

## 10

**Tenuitvoerlegging dwangsombeschikking OK op basis van art. 55 Brussel I-bis**

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

25 augustus 2020, zaaknr. 200.182.438/03 OK en 200.190.772/03 en 04 OK,

ECLI:NL:GHAMS:2020:2372

(mr. Vink, mr. Makkink, mr. Tillema, drs.

Scheltema, drs. Tiemstra RA)

Noot mr. M. Zilinsky en mr. J.W. de Groot, tevens behorend bij «JOR» 2021/11

**Enquêteprocedure Prien Holding. Voornemen tot vragen van prejudiciële beslissing over tenuitvoerlegging van dwangbeschikking OK op grond van art. 55 Brussel I-bis. Toewijzing bevel middellijk aandeelhouder/belanghebbende tot zich onthouden van handelingen die belangen van vennootschap schaden op verbeurte van dwangsom. Afwijzing van onmiddellijke voorziening tot vervanging van door OK benoemde bestuurder. Vervolg op OK 25 juli 2019, «JOR» 2020/30, m.nt. Smelt.**

[BW art. 2:349a lid 2; Brussel I-bis art. 55]

*Vooropgesteld wordt dat, nu A woonachtig is in Spanje en het te dezen gaat om de executie van eventueel na 25 juli 2019 verbeurde dwangsommen in Spanje, de onderhavige rechtsverhouding valt onder het toepassingsbereik van de Verordening Brussel I-bis. In rechtspraak en literatuur wordt verschillend gedacht over de vraag welk gerecht op grond van art. 55 Brussel I-bis bevoegd is om het bedrag van de veroordeling tot een dwangsom definitief te bepalen; de rechtbank die naar Nederlands recht als executierechter op de voet van art. 438 Rv beslist over de vraag of, en zo ja tot welk bedrag, dwangsommen zijn verbeurd of het gerecht dat de beslissing heeft genomen waarbij de dwangsom werd opgelegd.*

*De OK is gelet op die onzekerheid en het belang om daarover ook voor toekomstige gevallen duidelijkheid te verkrijgen voornemens om op de voet van art. 267 VWEU het HvJ EU te verzoeken*

*om bij wijze van prejudiciële beslissing dienaangaande een uitspraak te doen.*

*Voor zover de verzoeken van de vennootschappen Prien Holding en Gravier betrekking hebben op handelen van A ten aanzien van vennootschappen naar Spaans recht is het Nederlandse enquêterecht niet van toepassing en is de OK om die reden niet bevoegd.*

*Wat betreft het handelen van A als pseudovertegenwoordiger van Prien Holding geldt dat A zich als middellijk aandeelhouder van Prien Holding en belanghebbende in deze enquêteprocedure dient te onthouden van gedragingen die de belangen van Prien Holding schaden. A heeft tot op heden echter op geen enkele wijze blijk gegeven zich daar iets aan gelegen te laten liggen. Onder die omstandigheden is een onmiddellijke voorziening zoals door Prien Holding verzocht geboden.*

*A heeft nog betoogd dat hij geen partij is in deze enquêteprocedure omdat hij slechts middellijk, via de vennootschap Mijn Hoek, aandeelhouder is van Prien Holding en dat om die reden de OK niet bevoegd is om onmiddellijke voorzieningen te treffen die hem in persoon raken. A miskent daarmee dat hij als indirect aandeelhouder, mede op de voet van art. 2:8 BW, zich jegens de vennootschap dient te gedragen naar de eisen van redelijkheid en billijkheid. A is in deze procedure als belanghebbende opgeroepen en hij is als zodanig ook verschenen. A heeft in die hoedanigheid in deze procedure ook zelf verzoeken aan de OK gedaan en doet dat nu weer. Als belanghebbende is A bovendien in de gelegenheid gesteld tegen de verzoeken van Prien Holding verweer te voeren en hij heeft dat ook gedaan. Onder die omstandigheden kan de OK zodanige voorzieningen treffen die gelet op de belangen van de vennootschap, in verband met de toestand van de vennootschap zijn vereist, ook als deze A persoonlijk raken. De OK beveelt A zich te onthouden van handelingen waarbij hij zich als vertegenwoordiger van Prien Holding uitgeeft en verbindt daaraan een dwangsom ter grootte van € 1.000.000 per overtreding. Het verzoek Wolters als (door de OK aangestelde) bestuurder van Prien Holding en Gravier te ontslaan en een nieuwe bestuurder te benoemen berust met name op het tussen B en Wolters bestaande verschil van mening over de inhoud van de bij de bespreking op 28 februari 2020 in Madrid gemaakte afspraken. Het is alleszins begrijpelijk dat Wolters, in het belang van Prien Holding en Gravier, van B verlangt dat hij de afspraken na-*

komt. Dat B meent dat deze afspraken niet zouden zijn gemaakt en dat hij als gevolg daarvan het vertrouwen in Wolters zou hebben verloren, maakt niet dat Wolters kennelijk onredelijk handelt of zal handelen door namens Prien Holding en Gravier nakoming van de afspraken te verlangen. Gelet op de onderbouwde toelichting van Wolters, kan niet worden geconstateerd dat Wolters een op voorhand onhoudbaar standpunt inneemt. Voor een verdere inhoudelijke toets is in deze procedure geen plaats; niet de OK maar de gewone burgerlijke rechter is bevoegd over dit vermogensrechtelijke geschil te oordelen. Het verzoek Wolters te ontslaan als bestuurder van Prien Holding en Gravier is in het licht hiervan niet toewijsbaar.

