

EUR Research Information Portal

Verzettermijn in het buitenland wonende gedaagde

Publication status and date:

Published: 01/01/2022

Document License/Available under:

Article 25fa Dutch Copyright Act

Citation for the published version (APA):

van Mierlo, T. (2022). Verzettermijn in het buitenland wonende gedaagde. 62. Case note on: Hoge Raad der Nederlanden, 1/10/21, ECLI:NL:HR:2021:1407 (9).

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: openaccess.library@eur.nl. Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

Procesrecht. Ondernemingsrecht. Verzettermijn in buitenland wonende gedaagde met onbekende woonplaats of werkelijk verblijf. Uitkoopprocedure (art. 2...

HR 01-10-2021, ECLI:NL:HR:2021:1407, m.nt. A.I.M. van Mierlo

Instantie

Hoge Raad (Civiele kamer)

Datum

1 oktober 2021

Magistraten

Mrs. M.V. Polak, H.M. Wattendorff, A.E.B. ter Heide, S.J. Schaafsma, F.R. Salomons

Zaaknummer

20/00658

Conclusie

A-G mr. M.H. Wissink

Noot

A.I.M. van Mierlo

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS635281:1

Vakgebied(en)

Burgerlijk procesrecht / Algemeen

Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht

Brondocumenten

ECLI:NL:HR:2021:1407, Uitspraak, Hoge Raad (Civiele kamer), 01-10-2021

ECLI:NL:PHR:2021:149, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 19-02-2021

Beroepschrift, Hoge Raad, 21-02-2020

Wetingang

Art. 2:92a BW; art. 55, 118, 143 Rv

Essentie

Procesrecht. Ondernemingsrecht. Verzettermijn in buitenland wonende gedaagde met onbekende woonplaats of werkelijk verblijf. Uitkoopprocedure (art. 2:92a BW); processueel ondeelbare rechtsverhouding; oproeping niet verschenen partijen.

Samenvatting

Voor de gedaagde met bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf buiten Nederland aan wie op voet van art. 55 lid 2 Rv een betekening in persoon heeft plaats gevonden, of die een daad van bekendheid heeft verricht, is een verdubbeling van de verzettermijn ingevoerd in verband met de praktische belemmeringen voor in het buitenland wonende gedaagden bij het instellen van het rechtsmiddel van verzet. Diezelfde belemmeringen doen zich voor bij gedaagden die bij aanvang van de verzettermijn buiten Nederland wonen of verblijven, maar van wie op dat moment de woonplaats of het werkelijk verblijf niet bekend is. Een redelijke wetsuitleg brengt dan ook mee dat ook in het laatste geval de verzettermijn acht weken bedraagt. Dit geldt ook indien de verzettermijn is aangevangen door tenuitvoerlegging van het vonnis als bedoeld in art. 143 lid 3 Rv.

De wetgever heeft het rechtens noodzakelijk geacht dat een beslissing over een vordering op grond van art. 2:92a BW in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle bij de rechtsverhouding betrokkenen. Dit geldt eveneens voor de vaststelling van de prijs van de over te nemen aandelen. De rechtsverhouding tussen de uitkoper en de uit te kopen aandeelhouders is processueel ondeelbaar. Laat degene die een beslissing wil uitlokken over een processueel ondeelbare rechtsverhouding na om alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in het geding te roepen, dan dient de rechter, naar aanleiding van een daarop gericht verweer dan wel ambtshalve, gelegenheid te geven om de niet opgeroepen personen alsnog als partij in het

geding te betrekken door oproeping op de voet van art. 118 Rv binnen een daartoe door de rechter te stellen termijn. Dit geldt zowel in eerste aanleg als na aanwending van een rechtsmiddel (HR 10 maart 2017, NJ 2018/81, m.nt. H.B. Krans). De in verzet gekomen aandeelhouders dienen te worden beschouwd als degenen die in de verzetprocedure een beslissing willen uitlokken over een processueel ondeelbare rechtsverhouding zodat de ondernemingskamer aan hen had moeten opdragen de gezamenlijke andere aandeelhouders in het geding op te roepen.

Partij(en)

Fortbet Holdings Limited, te Limassol, Cyprus, eiseres tot cassatie, adv.: mrs. F.E. Vermeulen en B.F.L.M. Schim, tegen

[verweerder 1] t/m [verweerder 67], verweerders in cassatie, adv.: mrs. I.M.A. Lintel en T.T. van Zanten.

Voorgaande uitspraak

Hof:

5. De verdere beoordeling

5.1

Bij het verstekarrest is de prijs van de over te dragen aandelen per peildatum van 9 maart 2018 vastgesteld op € 7,83 per aandeel. [Verweerders] hebben zowel de peildatum als de prijs aangevochten. Zij menen dat als peildatum 20 juni 2018, de datum van dagvaarding door Fortbet, zou moeten worden gehanteerd. De Ondernemingskamer volgt hen hierin niet. Uitgangspunt is in uitkoopprocedures die volgen op een openbaar bod dat de peildatum gelijk is aan de datum van de betaalbaarstelling onder het bod, mits de bieder dan ten minste 95% van het geplaatste kapitaal (en ten minste 95% van de stemrechten) van de doelvennootschap houdt (OK 7 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2775 (*Unit4*)). In de onderhavige zaak (zie 3.8 van het arrest van 2 oktober 2018) is gekozen voor 9 maart 2018 als peildatum, "(...) zijnde de (eerste) dag waarop Fortbet ten minste 95% van het geplaatste aandelenkapitaal in Fortuna hield, zoals ook volgt uit de notariële verklaring (...)". De Ondernemingskamer ziet geen aanleiding thans een andere datum te kiezen. In het bijzonder vormt de omstandigheid dat volgens het Sman-rapport na 9 maart 2018 een sterke verhoging van de waarde optreedt in verband met de na die datum gerealiseerde vrije geldstromen, onvoldoende grond om af te wijken van de gekozen peildatum.

5.2

Verder is aan de orde of de prijs per 9 maart 2018 dient te worden bepaald op € 7,83 per aandeel, zoals de Ondernemingskamer in het verzetarrest overeenkomstig de subsidiaire vordering van Fortbet heeft bepaald, dan wel op een hogere prijs, vast te stellen aan de hand van het Sman-rapport of door (een) door de Ondernemingskamer te benoemen deskundige(n), zoals [verweerders] hebben gevorderd. Uit de stellingname van Fortbet in de verzetprocedure volgt dat zij haar primaire vordering de prijs per aandeel op € 7,17 te bepalen heeft opgegeven.

5.3

De Ondernemingskamer heeft de wettelijke taak (artikel 2:92a lid 5 BW) de prijs vast te stellen die de over te dragen aandelen op de peildatum hebben. Daartoe is zij afhankelijk van informatie afkomstig van partijen die nodig is om de prijs te kunnen vaststellen dan wel om te bepalen of daartoe eerst een deskundigenonderzoek naar de prijs zou moeten worden gelast. In het geval verstek is verleend — in welk geval toetsing van de gevorderde prijs plaatsvindt ter bescherming van de niet-verschenen minderheidsaandeelhouders(s) — worden de voor de vaststelling van de prijs relevante gegevens slechts door de uitkoper verstrekt. De Ondernemingskamer moet erop kunnen vertrouwen dat de verstrekte informatie juist en volledig is en de uitkoper is op de voet van artikel 21 Rv verplicht de relevante feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. In het onderhavige geval heeft de Ondernemingskamer bij haar arrest van 2 oktober 2018 overwogen dat zij op grond van door Fortbet verstrekte informatie zonder deskundigenbericht kan vaststellen dat de prijs van € 7,83 per aandeel een billijke prijs is op de peildatum.

5.4

[Verweerders] hebben deze prijs bestreden en hebben daartoe gewezen op de indicatieve waardering in het Sman-rapport, waaruit volgt dat een veel hogere prijs zou moeten worden gehanteerd. Niet mag volgens hen worden uitgegaan van de aanvullende *fairness opinion* van KPMG van 14 juni 2018, nu moet worden betwijfeld of KPMG voor het opmaken daarvan juist en volledig is geïnformeerd door Fortbet. Voor zover daarvan wel sprake is, heeft Fortbet in strijd met artikel 21 Rv verzuimd de daaraan ten grondslag liggende stukken in het geding te brengen. Evenmin kan worden uitgegaan van de prijs waarvoor de aandelen door Templeton aan Fortbet zijn overgedragen. De voorwaarden en beweegredenen van partijen die

aan de overdracht ten grondslag hebben gelegen, zijn op geen enkele wijze kenbaar en te controleren. [Verweerders] hebben in het bijzonder naar voren gebracht dat noch KPMG noch Templeton de cijfers van Fortuna over het eerste kwartaal van 2018, die een zeer sterke stijging van de omzet en het resultaat tonen, heeft meegewogen.

5.5

De Ondernemingskamer constateert dat Fortbet niet heeft weersproken dat de omzet en het resultaat van Fortuna in het eerste kwartaal 2018 sterk zijn gestegen, zoals Fortuna op 16 mei 2018 door middel van een *'Regulatory Announcement'* (zie 2.8) bekend heeft gemaakt. Fortbet heeft deze informatie niet genoemd in de nadien op 20 juni 2018 door haar uitgebrachte uitkoopdagvaarding, terwijl deze informatie wel van belang is voor de prijs van de aandelen op de — door Fortbet bepleite en door de Ondernemingskamer toegepaste — peildatum, die gelegen is tegen het einde van het eerste kwartaal van 2018. Voor de Ondernemingskamer is niet duidelijk geworden om welke reden Fortbet deze informatie onvermeld heeft gelaten. De omstandigheid dat Fortuna de *'Regulatory Announcement'* van 16 mei 2018 eerst ná de peildatum heeft gedaan, doet er niet aan af dat de daarin genoemde stijging van de omzet en het resultaat behoort te worden meegewogen op de peildatum; de peildatum (9 maart 2018) is immers gelegen drie weken voor het einde van het eerste kwartaal van 2018. Fortbet heeft de vraag van [verweerders] of KPMG de cijfers van Fortuna over het eerste kwartaal van 2018 heeft meegenomen bij het opstellen van de *fairness opinion*, onbeantwoord gelaten. Uit de *fairness opinion* komt niet naar voren of deze cijfers in aanmerking zijn genomen door KPMG bij het opstellen daarvan. Ook de vraag van [verweerders] of de cijfers over het eerste kwartaal van 2018 een rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van de prijs waarvoor Templeton haar aandelen in Fortuna aan Fortbet heeft overgedragen, heeft Fortbet niet beantwoord. Evenmin heeft Fortbet zich voldoende uitgelaten over meer algemene vragen van [verweerders] over de onderhandelingen tussen Fortbet en Templeton die aan de totstandkoming van de prijs ten grondslag lagen. Fortbet heeft niet kunnen volstaan met wijzen op de reputatie van Templeton en de lengte van de onderhandelingen, de omvang van het belang dat Templeton in Fortuna had en de omstandigheid dat Templeton zich eerder als actieve aandeelhouder heeft opgesteld (door het doen van een enquêteverzoek) toen zij in haar ogen te weinig informatie ontving.

5.6

Het voorgaande heeft bij de Ondernemingskamer twijfel doen rijzen over de bij het verstekarrest vastgestelde uitkoopprijs van € 7,83 per aandeel. Deze twijfel wordt versterkt door het Sman-rapport en kan niet worden weggenomen door de *fairness opinion* van KPMG van 14 juni 2018. Volgens Fortbet is die *fairness opinion* "(...) gestoeld op een zeer grote hoeveelheid actuele (interne en externe) informatie over de vennootschap", maar welke informatie dat is, blijkt noch uit de *fairness opinion*, noch uit de stellingen van Fortbet. Daarbuiten zijn er onvoldoende gegevens beschikbaar op basis waarvan de Ondernemingskamer zelfstandig de prijs van de aandelen in Fortuna kan bepalen. De Ondernemingskamer verwacht niet dat het overleggen van extra stukken haar daartoe alsnog in staat zal stellen. De Ondernemingskamer acht het derhalve nodig dat een deskundige wordt benoemd om onderzoek te doen naar de prijs van de aandelen in het kapitaal van Fortuna per 9 maart 2018.

5.7

Naar het oordeel van de Ondernemingskamer kan met de benoeming van één deskundige worden volstaan. In verband met de aard van het onderzoek staat het de te benoemen deskundige vrij om zo nodig de deskundigheid van (een) ander(en) in te roepen.

5.8

De te benoemen deskundige dient de waarde van de aandelen per 9 maart 2018 te bepalen met inachtneming van alle daarvoor relevante feiten en omstandigheden.

5.9

De Ondernemingskamer zal bepalen dat het voorschot op de kosten van het deskundigenonderzoek ten laste komt van Fortbet.

5.10

Het wettelijk uitgangspunt van de uitkoopprocedure is dat de uitkoper alle uit te kopen aandeelhouders in dezelfde procedure dagvaardt. Aldus wordt bewerkstelligd dat in één procedure (bij toewijzing van de vordering) voor alle uit te kopen aandeelhouders dezelfde uitkoopprijs wordt vastgesteld. De rechtsverhouding tussen de uitkoper en de uit te kopen aandeelhouders is derhalve processueel ondeelbaar, hetgeen inhoudt dat de in deze verzetprocedure vast te stellen uitkoopprijs ook voor de overige andere aandeelhouders van Fortuna zal gelden. Dit vereist dat de overige aandeelhouders alsnog in de onderhavige verzetprocedure opgeroepen dienen te worden. De Ondernemingskamer zal daarom bepalen dat Fortbet de overige andere aandeelhouders op de voet van artikel 118 Rv oproept als partijen in het geding tegen de in het dictum te noemen roldatum en zal de benoeming van de deskundige aanhouden tot die datum.

5.11

De Ondernemingskamer zal de benoeming van de deskundige aanhouden totdat de overige aandeelhouders door Fortbet zijn opgeroepen.

6. De beslissing

De Ondernemingskamer:

bepaalt dat Fortbet Holdings Limited de gezamenlijke andere aandeelhouders in het kapitaal van Fortuna Entertainment Group N.V. buiten [verweerders], als partijen in het geding zal oproepen tegen de rolzitting van 17 maart 2020; houdt iedere verdere beslissing aan.

Voorgaande uitspraak

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid meebrengt, doordat de Ondernemingskamer ten onrechte heeft geoordeeld en beslist zoals weergegeven in zijn hiervoor vermelde op 14 januari 2020 uitgesproken arrest, zulks om één of meer van de volgende, waar nodig in onderling verband en samenhang te beschouwen, redenen.

Onderdeel 1 — Termijnstelling voor vrijwillige nakoming niet vereist voor aanvang verzettermijn; aankondiging consignatie toereikend

1

De Ondernemingskamer heeft in *rov.* 3.5 geoordeeld dat op 19 november 2018 (de dag van de consignatie) de verzettermijn nog niet is gaan lopen, omdat consignatie met het beoogde rechtsgevolg — tenuitvoerlegging van de veroordeling tot overdracht van de aandelen — in de regel niet kan plaatsvinden dan na aan de betrokken aandeelhouders een redelijke termijn te hebben gegund om vrijwillig aan de veroordeling te voldoen. Volgens de Ondernemingskamer heeft Fortbet geen redelijke termijn gegund door op 3 november 2018 in het Financieele Dagblad en op 7 november 2018 in de Staatscourant aan te kondigen dat op 19 november 2018 zou worden overgegaan tot consignatie.^[1] Hierbij heeft de Ondernemingskamer doorslaggevende betekenis eraan toegekend dat deze aankondiging is gedaan in Nederlandse media en niet in een internationale of buitenlandse krant en dat evenmin een mededeling is gedaan aan CSDP, de Tsjechische *Central Securities Depository* in de zin van art. 2 onder 1 van de CSD-Verordening.^[2] Deze oordelen geven blijk van een onjuiste rechtsopvatting om de hiernavolgende redenen.

1.1

Rechtens geldt geen vereiste voor de aanvang van de verzettermijn op de voet van art. 143 lid 3 Rv dat (in de regel) aan de betrokken aandeelhouders een redelijke termijn wordt gegund om vrijwillig te voldoen aan de veroordeling tot levering van de aandelen. Art. 430 lid 3 Rv vereist evenmin dat (in de regel) een redelijke termijn voor vrijwillige nakoming wordt gegund voorafgaand aan de tenuitvoerlegging van een rechterlijke uitspraak. Art. 2:92a lid 8 BW bepaalt dat de overnemer het recht heeft om de koopprijs te consigneren ter voldoening aan een op grond van art. 2:92a lid 6 BW uitgesproken veroordeling van de Ondernemingskamer en dat door consignatie de aandelen overgaan op de overnemer. Daarmee is de uitspraak rechtens ten uitvoer gelegd in de zin van art. 143 lid 3 jo art. 144 sub c Rv en is de verzettermijn aangevangen. Uit wat de Ondernemingskamer heeft vastgesteld in *rov.* 3.4, volgt dat Fortbet het verstekarrest conform art. 54 lid 4 Rv heeft doen betekenen en dat zij heeft voldaan aan het door art. 2:92a lid 7 en lid 8 BW gestelde vereiste het consigneren en de prijs per aandeel op dat tijdstip bekend te maken.

1.2

Art. 2:92a BW stelt niet als vereiste dat de overnemer (in de regel) een redelijke termijn voor vrijwillige nakoming gunt alvorens over te gaan tot consignatie. Integendeel, art. 2:92a lid 8 BW bepaalt dat de overnemer zich altijd door consignatie van de koopprijs mag bevrijden van zijn verplichtingen op grond van lid 6 en lid 7, waaronder dus ook de verplichting om de dag en plaats van betaalbaarstelling schriftelijk mee te delen respectievelijk aan te kondigen in een landelijk verspreid dagblad. Daarom bestaat ook geen wettelijke grondslag voor inachtneming van een redelijke termijn in het geval van consignatie en evenmin voor een daarmee corresponderende uitleg van de veroordeling tot overdracht van de Ondernemingskamer, welke uitleg het (onvoorwaardelijke) dictum van het arrest van 30 oktober 2018 van de Ondernemingskamer ook niet toelaat.

1.3

Bij het voorgaande dient te worden bedacht dat het (rechtens relevante) belang van een aandeelhouder om vrijwillig na te kunnen komen in de regel erin zal bestaan dat hij daarmee eerder en/of eenvoudiger de hem toekomende koopprijs kan innen dan wanneer die koopprijs wordt geconsigneerd. Dit belang van een aandeelhouder (en een daarop gerichte strekking en functie van de redelijke termijn) weegt niet op tegen het belang van de rechtszekerheid en het belang van de praktijk bij een effectieve en efficiënt verloopende uitkoopprocedure, alsmede het belang van een goede rechtspleging dat meebrengt dat duidelijkheid dient te bestaan over de aanvang van de verzettermijn.^[3.] Aan deze belangen zouden art. 143 lid 3 Rv, art. 430 Rv en/of art. 2:92a BW wezenlijk afbreuk doen, indien de consignatie en de aanvang van de verzettermijn afhankelijk zou zijn van een inherent vaag en onduidelijkheid latend vereiste dat 'in de regel' aan de andere aandeelhouders een 'redelijke' termijn wordt gegund. Daarbij moet worden bedacht dat een uitkoopprocedure in de praktijk veelal volgt op een gestand gedaan openbaar bod en dat het belang van de vennootschap en de bij haar betrokkenen vergt dat over de aanvang (en het einde) van de verzettermijn geen onzekerheid bestaat.

1.4

Voor het geval het vereiste van een redelijke termijn voor vrijwillige nakoming (in de regel) wél een voorwaarde is voor aanvang van de verzettermijn, heeft de Ondernemingskamer blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat Fortbet de andere aandeelhouders geen 'redelijke termijn' heeft gegund om vrijwillig aan het arrest te voldoen. De Ondernemingskamer acht daarvoor doorslaggevend dat Fortbet alleen in Nederlandse media heeft aangekondigd dat op 19 november 2018 zal worden geconsigneerd en zij dit niet heeft aangekondigd in een internationale of buitenlandse krant en dat Fortbet evenmin een mededeling heeft gedaan aan CSDP.

1.4.1

De Ondernemingskamer heeft aldus miskend dat in geval van niet bij name bekende aandeelhouders — indachtig art. 54 lid 4 Rv en art. 2:92a lid 7 en 8 BW — aan het vereiste van een 'redelijke termijn' is voldaan indien de voorgenomen consignatie en de mogelijkheid tot vrijwillige overdracht zijn aangekondigd in een in Nederland landelijk verspreid dagblad.

1.4.2

Dit is niet anders door de in rov. 3.5 vermelde omstandigheden dat (i) Fortuna opereert in Centraal- en Oost-Europa, (ii) haar aandelen waren genoteerd aan de beurzen van Warschau en Praag, (iii) alle aandelen in Fortuna waarop de uitkoopvordering betrekking heeft, op naam van de Tsjechische CSD staan. Kapitaalmarkten zijn internationaal. Partijen plegen niet alleen te zijn gevestigd in het land waar de marktexploitant zich bevindt, maar plegen ook te zijn gevestigd in andere landen, soms zelfs in overwegende mate. Aandelen die zijn genoteerd op een gereglementeerde markt, zijn verplicht gegiraliseerd.^[4.] Die aandelen worden niet uitsluitend gehouden op een effectenrekening bij de CSD in het land bij wie de aandelen zijn gegiraliseerd, maar kunnen (en plegen veelal te) worden gehouden via een keten van zogenoemde *intermediaries*, die zich evenzeer in verschillende landen kunnen bevinden.^[5.] De 'uiteindelijke' aandeelhouders kunnen zich over de hele wereld bevinden en plegen als gevolg van de giralisering van de aandelen niet bij name bekend te zijn.^[6.]

1.4.3

De hanteerbaarheid van art. 143 Rv en art. 2:92a BW zou te zeer onder druk komen te staan, indien een uitkopende partij in een veelheid van jurisdicties aankondiging zou moeten doen van een voornemen tot consignatie om in die jurisdicties gevestigde aandeelhouders de gelegenheid te geven tot vrijwillige nakoming, waarbij niet-naleving ertoe leidt dat geen (geldige) consignatie heeft plaatsgevonden met het oog op de aanvang van de verzettermijn ex art. 143 lid 3 en 144 sub c Rv. Enerzijds is het tamelijk willekeurig om een dergelijke aankondiging te doen in het land waar de vennootschap opereert, genoteerd is aan een gereglementeerde markt en/of haar aandelen heeft laten giraliseren. Anderzijds verkrijgt een uitkopende partij daarmee bovendien geen of slechts beperkte zekerheid dat andere aandeelhouders (in overwegende mate) daadwerkelijk kennis (kunnen) nemen van de aankondiging. Daar staat tegenover dat van aandeelhouders in een in Nederland gevestigde en dus door Nederlands recht beheerste vennootschap^[7.] kan worden gevergd dat zij kennis nemen van het in dezen toepasselijke Nederlandse vennootschapsrecht, art. 2:92a BW daaronder begrepen. Met het oog daarop mag eveneens van hen worden verwacht dat zij rekening houden met de mogelijkheid dat voor hen relevante kennisgevingen worden gedaan in landelijk binnen Nederland verspreide dagbladen.

1.4.4

De Ondernemingskamer heeft tot slot een met art. 19 Rv strijdige, ontoelaatbare verrassingsbeslissing gegeven door in rov. 3.5 te overwegen dat gesteld noch gebleken is dat Fortbet moeite heeft gedaan om andere aandeelhouders, met inachtneming van een redelijke termijn, van de consignatie in kennis te stellen, zoals onder meer door een mededeling te doen aan CSDP. De Ondernemingskamer heeft in haar rechtspraak tot aan het onderhavige tussenarrest nimmer gevergd of eraan betekenis toegekend dat van een (voorgenomen) consignatie mededeling wordt of is gedaan aan een buitenlandse CSD, ook niet indien de aandelen bij die CSD zijn gegiraliseerd. Fortbet had aldus geen aanleiding om daarop gerichte stellingen aan te voeren. Nu de Ondernemingskamer dat wel heeft gevergd of daaraan wél betekenis heeft toegekend, had zij partijen de gelegenheid moeten geven zich hierover uit te laten. Dit heeft de Ondernemingskamer echter nagelaten.^[8.]

Onderdeel 2 — De verzettermijn bedraagt vier weken

2

De Ondernemingskamer heeft in *rov.* 3.6 geoordeeld dat een redelijke wetstoepassing met zich brengt dat de verzettermijn acht weken is indien, zoals in dit geval, gedaagden zijn gedagvaard als onbekende aandeelhouders en dus niet bij naam, gedaagden buiten Nederland wonen en de tenuitvoerlegging in Nederland heeft plaatsgevonden. Dit betekent volgens de Ondernemingskamer dat indien met de tenuitvoerlegging door consignatie op 19 november 2018 de verzettermijn is aangevangen, het verzet bij exploit van 10 januari 2019 tijdig is gedaan. De Ondernemingskamer heeft met deze oordelen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat in geval van een niet bij name bekende aandeelhouder de verzettermijn vier weken bedraagt en niet acht weken.

2.1

De Ondernemingskamer heeft *in de eerste plaats* miskend dat de tekst van art. 143 lid 2 Rv duidelijk maakt dat voor toepasselijkheid van de termijn van acht weken vereist is dat de woonplaats of het werkelijk verblijf buiten Nederland bekend is. Dit laatste is niet het geval bij een niet bij name bekende aandeelhouder. Aldus is niet de termijn van acht weken van toepassing. Dit strookt met het feit dat de verdubbeling van de verzettermijn in art. 143 lid 2 Rv is ingegeven doordat ingevolge art. 55 lid 2 Rv in gevallen waarin het Haagse Betekeningsverdrag van toepassing is, een betekening in het buitenland onder omstandigheden in Nederland kan worden aangemerkt als betekening in persoon. Met het oog op de *daaraan* verbonden consequentie is de verzettermijn verdubbeld. Die verdubbeling is verder ingegeven doordat in gevallen waarin dat verdrag niet van toepassing is, een in het buitenland verrichte betekening een daad van bekendheid kan opleveren.^[9.] Kortom, de verdubbeling van de verzettermijn is specifiek ingegeven door de mogelijke gevolgen van een betekening in het buitenland. Dit verklaart ook waarom art. 143 lid 2 Rv, slot, voor toepasselijkheid van de termijn van acht weken vereist dat de woonplaats of het werkelijk verblijf in het buitenland bekend is. Van betekening in het buitenland is geen sprake indien de veroordeling luidt tegen een niet bij name bekende aandeelhouder, in welk geval de betekening van het arrest plaatsvindt op de voet van art. 54 lid 4 Rv.

2.2

De Ondernemingskamer heeft *in de tweede plaats* onvoldoende gewicht toegekend aan het belang van rechtszekerheid, dat mede ten grondslag ligt aan de regeling van art. 143 Rv. De rechtszekerheid is temeer van belang bij uitkoopprocedures zoals de onderhavige gelet op de behoefte van de praktijk aan een effectieve en vlot en soepel verloopende uitkoopprocedure, die in de praktijk pleegt te volgen op een gestand gedaan openbaar bod. Voorts dient tot uitgangspunt dat in het belang van een goede rechtspleging duidelijkheid moet bestaan omtrent het tijdstip waarop een termijn voor het aanwenden van een rechtsmiddel aanvangt en eindigt.^[10.] In dit licht moet in geval van consignatie ter nakoming van een op de voet van art. 2:92a BW gewezen verstekarrest ten opzichte van *alle* niet bij name bekende andere aandeelhouders dezelfde verzettermijn gelden en kan niet worden aanvaard dat ten aanzien van een deel daarvan — naar achteraf het geval blijkt te zijn — een verzettermijn van vier weken geldt en tegenover anderen een verzettermijn van acht weken. Daar komt bij dat rechtsongelijkheid zou dreigen te ontstaan tussen enerzijds de niet bij name bekende aandeelhouders met woonplaats in Nederland en anderzijds die met woonplaats buiten Nederland. Een onderscheid tussen deze aandeelhouders ware te rechtvaardigen geweest, indien de wijze van betekening verschillend zou zijn, maar dat is niet het geval (vgl. ook subonderdeel 2.1).

2.3

Het voorgaande klemt *in de derde plaats* temeer indien, anders dan onderdeel 4 betoogt, de Ondernemingskamer rechtens juist in *rov.* 5.10 tot uitgangspunt heeft genomen dat de rechtsverhouding tussen een uitkopende aandeelhouder en de andere aandeelhouders een processueel ondeelbare rechtsverhouding zou zijn. Een door één der andere aandeelhouders tijdig ingesteld verzet brengt in dat geval met zich dat het gewezen verstekarrest vooralsnog ten aanzien van de overige andere aandeelhouders niet in kracht van gewijsde gaat en dat de overige andere aandeelhouders worden opgeroepen te verschijnen. Verschijnt één of meer van hen, dan kan ieder van hen alsnog verweer voeren tegen de uitkoopvordering, ook indien zij niet eerder binnen de (voor hen geldende) verzettermijn in verzet waren gekomen. Het op verzet gewezen arrest heeft, uitgaande van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, gezag van gewijsde jegens alle andere aandeelhouders.^[11.] Een ingesteld verzet leidt aldus tot rechtsonzekerheid over de verkrijging van en de hoogte van de koopprijs voor alle aandelen ter zake waarvan de koopprijs reeds is voldaan, al dan niet door consignatie. Die onzekerheid wordt te meer onaanvaardbaar, indien de duur van de verzettermijn zou kunnen uiteenlopen afhankelijk van de vraag of een niet bij name bekende aandeelhouder al dan niet — achteraf — woonplaats blijkt te hebben buiten Nederland.

