12. DEM heeft bij gewijzigd verzoekschrift van 11 juni 2019 haar verzoek aldus gewijzigd dat de woorden 'en/of' onder 2.5 sub c tussen i en ii worden gewijzigd in 'en'.

2.13. De beide verzoeken – het verzoek van DEM als bedoeld onder 2.5 hiervoor en gewijzigd als bedoeld onder 2.12 hiervoor met zaaknummer 200.215.784/04 OK en het verzoek van JKS c.s. als bedoeld onder 2.8 hiervoor met zaaknummer 200.215.84/05 OK – zijn gezamenlijk behandeld ter openbare terechtzitting van de ondernemingskamer van 17 juni 2019. De advocaat van [verweerster 3] heeft, in aansluiting op de brief van de ondernemingskamer van 14 mei 2019 als bedoeld onder 2.7 hiervoor, bevestigd dat hij namens [verweerster 3] een zelfstandig tegenverzoek heeft ingediend dat gelijkloënd is aan het gewijzigde verzoek van DEM. Van de zitting is proces-verbaal opgemaakt.

2.14. Bij beschikking van 8 juli 2019<sup>15</sup> beslist de ondernemingskamer op beide verzoeken. De ondernemingskamer beslist eerst op het verzoek van JKS c.s. als bedoeld onder 2.8 hiervoor met zaaknummer 200.215.84/05 OK en overweegt over dat verzoek als volgt:

'3.2. DEM en [verweerder 4] hebben primair in hun verweer gesteld dat [betrokkene 3] en de dochtervennootschappen niet ontvankelijk zijn in hun verzoek. De Ondernemingskamer zal eerst ingaan op dit verweer, dat bovendien een ambts-halve te beoordelen kwestie betreft.

3.3. Het verzoek dat mede door [betrokkene 3] en de dochtervennootschappen is gedaan strekt tot het treffen van een onmiddellijke voorziening in een procedure waarin de Ondernemingskamer bij beschikking van 23 januari 2018 uitspraak heeft gedaan inzake wanbeleid van DEM en in verband daarmee voorzieningen heeft getroffen. Die procedure betrof [verweerder 4] als verzoeker en DEM als verweerder. De dochtervennootschappen zijn niet in die procedure verschenen, niet als verweersters en evenmin als belanghebbenden. Ook [betrokkene 3] is in die procedure niet als belanghebbende in persoon aangemerkt. De enquêteprocedure is met de gegeven eindbeschikking geëindigd. Aan de dochtervennootschappen komt geen wettelijke bevoegdheid toe tot het indienen van het onderhavige verzoek. Datzelfde geldt voor [betrokkene 3]. De enkele omstandigheid dat de dochtervennootschappen en [betrokkene 3] in de VSO worden genoemd en hun belangen door de uitvoering van de VSO mogelijk worden geraakt, maakt hen nog niet bevoegd het onderhavige verzoek in te dienen. Zij zullen derhalve niet ontvankelijk worden verklaard in het verzoek.

3.4. [verweerder 4] heeft zich in zijn verweer daarnaast op het standpunt gesteld dat ook STAK niet ontvankelijk is in zijn verzoek. Volgens [verweerder 4] is STAK geen aandeelhouder omdat de levering van de aandelen aan STAK heeft plaatsgevonden nadat [verweerder 4] de uittredingsprocedure ahangig heeft gemaakt jegens JKS. STAK valt dus niet onder de in artikel 2:346 BW genoemde categorieën van personen, aldus [verweerder 4]. De Ondernemingskamer ziet geen aanleiding om af te wijken van de positie die de STAK telkens heeft ingenomen in de procedures met zaaknummer 200.215.784 en zal het verweer van [verweerder 4] om die reden passeren.

3.5. DEM heeft ook inhoudelijk gemotiveerd verweer gevoerd. De Ondernemingskamer zal hieronder waar nodig op dit verweer en het verweer van de overige partijen ingaan.

3.6. De Ondernemingskamer stelt vast dat de door JKS en STAK aangevoerde bezwaren zich in de eerste plaats richten tegen het handelen van [verweerder 2] als bestuurder van DEM. Zoals reeds eerder overwogen in de beschikking van 9 april 2019 onder 3.6 en 3.8, komen aan [verweerder 2] alle bevoegdheden toe die aan een bestuurder van een vennootschap toekomen en past in het kader van de beoordeling van het handelen van een bestuurder een terughoudende toetsing. Bij het aangaan van een vaststellingsovereenkomst geldt meer in zijn algemeenheid dat betrokken partijen in het kader van onderhandelingen zullen "geven en nemen". Het is niet aan de Ondernemingskamer om de na dergelijke onderhandelingen tot stand gekomen VSO rechtstreeks inhoudelijk te beoordelen; haar toets in het kader van de VSO strekt niet verder dan de vraag of het handelen van [verweerder 2] in verband met de VSO als kennelijk onredelijk moet worden gezien jegens DEM of haar aandeelhouders. In zoverre zal de Ondernemingskamer op de totstandkoming en de inhoud van de VSO ingaan.

3.7. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer bestaat er geen grond voor de stellingen van JKS en STAK, zoals hierboven weergegeven onder 3.1 [onder 2.8 hiervoor, A-G]. [verweerder 2] is als bestuurder van DEM vrij om met een van de aandeelhouders een schikking aan te gaan. Uit artikel 7 van de statuten van DEM (zie hierboven onder 2.1 [onder 1.1 hiervoor, A-G]) volgt dat DEM zelfstandig bevoegd is om over te gaan tot inkoop van eigen aandelen en dat daarvoor geen besluit van de algemene vergadering is vereist. Daarnaast is het aan het bestuur van DEM om te besluiten over het verlenen van goedkeuring aan de overdracht van aandelen door een aandeelhouder (artikel 8 lid 4 van de statuten). De achtergrond van de VSO van 15 maart 2019 staat in de preambule van de VSO duidelijk weergegeven: het voortslepen van de geschillen en de procedures inzake DEM hebben een diepgaand negatief effect op de toestand van DEM en de met haar verbonden onderneming, terwijl het, ook los van de lopende procedures, in het belang van de onderneming is dat JKS/[betrokkene 3] en [verweerder 4] uit elkaar gaan. DEM heeft in haar verweer gesteld dat het belang van DEM bij beëindiging van de geschillen en procedures hiermee is gegeven en dat [verweerder 2] het vanuit het belang van DEM en de met haar verbonden onderneming onaanvaardbaar heeft geacht de situatie te laten voortduren. Deze achtergrond van de VSO is naar het oordeel van de Ondernemingskamer ruimschoots toegelicht en alleszins begrijpelijk en redelijk. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer stond het [verweerder 2] tevens vrij om in het kader van een te treffen schikking de uitspraak van de Ondernemingskamer in de uittredingsprocedure niet af te wachten en de goede en de kwade kansen met betrekking tot de afloop van die procedure te betrekken bij het aangaan van de VSO. Het stond partijen ook vrij om daarbij voor de peildatum aan te sluiten bij het tussenvonnissen van 9 juli 2014, ongeacht de daarover ingenomen stellingen in de uittredingsprocedure en ongeacht de overwegingen en het oordeel van de Ondernemingskamer in het arrest in het incident in de uittredingsprocedure. De stelling van JKS en STAK dat de beoogde inkoop van de aandelen van [verweerder 4] het arrest in het incident in de uittredingsprocedure zou doorkruisen, gezien de met dat arrest beoogde status quo, moet worden verworpen. [verweerder 2] heeft in het kader van een schikking en met het oog op de belangen van DEM de afweging kunnen maken om de uitkomst van dat arrest juist niet af te wachten, maar in plaats daarvan, mede onder druk van de

15 Zie voetnoot 1 hiervoor. Zie over deze beschikking ook M.W. Josphus Jitta, 'Bochtenwerk van de Ondernemingskamer en de dekking van de kosten van verweer', *Ondernemingsrecht* 2020/25.

bestaande onzekerheid over de uitkomst, met [verweerder 4] tot een afspraak te komen.