Wolters moet zijn taken als bestuurder van Prien Holding en Gravier onder zeer moeilijke omstandigheden vervullen. Hij wordt daarbij geconfronteerd met een voortdurende obstructie door A, waaronder valse strafklachten, onjuiste perspublicaties, het zich ten onrechte voordoen als vertegenwoordiger van Prien Holding en het niet nakomen van betalingsverplichtingen, waarbij A Wolters door een privédetective laat volgen en zelfs het dreigen met geweld en intimidatie niet worden geschuwd. Onder die omstandigheden is het volstrekt begrijpelijk en in het belang van Prien Holding en Gravier dat Wolters terughoudend is om informatie met Mijn Hoek en A te delen en dat hij in overleg met B de mogelijkheden onderzoekt om verdere tegenwerking door A te voorkomen en betaling van de door A verschuldigde bedragen af te dwingen. Verder geldt dat duidelijk is dat bij uitblijven van betaling door zowel A als B Prien Holding niet in staat zal zijn om aan haar opeisbare verplichtingen jegens haar crediteuren te (blijven) voldoen. Onder die omstandigheden dient een prudent handelend bestuurder de afweging te maken of nog een zodanig uitzicht bestaat op het verwerven van (toekomstige) inkomsten dat het verantwoord is dat de vennootschap nieuwe verplichtingen aangaat of dat surseance van betaling of zelfs faillissement moet worden aangevraagd. Wolters heeft die afweging gemaakt. Van kennelijk onredelijk handelen is geen sprake.

in de zaak met zaaknummers 200.182.438/03 en 04 OK van

Prien Holding BV te Amsterdam,  
verzoekster,  
advocaat: mr. W.D.M. van Tuyll van Serooskerken,  
tegen  
Prien Holding BV te Amsterdam,  
verweerster,  
advocaat: mr. W.D.M. van Tuyll van Serooskerken,  
en tegen  
1. Mijn Hoek BV (voorheen genaamd Plien BV) te Amsterdam,  
2. A,  
belanghebbenden,  
advocaat: mr. M.J. Meermans-de Vries,  
3. B,  
belanghebbende,  
advocaat: mr. P.A. Josephus Jitta,

en in de zaak met zaaknummers en 200.190.772/03 en 04 OK van

Gravier E. Beheer BV te Koggenland,  
verzoekster,  
advocaat: mr. W.D.M. van Tuyll van Serooskerken,  
tegen  
Gravier E. Beheer BV te Koggenland,  
verweerster,  
advocaat: mr. W.D.M. van Tuyll van Serooskerken,  
en tegen  
1. A,  
advocaat: mr. M.J. Meermans-de Vries,  
2. B,  
advocaat: mr. P.A. Josephus Jitta,  
belanghebbenden.

(...; red.)

## 2. De feiten

De Ondernemingskamer gaat – in aanvulling op de reeds vermelde feiten in de beschikkingen van 24 december 2015, 11 februari 2016, 9 juni 2018 en 25 juli 2019 – uit van de volgende feiten:

2.1. [B] en [A] zijn ieder voor 50% aandeelhouder van Gravier. [A] houdt alle aandelen in Mijn Hoek. Mijn Hoek en [B] zijn ieder voor 50% aandeelhouder van Prien Holding. H.J. Turksema (hierna: Turksema) is, met Wolters, gezamenlijk bevoegd bestuurder van Prien Holding en Gravier. Prien Holding houdt 99% van de aandelen in de vennootschap naar Spaanse recht Goldvalen-

tin, waarvan [A] bestuurder is en 99,5% van de aandelen in de vennootschap naar Spaanse recht Mas & Saz, waarvan [B] bestuurder is.

2.2. Goldvalentin houdt de aandelen in de vennootschap naar Spaans recht Kata 10 S.L. (hierna: Kata 10) waarvan [A] bestuurder is en – al dan niet middels Kata 10 – de aandelen in de vennootschappen naar Spaans recht Ciaboga S.L., Coitorros S.L., AMSA S.L., Niewiemans S.L., Vidaplus 2007 S.L., No Fluff S.L. en Edif. Kasba Ayamonte S.L.

2.3. Mas & Saz houdt de aandelen in Pout, waarvan [B] bestuurder is. [B] is tevens bestuurder en enig aandeelhouder van Publimun S.A. (hierna: Publimun).

2.4. Gravier houdt 71,34% van de aandelen in het kapitaal van Lumejam; Kata 10 en Publimun houden ieder 14,33% van de aandelen Lumejam. Gravier is bestuurder van Lumejam en [C] is haar *administrador unico*. Lumejam was tot januari 2020 (zie hierna) eigenaar van een pand aan de Calle Augustin de Betancourt 19, te Madrid (hierna: het pand).

2.5. Op 16 juli 2017 heeft D, de secretaresse van A, het faillissement van Lumejam aangevraagd op grond van een vordering die zij op Lumejam had. De rechtbank te Madrid heeft hiervan een aantekening (*anotación*) doen opnemen in het openbaar register waarin het onroerend goed van Lumejam staat geregistreerd.