Onderdeel 3 — Aanvullende termijn ex art. 6 EVRM verstreken

3

In rov. 3.7 heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat indien de verzettermijn reeds was verstreken op 10 januari 2019, [verweerders] niettemin ontvankelijk zijn in hun verzet. Tegen de achtergrond van de regel van HR 16 januari 2004, *NJ 2005/191.Jamaloeddin/Bodha* heeft de Ondernemingskamer in het bijzonder van belang geacht dat (a) aannemelijk is dat [verweerders] geen kennis hebben genomen van de oorspronkelijke dagvaarding gelet op de wijze waarop deze (overeenkomstig art. 54 Rv) is betekend, (b) de tenuitvoerlegging van het verstekarrest door consignatie evenmin gepaard is gegaan met een kennisgeving waarvan kan worden aangenomen dat deze [verweerders] daadwerkelijk heeft bereikt, (c) uit de stellingen van [verweerders] volgt dat zij het verzet hebben ingesteld binnen bekwame tijd nadat zij door een bericht op de website van Fortuna, verschenen na 19 november 2018, op de hoogte raakten van de consignatie en (d) de uitkoopvordering strekt tot ontneming van eigendom in de zin van art. 1 Eerste Protocol EVRM. Daaraan heeft de Ondernemingskamer toegevoegd dat ontvankelijkheid van het verzet strookt met de ratio van art. 19 lid 4 BetVo II.^[12.] te weten dat een verwerende partij die buiten zijn schuld niet eerder op de hoogte was van de procedure of uitspraak, alsnog in de gelegenheid wordt gesteld verweer te voeren indien die verweerder daarom verzoekt binnen een redelijke termijn nadat hij op de hoogte van de uitspraak is geraakt.

3.1

Met haar oordelen en in het bijzonder het oordeel onder (c) heeft de Ondernemingskamer hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, hetzij een onvoldoende gemotiveerd oordeel gegeven. Indien art. 6 EVRM ertoe leiden dat in een concreet geval de niet-ontvankelijkverklaring wegens termijnoverschrijding achterwege moet blijven omdat de veroordeelde binnen een redelijke termijn zijn rechtsmiddel heeft aangewend, geldt dat die redelijke termijn veertien dagen bedraagt, of zoveel minder als overeenstemt met een kortere wettelijke verzet- of beroepstermijn. Die termijn vangt aan op de dag volgend op die waarop de veroordeelde met het vonnis en/of de tenuitvoerlegging daarvan bekend is geraakt.^[13.] Om te kunnen komen tot het oordeel dat niet-ontvankelijkverklaring van [verweerders] wegens overschrijding van de verzettermijn achterwege dient te blijven, had de Ondernemingskamer dan ook moeten vaststellen dat (ieder van) [verweerders] niet eerder dan veertien dagen vóór 10 januari 2019 bekend zijn (is) geworden met het verstekarrest en/of de tenuitvoerlegging daarvan door consignatie. De Ondernemingskamer heeft dit evenwel niet kenbaar, laat staan gemotiveerd, vastgesteld, zodat zij hetzij niet de juiste termijn heeft gehanteerd hetzij een onvoldoende gemotiveerd oordeel heeft gegeven. De Ondernemingskamer had dit nader moeten onderzoeken, zo nodig ambtshalve, aangezien het een kwestie van openbare orde betreft.^[14.] Daarbij komt het volgende.

3.1.1

De Ondernemingskamer verwijst naar de stellingen van [verweerders] en concludeert dat daaruit volgt dat zij het verzet hebben ingesteld binnen bekwame tijd nadat zij op de hoogte raakten van de consignatie. Uit deze overweging blijkt echter niet dat de Ondernemingskamer de termijn van veertien dagen heeft gehanteerd en die overweging is in ieder geval onvoldoende concreet en precies. Bovendien hebben [verweerders] *niet* toegelicht, maar zij hebben nu juist in het midden gelaten, op welke datum zij kennis hebben genomen van het verstekarrest en/of de tenuitvoerlegging daarvan door consignatie.^[15.]

3.1.2

Vast staat dat Fortbet de koopprijs op 19 november 2018 heeft geconsigneerd.^[16.] Daarmee zijn de aandelen overgegaan op Fortbet op de voet van art. 2:92a lid 8 BW. Vast staat ook dat de aandelen waren gegiraliseerd bij CSDP, die is te kwalificeren als een CSD in de zin van art. 2 lid 1 onder 1 CSD-Vo.^[17.] Art. 37 CSD-Vo verplicht een CSD de effectenadministratie terzake van een uitgifte dagelijks te reconciliëren, zodat zij verifieert dat: (i) de CSD de juiste hoeveelheid uitstaande effecten is geadmineistreerd en (ii) het aantal uitgegeven effecten correspondeert met het aantal effecten dat op de rekeningen van de verschillende deelnemers ('aangesloten instellingen') is geadmineistreerd. Daarnaast is een CSD gehouden om zorg te dragen voor adequate maatregelen om samenwerking en informatie-uitwisseling te waarborgen met andere partijen die voor het reconciliatieproces nodig zijn, zoals de uitgevende instelling. Op grond van art. 59 lid 1 van Gedelegeerde Verordening 2017/392 is een CSD gehouden om voor elke effectenuitgifte en elke effectenrekening het saldo aan het einde van de vorige dag te vergelijken met alle afwikkelingen (d.w.z. alle overschrijvingen/transacties) die in de loop van de dag zijn verwerkt en het saldo aan het einde van de huidige dag. Behalve dat een CSD verplicht is haar administratie te reconciliëren zoals hierboven beschreven, is een CSD op grond van art. 38 lid 1 CSD-Vo ook verplicht haar rekeningadministratie zo in te richten dat deze te allen tijde inzicht geeft in welke effecten voor welke deelnemer worden aangehouden. Op grond van art. 16 lid 8 MiFID II en art. 2 Uitvoeringsrichtlijn MiFID II^[18.] gelden voor de deelnemers aan een effectenafwikkelingssysteem (de 'aangesloten instellingen') vergelijkbare reconciliatieverplichtingen. Een beleggingsonderneming moet, kort gezegd, alle gegevens en rekeningen bijhouden die haar te allen tijde onmiddellijk in staat stellen de activa die voor een cliënt worden aangehouden, te onderscheiden van voor andere cliënten aangehouden activa en haar eigen activa. Daarnaast moet zij op gezette tijden nagaan of haar interne gegevens en rekeningen overeenstemmen met die van derden door wie die activa worden aangehouden. Dit alles betekent dat een CSD op de dag van (het bekend worden met) een consignatie of daags daarna de betreffende aandelen moet

afboeken of anderszins niet langer beschikbaar stellen op de effectenrekeningen van de deelnemers in het effectenafwikkelingssysteem. Ook die deelnemers moeten op hun beurt de aandelen afboeken of anderszins niet langer beschikbaar stellen op de effectenrekeningen van hun cliënten. Dit maakt dat in gevallen zoals de onderhavige, waarin aandelen zijn gegiraliseerd via een CSD in de zin van art. 2 lid 1 onder 1 CSD-Vo, rechtens het bewijsvermoeden geldt dat andere aandeelhouders — zoals in casu [verweerders] — zeer spoedig na het moment van consignatie kennis krijgen van de consignatie en de daaraan verbonden overgang van hun aandelen. De Ondernemingskamer heeft dit miskend. Althans had de Ondernemingskamer ambtshalve acht moeten slaan op voormelde toezichtrechtelijke regelgeving en had zij niet, althans niet zonder nadere motivering, kunnen komen tot het oordeel onder (c) dat uit de stellingen van [verweerders] volgt dat zij het verzet hebben ingesteld binnen bekwame tijd nadat zij door een bericht op de website van Fortuna, verschenen na 19 november 2018, op de hoogte raakten van de consignatie. Evenmin kon de Ondernemingskamer komen tot het oordeel onder (b) dat de tenuitvoerlegging van het verstekarrest door consignatie evenmin gepaard is gegaan met een kennisgeving waarvan kan worden aangenomen dat deze [verweerders] daadwerkelijk heeft bereikt.

3.1.3

Het oordeel van de Ondernemingskamer is voorts onvoldoende gemotiveerd in het licht van de omstandigheid dat rapporten zoals het uitgebreide waarderingsrapport dat [verweerders] als productie 7 in het geding hebben gebracht — naar de Ondernemingskamer ambtshalve bekend is of behoort te zijn —, niet binnen een termijn van twee weken plegen te (kunnen) worden vervaardigd. Daarbij moet ook worden bedacht dat niet voor de hand ligt dat de opdracht tot het opstellen van dat rapport terstond, maar veeleer op zijn vroegst enkele dagen, na kennisneming van het verstekarrest of de consignatie zal zijn gegeven. In dit kader mag niet onvermeld blijven dat het bedoelde rapport niet vermeldt op welke datum de opdracht tot het vervaardigen ervan is gegeven. Om deze redenen had de Ondernemingskamer eens te meer aanleiding tot nader onderzoek of [verweerders] binnen veertien dagen vóór 10 januari 2019 bekend waren geworden met het verstekarrest en/of de tenuitvoerlegging door consignatie. Nu de Ondernemingskamer dit heeft nagelaten, is haar oordeel onvoldoende gemotiveerd.

3.2

Voor zover de Ondernemingskamer in de omstandigheden zoals vermeld in rov. 3.7 onder (a), (b) en (d) grond mocht hebben gezien een langere termijn tot uitgangspunt te nemen dan de termijn van veertien dagen zoals bedoeld in subonderdeel 3.1, heeft de Ondernemingskamer een onjuiste maatstaf aangelegd. De redelijke termijn bedraagt immers veertien dagen en deze termijn kan niet afhankelijk worden gesteld van persoonlijke omstandigheden van de verzoeker of bijzondere omstandigheden van het geval.^[19.] Bovendien zijn de onder (a), (b) en (d) vermelde omstandigheden, zonder nadere motivering, niet van dien aard dat zij een verlenging van de redelijke termijn rechtvaardigen. Zij staan immers niet eraan in de weg dat [verweerders] in staat waren hun verzet in te stellen vanaf het moment dat zij bekend raakten met het verstekarrest en de tenuitvoerlegging daarvan door consignatie. Evenmin is de buiten Nederland gelegen woonplaats van [verweerders] een grond om een langere redelijke termijn dan twee weken te aanvaarden. Ook indien in dezen enige verruiming aangewezen moge zijn, en analogisch aan art. 143 lid 2 Rv een verdubbeling van de termijn zou moeten gelden (zie hierover echter onderdeel 2), heeft de Ondernemingskamer blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Uit haar motivering blijkt immers niet dat de Ondernemingskamer is uitgegaan van een termijn van vier weken nadat (ieder van) [verweerders] bekend zijn (is) geworden met het verstekarrest of de tenuitvoerlegging (zie mutatis mutandis subonderdelen 3.1 en 3.1.1).

3.3

De Ondernemingskamer heeft in rov. 3.7, slot, voorts miskend dat de BetVo II in casu niet van toepassing is. Art. 1 lid 2 BetVo II bepaalt immers dat die verordening niet van toepassing is indien het adres van degene voor wie het stuk is bestemd, onbekend is. In casu gaat het niet om personen wier woonplaatsen niet bekend zijn, maar gaat het zelfs om personen die niet bij name bekend zijn. De BetVo II is dus niet van toepassing. Zo al bij wege van analogie enige betekenis toekomt aan de BetVo II bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van het verzet van [verweerders], laat dit in ieder geval onverlet dat niet de termijn van art. 143 lid 2 Rv, maar de redelijke termijn op de voet van art. 6 EVRM dient te worden gehanteerd.

Onderdeel 4 — Geen processueel ondeelbare rechtsverhouding

4

In rov. 5.10 heeft de Ondernemingskamer overwogen dat het wettelijk uitgangspunt van de uitkoopprocedure is dat de uitkoper alle uit te kopen aandeelhouders in dezelfde procedure dagvaardt. Aldus wordt bewerkstelligd dat in één procedure (bij toewijzing van de vordering) voor alle uit te kopen aandeelhouders dezelfde uitkoopprijs wordt vastgesteld. De rechtsverhouding tussen de uitkoper en de uit te kopen aandeelhouders is derhalve processueel ondeelbaar, hetgeen inhoudt dat de in deze verzetprocedure vast te stellen uitkoopprijs ook voor de overige andere aandeelhouders van Fortuna zal gelden. Dit vereist dat de overige aandeelhouders alsnog in de onderhavige verzetprocedure opgeroepen dienen te

worden, aldus nog steeds de Ondernemingskamer.

4.1

De Ondernemingskamer heeft met deze oordelen miskend dat de rechtsverhouding tussen een uitkopende meerderheidsaandeelhouder en (ieder van) de minderheidsaandeelhouders geen rechtsverhouding betreft waarbij het rechtens noodzakelijk is dat een beslissing daarover in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle bij die rechtsverhouding betrokkenen, zodat van een processueel ondeelbare rechtsverhouding geen sprake is.^[20.] Zonder af te doen aan de algemene strekking van deze klacht, wijst Fortbet in het bijzonder op het volgende.

4.1.1

De Ondernemingskamer heeft in rov 5.10 de strekking en systematiek van art. 2:92a BW miskend. Die bepaling is ingegeven doordat de wetgever een meerderheidsaandeelhouder de mogelijkheid heeft willen bieden tot uitkoop van minderheidsaandeelhouders, omdat de aanwezigheid van één of meer minderheidsaandeelhouders bepaalde bezwaren met zich brengt voor de meerderheidsaandeelhouder.^[21.] Indien de meerderheidsaandeelhouder zijn vordering niet richt tegen alle andere aandeelhouders maar één of meer specifieke aandeelhouders, beantwoordt toewijzing van de uitkoopvordering niet aan deze strekking, omdat onvermijdelijk één of meer minderheidsaandeelhouders zullen resterend.^[22.] De wetgever beoogde voorts dat de door art. 2:92a BW geboden mogelijkheid van een afgedwongen uitkoop wordt omgeven met voldoende waarborgen voor de belangen van de minderheidsaandeelhouders en dat zij een redelijke prijs zouden krijgen.^[23.] Art. 2:92a lid 3 BW bepaalt daarom dat de Ondernemingskamer ambtshalve toetst of aan de voorwaarden voor uitkoop is voldaan en art. 2:92a lid 5 BW bepaalt daarom dat de Ondernemingskamer de koopprijs vaststelt, zo nodig nadat een bevel is gegeven dat één of drie deskundigen berichten over de waarde van de over te dragen aandelen. De omstandigheid dat tegenover alle andere aandeelhouders dezelfde prijs wordt vastgesteld, is dus geen door de wetgever *rechtens noodzakelijk* geacht rechtsgevolg, maar het gevolg van het samenspel van voormelde waarborgen.

4.1.2

De Ondernemingskamer heeft in rov. 5.10 voorts miskend dat ter zake van een uitkoop op de voet van art. 2:92a BW geen sprake is van een rechtsverhouding tussen de andere aandeelhouders onderling waarbij rechtens noodzakelijk is dat een beslissing daarover in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle betrokkenen.^[24.] Integendeel, ieder van de andere aandeelhouders moet zoveel mogelijk zelf zijn eigen belangen kunnen behartigen zoals hem goedgevoelt, zeker waar het een uitkoop betreft.^[25.] Zo is goed denkbaar en volkomen legitiem dat een minderheidsaandeelhouder na een op de voet van art. 2:92a BW gewezen (verstek)arrest ervoor kiest zijn aandelen snel te gelde te maken en de vastgestelde koopprijs te innen. Er is geen goede grond om die aandeelhouder zijn keuze te onthouden en hem gedwongen te betrekken in een verzet- of cassatieprocedure indien een andere minderheidsaandeelhouder een andere keuze maakt. Naar Fortbet onbetwist heeft gesteld, hebben in casu vele aandeelhouders zich reeds gewend tot de consignatiekas.^[26.] Daarbij moet worden bedacht dat een aandeelhouder, die aldus gedwongen betrokken wordt in een verzet(- of cassatie)procedure, ondanks de voor hem verstrekte verzettermijn, (i) alsnog, tegen zijn zin, geconfronteerd zou kunnen worden met een afwijzing van de uitkoopvordering of een lagere uitkoopprijs en (ii) mogelijk kosten zal moeten maken voor deelname aan de verdere procedure.

4.1.3

Daar komt bij — en hierom is het bestreden oordeel van de Ondernemingskamer temeer rechtens onjuist — dat een veroordeling op de voet van art. 2:92a BW uitsluitend geldt in de verhouding tussen de uitkopende meerderheidsaandeelhouder en ieder van de andere aandeelhouders afzonderlijk. Die veroordeling heeft dus geen gelding tussen de andere aandeelhouders onderling en een arrest kan dus geen gezag van gewijsde hebben tussen de andere aandeelhouders onderling. Om deze reden kan zich ook geen conflicterend gezag van gewijsde voordoen indien niet alle aanvankelijk gedagvaarde andere aandeelhouders in de rechtsstrijd worden betrokken wanneer een rechtsmiddel wordt aangewend tegen een op de voet van art. 2:92a BW gewezen (verstek)arrest. Indien aanwending van een rechtsmiddel ertoe leidt dat het dictum niet (langer) geheel gelijklopend is ten aanzien van alle andere aandeelhouders, is tenuitvoerlegging mogelijk van zowel het aanvankelijke (verstek)arrest als het arrest dat is gewezen na aanwending van het rechtsmiddel; het gaat immers om tenuitvoerlegging jegens afzonderlijke partijen tegen wie afzonderlijk een veroordeling is uitgesproken. Art. 2:92a lid 5 BW maakt dit niet anders.

4.1.4

De rechtspraak van de Hoge Raad bevestigt dat in geval van een uitkoopprocedure op de voet van art. 2:92a (resp. 2:201a) BW geen sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. In geen van de uitspraken in uitkoopprocedures die de Hoge Raad tot op heden heeft gewezen,^[27.] deed zich het geval voor dat in cassatie zowel de uitkopende meerderheidsaandeelhouder als alle andere aandeelhouders in rechte waren betrokken. De Hoge Raad heeft in al die gevallen echter geen noodzaak gezien de niet opgeroepen andere aandeelhouders alsnog te doen oproepen dan wel het cassatieberoep niet-ontvankelijk te verklaren, welke laatstgenoemde sanctie naar de toenmalige stand van het recht wel de

toepasselijke sanctie ware geweest indien sprake zou zijn geweest van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Hiermee strookt dat de Ondernemingskamer in haar arrest van 13 april 2010, *JOR* 2010/184 (*Getronics*) een opposant ontvankelijk in diens verzet achtte en vervolgens de zaak inhoudelijk behandelde, zonder de overige andere aandeelhouders te doen oproepen.

4.2

Indien echter wel sprake is van een ondeelbare rechtsverhouding, heeft de Ondernemingskamer blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in rov. 5.10 tot uitgangspunt te nemen dat ook ten aanzien van niet alleen [verweerders] maar ook de andere minderheidsaandeelhouders de prijs (alsnog) moet worden vastgesteld. Enige ondeelbaarheid in de rechtsverhouding tussen Fortbet en de minderheidsaandeelhouders van wie zij de uitkoop vordert, betreft, mede gelet op wat hierboven is uiteengezet, uitsluitend de voorwaarden voor de toewijsbaarheid van de uitkoopvordering in art. 2:92a lid 1 en lid 4 BW (zoals het verschaffen van 95% van het kapitaal en het dagvaarden alle aandeelhouders). De ondeelbaarheid ziet *niet* op de vaststelling van de prijs.

4.3

Voor zover in enig opzicht sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, heeft de Ondernemingskamer in rov. 5.10, laatste volzin, blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te bepalen dat Fortbet — en niet [verweerders] — de overige andere aandeelhouders oproept op de voet van art. 118 Rv. Indien een partij een rechtsmiddel aanwendt tegen een uitspraak met betrekking tot een processueel ondeelbare rechtsverhouding, ligt het rechtens op haar weg om daarbij ook de overige andere aandeelhouders te dagvaarden.^[28.] Daarmee komen de kosten van dagvaarding voor haar rekening, alsook het risico van een nietontvankelijkheid van het rechtsmiddel indien niet of niet binnen de gestelde termijn de gezamenlijke andere aandeelhouders worden gedagvaard te verschijnen in de verzetprocedure. De Ondernemingskamer heeft dit miskend door niet [verweerders] maar Fortbet op te dragen de overige andere aandeelhouders op te roepen.

Onderdeel 5 — Geen ongeldige consignatie

5

Volgens Fortbet heeft de Ondernemingskamer in rov. 3.5, *eerste volzin*, en daarop voortbouwend in het vervolg van haar arrest, niet bedoeld te oordelen dat geen geldige consignatie en daarmee geen overgang van de aandelen op de voet van art. 2:92a lid 8 BW heeft plaatsgehad. De Ondernemingskamer heeft niet meer bedoeld dan dat met die consignatie niet op de voet van art. 143 lid 3 Rv de verzettermijn is aangevangen. Dit wordt onder meer bevestigd in rov. 3.4, rov. 3.5 (m.n. slotzin), rov. 3.6 (m.n. slotzin) en rov. 3.7 (onder (b)). Waar de Ondernemingskamer in rov. 5.10 spreekt van 'andere aandeelhouders' en zij het geboden acht dat deze worden opgeroepen, geeft de Ondernemingskamer daarmee geen oordeel over de geldigheid van de consignatie en het daaraan verbonden rechtsgevolg van overgang van de aandelen op de voet van art. 2:92a lid 8 BW, doch slechts over de vraag wie in deze verzetprocedure als partij hebben te gelden. Voor zover dit evenwel anders moge zijn en de Ondernemingskamer wél heeft geoordeeld dat de consignatie ongeldig is geweest en daarmee geen overgang van de aandelen heeft plaatsgevonden op de voet van art. 2:92a lid 8 BW, worden de hiernavolgende klachten voorgesteld.

5.1

Het bestreden oordeel van de Ondernemingskamer kan reeds geen stand houden met het slagen van onderdeel 1, omdat daarmee de grond ontbreekt om aan te nemen dat geen geldige consignatie heeft plaatsgevonden.

5.2

Althans heeft de Ondernemingskamer miskend dat indien een overnemer onvoldoende heeft gedaan om een redelijke termijn voor vrijwillige nakoming te gunnen, dit niet meebrengt dat de consignatie als zodanig (en daarmee de executie) nietig is en/of het rechtsgevolg van onbezwaarde overgang van de aandelen ontbeert. Mede gelet op de eisen van rechtszekerheid en de effectiviteit en hanteerbaarheid van art. 2:92a BW in de praktijk kan daaraan hoogstens rechtens het rechtsgevolg worden verbonden dat de verzettermijn niet is aangevangen op de voet van art. 143 lid 3 Rv. Daarbij geldt dat indien een ingesteld verzet ertoe leidt dat een hogere koopprijs wordt vastgesteld, dit niet de rechtsgeldigheid ontnemt aan de consignatie en de onbezwaarde verkrijging van de aandelen door de overnemer. Alsdan geldt dat de overnemer de aandelen onbezwaard heeft verkregen en dat de andere aandeelhouders die het betreft, een vordering hebben jegens de overnemer tot (bij)betaling van het restant van de alsdan verschuldigde koopprijs, dan wel tot schadevergoeding ten belope van dat restant. Een andersluidend oordeel leidt onvermijdelijk tot grote rechtsonzekerheid, aangezien zeker bij girale effecten de overgang bezwaarlijk ongedaan kan worden gemaakt, mogelijk door enkele partijen vrijwillig is nagekomen, de consignatiekas in de tussentijd uitkeringen kan en veelal zal hebben gedaan en in de tussentijd besluiten kunnen en zullen zijn genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders. Wat dit laatste betreft, zij in herinnering gebracht dat uitkoopprocedures plegen te volgen op een openbaar bod.

5.3

Voorts had de Ondernemingskamer niet kunnen komen tot een oordeel dat de consignatie niet heeft geleid tot een geldige, onbezwaarde overgang van de aandelen op Fortbet. De Ondernemingskamer is immers in een procedure als de onderhavige niet bevoegd te oordelen over de geldigheid van de overgang van de aandelen. De vordering van [verweerders] in oppositie en de daaraan ten grondslag gelegde stellingen waren daarop bovendien niet gericht, zodat de Ondernemingskamer in het licht van art. 23 en 24 Rv daarover geen oordeel mocht geven. Die vordering en stellingen strekken immers niet ertoe te betogen en doen vaststellen dat géén geldige overgang heeft plaatsgevonden; het gaat [verweerders] erom dat een hogere prijs wordt vastgesteld. Tot slot heeft de Ondernemingskamer het versterk arrest niet (gedeeltelijk) vernietigd. Zolang dit niet het geval is, geldt als uitgangspunt dat consignatie heeft plaatsgevonden krachtens een geldige titel daartoe met het daaraan verbonden rechtsgevolg van onbezwaarde overgang van de aandelen.

Conclusie

Conclusie A-G mr. M.H. Wissink:

1. Inleiding en feiten^[1]

1.1

Deze zaak betreft een uitkoopprocedure op de voet van art. 2:92a BW met betrekking tot de aandelen in Fortuna Entertainment Group NV (hierna: Fortuna). Bij versterk arrest van 30 oktober 2018 (hersteld bij arrest van 1 november 2018) heeft de Ondernemingskamer (hierna: OK) de uitkoopvordering van Fortbet Holdings Limited (hierna: Fortbet) toegewezen. Fortbet is daarna overgegaan tot consignatie van de koopprijs. Verweerders in cassatie, een aantal minderheidsaandeelhouders van Fortuna (hierna: [verweerders]), zijn vervolgens in verzet gekomen van het versterk arrest. Bij zijn in cassatie bestreden tussenarrest van 14 januari 2020 heeft de OK dit verzet ontvankelijk verklaard, geoordeeld dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding en Fortbet opgedragen de overige aandeelhouders op te roepen in de verzetprocedure. Het cassatiemiddel van Fortbet bestrijdt deze oordelen, nadat de OK verlot heeft verleend voor tussentijds cassatieberoep. Het hof heeft de hierna genoemde feiten vastgesteld.

1.2

Fortuna is op 4 november 2009 opgericht. Fortuna drijft een onderneming die zich bezig houdt met kansspelen in centraal en Oost-Europa.

1.3

Sinds 2010 waren de aandelen in Fortuna genoteerd aan de beurzen van Praag (Prague Stock Exchange) en Warschau (Warsaw Stock Exchange).

1.4

Fortbet heeft op 31 maart 2017 een (eerste) openbaar bod uitgebracht op alle aandelen in Fortuna. De biedprijs bedroeg CZK 98,69/PLN 15,43 per aandeel. Deze prijs heeft Fortbet op 26 mei 2017 verhoogd naar CZK 118,04/PLN 18,68. Het bestuur en de raad van commissarissen van Fortuna hebben dit bod niet aanbevolen omdat het naar hun mening niet *“fair to the Shareholders from a financial point of view”* is.

1.5

Op 2 januari 2018 zijn Fortbet en Fortuna na onderhandelingen in een *merger protocol* overeengekomen dat Fortbet een tweede openbaar bod zal uitbrengen op de aandelen in het geplaatste kapitaal van Fortuna tegen een biedprijs in contanten van minimaal CZK 182,50 / PLN 29,80. In een persbericht van dezelfde datum heeft Fortuna dit tweede openbaar bod aangekondigd.

1.6

Fortbet heeft bij biedingsberichten (een *tender offer* document voor de Poolse markt en een *voluntary buy-out offer document* voor de Tsjechische markt) van 3 januari 2018 een openbaar bod uitgebracht op alle uitstaande aandelen in Fortuna.

1.7

Templeton Investments (hierna: Templeton) hield indertijd 10,61% van de aandelen in Fortuna en heeft haar aandelen op 9 maart 2018 aan Fortbet verkocht tegen een prijs van € 7,83 per aandeel.

1.8

Fortuna heeft door middel van een op 16 mei 2018 uitgebrachte 'Regulatory Announcement' onder meer het volgende bekend gemaakt:

"The unaudited consolidated results of [Fortuna] for the first quarter of 2018 confirmed growth in the amount of bets in all countries:

- Total Amounts Staked in Qi 2018 increased by 163.7% to EUR 797.0 million
- Total Gross Win in Qi 2018 increased by 157.6% to EUR 110.0 million
- Total EBITDA in Qi 2018 amounted to EUR 22.7 million up 665.5% yoy
- Net profit in Qi 2018 increased by 923.6% to EUR 14.0 million"

1.9

Fortbet heeft op 2 november 2018 het tussen partijen door de OK gewezen verstekarrest van 30 oktober 2018, verbeterd bij arrest van 1 november 2018 (hierna gezamenlijk: het tussenarrest) conform het bepaalde in artikel 54 lid 4 Rv bij exploit, gericht aan de gezamenlijke andere aandeelhouders in Fortuna, doen betekenen aan het parket van de ambtenaar van het openbaar ministerie bij de rechtbank Den Haag.

1.10

Fortbet heeft op 3 november 2018 door middel van een advertentie in het Financieele Dagblad een aankondiging van de consignatie bekend gemaakt en heeft daarbij de prijs, met rente, van € 7,94 per aandeel betaalbaar gesteld per 16 november 2018. De advertentie bevat de aanzegging dat de prijs met rente voor alle aandelen in Fortuna die niet uiterlijk op 16 november 2018 aan Fortbet zijn overgedragen op 19 november 2018 zal worden geconsigneerd overeenkomstig artikel 2:92a lid 8 BW.

1.11

Op 7 november 2018 is een uittreksel van het voormelde exploit bekend gemaakt in de Staatscourant, met vermelding dat afschriften van het exploit en het arrest kunnen worden verkregen bij mr. Drenth voormeld. Hierin staat dezelfde aanzegging van consignatie als onder 1.10 is vermeld.

1.12

Op 19 november 2018 hield Fortbet 50.222.636 van de 52.000.000 aandelen in het geplaatste kapitaal van Fortuna.

1.13

Op 19 november 2018 heeft Fortbet een bedrag van € 14.112.270,16 gestort in de consignatiekas.

1.14

Op 9 januari 2019 hebben [betrokkene 1] en [betrokkene 2] van Sman Business Value een rapport uitgebracht (hierna: het Sman-rapport) naar aanleiding van een in opdracht van [verweerders] uitgevoerde indicatieve waardering van Fortuna per 9 maart 2018 en 20 juni 2018. De opdracht houdt mede in de werkzaamheden uit te voeren vanuit een onafhankelijke en objectieve positie en een analyse te verrichten van eventuele verschillen tussen de eigen uitkomsten en de aan de KPMG fairness opinie en/of de aan Templeton betaalde prijs ten grondslag liggende berekeningen (indien beschikbaar). In het Sman-rapport wordt de waarde van een aandeel Fortuna per 9 maart 2018 berekend op een bedrag tussen € 11,26 en € 14,08.

