

University of Groningen

Wenk bij: ECLI:NL:GHAMS:2020:1159

Veenstra, Frank

Published in:
Rechtspraak Ondernemingsrecht

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

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

Publication date:
2020

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

Citation for published version (APA):

Veenstra, F. (2020). Wenk bij: ECLI:NL:GHAMS:2020:1159. RO 2020/47. Casenote over: Hof Amsterdam, 24/04/2020, 200.214.235/01 en 04 OK, ECLI:NL:GHAMS:2020:1159 *Rechtspraak Ondernemingsrecht*, 2020(7/8).

Copyright

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

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

Take-down policy

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

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

RO 2020/47

HOF AMSTERDAM

24 april 2020, nr. 200.214.235/01 en 04 OK
(Mrs. G.C. Makink, M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs)

Art. 2:345, 2:357 lid 6 BW; art. 283 Rv

ECLI:NL:GHAMS:2020:1159

Enquêterecht.**Zijn de verzoeken tot aanvulling en beëindiging van het onderzoek en het plaatsen van een bedrag in escrow toewijsbaar?**

Kors BV maakt onderdeel uit van de Pervasco Groep. Boegbeeld BV is enig aandeelhouder van Kors BV. Leeuwenburgh is enig aandeelhouder en bestuurder van Boegbeeld BV. Leeuwenburgh en Beke vormen samen het bestuur van Kors BV en zijn ieder zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd. Kors BV heeft vijf dochtervennootschappen. Leeuwenburgh en Beke vormen bij deze vennootschappen eveneens samen het bestuur. De OK heeft bij beschikking van 4 mei 2017 op verzoek van Kors BV (vertegenwoordigd door Beke) een concernenquête gelast bij Kors BV c.s. Reden hiervoor is dat de verhoudingen tussen beide bestuurders zodanig zijn verslechterd dat dit tot een patstelling in het bestuur van de Pervasco Groep heeft geleid en de continuïteit van de groep in gevaar is gekomen. De OK heeft bij wijze van onmiddellijke voorziening onder meer Leeuwenburgh als bestuurder van Kors BV en de vijf dochtervennootschappen geschorst (hij heeft zijn eigen belang laten prevaleren boven dat van de groep), Overing naast Beke tot bestuurder van deze vennootschappen benoemd en de door Boegbeeld BV in Kors BV gehouden aandelen overgedragen aan een beheerder (Van Emden). De OK heeft Overing in december 2018 van de functie als bestuurder van de dochtervennootschappen ontheven nadat de aandelen in deze vennootschappen aan een derde (Pervasco Holding BV) zijn verkocht en geleverd. Boegbeeld BV en Leeuwenburgh hebben de OK verzocht het onderzoek en de getroffen onmiddellijke voorzieningen te beëindigen. Zij hebben ter terechtzitting hun verzoek gewijzigd en verzoeken thans (primair) te bepalen dat het onderzoek alsnog plaatsvindt mits daarin het proces rondom de verkoop van de dochtervennootschappen wordt betrokken, met ontheffing van Overing en Van Emden uit hun functie, en (subsidiar) dat het onderzoek en de getroffen onmiddellijke voorzieningen worden beëindigd. Kors BV c.s. verzoeken de OK te bepalen dat Overing een bedrag van € 250.000 in escrow mag plaatsen ten behoeve van redelijke en in redelijkheid te maken kosten van verweer van Overing en Van Emden in civielrechtelijke, tuchtrechtelijke en strafrechtelijke zaken.

OK: Het primaire verzoek is niet toewijsbaar. Tussen de redenen die ten grondslag liggen aan het onderzoek dat is gelast bij beschikking van 4 mei 2017 enerzijds en de gang van zaken met betrekking tot de verkoop van de dochtervennootschappen (lees: de onderneming) in 2018 anderzijds, bestaat onvoldoende samenhang. De vraag of een onderzoek naar de gang van zaken met betrekking tot de verkoop van de onderneming moet worden gelast, kan slechts beantwoord worden naar aanleiding van een enquêteverzoek waarin wordt toegelicht dat er gegronde redenen zijn om met betrekking tot die verkoop te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken. Het ter zitting gewijzigde verzoek van Boegbeeld c.s. kan niet als zodanig worden opgevat, reeds omdat bedoelde toelichting ontbreekt.

Het subsidiaire verzoek is toewijsbaar. Uit de genoemde redenen tot het gelasten van het onderzoek volgt dat het doel van deze enquêteprocedure is het herstel van gezonde verhoudingen ter waarborging van de continuïteit van de onderneming. Bij de huidige stand van zaken – de onderneming is, ter waarborging van de continuïteit, aan een derde verkocht – kan het onderzoek zoals door de OK gelast niet meer aan het verder bereiken van die doelstelling bijdragen.

De OK bepaalt dat Kors BV de redelijke en in redelijkheid te maken kosten betaalt van Overing en Van Emden ter zake de vaststelling van aansprakelijkheid jegens Kors BV, Boegbeeld BV, Leeuwenburgh en derden vanwege onbehoorlijke taakvervulling en/of onrechtmatig handelen tijdens de tijdelijke aanstelling. Kors BV c.s. hebben voldoende aannemelijk gemaakt dat de kans bestaat dat Overing en/of Van Emden aansprakelijk gesteld worden door (rechtspersonen gelieerd aan) Leeuwenburgh of door derden en dat in dat geval onzeker is of de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering van Overing toereikende dekking zal bieden, terwijl die verzekering geen dekking biedt aan Van Emden. De OK bepaalt dat Overing een bedrag van € 100.000 in escrow mag plaatsen voor een periode van vijf jaar en drie maanden na 15 mei 2020. Kors BV beschikt thans over toereikende middelen ter dekking van eventuele kosten van verweer, maar het is niet zeker dat dit na beëindiging van de onderhavige procedure zo blijft. Beëindiging van het onderzoek brengt mee dat ook de getroffen onmiddellijke voorzieningen zullen eindigen. Die voorzieningen zijn immers getroffen voor de duur van de procedure. Teneinde Overing in de gelegenheid te stellen genoemd bedrag in escrow te plaatsen, zal de OK het onderzoek en daarmee de getroffen onmiddellijke voorzieningen niet onmiddellijk, maar per 15 mei 2020 beëindigen.

