

stip waarop hij de overname ervan beveelt, tenzij dit tot een kennelijk onredelijk resultaat leidt. In dat geval mag hij, met inachtneming van alle relevante omstandigheden, beslissen tot een billijke prijsverhoging of -vermindering." In België wordt de peildatum dus ook gekoppeld aan de billijke verhoging. Volgens De Wulf is dit een van de erg weinige gevallen waarin een Belgische rechter expliciet de toelating krijgt naar billijkheid te oordelen in een vennootschapsgeschil, zie H. de Wulf in: *Ondernemingsrecht in de Lage Landen* (congresbundel), Serie IVO deel 117, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 61-62 (par. 6.2). In het verleden had ik kritiek op de billijke verhoging. Zie voor argumenten: C.D.J. Bulten, 'Over de flexibele aflegging van de sluier: de nieuwe uittreding', in: *De nieuwe geschillenregeling*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2011, Deventer: Kluwer 2011, p. 25-26. Ik was (en ben) voorstander van een flexibele peildatum. Maar uiteindelijk gaat het om een benadering om te bereiken dat de schadetoebrengende gedragingen op een deugdelijke wijze in de prijs kunnen worden verdisconteerd. Aldus A-G Assink in zijn conclusie onder HR 6 november 2020, «JOR» 2021/108, ov. 3.33. En voor zo'n benadering kiest de OK in onderhavig arrest.

7. In casu pakt de regel "peildatum in het verleden is slechts billijke verhoging" overigens niet goed uit voor de uittredende aandeelhouder. Het wegvallen van een belangrijke klant van de vennootschap kan niet tot vergoeding leiden. Deze omstandigheid is niet een gedraging van de achterblijvende aandeelhouder. Zie r.o. 4.16.

8. In r.o. 4.41 typeert de OK de verhouding tussen de billijke verhoging van art. 2:343 lid 4 BW en de toekenning van schadevergoeding. Een vordering tot schadevergoeding is een samenhangende vordering in de zin van art. 2:336 lid 5 BW, via de schakelbepaling van lid 2 van art. 2:343 BW eveneens van toepassing in een uittredingsprocedure. De OK wacht eerst de informatie af die tot een billijke verhoging kan leiden. Met die verhoging komt er geen schadevergoeding. De schadelijke gedragingen zijn dan al verdisconteerd in het bedrag dat de uittredende aandeelhouder ontvangt. Sterker nog: als de gedragingen geen billijke verhoging opleveren, is er ook geen grond voor schadevergoeding. Dit lijkt mij juist. De drempel voor het toekennen van een billijke verhoging is "aannemelijk maken" dat gedragingen hebben geleid tot een vermindering

van de waarde van de over te dragen aandelen. Dat is een aanmerkelijk lagere drempel dan welke toets voor toekenning van schadevergoeding ook.

prof. mr. C.D.J. Bulten

90

Beëindiging van onmiddellijke voorzieningen op verzoek van een van partijen

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

29 oktober 2021, zaaknr. 200.281.257/01 OK, ECLI:NL:GHAMS:2021:3240

(mr. Wolfs, mr. Vink, mr. Nieuwe Weme, drs. Smits-Nusteling RC, drs. Tiemstra RA)

Noot mr. D.J.F.F.M. Duynstee

Enquêteprocedure. Handhaving van onmiddellijke voorzieningen in belang van onderzoek is niet langer nodig en daarnaast is toestand van vennootschap gewijzigd. OK gaat bij beslissing uit van feitelijk bestaande situatie. Toewijzing van verzoek tot beëindiging van getroffen onmiddellijke voorzieningen.

[BW art. 2:349a lid 2]

De OK kan onmiddellijke voorzieningen treffen, zo is bepaald in art. 2:349a lid 2 BW, indien dit gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken vereist is in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek. In deze zaak is het onderzoek afgerond en is het onderzoeksverslag gedeponeerd. Handhaving van de onmiddellijke voorzieningen in het belang van het onderzoek is niet meer aan de orde. Verder is de toestand van de vennootschap dmarcian Europe gewijzigd, niet alleen omdat de vennootschap TDX 100% van de aandelen is gaan houden en [A] niet langer aandeelhouder is, maar ook vanwege het opzeggen door de vennootschap naar het recht van Delaware dmarcian, Inc. van haar samenwerking met dmarcian Europe.