2. Procesverloop

2.1

Fortbet heeft bij exploit van 20 juni 2018 de gezamenlijke andere aandeelhouders gedagvaard om te verschijnen ter terechtzitting van de OK van 24 juli 2018 en gevorderd om bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- hen te veroordelen het onbezwaarde recht op de door hen gehouden aandelen in het kapitaal van Fortuna over te dragen aan Fortbet;
- de prijs per aandeel te bepalen (primair) op € 7,17 per aandeel althans (subsidiar) op € 7,83, steeds per 9 maart 2018, althans (meer subsidiar) op een door de OK in goede justitie te bepalen bedrag;
- te bepalen dat, zolang en voor zover de prijs als voormeld onder ii niet is betaald, deze wordt verhoogd met de wettelijke rente vanaf de vastgestelde (peil)datum tot de datum van onbezwaarde overdracht dan wel overgang van de aandelen;
- te bepalen dat uitkeringen die in het hieronder onder iii bedoelde tijdvak op de aandelen betaalbaar worden gesteld, strekken tot gedeeltelijke betaling van de prijs op de dag van betaalbaarstelling;
- Fortbet te veroordelen de vastgestelde prijs voor de aandelen, met rente als voormeld, te betalen aan degenen

- (vi) aan wie de aandelen toebehoren, tegen levering van het onbezwaarde recht op deze aandelen; en de gezamenlijke andere aandeelhouders te veroordelen in de kosten van het geding.

2.2

Het hof heeft tegen de gedaagden verstek verleend.

2.3

Bij tussenarrest van 2 oktober 2018^[2] heeft de OK overwogen dat Fortbet voldoet aan de eis van art. 2:92a lid 1 BW dat zij als aandeelhouder voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal van Fortuna verschaft (rov. 3.4) en aan de eis dat Fortbet de vordering heeft ingesteld tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders van Fortuna (rov. 3.5), en dat geen sprake is van een afwijzingsgrond ex art. 2:92a lid 4 BW (rov. 3.6), zodat de vaststelling resteert van de door Fortbet te betalen prijs voor de over te dragen aandelen (rov. 3.7). In dat kader heeft de OK overwogen dat de primaire vordering van Fortbet dat de prijs per aandeel wordt vastgesteld op € 7,17, op grond van de thans beschikbare informatie niet zonder benoeming van een waardedeskundige kan worden toegewezen (rov. 3.11). Wat betreft de subsidiaire vordering heeft de OK overwogen dat zonder deskundigenbericht kan worden vastgesteld dat € 7,83 een billijke prijs is per 9 maart 2018 als peildatum (rov. 3.12). De OK heeft Fortbet de gelegenheid gegeven zich uit te laten over de vraag of zij de voorkeur heeft voor een deskundigenbericht wat betreft de primaire vordering dan wel de toewijzing van de subsidiaire vordering (rov. 3.13).

2.4

Nadat Fortbet had aangegeven dat zij aanstondse toewijzing van de subsidiaire vordering prefereerde, heeft de OK bij arrest van 30 oktober 2018^[3] zoals hersteld bij arrest van 1 november 2018^[4] (hierna: het verstekarrest) uitvoerbaar bij voorraad:

- (i) de gezamenlijke andere aandeelhouders veroordeeld het onbezwaarde recht op de door elk van hen gehouden aandelen in het geplaatste kapitaal van Fortuna aan Fortbet over te dragen;
- (ii) de prijs van de over te dragen aandelen vastgesteld per 9 maart 2018 en wel op € 7,83 per aandeel;
- (iii) bepaald dat die prijs, zolang en voor zover deze niet is betaald, wordt verhoogd met de wettelijke rente vanaf 9 maart 2018 tot de dag van de overdracht of de dag van consignatie van de prijs met rente overeenkomstig art. 2:92a BW;
- (iv) bepaald dat uitkeringen, in laatstbedoeld tijdvak op de gewone aandelen betaalbaar gesteld, tot gedeeltelijke betaling van de prijs op de dag van betaalbaarstelling strekken;
- (v) Fortbet veroordeeld de vastgestelde prijs, met rente zoals vermeld, te betalen aan gedaagden of aan degene(n) aan wie de aandelen zal (zullen) toebehoren tegen levering van het onbezwaarde recht op de aandelen; en
- (vi) het meer of anders gevorderde afgewezen.

2.5

[Verweerders] hebben bij exploit van 10 januari 2019 verzet ingesteld tegen het verstekarrest en Fortbet gedagvaard om te verschijnen ter terechtzitting van 2 april 2019 en gevorderd dat de OK bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad:

- (i) [verweerders] zal ontheffen van de tegen hen uitgesproken veroordelingen en Fortbet alsnog niet-ontvankelijk zal verklaren in haar vordering, althans;
- (ii) primair, de koopprijs van de over te dragen aandelen in Fortuna en de peildatum als volgt zal vaststellen:
 - a. op € 13,30 per aandeel op 20 juni 2018, althans;
 - b. op € 12,96 per aandeel op 9 maart 2018, althans;
 - c. op een zodanige prijs en peildatum als de OK juist acht; en telkens zal bepalen dat de prijs wordt verhoogd met de wettelijke rente vanaf de vastgestelde peildatum tot aan de datum van overdracht en volledige betaling;
- (iii) subsidiair, één of drie onafhankelijke deskundigen zal benoemen om zowel de prijs van de over te dragen aandelen in Fortuna als de peildatum te bepalen;
- (vi) meer subsidiair, [verweerders] zal compenseren voor het financiële verlies als gevolg van uitkoop tegen een te lage prijs, voor een nader bij staat op te maken bedrag dan wel een op nader aan te voeren gronden door de OK te bepalen bedrag; en met veroordeling van Fortbet in de proceskosten.

2.6

Fortbet heeft bij conclusie van repliek in conventie tevens houdende conclusie van antwoord in reconventie met producties geconcludeerd dat de OK primair [verweerders] niet-ontvankelijk zal verklaren in hun verzet en subsidiair hun vordering zal

afwijzen en het herstelde verstekarrest zal bekrachtigen, met veroordeling van [verweerders] in de proceskosten. [Verweerders] hebben vervolgens bij conclusie van dupliek in conventie geconcludeerd conform de verzetdagvaarding.

2.7

Bij tussenarrest van 14 januari 2020^[5] heeft de OK kort gezegd: (i) [verweerders] ontvankelijk verklaard in hun verzet (rov. 3.1-3.7), (ii) geoordeeld dat de gezamenlijke andere aandeelhouders op de juiste wijze zijn gedagvaard door Fortbet (rov. 4), (iii) overwogen dat hij een deskundige zal benoemen om de waarde van de aandelen per 9 maart 2018 te bepalen en dat die benoeming zal worden aanhouden totdat de overige aandeelhouders door Fortbet zijn opgeroepen (rov. 5.1-5.9) en (iv) overwogen dat de overige aandeelhouders alsnog opgeroepen moeten worden omdat de rechtsverhouding tussen Fortbet en de uit te kopen aandeelhouders processueel ondeelbaar is (rov. 5.10). De OK heeft bepaald dat Fortbet de gezamenlijke andere aandeelhouders in het kapitaal van Fortuna buiten [verweerders], als partijen in het geding zal oproepen tegen de rolzitting van 17 maart 2020, en dat iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

2.8

Tegen het tussenarrest van 14 januari 2020 heeft Fortbet tijdig^[6] beroep in cassatie ingesteld. [Verweerders] hebben geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben vervolgens hun standpunten schriftelijk toegelicht. In de schriftelijke toelichting namens [verweerders] hebben [verweerders] zich ten aanzien van subonderdeel 4.3 en onderdeel 5 van het cassatiemiddel (alsnog) gerefereerd aan het oordeel van de Hoge Raad. Vervolgens heeft Fortbet gerepliceerd. [Verweerders] hebben afgezien van dupliek.

3. Ontvankelijkheid van het cassatieberoep

3.1

Het cassatieberoep is ingesteld tegen een tussenarrest. Fortbet is niettemin volgens art. 401a lid 2 Rv ontvankelijk in dit beroep nu de Ondernemingskamer bij brief van 11 februari 2020 verlot heeft verleend om tussentijds beroep in cassatie in te stellen tegen het tussenarrest van 14 januari 2020.

4. Bespreking van het cassatiemiddel

4.1.1

Het cassatiemiddel van Fortbet bestaat uit vijf onderdelen die uiteenvallen in verschillende subonderdelen. De *onderdelen 1-3* zien op de ontvankelijkheid van [verweerders] in hun verzet. *Onderdeel 4* betoogt dat de OK onterecht heeft geoordeeld dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding en dat Fortbet de overige aandeelhouders moet oproepen. *Onderdeel 5* bestrijdt rov. 3.5, voor zover de OK daarin heeft geoordeeld dat met het niet gunnen van een redelijke termijn aan de uit te kopen aandeelhouders, de consignatie ongeldig is geweest en daarmee geen overgang van de aandelen heeft plaatsgevonden.

4.1.2

Ik heb mij afgevraagd of aanleiding is om eerst *onderdeel 4* te bespreken. Indien namelijk sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding faalt niet alleen onderdeel 4, maar ontstaat mogelijk een complicatie in deze cassatieprocedure. Dan rijst immers de vraag of de in de verzetprocedure nog niet verschenen aandeelhouders zouden moeten worden opgeroepen om hen in de gelegenheid te stellen te verschijnen in deze cassatieprocedure. Ik meen dat in dit geval wel sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, maar dat de bedoelde complicatie in dit cassatieberoep niet speelt (zie hierna in 4.75 e.v.). Voorts ontbreekt belang bij de vraag of sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding indien uit de bespreking van de onderdelen 1-3 zou volgen dat [verweerders] niet-ontvankelijk zijn in hun verzet. Ik bespreek daarom eerst de *onderdelen 1-3* en daarop aansluitend *onderdeel 5*, en bewaar *onderdeel 4* tot het laatst.

Onderdelen 1-3: ontvankelijkheid van [verweerders] in hun verzet

4.2

De onderdelen 1-3 betreffen de vraag of het verzet op 10 januari 2019 tijdig is gedaan zodat de opposanten daarin ontvankelijkheid zijn.

4.3

Het hof overwoog in rov. 3.2-3.4, in cassatie onbestreden, als volgt.

- (i) Niet is gebleken dat zich één van de in art. 143 lid 2 Rv bedoelde aanvangsmomenten voor de verzettermijn — betekening van het verstekarrest in persoon of het plegen een daad van bekendheid — heeft voorgedaan.
- (ii) In art. 143 lid 3 Rv is bepaald dat buiten de in het tweede lid bedoelde gevallen de termijn waarbinnen het verzet

- moet worden gedaan, aanvangt op de dag waarop het vonnis ten uitvoer is gelegd.
- (iii) De wijze van tenuitvoerlegging van een uitkooparrest als hier aan de orde is geregeld in art. 2:92a leden 7 en 8 BW. In lid 8 van dit artikel is bepaald dat de overnemer altijd de mogelijkheid heeft de vastgestelde prijs met rente voor alle nog niet overgenomen aandelen te consigneren. Door het consigneren gaat het recht op de aandelen onbezwaard over op de overnemer. Consignatie moet worden aanmerkt als tenuitvoerlegging van de veroordeling tot overdracht van de aandelen.^[7]
 - (iv) Art. 430 lid 3 Rv is van toepassing op de tenuitvoerlegging van het uitkooparrest, zodat consignatie met het beoogde rechtsgevolg niet kan plaatsvinden dan na voorafgaande betekening als in deze bepaling bedoeld.
 - (v) Fortbet heeft hieraan voldaan door het verstekarrest op 2 november 2018 te doen betekenen aan het parket van de ambtenaar van het openbaar ministerie bij de rechtbank Den Haag conform het bepaalde in art. 54 lid 4 Rv. Verder heeft Fortbet conform art. 54 lid 4 Rv een uittreksel van het exploitatiedocument bekend doen maken in de Staatscourant. Met een advertentie in het Financieel Dagblad heeft Fortbet ook voldaan aan de door art. 2:92a lid 7-8 BW gestelde eis het consigneren en de prijs per aandeel op dat tijdstip bekend te maken door deze aan te kondigen in een landelijk verspreid dagblad.

4.4

De OK heeft vervolgens op drie alternatieve gronden geoordeeld dat [verweerders] tijdig verzet hebben ingesteld.

- (i) De verzettermijn is nog niet gaan lopen op 19 november 2019 omdat consignatie met het beoogde rechtsgevolg — tenuitvoerlegging van de veroordeling tot overdracht van de aandelen — in de regel niet kan plaatsvinden dan nadat de betrokken aandeelhouders een redelijke termijn te hebben gegund om vrijwillig aan de veroordeling te voldoen, en deze termijn niet is gegund (rov. 3.5).
- (ii) Indien de verzettermijn wel is gaan lopen op 19 november 2019, brengt een redelijke toepassing van art. 143 Rv mee dat in dit geval een de termijn van acht weken geldt, zodat het verzet tijdig is gedaan (rov. 3.6).
- (iii) Indien de verzettermijn is gaan lopen en vier weken bedraagt zodat deze op 10 januari was verlopen, dient een onverkorte toepassing van de regeling van de verzettermijn achterwege te blijven indien dit tot een resultaat leidt dat niet voldoet aan de eisen van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM (HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2341). In de omstandigheden van dit geval zijn [verweerders] ontvankelijk in hun verzet. Dit strookt met de ratio van art. 19 lid 1 EBETVO II. (rov. 3.7)

4.5

De *onderdelen 1, 2 en 3* bestrijden achtereenvolgens de rov. 3.5, 3.6 en 3.7. Indien één van deze onderdelen faalt, houdt het oordeel van het hof over de ontvankelijkheid van [verweerders] stand.

4.6

De *subonderdelen 1.1 en 1.2* betogen, samengevat, dat rechtens geen vereiste geldt voor de aanvang van de verzettermijn ex art. 143 lid 3 Rv dat aan de uit te kopen aandeelhouders een redelijke termijn wordt gegund om vrijwillig te voldoen aan de veroordeling tot levering van de aandelen. Een dergelijk eis volgt ook niet uit art. 430 lid 3 Rv. Art. 2:92a BW stelt ook niet de eis dat de overnemer (in de regel) een redelijke termijn voor vrijwillige nakoming gunt alvorens over te gaan tot consignatie. Art. 2:92a lid 8 BW bepaalt juist dat de overnemer zich altijd door consignatie van de koopprijs mag bevrijden van zijn verplichtingen op grond van lid 6 en 7, waaronder dus ook de verplichting om de dag en plaats van betaalbaarstelling schriftelijk mee te delen respectievelijk aan de tot kondigen in een landelijk verspreid dagblad. Daarom bestaat er geen wettelijke grondslag voor inachtneming van een redelijke termijn in het geval van consignatie en evenmin voor een daarmee corresponderende uitleg van het dictum van het verstekarrest.

Subonderdeel 1.3 voegt hieraan toe dat er onvoldoende grond is om de eis te stellen dat in de regel een redelijke termijn voor vrijwillige nakoming wordt gegund. Het belang van een aandeelhouder om vrijwillig te kunnen nakomen zal erin de regel uit zal bestaan dat hij daarmee eerder dan wel eenvoudiger de koopprijs kan innen dan bij consignatie. Dit belang (en een daarop gerichte strekking en functie van de redelijke termijn) weegt niet op tegen het belang van de rechtszekerheid en het belang van de praktijk bij effectieve en efficiënt verloopende uitkoopprocedures, en het belang van een goede rechtspleging dat meebrengt dat duidelijkheid bestaat over de aanvang van de verzettermijn. Daarbij moet worden bedacht dat een uitkoopprocedure veelal volgt op een gestand gedaan openbaar bod en het belang van de vennootschap en de daarbij betrokkenen vergt dat over de aanvang (en het einde) van de verzettermijn geen onzekerheid bestaat.

Subonderdeel 1.4 klaagt over het oordeel dat Fortbet de uit te kopen aandeelhouders geen redelijke termijn heeft gegund.

4.7

Volgens *subonderdeel 2.1* blijkt uit de tekst van art. 143 lid 2 Rv dat de termijn van acht weken vereist dat de woonplaats of het werkelijk verblijf buiten Nederland bekend is. Dit strookt met het feit dat de verdubbeling van de verzettermijn in art. 143 lid 2 Rv is ingegeven doordat ingevolge art. 55 lid 2 Rv in gevallen waarin het Haagse Betekeningsverdrag van toepassing is, een betekening in het buitenland onder omstandigheden in Nederland kan worden aangemerkt als betekening in

persoon. Van betekening in het buitenland is geen sprake indien de veroordeling luidt tegen een niet bij name bekende aandeelhouder, in welk geval de betekening van het arrest plaatsvindt op de voet van art. 54 lid 4 Rv.

Subonderdeel 2.2 voegt hieraan toe dat het hof onvoldoende gewicht toekent aan het belang van rechtszekerheid, dat mede ten grondslag ligt aan de regeling van art. 143 Rv en temeer van belang is bij uitkoopprocedures gelet op de behoefte van de praktijk aan een effectieve en vlot en soepel verlopende uitkoopprocedure, die in de praktijk pleegt te volgen op een gestand gedaan openbaar bod, terwijl in het belang van een goede rechtspleging duidelijkheid moet bestaan omtrent het tijdstip waarop een termijn voor het aanwenden van een rechtsmiddel aanvangt en eindigt.

Subonderdeel 2.2 wijst voorts op de rechtsongelijkheid die ontstaat indien voor een aandeelhouder in Nederland een verzettermijn van vier weken zou gelden en voor een aandeelhouder buiten Nederland een verzettermijn van acht weken, mede omdat voor beiden dezelfde wijze van betekening conform art. 54 lid 4 Rv geldt.

Volgens *subonderdeel 2.3* klemt het voorgaande temeer indien juist zou zijn het oordeel in rov. 5.10 dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Indien een minderheidsaandeelhouder tijding verzet instelt, zouden de andere aandeelhouders na oproeping alsnog de mogelijkheid krijgen om verweer te voeren.

4.8

Subonderdeel 3.1 betoogt dat om te kunnen komen tot het oordeel dat niet-ontvankelijkverklaring van [verweerders] wegens overschrijding van de verzettermijn achterwege dient te blijven, de OK had moeten vaststellen dat (ieder van) [verweerders] niet eerder dan veertien dagen vóór 10 januari 2019 bekend zijn (is) geworden met het verstekarrest en/of de tenuitvoerlegging daarvan door consignatie.

Subonderdeel 3.1.1 voegt hieraan toe dat [verweerders] niet hebben toegelicht, maar juist in het midden hebben gelaten, op welke datum zij kennis hebben genomen van het verstekarrest en/of de tenuitvoerlegging daarvan door consignatie.

Volgens *subonderdeel 3.1.2*, samengevat, rechtvaardigen de (reconciliatie)verplichtingen van een *Central Securities Depository* (CSD) op grond van art. 37 en 38 CSD-Verordening 909/2014 en art. 59 lid 1 Gedelegeerde Verordening 2017/392 en van deelnemers aan een giraal effectenafwikkelingssysteem op grond van art. 16 lid 8 MIFID II (Richtlijn 2014/65/EU) en art. 2 Uitvoeringsrichtlijn MiFID II (Richtlijn 2017/593),^[8] het bewijsvermoeden dat andere aandeelhouders — zoals in casu [verweerders] — zeer spoedig na het moment van consignatie kennis krijgen van de consignatie en de daaraan verbonden overgang van hun aandelen, althans had het hof hierop ambtshalve acht moeten slaan en zijn arrest in het licht hiervan nader moeten motiveren.

Subonderdeel 3.1.3 klaagt, kort gezegd, dat het arrest onvoldoende gemotiveerd is in het licht van de omstandigheid dat rapporten zoals het uitgebreide waarderingsrapport dat [verweerders] als productie 7 in het geding hebben gebracht — naar de Ondernemingskamer ambtshalve bekend is of behoort te zijn — niet binnen een termijn van twee weken plegen te (kunnen) worden vervaardigd.

Subonderdeel 3.2 klaagt dat de OK een onjuiste maatstaf heeft aangelegd, althans zijn arrest onvoldoende heeft gemotiveerd, indien het in de omstandigheden grond mocht hebben gezien om een langere termijn dan een termijn van veertien dagen tot uitgangspunt te nemen.

Volgens *subonderdeel 3.3* miskent het hof dat BetVOII niet van toepassing is.

4.9.1

Door Fortbet wordt het cassatieberoep principieel ingestoken. Het arrest van de OK introduceert volgens haar een zodanig grote mate van rechtsonzekerheid over de overgang van de aandelen en de hoogte van de koopprijs dat dit in de praktijk aanleiding kan zijn om van de uitkoopprocedure af te zien en volledige controle te verwerven door middel van alternatieve herstructureringen.^[9]

Ik merk daarover nu reeds op dat de overdracht van de aandelen in deze zaak niet ter discussie staat en overigens, ook bij geslaagd verzet, mijns inziens niet ter discussie zal staan indien het verzet alleen de hoogte van de koopprijs betreft (zie hierna in 4.23.1-4.23.2). De inzet van deze zaak is een hogere koopprijs.

Deze zaak betreft verder een verstekarrest. De problemen die dit arrest volgens Fortbet met zich brengt, spelen in beginsel niet indien één aandeelhouder is verschenen zodat het arrest op tegenspraak is gewezen en daartegen geen verzet, maar cassatie openstaat. Josephus Jitta noemt het arrest een zeldzaam geval waarin tegen een uitkooparrest verzet is gedaan en een unicum, omdat het de eerste zaak is waarin de aandeelhouders die verzet hebben gedaan, de eerste formele en inhoudelijke horden hebben weten te trotseren.^[10]

4.9.2

De onderdelen 1-3 stellen een aantal samenhangende kwesties aan de orde. Alvorens deze onderdelen te bespreken, besteed ik daarom aandacht aan achtereenvolgens: (i) de uitkoopregeling van art. 2:92a BW, (ii) de tenuitvoerlegging door middel van consignatie van het verstekarrest waarbij tot uitkoop is veroordeeld, (iii) het vereiste van een redelijke aanbiddingstermijn voorafgaand aan de consignatie, (iv) de onzekerheid die resteert na consignatie in verband met de mogelijkheid van verzet tegen het verstekarrest, (v) of consignatie zonder inachtneming van een redelijke aanbiddingstermijn gevolgen heeft voor de verzettermijn, (vi) of de verzettermijn na consignatie vier of acht weken is en (vii)

de mogelijkheid van een nadere bepaling van de verzettermijn in het licht van art. 6 EVRM.

(i) De uitkoopregeling van art. 2:92a BW

4.10.1

De houder van 95% of meer van de aandelen van het geplaatste kapitaal van een naamloze vennootschap, kan van de gezamenlijke andere aandeelhouders vorderen hun aandelen aan hem over te dragen (art. 2:92a lid 1 BW). Deze vordering moet aanhangig gemaakt worden voor de OK van het Gerechtshof te Amsterdam (art. 2:92a lid 2 BW). De uitkoopregeling behelst in haar kern een afweging tussen de belangen van de meerderheidsaandeelhouder en de minderheidsaandeelhouder.^[11.] De meerderheidsaandeelhouder (de overnemer) heeft deze mogelijkheid tot uitkoop namelijk in verband met juridische, fiscale en andere bezwaren die voor hem verbonden kunnen zijn aan de aanwezigheid van minderheidsaandeelhouders.^[12.] Dit speelt vooral, maar niet alleen, indien een partij na een openbaar bod meerderheidsaandeelhouder in een vennootschap is geworden, maar daarbij niet alle aandelen heeft kunnen verwerven.^[13.] Hiertegenover hebben de minderheidsaandeelhouders in beginsel slechts een financieel belang.

4.10.2

Gezien de ratio van de gedwongen uitkoop, moet de overnemer alle andere aandeelhouders dagvaarden.^[14.] Zouden er immers toch enige minderheidsaandeelhouders overblijven, dan worden de bezwaren die voor de meerderheidsaandeelhouder aan hun aanwezigheid verbonden zijn, niet weggenomen. Om dezelfde reden schrijft art. 2:92a lid 4 BW voor dat de vordering jegens alle verweerders wordt afgewezen indien zich jegens één (of meerdere) van de minderheidsaandeelhouders een in die bepaling bedoelde, imperatieve afwijzingsgrond voordoet.^[15.] In zoverre is voor de minderheidsaandeelhouders dus sprake van 'samen uit, samen thuis'.

De overnemer hoeft overigens niet elke minderheidsaandeelhouder, waarvan de identiteit hem onbekend kan zijn, afzonderlijk te dagvaarden. Om praktische redenen kan de dagvaarding geschieden op de in art. 54 lid 2 Rv bedoelde wijze. Deze openbare dagvaarding wordt betekend aan het parket van de ambtenaar van het openbaar ministerie bij het gerecht waar de zaak moet dienen, en daarvan wordt melding gedaan in de Staatscourant.

In dit verband merk ik op dat de OK in zijn tussenarrest van 2 oktober 2018, in cassatie onbestreden, heeft geoordeeld dat Fortbet de vordering terecht niet heeft ingesteld tegen Central Securities Depository Prague (CSDP), die volgens het aandeelhoudersregister alle (gegiraliseerde) aandelen in Fortuna houdt, maar tegen de (achterliggende) gezamenlijke andere aandeelhouders van Fortuna.^[16.]

4.11.1

Bij verstekverlening tegen een of meer aandeelhouders moet de rechter, met het oog op de belangen van de niet verschenen minderheidsaandeelhouders, ambtshalve onderzoeken of de eisen van lid 1 zijn vervuld (art. 2:92a lid 3 BW). De reden hiervoor is dat de bevoegdheid tot uitkoop diep ingrijpt. Daarom zal "(o)nomstotelijk (...) moeten vaststaan dat de uitkoper ertoe bevoegd is. Een verstekgeding biedt deze zekerheid niet."^[17.]

Dit voorschrift geldt blijkens de tekst van art. 2:92a lid 3 BW ook indien een of meer minderheidsaandeelhouders wel zijn verschenen, en tegen de overige minderheidsaandeelhouders verstek is verleend (zie art. 140 lid 1 Rv). Het is denkbaar dat de belangen van de verschillende minderheidsaandeelhouders niet parallel lopen en dat, bijvoorbeeld, een minderheidsaandeelhouder geen (overwegend) bezwaar heeft tegen de gevorderde uitkoop maar in de procedure verschijnt teneinde deze formeel het karakter van een procedure op tegenspraak te geven (art. 140, leden 1 en 3, Rv).

4.11.2

Aan de belangen van niet-verschenen minderheidsaandeelhouders wordt voorts tegemoet gekomen doordat de OK de prijs voor de aandelen zelfstandig moet vaststellen (art. 2:92a lid 5 BW)^[18.] en doordat zij niet in de kosten kunnen worden veroordeeld (art. 2:92a lid 6, slot, BW).

(ii) Tenuitvoerlegging van het arrest door middel van consignatie

4.12.1

Indien de rechter de vordering toewijst, veroordeelt hij de overnemer aan degene aan wie de aandelen toebehoren of zullen toebehoren de vastgestelde prijs met rente te betalen tegen levering van het onbezwaarde recht op de aandelen (art. 2:92a lid 6 BW). Over de uitvoering van de veroordeling bepaalt art. 2:92a BW:^[19.]

- “7. Staat het bevel tot overdracht bij gerechtelijk gewijsde vast, dan deelt de overnemer de dag en plaats van betaalbaarstelling en de prijs schriftelijk mee aan de houders van de over te nemen aandelen van wie hij het adres kent. Hij kondigt deze ook aan in een landelijk verspreid dagblad, tenzij hij van allen het adres kent.
8. De overnemer kan zich altijd van zijn verplichtingen ingevolge de leden 6 en 7 bevrijden door de vastgestelde prijs met rente voor alle nog niet overgenomen aandelen te consigner, onder mededeling van hem bekende rechten van pand en vruchtgebruik en de hem bekende beslagen. Door deze mededeling gaat beslag over van

de aandelen op het recht op uitkering. Door het consigneren gaat het recht op de aandelen onbezwaard op hem over en gaan rechten van pand of vruchtgebruik over op het recht op uitkering. Aan aandeel- en dividendbewijzen waarop na de overgang uitkeringen betaalbaar zijn gesteld, kan nadien geen recht jegens de vennootschap meer worden ontleend. De overnemer maakt het consigneren en de prijs per aandeel op dat tijdstip bekend op de wijze van lid 7.”

4.12.2

Er zijn dus twee manieren waarop de veroordeling ten uitvoer kan worden gelegd: (i) na bekendmaking van het arrest op voet van lid 7 doordat een minderheidsaandeelhouder zijn stukken aanbiedt aan de overnemer, en (ii) op initiatief van de overnemer doordat hij overgaat tot consignatie op de voet van lid 8.

4.12.3

De toelichting vermeldt bij de leden 7 en 8:^[20.]

“Indien de vordering wordt toegewezen is de eiser verplicht de aandelen over te nemen en de prijs te betalen. De gedaagden kunnen hem daartoe met de uitspraak dwingen, mits zij zelf de aandelen vrij van vruchtgebruik, pand of beslag aanbieden. Doen zij dat niet, dan kan de uitkoper de weg van consignatie volgen. Het doorlopen van de wettelijke rente zal voor de uitkoper een prikkel zijn niet te dralen met het consigneren van de prijs.

(...)

Naast betaling tegen vrije onbezwaarde levering is altijd consignatie van de prijs met de vervallen rente mogelijk. Dit is van nut als de uitgekochten weigeren te leveren, hun aandelen niet onbezwaard zijn of hun adres onbekend is.“

4.12.4

Tenuitvoerlegging van het uitkooparrest anders dan door consignatie is alleen mogelijk indien de uit te kopen aandeelhouders bij naam bekend zijn, zij de aandelen nog houden en deze niet bezwaard zijn met een beperkt recht dan wel beslagen zijn.^[21.] Saleminck vermeldt dat hiervan in de meeste uitkoopzaken geen sprake is. Bij aandelen aan toonder en girale aandelen speelt vaak dat niet bekend is wie de houders ervan zijn.^[22.]

4.13.1

De zienswijze van de OK dat consignatie een tenuitvoerlegging in de zin van art. 430 Rv is,^[23.] wordt in overwegende mate gesteund in de literatuur.^[24.] Voor de tenuitvoerlegging dient de overnemer ex art. 430 lid 3 Rv het uitkooparrest te betekenen aan de uit te kopen aandeelhouders. Deze betekening vindt eveneens openbaar plaats (art. 54 lid 4 Rv) en kan gelijktijdig geschieden met de mededeling van art. 2:92a lid 7 BW.^[25.]