3.8. Voorts valt niet in te zien waarom JKS of [betrokkene 3] bij de onderhandelingen betrokken hadden moeten worden. Ook hierin had [verweerder 2] de bevoegdheden die hem als bestuurder toekomen en mocht hij dus laten meewegen dat gegeven de conflictueuze verhoudingen binnen DEM, het betrekken van JKS of [betrokkene 3] bij de onderhandeling de kans op het bereiken van overeenstemming over een schikking mogelijk niet ten goede zouden komen. Dat de Ondernemingskamer in de beschikking van 5 januari 2016 heeft overwogen dat [verweerder 2] het tot zijn taak mag rekenen een minnelijke schikking te beproeven tussen [verweerder 4] en [betrokkene 3], betekent vanzelfsprekend niet dat hij daartoe verplicht zou zijn, noch dat daarmee een schikking tussen [verweerder 4] en DEM zou zijn uitgesloten. Overigens blijkt uit de VSO dat [verweerder 2] wel degelijk ook rekening heeft gehouden met de belangen van JKS, [betrokkene 3] en STAK. Zo worden alle vorderingen en aanspraken van [verweerder 4] op JKS, [betrokkene 3] of STAK aan DEM overgedragen en wordt JKS, [betrokkene 3] en STAK uitdrukkelijk de tijd en gelegenheid geboden de VSO desgewenst ter toetsing aan de rechter voor te leggen. Dat JKS, [betrokkene 3] en STAK bij e-mail van 19 april 2019 zijn geïnformeerd over de getroffen schikking tussen DEM en [verweerder 4] en bij deze e-mail als bijlagen de VSO en de rapportage van [A] zijn gevoegd, is in dit verband afdoende.

3.9. Niet valt in te zien dat met het aangaan van de VSO de waarborgen uit een uittredingsprocedure zijn omzeild, zo die waarborgen al onverkort van toepassing zouden zijn in het kader van een schikking. Het stond partijen vrij om in onderling overleg tot een prijsafpraak te komen. Daarbij is [A] ingeschakeld, die de beschikking heeft gekregen over alle waarderingsrapporten die in de uittredingsprocedure in eerste aanleg in het geding zijn gebracht (dus ook de rapporten van de zijde van JKS). Dat de prijsvaststelling die door [A] is verricht onzorgvuldig, overhaast en/of niet objectief zou zijn geweest en dat dit – zo begrijpt de Ondernemingskamer de stelling van JKS en STAK – tot een jegens DEM en JKS (en [betrokkene 3]) onredelijke prijs voor de aandelen van [verweerder 4] heeft geleid en wel zodanig dat zij daardoor ernstig in hun belangen zijn geschaad, is door DEM en [verweerder 4] afdoende weerlegd; de informatie die [A] meende nodig te hebben voor het opstellen van de waardering, is ter beschikking gesteld. Zoals DEM en [verweerder 4] hebben toegelicht moet de achtergrond van artikel 1.2 (iii) (zie hierboven onder 2.2 [onder 1.2 hiervoor, A-G]) worden gezien in het licht van de omstandigheid dat binnen de DEM groep niet wordt gewerkt met uitgeschreven businessplannen en prognoses, en dat de waardering moest worden gebaseerd op de informatie die voor DEM beschikbaar was. Daarover valt aan [verweerder 2] in ieder geval geen verwijt te maken. De Ondernemingskamer ziet geen grond voor het oordeel dat [verweerder 2] met het voornemen de door [A] vastgestelde prijs voor de aandelen aan [verweerder 4] te betalen, de belangen van DEM of JKS (en [betrokkene 3]) zou schenden. Zowel DEM als [verweerder 4] hebben de door [A] vastgestelde waardering van de aandelen van [verweerder 4] tot uitgangspunt genomen, waarbij de discussie over het dividend in het kader van de vaststelling van de definitieve koopprijs buiten het bestek van de VSO valt. De door Duff & Phelps opgestelde waardering van de aandelen in DEM per 31 maart 2019 legt in dit verband geen gewicht in de schaal, nu in de VSO een waarde-

ring per 9 juli 2014 is overeengekomen. Dat brengt de Ondernemingskamer op het punt van de balans- en uitkeringstoets. 3.10. [verweerder 4] en DEM hebben ter terechtzitting bevestigd dat een op de voet van artikel 2:227 lid 2 BW nog te verrichten balans- en uitkeringstoets onderdeel is van de uitvoering van de VSO en dat artikel 3.1 sub (i) van de VSO (zie hierboven onder 2.2 [onder 1.2 hiervoor, A-G]) is geformuleerd en bedoeld als een opschortende voorwaarde. Blijkt de uitkomst van de balans- en uitkeringstoets negatief te zijn, dan is er geen VSO tot stand gekomen. Het is aan [verweerder 2] als bestuurder om, in het kader van de uitvoering van de VSO, voorafgaand aan de overdracht van de door [verweerder 4] gehouden aandelen deze in artikel 2:207 lid 2 BW voorgeschreven balans- en uitkeringstoets te verrichten. Dit artikel-lid bepaalt dat de vennootschap geen volgestorte eigen aandelen mag verkrijgen indien het eigen vermogen, verminderd met de verkrijgingsprijs, kleiner is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden of indien het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de verkrijging niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. In het kader van deze toets kan [verweerder 2] naar het oordeel van de Ondernemingskamer betekenis toekennen aan de continuïteitbeoordeling die in het kader van het opmaken en controleren van de jaarrekening 2017 van DEM eind 2018 heeft plaatsgevonden. DEM heeft in dat verband verwezen naar een aantal overgelegde producties, waaronder (i) een memorandum van 10 december 2018 van B.R. de Rijck van der Gracht, CFO van de DEM groep, (ii) de toetsing van de destijds door de Ondernemingskamer aangewezen controller G. Rooijackers en (iii) de toetsing door EY, welke heeft geleid tot een goedkeurende accountantsverklaring. JKS en STAK hebben daartegenover gesteld dat reeds nu vaststaat dat de uitkeringstoets negatief uitvalt en dat betaling van de koopprijs voor de aandelen van [verweerder 4] desastreuze gevolgen heeft voor de onderneming van DEM. Zij hebben zich in dat verband beroepen op een door hen overgelegd waarderingsrapport van Duff & Phelps van 27 mei 2019 en op een op dat rapport gebaseerde uitkeringstoets. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer staat het [verweerder 2] vrij om zelf te bepalen welke waarde hij te zijner tijd in het kader van de door hem te verrichten (actualisatie van de) balans- en uitkeringstoets toekent aan de genoemde rapporten van Duff & Phelps, en dat hij er daarbij ook voor kan kiezen deze buiten beschouwing te laten. In dat kader is van belang dat DEM ter terechtzitting onweersproken heeft gesteld dat uit het rapport van Duff & Phelps blijkt dat zij geen kennis heeft kunnen nemen van de continuïteitstoets van december 2018, terwijl bovendien wordt uitgegaan van de aanname dat DEM doorgaat met het doen van investeringen in verlieslatende activiteiten, waarvoor een businessplan ontbreekt. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer moet nog blijken of die laatste aanname klopt, nu [verweerder 2] gaat over de hierover te maken beleidsmatige afwegingen. Die afweging kan ook anders uitpakken, namelijk dat die verlieslatende activiteiten worden stopgezet, zonder dat daarvan op voorhand gezegd kan worden dat hij daarmee kennelijk onredelijk handelt. Anders dan JKS en STAK hebben gesteld, ziet de Ondernemingskamer geen aanwijzingen, ook niet in het aangaan en uitvoeren van de VSO, dat [verweerder 2] afstevent op een liquidatiescenario. Ter terechtzitting is bevestigd dat DEM de *going concern* doelstelling niet verlaat. DEM stelt dat JKS en STAK in dat verband een onjuiste voorstelling van zaken geven. De Ondernemingskamer overweegt tot slot dat door [verweerder 2]

genomen of voorgenomen maatregelen waaronder het reduceren van de beloning van [betrokkene 3] en het door BACS Investing B.V. – waarvan DEM bestuurder is – verkopen van haar aandeel in de villa in Noordwijk, niet kunnen worden gekwalificeerd als liquidatiehandelingen, terwijl ook overigens die handelingen geen blijk geven van kennelijk onredelijk bestuurlijk optreden van [verweerder 2].

3.11. De Ondernemingskamer is van oordeel – in lijn met de brief van de notaris van 24 april 2019 hierboven onder 2.5 [onder 1.5 hiervoor, A-G] – dat [verweerder 4] voor de levering van zijn aandelen niet de toestemming behoeft van de Ondernemingskamer op de voet van artikel 2:338 lid 1 juncto artikel 2:342 BW. [verweerder 4] is immers de eiser in de uitredingsprocedure en niet de verweerder.