In haar beschikking van 7 september 2020 heeft de OK overwogen dat het geschil tussen [A] en dmarcian, Inc. enerzijds en dmarcian Europe anderzijds over het gebruik van de software en de daaraan verbonden eigendomsrechten ontwrichtend is voor de samenwerking tussen partijen, en dat dit een serieuze belemmering vormt voor de bedrijfsvoering van dmarcian Europe. Met het oog daarop heeft de OK het noodzakelijk geacht de onmiddellijke voorzieningen te treffen. Inmiddels is de samenwerking tussen dmarcian Inc. en dmarcian Europe beëindigd en zijn de door [A] voorheen gehouden aandelen in dmarcian Europe overgedragen aan TDX. Daarmee is aan de in de beschikking van 7 september 2020 bedoelde toestand een einde gekomen en bestaat geen noodzaak meer om de getroffen onmiddellijke voorzieningen te handhaven. Hieraan doet niet af dat de mogelijkheid bestaat dat een in deze kwestie gewezen kortgedingvonnis in hoger beroep wordt vernietigd waardoor in de toekomst een verplichting tot ongedaanmaking van de aandelenoverdracht zal kunnen ontstaan, of dat [A] ten laste van TDX conservatoir beslag tot afgifte/levering op de aandelen heeft laten leggen; de OK gaat bij haar beslissing uit van de situatie zoals die op dit moment bestaat.

Het belang van dmarcian Europe is op dit moment ook gediend met het opheffen van de getroffen onmiddellijke voorzieningen. De voorzieningen zijn niet meer noodzakelijk maar leggen wel een beslag op de financiële middelen van de vennootschap. Gezien de omvang van de onderneming van dmarcian Europe en de gerechtelijke procedures waarin zij partij is – die met de nodige kosten gepaard gaan –, ligt het voor de hand dat de financiële last van de onmiddellijke voorzieningen voor haar relatief zwaar weegt. Daartegen kan hetgeen [A] naar voren heeft gebracht over zijn belang bij het voortduren van de onmiddellijke voorzieningen niet opwegen. Uitgangspunt is immers dat [A] geen aandeelhouder van dmarcian Europe (meer) is, zodat niet duidelijk is welke zwaarwegende belangen van [A] met het voortbestaan van de onmiddellijke voorzieningen nog worden gediend.

De OK heft de getroffen onmiddellijke voorzieningen derhalve op.

The Digital Xpedition (TDX) Holding BV te Dordrecht,
verzoekster,
advocaten: mr. M.C. Luiten en mr. V.R.M. Appel-
man,
tegen
dmarcian Europe BV te Dordrecht,
verweerster,
advocaten: mr. M.W.E. Evers en mr. D.J.C. Storm,
en tegen
[A],
belanghebbende,
advocaten: mr. F. Henke en mr. P.A. Josephus Jitta.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. De Ondernemingskamer verwijst naar de feiten genoemd onder 2.1 tot en met 2.13 van de beschikking van 7 september 2020 en overweegt waar nodig in aanvulling daarop als volgt.

2.2. Aanvankelijk hielden TDX en [A] respectievelijk 49,99% en 50,01% van de aandelen in dmarcian Europe. TDX is bestuurder van dmarcian Europe.

2.3. Dmarcian Europe heeft vanaf 2016 samengewerkt met dmarcian, Inc., een vennootschap naar het recht van Delaware (Verenigde Staten van Amerika). Beide vennootschappen drijven een onderneming die zich bezighoudt met het leveren van producten en diensten op het gebied van identiteitsbeveiliging van e-mailadressen. Dmarcian Europe heeft daarbij gebruik gemaakt van software die afkomstig is van dmarcian, Inc. Tevens deed en doet dmarcian Europe aan product- en softwareontwikkeling.