2.6. Op 19 december 2017 is tussen Wolters, [B] en [A] besproken dat het pand verkocht zou worden, dat [D] betaald zou worden en dat [A] zou zorgen dat [D] geen verdere juridische stappen jegens Lumejam zou ondernemen.

2.7. Op 23 maart 2018 heeft de aandeelhoudersvergadering van Lumejam besloten dat het pand zal worden verkocht tegen “*the best market conditions*” en dat de uitstaande schulden met het resultaat van de verkoop zullen worden voldaan en dat wanneer alles is afgewikkeld zal worden overgegaan tot liquidatie van Lumejam.

2.8. In april 2018 heeft Prien Holding [A] verzocht een bijzondere aandeelhoudersvergadering van Goldvalentin bijeen te roepen. [A] heeft daaraan geen gehoor gegeven.

2.9. Bij brief van 25 april 2018 heeft de door Prien Holding ingeschakelde Spaanse advocaat Tomás Vázquez Lépinette (hierna: Vázquez) van het Spaanse advocatenkantoor Tomarial Abogados y Asesores Tributarios, SLP (hierna: Tomarial) het bestuur van Goldvalentin [A] verzocht om een

aandeelhoudersvergadering bijeen te roepen voor het ontslag van [A] als bestuurder van Goldvalentin. [A] heeft dat geweigerd.

2.10. In 2018 is [D] een procedure gestart tegen Lumejam waarin zij om opschorting van de verkoop van het pand heeft verzocht. Het verzoek is op 10 juli 2018 door een Spaanse rechtbank toegewezen. Tegen die beslissing is hoger beroep ingesteld.

2.11. Bij brief van 24 juli 2018 heeft Vázquez het *registro mercantil* (het handelsregister/de Spaanse Kamer van Koophandel) verzocht een vergadering van aandeelhouders bijeen te roepen met als agendapunt het ontslag van [A] als directeur van Goldvalentin. Bij beslissing van 17 september 2018 is dit verzoek aangehouden, omdat [A] op 22 juli 2018 een procedure voor de rechtbank in Madrid is gestart stellende dat de volmacht van Prien Holding aan Vázquez nietig zou zijn en dat [A] via Mijn Hoek meerderheidsaandeelhouder van Prien Holding zou zijn. Het bestaan van de procedure bij de Ondernemingskamer heeft hij daarbij onvermeld gelaten.

2.12. Op 7 januari 2019 heeft Mijn Hoek een bedrag van € 80.000 vermeerderd met btw aan de onderzoeker, mr. Evers, voldaan. Vervolgens is het onderzoek ter zake Prien Holding en Gravier aangevangen.

2.13. In januari 2019 heeft Lumejam een voorlopig koopcontract met betrekking tot het pand getekend met een koopsom van € 1,3 miljoen.

2.14. Op 20 februari 2019 heeft op het huisadres van [A] de bijzondere aandeelhoudersvergadering van Goldvalentin plaatsgevonden op bevel van het *registro mercantil*. De vergadering vond plaats in de woning van [A] in aanwezigheid van een “bodyguard”, die zich jegens Wolters en Vázquez fysiek intimerend heeft gedragen. [A] heeft zich op het standpunt gesteld dat hij de één procent die hij hield in het aandelenkapitaal in Goldvalentin had verdeeld onder hem en twee van zijn familieleden en dat zij daarom drie stemmen zouden hebben en Prien Holding slechts één, ondanks haar aandeel van 99% in het aandelenkapitaal van Goldvalentin. Tolosana, de advocaat van [A], is onder die omstandigheden tot voorzitter van de vergadering gekozen, waarna hij als voorzitter Vázquez de toegang tot de vergadering heeft ontzegd. Daarop heeft ook Wolters de vergadering verlaten.

2.15. Op 12 april 2019 is op de website “*Periodista Digital*” (een Spaanse digitale krant) een bericht

verschenen, waarin – kort gezegd – beschreven wordt dat [A] onder anderen Wolters en advocaten van Tomarial ervan beschuldigt dat zij samen spannen om zich illegaal het vermogen van Goldvalentin toe te eigenen en dat hij daarvan aangifte heeft gedaan.

2.16. Op 16 april 2019 is de vordering van [D] op Lumejam geheel voldaan.

2.17. Op 24 april 2019 heeft Tomarial de opdracht-overeenkomst met Prien Holding en Gravier beëindigd “*strictly for commercial reasons*”.

2.18. Een brief van Wolters aan [B] van 25 april 2019 houdt – voor zover hier van belang – het volgende in:

“Basically as a director I encountered five main issues and many minor issues resulting from the conflict between you and Mr. [A]. The five major issues were:

1. The claim of the Spanish tax authorities, first 18 million than 11 million;

2. The/act that Mr. [A] alleged to have been hit more severely by the attachments of the Spanish tax authorities than you. He demanded a contractual recourse arrangement;

3. You alleged that Mr. [A] had embezzled funds from Belview G.m.b.H. in relation to the Mulieris project in Buenas Aires;

4. Both UBO's claimed that the other UBO took out more money from Prien Holding and Gravier.

5. Payment of the creditors of Prien Holding and Gravier

Issue 1 was solved by positive judgement in Spain. Therefore issue 2 was no longer relevant. Issue 3 and 4 are now under investigation by Marcel Evers. Issue 5 has been a concern/or me.