3.12. Ook met betrekking tot de overige aangevoerde bezwaren tegen de VSO geldt dat [verweerder 2] als bestuurder van DEM de vrijheid had om te onderhandelen met [verweerder 4] en daarbij tot zaken te komen. Dat partijen elkaar daarbij over een weer op onderdelen tegemoet zijn gekomen ligt in de aard van schikkingsonderhandelingen besloten. Zoals hiervoor al is overwogen is daarbij binnen redelijke grenzen ook rekening gehouden met de belangen van JKS, [betrokkene 3] en STAK. Dat JKS en STAK liever een andere uitkomst van de onderhandelingen hadden gezien of dat deze uitkomst door henzelf niet zou zijn aanvaard, maakt nog niet dat [verweerder 2] kennelijk onredelijk heeft gehandeld door de VSO te sluiten. De stelling dat de VSO in strijd is met het eigendomsrecht van JKS en STAK wordt door de Ondernemingskamer gepasseerd. De VSO betreft uiteindelijk de overdracht van de eigendom van aandelen van [verweerder 4] aan DEM voor een bepaalde prijs, waarbij als voorwaarde geldt dat de uitkomst van een balans- en uitkeringstoets conform artikel 2:207 lid 2 BW aan de uitvoering van die overeenkomst niet in de weg staat. Onvoldoende is toegelicht op grond waarvan de genoemde eigendomsrechten zouden zijn geschonden.

3.13. Tot slot overweegt de Ondernemingskamer dat het verwijt van JKS en STAK aan [verweerder 4] dat hij met het aangaan en uitvoeren van de VSO in strijd handelt met 2:8 BW in het licht van al het voorgaande onvoldoende gefundeerd is. Ook overigens ziet de Ondernemingskamer in het aangaan en uitvoeren van die overeenkomst geen strijd met artikel 2:8 BW.

3.14. De slotsom luidt dat [betrokkene 3] en de dochtervennootschappen niet ontvankelijk zullen worden verklaard in de verzoeken en dat voor de toewijzing van de verzoeken van JKS en STAK geen grondslag bestaat, zodat die verzoeken zullen worden afgewezen. [betrokkene 3], JKS en STAK zullen hoofdelijk worden veroordeeld in de kosten van DEM en van [verweerder 4]. Voor een verdere proceskostenveroordeling ziet de Ondernemingskamer geen aanleiding.

Vervolgens beslist de ondernemingskamer op het verzoek DEM als bedoeld onder 2.5 hiervoor en gewijzigd als bedoeld onder 2.12 hiervoor met zaaknummer 200.215.784/04 OK. Over dat verzoek overweegt de ondernemingskamer als volgt:

3.15. Ten aanzien van vraag of de dochtervennootschappen en [betrokkene 3] belanghebbenden zijn in de onderhavige procedure, overweegt de Ondernemingskamer dat nog daargelaten of de dochtervennootschappen en [betrokkene 3] in deze fase van de enquêteprocedure nog kunnen worden toegelaten als belanghebbenden (zij waren dat tot nu niet) het in ieder geval op hun weg had gelegen om hun belang in het kader van de door DEM gedane verzoeken nader toe te lichten. Die toelichting is onvoldoende. Enkele omstandigheid dat [betrokkene 3] en de dochtervennootschappen in de VSO

worden genoemd, maakt hen nog niet tot belanghebbenden bij de verzoeken van DEM als hierboven weergegeven onder 1.7 en 1.14 [onder 2.5 en 2.12 hiervoor, A-G].

3.16. DEM heeft aan haar verzoek tot opheffing van de overdracht van de door [verweerder 4] gehouden aandelen ten titel van beheer aan [verweerder 3] ten grondslag gelegd dat het niet mogelijk is dat [verweerder 4] de door hem gehouden aandelen overdraagt en dat DEM die aandelen koopt, zolang die aandelen onder het beheer van [verweerder 3] vallen. Om die reden is in artikel 3.1 (ii) van de VSO opgenomen (zie hierboven onder 2.2 [onder 1.2 hiervoor, A-G]) dat op verzoek van DEM en/of [verweerder 4] de Ondernemingskamer een beschikking zal geven waarmee het beheer van de aandelen die [verweerder 4] in DEM houdt, zoals dat laatstelijk is bevolen bij beschikking van 23 januari 2018, wordt opgeheven met als doel [verweerder 4] in staat te stellen zijn aandelen te verkopen en te leveren aan DEM zoals voorzien in de VSO.

3.17. De Ondernemingskamer is van oordeel dat het verzoek is gestoeld op de onjuiste rechtsopvatting dat de beheerder van aandelen, aan wie in het kader van een enquête procedure bij wijze van (onmiddellijke) voorziening aandelen ten titel van beheer zijn overgedragen, niet alleen het beheer over die aandelen verkrijgt, maar tevens beschikkingsbevoegd is om die aandelen te vervreemden. De Ondernemingskamer wijst in dit verband op haar uitspraak van 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1535<sup>16</sup>, A-G], waarin in rechtsoverweging 3.9 is overwogen

“(…) De voorziening overdracht van aandelen ten titel van beheer brengt niet mee dat de aandelen in goederenrechtelijke zin tot het vermogen van de beheerder gaan behoren. Het gaat in de context van het enquêterecht om een rechtsfiguur sui generis, die, mede in het licht van het bepaalde in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, geen verdergaande gevolgen heeft dan noodzakelijk is voor het daarmee beoogde doel, te weten (in het onderhavige geval) het bevorderen van sanering en herstel van gezonde verhoudingen binnen de vennootschap. Dit betekent dat de voorziening overdracht van aandelen ten titel van beheer bewerkstelligt dat de aan de aandelen verbonden vennootschapsrechtelijke bevoegdheden (waaronder het vergaderrecht en het stemrecht) tijdelijk zijn overgedragen aan de beheerder, maar dat de overige aandeelhoudersrechten (waaronder het recht op dividend, voorkeursrechten en rechten in het kader van de geschillenregeling en de uitkoopprocedure) bij de aandeelhouder blijven. De door de Ondernemingskamer benoemde beheerder van aandelen is dan ook niet bevoegd om over de aan hem in beheer gegeven aandelen te beschikken; die bevoegdheid blijft bij de aandeelhouder. Opmerking verdient nog dat beslag, executie, bezwaring en vervreemding van de aandelen het beheer niet raken. Ten slotte merkt de Ondernemingskamer op dat voor zover eerdere uitspraken blijk gaven van een andere opvatting omtrent de reikwijdte van de voorziening overdracht van aandelen ten titel van beheer, zij hiervan terugkomt, en dat het voorgaande zowel geldt voor op de voet van artikel 2:349a BW als voor op de voet van artikel 2:356 BW getroffen voorzieningen van

16 Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 30 april 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1535, ARO 2019/114, JOR 2019/187 m.nt. A.F.J.A. Leijten, *Ondernemingsrecht* 2019/102 m.nt. M.W. Josephus Jitta.

overdracht van aandelen ten titel van beheer. Het voorgaande laat overigens onverlet dat de Ondernemingskamer zo nodig de (vennootschapsrechtelijke) gevolgen van een daar haar getroffen voorziening van overdracht van aandelen ten titel van beheer nader kan regelen (met (analoge) toepassing van artikel 2:357 lid 2 BW).”

Bovenstaande overweging brengt mee dat de getroffen voorziening waarbij aan [verweerder 3] mede de aandelen die [verweerder 4] in DEM houdt ten titel van beheer zijn overgedragen, onverlet laat dat [verweerder 4] over die aandelen kan en mag beschikken. Daarmee is de materiële grondslag aan het verzoek komen te ontvallen. Nu er geen andere (relevante) gronden zijn aangevoerd om reeds thans tot opheffing van de getroffen voorziening over te gaan en de Ondernemingskamer daartoe ook overigens geen aanleiding ziet, zal het verzoek worden afgewezen. Dat in artikel 3.1 (ii) van de VSO als voorwaarde voor de totstandkoming van de VSO wordt genoemd dat de bewuste voorziening wordt opgeheven – eveneens met als grondslag dat daarmee de weg voor Graver vrij zou worden gemaakt om over zijn aandelen te beschikken – maakt dit oordeel niet anders. DEM en [verweerder 4] zouden dit punt in onderling overleg en gezien de voorgaande overweging kunnen oplossen. Nadat levering van de aandelen die [verweerder 4] houdt aan DEM heeft plaatsgevonden, kan aan de Ondernemingskamer worden verzocht de onmiddellijke voorziening voor zover die strekt tot overdracht ten titel van beheer van de betreffende aandelen – die [verweerder 4] heeft gehouden en dan door DEM worden gehouden – op te heffen.

