

Enquêterecht. Schending van de zorgplicht van de vennootschap door (onder meer) gebrekkige informatievoorziening ten opzichte van een minderheidsaand...

Hof Amsterdam 05-01-2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1

Instantie	Hof Amsterdam
Datum	5 januari 2016
Magistraten	Mrs. A.C. Faber, G.C. Makkink, M.M.M. Tillema
Zaaknummer	200.172.902/01 OK
Folio weergave	Download gedrukte versie (PDF)
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht
Brondocumenten	ECLI:NL:GHAMS:2016:712, Uitspraak, Hof Amsterdam, 16-02-2016; ECLI:NL:GHAMS:2016:381, Uitspraak, Hof Amsterdam, 12-01-2016; ECLI:NL:GHAMS:2016:1, Uitspraak, Hof Amsterdam, 05-01-2016;
Wetingang	Art. 2:8, 2:9, 2:217 lid 2, 2:345, 2:349a BW

Essentie

Enquêterecht. Minderheidsaandeelhouder.

Schending van de zorgplicht van de vennootschap door (onder meer) gebrekkige informatievoorziening ten opzichte van een minderheidsaandeelhouder.

Samenvatting

B is enig bestuurder van de vennootschap Deus Ex Machina B.V. (DEM) en zijn persoonlijke houdstervenootschap JKS Holding B.V. (JKS). B hield via JKS 80% van de aandelen in DEM. De andere 20% van de aandelen in DEM werden gehouden door A, wonende in de Verenigde Staten. A heeft in een e-mail aan B te kennen gegeven: "I have decided that I want to continue as a 20% shareholder in DEM, but want to formally transfer all my decision making rights as a shareholder to you and make you my proxy in any shareholder decisions. (...) I know I will be treated fairly and equally in matters that affect my position as a shareholder." B tuigt vervolgens een herstructureringsplan op voor DEM en verzoekt A de hiervoor noodzakelijke documenten te ondertekenen. Ook worden er meerdere bijzondere algemene vergaderingen van aandeelhouders van DEM gepland, met onder meer managementparticipatie, omzetting van DEM in een naamloze vennootschap en een statutenwijziging van DEM als agendapunten. A, althans diens vertegenwoordiger, verzet zich tegen de voorstellen rond

de herstructurering van DEM, omdat zijn positie als aandeelhouder hierdoor ernstig en onevenredig zou verslechteren en A, ondanks meerdere verzoeken daartoe, pas kort voor de vergadering de relevante informatie heeft verkregen. De voorgestelde statutenwijziging, waarbij het aandelenkapitaal van DEM werd omgezet in gewone en preferente aandelen, wordt echter door de vergadering goedgekeurd omdat meerderheidsaandeelhouder JKS voor stemde. Daarna besluit het bestuur van DEM op grond van de nieuwe statuten tot een uitgifte van 1.655.000 aandelen in het kapitaal van DEM aan JKS. Als gevolg van deze uitgifte is het totale (preferente en gewone) aandelenbelang van A verwaterd naar 14,6%. De door of namens A gestelde vragen dienaangaande worden (meermaals) niet beantwoord en A verzoekt de Ondernemingskamer een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van DEM, met als belangrijkste bezwaar handelen in strijd met art. 2:8 BW. A verzoekt tevens bij wijze van onmiddellijke voorziening voor de duur van het geding een derde persoon te benoemen tot bestuurder, dan wel commissaris van DEM, die het mede tot zijn taak mag rekenen de belangen van A als minderheidsaandeelhouder te bewaken.

OK: De OK stelt voorop dat A als 20% aandeelhouder van DEM er recht op had (door B als bestuurder van) DEM voldoende geïnformeerd te worden over kwesties die zijn positie als aandeelhouder betreffen. A heeft in zijn e-mail ook aangegeven dat hij verwacht 'fairly and equally' behandeld te worden in aangelegenheden die zijn positie als aandeelhouder betreffen. De inhoud van deze e-mail legt eens te meer de verplichting op aan B zorgvuldig om te gaan met de belangen van A als minderheidsaandeelhouder en A uit eigen beweging te informeren over voornemens die van invloed kunnen zijn op diens positie. De informatievoorziening aan A voldoet niet aan wat van DEM in dat opzicht verwacht mocht worden. A is bij voortduring te zeer in het duister gelaten. In de eerste plaats geldt dit voor de voorgenomen (ingrijpende) herstructurering. Ondanks herhaalde verzoeken van A hem de relevante stukken toe te zenden, heeft B niet aan deze verzoeken willen voldoen. Voorts staat vast dat B A, ondanks het uitdrukkelijk verzoek daartoe van zijn gemachtigde tijdens de vergadering van aandeelhouders, niet heeft geïnformeerd over het besluit tot uitgifte en over de daadwerkelijke uitgifte van de aandelen. Deze besluiten zijn van rechtstreekse invloed op de aandeelhouderspositie van A. Ten slotte staat vast dat vragen van A over de stand van zaken met betrekking tot het managementparticipatieplan en de aandelenverhouding tijdens de vergadering van aandeelhouders niet zijn beantwoord. Daarbij komt dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de wijze waarop uitvoering is gegeven aan de mogelijkheden die de nieuwe structuur bood en dat de nieuw uitgegeven aandelen aan medeaandeelhouder/bestuurder JKS zijn uitgegeven. Naast de hierboven aangegeven bezwaren die betrekking hebben op de herstructurering, bestaat ook onduidelijkheid over de grondslag van de remuneratie van B en signaleert de OK dat de jaarrekeningen van DEM bewust niet zijn gedeponereerd en DEM in dat opzicht niet aan haar wettelijke verplichting heeft voldaan. Uit hetgeen hierboven is overwogen volgt dat er gegronde redenen zijn om te twifelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van DEM en de OK wijst het door A verzochte onderzoek dan ook toe. Ook is de OK van oordeel dat de verhoudingen binnen de vennootschap en de wijze waarop B als bestuurder van DEM omgaat met de belangen van A als minderheidsaandeelhouder nopen tot het treffen van een onmiddellijke voorziening en de OK benoemt een nader aan te wijzen persoon, naast B, tot bestuurder van DEM.