Zie ook:

- HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:316 (Cordial NV);

- HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ0505, RO 2011/58 (*Emba BV*);
- HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO3356, RO 2011/17 (*KPNQwest NV IV*);
- HR 18 juni 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6924, NJ 1981, 547, m.nt. Maeijer;
- Hof Amsterdam (OK) 8 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3182, RO 2019/75 (*DEM BV*);
- Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1777 (*Kors BV c.s.*);
- Y. Borrius, 'Aansprakelijkheid van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen', in: *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Kluwer 2017, p. 289-310;
- M.W. Josephus Jitta, *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:357 BW.

Wenk:

Deze beschikking bergt drie beslissingen in zich waarin de specifieke kenmerken van de enquêteprocedure fraai tot uiting komen. In deze wenk worden enkele aanvullende opmerkingen gemaakt.

Boegbeeld c.s. hebben (primair) verzocht om in het onderzoek ook het proces rondom de verkoop van de dochtervennootschappen van Kors BV te betrekken. Dit verzoek betreft een aanvulling op het oorspronkelijke verzoek. De OK heeft geoordeeld dat dit verzoek niet toewijsbaar is. Zij heeft hier toe overwogen dat tussen de (gegronde) redenen die ten grondslag lagen aan de toewijzing van het enquêteverzoek in de beschikking 4 mei 2017 en de gang van zaken rond de verkoop van de dochtervennootschappen (de grond die ter terechtzitting is toegevoegd) onvoldoende samenhang bestaat. Het samenhangvereiste – dat tot doel heeft te voorkomen dat de rechtspersoon wordt overvallen door (een verzoek tot het instellen van) een onderzoek en daardoor (reputatie)schade lijdt – wordt streng gehanteerd door de OK. Het vereiste behelst twee toetsmomenten: (i) Ingevolge art. 278 lid 1 Rv dient het verzoekschrift een duidelijke omschrijving te bevatten van het verzoek en de gronden waarop het berust. In enquêterechtelijke termen: in het verzoekschrift moeten de bezwaren tegen het beleid en/of de gang van zaken op heldere wijze zijn verwoord. Voor ontvankelijkheid in het enquêteverzoek is bovendien vereist, zo volgt uit art. 2:349 lid 1 BW, dat verzoeker deze bezwaren tevoren schriftelijk kenbaar heeft gemaakt aan het bestuur en de RvC. Er dient een voldoende samenhang te bestaan tussen de tevoren kenbaar gemaakte bezwaren en de bezwaren genoemd in het verzoekschrift; (ii) Er dient eveneens voldoende samenhang

te bestaan tussen deze bezwaren en de ge gronde redenen die aanleiding geven tot toewijzing van het enquêteverzoek (art. 2:350 lid 1 BW). Zie aldus ook HR 18 juni 1980: "Aan dit onderdeel van het middel ligt ten grondslag de opvatting dat als ge gronde redenen in de zin van art. 350 lid 1 Boek 2 BW slechts kunnen gelden omstandigheden, welke zijn aangevoerd bij de overeenkomstig art. 349 lid 1 kenbaar gemaakte bezwaren. Deze opvatting is niet juist in zoverre zij zou inhouden dat bedoelde redenen met zoveel woorden in bedoelde bezwaren zouden moeten worden genoemd. Tussen de bezwaren en de redenen moet echter wel een zodanig nauw verband bestaan dat zij op hetzelfde onderwerp betrekking hebben." Aandacht verdient dat de Hoge Raad in *Cordial* (r.o. 3.4.3) nadrukkelijk heeft overwogen dat het voorgaande niet betekent dat het onderzoek beperkt dient te blijven tot de bezwaren die de OK ten grondslag heeft gelegd aan haar oordeel dat gebreken is van ge gronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, maar dat het de OK vrijstaat de onderzoeker op te dragen of toe te staan om ook andere bezwaren in zijn onderzoek te betrekken: "Dit strookt met de grote mate van vrijheid die de OK toekomt bij het bepalen van de omvang van een door haar te bevelen onderzoek (...). Wel geldt in dit verband de voorwaarde dat die andere te onderzoeken bezwaren voldoende samenhang vertonen met de bezwaren die ten grondslag zijn gelegd aan het oordeel dat blijkt van ge gronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Of voldoende samenhang in deze zin bestaat, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval." De Hoge Raad heeft een en ander als volgt samengevat in *Cordial* (r.o. 3.4.3): "Op vorenstaande wijze is gewaarborgd dat het oordeel van de OK dat sprake is van wanbeleid, is gebaseerd op de bezwaren (of een deel daarvan) die in de fase van het bezwaar naar voren zijn gebracht en vervolgens ten grondslag zijn gelegd aan de beslissing om een enquête te gelasten en/of op bezwaren die daarmee voldoende samenhang vertonen." Vermeldenswaard is ten slotte dat het verzoek van Boegbeeld c.s. om ook het proces rondom de verkoop van de dochtervennootschappen van Kors BV te betrekken, in termen van art. 283 juncto art. 130 Rv een vermeerdering van het enquêteverzoek behelst. De OK dient (ambtshalve) een dergelijke vermeerdering buiten beschouwing te laten als de eisen van een goede procesorde worden geschonden. Beide artikelen zijn in casu niet van toepassing, omdat de OK op 4 mei 2017 reeds de eindbeschikking als bedoeld in art. 283 Rv heeft gewezen; vergelijk HR

17 december 2010, r.o. 4.1.2 (*KPNQwest IV*). Dit neemt niet weg dat de OK ook in geval van een aanvulling nadat reeds een onderzoek is gelast, ervoor dient te waken dat aan de eisen van een goede procesorde wordt voldaan. Een van eisen is dat de rechtspersoon en andere belanghebbenden een redelijke termijn wordt gegund verweer te voeren.