2.4. [A] was tot 9 februari 2021 CEO van dmarcian, Inc. en houdt de meerderheid van de aandelen in deze vennootschap.

2.5. Er is sprake van een vermogensrechtelijk geschil tussen dmarcian Europe en dmarcian, Inc., dat zich in het bijzonder toespitst op de distributie en de (gedeelde) eigendom van de intellectuele eigendomsrechten op ontwikkelde software. In dit kader van dit geschil zijn en worden diverse procedures gevoerd in Nederland en North Carolina (Verenigde Staten van Amerika).

2.6. In artikel 4 van een op 12 juli 2018 tussen [A], TDX en dmarcian Europe gesloten *Exit Agreement* is bepaald:

“Article 4

Termination of co-operation through other causes than death.

1. The Initiator shall only be able to terminate the co-operation by making an offer to the Other Party for the purchase of the Other Party's whole block of Shares, this with notice of the Purchase Price. (...)

2. The Other Party has the choice of accepting this offer or not. (...)

3. (...)

B. If the Other Party does not accept the offer he shall be deemed to have purchased the Initiator's block of Shares at an amount equal to the Recalculated Purchase Price and he shall be obliged to accept transfer of the Initiator's block of Shares within one month after the Initiator has received the statement from the Other Party that the latter does not accept and the Initiator shall be obliged to transfer these Shares to the Other Party within that period. (...)"

2.7. Dmarcian, Inc. heeft bij brief van 22 januari 2021 de samenwerkingsovereenkomst met dmarcian Europe opgezegd voor het geval dmarcian Europe zou weigeren de daarbij gevoegde *Distribution Agreement* en *Settlement Agreement* te ondertekenen. Op dezelfde dag heeft [A] een beroep gedaan op artikel 4 van de *Exit Agreement*: hij heeft een bod gedaan van € 445.956,30 op de door TDX gehouden aandelen in dmarcian Europe onder de ontbindende voorwaarde dat dmarcian Europe de in voornoemde brief van dmarcian, Inc. genoemde voorwaarden zou aanvaarden.

2.8. TDX heeft op 19 maart 2021 het bod van [A] afgewezen en te kennen gegeven dat zij met een beroep op de *Exit Agreement*, de door [A] gehouden aandelen in dmarcian Europe overneemt tegen een prijs van € 446.134,72.

2.9. [A] heeft geweigerd om zijn aandelen in dmarcian Europe over te dragen aan TDX. Bij vonnis in kort geding van de rechtbank Rotterdam van 3 augustus 2021 is [A] veroordeeld, uitvoerbaar bij voorraad, om alle noodzakelijke medewerking te verlenen aan de levering van zijn aandelen aan TDX.

[A] heeft het gerechtshof Den Haag verzocht om spoedappel tegen dit kortgedingvonnis te mogen instellen en – bij wijze van incident – om onmiddellijke schorsing van de uitvoerbaarheid bij voorraad. Deze verzoeken zijn afgewezen. [A] heeft (gewoon) hoger beroep ingesteld tegen het kortgedingvonnis. Daarnaast heeft [A] op 12 augustus 2021 ten laste van TDX conservatoir

beslag tot afgifte/levering van de op dat moment nog door hem gehouden aandelen in dmarcian Europe laten leggen, ter verzekering van de mogelijkheid van teruglevering van die aandelen na een eventuele voor hem gunstige uitspraak in het hoger beroep.

2.10. De door [A] gehouden aandelen in het kapitaal van dmarcian Europe zijn bij notariële akte van 8 september 2021 overgedragen aan TDX.