4.13.2

Consignatie geschiedt vervolgens door storting van het totale uitkoopbedrag op de rekening van de consignatiekas, die wordt beheerd door het Ministerie van Financiën. De overnemer stort daar per aandeel de vastgestelde prijs vermeerderd met de wettelijke rente van de peildatum tot aan de dag van de consignatie en verminderd met de sinds de peildatum betaalbaar gestelde uitkeringen op de aandelen. De uitgekochte aandeelhouders krijgen naar evenredigheid van het door hen voordien gehouden aantal aandelen een recht op uitkering van het geconsigneerde bedrag. Eventuele beperkte rechten gaan door de consignatie over op het recht op de uitkering. Hetzelfde geldt voor een beslag, indien hiervan mededeling is gedaan.^[26.] De wijze van consigneren is voornamelijk geregeld in de Wet op de consignatie van gelden,^[27.] welke regeling gedeeltelijk is uitgewerkt in de Beschikking consignatie van gelden.^[28.]

4.13.3

De schriftelijke toelichting namens Fortbet vermeldt, kort gezegd, dat de overdracht van de aandelen aan de overnemer, die plaatsvindt als gevolg van de consignatie, krachtens het financieel toezichtsrecht dient te worden verwerkt via het clearingsysteem en dient te leiden tot bijwerkingen van de effectenrekeningen van de uitgekochte minderheidsaandeelhouders.

4.13.4

Uitkering uit de consignatiekas vindt plaats op schriftelijk verzoek van degene die van zijn recht op uitkering doet blijken (art. 9 lid 1 Wet op de consignatie van gelden).

Indien de aandelen zich bevinden binnen het door Euroclear Nederland (als *Central Securities Depository*, CDS) beheerde girodepot als bedoeld in de Wet giraal effectenverkeer kan een eenvoudigere consignatiekasprocedure worden gevolgd. De consignatiekas kan de gelden dan uitkeren aan Euroclear, waarna deze, kort gezegd, kunnen worden doorgeleid naar de rekeningen van de aandeelhouders bij hun bank.^[29.] De schriftelijke toelichting namens Fortbet vermeldt dat de consignatiekas zeer terughoudend is om uit te keren aan andere centrale effectenenbewaarinstanties dan Euroclear Nederland en dat dit in dit geval geen uitkering is gedaan aan de *Central Securities Depository Prague* (CSDP), de centrale

effectenbewaarinstelling voor de gegiraliseerde aandelen in Fortuna [\[30.\]](#)

(iii) Is een redelijke aanbiddingstermijn voorafgaand aan de consignatie vereist?

4.14

Zoals eerder werd opgemerkt, lijkt in bepaalde gevallen consignatie de enige mogelijkheid om het uitkooparrest (volledig) ten uitvoer te leggen. Het direct overgaan tot consignatie, dus zonder het bieden van de voorafgaande mogelijkheid tot vrijwillige overdracht, heeft echter nadelen voor de uit te kopen aandeelhouder die zijn aandelen wel aan de overnemer zou willen aanbieden. Consignatie betekent extra moeite, kosten en renteverlies (het verschil tussen de wettelijke rente en de zeer lage rente ingevolge de Wet op de consignatie van gelden) voor de uit te kopen aandeelhouder [\[31.\]](#) Aanstonds consigneren is daarentegen gunstig voor de overnemer. Hij hoeft in dat geval geen bank in te schakelen voor de afwikkeling van de vrijwillige overdrachten. Bovendien stopt de aanwas van wettelijke rente op de uitkoopprijs vanaf het moment dat hij deze consigneert [\[32.\]](#)

4.15.1

Volgens de tekst van art. 2:92a lid 8 BW kan de overnemer 'altijd' tot consignatie overgaan. Dit is toegelicht aan de hand van de eerder (in 4.12.3) gegeven voorbeelden dat de uitgekochten weigeren te leveren, hun aandelen niet onbezwaard zijn of hun adres onbekend is. In verband met de uitvoerbaarheid bij voorraad overwoog Hof Amsterdam (OK) 3 oktober 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AB8533, NJ 1997/72 (*Griep/Boerlage*) over lid 8 (van het met art. 2:92a overeenstemmende art. 2:201a BW), dat:

"kennelijk slechts [is beoogd] vast te leggen dat deze wijze van tenuitvoerlegging — derhalve mits het arrest voor tenuitvoerlegging vatbaar is — 'altijd' kan plaatsvinden met voorbijgaan aan de verplichtingen die ingevolge de leden 6 en 7 van het artikel op de overnemer rusten, bijvoorbeeld, indien hij bij de nakoming van die verplichtingen op praktische problemen stuit."

4.15.2

In de zaak *Corporate Express* heeft de OK echter overwogen dat de overnemer aan de betrokken aandeelhouder in de regel een redelijke termijn dient te gunnen om vrijwillig aan de veroordeling te voldoen (hierna ook: een redelijke aanbiddingstermijn). In deze zaak verzochten minderheidsaandeelhouders (Omni c.s.) de OK om aan de veroordeling tot overdracht de voorwaarde te verbinden dat de overnemer (Staples) hen in de gelegenheid zou stellen de veroordeling tot overdracht vrijwillig na te komen alvorens tot consignatie over te gaan. De OK overwoog ten aanzien van het met art. 2:92a lid 8 overeenstemmende art. 2:359c lid 9 BW [\[33.\]](#)

"3.22 (...) De in lid 9 van artikel 2:359c BW bedoelde consignatie moet worden aangemerkt als tenuitvoerlegging van de veroordeling tot overdracht van de aandelen. Op een dergelijke tenuitvoerlegging is artikel 430 lid 3 Rv van toepassing, zodat consignatie met het beoogde rechtsgevolg niet kan plaatsvinden dan na voorafgaande betekening als in deze bepaling bedoeld. Tevens zal de overnemer aan de betrokken aandeelhouder in de regel een redelijke termijn dienen te gunnen om vrijwillig aan de veroordeling te voldoen. Elke veroordeling tot overdracht krachtens artikel 2:359c BW moet aldus worden verstaan. Van een uitzondering op voormelde regel is in deze zaak niet gebleken. (...) Naar de Ondernemingskamer aanneemt, is met dit oordeel aan het verzoek van Omni c.s. tegemoetgekomen. Voor het geval Omni c.s. niettemin op dit punt een rechterlijk bevel wensen, kunnen zij aan de bevoegde rechter een executiegeschil voorleggen."

4.16.1

In de literatuur wordt tegenwoordig veelal aangenomen dat de overnemer de minderheidsaandeelhouders in beginsel de gelegenheid moet bieden om de aandelen vrijwillig over te dragen voordat hij tot consignatie overgaat [\[34.\]](#)

4.16.2

Zo meent Van Vliet dat de overnemer van de consignatie slechts gebruik mag maken voor zover de uit te kopen aandeelhouder zich niet meldt. Lid 8 geeft hem geen vrijbrief om zonder meer te consigneren, geen betaalbaarstelling als bedoeld in lid 7 te doen en de zich meldende uit te kopen aandeelhouder te verwijzen naar de consignatiekas. In eerste instantie dient te worden gepoogd om ter uitvoering van het arrest tot een normale overdracht te komen [\[35.\]](#)

4.16.3

Volgens Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme mag de overnemer niet consigneren ingeval de uit te kopen aandeelhouder zijn aandelen onbezwaard aanbiedt. De uit te kopen aandeelhouder dient voor zover mogelijk in de gelegenheid te worden gesteld aan zijn verplichting tot levering van het onbezwaarde recht op de aandelen te voldoen. De weg van consignatie staat open als de uit te kopen aandeelhouder weigert van deze gelegenheid gebruik te maken, de aandelen niet onbezwaard zijn of als de uit te kopen aandeelhouder of degene aan wie de aandelen na de dagvaarding zijn overgedragen

niet bekend zijn.^[36.]

4.16.4

Volgens Schoonbrood, Winter & Wezeman is lid 8 niet zuiver geredigeerd en moet de bepaling zo worden begrepen dat de overnemer zich van zijn verplichtingen ingevolge lid 6 kan bevrijden nadat hij aan zijn verplichtingen uit lid 7 heeft voldaan en de uitgekochte aandeelhouders in de gelegenheid heeft gesteld hun aandelen aan hem over te dragen. De regeling van consignatie kan worden toegepast indien de uit te kopen aandeelhouder weigert te leveren, maar ook als de aandelen door hem bezwaard zijn of als de aandeelhouder of zijn adres onbekend zijn.^[37.]

4.16.5

Buijn & Storm betogen dat de overnemer niet zonder meer van de mogelijkheid van consignatie behoort gebruik te maken indien hij de aandeelhouder zonder al te veel moeite kan vinden. Dit blijkt volgens hen ook uit het bestaan van lid 7: anders zou het mededelen van de betaalbaarstelling weinig zin hebben. Ingeval de uit te kopen aandeelhouder zijn aandelen onbezwaard aanbiedt, mag de overnemer niet consigner. Voor consignatie is slechts gereede aanleiding indien ofwel het adres van de uit te kopen aandeelhouder of degene aan wie deze het aandeel heeft overgedragen onbekend is, ofwel de aandelen niet onbezwaard zijn ofwel de uit te kopen aandeelhouder weigert te leveren.^[38.]

4.16.6

Assink schrijft dat indien en voor zover de route van art. 2:92a/201a lid 6-7 BW niet kan leiden tot onbezwaarde overname door de overnemer van alle aandelen die de gedaagde minderheidsaandeelhouders houden in het geplaatst kapitaal van de vennootschap, voor de overnemer ten aanzien van 'alle nog niet overgenomen aandelen' de alternatieve route van art. 2:92a/201a lid 8 BW openstaat en hij langs die weg het toewijzend arrest kan executeren, zowel tegen de gedaagde minderheidsaandeelhouders als tegen eventuele rechtsopvolgers onder bijzondere titel. Consignatie is dan een vorm van tenuitvoerlegging van het in art. 2:92a/201a lid 7 BW bedoelde 'bevel tot overdracht'. Gelet op deze systematiek kan de route van art. 2:92a/201a lid 6-7 BW volgens hem dus niet zomaar worden overgeslagen en linea recta worden overgegaan tot consignatie. De consignatie-route zal uitkomst bieden (i) indien één of meer gedaagde minderheidsaandeelhouders (of hun rechtsopvolgers onder bijzondere titel) niet bij naam bekend zijn, dan wel onwillig zijn hun aandelen in het geplaatst kapitaal van de vennootschap te leveren, en/of (ii) indien over te dragen aandelen in het geplaatst kapitaal van de vennootschap bezwaard zijn.^[39.]

4.16.7

Salemink leest in de memorie van toelichting (zie hiervoor in 4.12.3) het uitgangspunt dat de uit te kopen aandeelhouders vrijwillig voldoen aan het bevel van het uitkooparrest en dat wanneer dit niet gebeurt, de overnemer altijd kan consigner. Volgens hem weegt het belang om vrijwillig aan het bevel tot overdracht te kunnen voldoen zwaarder dan het belang van de overnemer om direct over te gaan tot consignatie. De mededeling omtrent de betaalbaarstelling van lid 7-8 en de aankondiging in een landelijk verspreid dagblad hiervan, zijn daarom zijns inziens verplicht. Zelfs indien de aandeelhouder bij naam niet bekend is, kan een mededeling nuttig zijn, namelijk bij een aandelenoverdracht in het girale effectensysteem. De bank van de overnemer stuurt de advertentie dan via Euroclear naar de overige aangesloten instellingen, waarna zij hun cliënten attenderen op het uitkooparrest en de mogelijkheid om hun aandelen vrijwillig over te dragen. Een verplichte mededeling kan enkel achterwege blijven indien van alle uit te kopen aandeelhouders duidelijk is dat zij het bevel tot overdracht niet kunnen of willen voldoen.^[40.]

4.16.8

Volgens Bruining schiet de minderheidsaandeelhouder echter niet veel mee op met de regel dat de overnemer hem een redelijke termijn moet gunnen alvorens tot consignatie over te gaan:^[41.]

“Dat lijkt aardig voor de minderheidsaandeelhouder, maar erg veel schiet hij daar niet mee op lijkt mij. Om het onbezwaarde recht op de aandelen over te kunnen dragen, zal hij zich deze aandelen eerst moeten laten uitleveren uit het Euroclear systeem, waar notariële akte(n) aan te pas moeten komen, op kosten van de minderheidsaandeelhouder. De kans is vrij groot dat de minderheidsaandeelhouders zich die gelegenheid laten passeren en nog een aantal dagen rente extra krijgen, immers ingevolge artikel 2:359c lid 6 BW wordt de prijs verhoogd met de wettelijke rente tot aan het moment van consignatie.”

4.16.9

Josephus Jitta bekritiseert de opvatting van de OK dat storting in de consignatiekas vorm van tenuitvoerlegging is waarop art. 430 lid 3 Rv van toepassing is. Volgens hem zijn de belangen van de uit te kopen aandeelhouder afdoende beschermd door het gegeven dat hij is gedagvaard en door de specifieke taak en bevoegdheden die de OK in het kader van de uitkoopprocedure heeft, zowel waar het gaat om de vraag of de overnemer aan de voorwaarden voldoet om de vordering te kunnen instellen als ten aanzien van de bepaling van de hoogte van de prijs. Dit betekent zijns inziens evenwel niet dat een

overnemer wiens vordering is toegewezen niet verstandig eraan zou kunnen doen de uit te kopen aandeelhouders in de gelegenheid te stellen hun aandelen rechtstreeks te leveren. De redelijkheid en billijkheid kunnen dat alleen al meebrengen.^[42.]

4.17.1

Uit voorgaande volgt, enerzijds, dat een minderheidsaandeelhouder er een gerechtvaardigd belang bij kan hebben om voldoende gelegenheid te krijgen om zijn aandelen vrijwillig aan te bieden op de voet van art. 2:92a lid 7 BW en, anderzijds, dat de overnemer er een gerechtvaardigd belang bij kan hebben om niet te hoeven wachten ('dralen') met de tenuitvoerlegging van het uitkooparrest en om het initiatief daartoe te kunnen nemen door over te gaan tot consignatie.

4.17.2

Bij de totstandkoming van de uitkoopregeling heeft de wetgever zich er op zichzelf rekenschap van gegeven dat ook in de fase van de tenuitvoerlegging van het uitkooparrest de belangen van overnemer en minderheidsaandeelhouder(s) op gespannen voet met elkaar zouden kunnen staan. De wetgever heeft in dit verband in art. 2:92a BW wel enige instrumenten opgenomen om hierin te voorzien (zie hiervoor in 4.12.3), maar heeft daarin naar mijn mening geen uitgewerkte regeling opgenomen voor het vinden van een evenwicht tussen de verschillende belangen. Ook de bepalingen over tenuitvoerlegging in de art. 430 lid 3 en 54 lid 4 Rv, doen dat niet.

4.17.3

De maatstaven van redelijkheid en billijkheid die de betrokkenen aandeelhouders jegens elkaar in acht dienen te nemen (art. 2:8 BW),^[43.] bieden wel (aanvullend) de benodigde basis op per geval te beoordelen waartoe de overnemer in dit verband gehouden is. Hierop is naar mijn mening (mede) de in de rechtspraak van de OK ontwikkelde regel gebaseerd, dat de overnemer in beginsel een redelijke termijn moet gunnen voor aanbieden van de aandelen alvorens tot consignatie over te gaan. Van deze regel kan naar mijn mening worden uitgegaan.^[44.]

4.18

Volgens de rechtspraak van de OK moet elke veroordeling tot overdracht krachtens art. 2:359c BW — en naar mag worden aangenomen dus ook krachtens art. 2:92a BW — aldus worden verstaan, kort gezegd, dat daarin de bedoelde redelijke termijn is verdisconteerd. Toepassing van deze regel, die naar haar aard onbepaald is, kan in de praktijk tot uitvoeringsvragen aanleiding geven. In voorkomend geval zal dan (niet de OK, maar) de executierechter moeten beoordelen of de overnemer de minderheidsaandeelhouder inderdaad voldoende tijd heeft geboden om de aandelen vrijwillig aan te bieden.^[45.]

(iv) Onzekerheid na consignatie i.v.m. de mogelijkheid van verzet

4.19.1

Indien (zoals in dit geval) de overnemer overgaat tot consignatie op de voet van art. 2:92a lid 8 BW ter uitvoering van een arrest dat uitvoerbaar bij voorraad is verklaard, dan doet de overnemer dit op eigen risico zolang het uitkooparrest nog geen kracht van gewijsde heeft gekregen. Indien (zoals in dit geval) het uitkooparrest niet op tegenspraak is geweest, dan staat daartegen de mogelijkheid van verzet open en verkrijgt het arrest eerst kracht van gewijsde indien daartegen geen verzet meer openstaat.^[46.]

4.19.2

Hoewel uit de bepaling in art. 2:92a lid 2 BW dat van de uitspraak alleen beroep in cassatie openstaat, aanvankelijk wel werd afgeleid dat verzet niet openstond, oordeelde de Hoge Raad anders. Daartoe overwoog de Hoge Raad (i) dat het rechtsmiddel van verzet de gedaagde, die in het geding niet was verschenen en daardoor zijn belangen bij de rechter niet kon verdedigen, daartoe alsnog de gelegenheid biedt, hetgeen strookt met het beginsel van hoor en wederhoor, en (ii) dat het karakter van de procedure van art. 2:92a BW niet anders meebrengt.^[47.]

4.19.3

In de literatuur is deze uitspraak bekritiseerd,^[48.] omdat het gevolg ervan is dat gedurende langere tijd onzeker kan zijn of tegen de veroordeling in een verstekarrest verzet zal worden ingesteld en, zo ja, of dit succesvol zal blijken te zijn. In uitkoopprocedures is betekening van de uitspraak in persoon niet mogelijk als de identiteit van de minderheidsaandeelhouders onbekend is. Het aanbieden van zijn aandelen door een individuele minderheidsaandeelhouder aan de overnemer zou een daad van bekendheid in de zin van art. 143 lid 2 Rv kunnen opleveren,^[49.] maar het is denkbaar dat niet alle aandeelhouders daartoe overgaan of op andere wijze laten blijken met de verstekuitspraak bekend te zijn.

4.19.4

De hier bedoelde onzekerheid over de aanvang van de verzettermijn is niet uniek aan de uitkoopprocedure, maar kan steeds bestaan als er geen betekening in persoon is geweest. Zij is in zoverre inherent aan het rechtsmiddel van verzet.^[50.] De wetgever kan de mogelijkheid van verzet uitsluiten met het oog op de rechtszekerheid. Zo is volgens art. 3:27 lid 2 BW verzet uitgesloten in procedures tot verkrijging van een verklaring omtrent enig recht op een registergoed. Een dergelijke keuze is bij de uitkoopregeling niet gemaakt.

4.20

Om de hiervoor bedoelde onzekerheid te vermijden, kan de meerderheidsaandeelhouder trachten het ertoe te leiden dat in ieder geval één minderheidsaandeelhouder in de procedure verschijnt (dat kan ook de vennootschap zelf zijn die aandelen houdt in haar eigen kapitaal), zodat sprake is van een op tegenspraak gewezen arrest (art. 140 lid 3 Rv),^[51.] waartegen cassatieberoep kan worden ingesteld. Het is dan eenvoudig vast te stellen wanneer het arrest onaantastbaar is geworden.

4.21

Een andere mogelijkheid om de hiervoor bedoelde onzekerheid te vermijden, is volgens de literatuur om door middel van consignatie een bij verstek gewezen uitkooparrest ten uitvoer te leggen, waarna de verzettermijn op de voet van art. 143 lid 3 BW begint te lopen. Bij deze mogelijkheid dienen echter enige kanttekeningen te worden geplaatst. Zij betreffen enerzijds de risico's die zijn verbonden aan een succesvol verzet en anderzijds de lengte van de verzettermijn.

4.22.1

Wat betreft de risico's die zijn verbonden aan een succesvol verzet, is de literatuur tamelijk geruststellend. Salemink merkt op:^[52.]

“De uitkoper loopt tot slot wel een risico dat de OK een ingesteld verzet gegrond verklaart en het arrest vernietigt, terwijl het bevel tot overdracht reeds ten uitvoer is gelegd. Dit risico is volgens mij in een uitkoopprocedure echter gering.”

en voegt daaraan in een voetnoot toe:

“Het verzet (of de cassatie) zal veelal zien op de hoogte van de vastgestelde prijs en niet op de ontvankelijkheid van de uitkoper. De ontvankelijkheidsvereisten zijn namelijk een feitelijke constatering die de OK ambtshalve toetst. De kans dat de vordering tot uitkoop onterecht is toegewezen omdat de uitkoper bijvoorbeeld niet ten minste 95% van het geplaatste kapitaal verschaft, is daarom gering. De uitkoper loopt ‘slechts’ het risico dat de vastgestelde uitkoopprijs te laag is en hij moet bijbetalen. Evenzo Hermans (2002), p. 502, voetnoot 43; Bruining (2011), p. 120.”

4.22.2

Hermans schrijft in dit verband:^[53.]

“Er is geen reden om met de overdracht te wachten totdat de uitspraak in de uitkoopprocedure in kracht van gewijsde is gegaan. Het komt in de praktijk vrijwel niet voor dat tegen de uitspraak een rechtsmiddel wordt aangewend. Het is om die reden zonde van de tijd om met de tenuitvoerlegging van de uitspraak te wachten totdat deze in kracht van gewijsde is gegaan. Als er al een rechtsmiddel wordt aangewend, beoogt de (voormalige) minderheidsaandeelhouder daarmee uitsluitend een hogere prijs af te dwingen. De overdracht van de aandelen aan de meerderheidsaandeelhouder behoeft daar niet op te wachten.”

4.22.3

Bruining schrijft hierover:^[54.]

“Bezwaarlijk wordt het wel als het verzet gegrond wordt verklaard en een vernietiging van het arrest volgt, terwijl de gelden die de uitkoper in de consignatiekas had gestort reeds door aandeelhouders of door Euroclear Nederland opgehaald zijn. Ik neem aan dat in zo een geval de Ondernemingskamer met die situatie wel rekening kan houden als zij opnieuw recht doet: zij kan voor recht verklaren dat de eerdere overdrachten rechtsgeldig zijn geschied en dat de uitkoper wordt veroordeeld een nabetaaling te doen aan de voormalige minderheidsaandeelhouders. Als de Ondernemingskamer na een verzetprocedure tot het oordeel komt dat in het geheel geen recht op uitkoop bestond lijkt zulk reparatiewerk wel lastig. Echter, het lijkt wel moeilijk voorstelbaar, gezien het vereiste van een accountantsverklaring of notarisverklaring als bewijs voor het vereiste aandelenbezit voor het recht op uitkoop, dat op dat punt grote risico's bestaan dat er toch geen recht op uitkoop bestond. Toch blijft zo een risico voor een uitkoper altijd onplezierig.”

4.23.1

Ik meen dat de risico's die zijn verbonden aan een succesvol verzet inderdaad kunnen worden gerelativeerd. Het rechtsmiddel van verzet heeft de strekking dat het geding waarin verstek was verleend, op tegenspraak in dezelfde instantie wordt voortgezet. De verzetprocedure is aldus zowel een procedure tot heropening en voortzetting van de met het verstekarrest geëindigde instantie als een procedure waarin een rechtsmiddel tegen een eindarrest wordt ingesteld en behandeld. Een verstekarrest behoudt zijn rechtskracht zolang op het verzet niet een uitspraak is gedaan, waarbij dat arrest

is vernietigd.^[55.]

4.23.2

In een verstekarrest in een procedure op de voet van art. 2:92a BW zal de OK (i) oordelen, indien daartoe gronden zijn, dat aan de in art. 2:92a lid 1 BW bedoelde voorwaarden voor uitkoop is voldaan en (ii) de koopprijs voor de aandelen bepalen. Indien het verzet slechts de hoogte van de uitkooprijs betreft en de OK het verzet gegrond acht, zou het verzetarrest slechts tot gevolg moeten hebben ten aanzien van de in het verstekarrest bepaalde koopprijs.

Indien het verzet niet aan de orde stelt dat aan de in art. 2:92a lid 1 BW bedoelde voorwaarden voor uitkoop is voldaan, hoeft de OK daarover niet opnieuw een oordeel te geven. Dit strookt met het gegeven dat de verzetprocedure (enerzijds) een procedure tot heropening en voortzetting van de met het verstekarrest geëindigde instantie is. In dit geval kan de vernietiging van het verstekarrest door het verzetarrest mijns inziens niet tot gevolg hebben dat de overdracht van de aandelen die is gebaseerd op het verstekarrest, achteraf op losse schroeven komt te staan. Dit strookt met het gegeven dat de verzetprocedure (anderzijds) een procedure is waarin een rechtsmiddel tegen een eindarrest wordt ingesteld en behandeld.^[56.]

4.24

Indien het verzet wel de vraag betreft of is voldaan aan de eisen van art. 2:92a lid 1 BW die gelden voor de vraag of uitkoop mogelijk is en het verzet op dit punt gegrond wordt verklaard, dan heeft aan de overdracht van de aandelen, achteraf beschouwd, de titel ontbroken.^[57.] De overnemer dient de hiermee verbonden onzekerheid over de vraag of de overdracht van de aandelen (al dan niet door consignatie) gelukt is, voor lief te nemen. Hoewel de regeling van het verzet ook rekening houdt met het belang van de oorspronkelijk eiser dat op enig met een voldoende mate van zekerheid te bepalen moment de veroordeling bij verstek onherroepelijk wordt, gaat dit niet zover dat aan de eiser rechten kunnen toekomen die hij niet blijkt te hebben.^[58.]

4.25.1

In de schriftelijke toelichting namens Fortbet worden het risico van verzet ten aanzien van de overdracht van de aandelen en ten aanzien van de hoogte van de koopprijs in één adem genoemd.^[59.] Deze risico's zijn naar mijn mening echter van een andere orde.

4.25.2

Een risico ten aanzien van de overdracht ziet op de vraag of de overnemer inderdaad 100%-aandeelhouder is geworden en of de uitkoopprocedure heeft voldaan aan haar doelstelling om de meerderheidsaandeelhouder te bevrijden van de last van de aanwezigheid van minderheidsaandeelhouders.

4.25.3

Een risico ten aanzien van de hoogte van de koopprijs betreft het kostenplaatje. Indien de koopprijs voor de aandelen in het verstekarrest te laag is vastgesteld, dan is een in een verzetarrest bepaalde hogere prijs voor de overnemer een (mogelijk omvangrijke) financiële tegenvaller. De meerderheidsaandeelhouder die een uitkoopprocedure start, dient rekening te houden met de mogelijkheid dat de prijs van de aandelen door OK op een hoger bedrag zal worden vastgesteld dan door de hem wordt verdedigd. Dit risico blijft bestaan indien een verstekarrest is gewezen waarbij de koopprijs is betaald en een prudente overnemer houdt daarmee rekening.

Fortbet oppert dat een foutieve prijsbepaling na het verstrijken van de verzettermijn of cassatietermijn nog kan worden geredigeerd door een actie uit onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking.^[60.] Afgezien van te voorzien discussies over de omvang van het gezag van gewijsde van het arrest van de OK waarbij de prijs is bepaald die dan zouden kunnen gaan spelen, meen ik dat een afzonderlijke actie op dit punt niet nodig is nu er immers de mogelijkheid van verzet is bij de OK als rechter die bij uitstek geschikt is om een oordeel te geven over de prijs van de aandelen. In dit opzicht verschilt de situatie van die waarin discussie ontstaat over de redelijke aanbiddingstermijn, en waarin de executierechter knopen dient door te hakken.

4.26

Wat betreft de lengte van de verzettermijn spelen bij tenuitvoerlegging als aanvangsmoment voor de verzettermijn enige complicaties: bedraagt deze in gevallen als het onderhavige in beginsel vier dan wel acht weken (zie hierna onder vi) en kan de termijn worden verlengd om het recht op toegang tot de rechter voldoende te waarborgen (hierna onder vii). Hieronder bespreek ik eerst een aan deze vragen voorafgaande vraag: is de onder (iii) besproken redelijke aanbiddingstermijn van invloed op de aanvang van de verzettermijn?

(v) Heeft consignatie zonder inachtneming van een redelijke aanbiddingstermijn gevolgen voor de verzettermijn?

4.27

Wat is het rechtsgevolg indien de overnemer 'te snel' tot consignatie is overgegaan, dus voordat de in beginsel vereiste redelijke termijn waarbinnen de minderheidsaandeelhouders hun aandelen vrijwillig kunnen aanbieden, is verstreken? Vangt de verzettermijn niet eerder aan dan nadat een redelijke aanbiddingstermijn is geboden en niet reeds op het moment van consignatie? Ik merk op dat *onderdeel 5* een hiermee verwante vraag opwerpt: leidt consignatie tot overdracht van de aandelen op de voet van art. 2:92a lid 8 BW ook indien de bedoelde redelijke termijn niet in acht is genomen?

Zou het niet in acht nemen van een redelijke aanbiddingstermijn gevolgen hebben voor de aanvang van de verzettermijn (en/of de overdracht van de aandelen), dan zou daarmee een sterke prikkel worden geboden om deze redelijke termijn te respecteren. Naar mijn mening rechtvaardigt de redelijke aanbiddingstermijn dergelijke gevolgen niet. Ik licht dat hierna toe. Dit standpunt betekent overigens niet dat het niet in acht nemen van een redelijke aanbiddingstermijn zonder gevolgen zal blijven. De minderheidsaandeelhouder die meent dat de overnemer van plan is een te korte aanbiddingstermijn in acht te nemen, kan in een executiegeschil een uitspraak vragen over de termijn die overnemer in concreto in acht dient te nemen. Zou de overnemer reeds tot consignatie zijn overgegaan, dan kan de minderheidsaandeelhouder mogelijk vergoeding van de schade vorderen die hij lijdt doordat de overnemer, in strijd met de op hem rustende rechtsplicht, de minderheidsaandeelhouder geen redelijke termijn heeft geboden om zijn aandelen aan te bieden.^[61.]

4.28

Ik stel voorop dat de redelijke aanbiddingstermijn geldt zowel in zaken op tegenspraak als in verstekzaken. Indien sprake is van een procedure op tegenspraak wordt de termijn voor cassatie bepaald door art. 401 lid 1 Rv: deze bedraagt drie maanden te rekenen van de dag van de uitspraak. Niet in discussie is, dat de cassatietermijn geen invloed ondervindt van de vraag of de overnemer een redelijke termijn voor aanbidding in acht heeft genomen alvorens tot consignatie op de voet van art. 2:92a lid 8 BW over te gaan. Hier geldt naar mijn mening onverkort het uitgangspunt dat aan rechtsmiddeltermijnen strikt de hand moet worden gehouden.^[62.] Dit wijst erop dat ook ten aanzien van de verzettermijn niet kan worden aangenomen dat deze invloed ondervindt van de redelijke aanbiddingstermijn.