Verwant oordeel

Zie ook:

- HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/461 (*VEB/KLM*);
- HR 1 maart 2002, *NJ* 2002/296 (*Zwagerman*);
- Hof Amsterdam (OK) 13 mei 2015, *ARO* 2015/146 (*JEEMER*);
- Hof Amsterdam (OK) 28 april 2015, *JONDR* 2014/783 (*Fuhler Beheer B.V.*);
- Hof Amsterdam (OK) 22 juli 2014, *RO* 2014/70 (*Xeikon*);
- Hof Amsterdam (OK) 26 november 2012, *ARO* 2012/165 (*Via Parva/Isotron Systems*);
- Hof Amsterdam (OK) 14 februari 2011, *JIN* 2011/180 (*Amtrada Holding BV*);
- Hof Amsterdam (OK) 14 september 2006, *JOR* 2006/212 (*FinQorp/TriQorp*).

Wenk

Sinds het *Zwagerman*-arrest uit 2002 (*NJ* 2002/296) heeft te gelden dat 'een vennootschap jegens haar minderheidsaandeelhouders een bijzondere zorgvuldigheid in acht (dient) te nemen en (...) zij meer in het bijzonder (dient) te voorkomen dat verstrengeling van haar belangen met die van haar directie en/of haar meerderheidsaandeelhouder(s) – al dan niet ten koste van haar minderheidsaandeelhouders – plaatsvindt. Ook dient zij naar behoren opening van zaken te geven'. De omstandigheden van het geval zijn relevant voor de (inhoud van de) door de vennootschap in acht te nemen zorgplicht, zoals de aanwezigheid van minderheid- en meerderheidsaandeelhouders binnen een vennootschap of, zoals in het *Zwagerman*-arrest, de aanwezigheid van familierechtelijke verhoudingen tussen diverse betrokkenen. In de onderhavige beschikking zijn de belangen van A als minderheidsaandeelhouder door de vennootschap, althans haar bestuurder en meerderheidsaandeelhouder B, veronachtzaamd. Om aan te sluiten bij de strekking en de bewoordingen van het *Zwagerman*-arrest is in de onderhavige beschikking niet voorkomen dat er ten koste van de positie van A als minderheidsaandeelhouder een verstrengeling van de belangen van B als meerderheidsaandeelhouder met de vennootschap heeft plaats gevonden. Ook is A, in de woorden van de OK, 'bij voortduring te zeer in het duister gelaten'. Dit terwijl A als (oorspronkelijk) 20% aandeelhouder er recht op had door DEM, althans haar bestuurder B, voldoende geïnformeerd te worden over kwesties die zijn positie als aandeelhouder betreffen. Dat A in zijn e-mail aan B te kennen had gegeven B zijn 'proxy' te willen maken, maakt dit niet anders. Sterker, de inhoud van deze e-mail, met name de passage dat A verwacht 'fairly and equally' behandeld te worden, legt eens te meer de verplichting op aan B zorgvuldig om te gaan met de belangen van A als minderheidsaandeelhouder en A uit eigen beweging te informeren over voornemens die van invloed kunnen zijn op diens positie. Het verbaast dan ook niet, en is in lijn met bovenstaande rechtspraak, dat de OK gegronde redenen aanwezig acht om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van DEM en het verzoek van A tot het gelasten van een onderzoek en het treffen van een onmiddellijke voorziening toewijst. Hierbij acht de OK in het bijzonder van belang dat A met betrekking tot de voorgenomen ingrijpende herstructurering, het besluit tot uitgifte van de aandelen, de daadwerkelijke uitgifte en de stand van zaken met betrekking tot het managementparticipatieplan niet (afdoende) geïnformeerd en voorgelicht is. Zeker nu A meermaals verzoeken daartoe had gedaan en dienaangaande vragen had gesteld. De kosten van het onderzoek en van de door de OK als onmiddellijke voorziening te benoemen bestuurder komen voor rekening van de vennootschap. Al met al een kostenpost voor de vennootschap, die zij, althans haar bestuurder, had kunnen voorkomen door de belangen van *a/* haar aandeelhouders in acht te nemen en naar behoren opening van zaken te geven.

Partij(en)

A, verzoeker, adv. mr. P.D. Olden,
tegen

Deus Ex Machina (D.E.M.) B.V., te Haarlem, verweerster, adv. mr. W.P. Wijers en mr. I. Wassenaar,
Belanghebbenden:

1. JKS Holding B.V., te Amsterdam, adv. mr. M.J. Geus en mr. E.M. Tjon-En-Fa,
2. Stichting Administratiekantoor D.E.M., te Haarlem, adv. mr. W.E. Pors.

Uitspraak

Ondernemingskamer:

1. Het verloop van het geding

1.1

Verzoeker, verweerster en belanghebbenden worden hierna respectievelijk (ook) aangeduid met A, DEM, JKS en STAK.

1.2

A heeft bij op 8 juli 2015 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht, bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad, een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van DEM over de periode vanaf 1 januari 2011. Daarbij heeft hij tevens verzocht bij wijze van onmiddellijke voorzieningen voor de duur van het geding een derde persoon te benoemen tot bestuurder dan wel tot commissaris van DEM, die het mede tot zijn taak mag rekenen de belangen van A als minderheidsaandeelhouder van DEM (en crediteur) te bewaken en een spoedige 'exit' van A te bevorderen alsmede om DEM te veroordelen in de proceskosten.

1.3

DEM heeft bij op 27 augustus 2015 ter griffie van de Ondernemingskamer ingekomen verzoekschrift met producties de Ondernemingskamer verzocht het verzoek van A af te wijzen, met veroordeling van A in de kosten van het geding, uitvoerbaar bij voorraad.