De OK oordeelt dat het (subsidiare) verzoek tot beëindiging van het onderzoek wel toewijsbaar is. Zij overweegt hiertoe, samengevat, dat de onderhavige enquêteprocedure tot doel had het herstel van de gezonde verhoudingen ter waarborging van de continuïteit van de onderneming en dit doel is gerealiseerd na de verkoop van de aandelen in de dochtervennootschappen (r.o. 3.6). Deze oordeelsvorming stemt overeen met het oordeel van de Hoge Raad in *KPNQwest IV*. De Hoge Raad oordeelt dat wanneer al een onderzoek is gelast, de oorspronkelijke verzoekers hun enquêteverzoek niet meer op de voet van art. 283 Rv kunnen intrekken. De Hoge Raad vervolgt: "Het vorenstaande neemt niet weg dat onder omstandigheden met betrekking tot de (wijze van) uitvoering van het onderzoek of de voortgang ervan nader dient te worden beslist. De meest gerede partij zal zich dan met een verzoek aangaande die uitvoering of voortgang tot de OK kunnen richten. Aangenomen moet worden dat tot de vorenbedoelde verzoeken ook behoort het verzoek tot beëindiging van een reeds bevolen onderzoek op de grond dat daaraan het belang is komen te ontvallen."; HR 17 december 2010, r.o. 4.1.2 en 4.1.3 (*KPNQwest IV*). De OK dient in haar oordeelsvorming aangaande het beëindigingsverzoek alle belangen tegen elkaar af te wegen. Zie over deze belangenafweging *KPNQwest IV*, r.o. 4.5.2: "Bij de beoordeling van een beëindigingsverzoek als het onderhavige komt voornamelijk betekenis toe aan de belangen van de oorspronkelijke verzoeker(s) en aan het belang van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van *KPNQwest* zijn betrokken." De toewijzing van het verzoek het onderzoek te beëindigen, heeft tot gevolg dat de enquêteprocedure wordt beëindigd. De OK kan een verklaring van deze strekking opnemen in het dictum. Zij kan verstaan dat de procedure "met ingang van heden" of per een bepaalde datum is beëindigd. Reden voor beëindiging per een bepaalde datum kan zijn dat de OK ook nog andere beslissingen moet nemen. Dit is bijvoorbeeld het geval als de rechtspersoon op de voet van art. 282 lid 4 Rv in zijn verweerschrift een verzoek tot kostenverhaal als bedoeld in art. 2:354 BW

heeft ingediend. Interessant is dat de OK in de onderhavige beschikking (van 24 april 2020) het onderzoek en de getroffen onmiddellijke voorzieningen beëindigt met ingang van 15 mei 2020. Reden hiervoor is dat zij de tijdelijke bestuurder Overing in de gelegenheid wil stellen € 100.000 in escrow te plaatsen (r.o. 3.16). Vermeldenswaard is ten slotte dat de oorspronkelijke verzoekers hun enquêteverzoek wel kunnen intrekken op de voet van art. 283 juncto art. 129 Rv zolang de OK nog geen beslissing heeft gegeven op dit verzoek (intrekking betreft de vermindering van het enquêteverzoek tot nihil). De Hoge Raad heeft in *Emba* geoordeeld dat de intrekking "geen einde [maakt] aan de aanhangigheid van de zaak", maar dat de OK de oorspronkelijke verzoekers niet ontvankelijk dient te verklaren omdat zij dientengevolge op processuele gronden niet toekomt aan een behandeling van de zaak ten principale; HR 8 juli 2011, r.o. 3.3 (*Emba*). De omstandigheid dat de procedure niet van rechtswege wordt beëindigd, biedt de OK ook nu de ruimte nog andere beslissingen te nemen. Zo is het denkbaar dat de rechtspersoon en andere belanghebbenden reeds een verweerschrift hebben ingediend waarin zij de OK verzoeken de oorspronkelijke verzoekers in de proceskosten te veroordelen. Het is voorts denkbaar dat ook nu al in een eerder stadium onmiddellijke voorzieningen zijn getroffen die moeten worden opgeheven.

Art. 2:350 lid 3 BW bepaalt dat de rechtspersoon "de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer [betaalt] van de met het onderzoek belaste personen terzake de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege de uitvoering van het onderzoek of het verslag van de uitkomst van het onderzoek." De OK kan op grond van art. 2:357 lid 6 BW bepalen dat "de rechtspersoon de redelijke en in redelijkheid gemaakte kosten van verweer van de bestuurder, commissaris of beheerder van aandelen terzake de vaststelling van aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling tijdens de tijdelijke aanstelling, betaalt." Beide bepalingen zijn om dezelfde reden zijn opgenomen: het is steeds lastiger personen bereid te vinden als onderzoeker respectievelijk OK-functionaris te fungeren vanwege de toenemende dreiging van aansprakelijkstellingen. Zie wat betreft de onderzoekers: *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010/11. 32887, nr. 3, p. 35 e.v. Zie wat betreft de in art. 2:357 lid 6 BW bedoelde OK-functionarissen: OK 8 juli 2019, r.o. 3.18 (*DEM*). Zie over de aansprakelijkheid van OK-bestuurder en OK-commissaris: Borrius 2017. Niettemin bestaan tussen beide bepalingen twee belangrijke verschillen:

(i) anders dan de onderzoekers, hebben de OK-functionarissen niet zonder meer recht op vergoeding van de kosten van verweer; (ii) anders dan art. 2:350 lid 3 BW, biedt art. 2:357 lid 6 BW de OK niet de mogelijkheid te bepalen dat de rechtspersoon voor de betaling van de kosten van verweer zekerheid moet stellen. Met de mogelijkheid een bedrag in escrow te plaatsen, wordt deze leemte opgevuld. Zie over het (karakter van het) verzoek om een bedrag in escrow te plaatsen uitgebreider: OK 8 juli 2019, r.o. 3.21-3.22 (*DEM*). De OK kwalificeert dit verzoek als een verzoek tot het treffen van een onmiddellijke voorziening, die nodig is om de toewijzing van het verzoek als bedoeld in art. 2:357 lid 6 BW doeltreffend te kunnen laten zijn. Zie r.o. 3.23-3.25 voor mogelijke alternatieven voor het geval de liquiditeitspositie het niet toelaat een bedrag in escrow te plaatsen. De strekking van de overwegingen van de OK is dat het de tijdelijke bestuurder vrijstaat zelf een manier te bedenken om de rechtspersoon op voorhand zekerheid te laten verstrekken met betrekking tot de betaling van de kosten van verweer: dit valt binnen de uitoefening van zijn bevoegdheid (r.o. 3.25). De minister heeft er nog op gewezen dat de AV de tijdelijke bestuurders en commissarissen ook kan dechargeren. De minister heeft voorts opgemerkt dat de rechtspersoon de door hem betaalde kosten van verweer niet kan verhalen op de OK-functionaris indien deze in een aansprakelijkheidsprocedure wordt veroordeeld. Tot slot: de minister heeft benadrukt dat het bepaalde in art. 2:357 lid 6 BW naar analogie kan worden toegepast op de OK-functionarissen die bij wijze van onmiddellijke voorzieningen worden aangesteld; *Kamerstukken II 2010/11, 32887, 3, p. 39-40*.

Beschikking inzake

1. Boegbeeld B.V., te Rotterdam,
2. [A],
verzoekers tevens belanghebbenden, advocaat: mr. J.P.M. Borsboom, te Rotterdam (voorheen: mr. J.H. Tonino, te Amsterdam),
tegen
1. Kors B.V., te Rotterdam, verweerster tevens verzoekster, advocaat: mr. A.J. van der Duijn Schouten, te Dordrecht (voorheen mrs. R.C. de Mol en M.H.J. van Rest, beiden te Den Haag)
2. Pervasco B.V., te Rotterdam,
3. Confiserie Napoleon B.V., te Breskens,
4. Pervasco-Internoba Holding B.V., te Rotterdam,
5. Inter-Noba B.V., te Rotterdam,
6. Pervasco Export B.V., te Rotterdam,
niet verschenen, verweersters,
en tegen
1. Jeroen A.H. Overing, te Amsterdam,

2. Erik L.A. van Emden, te Utrecht,
belanghebbenden tevens verzoekers, advocaat:
mr. A.J. van der Duijn Schouten, te Dordrecht.

Ondernemingskamer:

1 Het verloop van het geding

1.1 Voor het verloop van het geding verwijst de Ondernemingskamer naar haar beschikkingen van 4 mei 2017, 9 mei 2017 en 19 december 2018. Voorts verwijst de Ondernemingskamer naar de beschikking van de raadshoofd-commissaris van 26 oktober 2017 in deze zaak.

1.2 Bij voornoemde beschikkingen van de Ondernemingskamer heeft de Ondernemingskamer – voor zover thans van belang – een onderzoek bevolen naar het beleid en de gang van zaken van Kors B.V. en haar dochtervennootschappen Pervasco B.V., Confiserie Napoleon B.V., Pervasco-Internoba Holding B.V., Inter-Noba B.V. en Pervasco Export B.V. over de periode vanaf oktober 2013 tot 4 mei 2017, mr. Y. Borrius benoemd teneinde het onderzoek te verrichten, alsmede – bij wijze van onmiddellijke voorzieningen en voorsnog voor de duur van het geding – ing. J.A.H. Overing MBA (hierna: Overing) benoemd tot bestuurder van Kors B.V. en van de genoemde dochtervennootschappen en mr. E.L.A. van Emden (hierna: Van Emden) benoemd tot beheerder van alle aandelen die Boegbeeld B.V. houdt in Kors B.V.

1.3 Bij beschikking van 19 december 2018 heeft de Ondernemingskamer Overing op diens verzoek ontheven als bestuurder van de dochtervennootschappen van Kors B.V., omdat deze inmiddels aan een derde, Pervasco Holding B.V., waren verkocht.

1.4 Boegbeeld B.V. en [A] (hierna gezamenlijk: Boegbeeld c.s.) hebben (in de zaak met nummer 200.214.235/01 OK) bij verzoekschrift van 8 januari 2020 verzocht, zakelijk weergegeven, het gelaste onderzoek en de getroffen onmiddellijke voorzieningen met onmiddellijke ingang te beëindigen.