3. De gronden van de beslissing

3.1. Dmarcian Europe heeft aan haar verzoek ten grondslag gelegd dat TDX sinds 8 september 2021 alle aandelen in dmarcian Europe houdt en [A] dus niet langer aandeelhouder is. Door deze nieuwe situatie – waardoor de verhoudingen binnen dmarcian Europe zijn hersteld – en de omstandigheid dat het onderzoek is afgerond, is het niet langer nodig de onmiddellijke voorzieningen te handhaven. De geschillen en gerechtelijke procedures waarin dmarcian Europe betrokken is, zorgen voor onrust onder haar klanten en werknemers, belemmeren een op de toekomst gerichte strategie en vormen een grote belasting voor haar organisatie, die een bescheiden omvang heeft. Ten gevolge van de onmiddellijke voorzieningen kan TDX, hoewel zij inmiddels enig aandeelhouder is, niet de controle uitoefenen over de onderneming van dmarcian Europe, terwijl dit wel nodig is vanwege de uitdagingen waarvoor de onderneming staat. Bovendien vormen de kosten van de onmiddellijke voorzieningen een grote financiële last voor dmarcian Europe. Het is dan ook in het belang van dmarcian Europe om zoveel mogelijk te worden verlost van de negatieve effecten van de enquêteprocedure en in het bijzonder de getroffen onmiddellijke voorzieningen. Het verzoek tot opheffing is gedaan op initiatief en onder verantwoordelijkheid van Harmeling als de door Ondernemingskamer benoemde tijdelijk bestuurder van dmarcian Europe en het wordt ondersteund door Borrius en TDX.

3.2. [A] heeft gemotiveerd verweer gevoerd. De Ondernemingskamer zal hieronder waar nodig op dit verweer ingaan.

3.3. De Ondernemingskamer overweegt als volgt. De Ondernemingskamer kan onmiddellijke voorzieningen treffen, zo is bepaald in artikel 2:349a lid 2 BW, indien dit gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken vereist is in verband met de toestand van de

rechtspersoon of in het belang van het onderzoek. In deze zaak is het onderzoek afgerond en is het onderzoeksverslag gedeponneerd. Handhaving van de onmiddellijke voorzieningen in het belang van het onderzoek is niet meer aan de orde. Verder is de toestand van dmarcian Europe gewijzigd, niet alleen omdat TDX 100% van de aandelen is gaan houden en [A] niet langer aandeelhouder is, maar ook vanwege het opzeggen door dmarcian, Inc. van haar samenwerking met dmarcian Europe.

3.4. In rov. 3.4 van de beschikking van 7 september 2020 heeft de Ondernemingskamer overwogen dat het geschil tussen [A] en dmarcian, Inc. enerzijds en dmarcian Europe anderzijds over het gebruik van de software en de daaraan verbonden eigendomsrechten ontwrichtend is voor de samenwerking tussen partijen, en dat dit een serieuze belemmering vormt voor de bedrijfsvoering van dmarcian Europe. Met het oog daarop heeft de Ondernemingskamer het noodzakelijk geacht de onmiddellijke voorzieningen te treffen. Inmiddels is de samenwerking tussen dmarcian Inc. en dmarcian Europe beëindigd en zijn de door [A] voorheen gehouden aandelen in dmarcian Europe overgedragen aan TDX. Daarmee is aan de in rov. 3.4 van de beschikking van 7 september 2020 bedoelde toestand een einde gekomen en bestaat geen noodzaak meer om de getroffen onmiddellijke voorzieningen te handhaven. Hieraan doet niet af dat de mogelijkheid bestaat dat het kortgedingvonnis van 3 augustus 2021 in hoger beroep wordt vernietigd waardoor in de toekomst een verplichting tot ongedaanmaking van de aandelenoverdracht zal kunnen ontstaan, of dat [A] ten laste van TDX conservatoir beslag tot afgifte/levering op de aandelen heeft laten leggen; de Ondernemingskamer gaat bij haar beslissing uit van de situatie zoals die op dit moment bestaat.

3.5. Het belang van dmarcian Europe is op dit moment ook gediend met het opheffen van de getroffen onmiddellijke voorzieningen. De voorzieningen zijn niet meer noodzakelijk maar leggen wel een beslag op de financiële middelen van de vennootschap. Gezien de beperkte omvang van de onderneming van dmarcian Europe, met een voor zichzelf geprognosticeerde omzet over 2021 van circa € 2,8 miljoen, en de gerechtelijke procedures waarin zij partij is – die met de nodige kosten gepaard gaan –, ligt het voor de hand dat de financiële last van de onmiddellijke voorzieningen voor haar relatief zwaar weegt.