*The creditors of Prien Holding and Grauiet*

As you know the main creditors of Prien Holding and Gravier are:

1. Bufete de Vincente success fee	EUR 390K;
2. Bufete de Vincente proceedings against del Paso	EUR 58K;
3. Mr. del Paso's firm	EUR 130K
4. Höcker	EUR 100K
5. Mr. Schutte's firm	EUR 50K
6. Tomarial	EUR 90K
7. TU Finance	EUR 200K
Total	EUR 1,018

I expect to need another EUR 150-EUR 200K for legal fees, so the total needed is EUR 1,200 million. I expect from the sale of the real estate at calle Agustin de Betancourt 19 a nett amount of EUR 700,000 for Gravier/Prien (sale price 1,300K minus bank debt 450K, minus debt to [C] € 100K, minus costs of the real estate agent of 50K). I hope we can close the deal in June/July 2019. Probably Mr. [A] will try to obstruct the sale again. The proceedings against the Spanish tax authorities could lead to a payment of EUR 800K, however this is unsure and may take a lot of time. José Luis de Vincente advises me that it may take up to 3,5 years to get a final judgement.

*The urgent problem*

Prien and Gravier have been deprived of cash for a long time now. This situation is no longer acceptable, therefore I have engaged proceedings in the Netherlands to collect all debts of Prien Holding/Gravier from both UBO's and their related parties. The amount to be claimed from Mr. [A] and related parties is EUR 985K, from you and your related parties EUR 287K.

I have retained the services of Tomarial (...) to dismiss Mr. [A] as director of Goldvalentin and its subsidiaries. Unfortunately, as you know, the Spanish legal system is not working very efficiently, to put it mildly. Procedures are very slow and full of formalities. On 20 February 2019 I attended a general meeting of shareholders of Goldvalentin. Tomás Vazquez was forced out of the room by a body guard. I was intimidated. The dismissal was sabotaged with legally totally ridiculous arguments. (...) As you know on 11 April 2019 a slanderous article was published on Periodista Digital full of factual incorrect accusations against Tomarial, Tomás Vazquez, you and myself. Tomarial has resigned as Spanish lawyers of Prien Holding and Gravier. (...)

*Solution*

It is absolutely clear that the officials appointed by the Enterprise Chamber and other professionals hired cannot and will not continue without being paid at once. I see three lines for a solution.

Line One

a) Mas & Saz provides a loan of EUR 1,200K to Prien Holding which will enable Prien to continue to sell the Lumejan property and to continue its actions against Goldvalentin, Mijjn Hoek, Mr [A] and the Spanish State. Prien Holding provides security to Mas & Saz by a right of pledge on the claim on the Spanish tax authorities and a pledge

on the receivable owed by Lumejan to Gravier, which shall be covered by a pledge on the receivable owed by the buyer of calle Augustin de Betancourt 19 to Lumejan;

b) you and your related parties repay their debts to Prien/Gravier/Lumejan;

c) the real estate at calle Augustin de Betancourt 19 is sold a.s.a.p. the proceeds up to EUR 700K are paid to Mas & Saz;

d) Once the Spanish tax authorities pay their debt to Prien the amount goes directly to Mas & Saz up to the amount of the outstanding debt to Mas & Saz of Prien Holding. In principle 50% of the remainder, to the extent there are no further debts in Prien Holding, will be distributed to you as part of the liquidation of Prien Holding (...)

Line Two

a) Failing any funding I will proceed to sell the assets of Prien Holding and Gravier to the highest bidder;

b) Alternatively the creditors could attach the shares of both Goldvalentin and or Mas & Saz and execute a sale.

Line Three

a) I will file requests for the bankruptcies of Prien Holding and Gravier and a court appointed receiver will proceed. (...)"

2.19. Op 15 mei 2019 is tussen Prien Holding en Gravier als *borrowers* en Mas & Saz en Pout als *lenders* een overeenkomst van geldlening (hierna: de overbruggingslening) gesloten op basis waarvan Mas & Saz en Pout € 1.200.000 (€ 50.000 binnen zeven dagen en € 1.150.000 uiterlijk op 30 juni 2019) aan Prien Holding en Gravier lenen. De overbruggingslening zal worden terugbetaald als de claim van Prien Holding op de Spaanse belastingautoriteiten van € 800.000 en/of de vordering van Gravier op Lumejan ter zake van de opbrengst van de verkoop van het pand van € 700.000 worden voldaan, dan wel indien betaling wordt verkregen van [A], Goldvalentin of haar dochtervennootschappen. Tot zekerheid zijn de vordering op de Spaanse belastingautoriteiten en de vordering op Lumejan tot een bedrag van € 628.000 op 17 mei 2019 verpand aan Mas & Saz.

2.20. Om de overbruggingslening te kunnen voldoen zijn pogingen ondernomen om bij Bankinter een geldlening af te sluiten, waarbij het woonhuis van [B], dat eigendom is van Pout, in hypotheek zou worden gegeven. Dit heeft geruime tijd in beslag genomen.

2.21. Op 7 juni 2019 hebben [A] en Goldvalentin bij de rechtbank in Madrid een strafklacht tegen Wolters, Turksema, [C] en Gravier ingediend.