1.5 Bij e-mail van 9 januari 2020 heeft de secretaris van de Ondernemingskamer onder meer Overing en Van Emden op de voet van artikel 2:357 lid 5 BW verzocht vragen van de Ondernemingskamer te beantwoorden, hetgeen zij bij e-mail van 15 januari 2020 met bijlagen hebben gedaan. Boegbeeld c.s. hebben daarvan afschrift ontvangen,

1.6 Het hierboven genoemde verzoek is – met instemming van partijen – ten overstaan van mr. G.C. Makkink als daartoe op de voet van artikel 16 lid 5 Rv aangewezen raadshoofd-commissaris behandeld ter zitting van 12 februari 2020. Bij die gelegenheid hebben partijen en Overing en Van Emden hun standpunten toegelicht en vragen beantwoord. [B]

(hierna: [B]), in zijn hoedanigheid van bij notariële akte gevolmachtigde van Boegbeeld c.s., heeft ook vragen beantwoord. Ter zitting hebben Boegbeeld c.s. hun verzoek gewijzigd aldus dat zij thans primair verzoeken te bepalen dat het onderzoek alsnog plaatsvindt mits daarin onder meer het proces rondom de verkoop van de onderneming wordt betrokken met onthefing van Overing en Van Emden uit hun functie en subsidiair dat het onderzoek en de getroffen voorzieningen worden beëindigd. Tevens is ter zitting de mogelijkheid besproken (op onderdelen) een regeling te treffen. De overige leden van de Ondernemingskamer die deze beschikking wijzen hebben kennis genomen van het proces-verbaal van de zitting en dit proces-verbaal is voorafgaand aan het wijzen van deze beschikking aan partijen toegezonden.

1.7 Bij e-mail van 24 februari 2020 heeft mr. Borsboom namens Boegbeeld c.s. de Ondernemingskamer zakelijk weergegeven bericht dat de ter zitting besproken regeling niet tot stand is gekomen en heeft alsnog om een beschikking verzocht.

1.8 Bij e-mail van 26 februari 2020 heeft mr. Van der Duijn Schouten de Ondernemingskamer namens Kors c.s. onder meer bericht dat Kors c.s. het onder de huidige omstandigheden van belang achten dat de onmiddellijke voorzieningen blijven doorlopen totdat ook de jaarrekening 2019 en 2020 zijn vastgesteld en de belastingdienst heeft beslist ten aanzien van de afwikkeling van de fiscale eenheid van vóór 5 mei 2017.

1.9 Kors c.s. hebben bij verzoekschrift van 31 maart 2020 (in de zaak met nummer 200.214.235/04 OK) verzocht te bepalen dat Overing een bedrag van € 250.000 uit het vermogen van Kors B.V. mag separeren en dat hij dit bedrag op door hem te bepalen voorwaarden in escrow mag plaatsen voor vijf jaar en drie maanden ten behoeve van de redelijke en in redelijkheid te maken kosten van verweer van Overing en Van Emden in civielrechtelijke, tuchtrechtelijke en strafrechtelijke zaken, althans die voorzieningen te treffen die de Ondernemingskamer geraden acht.

1.10 De Ondernemingskamer heeft bij e-mail van 31 maart 2020 partijen laten weten dat op dit verzoek zal worden beslist zonder mondelinge behandeling, na een schriftelijke ronde, waartegen partijen geen bezwaar hebben gemaakt.

1.11 Boegbeeld c.s. hebben bij verzoekschrift van 9 april 2020 geconcludeerd tot afwijzing van het verzoek van Kors c.s..

1.12 Kors c.s. hebben op 17 april 2020 schriftelijk gerepliceerd.

1.13 Boegbeeld c.s. hebben op 17 april schriftelijk gedupliceerd.

2 De feiten

De Ondernemingskamer verwijst naar de feiten genoemd in haar beschikking van 4 mei 2017 en gaat voort uit van de volgende feiten:

2.1 In opdracht van Overing namens Kors B.V. hebben Drake Star Partners in juni en juli 2017 en DRV Corporate Finance B.V. op 4 september 2017 een indicatieve waardering van de aandelen in Kors B.V. per 31 december 2015 opgesteld.

2.2 Op 21 december 2017 is Pervasco Holding B.V. opgericht. De aandelen in Pervasco Holding B.V. worden gehouden door Solid Capital Partners B.V., een *private equity* investeerder, waarin zes investeerders samenwerken.

2.3 Bij koopovereenkomst van 15 juni 2018 heeft Kors B.V., daarbij vertegenwoordigd door Overing, de aandelen die zij hield in de genoemde dochtervennootschappen en in BonBon Napoleon N.V. (hierna gezamenlijk: de dochtervennootschappen) verkocht aan Pervasco Holding B.V. Blijkens de koopovereenkomst bestaat de koopsom uit (a) € 75.000, (b) een door Pervasco Holding B.V. aan Kors B.V. te verstrekken *debt waiver* van € 1.000.000 en (c) een jaarlijkse *earn-out fee* van 8% van de EBITDA van de dochtervennootschappen gedurende de periode van 1 januari 2018 tot en met 31 december 2020, uit te betalen – zonder verrekening – binnen vier maanden na het einde van het boekjaar. Blijkens de koopovereenkomst hebben Overing en Van Emden in hun hoedanigheid van bestuurder respectievelijk beheerder van aandelen de verkoop van de aandelen aan Pervasco Holding B.V. op 10 oktober 2017 goedgekeurd.

2.4 Bij akte van 13 augustus 2018 heeft Kors B.V. de aandelen die zij hield in de dochtervennootschappen geleverd aan Pervasco Holding B.V. Op die datum is Overing enig bestuurder van Pervasco Holding B.V. geworden en hij is dat sindsdien gebleven.

2.5 Op 23 oktober 2019 is [A] verplicht opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis. Ter zitting heeft [A] gezegd daar inmiddels vrijwillig te verblijven.

2.6 Tijdens de aandeelhoudersvergadering van Kors B.V. op 23 december 2019 is de jaarrekening 2018 vastgesteld. Inmiddels is ook de jaarrekening 2019 van Kors B.V. vastgesteld.