3.6. Daartegen kan hetgeen [A] naar voren heeft gebracht over zijn belang bij het voortduren van de onmiddellijke voorzieningen niet opwegen. [A] heeft erop gewezen dat als de onmiddellijke voorzieningen eindigen, TDX als enig bestuurder en enig aandeelhouder van dmarcian Europe handelingen zal kunnen verrichten die ten voordele van (slechts) TDX uitpakken en ten nadele van hem. De Ondernemingskamer overweegt dat de onmiddellijke voorzieningen niet zijn getroffen met het doel deze mogelijkheid onder de huidige omstandigheden te voorkomen en daarbij komt dat [A] onvoldoende heeft toegelicht dat dit gevaar concreet aanwezig is. Dat de Ondernemingskamer in een – nog op te starten – tweede-faseprocedure het (nalaten te) handelen door TDX tijdens de onderzoeksperiode als wanbeleid zou kunnen bestempelen, vormt nu onvoldoende rechtvaardiging om de onmiddellijke voorzieningen te laten voortduren. Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid om in die procedure een verzoek te doen ex artikel 2:354 BW tot het verhalen van de kosten van het onderzoek op TDX, welk verzoek slechts door dmarcian Europe kan worden gedaan, die daartoe onder leiding van uitsluitend TDX niet bereid zal zijn. Uitgangspunt is immers dat [A] geen aandeelhouder van dmarcian Europe (meer) is, zodat niet duidelijk is welke zwaarwegende belangen van [A] met het voortbestaan van de onmiddellijke voorzieningen nog worden gediend.

3.7. Dit alles leidt ertoe dat de getroffen onmiddellijke voorzieningen zullen worden opgeheven.

4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

heft op, met ingang van heden, de bij beschikking van 7 september 2020 getroffen onmiddellijke voorzieningen; verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Op het eerste gezicht betreft het hier een tamen rechttoe rechtaan OK-zaak met bijbehorende strubbelingen. Het bijzondere aan de beschikking is dat de getroffen onmiddellijke voorzieningen tussentijds door de OK worden beëindigd, tegen de wil van één van de partijen.

2. Het komt in de praktijk niet vaak voor dat de onmiddellijke voorzieningen gedurende het geding worden opgeheven als partijen het hierover oneens zijn. In de meeste gevallen eindigen de onmiddellijke voorzieningen gedurende het geding immers omdat partijen een minnelijke regeling hebben bereikt en met instemming van alle partijen de OK wordt verzocht de getroffen onmiddellijke voorzieningen te beëindigen. De OK zal dit verzoek in de regel inwilligen, tenzij blijkt dat enig belang zich daartegen zou verzetten. De drempel ligt (heel) hoog, zie HR 17 december 2010, «JOR» 2011/42, m.nt. Blanco Fernández.

3. Als er niet gezamenlijk tot beëindiging wordt verzocht in het kader van een minnelijke regeling, zullen de onmiddellijke voorzieningen in de regel eindigen door tijdsverloop. Art. 2:349a lid 2 BW bepaalt immers hoelang onmiddellijke voorzieningen kunnen voortbestaan: ten hoogste voor de duur van het geding. Het eindigen door tijdsverloop kan in de eerste fase op twee manieren: de OK heeft een geldingsduur van de onmiddellijke voorzieningen bepaald, en bij ommekeer van die geldingsduur eindigen de onmiddellijke voorzieningen van rechtswege. De andere optie is dat er geen tweedefaseverzoek wordt ingediend en daarmee het geding niet meer aanhangig is. Anders gezegd, als in de eerste fase een onderzoeksverslag wordt gedeponeerd, maar er geen tweedefaseverzoek volgt, eindigen de getroffen onmiddellijke voorzieningen vanzelf na het verstrijken van de twee maandenstermijn waarin de tweede fase had kunnen aanvangen.