1.4

De verzoeken zijn behandeld ter openbare terechtzitting van de Ondernemingskamer van 17 september 2015. Bij die gelegenheid hebben de advocaten (voor A tevens mr. B.F.L.M. Schim) de standpunten van de onderscheiden partijen toegelicht aan de hand van – aan de Ondernemingskamer en de wederpartij overgelegde – aantekeningen en onder overlegging van op voorhand aan de Ondernemingskamer en de wederpartij gezonden nadere producties. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de Ondernemingskamer beantwoord en inlichtingen verstrekt. De Ondernemingskamer heeft ter zitting het verzoek van DEM tot behandeling van de zaak met gesloten deuren, ten aanzien van welk verzoek A

zich heeft gerefereerd aan het oordeel van de Ondernemingskamer, afgewezen.

2. De feiten

De Ondernemingskamer gaat – met een enkele wijziging, toevoeging en weglating – uit van de feiten zoals die door de Rechtbank Noord-Holland in het hierna onder 2.30 vermelde vonnis zijn opgenomen, met een aanvulling in 2.16 en 2.20-2.22 en vanaf 2.26. Het gaat om de volgende feiten.

2.1

A is Amerikaans staatsburger en woont in de Verenigde Staten.

2.2

DEM is een houdstervennootschap die in 1995 is opgericht door A en B en twee anderen die thans niet meer participeren in het aandelenkapitaal van DEM. De ondernemingsactiviteiten van DEM zijn ondergebracht in verschillende deelnemingen. De deelnemingen van DEM houden zich onder meer bezig met het aanbieden van vaste telefonie, telecomdiensten en een aankoopservice en met verkoop van verzekeringen. DEM en haar deelnemingen zullen hierna ook wel worden aangeduid als de DEM-groep.

2.3

B is enig bestuurder van DEM en van JKS. JKS is de persoonlijke houdstervennootschap van B.

2.4

Vanaf 2005 hield A 20% en B via JKS 80% van de aandelen in DEM.

2.5

A heeft tot 2010 actief meegewerkt in (een van de deelnemingen van) DEM. In een e-mailbericht van 3 maart 2010 heeft A onder meer aan B geschreven:

“I want to withdraw from any active involvement in DEM and its holdings. I want to step into the position of just being a shareholder. (...) I have decided that I want to continue as a 20% shareholder in DEM, but want to formally transfer all my decision making rights as a shareholder to you and make you my proxy in any shareholder decisions. In short I want to give you all possible room to execute the strategies you set, and will follow you in whatever direction you choose concerning compensation, dividends, acquisitions or sale of our interests. I know I will be treated fairly and equally in matters that affect my position as a shareholder.”

2.6

Op 20 augustus 2010 heeft B aan A in een e-mail onder meer geschreven:

“With the help of Allen & Overy and Ernst & Young I have completed the restructuring of DEM. The purpose of this restructuring is twofold:

1. To determine the value of DEM uptill 2010 and the way that in time this value will be paid out to you and me.
2. To allow key executives in the respective subsidiaries of DEM and myself to participate in the increase in value of DEM starting in 2010 above the value mentioned in point 1.

Please come to Holland in the first week of september to sign the necessary documents for this restructuring of DEM.”

2.7

Daarop heeft A geantwoord in een e-mail van 29 augustus 2010:

“Please send me the draft documents that are relevant to the restructuring you’d like me to agree to. From your email I get the impression that part of the restructuring is designed to change ownership and participation going forward. As I’ve indicated earlier my preference is to maintain my established interests as a shareholder of DEM, but as a silent partner who follows you in your position as shareholder. So please send the drafts to make sure there is no confusion and let me know that no transaction will be completed until I’ve had a chance to review the drafts.”

2.8

Op 31 augustus 2010 heeft B in een e-mail aan A geschreven:

“The restructuring is crucial for the desired development and growth of the DEM activities in the coming years and thereafter. (...) I expect you to cooperate and come to Holland next week to conclude this restructuring of DEM.”

2.9

Daarop heeft A in een e-mail van 8 september 2010 aan B geantwoord:

“(…) I think it’s reasonable to be able to review and think about a restructuring proposal before I make the trip over to Holland. So please send me the documents that Ernst and Young and Robert Jan or whomever at Allen Overy have prepared.”

2.10

In reactie daarop heeft B diezelfde dag aan A per e-mail onder meer geschreven:

“(…) I expect you to come to Holland next week and cooperate in the restructuring of DEM. After discussing the restructuring with Robert Jan Lijdsman (notaris, opm. OK), (...) and myself, you can seek any advice from your advisors in the States while you are here.”

2.11

Op 9 september 2010 heeft A per e-mail aan B onder meer geschreven:

“I understand and respect your sense of urgency and I want to do everything I can to keep things moving. But the reality is that I cannot come over because of my health. (...) The apparent urgency you conveyed in your reply and my inability to be there next week led me to ask C’s support and I have given him full authority to resolve whatever matters need resolved. (...) I have given C my Power of Attorney in the Netherlands.”

2.12

Op 2 februari 2011 was een bijzondere algemene vergadering van aandeelhouders gepland. Op de agenda stonden onder meer managementparticipatie, omzetting van DEM in een naamloze

vennootschap en een statutenwijziging van DEM. Bij de agenda hoorden als bijlagen onder meer:

- een presentatie van Allen & Overy over managementparticipatie bij de DEM-groep van 20 januari 2011;
- een brief aan de Belastingdienst van 5 juli 2010 met een verzoek inzake de herstructurering van DEM;
- een waarde-indicatie van de aandelen in DEM per 30 september 2010, opgesteld door Ernst & Young van 12 november 2010; en
- een conceptakte tot wijziging van de statuten van DEM van 20 januari 2011.

2.13

De in 2.12 genoemde stukken en de overige stukken voor de vergadering van 2 februari 2011 heeft B op 21 januari 2011 aan C als gevolmachtigde van A overhandigd.