3 De gronden van de beslissing

De standpunten van partijen

3.1 Boegbeeld c.s. hebben aan hun verzoek het volgende ten grondslag gelegd. Als gevolg van de verkoop van de dochtervennootschappen is Kors B.V. nog slechts een semi-slapende vennootschap met als enig actief de vordering op Pervasco Holding B.V. tot betaling van de *earn-out fee* over de jaren 2018 tot en met

2020. Tegen die achtergrond zijn de getroffen onmiddellijke voorzieningen niet langer proportioneel en in het belang van Kors B.V. De nog lopende afwikkeling van de fiscale eenheid van Kors B.V. en de dochterondernemingen van vóór 5 mei 2017 (waaronder de verdeling van compensabele verliezen en mogelijke aansprakelijkheid van Kors B.V. en de dochtervennootschappen uit dien hoofde) en de vaststelling van de jaarrekening 2019 rechtvaardigen niet dat de onmiddellijke voorzieningen worden gecontinueerd. Boegbeeld c.s. achten het aanblijven van Overing als bestuurder van Kors B.V. bovendien onwenselijk omdat hij tevens bestuurder van Pervasco Holding B.V. is en dat de schijn van tegenstrijdig belang wekt. De gang van zaken rondom de verkoop van de dochterondernemingen en de financiële afwikkeling daarvan roepen bij Boegbeeld c.s. zoveel vragen op dat dit onderwerp, gelet op de samenhang met de eerder vastgestelde problematiek, dient te worden betrokken in het reeds gelaste onderzoek. Indien deze uitbreiding niet wordt toegestaan, dient het onderzoek met onmiddellijke ingang te worden beëindigd omdat het belang hiervan is komen te ontvallen.

3.2 Daartegenover hebben Kors c.s. aangevoerd dat het in het belang van Kors B.V. en Boegbeeld c.s. is dat deze procedure pas wordt beëindigd zodra de jaarrekening 2019 en 2020 zal zijn vastgesteld en de belastingdienst een beslissing heeft genomen over de afwikkeling van de fiscale eenheid van vóór 5 mei 2017 althans dat in ieder geval de jaarrekening 2019 zal zijn vastgesteld. Kors c.s. hebben er voorts op gewezen dat de [A] nog altijd onvoldoende in staat is om zijn eigen belangen waar te nemen en dat hij onder invloed staat van personen die hem trachten te benadelen.

3.3 Aan hun verzoek om het Overing toe te staan een bedrag van € 250.000 in escrow te plaatsen ten behoeve van de redelijke en in redelijkheid te maken kosten van verweer van Overing en Van Emden hebben Kors c.s. het volgende ten grondslag gelegd. Sinds hun aantreden zijn Overing en Van Emden geconfronteerd met diverse personen die niet van onbesproken gedrag zijn. Overing en Van Emden achten de kans groot dat zij zullen worden geconfronteerd met verwijten en aansprakelijkheidstellingen, waaronder van Boegbeeld c.s., in welk kader zij kosten van verweer zullen moeten maken.

3.4 Met betrekking tot het verzoek van Kors c.s. hebben Boegbeeld c.s. geconcludeerd tot afwijzing. Het plaatsen van een bedrag in escrow met het oog op mogelijk door Overing en Van Emden te maken kosten van verweer, achten Boegbeeld c.s. niet in het belang van Kors B.V., niet noodzakelijk en niet proportioneel. De omstandigheden van het onderhavige

geval rechtvaardigen toewijzing van het verzoek ook niet, aldus Boegbeeld c.s.

Beëindiging van het onderzoek

3.5 Het ter zitting gewijzigde verzoek van Boegbeeld c.s. strekt er primair toe dat het onderzoek alsnog plaatsvindt mits daarin het proces rondom de verkoop van de onderneming wordt betrokken. Dit primaire verzoek is niet toewijsbaar. Tussen de redenen die ten grondslag liggen aan het onderzoek dat is gelast bij beschikking van 4 mei 2017 enerzijds en de gang van zaken met betrekking tot de verkoop van de dochtervennootschappen in 2018 anderzijds, bestaat onvoldoende samenhang (vgl. HR 8 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:316 (Cordial)). Uit de beschikking van 4 mei 2017 blijkt dat het onderzoek is gelast omdat de verhoudingen tussen de beide toenmalige bestuurders ([A] en [C]) zodanig waren verslechterd dat dat tot een patstelling in het bestuur van de Pervasco Groep had geleid. Voorts was de continuïteit van de onderneming in gevaar als gevolg van onttrekkingen door [A] ter grootte van € 11 miljoen en opzegging van het bancaire krediet. Overing en Van Emden zijn tot de slotsom gekomen dat verkoop van de onderneming noodzakelijk was om de continuïteit te waarborgen en hebben de onderneming in 2018 verkocht. De vraag of een onderzoek naar de gang van zaken met betrekking tot de verkoop van de onderneming moet worden gelast kan slechts beantwoord worden naar aanleiding van een enquêteverzoek waarin wordt toegelicht dat er gegronde redenen zijn om met betrekking tot die verkoop te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken. Het ter zitting gewijzigde verzoek van Boegbeeld c.s. kan niet als zodanig worden opgevat, reeds omdat bedoelde toelichting ontbreekt.