4. In het geval dat wel een tweedefaseverzoek wordt ingediend, zullen de onmiddellijke voorzieningen in principe voortduren tot het einde van die tweede fase, dus totdat de OK haar definitieve oordeel geeft of er al dan niet sprake is van wanbeleid (zie P.G.F.A. Geerts, *GS Rechtspersonen*, art. 2:349a BW, aant. 3.5 en uitgebreid Assink/Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 2), Deventer: Kluwer 2013, p. 1854). Met het oordeel over het mogelijke wanbeleid *sec* (althans wanneer die beslissing onherroepelijk wordt) komt in beginsel een einde aan de in de eerste fase getroffen onmiddellijke voorzieningen omdat het geding dan ten einde is gekomen (zie bijvoorbeeld OK 30 oktober 2009, *ARO* 2009/172 (*Elephas Consulting*)). In het geval er wanbeleid wordt vastgesteld en er tevens één of meer tijdelijke eindvoorzieningen worden getroffen

op basis van art. 2:356 c, d en e BW, lopen de onmiddellijke voorzieningen in principe door tot de dag dat de tijdelijke art. 2:356-voorzieningen eindigen. Zie verder over samenloop van onmiddellijke voorzieningen en de tijdelijke art.

2:356-voorzieningen, R. Verheggen, 'Duur van een enquêteprocedure en de verhouding tussen onmiddellijke voorzieningen en 356-voorzieningen', *Ondernemingsrecht* 2015/29 en Assink/Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 2), Deventer: Kluwer 2013, p. 1855 t/m 1857.

5. In deze zaak is het onderzoeksverslag op 3 september 2021 gedeponeerd en is een verzoek gedaan om wanbeleid vast te stellen. In principe lopen de getroffen onmiddellijke voorzieningen dan "gewoon" door tot het einde van de tweede fase. De onmiddellijke voorzieningen bestonden in dit geval uit het benoemen van een tijdelijke bestuurder en een beheerder van de aandelen (zie Hof Amsterdam (OK) 7 september 2020, *ARO* 2020/166).

6. Naast de beëindiging van de onmiddellijke voorzieningen door de hiervoor genoemde minnelijke regeling of tijdsverloop, is er altijd de mogelijkheid gedurende het geding de OK te verzoeken de getroffen onmiddellijke voorzieningen tussentijds te beëindigen, bijvoorbeeld omdat de getroffen onmiddellijke voorzieningen niet langer nodig zijn of dat in de praktijk gebleken is dat de getroffen onmiddellijke voorzieningen niet langer proportioneel zijn. Zie hierover uitgebreid F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 105), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 315-316.

7. In de onderhavige procedure heeft dmarcian Europe verzocht de eerder getroffen onmiddellijke voorzieningen te beëindigen. Kort gezegd, er zou geen reden meer zijn die in stand te houden omdat (i) er geen samenwerking meer is tussen dmarcian Europe en de Amerikaanse onderneming van minderheidsaandeelhouder dmarcian, Inc. en (ii) de minderheidsaandeelhouder inmiddels zijn aandelen aan de meerderheidsaandeelhouder (TDX) heeft moeten leveren. Uit de beschikking blijkt dat dit niet zonder slag of stoot ging en daar een kort geding aan te pas moest komen. Het door de minderheidsaandeelhouder ingestelde spoedappell heeft niet mogen baten en de aandelen zijn aan TDX geleverd. TDX is daarmee 100%-aandeelhouder geworden. Wel loopt er nog een regulier hoger

beroep, dus helemaal buutvrij is TDX nog niet. De voormalige minderheidsaandeelhouder verzet zich tegen het verzoek van dmarcian Europe om de getroffen onmiddellijke voorzieningen te beëindigen, omdat bij beëindiging TDX als enig bestuurder en enig aandeelhouder van dmarcian Europe handelingen zal kunnen verrichten die ten voordele van TDX uitpakken en ten nadele van de voormalige minderheidsaandeelhouder. De OK gaat daar niet in mee en beëindigt de onmiddellijke voorzieningen. De OK stelt inderdaad vast dat er geen sprake meer is van een samenwerking tussen dmarcian, Inc. en dmarcian Europe. Daarnaast zijn, zoals hiervoor aangegeven, de door de minderheidsaandeelhouder gehouden aandelen in dmarcian Europe inmiddels aan TDX overgedragen. Daarmee bestaat geen noodzaak meer om de getroffen onmiddellijke voorzieningen te handhaven, aldus de OK.