2.22. In een vonnis van een rechtbank te Madrid van 11 juni 2019 staat dat de op die datum geplande faillissementszitting betreffende Lumejan wordt uitgesteld, omdat Kata 10 stelt dat zij een vordering van € 30.000 op Lumejan heeft en aanspraak maakt op betaling van dit bedrag door Lumejan.

2.23. In het Spaanse handelsregister (*registro mercantil*) staat vermeld dat op 28 juni 2019 een aandeelhoudersvergadering van Goldvalentin heeft plaatsgevonden waarbij de jaarrekeningen 2017 en 2018 door de aandeelhouders zijn goedgekeurd. [A] is daarbij opgetreden als vertegenwoordiger van Prien Holding op basis van een in 2004 ten behoeve van een specifieke transactie aan [B] en [A] gezamenlijk verstrekte bijzondere volmacht.

2.24. Op 9 juli 2019 heeft [D] in rechte verklaard dat haar vordering op Lumejan is betaald. Bij vonnis van diezelfde dag heeft de rechtbank in Madrid vastgesteld dat Kata 10 geen crediteur is van Lumejan. De faillissementsprocedure is door de rechtbank Madrid beëindigd.

2.25. In juli 2019 heeft de Spaanse rechter in hoger beroep beslist dat de vordering van Del Paso (genoemd in de opsomming van crediteuren in de brief van Wolters van 24 april 2019 onder 3., zie 2.18) op Prien Holding € 740.000 bedraagt in plaats van € 130.000. Prien Holding heeft van die beslissing cassatieberoep ingesteld.

2.26. Bij e-mail van 26 juli 2019 heeft Wolters [A] gewezen op de in de beschikking van de Ondernemingskamer van 25 juli 2019 opgenomen bevelen en hem gesommeerd zich daaraan te houden. Tevens heeft Wolters [A] verzocht te bevestigen dat hij geen bezittingen van Goldvalentin, Kata 10 of hun dochtervennootschappen zal vervreemden of bezwaren en dat hij een aandeelhoudersvergadering van Goldvalentin bijeen zal roepen met als agendapunt het ontslag van [A] als bestuurder. Bij e-mail van 27 juli 2019 heeft [A] meegedeeld zich aan de bevelen in de beschikking van de Ondernemingskamer te zullen houden.

2.27. Prien Holding en Gravier hebben de beschikking van de Ondernemingskamer van 25 juli 2019 aan een deurwaarder verstrekt ter betekening aan [A]. Daartoe is op 5 augustus 2019 door de deurwaarder een kopie van de beschikking en een beëdigde vertaling daarvan in het Spaans, aan

de Spaanse ontvangende instantie toegezonden. Bericht van betekening door de Spaanse ontvangende instantie was ten tijde van de mondelinge behandeling niet ontvangen. Daarnaast is eveneens op 5 augustus 2019 door de deurwaarder een kopie van de beschikking en een beëdigde vertaling daarvan in het Spaans per UPS-koerier aan [A] verzonden op het adres Calle Blasco de Garay 41, 28015 Madrid.

2.28. De UPS-koerier heeft de verzonden bescheiden op 7 augustus 2019 aangeboden op het genoemde adres. De door de deurwaarder van UPS retour ontvangen *Shipment Information* houdt in: “The package was refused by the receiver and will be returned to the sender”.

2.29. Op 22 augustus 2019 heeft Bankinter een lening van € 1.200.000 verstrekt aan Mas & Saz en Pout. Daarvan heeft Bankinter een bedrag van € 800.000 ter beschikking gesteld en een bedrag van € 400.000 achtergehouden in verband met de uitgestelde verkoop van het pand.

2.30. Een e-mail van Wolters aan [B] van 10 september 2019 houdt voor zover hier van belang het volgende in:

“I understand your worries about del Paso. His claim is not final yet. (...) At the same time Henk Turksema, Camilo Schutte and I will have to do a lot of work in the months to come, so we need a contingency buffer (war chest), let's say of EUR 150,000. This leaves EUR 800,000 minus EUR 150,000 EUR 650,000 for payment of the acknowledged creditors. (...)

I propose the following:

1. Ultimately on Friday 13 September 2019 Mas & Saz/Pout III pay directly the following amounts to the following creditors:

- Prien Holding EUR 150,000 (contingency/war chest) to be paid into Höcker's third party account
  - de Vincente EUR 448,000 x 70,5 % = 315,840
  - Schutte's firm EUR 63,000 x 70,5 % = 44,289
  - Turksema EUR 200,000 x 70,5 % = 141,000
  - Wolters's firm EUR 211,000 x 70,5 % = 148,755
- total EUR 922,000 x 70,5 % = 800,000

2. Mas & Saz use their best efforts to get the remaining EUR 400,00 from Bankinter and will pay this amount upon receipt to Prien Holding to be paid into Höcker's third party account.

3. Bufete de Vincente/procuradora will request suspension of payments of Prien Holding in Spain, limited to the Spanish assets of Prien Holding. This will protect Prien Holding and Mas & Saz against actions by del Paso.

4. Prien Holding will proceed against [A] before the Enterprise Chamber with new interim measures.”

2.31. Op 20 september 2019 hebben Mas & Saz en Pout in totaal een bedrag van € 825.000 onder de overbruggingslening aan Prien Holding verstrekt door directe betaling van dat bedrag aan crediteuren van Prien Holding.