3.18. Met betrekking tot het verzoek om op de voet van artikel 2:357 lid 6 BW te bepalen dat DEM de redelijke en in redelijkheid te maken kosten van verweer van [verweerder 2] en [verweerder 3] ter zake de vaststelling van aansprakelijkheid jegens DEM, JKS, STAK, [betrokkene 3] en de dochtervennootschappen vanwege onbehoorlijke taakvervulling en/of onrechtmatig handelen tijdens de tijdelijke aanstelling betaalt, overweegt de Ondernemingskamer als volgt. In zijn algemeenheid geldt dat functionarissen die door de Ondernemingskamer worden ingezet, kunnen worden geconfronteerd – en dat lijkt in toenemende mate te gebeuren – met aansprakelijkstellingen. Die functionarissen werken in een omgeving waarin orde op zaken moet worden gesteld en waarin zij in meerdere of mindere mate tegenwerking kunnen ondervinden, terwijl ze tevens met het oog op de continuïteit van de onderneming beslissingen moeten nemen, waaraan risico's verbonden zijn. Voor hen geldt dat zij in vrijheid moeten kunnen optreden om de stappen te kunnen zetten en de besluiten te kunnen nemen die zij in het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming nodig achten, zonder bevreesd te hoeven zijn dat de kosten van verweer in het kader van een aansprakelijkstelling door henzelf moeten worden gedragen. Daarnaast geldt dat het voor de juiste toepassing van het enquêterecht en de effectiviteit van de in dat kader te treffen (onmiddellijke) voorzieningen van belang is dat er voldoende geschikte personen bereid zijn de functie van door de Ondernemingskamer benoemde functionaris te vervullen. Een afweging daarbij kan zijn of de mogelijke kosten van verweer tegen aansprakelijkstelling – ook buiten een aansprakelijkheidsverzekering – door die functionaris zelf zouden moeten worden gedragen. Gelet op deze overwegingen dient aan de functionarissen van de Ondernemingskamer comfort te worden geboden, in de zin dat zij waar nodig met succes zullen kunnen verzoeken dat de Ondernemingskamer bepaalt dat de kosten van verweer in het kader van een even-

tuele aansprakelijkstelling, zowel in de eerste als in de tweede fase van de enquête procedure door de rechtspersoon zullen worden gedragen. De Ondernemingskamer overweegt voorts dat de wettekst van artikel 2:357 lid 6 spreekt van “onbehoorlijke taakvervulling” en niet van onrechtmatig handelen. De Ondernemingskamer leest daarin echter geen beperking tot de kosten van verweer ter zake van de vaststelling van aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW, maar begrijpt de wettekst aldus dat het gaat om iedere aansprakelijkstelling – door de rechtspersoon of door derden – van de genoemde door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen ter zake van de door hen uit hoofde van hun benoeming vervulde taak. Een redelijke toepassing van genoemd artikel brengt immers mee dat ook kosten van verweer ter zake van verderingen op grond van onrechtmatige daad van met de rechtspersoon nauw verbonden partijen, zoals (middellijk) aandeelhouders en dochtervennootschappen, door de vennootschap moeten worden betaald.

3.19. [verweerder 2] opereert in een conflictueuze omgeving, waarbij een voortdurende dreiging van aansprakelijkstelling op de achtergrond aanwezig is, gelet op de uitlatingen van JKS, [betrokkene 3], STAK en de dochtervennootschappen in de processtukken. Dat geldt onder meer voor het aangaan en de uitvoering van de VSO, maar ook voor overige handelingen die hij als bestuurder in het belang van DEM verricht en nog zal verrichten. Het verweer van JKS en STAK dat het verzoek tot het treffen van de onmiddellijke voorziening moet worden afgewezen omdat DEM ([verweerder 2]) ten behoeve van [verweerder 2] een beroepsaansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten (een specifieke polis voor door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen) wordt door de Ondernemingskamer verworpen. Als in een voorkomend geval een functionaris aansprakelijk wordt gesteld, gaat het er in de eerste plaats om dat de vennootschap de kosten draagt en daarna komt aan de orde, of er een beroepsaansprakelijkheidsverzekering is, zo ja welke dekking die verzekering biedt en wat de betekenis hiervan is ten voordele van de vennootschap.

3.20. Bovenstaande overwegingen leiden tot de conclusie dat het verzoek te bepalen dat DEM de redelijke en in redelijkheid te maken kosten betaalt van verweer van [verweerder 2] ter zake de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling en/of onrechtmatig handelen tijdens de tijdelijke aanstelling, zal worden toegewezen.

3.21. Met betrekking tot de kosten van verweer van [verweerder 3] ter zake van de vaststelling van aansprakelijkheid overweegt de Ondernemingskamer als volgt. Weliswaar is vooralsnog niet gebleken dat [verweerder 3] als beheerder van alle aandelen in de algemene vergadering besluiten heeft genomen die op enige weerstand zijn gestuit, maar dat neemt niet weg dat niet kan worden uitgesloten, gelet op de conflictueuze omgeving waarin zij opereert, dat zij kosten van verweer zal moeten maken in het kader van een mogelijke aansprakelijkheidsstelling. Ook ten behoeve van haar zal het verzoek worden toegewezen.

3.22. Met betrekking tot de verzoeken te bepalen dat [verweerder 2] bevoegd is om een bedrag in *escrow* te plaatsen, overweegt de Ondernemingskamer als volgt. De Ondernemingskamer kwalificeert dit verzoek als een verzoek tot het treffen van een onmiddellijke voorziening, die ten nauwste samenhangt met de toewijzing van het verzoek met betrekking tot de kosten van verweer. Om de toewijzing van dat verzoek in dit geval doeltreffend te kunnen laten zijn, is het nodig dat de Ondernemingskamer aan [verweerder 2] de be-

treffende bevoegdheid toekent. Het feitelijk plaatsnemen van gelden buiten de macht van de vennootschap in *escrow*, is een gevolg van de te treffen onmiddellijke voorziening, welk gevolg niet wordt getroffen door beëindiging van de tweede fase procedure. De bepaling dat de vennootschap de kosten van verweer draagt, moet juist dan nog kunnen worden geëffectueerd. Dat kan alleen indien, ook na het beëindigen van de procedure gelden van de vennootschap, buiten de macht van de vennootschap, kunnen worden aangewend ten behoeve van de te maken kosten van verweer. De Ondernemingskamer acht dit een en ander noodzakelijk in het licht van het belang van een doeltreffende bescherming van de door de Ondernemingskamer benoemde functionarissen tegen de mogelijke kosten van verweer tegen aansprakelijkstelling vanwege hun taakvervulling. Het verzoek zal worden toegewezen nu het bedrag van € 1 miljoen ten behoeve van beide functionarissen in het onderhavige geval de Ondernemingskamer op zich zelf niet onredelijk voorkomt.

3.23. Als mocht blijken – dit ter beoordeling van [verweerder 2] – dat de liquiditeitspositie van DEM het plaatsnemen van dit bedrag in *escrow* niet toelaat, dan is [verweerder 2] bevoegd, eveneens bij wijze van onmiddellijke voorziening en op gelijke wijze als hierboven overwogen, om op andere wijze zeker te stellen dat een bedrag van in totaal € 1 miljoen buiten de macht van DEM wordt gereserveerd ten behoeve van beide functionarissen ter voldoening van de hierboven bedoelde kosten van verweer.