8. De OK sluit hiermee aan bij de feitelijke positie en stand van zaken: de aandelen zijn geleverd en TDX is daarmee 100%-aandeelhouder van dmarcian Europe geworden. Het feit dat er een hoger beroep loopt waarbij er een kans is dat de aandelen teruggeleverd moeten worden, doet daar voor de OK niet aan af. Zie in gelijke zin Hof Amsterdam (OK) 6 december 2019, «JOR» 2010/7, m.nt. Josephus Jitta (*Marqt Holding*). De OK overwoog in die zaak dat “voor het treffen van de verzochte onmiddellijke voorzieningen slechts ruimte [is] indien uitzonderlijke en zwaarwegende omstandigheden rechtvaardigen om aan het kortgedingvonnis feitelijk zijn werking te ontzeggen”. Deze aansluiting bij de feitelijke stand van zaken lijkt voor de hand te liggen en logisch te zijn. Ik wijs echter op Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2020, «JOR» 2020/172, m.nt. Josephus Jitta (*Bloembollenbedrijf Brouwer*). In die casus werd niet aangesloten bij de feitelijke positie, anders dan in de onderhavige zaak en in de *Marqt*-beschikking. In die zaak moest ook één van de aandeelhouders zijn aandelen verplicht en onder protest overdragen. Ondanks dat ook daar 100% van de aandelen in één hand was gekomen, werd de benoeming van de tijdelijk aangestelde commissaris (op basis van art. 2:356 c BW) toch verlengd. Dit mede op basis van “nawerking” van art. 2:8 BW. Zie daarover verder de noot van Jitta bij Hof Amsterdam (OK) 13 maart 2020, «JOR» 2020/172 en (kritisch) D.J.F.F.M. Duynstee

en C.C.M. de Smet, *Vereniging Corporate Litigation 2020-2021* (VDHI nr. 172) 2021/I.2.5.2.

9. Bij de toewijzing van het verzoek tot beëindiging is niet zonder belang dat het verzoek is gedaan door de OK-bestuurder (als bestuurder van dmarcian Europe) en door de beheerder van de aandelen wordt gesteund. In de praktijk lijkt de zienswijze van de OK-functionaris van (groot) belang bij de afweging van de OK om de onmiddellijke voorzieningen te beëindigen. Zie bijvoorbeeld ook Hof Amsterdam (OK) 7 december 2020, «JOR» 2021/60, m.nt. Duynstee (*Hotshots*). Daar ging het om andere feiten, namelijk een verzoek tot ontslag van een OK-bestuurder, maar ook daar speelde het feit dat het verzoek werd gesteund door de door de OK benoemde beheerder van aandelen naar mijn mening een belangrijke rol.

10. Alles overziende, is dit een juiste en praktische beschikking waar het belang van de vennootschap duidelijk mee gediend is, met name ook gezien de beperkte financiële ruimte die de vennootschap heeft en omdat het in stand houden van de onmiddellijke voorzieningen een kostbare affaire blijft.

mr. D.J.F.F.M. Duynstee
advocaat bij Clifford Chance LLP te Amsterdam

91

Aanwijzing raadsheer-commissaris omtrent raadpleging van e-mails bij mediaonderneming

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

15 november 2021, zaaknr. 200.291.171/01

OK, ECLI:NL:GHAMS:2021:3789

(mr. Tillema)

Noot prof. mr. R.M. Hermans

Bevoegdheden van onderzoeker inzake raadpleging van e-mails. Onderzoek dient gelet op status van rechtspersoon als mediaonderneming met extra waarborgen te zijn omkleed. Aanwijzing raadsheer-commissaris over wijze van uitvoering onderzoek zodanig dat grondrechten worden gerespecteerd.