3.6 Met betrekking tot het subsidiaire verzoek van Boegbeeld c.s. tot beëindiging van het onderzoek, overweegt de Ondernemingskamer als volgt. Uit de genoemde redenen tot het gelasten van het onderzoek volgt dat het doel van de deze enquêteprocedure is het herstel van gezonde verhoudingen ter waarborging van de continuïteit van de onderneming. Bij de huidige stand van zaken – de onderneming is, ter waarborging van de continuïteit, aan een derde verkocht en het resterende belang van Kors B.V. bij de onderneming is nog slechts haar aanspraak uit hoofde van de *earn out* als onderdeel van de koopsom – kan het onderzoek zoals door de Ondernemingskamer gelast niet meer aan het verder bereiken van die doelstelling bijdragen, mede gelet op de omstandigheid dat alle aandelen in Kors B.V. indirect (via Boegbeeld B.V.) worden gehouden door [A]. Geen van partijen heeft anders betoogd.

3.7 Het subsidiaire verzoek van Boegbeeld c.s. tot beëindiging van het onderzoek is daarom toewijsbaar.

Beëindiging van onmiddellijke voorzieningen

3.8 Beëindiging van het onderzoek brengt mee dat ook de getroffen onmiddellijke voorzieningen zullen eindigen. Die voorzieningen zijn immers getroffen voor de duur van de procedure.

3.9 Dit betekent dat de benoeming van Overing als tijdelijk bestuurder van Kors B.V. en de overdracht ten titel van beheer van de aandelen in Kors B.V. aan Van Emden zullen eindigen. Ook de schorsing van [A] als bestuurder van Kors B.V. eindigt bij de beëindiging van de procedure. Het gevolg daarvan is dat [A] enig bestuurder wordt van Kors B.V. omdat Beke inmiddels als bestuurder ontslagen en de beëindiging van zijn schorsing dus niet betekent dat hij als bestuurder terugkeert.

3.10 De Ondernemingskamer overweegt ten overvloede als volgt. Het is aannemelijk dat [A], gelet op zijn lichamelijke en geestelijke gezondheid, onvoldoende in staat is zelfstandig als bestuurder van Kors B.V. te functioneren. Met het oog daarop is tussen partijen, onder meer ter zitting van 12 februari 2020, gesproken over de oprichting van een stichting waaraan de aandelen in Kors B.V. zullen worden overgedragen en welke stichting zal worden bestuurd door drie capabele en onafhankelijke bestuurders. Weliswaar zijn partijen het niet eens geworden over de wijze waarop het bestuur van die stichting zal worden samengesteld, maar uit de e-mail van mr. Borsboom van 24 februari 2020 (zie 1.7) begrijpt de Ondernemingskamer dat een zodanige stichting toch zal worden opgericht met als doelstelling het behartigen van de belangen van [A] en dat drie personen bereid zijn gevonden zitting te nemen in het stichtingsbestuur: [B], [D] en [E]. De Ondernemingskamer acht het onder deze omstandigheden niet onverantwoord om de procedure en daarmee de onmiddellijke voorzieningen met betrekking tot het bestuur van en de aandelen in Kors B.V. te beëindigen. De jaarrekening 2019 is inmiddels vastgesteld en van het bestuur van de op te richten stichting kan worden verwacht dat het op adequate wijze voorziet in de behartiging van de belangen van Kors B.V. en [A] bij de afwikkeling van de *earn out* en de resterende fiscale kwesties.

Door Overing en Van Emden mogelijk te maken kosten van verweer

3.11 Aan het verzoek van Kors c.s. ligt kennelijk de opvatting ten grondslag dat indien Overing en/of Van Emden kosten van verweer moeten maken in het geval dat zij aansprakelijk worden gesteld, Kors B.V. die kosten van

verweer moet dragen. Ook Boegbeeld c.s. lijken daarvan uit te gaan.

3.12 De Ondernemingskamer deelt die opvatting. Functionarissen die door de Ondernemingskamer worden benoemd, kunnen worden geconfronteerd – en dat lijkt in toenemende mate te gebeuren – met aansprakelijkstellingen. Die functionarissen worden door de rechter in een omgeving geplaatst waarin zij orde op zaken moeten stellen en waarin zij, zoals in het onderhavige geval, voor ingrijpende beslissingen komen te staan ter waarborging van de continuïteit van de onderneming. Zij moeten de besluiten kunnen nemen die zij in het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming nodig achten, zonder bevreesd te zijn dat zij later de kosten van verweer in geval van een aansprakelijkstelling zelf moeten dragen. Dit brengt mee dat de Ondernemingskamer ook bij gelegenheid van het defungeren van de functionarissen met (overeenkomstige) toepassing van artikel 2:349a lid 2 jo. 2:357 leden 3 en 6 BW de gevolgen van de getroffen voorzieningen kan regelen door te bepalen dat de bedoelde kosten van verweer voor rekening van de rechtspersoon komen en de mogelijkheid te bieden daartoe een bedrag te separeren uit het vermogen van de vennootschap.

3.13 Kors c.s. hebben voldoende aannemelijk gemaakt dat de kans bestaat dat Overing en/of Van Emden aansprakelijk gesteld worden door (rechtspersonen gelieerd aan) [A] of door derden en dat in dat geval onzeker is of de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering van Overing toereikende dekking zal bieden, terwijl die verzekering geen dekking biedt aan Van Emden. De Ondernemingskamer zal daarom bepalen dat Kors B.V. de eventuele kosten van verweer moet dragen. Er bestaat in dit geval geen aanleiding om die verplichting uit te breiden tot tuchtrechtelijke en strafrechtelijke zaken.

3.14 Het verzoek van Kors c.s. om te bepalen dat Overing een bedrag van € 250.000 ten laste van het vermogen van Kors B.V. in *escrow* mag plaatsen ten behoeve van de eventueel te maken kosten van verweer, strekt er toe te waarborgen dat Kors B.V. te zijner tijd daadwerkelijk die kosten zal betalen. De Ondernemingskamer acht het gelet op de financiële positie van Kors B.V. nodig om in een zodanige waarborg te voorzien. Kors B.V. beschikt thans over toereikende middelen ter dekking van eventuele kosten van verweer, maar het is niet zeker dat dit na beëindiging van de onderhavige procedure zo blijft. [A] heeft een vordering op Kors B.V. van een zodanige omvang dat na het incasseren van die vordering Kors B.V. mogelijk niet in staat zal zijn de kosten van verweer te betalen.