2.32. Bij e-mail van 25 september 2019 heeft Wolters [A] opnieuw gesommeerd zich te houden aan de bevelen van de Ondernemingskamer in de beschikking van 25 juli 2019 en verzocht te bevestigen dat hij geen bezittingen van Goldvalentin, Kata 10 of hun dochtervennootschappen zal vervreemden of bezwaren.

2.33. Op 9 oktober 2019 heeft Kata 10 voor een bedrag van € 587.200 een hypotheek gevestigd op het door haar gehouden onroerend goed aan de Alcalá 73-6 te Madrid, ten behoeve van de vennootschap naar Spaans recht Gibbon Project S.L.; een vennootschap van de Spaanse advocaat van [A].

2.34. Op 10 oktober 2019 heeft [D] in de procedure tot opschorting van de verkoop van het pand (zie 2.10) aan de rechtbank Madrid laten weten dat haar vorderingen geheel waren voldaan.

2.35. Op 19 november 2019 is in het *registro mercantil* ingeschreven dat de statutaire zetel van Goldvalentin is verplaatst van Madrid naar Toledo.

2.36. Een e-mail van 3 december 2019 van [A] aan onder anderen Wolters houdt – voor zover van belang – het volgende in:

“All this without prejudice to their obligation to face the responsibilities incurred during the performance of their duties, in addition to negligence, for alleged crimes of prevarication, documentary falsification and embezzlement, which sooner or later, to continue with their impartial and tortuous attitude, will take you to the International Courts demanding a strong solidarity bond.”

2.37. Op 13 december 2019 heeft de rechtbank Madrid de door [A] en Goldvalentin ingediende strafklacht van 7 juni 2019 (zie 2.21) tegen Wolters, Turksema, [C] en Gravier geseponeerd. [A] heeft daarvan hoger beroep ingesteld.

2.38. Bij brief van 20 december 2019 heeft [A] de aspirant koper van het pand Ankron AB S.L. geschreven dat tegen Wolters, Turksema, [C] en Gravier een strafklacht was ingediend omdat de voorgenomen verkoop van het pand mogelijk

strijdig is met het opschortingsbevel van de rechtbank Madrid en dat Kata 10 niet was opgeroepen voor een aandeelhoudersvergadering waar is besloten over de verkoop van het pand.

2.39. Bij exploit van 10 januari 2020 is door Prien Holding en Gravier aan [A] aangezegd dat hij door overtreding van de bevelen in de beschikking van de Ondernemingskamer van 25 juli 2019 dwangsommen tot een bedrag van € 2.000.000 heeft verbeurd. Het exploit is, met een beëdigde vertaling daarvan in het Spaans, op 27 februari 2020 door de deurwaarder aan de Spaanse ontvangende instantie aangeboden ter betekening op het adres Calle Blasco de Garay 41, 28015 Madrid. Het door de deurwaarder op 16 april 2020 van de Spaanse ontvangende instantie ontvangen betekeningformulier vermeldt dat niet kon worden betekend omdat het adres niet het privéadres van de belanghebbende betreft en de aangetroffen persoon aangeeft de kennisgeving niet namens de belanghebbende in ontvangst te kunnen nemen.

2.40. In januari 2020 is het pand van Lumejam verkocht en geleverd. Voor Lumejam resteerde na betaling van kosten en schulden aan derden een opbrengst van € 600.000.

2.41. Op 28 februari 2020 heeft in Madrid een tweetal besprekingen plaatsgevonden tussen Wolters, Turksema en [B]. Vanaf zijn aankomst in Madrid is Wolters gevolgd door een door [A] ingeschakelde privédetective.

2.42. Een e-mail van 4 maart 2020 van Wolters aan [B] houdt – voor zover van belang – het volgende in:

“Further to our meetings in Madrid (...) I confirm the roadmap which we agreed as follows:

1. Juan Molins will draft a second penal complaint with regard to the misuse by [A] of the 2004 PoA ultimately on March 17, 2020.

2. I have requested Rafael Gerez to proceed with the convocation request to the court in Madrid a.s.a.p. now the two months term has expired.

3. I have requested Rafael Gerez to advise whether personal bankruptcy of [A] can be requested in Spain once we have valid titles in the Netherlands.

4. I have requested both Rafael Gerez and Augustin de Vincente to advise whether notification of Dutch court judgements can be served on [A] in Spain by notary or procuradora or any other means.

5. the attachment on the shares which [A] holds in Gravier and Mijn Hoek was done 3 March 2020.

6. I will start new proceedings before the Enterprise Chamber a.s.a.p. requesting new interim measures and assessment of the forfeited penalties in the amount of EUR 2,000,000.

7. Mas & Saz/POUT will pay the remaining amount of the loan to Prien Holding of EUR 375,000 into my third party bankaccount a.s.a.p. (...)

8. Lumejam will pay to Gravier an amount of EUR 600,000 into my third party bankaccount a.s.a.p. (...)

9. Upon receipt of the amount of EUR 975,000 I will immediately pay an amount of EUR into the bankaccount of the Spanish Court with regard to the claim of mr. del Paso.