[BW art. 2:350 lid 4, 2:351; EVRM art. 10]

Als uitgangspunt geldt dat de onderzoeker op de voet van art. 2:351 lid 1 BW gerechtigd is tot raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de rechtspersoon waar het onderzoek is gelast indien de onderzoeker de kennisneming daarvan voor een juiste vervulling van zijn taak nodig acht. De raadsheer-commissaris is van oordeel dat gelet op de status van Stichting Omroep Limburg, Televisiebedrijf Limburg BV, Omroepbedrijf Limburg BV en Reclamemaatschappij L1 vof (hierna tezamen: L1) als mediaonderneming het onderzoek met extra waarborgen omkleed dient te zijn waar het gaat om het zonder medeweten van de directbetrokkenen raadplegen van gegevensdragers als zakelijke e-mailboxen. Daarbij kan mogelijk journalistieke bronbescherming in het geding komen, ook al is het onderzoek op zichzelf niet gericht op het achterhalen van journalistieke bronnen. Het recht op bronbescherming is een door art. 10 EVRM beschermd grondrecht.

De status van L1 als mediaonderneming maakt niet dat in dit geval voormeld uitgangspunt losgelaten dient te worden. De onderzoeker heeft voldoende zwaarwegende argumenten aangevoerd

om inzage te rechtvaardigen. Die argumenten houden verband met het ook in de beschikking van de OK van 26 april 2021 aangeroerde onderwerp van het lekken van bedrijfsgegevens. De raadsheer-commissaris geeft aan de onderzoeker de volgende aanwijzing over de wijze waarop het onderzoek dient te worden uitgevoerd, met welke aanwijzing recht wordt gedaan aan het recht op bronbescherming van journalisten en de rol van de journalistiek in een democratische rechtsstaat. Indien de onderzoeker in het belang van het onderzoek inzage wenst te verkrijgen in de zakelijke e-mailboxen van de door hem genoemde werknemers van L1 zonder medeweten van die werknemers, dient hij aan een medewerker van de ICT-afdeling van L1 opdracht te geven een digitale kopie te maken en te bewaren van de volledige e-mailboxen, zonder dat de onderzoeker inzage krijgt in die e-mailboxen. De onderzoeker kan vervolgens, gelimiteerd tot de door hem vermelde periodes, in die digitale kopie door de ICT-medewerker een zoekopdracht laten uitvoeren.

Het resultaat van die zoekopdracht dient te worden voorgelegd aan de betrokkenen, dat wil zeggen aan degenen op wier naam de e-mailboxen staan. Indien zij bezwaar hebben tegen verstrekking van de desbetreffende e-mails en/of bijlagen aan de onderzoeker, dienen zij dat bezwaar aan de onderzoeker toe te lichten door kenbaar te maken – zonder dat zij de inhoud van de desbetreffende e-mails en/of bijlagen prijs hoeven te geven – op grond waarvan de desbetreffende informatie onder de reikwijdte van een hun toekomend recht op bronbescherming valt. Indien daarover een geschil ontstaat, kan de onderzoeker dit voorleggen aan de raadsheer-commissaris door deze te verzoeken betrokkene een bevel te geven om de desbetreffende informatie alsnog aan de onderzoeker te verstrekken. In dat geval zal de raadsheer-commissaris daarover beslissen, zo nodig na kennisneming van de desbetreffende informatie en nadat de betrokken persoon zelf in de gelegenheid is gesteld zich uit te laten en zonder dat de onderzoeker inzage heeft gehad in die e-mails en/of bijlagen. Betrokkenen worden derhalve in de gelegenheid gesteld hun zienswijze kenbaar te maken alvorens de onderzoeker inhoudelijk kennis zal kunnen nemen van de informatie.

De raadsheer-commissaris verzoekt de onderzoeker de OK te berichten zodra een digitale kopie van de e-mailboxen is gemaakt en de zoekopdracht is uitgevoerd, waarna de raadsheer-com-