4.29

Voorts moet worden bedacht dat de redelijke aanbiddingstermijn ertoe dient om minderheidsaandeelhouders de kans te geven om op een voor hen (mogelijk) minder belastende en meer voordelige wijze hun aandelen aan te bieden. Dit betreft dus uiteindelijk een financieel belang.

Daartegenover staat het belang van de overnemer om op de voor hem minder belastende en meer voordelige wijze de overdracht van de aandelen te bewerkstelligen, namelijk door middel van consignatie. Ook dit betreft dus uiteindelijk een financieel belang.

Aan de kant van de overnemer speelt echter ook het belang dat hij zekerheid heeft omtrent de overdracht van de aandelen. Indien hij 100% van de aandelen heeft, vervallen voor hem immers de bezwaren die verbonden zijn aan de aanwezigheid van minderheidsaandeelhouders. De overnemer kan dan verder zonder met minderheidsaandeelhouders rekening te houden en bijvoorbeeld zonder formaliteiten als enig aandeelhouder een algemene vergadering van aandeelhouders houden waarin besluiten over de vennootschap aan de orde komen.^[63.] Onzekerheid over de overdracht van aandelen kan voor de overnemer risico's meebrengen en daarmee belemmerend werken.

4.30

Bij de verzettermijn speelt het belang van toegang tot de rechter en het belang van de eiser dat op enig moment voldoende zekerheid bestaat over de onherroepelijkheid van de verstekuitspraak. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2629 (*Morning Star International/Republiek Gabon*) overwoog daarover:^[64.]

“3.6.1 De verzettermijn vangt aan — kort gezegd — hetzij (i) door de betekening van het verstekvonnis in persoon (art. 143 lid 2 Rv), hetzij (ii) door een door de bij verstek veroordeelde in persoon gepleegde daad van bekendheid met het verstekvonnis of de aangevangen tenuitvoerlegging (art. 143 lid 2 Rv), hetzij (iii) op de dag waarop het verstekvonnis ten uitvoer is gelegd (art. 143 lid 2 in verbinding met art. 144 Rv).

3.6.2 De regeling van de verzettermijn berust op een afweging van enerzijds het belang dat een oorspronkelijk gedaagde niet gebonden wordt aan een hem niet bekend veroordelend vonnis, en anderzijds het belang van de oorspronkelijk eiser dat op enig met een voldoende mate van zekerheid te bepalen moment de veroordeling bij verstek onherroepelijk wordt. Bij de toepassing van de regeling van de verzettermijnen in een concreet geval mag het recht van de beide betrokken partijen op toegang tot de rechter niet in de kern worden aangetast (vgl. HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4936, *NJ* 2000/509; HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2341, *NJ* 2005/191; HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9154, *NJ* 2010/526).”

4.31

Het verzet wordt door minderheidsaandeelhouders ingesteld met het oog op een achterliggend belang. Het verzet biedt de mogelijkheid aan de niet-verschenen verweerder om alsnog voor de rechter zijn belangen te verdedigen. Indien het verzet (zoals in dit geval) alleen de prijs voor de aandelen betreft, dan speelt slechts een financieel belang, met name of de

minderheidsaandeelhouders recht hebben op bijbetaling indien de prijs voor de aandelen in de verzetprocedure op een hoger bedrag wordt vastgesteld dan in het verstekarrest was gebeurd. Aan dit financiële belang kan worden tegemoetgekomen door, kort gezegd, de overnemer te veroordelen tot bijbetaling indien de OK oordeelt dat het verzet op dit punt gegrond is. De vraag of de aandelen ter uitvoering van het verstekarrest van de OK geldig zijn overgedragen — door aanbidding op de voet van art. 2:92a lid 7 BW dan wel door consignatie op de voet van art. 2:92a lid 8 BW — staat daar verder los van. Indien de OK in zijn verzetarrest een hogere prijs voor de aandelen vaststelt dan eerder in het verstekarrest, dan zal het verstekarrest slechts op het punt van de prijs behoeven te worden vernietigd. Het verstekarrest kan als titel voor de overdracht van de aandelen blijven dienen.

4.32

Het financiële belang om een hogere prijs voor de aandelen te verkrijgen dat minderheidsaandeelhouders nastreven met hun verzet, is wel te onderscheiden van het (in 4.26 bedoelde) financiële belang dat minderheidsaandeelhouders en overnemer hebben bij de wijze van tenuitvoerlegging.

4.33

Gezien het met het verzet gemoeide belang zie ik onvoldoende reden om aan te nemen dat het met het gunnen van een redelijke aanbiddingstermijn alvorens tot consignatie over te gaan gemoeide belang, zou kunnen rechtvaardigen dat de verzettermijn niet kan aanvangen dan nadat deze redelijke termijn is verstreken. Het betreft ongelijksoortige belangen. Bij de verzettermijn staat het belang van toegang tot de rechter tegenover het belang dat op enig met een voldoende mate van zekerheid te bepalen moment de veroordeling bij verstek onherroepelijk wordt. Aan die afweging is vreemd de vraag of een bepaalde wijze van tenuitvoerlegging van de uitspraak voor de eiser dan wel de verweerder financieel gunstiger uitpakt. Daarbij betrek ik dat de 'redelijke' aanbiddingstermijn naar haar aard afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en daarmee onbepaald is, zodat daarover nog geruime tijd na het verzetarrest onzekerheid zou kunnen bestaan, wat mogelijk een executiegeschil nodig maakt om aan deze onzekerheid een einde te maken. Deze onzekerheid die inherent is aan de bedoelde redelijke termijn komt bovenop de onzekerheid die inherent is aan de verzettermijn. Een dergelijk resultaat is naar mening ongewenst en dient, indien mogelijk, vermeden te worden.

Hieraan doet niet af dat de rechtspraak van de OK niet uitsluit dat de overnemer de betekening van art. 430 lid 3 Rv combineert met een bekendmaking van art. 2:92a lid 7 en 8 BW, die inhoudt dat wanneer de uit te kopen aandeelhouder niet binnen een concreet bepaalde (als redelijk te kwalificeren) termijn tot vrijwillige overdracht van de aandelen is overgegaan, de overnemer zal gaan consigner. Ook dan blijft immers onzeker of de geboden termijn, naar het oordeel van de executierechter,^[65.] een redelijke termijn is geweest.

(vi) Is de verzettermijn na consignatie vier of acht weken?

4.34

Indien wordt aangenomen dat consignatie op de voet van art. 2:92a lid 8 BW in verbinding met de volgens art. 430 lid 3 Rv vereiste betekening leidt tot tenuitvoerlegging van het uitkooparrest, zodat de verzettermijn op dat moment aanvangt op de voet van art. 143 lid 3 Rv, ongeacht of een redelijke aanbiddingstermijn in acht is genomen, dan rijst de vraag of de verzettermijn in een geval als het onderhavige vier dan wel acht weken bedraagt.

4.35.1

Artikel 143 lid 3 geeft daarover geen uitsluitsel, omdat deze bepaling slechts spreekt van "de termijn". Tekstueel kan dat terugslaan op de art. 143 lid 2, eerste volzin, bedoelde termijn van vier weken en op de in art. 143 lid 2, tweede volzin, bedoelde termijn van acht weken. Art. 143 Rv is, voor zover relevant, als volgt toegelicht:^[66.]

"In de eerste volzin van het tweede lid van artikel 143 (2.7.1) wordt voorgesteld de verzettermijn, die thans veertien dagen bedraagt, te verlengen tot vier weken.

(...)

In de tweede volzin van het tweede lid van artikel 143 (2.7.1) wordt de verzettermijn verdubbeld in gevallen waarin de gedaagde op het aldaar bedoelde moment in het buitenland woonachtig was. Deze bepaling, die nieuw is, is opgenomen mede in verband met het feit dat ingevolge artikel 55 (1.6.11), tweede lid, in gevallen waarin het Haagse Betekeningsverdrag van toepassing is, een betekening in den vreemde soms in Nederland kan worden aangemerkt als betekening in persoon. Daar dit met name voor de verzettermijn verstrekkende consequenties kan hebben, leek een verdubbeling van die termijn op haar plaats. Die verdubbeling is evengoed op haar plaats ten aanzien van gevallen waarin dat verdrag niet van toepassing is en waarin dus slechts een in het buitenland verrichte daad van bekendheid als aanvangstijdstip voor de verzettermijn kan gelden.

(...)

Het derde lid van artikel 143 (2.7.1) bevat een niet onbelangrijke wijziging in vergelijking met het huidige artikel 81, tweede lid, Rv. Dit laatste artikel maakt het mogelijk dat iemand aan wie een verstekvonnis niet in persoon is betekend, in feite geen verzet-mogelijkheid meer heeft indien hij pas van het vonnis kennis neemt wanneer dit tegen hem ten uitvoer is gelegd.

Daarom wordt nu voorgesteld de bepaling zo te redigeren dat de verzettermijn (thans van vier weken) in de bedoelde gevallen niet eindigt, maar pas ingaat op de dag waarop het vonnis ten uitvoer is gelegd. De huidige bepaling kan onder omstandigheden in strijd komen met het bepaalde in artikel 6 EVRM.”

4.35.2

Uit deze passage wordt wel afgeleid dat het derde lid verwijst naar de termijn van vier weken.^[67.] Dit volgt naar mijn mening niet uit de tekst en systematiek van art. 143 lid 3 Rv en evenmin uit de geciteerde passage van de memorie van toelichting, waarin kennelijk slechts wordt gerefereerd aan de ten opzichte van het voorheen geldende recht nieuwe termijn van vier weken die in het tweede lid tot uitgangspunt dient. Het ligt veeleer voor de hand om aan te nemen dat art. 143 lid 3 verwijst naar de termijn die, afhankelijk van de omstandigheden van het geval volgens het tweede lid van toepassing is. De in het derde lid bedoelde termijn kan dus vier weken of acht weken bedragen.^[68.]

4.36

De volgende vraag is dan welke termijn in dit geval van toepassing is. In deze zaak moet ervan worden uitgegaan dat minderheidsaandeelhouders in Fortuna geen bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf in Nederland hebben en evenmin in het buitenland. Zij worden geacht met hun veroordeling bekend te kunnen zijn, omdat het aan hen gerichte exploit is betekend aan het parket bij de Haagse rechtbank en dit in de Staatscourant is gepubliceerd (art. 54 lid 4 Rv).

4.37.1

De in art. 143 lid 2, tweede volzin, Rv bedoelde termijn van acht weken ziet op een verweerder die, kort gezegd, geen bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf in Nederland heeft, maar wel buiten Nederland (hierna verder: de verweerder met een bekend buitenlands adres). In een dergelijk geval wordt de termijn verlengd naar acht weken in verband met de fictie van art. 55 lid 2 en 56 lid 5 Rv, die tot gevolg heeft dat een betekening in den vreemde soms in Nederland kan worden aangemerkt als betekening in persoon.^[69.] Art. 55 lid 2 betreft, kort gezegd, verzending van een exploit onder het Haags Betekeningsverdrag en art. 56 lid 5 Rv verzending onder de Betekeningsverordening. Beide bepalingen merken dit aan als betekening in persoon indien het stuk in het buitenland door de veroordeelde is ontvangen op een wijze die aldaar als betekening in de persoon wordt aangemerkt.

4.37.2

De betekening in persoon is volgens art. 143 lid 2 Rv een aanvangsmoment voor de verzettermijn. Niettemin is de termijn van acht weken niet beperkt tot dit geval, maar geldt zij blijkens art. 143 lid 2 ook in het geval van een daad van bekendheid als bedoeld in die bepaling. Dit wijst erop dat in het buitenland gevestigde verweerders in het algemeen meer tijd wordt gegund om verzet in te stellen.^[70.]

4.38

De in art. 143 lid 2, eerste volzin, Rv bedoelde termijn van vier weken ziet primair op verweerders met een bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf in Nederland.

4.39.1

Nu kan men redeneren dat art. 143 lid 2 eerste volzin, tekstueel verder ziet op *alle* andere gevallen dan die welke zijn genoemd in de tweede volzin. Die redenering is naar mijn mening niet overtuigend voor een geval als het onderhavige.

4.39.2

Art. 143 lid 2 Rv gaat uit van betekening in persoon (bij een verweerder met een bekend buitenlands adres: via de bepalingen van art. 55 lid 2 en 56 lid 5 Rv), dan wel een daad van bekendheid. De betekening op voet van art. 54 lid 4 Rv aan alle aandeelhouders ziet weliswaar op een betekening in Nederland, maar kan aandeelhouders in en buiten Nederland betreffen. In ieder geval is deze wijze van betekening niet aan te merken als, noch op één lijn te stellen met, een betekening in persoon. Van een daad van bekendheid is uiteraard evenmin sprake.

Dat betekening bij verweerders met een bekend buitenlands adres via de bepalingen van art. 55 lid 2 en 56 lid 5 Rv een verdubbeling van de termijn van vier weken naar acht weken rechtvaardigt, zou onder meer kunnen samenhangen met de extra tijd die met betekening en verzending volgens deze bepalingen is gemoeid.^[71.] Deze gedachte kan echter geen verklaring zijn voor het gegeven dat bij een daad van bekendheid door een verweerder met een bekend buitenlands adres door art. 143 lid 2 Rv eveneens een termijn van acht weken wordt gegund.

4.39.3

De toelichting op art. 143 Rv biedt verder geen aanknopingspunt voor de gedachte dat er een keuze is gemaakt voor een verzettermijn van vier weken voor buitenlandse verweerders zonder bekend adres, ook al geldt voor buitenlandse verweerders met een bekend adres een termijn van acht weken. De regeling van art. 143 lid 2 Rv wijst er naar mijn mening juist op dat in het buitenland gevestigde verweerders in het algemeen meer tijd wordt gegund om verzet in te stellen. Het ligt

naar mijn mening in de rede om een buitenlandse verweerder zonder bekend adres die na betekening op de voet van art. 54 lid 4 Rv objectief geacht wordt met zijn veroordeling bekend te kunnen zijn, in beginsel geen kortere verzettermijn te gunnen dan de buitenlandse verweerder met een bekend adres.

4.39.4.

Het bezwaar dat voor verschillende minderheidsaandeelhouders een verschillende verzettermijn na consignatie zou gelden — vier weken voor de Nederlandse en acht weken voor de buitenlandse — waardoor tussen deze aandeelhouders rechtsongelijkheid zou ontstaan,^[72] is naar mijn mening niet overtuigend. De mogelijkheid dat voor Nederlandse en buitenlandse verweerders verschillende verzettermijnen kunnen gelden, is inherent aan de bepalingen van art. 143 lid 2 Rv.^[73] Indien bijvoorbeeld twee verweerders zijn gedaagd, de ene met een bekend adres in Nederland en de ander met een bekend adres in het buitenland, en tegen beiden verstek is verleend, dan zal voor de ene verweerder een verzettermijn van vier weken gelden en voor de ander een termijn van acht weken. Voor dit verschil in termijnen bestaan goede redenen, zodat het om verschillende gevallen gaat en van rechtsongelijkheid niet gesproken kan worden.

Evenmin leidt dit verschil in termijnen tot een onaanvaardbare rechtsonzekerheid voor de overnemer. Aangenomen dat de verzettermijn start met de consignatie en betekening daarvan, weet de overnemer dat hij rekening dient te houden met een termijn van vier of maximaal acht weken (behoudens correctie in verband met art. 6 EVRM). Die onzekerheid hoort nu eenmaal bij een tenuitvoerlegging van een veroordeling bij verstek.

Indien sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding betekent het voorgaande dat een Nederlandse verweerder die de voor hem geldende verzettermijn ongebruikt heeft laten verlopen, alsnog in de verzetprocedure betrokken zal moeten worden wanneer een buitenlandse verweerder binnen de voor hem geldende verzettermijn wel tijdig verzet heeft ingesteld. Dit gegeven volgt uit de aard van de rechtsverhouding en levert naar mijn mening geen argument op tegen het uitgangspunt dat volgen art. 143 Rv voor binnenlandse en buitenlandse minderheidsaandeelhouders een verschillende verzettermijn na consignatie kan gelden.

4.39.5

Een bijkomend argument is, dat indien wordt uitgegaan van een termijn van acht weken in plaats van vier weken, de kans geringer is dat in een concreet geval de termijn moet worden gecorrigeerd in verband met art. 6 EVRM.

(vii) Nadere bepaling van de verzettermijn in het licht van art. 6 EVRM

4.40

De in art 143 lid 3 Rv bedoelde termijn van vier of acht weken moet, zo nodig, worden aangepast tegen de achtergrond van het in art. 6 lid 1 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot de rechter.

4.41

HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4936, betref de toepassing van art. 81 lid 2 (oud) Rv, volgens welke bepaling de verzettermijn *eindigde* met voltooiing van de tenuitvoerlegging. Dat resultaat diende soms te worden gecorrigeerd om een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM te waarborgen. Daartoe kan de rechter een aanvullende termijn voor het verzet bieden. De Hoge Raad overwoog:^[74]

“dat de rechter die de toepassing van een bepaling van Nederlands recht in enig concreet geval in strijd acht met een geldende verdragsbepaling zo mogelijk, in een daardoor eventueel ontstane leemte dient te voorzien. De Rechtbank heeft dan ook terecht een termijn bepaald.”

4.42

Volgens art. 143 lid 3 Rv start de verzettermijn met de tenuitvoerlegging. Art. 144 Rv noemt een aantal gevallen van tenuitvoerlegging. In het eerder genoemde arrest HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2629 (*Morning Star Internationall/Republiek Gabon*) is over de toepassing van deze bepalingen overwogen:

“3.6.3 Art. 81 lid 2 (oud) Rv bepaalde dat — buiten de gevallen voorzien in art. 81 lid 1 (oud) Rv — het verzet ontvankelijk was totdat het vonnis ten uitvoer was gelegd. Dit kon meebrengen dat iemand aan wie een verstekvonnis niet in persoon was betekend, geen verzetmogelijkheid meer had indien hij pas van het vonnis kennisnam nadat het tegen hem ten uitvoer was gelegd. Blijkens de wetsgeschiedenis is met art. 143 lid 3 Rv beoogd, mede tegen de achtergrond van art. 6 lid 1 EVRM, de toegang tot de rechter in geval van een verstekvonnis beter te waarborgen door — buiten de gevallen waarin sprake is van, kort gezegd, betekening in persoon of een daad van bekendheid (art. 143 lid 2 Rv) — de verzettermijn niet te laten eindigen, maar te laten ingaan op de dag waarop het vonnis ten uitvoer is gelegd (vgl. *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, p. 348).

3.6.4 In gevallen waarin de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis geschiedt ten laste van een goed van de veroordeelde als bedoeld in art. 3:276 BW, dan wel ten laste van een goed van een derde dat is, respectievelijk die zich heeft, verbonden voor de schuld van de veroordeelde, dan wel ten laste van een goed van een derde waarvan de veroordeelde het genot

heeft, kan in de regel worden aangenomen dat de veroordeelde op de hoogte raakt van die tenuitvoerlegging en daardoor kennis neemt van dat vonnis, indien dat niet al voordien was gebeurd. In dergelijke gevallen is toepassing van art. 143 lid 3 Rv in beginsel gerechtvaardigd.

Deze aanname geldt evenwel niet voor een geval als het onderhavige, waarin de tenuitvoerlegging van een verstekvonnis geschiedt door uitbetaling van hetgeen een derde in het kader van een onder hem gelegd beslag heeft verklaard aan de veroordeelde verschuldigd te zijn, terwijl achteraf blijkt dat die derde in het geheel niets aan de veroordeelde verschuldigd was. Nu in een dergelijk geval de mogelijkheid bestaat dat de verzettermijn is verstreken voordat de veroordeelde met het verstekvonnis bekend is geraakt, is toepassing van art. 143 lid 3 in verbinding met art. 144 Rv alsdan niet gerechtvaardigd.” Onverkorte toepassing van de door art. 143 lid 3 in verbinding met lid 2 Rv bepaalde termijn is dus niet in alle gevallen een automatisme.^[75]

4.43

Tegen deze achtergrond bespreek ik de onderdelen 1-3.

Onderdeel 1

4.44

De *subonderdelen 1.1 en 1.2* slagen voor zover zij betogen dat rechtens voor de aanvang van de verzettermijn uit hoofde van art. 143 lid 3 Rv geen vereiste geldt dat aan de uit te kopen aandeelhouders een redelijke termijn wordt gegund om vrijwillig te voldoen aan de veroordeling tot levering van de aandelen. Weliswaar kan worden uitgegaan van een op art. 2:8 BW gebaseerde regel dat de overnemer in beginsel een redelijke aanbiddingstermijn moet gunnen alvorens tot consignatie over te gaan (zie hiervoor onder (iii)), maar deze redelijke aanbiddingstermijn is niet van invloed op de vraag of de verzettermijn is gaan lopen (zie hiervoor onder (v)).

4.45

Subonderdeel 1.3 betoogt, samengevat, dat er onvoldoende grond is om de eis te stellen dat in de regel een redelijke termijn voor vrijwillige nakoming wordt gegund. Deze klacht faalt naar mijn mening (zie hiervoor onder (iii)).

Subonderdeel 1.4 klaagt over het oordeel dat Fortbet de uit te kopen aandeelhouders geen redelijke termijn heeft gegund. Nu de subonderdelen 1.1 en 1.2. slagen, bestaat er geen belang bij deze klacht, zodat zij onbesproken kan blijven.

Onderdelen 2 en 3

4.46

Onderdeel 2 betoogt in de *subonderdelen 2.1-2.3* dat de verzettermijn in een geval als het onderhavige op grond van art. 143 lid 3 in verbinding met art. 143 lid 2 Rv vier weken bedraagt en niet zoals het hof oordeelde, acht weken. *Onderdeel 2* faalt naar mijn mening, omdat het oordeel van het hof juist is (zie hiervoor onder (vi)). Anders dan *subonderdeel 2.3* veronderstelt, staat dit verder los van de vraag of al dan niet sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding.

4.47

De klachten van *onderdeel 3* berusten op de gedachte dat uit de toepasselijke regels van het toezichtsrecht volgt dat aangenomen kan worden dat de minderheidsaandeelhouders in Fortuna na de consignatie van de koopprijs en de daardoor veroorzaakte overdracht van de aandelen op de hoogte waren van het verstekarrest van de OK.^[76] Gezien het voorgaande meen ik dat deze klachten onbesproken kunnen blijven.

Ik ben overigens van mening dat een dergelijk betoog mede feitelijke elementen bevat, voor zover het betreft de vraag naar de werking in de praktijk van de reconciliatieverplichtingen van de instellingen in het clearingsysteem en de meldingsplicht van de instelling waar de minderheidsaandeelhouder zijn effectenrekening houdt. Een dergelijk betoog zou daarom in de verzetprocedure bij de OK aangevoerd dienen te worden. Het antwoord op deze vragen is naar mijn mening nodig, alvorens beoordeeld kan worden of in de regel aangenomen kan worden dat consignatie op de voet van art. 2:92a lid 8 BW tot gevolg heeft dat onbekende minderheidsaandeelhouders op de hoogte raken van de tenuitvoerlegging van het verstekarrest van de OK en daardoor kennis nemen van dat arrest (zie het eerder genoemde arrest van de Hoge Raad in de zaak *Morning Star International/Republiek Gabon*).^[77]

4.48

Gelet op het voorgaande houdt het oordeel van de OK dat [verweerd] ontvankelijk zijn in hun verzet, stand.

Onderdeel 5: geldige overdracht van de aandelen door consignatie?

4.49

Ik bespreek nu eerst *onderdeel 5*. Dit richt zich tegen de eerste volzin van rov. 3.5 en de daarop voortbouwende overwegingen, voor zover de OK daarin heeft geoordeeld dat de consignatie ongeldig is geweest en dus geen overgang van

de aandelen heeft plaatsgevonden op de voet van art. 2:92a lid 8. Volgens Fortbet heeft de OK dit niet bedoeld gelet op rov. 3.4, rov. 3.5 (met name slotzin), rov. 3.6 (met name slotzin) en rov. 3.7 onder (b). Voor zover het hof dit wel heeft bedoeld richt Fortbet hiertegen klachten in de subonderdelen 5.1-5.3.

4.50

[Verweerders] hebben zich ten aanzien van onderdeel 5 gerefereerd aan het oordeel van de Hoge Raad.^[78.]

4.51

Na te hebben geoordeeld (in rov. 3.4) dat Fortbet, kort gezegd, de voor consignatie geldende vereisten van art. 2:92a leden 7 en 8 BW en art. 430 lid 3 in verbinding met art. 54 lid 4 Rv heeft nageleefd, heeft de OK heeft in rov. 3.5, eerste volzin, overwogen:

“Ondanks het vorenstaande is de Ondernemingskamer van oordeel dat op 19 november 2018 de verzettermijn nog niet is gaan lopen, omdat consignatie met het beoogde rechtsgevolg — tenuitvoerlegging van de veroordeling tot overdracht van de aandelen — in de regel niet kan plaatsvinden dan na aan de betrokken aandeelhouders een redelijke termijn te hebben gegund om vrijwillig aan de veroordeling te voldoen (vgl. het hiervoor genoemde arrest inzake Corporate Express); daarvan is in het onderhavige geval geen sprake.”

4.52

Hoewel een andere lezing mogelijk is,^[79.] lees ik in deze overweging mede in het licht van de in onderdeel 5 nog genoemde rechtsoverwegingen van de OK geen oordeel over de geldigheid van de overdracht van de aandelen als gevolg van de tenuitvoerlegging van het verstekarrest door middel van de consignatie. Nu het verzet niet de overdracht van de aandelen betreft, heeft rov. 3.5 daarop geen betrekking (zie ook hiervoor in 4.23.1-4.23.2 en 4.31). De klachten van onderdeel 5 berusten daarom, zoals het middel ook zelf tot uitgangspunt neemt, op een onjuiste lezing van het bestreden arrest en dienen daarom bij gebrek aan feitelijke grondslag te falen.

Onderdeel 4: processueel ondeelbare rechtsverhouding?

4.53

Onderdeel 4 bestaat uit drie subonderdelen en is gericht tegen rov. 5.10 van het bestreden arrest:

“Het wettelijk uitgangspunt van de uitkoopprocedure is dat de uitkoper alle uit te kopen aandeelhouders in dezelfde procedure dagvaardt. Aldus wordt bewerkstelligd dat in één procedure (bij toewijzing van de vordering) voor alle uit te kopen aandeelhouders dezelfde uitkoopprijs wordt vastgesteld. De rechtsverhouding tussen de uitkoper en de uit te kopen aandeelhouders is derhalve processueel ondeelbaar, hetgeen inhoudt dat de in deze verzetprocedure vast te stellen uitkoopprijs ook voor de overige andere aandeelhouders van Fortuna zal gelden. Dit vereist dat de overige aandeelhouders alsnog in de onderhavige verzetprocedure opgeroepen dienen te worden. De Ondernemingskamer zal daarom bepalen dat Fortbet de overige andere aandeelhouders op de voet van artikel 118 Rv oproept als partijen in het geding tegen de in het dictum te noemen roldatum en zal de benoeming van de deskundige aanhouden tot die datum.”

4.54

Volgens *subonderdeel 4.1* miskent het oordeel in rov. 5.10 dat de rechtsverhouding tussen een uitkopende meerderheidsaandeelhouder en (ieder van) de minderheidsaandeelhouders geen rechtsverhouding betreft waarbij het rechtens noodzakelijk is dat een beslissing daarover in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle bij die rechtsverhouding betrokkenen, zodat van een processueel ondeelbare rechtsverhouding geen sprake is.

Subonderdeel 4.1.1 voegt hieraan toe, samengevat, dat uit de strekking en systematiek van art. 2:92a BW volgt dat de omstandigheid dat tegenover alle andere aandeelhouders dezelfde prijs wordt vastgesteld, geen door de wetgever rechtens noodzakelijk geacht rechtsgevolg is, maar het gevolg van het samenspel van de in art. 2:92a BW opgenomen waarborgen.

Subonderdeel 4.1.2 wijst, kort gezegd, erop dat ieder van de minderheidsaandeelhouders zoveel mogelijk zelf zijn eigen belangen moet kunnen behartigen zoals hem goedgebeurt.

Subonderdeel 4.1.3 voert, samengevat weergegeven, aan dat zich geen conflicterend gezag van gewijsde kan voordoen wanneer niet alle aanvankelijk gedagvaarde minderheidsaandeelhouders in de rechtsstrijd worden betrokken wanneer een rechtsmiddel wordt aangewend tegen het verstekarrest. Indien aanwending van een rechtsmiddel ertoe leidt dat het dictum niet geheel gelijklopend is ten aanzien van alle andere aandeelhouders, is tenuitvoerlegging mogelijk van zowel het verstekarrest als het verzetarrest.

Subonderdeel 4.1.4 voert, samengevat, aan dat de rechtspraak van de Hoge Raad bevestigt dat in geval van een uitkoopprocedure op de voet van art. 2:92a (resp. 2:201a) BW geen sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, omdat de Hoge Raad in geen van zijn uitspraken de noodzaak heeft gezien de niet opgeroepen andere aandeelhouders alsnog te doen oproepen dan wel het cassatieberoep niet-ontvankelijk te verklaren.

Subsidiair betoogt *subonderdeel 4.2* dat enige ondeelbaarheid van de rechtsverhouding tussen Fortbet en de

minderheidsaandeelhouders uitsluitend de voorwaarden voor de toewijsbaarheid van de uitkoopvordering in art. 2:92a lid 1 en lid 4 BW (zoals het verschaffen van 95% van het kapitaal en het dagvaarden alle aandeelhouders) betreft, maar niet ziet op de vaststelling van de prijs.

Subonderdeel 4.3 betoegt dat voor zover sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding de OK in de laatste volzin van rov. 5.10 blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te bepalen dat Fortbet en niet [verweerders] de overige aandeelhouders oproept op de voet van art. 118 Rv.