3.15 Bij de vaststelling van de omvang van het bedrag dat in *escrow* mag worden geplaatst neemt de Ondernemingskamer in aanmerking dat beantwoording van de vraag of zij aansprakelijk zijn niet complex is en dat de belangen van Kors B.V., Boegbeeld B.V. en [A] vergen dat met het oog op de kosten van verweer geen groter beslag wordt gelegd op de middelen van Kors B.V. dan redelijkerwijs nodig. Alles afwegende acht de Ondernemingskamer de bevoegdheid tot het plaatsen van een bedrag in *escrow* van € 100.000 passend.

3.16 Teneinde Overing in de gelegenheid te stellen het genoemde bedrag in *escrow* te plaatsen, zal de Ondernemingskamer de enquête en daarmee de op 4 mei 2017 getroffen onmiddellijke voorzieningen niet onmiddellijk, maar per 15 mei 2020 beëindigen.

Slotsom en kosten

3.17 De Ondernemingskamer zal het onderzoek en de getroffen onmiddellijke voorzieningen beëindigen per 15 mei 2020.

3.18 De Ondernemingskamer ziet geen aanleiding voor een proceskostenveroordeling.

4 De beslissing

De Ondernemingskamer:

in de zaak met zaaknummer 200.

214.235/01 OK:

beëindigt met ingang van 15 mei 2020 het bij haar beschikking van 4 mei 2017 bevolen onderzoek naar het beleid en gang van zaken van Kors B.V., Pervasco B.V., Pervasco-Internoba Holding B.V., Inter-Noba B.V. en Pervasco Export B.V., alle gevestigd te Rotterdam, en Confiserie Napoleon B.V., gevestigd te Bressens, alsmede de bij die beschikking getroffen onmiddellijke voorzieningen;

in de zaak met zaaknummer 200.

214.235/04 OK:

bepaalt dat Kors B.V. de redelijke en in redelijkheid te maken kosten van verweer betaalt van J.A.H. Overing en E.L.A. van Emden ter zake de vaststelling van aansprakelijkheid jegens Kors B.V., Boegbeeld B.V., [A] en derden vanwege onbehoorlijke taakvervulling en/of onrechtmatig handelen tijdens de tijdelijke aanstelling;

bepaalt dat J.A.H. Overing bevoegd is voor ten hoogste vijf jaar en drie maanden na 15 mei 2020 een bedrag van € 100.000 in *escrow* te plaatsen, zodanig dat J.A.H. Overing en E.L.A. van Emden hierover kunnen beschikken, ter voldoening van de hiervoor bedoelde kosten van verweer;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

Deze beschikking is gegeven door mr. G.C. Makkink, voorzitter, mr. M.M.M. Tillema en mr.

A.J. Wolfs, raadsheren, drs. M.A. Scheltema en drs. V.G. Moolenaar, raden, in tegenwoordigheid van mr. S.C. Prins, griffier, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 24 april 2020.

RO 2020/48

HOF AMSTERDAM

13 maart 2020, nr. 200.209.821/02 OK

(Mrs. M.M.M. Tillema, A.J. Wolfs, H.J. Vetter)

Art. 2:349a, 2:356 BW

ECLI:NL:GHAMS:2020:842

Enquêteprocedure.

Aanpassing voorzieningen ex art. 2:356 BW is mogelijk zolang getroffen voorziening nog niet is geëindigd. Ook kunnen aanvullende onmiddellijke voorzieningen in de zin van art. 2:349a BW worden verzocht zonder dat daarvoor een nieuw enquêteverzoek nodig is. Wijze van informatievervalsing aan door de Ondernemingskamer benoemde beheerder van aandelen.

Deze zaak betreft het geschil tussen de aandeelhouders van B, waarin zowel een enquêteprocedure als een geschillen-procedure is geëntameerd. Bij beschikking van 12 juli 2017 heeft de Ondernemingskamer op basis van art. 2:356 BW voorzieningen getroffen. Aandeelhouder A verzoekt in deze procedure de getroffen voorzieningen aan te passen, omdat deze niet het gewenste effect hebben. Subsidiair voert A aan dat er opnieuw gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid bij B en dat gelet op de toestand van de vennootschap onmiddellijke voorzieningen moeten worden getroffen. A heeft aan zijn verzoeken ten grondslag gelegd dat de organisatie van onderneming niet op orde is en dat bestuurder D niet bereid is relevante informatie aan de aandeelhouders te verstrekken. B voert primair aan dat A niet ontvankelijk is in haar verzoek en subsidiair dat er geen reden is voor een enquête.

OK: Aanpassing van voorzieningen getroffen in het kader van een tweedefaseverzoek is in beginsel mogelijk zolang de getroffen voorzieningen nog niet zijn geëindigd. Tevens kunnen gedurende diezelfde periode onmiddellijke voorzieningen in de zin van artikel 2:349a BW (immers: "in elke stand van het geding") worden verzocht zonder dat daarvoor een nieuw enquêteverzoek nodig is. A is daarom ontvankelijk in haar verzoek. Aan een verzoek tot wijziging of aanvulling van op de voet van artikel 2:356 BW getroffen voorzieningen, kan niet ten grondslag worden gelegd dat zich in de periode nadat die voorzieningen zijn getroffen nieuwe gegronde redenen hebben voorgedaan om