2.14

Naar aanleiding van de aangekondigde vergadering en de bijlagen bij de agenda heeft C op 24 januari 2011 namens A een e-mail gestuurd aan B in diens hoedanigheid van enig bestuurder van DEM. Daarin heeft hij onder meer geschreven dat de voorstellen rond de herstructurering van DEM de positie van A als aandeelhouder ernstig en onevenredig zouden verslechteren en dat hij deze voorstellen niet zou accepteren. Ook heeft C geschreven dat hij bezwaren heeft tegen de procedurele gang van zaken, omdat de relevante informatie over de voorgestelde herstructurering ondanks eerdere verzoeken eerst twaalf dagen voor de vergadering aan hem zijn overgelegd.

2.15

De op 2 februari 2011 geplande vergadering is afgezegd en op 30 maart 2011 is een nieuwe algemene vergadering van aandeelhouders uitgeschreven en gehouden. Op de agenda stonden opnieuw onder meer de in 2.12 genoemde agendapunten, met als bijlage voor de statutenwijziging een nieuwe conceptakte, gedateerd op 7 maart 2011. In art. 6.1 van deze akte staat dat uitgifte van aandelen geschiedt op grond van een besluit van het bestuur en in art. 6.4 staat dat het voorkeursrecht telkens voor een enkele uitgifte van aandelen bij besluit van het bestuur kan worden beperkt of uitgesloten.

2.16

Uit een presentatie van Allen & Overy, die op 30 maart 2011 is besproken ('management participatie DEM Group'), bleek dat het managementparticipatieplan erin voorzag dat *tracking stock* werd ingevoerd om managers te laten meedelen in de winst van de deelneming waaraan zij leiding gaven.

2.17

De voorgestelde statutenwijziging, waarbij het aandelenkapitaal van DEM werd omgezet in gewone en preferente aandelen A tot en met I, is op 30 maart 2011 door de algemene vergadering van aandeelhouders goedgekeurd doordat JKS daar als meerderheidsaandeelhouder voor heeft gestemd. Bij deze vergadering was D aanwezig als gemachtigde van A. Zij heeft zich onthouden van stemming, nadat zij de vraag heeft gesteld of bij het doorvoeren van de voorgestelde statutenwijziging sprake was van enige verwatering van het belang van A; notaris R.J. Lijdsman heeft daarop geantwoord dat bij dit voorstel geen sprake was van enige verwatering en dat A met deze statutenwijziging een belang van 20% bleef behouden.

2.18

Op 18 november 2011 heeft opnieuw een algemene vergadering van aandeelhouders van DEM plaatsgevonden. Ook daar was D aanwezig als gemachtigde van A; blijkens de notulen van die vergadering heeft zij toen onder meer gevraagd wat de plannen waren met betrekking tot de participatie van het management. Voorts staat in de notulen:

“Mevrouw D legt het verzoek neer bij de bestuurder van de vennootschap of de aandeelhouders geïnformeerd kunnen worden zodra het plan van uitgifte concreet is. De heer B geeft aan dat het bestuur van de vennootschap zich aan alle regels zal houden maar kan nog (g)een uitspraken doen of aanvullende informatie zal worden verstrekt.”

2.19

Op 16 januari 2012 heeft het bestuur van DEM op grond van art. 6.1 van de nieuwe statuten besloten tot uitgifte van 1.665.000 aandelen in het kapitaal van DEM aan JKS, te weten 297.000 aandelen elk in de klassen A, B, C, D en I en 180.000 aandelen in klasse E. Daarbij is in aanmerking genomen dat DEM op één na alle aandelen houdt in het kapitaal van BACS Investing B.V. (hierna: BACS) en dat het bestuur van DEM de resultaten van BACS wenst toe te rekenen aan de gewone aandelen van DEM. Tevens is in dit bestuursbesluit met toepassing van art 6.6 van de statuten besloten tot uitsluiting van het voorkeursrecht van bestaande aandeelhouders en is bepaald dat de activa en passiva van BACS toekomen aan de gewone aandelen E.

2.20

Bij akte van uitgifte van 8 maart 2012 heeft DEM 1.665.000 nieuwe aandelen uitgegeven aan JKS, tegen een uitgifteprijs van € 527.850.

2.21

Als gevolg van de uitgifte van de nieuwe aandelen is het aandelenbelang van A verwaterd van 20% naar 14,6%. Hij houdt thans 801.000 preferente aandelen (20%) en 99.000 gewone aandelen (4,6%), in totaal 900.000 van de 6.165.000 geplaatste aandelen in de klassen A tot en met D en I.

2.22

Op 19 maart 2012 heeft DEM een lening van € 10 miljoen verstrekt aan BACS.

2.23

Het besluit van 16 januari 2012 tot uitgifte van aandelen is op 11 december 2012 gedeponneerd bij de Kamer van Koophandel.

2.24

Bij brief van 17 mei 2013 heeft de advocaat van A aan DEM geschreven dat het belang van A verwatert als gevolg van het besluit van 16 januari 2012 tot uitgifte van aandelen, dat B een tegenstrijdig belang had bij dat besluit en dat hij ten onrechte heeft nagelaten de algemene vergadering van aandeelhouders van DEM daarvan op de hoogte te stellen. De advocaat heeft B gesommeerd om vóór 31 mei 2013 onder meer inzicht te geven in zijn arbeidsvoorwaarden en in de daadwerkelijk door hem van DEM

ontvangen bezoldigingen en kostenvergoedingen, een afschrift te verstrekken van de akte van uitgifte die is gevolgd op het besluit van 16 januari 2012 en het managementparticipatieplan te verstrekken waaronder JKS aandelen houdt ten behoeve van het management.