4.55

Ik stel het volgende voorop. Sinds HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, gelden onder meer de volgende uitgangspunten:^[80]

“3.4 (...) Een vordering tot boedelbeschrijving en verdeling van een nalatenschap betreft in beginsel een rechtsverhouding waarbij het rechtens noodzakelijk is dat een beslissing daarover in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle bij die rechtsverhouding betrokkenen (een zogeheten processueel ondeelbare rechtsverhouding). Dat betekent dat de rechter de beslissing over die boedelbeschrijving en verdeling slechts kan geven in een geding waarin allen die bij die rechtsverhouding zijn betrokken, partij zijn, zodat de rechterlijke beslissing hen allen bindt. Dat geldt zowel in eerste aanleg als na aanwending van een rechtsmiddel. Wanneer een partij een dergelijke beslissing wil uitlokken, dienen dan ook alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in het geding te worden geroepen, zowel in eerste aanleg, als in volgende instanties (vgl. o.m. HR 8 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0405, *NJ* 1992/34).

3.5.1 Met het oog op een doelmatige rechtspleging moet voor een geding over een processueel ondeelbare rechtsverhouding in de dagvaardingsprocedure worden aanvaard hetgeen hierna in 3.5.2-3.5.5 wordt overwogen en dat overeenstemt met hetgeen in de verzoekschriftprocedure reeds geldt.

3.5.2 Iedere partij in een procedure over een processueel ondeelbare rechtsverhouding heeft in eerste aanleg het recht jegens alle andere bij die rechtsverhouding betrokken partijen een beslissing daaromtrent te vorderen, ongeacht wie de procedure heeft aangespannen en ongeacht tegen wie de bij dagvaarding ingestelde vordering zich richt. Voorts heeft ieder van hen het recht verweer te voeren tegen een vordering met betrekking tot een processueel ondeelbare rechtsverhouding, ongeacht door en tegen wie deze is ingesteld.

3.5.3 Tevens moet worden aanvaard dat na aanwending van een rechtsmiddel tegen een beslissing over een processueel ondeelbare rechtsverhouding, in volgende instanties tussen alle partijen kan worden voortgeprocedeerd op de wijze als hiervoor in 3.5.2 vermeld, ongeacht wie het rechtsmiddel heeft aangewend, met dien verstande dat, overeenkomstig art. 353 lid 1 Rv, een vordering niet voor het eerst in hoger beroep kan worden ingesteld. Ook in volgende instanties heeft ieder van partijen het recht verweer te voeren tegen een vordering met betrekking tot een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Voorts kan ieder van hen incidenteel beroep instellen.

(...)

3.5.5 Met betrekking tot een processueel ondeelbare rechtsverhouding geldt dus, zoals volgt uit het hiervoor in 3.5.2 en 3.5.3 overwogene, een uitzondering op de regels van de dagvaardingsprocedure (i) dat een reconventionele vordering uitsluitend kan worden ingesteld tegen degene die als wederpartij de vordering in conventie heeft ingesteld (art. 136 Rv) en (ii) dat een rechtsmiddel uitsluitend kan worden ingesteld tegen degene die in vorige instantie als wederpartij met betrekking tot de vordering is opgetreden (en dus niet tegen mede-eisers, mede-gedaagden, mede-appellanten of medegeïntimeerden; vgl. voor deze laatste regel onder meer HR 21 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0519, *NJ* 1992/336 en HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1554, *NJ* 2003/658). Deze uitzondering wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat meer partijen bij de rechtsverhouding zijn betrokken en het wenselijk is dat ieder van hen in één en hetzelfde geding vorderingen met betrekking tot die rechtsverhouding kan instellen en verweer tegen zulke vorderingen kan voeren, en dat daadwerkelijk één beslissing over die rechtsverhouding voor alle daarbij betrokken partijen kan worden gegeven.

3.6.1 Laat degene die een beslissing wil uitlokken over een processueel ondeelbare rechtsverhouding na om, overeenkomstig het hiervoor in 3.4 overwogene, alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in het geding te roepen, dan dient de rechter, naar aanleiding van een daarop gericht verweer dan wel ambtshalve, gelegenheid te geven om de niet opgeroepen personen alsnog als partij in het geding te betrekken door oproeping op de voet van art. 118 Rv binnen een daartoe door de rechter te stellen termijn. Ook dit geldt zowel in eerste aanleg als na aanwending van een rechtsmiddel. (Vgl. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, *NJ* 2013/290, rov. 3.4.3)

3.6.2 Is overeenkomstig het hiervoor in 3.6.1 overwogene een partij de gelegenheid gegeven om de niet opgeroepen personen op de voet van art. 118 Rv in het geding te betrekken, maar maakt deze niet (of niet tijdig) van die gelegenheid gebruik, dan dient zij op grond van het hiervoor in 3.4 overwogene niet-ontvankelijk te worden verklaard in haar vordering respectievelijk het door haar aangewende rechtsmiddel.”

4.56

Een processueel ondeelbare rechtsverhouding is een rechtsverhouding waarbij het rechtens noodzakelijk is dat een beslissing daarover in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle bij die rechtsverhouding betrokkenen. De rechter kan daarover slechts beslissen in een geding waarin alle partijen bij deze rechtsverhouding zijn betrokken. Dit mag enkel worden

aangenomen indien de aard en de inhoud van de rechtsverhouding daartoe nopen, wat meebrengt dat de vraag of van zodanige ondeelbaarheid gesproken kan worden zich niet altijd leent voor beantwoording in algemene zin, omdat de bijzondere omstandigheden van het geval van doorslaggevende betekenis kunnen zijn.^[81.] De processuele ondeelbaarheid kan voortvloeien uit de wet (zoals bijvoorbeeld in art. 3:51 BW) of besloten liggen in de aard van de rechtsverhouding zelf.^[82.]

4.57

Het is, buiten de gevallen waarin dit duidelijk uit de wet volgt, nog niet zo eenvoudig om vast te stellen of sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. De mogelijkheid van tegenstrijdige beslissingen vormt op zichzelf beschouwd geen rechtsgrond voor een processuele ondeelbare rechtsverhouding. Het gaat er veeleer om of de werking of uitvoering van de rechterlijke uitspraak onvoldoende effectief is door de omstandigheid dat deze niet tussen alle bij de rechtsverhouding betrokken personen geldt.^[83.] Hierbij spelen tevens aspecten (bezien vanuit de eiser) van een gebrek aan belang indien bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding niet alle betrokkenen partij zijn in de procedure, alsmede (bezien vanuit de betrokkene die nog geen partij is in de procedure) van hoor en wederhoor.^[84.] Volgens Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent is van 'rechtens noodzakelijk' als bedoeld in de rechtspraak van de Hoge Raad slechts sprake als een rechterlijke uitspraak die niet alle bij de desbetreffende rechtsverhouding betrokkenen bindt, zou leiden tot rechtens onaanvaardbare, want door hun ongelijkheid onwerkbare, verhoudingen. Noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van de een, niet mag afwijken van die ten opzichte van de ander.^[85.]

4.58

Omdat de rechter zo nodig ambtshalve gelegenheid dient te geven om de niet opgeroepen personen alsnog als partij in het geding te betrekken, dient hij ambtshalve te beoordelen of sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding.^[86.] Als er betrokkenen ontbreken, dient de rechter gelegenheid te geven om de niet opgeroepen personen alsnog als partij in het geding te betrekken door oproeping ex art. 118 Rv. Maakt een partij hiervan geen (tijdig) gebruik, dan wordt hij niet-ontvankelijk verklaard.^[87.]

4.59.1

Naar mijn mening volgt uit de wettelijke regeling van de uitkoop in art. 2:92a BW dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. De overnemer moet alle andere aandeelhouders dagvaarden (art. 2:92a lid 1 BW) en de vordering wordt jegens alle verweerders afgewezen indien zich jegens één (of meerdere) van de minderheidsaandeelhouders een afwijzingsgrond voordoet (art. 292a lid 4 BW). De vordering tot uitkoop kan dus slechts jegens alle minderheidsaandeelhouders worden toe- of afgewezen.^[88.] Het is, met andere woorden, rechtens noodzakelijk dat een beslissing hierover in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle bij de rechtsverhouding betrokkenen. Dit volgt ook uit de strekking van de uitkoopregeling, die erop is gericht om de meerderheidsaandeelhouder te bevrijden van de aanwezigheid van alle minderheidsaandeelhouders.

4.59.2

Het standpunt van Fortbet impliceert dat indien (i) bepaalde minderheidsaandeelhouders verzet (of cassatie) instellen tegen het arrest waarbij tot uitkoop is veroordeeld op de grond dat ten onrechte door de OK is geoordeeld dat aan de vereisten van art. 2:92a lid 1 BW is voldaan en (ii) vervolgens wordt geoordeeld dat inderdaad niet aan die vereisten is voldaan, (iii) ten opzichte van de minderheidsaandeelhouders die het rechtsmiddel hebben ingesteld heeft te gelden dat niet aan de vereisten van art. 2:92a lid 1 BW is voldaan en (iv) ten opzichte van de minderheidsaandeelhouders die geen rechtsmiddel hebben ingesteld heeft te gelden dat wel aan de vereisten van art. 2:92a lid 1 BW is voldaan. Dit gevolg is in strijd met tekst, systematiek en strekking van art. 2:92a BW en kan niet worden aanvaard. Hieraan kan niet afdoen het argument dat dit leidt tot te veel onzekerheid voor de overnemer die reeds tot consignatie is overgegaan.^[89.] Zie ook hiervoor in 4.22.1-4.25.2.

4.60

Uitgaande van het bestaan van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, althans voor zover het betreft de vraag of aan art. 2:92a lid 1 BW is voldaan, rijst de vervolgvraag of hetzelfde moet worden aangenomen ten aanzien van de door de OK vastgestelde prijs van de aandelen.

4.61

Voor een bevestigende beantwoording van deze vervolgvraag pleiten overwegingen van consistentie: waarom zou in dit opzicht geen sprake meer zijn van een processueel ondeelbare rechtsverhouding? Hiervoor pleit voorts dat de OK ten aanzien van alle minderheidsaandeelhouders, ongeacht of zij in de procedure zijn verschenen, de prijs voor de aandelen vaststelt (art. 2:92a lid 5 BW).

4.62

Tegen een bevestigende beantwoording van deze vervolgvraag pleit naar mijn mening niet, dat dit voor de overnemer

duurder uitvalt indien het verzet (of cassatieberoep) van een deel van de minderheidsaandeelhouders slaagt en leidt tot de vaststelling van een hogere koopprijs voor alle minderheidsaandeelhouders. Onzekerheid over de door de OK vast te stellen prijs voor de aandelen is inherent aan de uitkoopprocedure. Zie ook hiervoor in 4.25.3. De overnemer kan zich niet meer aan de uitkoop onttrekken wanneer de vastgestelde prijs hem te hoog uitvalt (en de daartegen aan te wenden rechtsmiddelen zijn uitgeput). De OK veroordeelt de overnemer tot betaling van de vastgestelde prijs aan de minderheidsaandeelhouders die hun aandelen onbezwaard aanbieden (zie art. 2:92a lid 6 BW).^[90.] Een consequentie hiervan is dat ook in het omgekeerde geval — dat wil zeggen dat na aanwending van een rechtsmiddel blijkt dat de prijs lager moet worden vastgesteld — heeft te gelden dat de lagere prijs geldt ten aanzien van alle minderheidsaandeelhouders.

4.63

Het argument dat iedere aandeelhouder voor zich moet kunnen beslissen of hij genoeg neemt met de door de OK vastgestelde prijs en zijn aandelen snel te gelde wil maken, zonder te worden betrokken in een verzet- of cassatieprocedure,^[91.] draait de zaken naar mijn mening om. Indien sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, hebben de betrokkenen niet de keuzemogelijkheid om zich aan de procedure te onttrekken.

4.64

In verband met art. 2:92a BW is voorts niet relevant dat art. 2:359d BW de achtergebleven minderheidsaandeelhouder het recht geeft om, na een openbaar bod, een vordering tot overneming van de aandelen in te stellen tegen de meerderheidsaandeelhouder.^[92.] Bij art. 2:92a BW is dit niet mogelijk.^[93.]

4.65

Evenmin is relevant het argument dat de Hoge Raad in geen van zijn uitspraken de noodzaak heeft gezien de niet opgeroepen andere aandeelhouders alsnog te doen oproepen dan wel het cassatieberoep niet-ontvankelijk te verklaren.^[94.] Voorheen diende een beroep te worden gedaan op de *exceptio plurium litis consortium*. Ingevolge het arrest van de Hoge Raad van 10 maart 2017 dient de rechter het bestaan van een processueel ondeelbare rechtsverhouding zo nodig ambtshalve vast te stellen.

4.66

Tegen een bevestigende beantwoording van de in 4.60 bedoelde vervolgvraag zou wel kunnen pleiten, dat het volstaat om alleen ten aanzien van de vereisten van art. 2:92a lid 1 BW aan te nemen dat het rechtens noodzakelijk is dat een beslissing in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle bij de rechtsverhouding betrokkenen. De uitvoerbaarheid van het arrest van de OK is dan niet in het geding voor zover het betreft de overdracht van de aandelen. Evenmin zijn er problemen te verwachten ten aanzien van de uitvoerbaarheid van het verstekarrest waarbij een prijs x voor de aandelen is vastgesteld en ten aanzien van de uitvoerbaarheid van het verzetarrest waarbij een hogere prijs y voor de aandelen is vastgesteld. De aandeelhouders die geen verzet hebben ingesteld, ontvangen x. De aandeelhouders die wel verzet hebben ingesteld, ontvangen y (of, indien zij reeds x uitbetaald hadden gekregen, y-x). In zoverre hebben de minderheidsaandeelhouders ook geen last van een conflicterend gezag van gewijsde van het verstekarrest en het verzetarrest.^[95.]

4.67.1

Het in 4.66 bedoelde argument slaagt echter alleen, indien wordt aangenomen dat de uitkoopregeling zich niet verzet tegen een dergelijke ongelijke behandeling van de uit te kopen minderheidsaandeelhouders.

4.67.2

Volgens Fortbet strekt art. 2:92a BW er slechts toe dat de prijs met het oog het belang van de minderheidsaandeelhouders op een onafhankelijke wijze, door de rechter wordt vastgesteld. Gelijke behandeling van de minderheidsaandeelhouders is daarvan een gevolg, maar niet de ratio. Het is wellicht wenselijk, maar niet noodzakelijk dat elke minderheidsaandeelhouder dezelfde prijs ontvangt.^[96.]

4.67.3

Hiertegenover staat dat in de prijsvaststelling door de rechter besloten ligt dat de prijs voor alle minderheidsaandeelhouders dezelfde is. De OK kan niet een verschillende prijs vaststellen voor aandeelhouders die zich in dezelfde positie bevinden. In zoverre is het wel noodzakelijk dat de prijs ten aanzien van allen dezelfde is.

4.67.4

Voorts is bij de totstandkoming van art. 2:92a BW ervan uitgegaan dat de minderheidsaandeelhouders in beginsel gelijk behandeld moeten worden en dat er voor het maken van uitzonderingen op de gelijke behandeling van aandeelhouders goede redenen moeten bestaan. Dit betrof overigens niet de prijs voor de aandelen,^[97.] maar de vraag of voor door werknemers gehouden aandelen een uitzondering op de gedwongen uitkoop zou moeten worden aangenomen.^[98.] Een

daartoe strekkende amendement is verworpen.^[99.]

4.67.5

Fortbet wijst erop dat de uitkoopprocedure veelal volgt op een openbaar bod.^[100.] Bij een openbaar bod geldt een regel van gelijke behandeling ter zake van de hoogte van de vergoeding.^[101.] Indien de bieder zijn openbaar bod gestand heeft gedaan, is het hem gedurende een periode van een jaar nadat het biedingsbericht algemeen verkrijgbaar is gesteld niet toegestaan effecten van de soort waarop het openbaar bod betrekking had, direct of indirect, te verwerven tegen voor de rechthebbende van die effecten gunstiger voorwaarden dan volgens het openbaar bod (art. 5:79 Wft). Deze bepaling beoogt te voorkomen dat de bieder met een (groot)aandeelhouder afspreekt dat hij na de gestanddoening de aandelen tegen een hogere prijs zal kopen.^[102.] In de parlementaire geschiedenis van art. 2:92a BW is gewezen op art. 12 SER-fusiegedragsregels (een van de voorlopers van art. 5:79 Wft) om de onwenselijkheid te illustreren van de gedachte dat een minderheidsaandeelhouder die niet is ingegaan op een openbaar bod, de meerderheidsaandeelhouder zou kunnen dwingen tot een uitkoop.^[103.]

Van art. 5:79 Wft zijn onder meer vrijgesteld bieders voor zover zij effecten verwerven met toepassing van de art. 2:92a BW (art. 56b, aanhef en onder b, Vrijstellingsregeling Wft). Deze vrijstelling hangt samen met de prijsvaststelling door de OK.^[104.]

Ik zie in een en ander een aanwijzing dat de wet ervan uitgaat dat voor de minderheidsaandeelhouders dezelfde prijs zal gelden.

4.68

Per saldo meen ik dat moet worden aangenomen dat het wettelijk systeem zich ertegen verzet dat verschillende minderheidsaandeelhouders verschillende prijzen zullen ontvangen voor hun aandelen als gevolg van het gebruik van rechtsmiddelen door (de overnemer dan wel) een deel van de minderheidsaandeelhouders.

4.69

Op het voorgaande stuiten de *(sub)onderdelen 4.1, 4.1.1 tot en met 4.1.4 en 4.2 af.*

4.70

Aangenomen dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, verdienen nog twee kwesties aandacht. De eerste, die aan de orde wordt gesteld in *subonderdeel 4.3*, is wie de overige aandeelhouders in het geding bij de OK dient op te roepen. De tweede kwestie is of ook in cassatie oproeping dient plaats te vinden.

4.71

Voor zover sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, dient volgens *subonderdeel 4.3* de oproeping van de overige aandeelhouders niet door Fortbet (zoals de OK overwoog) maar door [verweerders] te geschieden. Indien een partij een rechtsmiddel aanwendt tegen een uitspraak met betrekking tot een processueel ondeelbare rechtsverhouding, ligt het rechtens op haar weg om daarbij ook de overige aandeelhouders te dagvaarden. Daarmee komen de kosten van de dagvaarding voor haar rekening, alsook het risico van een niet-ontvankelijkheid van het rechtsmiddel als niet of niet binnen de gestelde termijn de gezamenlijke andere aandeelhouders worden gedagvaard te verschijnen in de verzetprocedure. De OK heeft dit miskend, aldus de klacht.

4.72

[Verweerders] hebben zich ten aanzien van subonderdeel 4.3 gerefereerd aan het oordeel van de Hoge Raad.^[105.] Naar mijn mening slaagt het subonderdeel.

4.73.1

Uit HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, rov. 3.4 en 3.6.1, volgt dat de oproeping op de voet van art. 118 Rv dient te geschieden door de partij die een beslissing wil uitlokken over een processueel ondeelbare rechtsverhouding en voorts:

“3.6.2 Is overeenkomstig het hiervoor in 3.6.1 overwogene een partij de gelegenheid gegeven om de niet opgeroepen personen op de voet van art. 118 Rv in het geding te betrekken, maar maakt deze niet (of niet tijdig) van die gelegenheid gebruik, dan dient zij op grond van het hiervoor in 3.4 overwogene niet-ontvankelijk te worden verklaard in haar vordering respectievelijk het door haar aangewende rechtsmiddel.”

4.73.2

In eerste aanleg betreft dit de partij die de vordering instelt. Het is geen wet van Meden en Perzen dat het bij de aanwending van een rechtsmiddel de partij betreft die het rechtsmiddel heeft aangewend. Dit kan wel het geval zijn indien eiser in eerste aanleg alle betrokken partijen in het geding heeft betrokken en een van de verweerders in hoger beroep gaat zonder alle andere verweerders op te roepen, zoals het geval was in het door 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, berechte

geval.^[106.] Maar indien de eiser in eerste aanleg heeft verzuimd om alle betrokkenen op te roepen en dit in hoger beroep (al dan niet door het hof ambtshalve) aan de orde wordt gesteld, kan het juist op de weg van de oorspronkelijke eiser liggen om haar verzuim te herstellen en het risico te dragen van niet-ontvankelijkheid indien deze oproeping niet tijdig geschiedt.^[107.] Zo oordeelde HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:177, rov. 3.2.3, dat (na cassatie en verwijzing) de partij die de rechtsvordering tot vernietiging van de koopovereenkomst had ingesteld zonder in eerste aanleg of appel een van de betrokken partijen op te roepen, alsnog de gelegenheid moest worden geboden om in de procedure bij het verwijzingshof de niet eerder opgeroepen partij in het geding te doen oproepen.

4.74.1

Naar mijn mening dient in deze zaak de oproeping van de overige aandeelhouders te geschieden door [verweerders] en niet door Fortbet. In deze zaak is het geschil tot aan de procedure in cassatie behandeld in één instantie, namelijk bij de Ondernemingskamer van het hof Amsterdam, zij het in twee 'afleveringen'. Fortbet heeft aanvankelijk alle andere aandeelhouders opgeroepen om te verschijnen. Het hof heeft daarop bij verstek een eindarrest gewezen. De door [verweerders] tegen dit verstekarrest ingestelde verzetprocedure heeft enerzijds het karakter van voorzetting van het geding in dezelfde instantie en anderzijds het karakter van een rechtsmiddel tegen het verstekarrest.^[108.]

4.74.2

Het ligt naar mijn mening in de rede dat, nu Fortbet aanvankelijk alle aandeelhouders in het geding heeft betrokken, [verweerders] na aanwending van het rechtsmiddel van verzet de overige aandeelhouders dienen op te roepen. Zij hebben dan zelf in de hand of zij alsnog in hun verzet niet-ontvankelijk moeten worden verklaard op de grond dat zij niet (tijdig) van die gelegenheid gebruik hebben gemaakt.

4.74.3

Een ander conclusie is mogelijk, indien men uitgaat van gedachte dat de verzetprocedure een voortzetting is van de instantie bij de OK. Maar tegen de gedachte dat Fortbet om die reden de overige aandeelhouders dient op te roepen pleit dat zij dit reeds heeft gedaan. In de tweede plaats rijst dan de vraag wat het rechtsgevolg zou dienen te zijn indien Fortbet zou nalaten de overige aandeelhouders in de verzetprocedure op te roepen. Dat dit slechts tot niet-ontvankelijkheid van het verzet zou leiden, zou een verkeerde prikkel geven aan een partij in de positie van Fortbet. Dat een verzuim om de overige aandeelhouders op te roepen te verschijnen in de verzetprocedure ertoe zou leiden dat Fortbet alsnog niet-ontvankelijk moet worden verklaard in haar oorspronkelijke vorderingen, leidt tot een resultaat dat zichzelf mijns inziens veroordeelt — namelijk dat achteraf beschouwd de titel voor de overdracht van de aandelen kwestieus wordt, ook al is door de OK in haar verstekarrest geoordeeld dat aan de voorwaarden voor toepassing van art. 2:92a lid 1 BW is voldaan en dat oordeel in het verzet niet wordt bestreden.

4.75.1

De laatste vraag is of de overige aandeelhouders ook in cassatie moeten worden opgeroepen. Die vraag dient mijns inziens ontkennend te worden beantwoord.

4.75.2

In de hiervoor (in 4.73.2) genoemde zaken HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411 en HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:177 werd in cassatie met succes geklaagd dat het hof in hoger beroep een oordeel had gegeven over een processueel ondeelbare rechtsverhouding zonder dat alle bij die rechtsverhouding betrokken partijen in hoger beroep waren opgeroepen te verschijnen. De Hoge Raad beoordeelde deze klachten zonder oproeping in cassatie te bevelen van de in hoger beroep ten onrechte niet opgeroepen partijen.

4.75.3

HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:649,^[109.] betref de verdeling van een nalatenschap en dus een schoolvoorbeeld van een processueel ondeelbare rechtsverhouding betref. De eiser in cassatie had aanvankelijk alle bij de verdeling betrokken partijen in de cassatieprocedure betrokken, maar het cassatieberoep vervolgens jegens een aantal van hen ingetrokken op de grond dat de hof had geoordeeld dat de appellante niet-ontvankelijk was in het tegen deze partijen ingestelde hoger beroep en in cassatie niet werd geklaagd over dat oordeel. De Hoge Raad overwoog dat deze omstandigheden onverlet laten dat op de eiser — in overeenstemming met hetgeen is overwogen in HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411 — de verplichting rust om alle partijen die zijn betrokken bij de onderhavige processueel ondeelbare rechtsverhoudingen, in het geding in cassatie op te roepen.

4.75.4

In haar conclusie voor het arrest van 5 februari 2021 verklaart mijn ambtgenoot Rank-Berenschot het verschil tussen de arresten van 10 maart 2017 en van 20 april 2018 als volgt:

“2.18 Gelet op het (...) arrest van 20 april 2018 zou wellicht de gedachte kunnen opkomen dat de Hoge Raad (...) eiseres in cassatie ambtshalve gelegenheid moet geven om B.I.C. op te roepen op de voet van art. 30g Rv. Daartegen valt in te brengen dat het in die zaak, anders dan in de onderhavige, in zowel eerste aanleg als in appel ‘goed’ was gegaan in die zin dat steeds alle erfgenamen in het geding waren betrokken. Het lag dan ook voor de hand om in cassatie — de eerste instantie waarin het fout ging — ambtshalve gelegenheid tot herstel te bieden. Dat ligt minder voor de hand in het onderhavige geval, waarin B.I.C. in geen enkele instantie in het geding betrokken is geweest. Veeleer lijkt het aangewezen — mede ten behoeve van behoud van instantie — om terug te gaan naar de feitelijke instantie(s) waarin het fout is gegaan. Die aanpak heeft uw Raad ook gevolgd in het arrest van 10 maart 2017 (waarin zowel in hoger beroep als ook in cassatie was nagelaten alle partijen in rechte te betrekken): er volgden vernietiging van het bestreden arrest en verwijzing.”

4.75.5

Naar mijn mening is het in deze zaak aangewezen om terug te gaan naar de feitelijke instantie waarin door de OK terecht is geconstateerd dat de overige aandeelhouders nog moeten worden opgeroepen om in de verzetprocedure te verschijnen. Daar komt bij dat oproeping van de overige aandeelhouders in cassatie niet zinvol voorkomt gezien de punten die in dit cassatieberoep aan de orde zijn gesteld. Het debat in cassatie gaat immers over de vraag of (i) sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding en zo ja (ii) of in dat geval Fortbet dan wel [verweerders] de overige minderheidsaandeelhouders dienen op te roepen (*onderdeel 4* van het cassatiemiddel), en voorts (iii) over de vraag of [verweerders] terecht door het hof ontvankelijk zijn verklaard in hun verzet (*onderdelen 1-3* van het cassatiemiddel). Deze klachten stellen geen aspecten aan de orde die samenhangen met de beoordeling van de inhoud van de processueel ondeelbare rechtsverhouding tussen Fortbet als uitkopende meerderheidsaandeelhouder en de minderheidsaandeelhouders, dat wil zeggen [verweerders] en de overige minderheidsaandeelhouders. De OK heeft in zijn in cassatie bestreden tussenarrest van 14 januari 2020 ook geen oordelen gegeven over de inhoud van deze rechtsverhouding. De OK heeft aanleiding gezien om een deskundige te vragen nader te kijken naar de koopprijs voor de aandelen. Over die koopprijs heeft het hof nog geen beslissing gegeven. Over de geldigheid van de overdracht, heeft het hof evenmin een beslissing gegeven, merk ik op in verband met *onderdeel 5* van het cassatiemiddel. De reden dat alle partijen bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding in het geding moeten zijn betrokken, namelijk dat jegens alle partijen het gezag van gewijsde van de uitspraak kan worden ingeroepen, speelt dus niet ten aanzien van de kwesties waarover de OK in zijn arrest van 14 januari 2020 heeft geoordeeld en die thans in cassatie worden bestreden. Evenmin laat zich aanzien, dat oproeping van de overige aandeelhouders in deze cassatieprocedure voor hen relevant zou kunnen met het oog op hun standpunt in de verzetprocedure. [\[110.\]](#)

Slotsom

4.76

Nu *subonderdeel 4.3* slaagt, dient het bestreden arrest in zoverre te worden vernietigd en de zaak ter verdere behandeling en beslissing te worden terugverwezen naar de OK, waarbij de Hoge Raad de beslissing omtrent de kosten van het geding in cassatie kan reserveren tot de einduitspraak. [Verweerders] hebben de desbetreffende beslissing van de OK niet uitgelokt of verdedigd en zich ter zake van subonderdeel 4.3 in hun schriftelijke toelichting alsnog gerefereerd aan het oordeel van de Hoge Raad, terwijl Fortbet geen processueel nadeel heeft ondervonden van deze handelwijze (zo is subonderdeel 4.3 door haar niet afzonderlijk toegelicht). [\[111.\]](#)

5. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot terugwijzing.

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar het verstekarrest in de zaak 200.242.018/01 OK van 30 oktober 2018, zoals verbeterd bij arrest van 1 november 2018, en het arrest in de verzetprocedure met nummer 200.242.018/02 OK van 14 januari 2020 van de ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam.

Fortbet heeft tegen het arrest van 14 januari 2020 beroep in cassatie ingesteld.