3.24. DEM ([verweerder 2]) heeft de Ondernemingskamer in dat verband verzocht – zo verstaat de Ondernemingskamer – goedkeuring te geven aan twee conceptbesluiten van DEM. Deze besluiten gaan in op de situatie die zich zal voordoen als de VSO is geëffectueerd en vervolgens de enquêteprocedure wordt beëindigd en de getroffen (onmiddellijke) voorzieningen worden opgeheven. Conceptbesluit 1 houdt in de kern in dat (i) aan [verweerder 2] *decharge* wordt verleend, (ii) DEM onherroepelijk en onvoorwaardelijk afstand doet van vorderingen of aanspraken jegens [verweerder 2] en dat aan [verweerder 2] finale kwijting wordt verleend, (iii) [verweerder 2] zich in een voorkomend geval van aansprakelijkheidstel[l]ing kan laten hijsaan door de advocaten die thans DEM en hem bijstaan en dat [verweerder 2] een kopie van het volledig dossier wordt verstrekt en (iv) aan [verweerder 2] toestemming wordt gegeven zeker te stellen dat een bedrag van vooralsnog € 1 miljoen buiten het vermogen en de macht van DEM wordt gereserveerd, welk bedrag strekt ten behoeve van zowel [verweerder 2] als (conform separaat besluit 2) [verweerder 3], zodanig dat [verweerder 2] hierover kan beschikken ter voldoening van kosten van verweer ter zake de vaststelling van zijn aansprakelijkheid jegens DEM, JKS, STAK, [betrokkene 3] en de dochtervennootschappen, in verband met zijn tijdelijke aanstelling als bestuurder. Conceptbesluit 1 zal worden ondertekend door [verweerder 3] vanwege een mogelijk tegenstrijdig belang van [verweerder 2], Conceptbesluit 2 houdt in de kern in dat DEM ([verweerder 2]) zeker stelt dat een bedrag van vooralsnog € 1 miljoen buiten het vermogen en de macht van DEM wordt gereserveerd, welk bedrag strekt ten behoeve van zowel [verweerder 3] als (conform conceptbesluit 1) [verweerder 2], zodanig dat [verweerder 3] hierover kan beschikken ter voldoening van kosten van verweer ter zake de vaststelling van haar aansprakelijkheid jegens DEM, JKS, STAK, [betrokkene 3] en de dochtervennootschappen, in verband met haar tijdelijke aanstelling als beheerder.

3.25. De Ondernemingskamer overweegt met betrekking tot deze twee conceptbesluiten dat aan [verweerder 2] de be-

voegdheid toekomt om deze of vergelijkbare besluiten te nemen – met goedkeuring van [verweerder 3] – zonder dat hierin kennelijke onredelijk handelen valt te zien. Dat zelfde geldt voor de vraag of [verweerder 2] de bevoegdheid heeft om DEM op voorhand zekerheden te laten verstrekken met betrekking tot de betaling van de kosten van verweer. Voor het toewijzen van het verzoek ziet de Ondernemingskamer echter geen aanleiding; een en ander valt immers binnen de uitoefening van zijn bevoegdheid.

3.26. Voor het treffen van overige (onmiddellijke) voorzieningen ziet de Ondernemingskamer geen grond.

3.27. De Ondernemingskamer zal JKS en STAK als de overwegend in het ongelijk gestelde partijen, veroordelen in de kosten van het geding van DEM, [verweerder 4] en [verweerder 3]. Voor een verdere proceskostenveroordeling ziet de Ondernemingskamer geen aanleiding.<sup>17</sup>

2.15. Bij op 8 oktober 2019 – derhalve tijdig<sup>17</sup> – bij de Hoge Raad ingekomen verzoekschrift hebben JKS c.s. cassatieberoep ingesteld tegen de beschikking van de ondernemingskamer van 8 juli 2019. [verweerder 2] en [verweerder 3] hebben een verzoekschrift, tevens houdende exceptief verweer ingediend. Zij concluderen tot niet-ontvankelijkheid, althans verwerping van het cassatieberoep. DEM heeft eveneens een verzoekschrift ingediend. DEM concludeert tot gegrondbevinding van alle in het verzoekschrift tot cassatie van JKS c.s. opgenomen klachten, kosten rechtens. JKS c.s. hebben naar aanleiding van het exceptieve verweer van [verweerder 2] en [verweerder 3] een verzoekschrift ingediend, waarin zij concluderen tot ongegrondbevinding en verwerping van de door [verweerder 2] en [verweerder 3] als exceptief opgeworpen verweren, kosten rechtens.

2.16. Ten slotte wijs ik hier op het verdere procesverloop, na de bestreden beschikking van 8 juli 2019. Bij brief van 17 juli 2019 hebben DEM en [verweerder 2] de ondernemingskamer verzocht de enquêteprocedure en de (onmiddellijke) voorzieningen te beëindigen nu de tussen DEM en [verweerder 4] gesloten VSO van 15 maart 2019 is uitgevoerd en alle voorheen door [verweerder 4] gehouden aandelen in het kapitaal van DEM door DEM zijn verworven. Bij beschikking van 25 juli 2019<sup>18</sup> heeft de ondernemingskamer dat verzoek ingewilligd door met ingang van de datum van de beschikking de bij haar beschikking van 23 januari 2018 getroffen voorzieningen te beëindigen. De ondernemingskamer heeft daartoe het volgende overwogen:

‘2.1. Nu van partijen geen bezwaren zijn ontvangen tegen het verzoek tot beëindiging van de getroffen voorzieningen en de Ondernemingskamer voorts niet is gebleken van enig belang dat zich tegen de toewijzing van het verzoek verzet, zal de Ondernemingskamer het verzoek inwilligen aldus dat zij met ingang van heden de bij beschikking van 23 januari 2018 getroffen voorzieningen en daarmee de tweede fase procedure zal beëindigen.

2.2. Deze beëindiging heeft tevens tot gevolg dat de bij beschikking van de Ondernemingskamer van 8 juli 2019 getroffen onmiddellijke voorziening is beëindigd. Ten overvloede wijst de Ondernemingskamer er op dat, zoals in die beschikking reeds is overwogen, het recht van [verweerder 2] en [verweerder 3] om over de buiten de macht van de vennootschap geplaatste gelden tot hun genoegen te kunnen beschik-

<sup>17</sup> Binnen de driemaandentermijn van art. 426 lid 1 Rv.

<sup>18</sup> Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 25 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2743, ARO 2019/160.

ken ter voldoening van, kort gezegd, hun kosten van verweer niet wordt getroffen door deze beëindiging van de tweede fase procedure.<sup>19</sup>

Tegen deze beschikking van 25 juli 2019 en tegen de beschikking van 23 januari 2018 is geen cassatieberoep ingesteld.

### 3. De bespreking van het cassatiemiddel

#### Exceptief verweer

3.1. Ik behandel eerst het exceptieve verweer van [verweerder 2] en [verweester 3] dat is opgenomen onder 4.2-4.5 van hun verweerschrift en dat gemotiveerd wordt bestreden bij verweerschrift van JKS c.s.

3.2. [verweerder 2] en [verweester 3] stellen zich op het standpunt dat het cassatieberoep van JKS c.s. niet-ontvankelijk is, althans faalt wegens gebrek aan belang. Zij beroepen zich daartoe op de *e-Traction*-beschikking van de Hoge Raad.<sup>19</sup> Zij stellen dat de onderhavige procedure gaat over verzoeken (met betrekking tot de uitvoering van de VSO en het zekerstellen van dekking van de kosten van verweer van de tijdelijke OK-functionarissen) waarop niet meer kan worden beslist nadat de enquêteprocedure is geëindigd. De enquêteprocedure is op 25 juli 2019, althans in ieder geval drie maanden later toen de cassatietermijn van de beschikking van 25 juli 2019 onbenut verstreek, definitief geëindigd. Nu de enquêteprocedure is geëindigd, met uitdrukkelijke instemming van JKS en STAK, is er volgens hen ook geen plaats meer om op het onderhavige cassatieberoep te beslissen en dienen JKS c.s. niet-ontvankelijk te worden verklaard, althans dient het cassatieberoep te worden verworpen. Een eventuele gegrondbevinding van (een deel van) de klachten zou ook niet kunnen leiden tot een andere uitkomst van de zaak, omdat de enquêteprocedure niet kan worden ‘heropend’ voor een beslissing op de onderhavige verzoeken. JKS c.s. hebben dus in ieder geval geen belang bij hun cassatieberoep. Dit leidt ertoe dat het cassatieberoep verder niet meer inhoudelijk hoeft te worden beoordeeld.