2.25

Bij brief van 17 juni 2013 van hun advocaten hebben JKS en DEM hierop gereageerd. In de brief staat onder meer dat de daadwerkelijke aandelenuitgifte aan JKS heeft plaatsgevonden op 8 maart 2012 en dat dit is gebeurd in het kader van het managementparticipatieplan. Het feit dat A niet meer actief is betrokken binnen de DEM-groep en zich daarom in een wezenlijk andere positie bevindt, rechtvaardigt dat hij niet aan de uitgifte heeft kunnen deelnemen, aldus de brief. Voorts staat in de brief dat DEM niet verplicht is om opgave te doen van de bezoldiging van het bestuur, dat A geen recht heeft op een afschrift van de akte van uitgifte van de aandelen en dat de uitgangspunten van het managementparticipatieplan niet anders zijn dan zoals gepresenteerd op de algemene vergadering van aandeelhouders van 30 maart 2011.

2.26

Op 26 juni 2013 heeft een algemene vergadering van aandeelhouders plaatsgevonden; notulen daarvan zijn omstreeks 11 februari 2014 aan A verstrekt. In deze notulen staat onder meer dat E, de niet-statutaire CFO van DEM, op vragen van (de advocaat van) A heeft geantwoord dat 'de directie niet genoodzaakt was' A te informeren over de emissie van aandelen en dat 'de aandelen mede in het kader van het managementparticipatieplan zijn uitgegeven'. Onder 7 van de notulen ('Resultaatsbestemming 2011') is vermeld dat is besloten, met tegenstem van A, tot het reserveren van de hele jaarwinst 2011.

2.27

Bij dagvaarding van 2 augustus 2013 heeft A een vordering ex art. 2:343 BW (geschillenregeling) aanhangig gemaakt tegen DEM en JKS.

2.28

Op 17 september 2013 is STAK opgericht door DEM. Tot 19 november 2014 was B de enige bestuurder van STAK.

2.29

Op 12 maart 2014 is een algemene vergadering van aandeelhouders van DEM gehouden. Namens A gestelde vragen naar het managementparticipatieplan en de aandelenverhoudingen zijn toen niet beantwoord. Tijdens die vergadering is besloten een dividenduitkering op de gewone aandelen beschikbaar te stellen van € 1,5 miljoen.

2.30

In de procedure op de voet van art. 2:343 BW heeft de Rechtbank Noord-Holland (Haarlem) bij tussenvonnis van 9 juli 2014 overwogen dat als gevolg van gedragingen van B, toe te rekenen aan DEM en JKS, A zodanig in zijn rechten en belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd. De rechtbank achtte de vordering van A om JKS en DEM te veroordelen tot overname van de aandelen van A derhalve toewijsbaar en overwoog dat een deskundigenbericht zal worden gelast om de waarde van de aandelen

te bepalen. Ook de gevorderde billijke verhoging achtte de rechtbank toewijsbaar en zij overwoog dat deze verhoging in de beslissing over de prijs zal worden verwerkt (door als peildatum te kiezen de dag voorafgaand aan het besluit van 16 januari 2012 tot uitgifte van aandelen). De rechtbank verwees de zaak vervolgens naar de rol om partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de te benoemen deskundige(n), de voor te leggen vragen, de te hanteren waarderingsmaatstaf en de peildatum.

2.31

Bij brief van 6 oktober 2014 hebben DEM, STAK en JKS A aansprakelijk gesteld voor schade als hij niet binnen veertien dagen de procedure op grond van art. 2:343 BW zou doorhalen. Zij stelden dat de overnameverplichting een directe bedreiging voor de continuïteit van DEM vormt. Volgens hen zou een regeling tussen DEM en KPN, op grond waarvan DEM in plaats van een continue zekerheid van € 6 miljoen te stellen kon volstaan met het afgeven van een verklaring van haar accountant, door KPN herzien kunnen worden indien sprake is van materiele wijziging in de eigendomsverhoudingen van DEM.

2.32

Op 15 februari 2015 is een algemene vergadering van aandeelhouders gehouden. Namens A gestelde vragen naar het managementparticipatieplan en de aandelenverhoudingen en over de berekening van het dividend over 2012 zijn niet beantwoord.

2.33

Bij tussenvonnis van 25 maart 2015 in de procedure op de voet van art. 2:343 BW heeft de rechtbank een deskundige benoemd. STAK had zich in deze procedure inmiddels gevoegd aan de zijde van DEM en JKS.

2.34

Op 30 juni 2015 heeft A conservatoir verhaalsbeslag doen leggen onder JKS en DEM tot zekerheid voor de betaling van de koopprijs voor de aandelen.

2.35

Op 6 juli 2015 hebben DEM, JKS en STAK A doen dagvaarden voor de Rechtbank Amsterdam. De dagvaarding beslaat 178 pagina's en bevat tevens een incidentele vordering. In de hoofdzaak vorderen DEM, JKS en STAK, kort gezegd, veroordeling van A tot het doen doorhalen van de procedure ex art. 2:343 BW (subsidiair tot het intrekken van zijn vordering tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad in die procedure), een verbod om een nieuwe procedure gericht op overname van de aandelen van A te entameren, opheffing van de gelegde beslagen en een verbod tot het leggen van andere beslagen, een gebod tot geheimhouding van de processtukken en andere informatie en veroordeling tot schadevergoeding op te maken bij staat.

2.36

Bij dagvaarding van 12 augustus 2015 heeft DEM in kort geding opheffing gevorderd van de door A gelegde beslagen. Bij vonnis van 3 september 2015 heeft de voorzieningenrechter in de Rechtbank Amsterdam deze vordering toegewezen, omdat zij voldoende zekerheid voor het verhaal van eventuele

vorderingen van A aanwezig achtte en vooralsnog voldoende aannemelijk achtte dat DEM groot belang had bij opheffing van de beslagen.

2.37

Bij arrest van 24 november 2015 heeft de Ondernemingskamer DEM, JKS en STAK niet-ontvankelijk verklaard in hun hoger beroep tegen het tussenvonnis van 25 maart 2015.