[verweerders] hebben een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.H. Wissink strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot terugwijzing. De advocaten van Fortbet hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) Fortuna Entertainment Group N.V. (hierna: Fortuna) drijft een onderneming die zich bezighoudt met kansspelen in Centraal- en Oost-Europa.
- (ii) Fortbet houdt aandelen in Fortuna. Fortbet heeft in 2017 en 2018 twee openbare biedingen uitgebracht op alle aandelen in Fortuna.
- (iii) Bij verstekarrest van de ondernemingskamer van 30 oktober 2018, verbeterd bij arrest van 1 november 2018, gewezen tussen Fortbet als eiseres en de gezamenlijke andere aandeelhouders in het kapitaal van Fortuna als gedaagden (hierna: het verstekarrest) heeft de ondernemingskamer (voor zover in cassatie van belang):
 - de gezamenlijke andere aandeelhouders veroordeeld het onbezwaarde recht op de door elk van hen gehouden aandelen in het geplaatste kapitaal van Fortuna aan Fortbet over te dragen;
 - de prijs van de over te dragen aandelen vastgesteld per 9 maart 2018 en wel op € 7,83 per aandeel; en
 - Fortbet veroordeeld de vastgestelde prijs, met rente zoals vermeld, te betalen aan de gezamenlijke andere aandeelhouders of aan degene(n) aan wie de aandelen zullen toebehoren tegen levering van het onbezwaarde recht op de aandelen.
- (iv) Fortbet heeft op 2 november 2018 het verstekarrest overeenkomstig het bepaalde in art. 54 lid 4 Rv bij exploit, gericht aan de gezamenlijke andere aandeelhouders in Fortuna, doen betekenen aan het parket van de ambtenaar van het openbaar ministerie bij de rechtbank Den Haag.
- (v) Fortbet heeft op 3 november 2018 door middel van een advertentie in Het Financieele Dagblad een aankondiging van consignatie bekendgemaakt en heeft daarbij de prijs, met rente, van € 7,94 per aandeel betaalbaar gesteld per 16 november 2018. De advertentie bevat de aanzegging dat de prijs met rente voor alle aandelen in Fortuna die niet uiterlijk op 16 november 2018 aan Fortbet zijn overgedragen op 19 november 2018 zal worden geconsigneerd overeenkomstig art. 2:92a lid 8 BW.
- (vi) Op 7 november 2018 is een uittreksel van het hiervoor in (iv) genoemde exploit bekendgemaakt in de Staatscourant, met vermelding waar afschriften van het exploit en het arrest kunnen worden verkregen. Hierin staat dezelfde aanzegging van consignatie als hiervoor in (v) is vermeld.
- (vii) Op 19 november 2018 hield Fortbet 50.222.636 van de 52.000.000 aandelen in het geplaatste kapitaal van Fortuna. Op die datum heeft Fortbet een bedrag van € 14.112.270,16 gestort in de consignatiekas.
- (viii) Op 9 januari 2019 is in opdracht van [verweerders] een rapport uitgebracht met een indicatieve waardering van Fortuna per 9 maart 2018 en 20 juni 2018. In dit rapport wordt de waarde van een aandeel Fortuna per 9 maart 2018 berekend op een bedrag tussen € 11,26 en € 14,08.

2.2

[Verweerders] hebben bij exploit van 10 januari 2019 verzet ingesteld tegen het verstekarrest en, samengevat, gevorderd dat de ondernemingskamer hen zal ontheffen van de tegen hen uitgesproken veroordelingen en Fortbet alsnog niet-ontvankelijk zal verklaren in haar vordering, althans de prijs van de over te dragen aandelen in Fortuna en de peildatum zal vaststellen op € 13,30 per aandeel (peildatum 20 juni 2018), althans € 12,96 per aandeel (peildatum 9 maart 2018), althans op een zodanige prijs en peildatum als de ondernemingskamer juist acht. Subsidiair en meer subsidiair hebben [verweerders] gevorderd dat de ondernemingskamer een of drie onafhankelijke deskundigen zal benoemen om zowel de prijs van de over te dragen aandelen in Fortuna als de peildatum te bepalen respectievelijk [verweerders] zal compenseren voor het financiële verlies als gevolg van uitkoop tegen een te lage prijs.

2.3

Fortbet heeft onder meer betoogd dat [verweerders] zich niet tijdig hebben verzet tegen het verstekarrest en daarom niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Fortbet heeft zich in dat kader op het standpunt gesteld dat de verzettermijn op de voet van art. 143 lid 3 Rv is aangevangen vanaf de consignatie die op 19 november 2018 heeft plaatsgevonden, aangezien het verstekarrest op die datum ten uitvoer is gelegd. De ondernemingskamer heeft het beroep van Fortbet op niet-ontvankelijkheid verworpen en heeft in dat kader, onder meer, als volgt overwogen:

“3.5 Ondanks het vorenstaande is de Ondernemingskamer van oordeel dat op 19 november 2018 de verzettermijn nog niet is gaan lopen, omdat consignatie met het beoogde rechtsgevolg — tenuitvoerlegging van de veroordeling tot overdracht van

de aandelen — in de regel niet kan plaatsvinden dan na aan de betrokken aandeelhouders een redelijke termijn te hebben gegund om vrijwillig aan de veroordeling te voldoen (...); daarvan is in het onderhavige geval geen sprake. Van een (grond voor het maken van een) uitzondering op die regel is evenmin gebleken. (...) Gesteld noch gebleken is dat Fortbet anderszins moeite heeft gedaan om hen, met inachtneming van een redelijke termijn, van de consignatie in kennis te stellen, zoals een bericht daarvan in een internationale of buitenlandse krant dan wel een mededeling aan CSDP. Nu de verzettermijn nog niet was gaan lopen op de dag van consignatie en ook niet anderszins, zijn [verweerders] ontvankelijk in hun verzet tegen het herstelde verstekarrest.

3.6 Ook indien, in afwijking van het bovenstaande, geoordeeld moet worden dat de verzettermijn is aangevangen op de dag dat Fortbet bij wijze van tenuitvoerlegging van het verstekarrest de uitkoopprijs in de consignatiekas heeft gestort, zijnde 19 november 2018, zijn [verweerders] ontvankelijk in hun verzet. Ingevolge artikel 143 lid 2 Rv bedraagt de verzettermijn acht weken indien de oorspronkelijke gedaagde geen bekende woonplaats of verblijf in Nederland heeft en zijn woonplaats of werkelijke verblijf buiten Nederland bekend is. Een redelijke wetstoepassing brengt mee dat de verzettermijn acht weken is indien, zoals in dit geval, gedaagden door eiser[es] als onbekende aandeelhouders en dus niet bij naam waren gedagvaard, gedaagden buiten Nederland wonen en de tenuitvoerlegging in Nederland heeft plaatsgevonden. Dit betekent dat indien de verzettermijn met de tenuitvoerlegging door consignatie op 19 november 2018 is aangevangen, het verzet bij exploit van 10 januari 2019 tijdig is gedaan.

3.7 Indien, anders dan hierboven is overwogen de verzettermijn reeds was verstreken op 10 januari 2019, zijn [verweerders] niettemin ontvankelijk in hun verzet. Onverkorte toepassing van de regeling van de verzettermijn dient immers achterwege te blijven indien die tot een resultaat leidt dat niet voldoet aan de eisen van een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM en wel in het bijzonder in een situatie waarin een bij verstek veroordeelde pas in het stadium van tenuitvoerlegging met het veroordelend vonnis bekend raakt (HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2341 (NJ 2005/191, m.nt. H.J. Snijders; *red.*)). Hetzelfde geldt als hij na de tenuitvoerlegging met het vonnis bekend raakt. (...)."

2.4

De ondernemingskamer heeft (in rov. 5.6) voorts, onder meer, overwogen dat de door [verweerders] in het kader van de uitkoopprijs verstrekte informatie twijfel heeft doen rijzen over de bij het verstekarrest vastgestelde uitkoopprijs van € 7,83 per aandeel. Om die reden acht de ondernemingskamer het nodig dat een deskundige wordt benoemd om onderzoek te doen naar de prijs van de aandelen in het kapitaal van Fortuna per 9 maart 2018. In dat kader heeft de ondernemingskamer verder als volgt overwogen:

"5.10 Het wettelijk uitgangspunt van de uitkoopprocedure is dat de uitkoper alle uit te kopen aandeelhouders in dezelfde procedure dagvaardt. Aldus wordt bewerkstelligd dat in één procedure (bij toewijzing van de vordering) voor alle uit te kopen aandeelhouders dezelfde uitkoopprijs wordt vastgesteld. De rechtsverhouding tussen de uitkoper en de uit te kopen aandeelhouders is derhalve processueel ondeelbaar, hetgeen inhoudt dat de in deze verzetprocedure vast te stellen uitkoopprijs ook voor de overige andere aandeelhouders van Fortuna zal gelden. Dit vereist dat de overige aandeelhouders alsnog in de onderhavige verzetprocedure opgeroepen dienen te worden. De Ondernemingskamer zal daarom bepalen dat Fortbet de overige andere aandeelhouders op de voet van artikel 118 Rv oproept als partijen in het geding tegen de in het dictum te noemen roldatum en zal de benoeming van de deskundige aanhouden tot die datum."

2.5

De ondernemingskamer heeft de benoeming van de deskundige aangehouden totdat de overige aandeelhouders door Fortbet zijn opgeroepen. Bij brief van 11 februari 2020 heeft de ondernemingskamer aan Fortbet verlov verleend om tussentijds cassatieberoep in te stellen tegen de bestreden tussenuitspraak.

3. Beoordeling van het middel

3.1.1

Onderdeel 2 van het middel keert zich het oordeel van de ondernemingskamer (in rov. 3.6) dat een redelijke wetstoepassing met zich brengt dat de verzettermijn acht weken is indien, zoals in dit geval, gedaagden zijn gedagvaard als onbekende aandeelhouders en dus niet bij naam, gedaagden buiten Nederland wonen en de tenuitvoerlegging in Nederland heeft plaatsgevonden. Het onderdeel betoogt daartoe, onder meer, dat dit oordeel miskent dat voor toepassing van de achtweken-termijn van art. 143 lid 2 Rv vereist is dat de woonplaats of het werkelijk verblijf buiten Nederland bekend is, aan welke voorwaarde in dit geval niet is voldaan. Voorts heeft de ondernemingskamer onvoldoende gewicht toegekend aan het belang van rechtszekerheid, dat mede ten grondslag ligt aan de regeling van art. 143 Rv. Een en ander geldt volgens het onderdeel des te meer indien, met de ondernemingskamer, ervan moet worden uitgegaan dat de rechtsverhouding tussen een uitkopende aandeelhouder en de andere aandeelhouders een processueel ondeelbare rechtsverhouding is, omdat het uiteenlopen van de duur van de verzettermijn zou leiden tot (meer) onzekerheid over het moment dat de verstekuitspraak in kracht van gewijsde gaat.

3.1.2

Art. 143 leden 2 en 3 Rv luiden als volgt:

- “2. Het verzet moet worden gedaan bij exploit van dagvaarding binnen vier weken na de betekening van het vonnis of van enige uit kracht daarvan opgemaakte of ter uitvoering daarvan strekkende akte aan de veroordeelde in persoon, of na het plegen door deze van enige daad waaruit noodzakelijk voortvloeit dat het vonnis of de aangevangen tenuitvoerlegging aan hem bekend is. De in de eerste volzin bedoelde termijn is acht weken indien de gedaagde ten tijde van de in de eerste volzin bedoelde betekening of daad geen bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf in Nederland heeft, maar zijn woonplaats of werkelijk verblijf buiten Nederland bekend is.
3. Buiten de gevallen bedoeld in het tweede lid vangt de termijn waarbinnen het verzet moet worden gedaan, aan op de dag waarop het vonnis ten uitvoer is gelegd.”

3.1.3

In de memorie van toelichting bij art. 143 Rv is, onder meer, als volgt overwogen:

“In de tweede volzin van het tweede lid van artikel 2.7.1 [artikel 143] wordt de verzettermijn verdubbeld in gevallen waarin de gedaagde op het aldaar bedoelde moment in het buitenland woonachtig was. Deze bepaling, die nieuw is, is opgenomen mede in verband met het feit dat ingevolge artikel 1.6.11 [artikel 55], tweede lid, in gevallen waarin het Haagse Betekeningsverdrag van toepassing is, een betekening in den vreemde soms in Nederland kan worden aangemerkt als betekening in persoon. Daar dit met name voor de verzettermijn verstrekkende consequenties kan hebben, leek een verdubbeling van die termijn op haar plaats. Die verdubbeling is evengoed op haar plaats ten aanzien van gevallen waarin dat verdrag niet van toepassing is en waarin dus slechts een in het buitenland verrichte daad van bekendheid als aanvangstijdstip voor de verzettermijn kan gelden. (...)

Het derde lid van artikel 2.7.1 [artikel 143] bevat een niet onbelangrijke wijziging in vergelijking met het huidige artikel 81, tweede lid, Rv. Dit laatste artikel maakt het mogelijk dat iemand aan wie een verstekvonnis niet in persoon is betekend, in feite geen verzetmogelijkheid meer heeft indien hij pas van het vonnis kennis neemt wanneer dit tegen hem ten uitvoer is gelegd. Daarom wordt nu voorgesteld de bepaling zo te redigeren dat de verzettermijn (thans van vier weken) in de bedoelde gevallen niet eindigt, maar pas ingaat op de dag waarop het vonnis ten uitvoer is gelegd. De huidige bepaling kan onder omstandigheden in strijd komen met het bepaalde in artikel 6 EVRM.”^[1]

3.1.4

In de memorie van toelichting bij art. 55 Rv is, onder meer, als volgt overwogen:

“Het tweede lid is hier nieuw. Het beoogt een oplossing te geven voor het niet meer zeldzame geval dat in Nederland een verstekvonnis wordt gewezen tegen iemand die in een ander land een bekende woon- of werkelijke verblijfplaats heeft. Dat verstekvonnis kan, in verband met te dezer zake geldende rechtspraak van de Hoge Raad (HR 30 december 1977, *NJ* 1978, 576, en HR 22 juni 1990, *NJ* 1991, 606) door betekening nooit gezag van gewijsde krijgen, ook niet indien vaststaat dat het stuk wel aan hem is uitgereikt. Die consequentie is in het huidige tijdsgewricht niet aanvaardbaar, daar zij debiteuren de mogelijkheid biedt zich in het buitenland aan executie te onttrekken. (...) De voorwaarde wordt gesteld dat het desbetreffende land is aangesloten bij het Haagse Betekeningsverdrag. In dat geval is de betekening in het andere land met voldoende waarborgen omgeven om, als de betekening daadwerkelijk in persoon heeft plaatsgevonden, ook als betekening in persoon in de zin van het huidige artikel 81 Rv (in dit wetsvoorstel: artikel 2.7.1) te kunnen gelden.”^[2]

3.1.5

Uit de hiervoor in 3.1.4 geciteerde passage blijkt dat de wetgever met de invoering van art. 55 lid 2 Rv heeft beoogd de mogelijkheden te verruimen om in het geval van een in het buitenland wonende gedaagde een verzettermijn te doen aangeven. Dit wordt bereikt door onder omstandigheden een betekening op de voet van art. 55 Rv aan te merken als een betekening in persoon. Deze verruiming betreft slechts gedaagden met een bekende woonplaats of een bekend werkelijk verblijf buiten Nederland, omdat slechts aan zodanige personen kan worden betekend op de voet van art. 55 Rv. De wetgever heeft, zoals blijkt uit de hiervoor in 3.1.3 geciteerde passage uit de parlementaire geschiedenis, wegens de verstrekkende consequenties die het stelsel van art. 55 lid 2 Rv voor met name de aanvang van de verzettermijn kan hebben, in dergelijke gevallen een verdubbeling van de verzettermijn op haar plaats geacht. Eenzelfde verdubbeling van de verzettermijn is ingevoerd voor de gedaagde met bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf buiten Nederland die een daad van bekendheid verricht. Hieruit blijkt dat de wetgever praktische belemmeringen zag voor in het buitenland wonende gedaagden bij het instellen van het rechtsmiddel van verzet, die rechtvaardigen dat voor hen een langere verzettermijn geldt dan voor gedaagden die in Nederland wonen. Diezelfde praktische belemmeringen doen zich voor bij gedaagden die bij aanvang van de verzettermijn buiten Nederland wonen of verblijven, maar van wie op dat moment de woonplaats of het werkelijk verblijf niet bekend is. Een redelijke wetsuitleg brengt dan ook mee dat ook in het geval van laatstgenoemde gedaagden de verzettermijn acht weken bedraagt. Dit geldt ook indien de verzettermijn is aangevangen door tenuitvoerlegging van het vonnis als bedoeld in art. 143 lid 3 Rv.

3.1.6

De ondernemingskamer heeft derhalve in rov. 3.6 geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, zodat onderdeel 2 tevergeefs is voorgesteld. Nu hetgeen de ondernemingskamer in rov. 3.6 heeft overwogen haar oordeel over de ontvankelijkheid van het verzet zelfstandig kan dragen, behoeven de tegen rov. 3.5 en 3.7 van het verstekarrest gerichte onderdelen 1 en 3 geen behandeling.

3.2.1

Onderdeel 4 betoogt, onder meer, dat de ondernemingskamer (in rov. 5.10) ten onrechte heeft geoordeeld dat de rechtsverhouding tussen de uitkoper en de uit te kopen aandeelhouders processueel ondeelbaar is, zodat de overige aandeelhouders alsnog in de verzetprocedure opgeroepen dienen te worden. Het onderdeel voert daartoe onder meer aan dat de wetgever niet noodzakelijk heeft geacht dat tegenover alle minderheidsaandeelhouders die worden uitgekocht, dezelfde prijs wordt vastgesteld en dat ieder van de andere aandeelhouders zoveel mogelijk zijn eigen belangen moet kunnen behartigen, op grond waarvan die aandeelhouders de vrije keuze moeten hebben om de in de verstekprocedure vastgestelde prijs te aanvaarden. Voor zover wel sprake is van een ondeelbare rechtsverhouding, heeft de ondernemingskamer miskend dat deze ondeelbaarheid niet ziet op de vaststelling van de prijs, aldus het onderdeel.

3.2.2

Deze klachten falen. Een vordering als bedoeld in art. 2:92a BW kan slechts worden ingesteld tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders (art. 2:92a lid 1 BW). Een dergelijke vordering dient tegen alle verweerders te worden afgewezen, indien zich ten aanzien van een van hen een situatie als bedoeld in lid 4 van dat artikel voordoet. Hieruit volgt dat de wetgever het rechtens noodzakelijk heeft geacht dat een beslissing over een vordering op grond van art. 2:92a BW in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle bij de rechtsverhouding betrokkenen. Dit geldt eveneens voor de vaststelling van de prijs van de over te nemen aandelen, nu deze vaststelling deel uitmaakt van de beslissing van de rechter op de hiervoor bedoelde, uitsluitend tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders in te stellen vordering. De ondernemingskamer heeft derhalve met juistheid geoordeeld dat de rechtsverhouding tussen de uitkoper en de uit te kopen aandeelhouders processueel ondeelbaar is.

3.3.1

Onderdeel 4 betoogt voorts onder meer dat de ondernemingskamer (in rov. 5.10) blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te bepalen dat Fortbet — en niet [verweerders] — de overige andere aandeelhouders dient op te roepen op de voet van art. 118 Rv.

3.3.2

Laat degene die een beslissing wil uitlokken over een processueel ondeelbare rechtsverhouding na om alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in het geding te roepen, dan dient de rechter, naar aanleiding van een daarop gericht verweer dan wel ambtshalve, gelegenheid te geven om de niet opgeroepen personen alsnog als partij in het geding te betrekken door oproeping op de voet van art. 118 Rv binnen een daartoe door de rechter te stellen termijn. Dit geldt zowel in eerste aanleg als na aanwending van een rechtsmiddel. Is overeenkomstig het hiervoor overwogene een partij de gelegenheid gegeven om de niet opgeroepen personen op de voet van art. 118 Rv in het geding te betrekken, maar maakt deze niet (of niet tijdig) van die gelegenheid gebruik, dan dient zij niet-ontvankelijk te worden verklaard in haar vordering respectievelijk het door haar aangewende rechtsmiddel.^[3.]

3.3.3

De klacht slaagt. [Verweerders] dienen te worden beschouwd als degenen die in de verzetprocedure een beslissing willen uitlokken over een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Nu zij hebben nagelaten om alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in het geding te roepen, had de ondernemingskamer aan hen — en niet aan Fortbet — moeten opdragen de gezamenlijke andere aandeelhouders in het geding op te roepen. In zoverre kan het arrest niet in stand blijven.

3.4

De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

3.5

Nu [verweerders] het bestreden oordeel over de oproeping niet hebben uitgelokt of verdedigd, zullen de kosten van het geding in cassatie worden gereserveerd.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van de ondernemingskamer van 14 januari 2020;
- wijst het geding terug naar de ondernemingskamer ter verdere behandeling en beslissing;
- reserveert de beslissing omtrent de kosten van het geding in cassatie tot de einduitspraak;
- begroot deze kosten tot op de uitspraak in cassatie aan de zijde van Forbet op € 1.013,07 aan verschotten en € 2.600 voor salaris en aan de zijde van [verweerders] op € 415,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris.

Noot

Auteur: A.I.M. van Mierlo

Inleiding; casus

1.

Dit arrest betreft een vordering tot uitkoop van aandelen op de voet van art. 2:92a BW. Hierover oordeelt in eerste aanleg de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam.

De casus lag voor zover thans van belang als volgt. Forbet Holdings Limited ('Forbet') houdt ruim 95% van de aandelen in Fortuna Entertainment Group N.V. ('Fortuna'). Zij start een uitkoopprocedure tegen de gezamenlijke andere aandeelhouders. Tegen allen wordt verstek verleend en bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest worden zij veroordeeld hun aandelen in Fortuna onbezwaard aan Forbet over te dragen tegen betaling door Forbet van € 7,83 per aandeel (Hof Amsterdam 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4037, *JOR* 2019/10, m.nt. M.W. Josephus Jitta). De bij verstek veroordeelden hebben geen bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf in Nederland. Begin november 2018 vindt de betekening van het arrest dan ook — conform art. 54 lid 4 Rv — plaats bij exploitatie aan het parket van de ambtenaar van het Openbaar Ministerie bij de Rechtbank Den Haag, gevolgd door een advertentie in Het Financieele Dagblad en bekendmaking van een uittreksel van het betekeningsexploot in de Staatscourant. Zowel de advertentie als de bekendmaking bevat de aanzegging dat de koopsom (incl. rente) voor alle aandelen die niet uiterlijk op 16 november 2018 aan Forbet zijn overgedragen op 19 november 2018 overeenkomstig art. 2:92a lid 8 BW zal worden gestort in de consignatiekas, hetgeen op genoemde datum ook geschiedt. Bij exploitatie van 10 januari 2019 stelt een aantal van de gezamenlijke andere aandeelhouders (de verweerders in cassatie, hierna: de 'Opposanten') verzet in tegen het arrest van 30 oktober 2018. Forbet meent dat de Opposanten niet-ontvankelijk zijn, omdat het verzet niet-tijdig is gedaan. De Ondernemingskamer verwerpt dit beroep in een arrest van 14 januari 2020 (ECLI:NL:GHAMS:2020:300, *JOR* 2020/33, m.nt. M.W. Josephus Jitta) en bepaalt dat Forbet de gezamenlijke andere aandeelhouders, buiten de Opposanten, als partijen in het geding moet oproepen.

2.

Van een uitspraak van de Ondernemingskamer staat uitsluitend beroep in cassatie open (art. 2:92a lid 2 BW). Het arrest van 14 januari 2020 is een tussenarrest. Hiervan kan slechts beroep in cassatie tegelijk met dat het eindarrest worden ingesteld, tenzij de rechter anders heeft bepaald (art. 401a lid 2 Rv). Dit laatste is hier aan de orde. Op verzoek van Forbet verleent de Ondernemingskamer toestemming voor tussentijds cassatieberoep bij brief van 11 februari 2020.

Verlofverlening bij brief is thans niet meer mogelijk, want moet sinds HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1924 (*Eisers/Gem. Borger-Odoorn*) geschieden bij arrest.

In het door Forbet ingestelde beroep in cassatie zijn twee processuele vragen aan de orde, te weten (i) of de Opposanten tijdig verzet hebben gedaan (en dus ontvankelijk zijn in hun verzet), en (ii) wie in de verzetprocedure de gezamenlijke andere aandeelhouders, buiten de Opposanten, moet oproepen, aangezien daarin een beslissing wordt uitgelokt over een processueel ondeelbare rechtsverhouding.

Ontvankelijkheid verzet

3

Het tijdig instellen van verzet leidt ertoe dat het geding waarin de verstekbeslissing (*i.e.* het verstekvonnis of –arrest) is gewezen in dezelfde instantie op tegenspraak wordt voortgezet. De wet noemt in art. 143 lid 2 Rv twee termijnen van verzet, te weten vier weken dan wel acht weken. Welke termijn in concreto van toepassing is, wordt bepaald door het antwoord op de vraag of de bij verstek veroordeelde (i) een bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf in Nederland dan wel (ii) geen bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf in Nederland, maar wél buiten Nederland heeft (art. 143 lid 2 Rv). In

geval (i) bedraagt de termijn van verzet vier weken, in geval (ii) acht weken. Het bepaalde in art. 143 lid 2 Rv omvat niet het geval waarin, zoals in de onderhavige kwestie de bij verstek veroordeelde (iii) geen bekende woonplaats of bekend werkelijk verblijf in Nederland heeft en evenmin in het buitenland.

Forbet betoogt in onderdeel 2 van het middel van cassatie dat voor dit geval (iii) een termijn van vier weken geldt en niet, zoals door de Ondernemingskamer (in rov. 3.5-3.7) aangenomen, van acht weken. Tevergeefs. De Hoge Raad meent — in mijn ogen volkomen terecht — dat een redelijke wetsuitleg van art. 143 lid 2 Rv meebrengt dat de verzettermijn ook voor verweerders die bij de aanvang van de verzettermijn buiten Nederland wonen of verblijven, maar van wie op dat moment de woonplaats of het werkelijk verblijf niet bekend is, acht weken bedraagt. Het ligt, zoals ook A-G Wissink opmerkt (conclusie, nr. 4.39.3), in de rede om een buitenlandse verweerder zonder bekend adres die na betekening op de voet van art. 54 lid 4 Rv objectief geacht wordt met zijn veroordeling bekend te kunnen zijn, in beginsel geen kortere verzettermijn te gunnen dan de buitenlandse verweerder met een bekend adres.

4.

Het einde van de verzettermijn wordt in art. 143 Rv gekoppeld aan drie verschillende beginmomenten, te weten vier of acht weken nadat (i) de verstekbeslissing aan de verweerder in persoon is betekend (lid 2), (ii) de verweerder een daad van bekendheid met de verstekbeslissing of de aangevangen tenuitvoerlegging hiervan pleegt (lid 2), of (iii) de verstekbeslissing is tenuitvoergelegd (lid 3). Hierbij geldt dat de eerste van de drie mogelijke termijnen die een aanvang neemt het einde bepaalt van het recht van verzet.

De gevallen onder (i) en (ii) waren in het onderhavige geval niet aan de orde. De betekening van het verstekarrest was geschied op de voet van art. 54 lid 4 Rv en niet aan de Opposanten in persoon. Evenmin is sprake geweest van een daad van bekendheid door de Opposanten, dat wil zeggen van een handeling van hen waaruit ondubbelzinnig valt op te maken dat zij over voldoende gegevens met betrekking tot (de inhoud van) hun veroordeling door de Ondernemingskamer beschikten om zich daartegen tijdig en adequaat te kunnen verzetten (vgl. HR 9 oktober 2009, *NJ 2009/491 (eiseres/Mahuko)*).

Wat betreft het geval onder (iii) — tenuitvoerlegging van de verstekbeslissing — merk ik het volgende op. Forbet heeft op 19 november 2018 overeenkomstig art. 2:92a lid 8 BW — en zoals aangekondigd in zowel de advertentie in *Het Financieele Dagblad* als in het uittreksel van het exploit in de Staatscourant — een bedrag van ruim € 14 miljoen gestort in de consignatiekas. Dit is geschied ná de krachtens art. 430 lid 3 Rv noodzakelijke betekening van het verstekarrest aan de Opposanten (op de eerder gememoreerde wijze van art. 54 lid 4 Rv). Storting in de consignatiekas wordt door de Ondernemingskamer beschouwd als een tenuitvoerlegging van het uitkooparrest (Hof Amsterdam 7 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO6899, *JOR 2011/45*, m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Staples Acquisition/Corporate Express*)). Zie voor — overwegend — dezelfde opvattingen in de literatuur de uiteenzetting van A-G Wissink (conclusie, nr. 4.13.1, voetnoot 23). Uit het arrest van de Hoge Raad (in het bijzonder rov. 3.1.6, gelezen in verband met het tussenarrest a quo (rov. 3.6)) laat zich afleiden dat — in mijn ogen volstrekt begrijpelijk — ook bij storting in de consignatiekas op basis van een uitkooparrest bij verstek (na betekening hiervan) sprake is van tenuitvoerlegging. Tegen de achtergrond van het bepaalde in art. 143 lid 3 Rv betekent dit dat de verzettermijn van de Opposanten afliep op 14 januari 2019 (*i.e.* acht weken, te rekenen vanaf 19 november 2019). Consequentie hiervan is dat het bij exploit van 10 januari 2019 ingestelde verzet tijdig is gedaan. De Hoge Raad overweegt in rov. 3.1.6 dan ook — zeer begrijpelijk — dat het oordeel van de Ondernemingskamer in rov. 3.6 geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

De processueel ondeelbare rechtsverhouding

5.

In het verstekarrest zijn de gezamenlijke andere aandeelhouders — dus ook de Opposanten — veroordeeld hun aandelen in Fortuna onbezwaard over te dragen aan Forbet. Deze beslissing ziet op de rechtsverhouding tussen de uitkopende partij Forbet enerzijds en de uit te kopen gezamenlijke andere aandeelhouders (incl. de Opposanten) anderzijds. De beslissing van de Ondernemingskamer, zo oordeelt ook de Hoge Raad (rov. 3.2.2), heeft betrekking op een processueel ondeelbare rechtsverhouding. In een dergelijk geval is het rechtens noodzakelijk dat de desbetreffende beslissing ten aanzien van alle bij die rechtsverhouding betrokken partijen in dezelfde zin luidt. Dit — *i.e.* het rechtens noodzakelijk — mag slechts worden aangenomen indien aard en inhoud van de rechtsverhouding daartoe nopen, hetgeen meebrengt dat de vraag of van zodanige ondeelbaarheid kan worden gesproken, zich niet altijd leent voor beantwoording in algemene zin, aangezien de bijzonderheden van het gegeven geval van doorslaggevende betekenis kunnen zijn (HR 26 maart 1993, *NJ 1993/489*, m.nt. P.A. Stein, rov. 3.4). Of in een concreet geval sprake is van een processueel ondeelbare verhouding vloeit soms uit de wet voort. Te wijzen valt op bijv. art. 3:51 lid 2 BW (waarover HR 5 februari 2021, *NJ 2021/54* betreffende een vordering tot vernietiging van een driepartijen-overeenkomst), art. 3:218 BW (vruchtgebruik), art. 3:245 BW (pandrecht), art. 5:81 lid 2 BW (erfdienstbaarheid) en art. 5:95 BW (erfpacht) en art. 5:104 BW (opstal), waarin met zoveel woorden wordt bepaald dat de 'resterende' partij(en) bij een rechtsverhouding in rechte moet(en) worden betrokken. In sommige gevallen wordt in de

rechtspraak een processueel ondeelbare rechtsverhouding aangenomen, hoewel een uitdrukkelijke wettelijke bepaling in die zin ontbreekt. Niet alleen het onderhavige arrest is hiervan een voorbeeld, maar ook bijv. HR 10 maart 2017, *NJ* 2018/81, m.nt. H.B. Krans en HR 21 juni 2019, *NJ* 2021/53, m.nt. A.I.M. van Mierlo (in het kader van een vordering tot boedelbeschrijving en verdeling van een nalatenschap). Zie over processuele ondeelbaarheid nader *Asser Procesrecht/Van Schaick 2* 2016/35.