10. Lumejam will be liquidated a.s.a.p.”

2.43. Een brief van Wolters aan [B] van 9 april 2020 houdt – voor zover van belang – het volgende in:

“Further to the emails of Mr Abelardo Bracho [advocaat van B, OK] of 12 March 2010 and 8 April 2020, I inform you as follows.

In a nut shell Mr. Bracho writes that:

a) The proceeds from Lumejam after payment of its creditors are EUR 600K instead of EUR 700K as earlier expected; the amount to be paid by the Spanish Tax Authorities according to Mr. Bracho is not EUR 800K (as advised by De Vincente), but EUR 130K instead (as advised by Bracho). On the basis of these assumptions Mr. Bracho comes to the conclusion that the basis of the loan agreement allegedly has substantially changed;

b) According to Mr. Bracho part of the 600K from Lumejam will have to be used to pay back part of the loan;

c) It is proposed that Lumejam transfers an amount of EUR 600K into the third party account of Mr. Jitta as a partial repayment of the loan;

d) It is proposed that the full amount of the remainder of the loan of EUR 375,000 is to be used for payment to Mr. del Paso in order to avoid execution.

Prien Holding does neither agree with the legal analysis by Mr. Bracho, nor can it agree with the proposal. (...)

I propose that we stay on the track which was agreed: Mas & Saz and POUT III pay the remaining amount under the loan agreement (EUR 375,000) and Lumejam pays EUR 600,000 to Prien. Payment into my third party account of EUR 375,000 and of EUR 600,000 is non-negotia-

ble. I will instruct Mr. [C] to make such payment a.s.a.p.

Prien or you try together with Mr. Bracho or de Vincente to negotiate down the amount of EUR 740,000 plus interest. (...) The remainder goes to the other creditors and is reserved as a war chest. If money remains this could be used for repayment of the Loan. (...) The alternative is scenario bankruptcy.”

2.44. Bij e-mail van 8 mei 2020 heeft Wolters bij [B] er op aangedrongen dat hij zorgdraagt voor de doorbetaling van € 600.000 van Lumejam aan Prien Holding en daarbij uitdrukkelijk opgemerkt dat geen betaling aan Mas & Saz of Pout kan plaatsvinden omdat daarvoor geen grondslag bestaat.

2.45. [C] heeft van het bedrag van € 600.000 een bedrag van € 475.000 aan Maz & Saz, Pout of [B] betaald ter aflossing van de overbruggingslening. Mas & Saz, Pout of [B] heeft vervolgens een bedrag van € 375.000 betaald op de derdengelden rekening van het kantoor van mr. Josephus Jitta.

2.46. Een brief van 22 mei 2020 van Wolters aan mr. Josephus Jitta houdt – voor zover van belang – het volgende in:

“The boards (...) have come to the conclusion that Prien and Gravier can no longer have confidence in Mr. [B] and Mr. [C]. This crises of confidence is caused by the fact that Mr. [B] and Mr. [C] have violated the agreement of 28 February 2020 by failing to procure the transfer of EUR 600,000 by Lumejam S.L. (Lumejam) to Gravier into my firm’s third party account and by procuring against my explicit repeated written instructions to Mr. [C] – the transfer of an amount of EUR 475,000 by Lumejam to Mas & Saz S.L. (Mas & Saz)/POUT III S.L. (POUT III) instead. Mr. [B] also failed to procure the payment by Mas & Saz/POUT III of the remaining amount of the loan of EUR 375,000 into my firm’s third party account, which was also agreed on February 28, 2020 in Madrid. (...) You write that Mr. [B] categorically denies that he agreed to a transfer by Lumejam of EUR 600,000 to Gravier into my firm’s third party account. Apparently he also denies that he agreed to the payment by Mas & Saz/POUT III of the remaining amount of the loan of EUR 375,000 into my firm’s third party account. To the boards this makes the situation even worse. (...)

The board of Prien has come to the conclusion that Prien is unable to continue to pay its debts as they fall due. The alleged commitment of Mr. [B]

to fund Prien is vague and not substantiated by any concrete and binding commitment. Moreover the board can no longer put trust in the words of Mr. [B] given what happened since 28 February 2020.

The boards of Prien and Gravier are not allowed to give further instructions to its service providers if it knows or suspects that Prien can no longer meet its financial obligations vis-à-vis them. The boards of Prien and Gravier have come to the conclusion that this situation has now arrived. (...) The board has come to the conclusion that it has no option but to file a petition for suspension of payments as soon as possible. This means that an administrator will be appointed. (...) I regret it has to come to this, however as a director of Prien appointed by the Enterprise Chamber it is my duty to act in the corporate interest (vennootschappelijk belang) of Prien and its stakeholders, amongst which in this case in particular the creditors of Prien.

If your client wishes to avoid insolvency proceedings the board of Prien is only prepared to do so if the following conditions are fully met:

1. receipt into the third party account of the law firm of Mr. Wolters on ultimately Wednesday 27 May, 2020 of EUR 350,000 plus EUR 125,000 (still in the bank account of Lumejam as far as the board of Gravier knows), therefore a total amount of EUR 475,000;
2. The board needs sufficient security that the claims of the creditors of Prien existing as per now will be paid in full;
3. The board needs sufficient security that the claims of the creditors of Prien arising as of now will be paid in full (...)