3.3. JKS c.s. hebben in hun verweerschrift aangevoerd dat (i) [verweerder 2] en [verweester 3] een oneigenlijke parallel trekken met het oordeel van de Hoge Raad in de *e-Tracktion*-beschikking, (ii) er geen reden is om aan te nemen dat gedurende de enquêteprocedure getroffen voorzieningen na afloop van de enquêteprocedure per definitie niet aantastbaar zijn door de hogere rechter; de stelling van [verweerder 2] en [verweester 3] feitelijk bewerkstelligt dat het oordeel van de ondernemingskamer niet ter beoordeling aan een hogere rechter kan worden voorgelegd, wat een schending van de in Rv, de Gw en het EVRM gewaarborgde rechten zou opleveren, (iv) er geen enkele grond bestaat om aan te nemen dat oorspronkelijke aandeelhouders zich tegen het vertrek van tijdelijke functionarissen zouden moeten verzetten om het rechtsmiddel van cassatie in te kunnen stellen tegen een beschikking die niet eens ziet op de benoeming of het vertrek van die functionarissen, (v) een eventueel oordeel dat JKS c.s. onvoldoende belang hebben bij hun cassatieberoep niet tot niet-ontvankelijkheid, maar hooguit tot verwerping van het beroep na inhoudelijke beoordeling kan leiden, (vi) irrelevant

is voor de vraag naar voldoende belang of gegrondbevinding van een deel van de cassatieklachten nog tot een andere ‘uitkomst’ van de enquêteprocedure als zodanig kan leiden, en (vii) het belang bij het cassatieberoep er in dit geval wel dege-lijks is.

3.4. In de *e-Traction*-beschikking heeft de Hoge Raad het volgende overwogen over het moment waarop de enquêteprocedure eindigt en wat dat betekent voor verzoeken tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen:

‘4.1.5. (...) De in art. 2:349a lid 2 en art. 2:355 lid 3 BW bedoelde onmiddellijke voorzieningen worden, blijkens eerstgenoemde bepaling, gegeven voor ten hoogste de duur van het geding. Met het geding wordt in dit verband bedoeld de enquêteprocedure. Die procedure eindigt, voor zover hier van belang, met het onherroepelijk worden van de beschikking op het verzoek als bedoeld in art. 2:355 lid 1 BW dan wel, ingeval tijdelijke voorzieningen als genoemd in art. 2:356, aanhef en onder c, d, en e, BW zijn getroffen die later eindigen dan het tijdstip waarop de zojuist genoemde beschikking onherroepelijk wordt, bij het eindigen van die voorzieningen. Nadat de enquêteprocedure is geëindigd, kunnen geen onmiddellijke voorzieningen meer worden getroffen.

Op het tijdstip dat de ondernemingskamer besliste over de verzoeken van *e-Traction Worldwide* (...), was de door haar getroffen voorziening van de tijdelijke overdracht van de aandelen in *e-Traction Europe* ten titel van beheer geëindigd door de overdracht van de aandelen aan StAK in het kader van de certificering daarvan, zoals al volgde uit haar vaststelling ter zake in de 2009-beschikking en overigens door het middel ook niet wordt bestreden. Naar in de 2009-beschikking ligt besloten, heeft de ondernemingskamer daarbij de duur van deze voorziening, die zij in haar 2008-beschikking vooralsnog had bepaald op twee jaar, bekort tot het tijdstip van dat einde. Op het tijdstip waarop de ondernemingskamer besliste over de verzoeken van *e-Traction Worldwide*, was voorts haar 2008-beschikking onherroepelijk geworden, doordat de Hoge Raad in zijn hiervoor genoemde beschikking van 25 juni 2010 het cassatieberoep daartegen had verworpen. De enquêteprocedure was op dat tijdstip dus geëindigd, zodat inderdaad, zoals de ondernemingskamer heeft geoordeeld, geen plaats meer was voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen.

Dit laatste wordt (...) niet anders doordat de tijdelijke voorziening van overdracht van de aandelen ten titel van beheer een blijvend gevolg heeft gehad door de certificering die heeft plaatsgevonden. Dit blijvende gevolg doet immers niet eraan af dat de voorziening zelf, en dus de enquêteprocedure, is geëindigd.’

3.5. Mijns inziens volgt uit dit oordeel in de *e-Traction*-beschikking voor het onderhavige geval dat met de onherroepelijk geworden beschikking van 25 juli 2019 de enquêteprocedure definitief is geëindigd en dat er dus geen plaats meer is voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Het is niet verwonderlijk dat JKS c.s. geen cassatieberoep hebben ingesteld tegen de beschikking van de ondernemingskamer van 25 juli 2019. Uit die beschikking blijkt juist dat JKS en STAK de ondernemingskamer bij brief van hun advocaat hebben bericht het beëindigingsverzoek van DEM en [verweerder 2] te ondersteunen.<sup>20</sup> Met deze beëindiging werd ook een einde

19 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1056, NJ 2012/393 m.nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2012/141 m.nt. M.W. Josephus Jitta & T. Barkhuysen, JIN 2012/79 m.nt. G.C. Vergouwen (*e-Traction*), rov. 4.1.5 Zie ook mijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2012:BV1056) voor die beschikking.

20 Hof Amsterdam (ondernemingskamer) 25 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2743, ARO 2019/160, rov. 1.11. Zie ook rov. 2.1, weergegeven onder 2.16 hiervoor.

gemaakt aan het tijdelijk bestuur van DEM door [verweerder 2] en het beheer van de aandelen DEM door [verweerder 3].<sup>21</sup> Mijns inziens is ook van belang dat geen cassatieberoep is ingesteld tegen de beschikking van 23 januari 2018, waarbij de voorzieningen die in de beschikking van 25 juli 2019 zijn beëindigd waren getroffen. In dit verband wijs ik ook op rov. 4.2.3 van de *e-Traction*-beschikking:

‘4.2.3. Ingevolge art. 2:357 lid 3 BW kan de rechtspersoon een door de ondernemingskamer op grond van art. 2:356 en eventueel 357 lid 1 of 2 BW getroffen voorziening niet ongedaan maken. In overeenstemming hiermee kunnen ook belanghebbenden alleen tegen de in dit verband door de ondernemingskamer gegeven beslissingen opkomen door daartegen tijdig een rechtsmiddel aan te wenden.

Dit laatste hebben verzoekers nagelaten. In hun cassatieberoep tegen de 2008-beschikking zijn zij niet opgekomen tegen de toekenning van genoemde bevoegdheden aan Cornelissen. Tegen de 2009-beschikking is door hen geen cassatieberoep ingesteld.’

Uit de *e-Traction*-beschikking volgt dus, naast dat geen plaats meer is voor het treffen van (nieuwe) onmiddellijke voorzieningen, ook dat geen plaats meer is voor het klagen over in de beschikking van 23 januari 2018 getroffen voorzieningen.

3.6. Nu het exceptieve verweer m.i. doel treft, kom ik aan inhoudelijke behandeling van de zaak niet toe.

#### 4. De conclusie

De conclusie strekt tot niet-ontvankelijkheid van de verzoekers in hun cassatieberoep.

### Hoge Raad

#### 1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar de beschikking in de zaken 200.215.784/04 OK en 200.215.784/05 OK van de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam van 8 juli 2019.

JKS c.s. hebben tegen de beschikking van het hof beroep in cassatie ingesteld.

DEM heeft een verweerschrift tot gegrondbevinding van alle in het verzoekschrift tot cassatie van JKS c.s. opgenomen klachten ingediend.

[verweerd 2 en 3] hebben een verweerschrift tevens houdende exceptief verweer tot niet-ontvankelijkheid althans verwerping ingediend.

JKS c.s. hebben een verweerschrift tot ongegrondbevinding en verwerping van het door [verweerd 2 en 3] opgeworpen exceptief verweer ingediend.

[verweerder 4] heeft geen verweerschrift ingediend.

Het cassatierekest, het verweerschrift van DEM en het verweerschrift tevens houdende exceptief verweer van [verweerd 2 en 3] zijn aan deze beschikking gehecht en maken daarvan deel uit.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot niet-ontvankelijkheid van de verzoekers in hun cassatieberoep.

De advocaat van JKS c.s. heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

#### 2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1-1.7 en 2.1-2.16. Deze komen, kort samengevat, op het volgende neer.