3. De gronden van de beslissing

3.1

A heeft aan zijn verzoek ten grondslag gelegd dat er gegronde redenen zijn voor twijfel aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van DEM en dat onmiddellijke voorzieningen dienen te worden getroffen. Samengevat heeft A de volgende bezwaren genoemd:

- Handelen in strijd met art. 2:8 BW door het voeren van een openlijk beleden strategie om A van de toekomstige waarde van DEM af te snijden en deze strategie ook daadwerkelijk uit te voeren door middel van een heimelijke emissie van gewone aandelen tegen onduidelijke voorwaarden en zonder deugdelijke waardering onder het mom van een ‘managementparticipatieplan’ waardoor A aanmerkelijk werd verwaterd en – door uitgifte van trackingstock E – economisch van een gedeelte van DEM werd afgesneden;
- Handelen in strijd met art. 2:8, 2:9 en 2:239 lid 5 BW door het besluit van B om onder het mom van ‘managementparticipatieplan’ aandelen uit te geven aan zijn eigen holding JKS, onder uitsluiting van het voorkeursrecht van A, met de kennelijke bedoeling dat JKS die aandelen ook geheel of gedeeltelijk zou blijven houden;
- Handelen in strijd met art. 2:217 lid 2 BW en art. 2:8 BW door de weigering vragen te beantwoorden in de algemene vergadering van aandeelhouders en daarbuiten over deze transacties en de uitvoering van het ‘managementparticipatieplan’;
- Handelen in strijd met art. 2:8 BW door jaar na jaar dividend te passeren ten behoeve van de noodzakelijke investeringen in DEM, terwijl A door middel van het besluit van 16 januari 2012 werd afgesneden van de opbrengsten van die investeringen die mede door hemzelf waren opgebracht en het onmiddellijk loslaten van dit dividendbeleid nadat de verwatering van A een feit was;
- Handelen in strijd met art. 2:217 lid 2 en art. 2:245 BW en art. 10.4 statuten door de weigering openheid van zaken te geven over de remuneratie van B en de besluitvorming die eraan ten grondslag zou liggen en – naar vermoed mag worden – het genieten van een remuneratie zonder adequate onderliggende besluitvorming;
- Handelen in strijd met art. 2:394 lid 1 BW door het stelselmatig niet openbaar maken van jaarrekeningen;
- Handelen in strijd met art. 2:9 en art. 2:239 lid 5 BW door het verstrekken van een onzakelijke lening aan BACS en schending van art. 2:217 lid 2 BW door geen antwoord te geven tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders over doel en achtergrond van deze lening en de activiteiten van BACS;
- Handelen in strijd met art. 2:8 BW door het niet en niet-tijdig beschikbaar maken van notulen van algemene vergaderingen van aandeelhouders van DEM;
- Handelen in strijd met art. 2:8, art. 2:9 en art. 2:362 BW door het achterhouden van informatie in de jaarrekeningen en tijdens de algemene vergaderingen van aandeelhouders die zou wijzen

op een (potentiele) 'directe bedreiging van de continuïteit van DEM';

- Handelen in strijd met art. 2:8 BW en misbruik van procesrecht door intimidatie en een patroon van verdragende en frustrerende gedragingen in het kader van de lopende geschillenregeling.
- A heeft gesteld dat hij, omdat voorzienbaar is dat hij als gevolg van de procedurele ontwikkelingen in de procedure op de voet van art. 2:343 BW langer aandeelhouder van DEM zal moeten blijven dan redelijkerwijs was te voorzien en hij debiteurenrisico blijft lopen op DEM, belang heeft bij een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van DEM om alsnog openheid van zaken te krijgen.

3.2

DEM heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Ook JKS en STAK hebben – ter zitting – verweer gevoerd. De Ondernemingskamer zal hieronder waar nodig op die verweren ingaan.

3.3

De Ondernemingskamer overweegt als volgt.

3.4

De Ondernemingskamer stelt voorop dat A als 20% aandeelhouder van DEM er recht op had (door B als bestuurder van) DEM voldoende geïnformeerd te worden over kwesties die zijn positie als aandeelhouder betreffen. De zinsnede in de e-mail van A van 3 maart 2010 (deels geciteerd in 2.5) dat hij B zijn 'proxy' wil maken voor aandeelhoudersbesluiten kan geenszins worden uitgelegd als een vrijbrief aan B om A niet meer te informeren. Integendeel, in de e-mail staat voorts dat A verwacht 'fairly and equally' behandeld te worden in aangelegenheden die zijn positie als aandeelhouder betreffen. De inhoud van deze e-mail legt eens te meer de verplichting op aan B zorgvuldig om te gaan met de belangen van A als minderheidsaandeelhouder en A uit eigen beweging te informeren over voornemens die van invloed kunnen zijn op diens positie. Op grond van deze e-mail en van de onder 2.6 genoemde e-mail van A van 29 augustus 2010 was B op de hoogte van de wensen van A met betrekking tot zijn aandeelhouderschap. In laatstgenoemde e-mail schrijft A:

"As I've indicated earlier my preference is to maintain my established interests as a shareholder of DEM, but as a silent partner who follows you in your position as shareholder."

3.5

De informatievoorziening aan A voldoet niet aan wat van DEM in dat opzicht verwacht mocht worden. A is bij voortduring te zeer in het duister gelaten.