Oproeping andere aandeelhouders

6.

Een processueel ondeelbare rechtsverhouding brengt mee dat alle daarbij betrokken partijen in het geding moeten worden betrokken. Zijn niet alle partijen in het geding betrokken, dan kan de verweerder tegen dit 'nalaten' het verweer van de ondeelbare rechtsverhouding (de *exceptio plurium litis consortium*) opwerpen. Een geslaagd beroep hierop leidt volgens sommigen tot niet-ontvankelijkheid (Sniijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017/143, alsook *Asser Procesrecht/Van Schaick 2* 2016/35). De Hoge Raad (rov. 3.3.2) heeft evenwel een andere benadering. De rechter dient naar aanleiding van een dergelijk verweer of ambtshalve aan de 'nalatige' partij de gelegenheid te geven de niet in het geding betrokken partij(en) alsnog in het geding te betrekken door oproeping op de voet van art. 118 Rv binnen een daartoe door de rechter te bepalen termijn. Eerst als van de aldus geboden gelegenheid niet of niet-tijdig gebruik wordt gemaakt, volgt niet-ontvankelijkverklaring. De Ondernemingskamer heeft de door de Hoge Raad beschreven 'route' bewandeld door in het dictum van het arrest a quo te bepalen dat Forbet de gezamenlijke andere aandeelhouders, buiten de Opposanten, als partijen in het geding moet oproepen. De hiertegen door Forbet in onderdeel 4 van het middel van cassatie gerichte klacht heeft succes. De Opposanten zijn degenen die in de verzetprocedure een beslissing willen uitlokken over een processueel ondeelbare rechtsverhouding, zodat, aldus de Hoge Raad (rov. 3.3.3), de Ondernemingskamer aan de Opposanten had moeten opdragen de 'resterende' gezamenlijke andere aandeelhouders in het geding te roepen. De Hoge Raad vernietigt het arrest en wijst het geding terug. Een bevredigende uitkomst, zo dunkt mij.

Besluit

7.

Het onderhavige arrest is ook gepubliceerd in *JOR* 2021/289, m.nt. A. Hammerstein, alsmede in *JIN* 2021/174, m.nt. E.P.C. Duinkerke.

Voetnoten "Voorgaande uitspraak"

[1.]

Rov. 2.9 t/m 2.11 en 3.4. Ingeroepen in CvR/CvA rec. nr. 1.6, 3.2 t/m 3.4. en 3.18 t/m 3.20.

[2.]

Verordening (EU) Nr. 909/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de verbetering van de effectenafwikkeling in de Europese Unie, betreffende centrale effectenbewaarinstellingen en tot wijziging van Richtlijnen 98/26/EG en 2014/65/EU en Verordening (EU) nr. 236/2012.

[3.]

Zie ook onderdeel 2.2 hieronder.

[4.]

Art. 3 CSD-Vo.

[5.]

O.a. W.A.K Rank, 'Bewaring en administratie van effecten volgens VABEF I en VABEF II', in: W.A.K Rank e.a., *Bewaring en eigendom van effecten*, Deventer: Kluwer 1997, B.F.L.M. Schim, *Giraal effectenverkeer en goederenrecht* (diss Nijmegen), Deventer: Kluwer 2006, hoofdstuk 2 (m.n. par. 2.5) en *Asser/De Serièrre 2-IV* 2017/536, 540, 541 en 614 t/m 618, met uitvoerige verwijzingen naar literatuur.

[6.]

Vgl. de considerans onder (4) van de herschikte Richtlijn Aandeelhoudersrechten (Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft). Zie ook o.a. *Asser/Van Offen & Rensen 2-Ila* 2019/313 en 314 en B.F.L.M. Schim, 'Vermogensscheiding in ondernemingsrechtelijk perspectief: wie is de aandeelhouder?', in W.A.K. Rank (red.), *Vermogensscheiding in de financiële praktijk* (2e druk), Zutphen Paris, 2018, p. 149 e.v.

[7.]

Art. 10:118 BW.

[8.]

Had de Ondernemingskamer Fortbet die gelegenheid wél geboden, dan had Fortbet de mededeling, die zij op 8 november 2018 heeft gedaan aan CSDP van haar voornemen tot consignatie, in het geding kunnen brengen en kunnen toelichten dat CSDP naar aanleiding daarvan in haar 'bulletin' een mededeling heeft gedaan aan de bij haar aangesloten instellingen.

[9.]

Parl. Gesch. Burgerlijk Procesrecht 2002, p. 348.

[10.]

HR 28 november 2003, *NJ* 2005/465, HR 27 mei 2011, *NJ* 2012/626 en HR 21 februari 2014, *NJ* 2014/131.

[11.]

HR 10 maart 2017, *NJ* 2018/81.

[12.]

Verordening (EG) nr. 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken (de betekening en de kennisgeving van stukken), en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad.

[13.]

Vgl. HR 3 oktober 2014, *NJ* 2016/89 *Sligter/Van soest* en HR 6 juni 2015, *JBPr* 2015/61.

[14.]

Aldus o.a. HR 21 februari 2014, *NJ* 2014/131 en HR 3 oktober 2014, *NJ* 2016/89.

[15.]

Vdgv nr. 29 t/m 33.

[16.]

Rov. 2.13.

[17.]

Rov. 3.4.

[18.]

Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU (herschikking) en Gedelegeerde Richtlijn (EU) 2017/593 van de Commissie van 7 april 2016 tot aanvulling van Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot het vrijwaren van financiële instrumenten en geldmiddelen die aan cliënten toebehoren, productgovernanceverplichtingen en de regels die van toepassing zijn op het betalen of het ontvangen van provisies, commissies en geldelijke of niet-geldelijke tegemoetkomingen.

[19.]

Vgl. HR 12 februari 1997, *NJ* 1997/377.

[20.]

Vgl. HR 2 december 2005, *NJ* 2006/444, HR 30 januari 2015, *NJ* 2018/78 en HR 10 maart 2017, *NJ* 2018/81.

[21.]

Zie [Kamerstukken II 1984–1985, 18 904, nrs. 1–3](#), p. 6. Zie voorts *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/677 en Zie T. Salemink, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer, 2014, par. 4.2.

[22.]

Vgl. Salemink, a.w., p. 124 en 125.

[23.]

[Kamerstukken II 1984–1985, 18 904, nrs. 1–3](#), p. 6 en 7. Vgl. *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/683.

[24.]

Uiteraard zijn zij alle aandeelhouder en staan zij uit dien hoofde in een rechtsverhouding tot elkaar, maar dat is wat anders dan de uitkoop.

[25.]

Vgl art. 2:359d BW, volgens welke bepaling tegen degene die een openbaar bod heeft uitgebracht en daarmee ten minste 95% van de aandelen en het stemrecht heeft verkregen, door een minderheidsaandeelhouder een vordering kan worden ingesteld tot overneming van *zijn* aandelen (en niet van een andere minderheidsaandeelhouder)

[26.]

CvR/CvA rec. nr. 1.7.

[27.]

HR 23 juni 1993, NJ 1993/559 *Van Wassenaar/ABN AMRO Holding (I)*, HR 11 september 1996, NJ 1997/176 *Internationale Nederlanden Groep*, HR 12 februari 1997, NJ 1997/377 *Van Wassenaar/ABN AMRO Holding (II)* en HR 16 januari 2004, NJ 2004/184 *Goglio, Goglio Luigi Milano S.P.A./Luigi Goglio*.

[28.]

Vgl. HR 10 maart 2017, NJ 2018/81.

Voetnoten "Conclusie"

[1.]

Zie rov. 2 van het bestreden arrest van de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam van 14 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:300, JOR 2020/33 m.nt. M.W. Josephus Jitta.

[2.]

Hof Amsterdam (OK) 2 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3538, JOR 2019/10 m.nt. M.W. Josephus Jitta.

[3.]

Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4037, JOR 2019/10 m.nt. M.W. Josephus Jitta.

[4.]

Het dictum van het arrest van 30 oktober 2018 vermeldt abusievelijk art. 2:201a BW in plaats van art. 2:92a BW. Deze kennelijk fout is gecorrigeerd bij herstelarrst van 1 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4199.

[5.]

Hof Amsterdam (OK) 14 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:300, JOR 2020/33 m.nt. Josephus Jitta.

[6.]

De procesinleiding is bij de griffie van de Hoge Raad ingekomen op 21 februari 2020.

[7.]

Hof Amsterdam (OK) 7 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO6899, *Ondernemingsrecht* 2011/7 m.nt. N. Kuijpers, JOR 2011/45 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Corporate Express*), rov. 3.22.

[8.]

Hierover de schriftelijke toelichting namens Fortbet nr. 53 e.v. Zie ook *Asser/De Serière 2-IV* 2018/620 e.v.

[9.]

Schriftelijke toelichting namens Fortbet nr. 5. Zie voorts onder meer de nrs., 7, 92 en 103. Zie voor de bedoelde alternatieven nrs. 46-48 van deze s.t.

[10.]

JOR 2020/33, noot sub 1.

[11.]

T. Salemink, *GS Rechtspersonen*, art. 2:92a BW, aant. 2.

[12.]

MvT, *Kamerstukken II, 1984-1985, 18 904, nr. 3*, p. 6; *Asser Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/677; B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 2405-2406. Zie ook de voorbeelden genoemd in de schriftelijke toelichting namens Fortbet nr. 2.

[13.]

Zie voor een procesbeschrijving de schriftelijke toelichting namens Fortbet nr. 33 e.v.

[14.]

MvT, *Kamerstukken II, 1984-1985, 18 904, nr. 3*, p. 5.

[15.]

MvT, *Kamerstukken II, 1984-1985, 18 904, nr. 3*, p. 8.

[16.]

Hierover ook de schriftelijke toelichting namens Fortbet nr. 83 e.v.

[17.]

MvT, *Kamerstukken II, 1984-1985, 18 904, nr. 3*, p. 7.

[18.]

MvT, *Kamerstukken II, 1984-1985, 18 904, nr. 3*, p. 8: "Zijn niet alle aandeelhouders in het geding, dan zal een schikking over de prijs niet mogelijk zijn en is het ongewenst dat de prijs die de uitkoper zelf noemt; niet kan worden getoetst."

[19.]

Zie voor de BV het met art. 2:92a BW in de kern overeenstemmende art. 2:201a BW. Zie voor uitkoop na een openbaar bod ook art. 2:359c BW, welke bepaling is ingevoerd ter uitvoering van richtlijn nr. 2004/25/EG betreffende het openbaar overnamebod. Voor de uitvoering is in art. 2:359c, leden 7-9,

BW aangesloten bij art. 2:92a BW. Zie MvT, [Kamerstukken II, 2005-2006, 30419, nr. 3](#) p. 49-50. Zie voorts T. Salemink, *GS Rechtspersonen*, art. 2:92a BW, aant. 1.

[20.]

MvT, [Kamerstukken II, 1984-1985, 18 904, nr. 3](#), p. 9. Zie ook MvT, [Kamerstukken II, 1984-1985, 18 904, nr. 3](#), p. 8 ("Van die dag af wast wettelijke rente aan bij de prijs. Dat noopt de uitkoper ertoe niet te dralen met overnemen.").

[21.]

*Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/689 sub a.

[22.]

T. Salemink, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, Deventer: Kluwer 2014, p. 266.

[23.]

Hof Amsterdam (OK) 7 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO6899, *Ondernemingsrecht* 2011/7 m.nt. N. Kuijpers, *JOR* 2011/45 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*Corporate Express*); Hof Amsterdam (OK) 3 oktober 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AB8533, *NJ* 1997/72 (*Evodam Beheer*).

[24.]

*Asser Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/689; M.J. van Vliet, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 120; F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1139; T. Salemink, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, Deventer: Kluwer 2014, p. 272; M. Sinnighe Damsté & L.P. Wiggers, *Sdu commentaar ondernemingsrecht*, art. 2:92a BW, aant. 3. Anders: M.W. Josephus Jitta in zijn annotatie onder 6 bij Hof Amsterdam (OK) 7 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO6899, *JOR* 2011/45 (*Corporate Express*).

[25.]

M. Sinnighe Damsté & L.P. Wiggers, *Sdu commentaar ondernemingsrecht*, art. 2:92a BW, aant. 3.

[26.]

T. Salemink, *GS Rechtspersonen*, art 2:92a BW, aant. 6; T. Salemink, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, Deventer: Kluwer 2014, p. 268-270; *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/691; M.J. van Vliet, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 120.

[27.]

Stb. 1980, 473.

[28.]

Stcr. 1981, 16.

[29.]

Hierover de schriftelijke toelichting namens Fortbet nrs. 81-82. Zie ook P. van Schilfgaarde, J.D.M. Schoonbrood, J.W. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV* 2017/130.

[30.]

Schriftelijke toelichting namens Fortbet nr. 81. Van een dergelijke poging wordt ook melding gemaakt in de verzetdagvaarding nr. 4, onder verwijzing naar een bericht op de website van Fortuna.

[31.]

De rente over geconsigneerde gelden was voor 2018, 2019 respectievelijk 2020 0,05, 0,03 respectievelijk 0,01% per jaar (*Stcr.* 2018/6112, 2019/5355, 2020/9979). De wettelijke rente van art. 6:119 BW was over die jaren 2% per jaar (*Stb.* 2014, 491).

[32.]

F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013, par. 17.4.7, p. 1137; P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom Juridisch 2018 p. 588; T. Salemink, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, Deventer: Kluwer 2014, par. 10.4.3.

[33.]

Hof Amsterdam (OK) 7 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO6899, *Ondernemingsrecht* 2011/7 m.nt. N. Kuijpers, *JOR* 2011/45 m.nt. M.W. Josephus Jitta.

[34.]

Aanvankelijk bestond onduidelijkheid over de betekenis van de term 'altijd'. Zie de annotatie van Kuijpers bij Hof Amsterdam (OK) 7 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO6899, *Ondernemingsrecht* 2011/7 (*Corporate Express*). Zie ook T. Salemink, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, Deventer: Kluwer 2014, p. 278 en de oudere literatuur waarnaar hij verwijst in voetnoot 116.

[35.]

M.J. van Vliet, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 120.

[36.]

*Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009/689 sub b. In deze zin reeds *Asser/Maeijer 2-III* 2000/514.

[37.]

P. van Schilfgaarde, J.D.M. Schoonbrood, J.W. Winter & J.B. Wezeman, *Van de BV en de NV* 2017/130.

[38.]

Zie F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013, par. 17.4.7, p. 1137; P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom Juridisch 2018 p. 588-589.

[39.]

B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 2435.

[40.]

T. Salemink, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, Deventer: Kluwer 2014, par. 10.4.3.

[41.]

L.D. Bruining, 'Kroniek uitkooprecht en geschillenregeling 2008-2010', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 126.

[42.]

M.W. Josephus Jitta, noot onder 6, bij Hof Amsterdam (OK) 7 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO6899, *JOR* 2011/45.

[43.]

Zie bijvoorbeeld *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I** 2015/224.

[44.]

T. Salemink, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, Deventer: Kluwer 2014, par. 10.4.3, wijst in dit verband nog op de parallel met art. 6:66 BW. Ingevolge deze bepaling kan de schuldenaar het door hem verschuldigde in bewaring stellen, voor zover de schuldeiser in verzuim is door de prestatie van de schuldenaar (de betaling van een geldsom of de aflevering van een zaak) niet te aanvaarden

[45.]

Zie Hof Amsterdam (OK) 7 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO6899, *Ondernemingsrecht* 2011/7 m.nt. N. Kuijpers, *JOR* 2011/45 m.nt. M.W. Josephus Jitta.

[46.]

M. Ynzonides, *Verstek en verzet*, 1996, p. 57; P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 140, aant. 12.3.

[47.]

HR 23 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1902, *NJ* 1993/559 m.nt. J.M.M. Maeijer (*Baron van Wassenaer/ABN AMRO*), rov. 3.3.3.

[48.]

Zie T. Salemink, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, 2014/10.5.1.b, met verdere verwijzingen.

[49.]

Vgl. HR 10 december 1954, ECLI:NL:HR:1954:12, *NJ* 1955/252 m.nt. D.J. Veegens.

[50.]

Vgl. *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2016/86; P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 143, aant. 7.1; M. Ynzonides, *Verstek en verzet*, 1996, p. 140.

[51.]

Indien overigens aan het bepaalde in art. 140 leden 1 en 2 Rv is voldaan. Zie *Asser-Maeijer-Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II**, 2009/680; Leijten in diens noot (sub 3) onder Hof Amsterdam (OK) 13 april 2010, *JOR* 2010/184 (*Getronics*); T. Salemink, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, 2014/10.5.1.c.i. M.W. Josephus Jitta, *JOR* 2020/33, plaatst (sub 10) overigens kanttekeningen bij deze route. Ook L.D. Bruining, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 120, stelt de vraag of voldoende is dat een gedaagde (bijvoorbeeld de vennootschap zelf die een paar aandelen in zichzelf houdt) wel verschijnt maar geen verweer voert en zich refereert aan het oordeel van de Ondernemingskamer.

[52.]

T. Salemink, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, 2014/10.5.1.c.ii.

[53.]

R.M. Hermans, 'Uitkoop en het recht om uitgekocht te worden onder de dertiende EG-richtlijn', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 497 e.v. op p. 502 voetnoot 43.

[54.]

L.D. Bruining, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 120.

[55.]

Zo volgt uit HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1710, *NJ* 1995/682 m.nt. H.E. Ras, rov. 3.4. Zie ook HR 2 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1546, rov. 3.2-3.4.

[\[56.\]](#)

Vgl. over de partiële werking van een vernietiging in cassatie HR 2 mei 1997, ECLI:NL:HR:AG7229, *NJ* 1998/237 m.nt. H.J. Snijders en voorts Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/296; B.T.M. van der Wiel e.a., Cassatie, 2019/388, en over de vernietiging in hoger beroep Asser *Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling- Van Gent* 4 2018/7.

[\[57.\]](#)

Ik laat in het midden wat daarvan de gevolgen zouden kunnen zijn. Vgl. Josephus Jitta, *JOR* 2020/33, noot sub 9.

[\[58.\]](#)

Vgl. HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2629, *NJ* 2016/495 m.nt. A.I.M. van Mierlo, *JBPr* 2014/55 m.nt. J.W. Westenberg, *JOR* 2015/154 m.nt. M. van de Hel-Koedoot, *JIN* 2014/193 m.nt. M.C. van Rijswijk en P.H. Frerichs (*Morning Star International/Republiek Gabon*).

[\[59.\]](#)

Nrs. 5, 92 en 105.

[\[60.\]](#)

Schriftelijke toelichting namens Fortbet nr. 103; schriftelijke repliek nr. 3.

[\[61.\]](#)

Vgl. Josephus Jitta, *JOR* 2020/33, noot sub 9, die spreekt van een onrechtmatige tenuitvoerlegging.

[\[62.\]](#)

Zie bijvoorbeeld HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2894, *NJ* 2016/89 m.nt. H.J. Snijders, 3.4.2.

[\[63.\]](#)

Vgl. de schriftelijke toelichting namens Fortbet nr. 50.

[\[64.\]](#)

HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2629, *NJ* 2016/495 m.nt. A.I.M. van Mierlo, *JBPr* 2014/55 m.nt. J.W. Westenberg, *JOR* 2015/154 m.nt. M. van de Hel-Koedoot, *JIN* 2014/193 m.nt. M.C. van Rijswijk en P.H. Frerichs (*Morning Star International/Republiek Gabon*).

[\[65.\]](#)

Omdat de OK hier geen rol heeft (zie hiervoor in 4.15.2), wordt dit probleem niet verholpen door (ex ante) een specifieke termijn voor de vrijwillige voldoening te bepalen, zoals wordt geopperd in de schriftelijke toelichting namens [verweerders] nr. 4.8.

[\[66.\]](#)

MvT, Van Mierlo/Bart, *Parl. Gesch. NRv*, p. 348.

[\[67.\]](#)

Zie P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 143, aant. 7.3 en 15.1; T. Salemink, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, Deventer: Kluwer 2014, par 10.4.3; L.D. Bruining, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011*, Deventer: Kluwer, 2011, p. 120; H.W. Wiersma, 'Inhaalmanoeuvres van het burgerlijk procesrecht', *NJB* 2002, p. 19. Rueb, Gras, Hendrikse & Jongbloed, *Compendium burgerlijk procesrecht* 202, par. 10.2.2, lijken ook uit te gaan van een termijn van vier weken.

[\[68.\]](#)

Vgl. F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013, par. 17.4.8, p. 1139; .J.M. von Schmidt auf Altenstadt, *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 143, aant. 7.1 (alwaar wel wordt verwezen naar een mogelijke termijn van vier of acht weken); Van de Hel-Koedoot, *T&C Rv*, art. 143, aant. 3.e; C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer & H.J. Snijders, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 2017/251. Dit punt was in cassatie niet aan de orde in HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2629, r.o. 3.6.4, *NJ* 2016/495, m.nt. A.I.M. van Mierlo, *JBPr* 2014/55, m.nt. J.W. Westenberg, *JOR* 2015/154, m.nt. M. van de Hel-Koedoot, *JIN* 2014/193, m.nt. M.C. van Rijswijk e.a. (*Morning Star/Republiek Gabon*). Zie rov. 3.7 van dit arrest.

[\[69.\]](#)

P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 143, aant. 7.3.

[\[70.\]](#)

Hierop wijst terecht de schriftelijke toelichting namens [verweerders] nrs. 3.44-3.46.

[\[71.\]](#)

Zie de schriftelijke toelichting namens Fortbet nrs. 116-117.

[\[72.\]](#)

Zie de schriftelijke toelichting namens Fortbet nr. 118.

[\[73.\]](#)

Hierop wijst terecht de schriftelijke toelichting namens [verweerders] nr. 4.20.

[\[74.\]](#)

HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4936, *NJ* 2000/509, m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.3. Zie ook HR 16 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2341,

NJ 2005/191 m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4 en 3.7; HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9154, NJ 2010/526 m.nt. Th.M. de Boer, rov. 3.5.1-3.5.2. Vgl. HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2894, NJ 2016/89 m.nt. H.J. Snijders, rov. 3.4.3.

[75.]

Hierover ook de schriftelijke toelichting namens [verweerdere] nrs. 3.41-3.42.

[76.]

Vgl. de schriftelijke toelichting namens Fortbet nrs. 79, 80, 101 en 103.

[77.]

Volgens de schriftelijke toelichting namens Fortbet nr. 100 is dit het geval.

[78.]

Schriftelijke toelichting namens [verweerdere] nr. 4.47.

[79.]

Vgl. Josephus Jitta, JOR 2020/33, noot sub 9.

[80.]

HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, NJ 2018/81 m.nt. H.B. Krans, JBPr 2017/38 m.nt. S.L. Mineur.

[81.]

Zie o.m. HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:810, NJ 2021/3 m.nt. L.C.A. Verstappen, rov. 2.7.5; HR 2 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5661, NJ 2006/444 m.nt. Vranken, rov. 4.1; HR 21 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2904, NJ 2000/291 m.nt. Vranken, rov. 3.4; HR 26 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0911, NJ 1993/489 m.nt. P.A. Stein, rov. 3.4.

[82.]

F.J.P. Lock, 'Samen uit, samen thuis, Nieuwe regels voor de processueel ondeelbare rechtsverhouding', TvPP 2017-4, p. 129; T.F.E. Tjong Tjin Tai, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 118 Rv, aant. 2.1; A.S. Rueb, E. Gras, R.G. Hendrikse & A.W. Jongbloed, Compendium Burgerlijk procesrecht 2018/8.4; Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/35; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling van Gent 2018/47; B.T.M. van der Wiel & N.T. Dempsey, in: Van der Wiel (red.), Cassatie 2019/181; Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/54; Snijders/Wendels 2009/106.

[83.]

Snijders/Wendels 2009/107. Zie in vergelijkbare zin Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/35; Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/54; B.T.M. van der Wiel & N.T. Dempsey, in: Van der Wiel (red.), Cassatie 2019/181; F.J.P. Lock, TvPP 2017-4, p. 128, 131.

[84.]

Vgl. F.J.P. Lock, TvPP 2017-4, p. 131; A.S. Rueb, E. Gras, R.G. Hendrikse & A.W. Jongbloed, Compendium Burgerlijk procesrecht 2018/8.4; .F.E. Tjong Tjin Tai, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 30g Rv, aant. 2.3.

[85.]

Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling van Gent 2018/47, 199.

[86.]

Er is daarom minder behoefte aan het *exceptio plurium litis consortium*-verweer dat is gegrond op de aanwezigheid van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Zie A.S. Rueb, E. Gras, R.G. Hendrikse & A.W. Jongbloed, Compendium Burgerlijk 2018/8.4. Vgl. voorts. T.F.E. Tjong Tjin Tai, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 30g Rv, aant. 2.4.

[87.]

HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, NJ 2018/81 m.nt. H.B. Krans, JBPr 2017/38 m.nt. S.L. Mineur, rov. 3.4, 3.5.4, 3.6.1 en 3.6.2.

[88.]

F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1126, spreken van een ondeelbare vordering.

[89.]

Hierover de schriftelijke toelichting namens Fortbet nrs. 130-131.

[90.]

Vgl. M.J. van Vliet, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 255-256.

[91.]

Hierover de schriftelijke toelichting namens Fortbet nr. 140.

[92.]

Hierop wordt een beroep gedaan in de schriftelijke toelichting namens Fortbet nr. 141.

[93.]

Deze mogelijkheid is onder ogen gezien en verworpen. Zie MvT, 1984-1985, 18 904, nr. 3, p. 7.

[94.]

Subonderdeel 4.1.4 wijst op HR 23 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1902, NJ 1993/559; HR 11 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2131, NJ

[\[95.\]](#)

Hierover de schriftelijke toelichting namens Fortbet nrs. 142-143.

[\[96.\]](#)

Hierover de schriftelijke toelichting namens Fortbet nrs. 138-139.

[\[97.\]](#)

In de literatuur wordt uit de gelijke behandeling van de uit te kopen minderheidsaandeelhouders afgeleid dat een afspraak tussen overnemer en een minderheidsaandeelhouder, dat de laatste na een veroordelend arrest zijn aandelen zal behouden of mogen terugkopen, onrechtmatig is jegens de andere minderheidsaandeelhouders. Zie M.J. van Vliet, *Uitkoop van minderheidsaandeelhouders*, 1999, par. 6.1.

[\[98.\]](#)

Zie de brief van de minister van Justitie van 18 juni 1987, [Kamerstukken II, 1987-1988, 18 904, nr. 17](#); MvA, [Kamerstukken I, 1987-1988, 18 904, nr. 41a](#), p. 2.

[\[99.\]](#)

Gewijzigd amendement van het lid Vermeend nr. 16; *Handelingen II*, 2 juli 1987, TK95 95-4915.

[\[100.\]](#)

Zie bijvoorbeeld de schriftelijke toelichting namens Fortbet nr. 4.

[\[101.\]](#)

Art. 3 lid 1 Besluit openbare biedingen Wft.

[\[102.\]](#)

Zie t.a.v. art. 6b Wte, de voorloper van art. 5:79 Wft, F.K. Buijn & P.M. Storm, *BV en NV Het nieuwe ondernemingsrecht*, 2005, p. 506-507.

[\[103.\]](#)

MvA, [Kamerstukken I, 1987-1988, 18 904, nr. 41a](#), p. 2.

[\[104.\]](#)

De toelichting bij het Besluit openbare biedingen Wft (*Stcrt.* 2007/201, p. 12) en de voorlopers. (art. 3 Tijdelijke vrijstellingsregeling overnamebiedingen (*Stcrt.* 2006/ 98, p. 10) en art. 11a Vrijstellingsregeling Wte 1995 (*Stcrt.* 2001/168, p. 6)) verwijzen naar art. 12 SER Fusiegedragsregels. Over ratio en strekking van de her verbod van (thans) art. 5:79 Wft en van de vrijstellingen bestaan verschillende opvattingen. Zie daarover G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, *Gedragsregels inzake een openbaar bod op aandelen*, 1999, p. 229-238.

[\[105.\]](#)

Schriftelijke toelichting namens [verweerders] nr. 4.45.

[\[106.\]](#)

Vgl. W. Heemskerck & K. Teuben, *Hoofdlijnen Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht Convoy Uitgevers: 2018/179; Asser *Procesrecht/Bakels*, *Hammerstein & Wesseling-van Gent 4* 2018/47; F.J.P. Lock, *TvPP* 2017-4, p.135 onder 4.5.

[\[107.\]](#)

Zie de conclusie (sub 2.20) van mijn ambtgenoot Rank-Berenschot voor HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:177 en vergelijk F.J.P. Lock, *TvPP* 2017-4, p. 137.

[\[108.\]](#)

Zo volgt uit HR 21 april 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1710, *NJ* 1995/682 m.nt. H.E. Ras, rov. 3.4.

[\[109.\]](#)

HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:649, *JBPr* 2018/33 m.nt. F.J.P. Lock.

[\[110.\]](#)

Vgl. in een geval van tussenkost HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:183, *NJ* 2018/78 m.nt. W.D.H. Asser, *JBPr* 2015/29 m.nt. M.O.J. de Folter, rov. 4.2.2-4.2.3.

[\[111.\]](#)

Vgl. HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2216, *NJ* 2018/469, rov. 3.6.

Voetnoten "Uitspraak"

[\[1.\]](#)

[Kamerstukken II 1999/2000, 26855, nr. 3](#), p. 118.

[\[2.\]](#)

[Kamerstukken II 1999/2000, 26855, nr. 3](#), p. 73.

[\[3.\]](#)

HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411 (*NJ* 2018/81, m.nt. H.B. Krans; *red.*), rov. 3.6.1.-3.6.2.