(i) In 2016 heeft de ondernemingskamer in zes beschikkingen, onder meer, een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van DEM over de periode vanaf 1 januari 2011 en, bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding, (i) [verzoeker 15] (hierna: [verzoeker 15]) geschorst als bestuurder van DEM, (ii) [verweerder 2] aangewezen als bestuurder van DEM, en (iii) bepaald dat de aandelen die JKS Holding B.V., Stichting Administratiekantoor D.E.M. en [verweerder 4] in DEM houden, ten titel van beheer zijn overgedragen aan [verweerder 3].<sup>22</sup> De Hoge Raad heeft de hiertegen gerichte cassatieberoepen verworpen.<sup>23</sup>

(ii) Bij beschikking van 23 januari 2018<sup>24</sup> heeft de ondernemingskamer onder meer verstaan dat blijkt van wanbeleid van DEM en dat [verzoeker 15] voor dat wanbeleid verantwoordelijk is. Voorts heeft de ondernemingskamer, bij wijze van voorziening vooralsnog voor een periode van twee jaar vanaf 23 januari 2018, (i) [verzoeker 15] geschorst als bestuurder van DEM, (ii) [verweerder 2] tot bestuurder van DEM benoemd, en (iii) bepaald dat alle aandelen die worden gehouden in het kapitaal van DEM, ten titel van beheer zijn overgedragen aan [verweerder 3] als beheerder van die aandelen. Tegen deze beschikking is geen cassatieberoep ingesteld.

(iii) Op 15 maart 2019 hebben DEM en [verweerder 4] een vaststellingsovereenkomst gesloten die ertoe strekt dat DEM alle door [verweerder 4] in DEM gehouden aandelen koopt.

2.2. In dit geding verzoekt DEM de ondernemingskamer, kort samengevat en voor zover in cassatie van belang, (i) de overdracht ten titel van beheer van de door [verweerder 4] in het kapitaal van DEM gehouden aandelen op te heffen, en (ii) te bepalen dat [verweerder 2] bevoegd is een bedrag van € 1 miljoen in escrow te plaatsen, dan wel anderszins buiten de macht van DEM te reserveren, met het oog op de redelijke en in redelijkheid te maken kosten van verweer van [verweerd 2 en 3] in het kader van de vaststelling van hun aansprakelijkheid jegens DEM en JKS c.s.

JKS c.s. verzoeken de ondernemingskamer onder meer om DEM en [verweerder 4] te verbieden om uitvoering te geven

21 Zie hierover ook het verweerschrift JKS c.s. onder 17: ‘Het was (...) juist in het belang van JKS c.s. dat de voorzieningen zo snel mogelijk werden beëindigd. Een succesvol bezwaar zou immers hebben geleid tot een verlenging van de “periode [verweerder 2] c.s.”. Die periode werd voor JKS c.s. gekenmerkt door een volledig gebrek aan zeggenschap over de eigen onderneming, grote risico’s ten aanzien van de bedrijfsvoering en daarmee de aandeelhouderswaarde, extreem hoge kosten, etc.’

22 Gerechtshof Amsterdam (ondernemingskamer) 5 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1; Gerechtshof Amsterdam (ondernemingskamer) 12 januari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:381; Gerechtshof Amsterdam (ondernemingskamer) 16 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:712; Gerechtshof Amsterdam (ondernemingskamer) 28 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1611; Gerechtshof Amsterdam (ondernemingskamer) 10 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1779; Gerechtshof Amsterdam (ondernemingskamer) 13 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5293.

23 HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:361 en HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:357.

24 Gerechtshof Amsterdam (ondernemingskamer) 23 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:451.

aan de hiervoor in 2.1 onder (iii) bedoelde vaststellingsovereenkomst.

2.3. Bij beschikking van 8 juli 2019<sup>25</sup> heeft de ondernemingskamer, kort samengevat en voor zover in cassatie van belang, het verzoek van DEM tot opheffing van de overdracht ten titel van beheer van de door [verweerder 4] gehouden aandelen afgewezen, en het verzoek van DEM te bepalen dat [verweerder 2] bevoegd is tot het plaatsen van een bedrag van € 1 miljoen in escrow, toegewezen. Voorts heeft de ondernemingskamer JKS c.s. deels niet-ontvankelijk verklaard in hun verzoeken en die verzoeken voor het overige afgewezen.

2.4. Nadat uitvoering was gegeven aan de hiervoor in 2.1 onder (iii) bedoelde vaststellingsovereenkomst, hebben DEM en [verweerder 2] de ondernemingskamer verzocht de enquêteprocedure en de (onmiddellijke) voorzieningen te beëindigen. Bij beschikking van 25 juli 2019<sup>26</sup> heeft de ondernemingskamer dat verzoek ingewilligd en met ingang van 25 juli 2019 de hiervoor in 2.1 onder (ii) bedoelde voorzieningen beëindigd. Tegen deze beschikking is geen cassatieberoep ingesteld.

### 3. Beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep

3.1. JKS c.s. hebben tijdig cassatieberoep ingesteld van de hiervoor in 2.3 bedoelde beschikking van de ondernemingskamer.

3.2. Met een beroep op de e-Traction-beschikking van de Hoge Raad<sup>27</sup> hebben [verweerders 2 en 3] aangevoerd dat JKS c.s. niet-ontvankelijk zijn in hun cassatieberoep op de grond – kort gezegd – dat de enquêteprocedure inmiddels onherroepelijk is geëindigd doordat de hiervoor in 2.4 bedoelde beschikking van de ondernemingskamer in kracht van gewijsde is gegaan. Nu de enquêteprocedure is geëindigd, is er geen plaats meer voor een beslissing in cassatie over de hiervoor in 2.3 bedoelde beschikking, aldus [verweerders 2 en 3].

3.3. Dit beroep op niet-ontvankelijkheid faalt. De Hoge Raad heeft in de e-Traction-beschikking (rov. 4.1.5) beslist dat na het eindigen van de enquêteprocedure geen plaats meer is voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen als bedoeld in art. 2:349a lid 2 BW, dan wel (al dan niet tijdelijke) voorzieningen als bedoeld in art. 2:355 lid 1 BW in verbinding met art. 2:356 BW. Uit die beschikking volgt niet dat het eindigen van de enquêteprocedure meebrengt dat een partij niet-ontvankelijk is in haar tijdig ingestelde cassatieberoep van een beschikking die de ondernemingskamer in de loop van de enquêteprocedure heeft gegeven. Ook na het eindigen van de enquêteprocedure kan in cassatie worden onderzocht of een gedurende de enquêteprocedure gegeven beschikking van de ondernemingskamer moet worden vernietigd op de in art. 79 RO bedoelde gronden, mits tegen die beschikking tijdig en op de juiste wijze cassatieberoep is ingesteld. In dat verband is niet van belang of de ondernemingskamer in haar beschikking al dan niet een voorziening heeft getroffen die een blijvend gevolg heeft.

### 4. Beoordeling van het middel

De klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het

namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

### 5. Beslissing

De Hoge Raad:

– verwerpt het beroep;

– veroordeelt JKS c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerders 2 en 3] begroot op € 404,07 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris, en aan de zijde van DEM begroot op nihil.

### NOOT

1. Dit arrest ziet op een enquêteprocedure. De Hoge Raad heeft de vraag beantwoord of een tijdig ingesteld cassatieberoep tegen door de Ondernemingskamer (OK) getroffen voorzieningen niet-ontvankelijk is, omdat de enquêteprocedure nadien onherroepelijk is geëindigd. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend.

2. Dit arrest is een van de vele uitspraken in de Deus Ex Machina-kwestie (DEM). De OK heeft in 2016 (i) onder meer een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van DEM over de periode vanaf 1 januari 2011 en, bij wijze van onmiddellijke voorziening en vooralsnog voor de duur van het geding, een van de verzoekers ('D') geschorst als bestuurder van DEM, (ii) een van de verweerders aangewezen als bestuurder van DEM ('A'), en (iii) bepaald dat de aandelen die JKS Holding B.V. ('JKS'), Stichting Administratiekantoor D.E.M. en een van de verweerders ('C') in DEM houden, ten titel van beheer zijn overgedragen aan een andere verweerder ('B'). Bij beschikking van 23 januari 2018 heeft de OK onder meer overwogen dat blijkt van wanbeleid van DEM en dat D voor dat wanbeleid verantwoordelijk is. Ook heeft de OK bij wijze van voorziening vooralsnog voor een periode van twee jaar vanaf 23 januari 2018 D geschorst als bestuurder van DEM, A tot bestuurder van DEM benoemd, en bepaald dat alle aandelen die worden gehouden in het kapitaal van DEM, ten titel van beheer zijn overgedragen aan B. Tegen deze beschikking is geen cassatieberoep ingesteld. Op 15 maart 2019 hebben DEM en C een vaststellingsovereenkomst gesloten, inhoudende dat DEM alle door C in DEM gehouden aandelen koopt ('Vaststellingsovereenkomst').