3.6

In de eerste plaats geldt dit voor de voorgenomen (ingrijpende) herstructurering, waarover A voor het eerst bij brief van 20 augustus 2010 van B heeft vernomen. Ondanks herhaalde verzoeken van A hem de relevante stukken toe te zenden voordat hij naar Nederland zou reizen voor een algemene vergadering van aandeelhouders, heeft B niet aan deze verzoeken willen voldoen. Pas op 21 januari 2011 zijn deze stukken in Nederland overhandigd aan de door A als zijn gevolmachtigde aangewezen C. Vervolgens is A niet goed voorgelicht over de concrete gevolgen van de herstructurering. DEM betwist dit; zij voert aan dat A proactief geïnformeerd is, dat zijn adviseurs bezwaren hebben kunnen uiten waarmee DEM aan de slag is gegaan en dat zijn bezwaren vervolgens zijn weggenomen en hij niet langer tegen de herstructurering was. Uit de brief van C van 24 januari 2011 (waarin wordt

verwezen naar correspondentie van Allen & Overy met de belastingdienst) en uit de vergaderstukken voor de vergadering van 30 maart 2011 volgt bovendien dat A op de hoogte was van de gevolgen van de herstructurering, aldus DEM. De Ondernemingskamer verwierpt deze argumenten van DEM. A heeft – nadat naar aanleiding van bezwaren van zijn kant de aanvankelijk toegezonden concept-statuten waren aangepast – op zichzelf ingestemd met managementparticipatie en hij heeft uit de genoemde stukken kunnen afleiden dat deze zou worden gerealiseerd door het invoeren van *tracking stock*. Over de vormgeving van het managementparticipatieplan, die tot gevolg zou hebben dat hij zou verwateren tot 4,6% van de gewone aandelen, is A echter niet goed voorgelicht. De mededeling in de algemene vergadering van aandeelhouders van 30 maart 2011 dat bij het doorvoeren van de voorgestelde statutenwijziging geen sprake was van enige verwatering, is daarbij minstgenomen misleidend te noemen.

3.7

Voorts staat vast dat B A – ondanks het uitdrukkelijk verzoek daartoe van zijn gemachtigde tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders van 18 november 2011 – niet heeft geïnformeerd over het besluit tot uitgifte van 16 januari 2012 en over de daadwerkelijke uitgifte van de aandelen op 8 maart 2012, terwijl het besluit van 16 januari 2012 pas veel later, op 11 december 2012, is gedeponneerd bij de Kamer van Koophandel. Dat A geen belang heeft bij deze informatie, valt niet vol te houden. De besluiten zijn rechtstreeks van invloed op zijn aandeelhouderspositie. Ten slotte staat vast dat vragen van A over de stand van zaken met betrekking tot het managementparticipatieplan en de aandelenverhouding tijdens de algemene vergaderingen van aandeelhouders van 26 juni 2013, 12 maart 2014 en 25 februari 2015 niet zijn beantwoord en dat niet is ingegaan op een eerder verzoek (zie de onder 2.24 genoemde brief) om toezending van stukken daaromtrent.

3.8

Bij het vorenstaande komt dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de wijze waarop uitvoering is gegeven aan de mogelijkheden die de nieuwe structuur bood. Het aantal nieuw uitgegeven aandelen, ruim 1,6 miljoen, betreft een forse emissie, die aanzienlijke verwatering van A tot gevolg heeft gehad. DEM heeft aangevoerd dat A daardoor niet is benadeeld aangezien de uitgifte van gewone aandelen plaats heeft gevonden tegen reële waarde. A heeft echter ter zitting gemotiveerd toegelicht dat – nog los van de vraag of de waardering door EY van 12 november 2010 in dit verband bruikbaar is – ernstig betwijfeld kan worden of de storting door JKS van € 527.850 op de gewone aandelen de reële waarde weerspiegelt en dat de waarde van € 26,7 miljoen die DEM in dit verband toekent aan de preferente aandelen een fictie lijkt te zijn.

3.9

Voorts geldt dat de nieuw uitgegeven aandelen zijn uitgegeven aan medeaandeelhouder/bestuurder JKS, naar stelling van DEM en JKS deels met de bedoeling om gefaseerd te worden doorgeleverd aan STAK die vervolgens certificaten zal uitgeven aan de daarvoor in aanmerking komende managers. DEM en JKS laten echter onverklaard waarom die aandelen eerst aan JKS zijn uitgegeven. In dit verband verdient opmerking dat deze aandelen, ook al zouden ze uiteindelijk voor STAK zijn bestemd, in de tussentijd dividend dragend zijn. Ten slotte is onduidelijk hoe de door de STAK aan JKS te betalen prijs van de aandelen zich verhoudt tot de prijs die JKS heeft betaald bij uitgifte en welk deel van de aandelen bestemd is bij JKS te blijven. Ook de rol van JKS en B roept derhalve vragen op.

3.10

DEM heeft aangevoerd dat de uitwerking van de herstructurering erop neerkomt dat de aanspraak van A op de waardeontwikkeling tot 2010 via de preferente aandelen gewaarborgd blijft terwijl de waardeontwikkeling nadien (grotendeels) toekomt aan B en de daarvoor aangewezen managers en dat dit gerechtvaardigd is vanwege een afspraak die bij de oprichting van DEM is gemaakt. Volgens DEM is bij de oprichting is afgesproken dat iedere aandeelhouder actief bij het management van DEM betrokken zou zijn en dat aan de aandeelhouders in beginsel geen dividend zou worden uitgekeerd. Dat betekende ook dat aandeelhouders die geen managementrol meer wilden, hun aandelen tegen nominale waarde, althans tegen een waarde ver beneden de werkelijke waarde dienden over te dragen aan de andere aandeelhouders. Dat hebben de twee andere oorspronkelijke aandeelhouders ook gedaan en ook A zelf, die minder in het management participeerde dan B, heeft op die basis aandelen aan B overgedragen, aldus DEM. A is actief geweest binnen de dochtervennootschap Delphi Communications B.V. (hierna: Delphi), maar vanaf 2010 heeft hij zich niet meer met (het inmiddels verlieslatende) Delphi willen bemoeien. In de eerste helft van 2010 realiseerde B zich dat de DEM-groep nieuwe topmanagers nodig had. Eind 2010 is daarom een managementparticipatieplan uitgewerkt, waarvoor een herstructurering van het aandelenkapitaal in DEM nodig was. De herstructurering voorzag in een meer dan coulante behandeling van A. Hij behield – door middel van zijn preferente aandelen – zijn belang in DEM voor de opgebouwde waarde in de jaren tot en met 2009 en werd niet gehouden aan de oorspronkelijke uitkoopafspraken tussen de aandeelhouders, aldus DEM.