3. In de procedure die tot de hier besproken uitspraak in cassatie heeft geleid, verzoekt DEM de OK (i) de overdracht ten titel van beheer van de door C in het kapitaal van DEM gehouden aandelen op te heffen, en (ii) te bepalen dat A bevoegd is een bedrag van € 1 miljoen in escrow te plaatsen, dan wel anderszins buiten de macht van DEM te reserveren, met het oog op de redelijke en in redelijkheid te maken kosten van verweer van A en B in het kader van de vaststelling van hun aansprakelijkheid jegens DEM en JKS c.s.

4. JKS c.s. verzoekt de OK onder meer om DEM en C te verbieden om uitvoering te geven aan de Vaststellingsovereenkomst.

5. Bij beschikking van 8 juli 2019 heeft de OK het verzoek van DEM tot opheffing van de overdracht ten titel van beheer van de door C gehouden aandelen afgewezen en het verzoek van DEM te bepalen dat A bevoegd is tot het plaatsen van een bedrag van € 1 miljoen in escrow, toegewezen. Ook heeft de OK JKS c.s. deels niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoeken en die verzoeken voor het overige afgewezen.

25 Gerechtshof Amsterdam (ondernemingskamer) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182.

26 Gerechtshof Amsterdam (ondernemingskamer) 25 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2743.

27 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1056.

6. Nadat uitvoering aan de Vaststellingsovereenkomst gegeven was, hebben DEM en A de OK verzocht de enquêteprocedure en de (onmiddellijke) voorzieningen te beëindigen. Bij beschikking van 25 juli 2019 heeft de OK dat verzoek ingewilligd en de bij beschikking van 23 januari 2018 gegeven voorzieningen beëindigd. Tegen deze beschikking is geen cassatieberoep ingesteld.

7. Met een beroep op de *e-Traction*-beschikking (HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1056, NJ 2012/393, m.nt. P. van Schilfgaarde, «JOR» 2012/141, m.nt. M.W. Josephus Jitta & T. Barkhuysen, «JIN» 2012/79, m.nt. G.C. Vergouwen) hebben A en B aangevoerd dat JKS c.s. in haar cassatieberoep niet-ontvankelijk is, omdat de enquêteprocedure inmiddels onherroepelijk is geëindigd, doordat de beschikking van 25 juli 2019 van de OK in kracht van gewijsde is gegaan.

8. Ook A-G Timmerman meent dat uit de *e-Traction*-beschikking volgt dat, naast dat geen plaats meer is voor het treffen van (nieuwe) onmiddellijke voorzieningen, geen plaats meer is voor het klagen over in de beschikking van 23 januari 2018 getroffen voorzieningen. Zie onderdeel 3.4 en 3.5 van zijn conclusie.

9. De opvattingen van de verweerders en A-G Timmerman hebben een – op het eerste gezicht – begrijpelijke en praktische inslag.

10. De Hoge Raad denkt er anders over. Hij overweegt in r.o. 3.3 onder verwijzing naar de *e-Traction*-beschikking dat ook na het eindigen van de enquêteprocedure in cassatie kan worden onderzocht of een gedurende de enquêteprocedure gegeven beschikking van de OK moet worden vernietigd op de in art. 79 RO bedoelde gronden. Uiteraard moet tegen die beschikking tijdig en op de juiste wijze cassatieberoep zijn ingesteld. In dat verband is niet van belang of de OK in haar beschikking al dan niet een voorziening heeft getroffen die een blijvend gevolg heeft, aldus de Hoge Raad.

11. In diezelfde rechtsoverweging legt de Hoge Raad uit wat hij in de *e-Traction*-beschikking 'slechts' heeft beslist. Dat is dat na het eindigen van de enquêteprocedure geen plaats meer is voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen ex art. 2:349a lid 2 BW of (al dan niet tijdelijke) voorzieningen ex art. 2:355 lid 1 BW jo. art. 2:356 BW; maar niet dat het eindigen van de enquêteprocedure meebrengt dat een partij niet-ontvankelijk is in haar tijdig ingestelde cassatieberoep van een beschikking die de OK in de loop van de enquêteprocedure heeft gegeven.

12. Uit de overweging van de Hoge Raad is niet veel achtergrond af te leiden. Het is een formeel ingestoken overweging. Wellicht heeft de Hoge Raad zich laten inspireren door het verweer van JKS tegen het beroep op niet-ontvankelijkheid. JKS betoogde dat (i) er een oneigenlijke parallel getrokken wordt met de *e-Traction*-beschikking, (ii) gedurende de enquêteprocedure getroffen voorzieningen na afloop van de enquêteprocedure niet per definitie door de hogere rechter onaantastbaar hoeven te zijn. Het niet-ontvankelijkheidsverweer komt erop neer dat het oordeel van de OK niet door een hogere rechter kan worden getoetst. Dat is in strijd met de in Rv, de Grondwet en het EVRM gewaarborgde rechten, (iii) niet aannemelijk is dat de oorspronkelijke aandeelhouders zich tegen het vertrek van tijdelijke functionarissen zouden moeten verzetten door cassatie te kunnen instellen tegen een beschikking die niet ziet op de benoeming of het vertrek van die functionarissen, (iv) een eventueel oordeel dat JKS onvoldoende belang heeft bij haar cassatieberoep niet tot niet-ontvankelijkheid, maar tot verwerping van het beroep kan leiden, (v) voor het antwoord op de vraag of JKS

voldoende belang heeft bij haar cassatieberoep niet relevant is of gegrondbevinding van een deel van de cassatieklachten tot een andere 'uitkomst' van de enquêteprocedure kan leiden, en (vi) het belang bij het cassatieberoep er in dit geval wel degelijk is.

13. Dit arrest van de Hoge Raad schept duidelijkheid. De formele lijn van de Hoge Raad valt te billijken. Dat laat een (verdere) praktische uitkomst onverlet.

mr. R.A. Wolf  
advocaat bij UdinkScheepel Advocaten, universitair docent  
Maastricht University (ICGI)

## 173

### Bestuurder persoonlijk aansprakelijk gesteld wegens selectieve non-betaling

Gerechtshof Den Haag  
15 september 2020, nr. 200.250.576/01,  
ECLI:NL:GHDHA:2020:1675  
(mr. De Heer, mr. Van Kooten, mr. Van Dorp)  
Noot mr. A.M. Dumoulin-Siemens

**Opzegging samenwerkingsovereenkomst: verplichting tot schadevergoeding? Ongerechtvaardigde verrijking. Bestuurdersaansprakelijkheid. Selectieve non-betaling. Onrechtmatige daad. Voldoende ernstig persoonlijk verwijt. Ontvanger/Roelofsen-maatstaf.**

[BW art. 6:162]

*Essentie: De Holding BV heeft in haar hoedanigheid van bestuurder van de praktijk-BV bewerkstelligd dat de vordering van een schuldeiser van de vennootschap – als enige – niet werd betaald. Deze selectieve non-betaling is onrechtmatig jegens deze schuldeiser. De Holding BV kan persoonlijk een ernstig verwijt worden gemaakt nu zij wist of althans redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de schuldeiser werd benadeeld door de selectieve non-betaling.*

*Samenvatting: Het gaat in het onderhavige geval om benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Uitgangspunt bij de beoordeling van de vraag of er ter zake van deze benadeling grond is voor aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap, is de maatstaf uit het arrest van de Hoge Raad van 8 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0758 (Ontvanger/Roelofsen). Uit dit arrest volgt dat een bestuurder van een vennootschap – uit hoofde van onrechtmatige daad – voor schade van een schuldeiser van die vennootschap aansprakelijk kan worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Onrechtmatig is in ieder geval de uit betalingsonwil*