3.11

A heeft het bestaan van een afspraak als door DEM gesteld betwist. Tegenover deze betwisting zijn onvoldoende concrete aanknopingspunten voorhanden om aan te nemen dat een dergelijke – partijen bindende – afspraak daadwerkelijk is gemaakt. Een schriftelijke vastlegging van de gestelde afspraak is niet voor handen. De gang van zaken bij de uittreding van twee oorspronkelijke medeaandeelhouders en de eerdere overdracht van aandelen door A zelf kunnen ook een andere verklaring hebben, zoals A ter zitting heeft betoogd. Vooralsnog gaat de Ondernemingskamer er derhalve niet van uit dat partijafspraken rechtvaardigen dat DEM en JKS de zorgplicht die in het algemeen geldt jegens een minderheidsaandeelhouder, jegens A niet in acht nemen.

3.12

Naast de hierboven behandelde bezwaren die betrekking hebben op de herstructurering, bestaat ook onduidelijkheid over de grondslag van de remuneratie van B. Van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders, ook vereist op grond van art. 10.4 van de statuten van DEM, is niet gebleken.

3.13

De Ondernemingskamer signaleert voorts dat de jaarrekeningen van DEM bewust niet zijn gedeponeerd. Hiermee staat vast dat DEM in dit opzicht niet aan haar wettelijke verplichting heeft voldaan.

3.14

Met betrekking tot de lening aan BACS heeft DEM het volgende aangevoerd. De *tracking stock* onder letter E is zonder betekenis omdat geen beleggingsactiviteiten worden ontplooid. Aan de aan BACS

– een vennootschap die is opgericht om op termijn beleggingsactiviteiten mee te verrichten – verstrekte lening van € 10 miljoen liggen zakelijke motieven ten grondslag, te weten het binnen de DEM-groep maar niet binnen DEM zelf onmiddellijk opvorderbaar houden van dat geld, aldus DEM. Wat hiervan zij, dit neemt naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet weg dat A over de lening aan BACS had moeten worden geïnformeerd. Het gaat om een lening van € 10 miljoen door DEM aan een vennootschap waartoe alleen JKS via *tracking stock* E gerechtigd was, terwijl voorts A bij BACS geen enkele rol speelt.

3.15

Ten slotte lijkt de onder 2.35 vermelde dagvaarding van 6 juli 2015 te hebben geleid tot een met het belang van DEM strijdig onzakelijk hoog bedrag aan juridische kosten.

3.16

Uit hetgeen hierboven is overwogen volgt dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van DEM. De Ondernemingskamer zal een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van DEM bevelen, zoals verzocht vanaf 1 januari 2011. Het staat de onderzoeker vrij tevens de niet expliciet behandelde bezwaren van A, die deel uitmaken van de verkorte weergave onder 3.1, bij zijn onderzoek te betrekken.

3.17

De Ondernemingskamer is van oordeel dat de verhoudingen binnen de vennootschap en de wijze waarop B als bestuurder van DEM omgaat met de belangen van A als minderheidsaandeelhouder, nopen tot het treffen van een onmiddellijke voorziening. Zij zal een nader aan te wijzen persoon, naast B, tot bestuurder van DEM benoemen. Vooralsnog ziet de Ondernemingskamer geen aanleiding voor het treffen van andere maatregelen.

3.18

De te benoemen bestuurder mag het bovendien tot zijn taak rekenen een minnelijke regeling tussen partijen te beproeven.

3.19

De Ondernemingskamer zal de kosten van het onderzoek en de te benoemen bestuurder ten laste brengen van DEM.

3.20

Tot slot dient de Ondernemingskamer te beslissen op het verzoek van DEM in haar brief van 10 september 2015 te bepalen dat de onderhavige beschikking niet ter publicatie aan rechtspraak.nl of andere bronnen/databases ter beschikking wordt gesteld, althans dat de beschikking volledig wordt geanonimiseerd en voorafgaand aan publicatie aan DEM wordt voorgelegd. DEM voert aan dat in de procedure extreem gevoelige en bedrijfsvertrouwelijke informatie naar voren wordt gebracht. De Ondernemingskamer ziet in de inhoud van de onderhavige beschikking echter geen aanleiding bijzondere maatregelen te treffen. Het verzoek wordt derhalve afgewezen.

3.21

De Ondernemingskamer zal DEM, als de overwegende in het ongelijk gestelde partij, veroordelen in de kosten van het geding.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

beveelt een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Deus ex Machina (D.E.M.) B.V., gevestigd te Haarlem, over de periode vanaf 1 januari 2011;

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

stelt het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten vast op € 50.000, de verschuldigde omzetbelasting daarin niet begrepen;

bepaalt dat de kosten van het onderzoek ten laste komen van Deus ex Machina (D.E.M.) B.V. en dat zij voor de betaling daarvan ten genoegen van de onderzoeker voor de aanvang van diens werkzaamheden zekerheid dient te stellen;

benoemt mr. M.M.M. Tillema tot raadsheer-commissaris, zoals bedoeld in art. 2:350 lid 4 BW;

benoemt bij wijze van onmiddellijke voorziening met onmiddellijke ingang en vooralsnog voor de duur van het geding een nader aan te wijzen en aan partijen bekend te maken persoon tot bestuurder van Deus ex Machina (D.E.M.) B.V.;

bepaalt dat het salaris en de kosten van deze bestuurder ten laste komen van Deus ex Machina (D.E.M.) B.V. en bepaalt dat Deus ex Machina (D.E.M.) B.V. voor de betaling daarvan ten genoegen van de bestuurder zekerheid dient te stellen vóór de aanvang van diens werkzaamheden;

veroordeelt Deus ex Machina (D.E.M.) B.V. in de kosten van het geding tot op heden aan de zijde van A begroot op € 2.993;

wijst af hetgeen meer of anders is verzocht;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.