2.47. Op 3 juni 2020 is door de rechtbank Amsterdam aan Prien Holding op eigen verzoek voorlopige surseance van betaling verleend, met benoeming van mr. Jongepier als bewindvoerder. Diezelfde dag hebben Prien Holding en Gravier derdenbeslag doen leggen op tegoeden op de derdengelden rekening van het kantoor van mr. Josephus Jitta.

### 3. De gronden van de beslissing

#### *De verzoeken*

3.1. Prien Holding en Gravier hebben verzocht, zoveel mogelijk bij beschikking uitvoerbaar bij voorraad:



1. voor recht te verklaren dat [A] vanaf 7 augustus 2019 per geschonden bevel dwangsommen heeft verbeurd aan Prien Holding en Gravier van € 10.000 per dag, derhalve tot het maximum van € 1.000.000 per bevel, en dat [A] derhalve dwangsommen heeft verbeurd voor een totaalbedrag van € 1.000.000 aan Gravier (bevel 1) en tevens dwangsommen heeft verbeurd voor een totaalbedrag van € 1.000.000 aan Gravier en Prien Holding (bevel 2);

2. [A] te veroordelen tot betaling van € 1.000.000 aan Gravier ten titel van verbeurde dwangsommen wegens schending van bevel 1 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 17 december 2019 tot aan de dag van algehele voldoening en [A] te veroordelen tot betaling van € 1.000.000 aan Gravier en Prien Holding ten titel van verbeurde dwangsommen wegens schending van bevel 2 vanaf 17 december 2019 tot aan de dag van algehele voldoening;

3. [A] bij wijze van onmiddellijke voorziening te bevelen het er toe te leiden dat:

(a) binnen vier weken na betekening van het bevel een vergadering van aandeelhouders van Goldvalentin zal worden bijeengeroepen met als agendapunt het ontslag van [A] als enig directeur van Goldvalentin en benoeming van een door Prien Holding voor te dragen directeur,

(b) Prien Holding haar zeggenschapsrechten in Goldvalentin zal kunnen uitoefenen door stemrecht uit te oefenen op de door haar gehouden aandelen naar rato van het aantal aandelen dat Prien Holding houdt op het totale geplaatste aandelenkapitaal in Goldvalentin, te weten: 99% van het geplaatste aandelenkapitaal en derhalve 99% van de stemmen, op straffe van een dwangsom ten gunste van Prien Holding van € 10.000 voor elke dag, dat hij geheel of gedeeltelijk in gebreke is bij de nakoming van dit bevel, tot een maximum van € 1.000.000;

4. [A] bij wijze van onmiddellijke voorziening te bevelen om, primair, binnen vier weken na betekening van het bevel de zetel van Goldvalentin weer terug te verplaatsen van Toledo naar Madrid, op straffe van een dwangsom ten gunste van Prien Holding van € 10.000 voor elke dag, dat hij geheel of gedeeltelijk in gebreke is bij de nakoming van dit bevel, tot een maximum van € 1.000.000 althans, subsidiair, het ertoe te leiden dat binnen vier weken na betekening van het bevel een vergadering van aandeelhouders van Goldvalentin zal worden bijeengeroepen met mede als agendapunt

het verplaatsen van de zetel van Goldvalentin van Toledo naar Madrid;

5. [A] bij wijze van onmiddellijke voorziening te bevelen zich te onthouden van handelingen waarbij hij zich als vertegenwoordiger van Prien Holding uitteefte, op straffe van een dwangsom ten gunste van Prien Holding van € 1.000.000 per overtreding;

6. [A] bij wijze van onmiddellijke voorziening te bevelen om het ertoe te leiden dat geen goederen van Goldvalentin en haar, directe of indirecte, dochtermaatschappijen, waaronder maar niet beperkt tot: Kata 10, Ciaboga S.L., Coitorros S.L., AMSA S.L., Niewiemans S.L., Vidaplus 2007 S.L., No Fluff S.L. en Edif. Kasba Ayamonte S.L., zullen worden verkocht, juridisch of economisch, worden overgedragen of bezwaard, zonder toestemming van Prien Holding, een en ander op straffe van een dwangsom van € 1.000.000 per overtreding althans per dag of dagdeel dat een overtreding voortduurt met een maximum van € 10.000.000;

7. althans elke andere ordemaatregel te nemen die de Ondernemingskamer geraden acht; met veroordeling van [A] in de proceskosten.

3.2. Prien Holding en Gravier hebben aan hun verzoek het volgende ten grondslag gelegd.

– ad 1 en 2. [A] heeft gehandeld in strijd met de in de beschikking van de Ondernemingskamer van 25 juli 2019 gegeven bevelen 1 en 2 en aldus tot het maximum van telkens € 1.000.000 dwangsommen verbeurd door:

a) ten onrechte na te laten te bewerkstelligen dat de als gevolg van de door [D] aanhangig gemaakte faillissementsprocedure in het register opgenomen anotación en de procedure tot opschorting van de verkoop van het pand werden beëindigd;

b) ten onrechte bij de rechtbank in Madrid een strafklacht tegen Wolters, Turksema, [C] en Gravier aanhangig te maken, deze niet in te trekken en nadat deze door de rechtbank Madrid was geponeerd daartegen hoger beroep in te stellen;

c) Wolters in de e-mail van 3 december 2019 (zie 2.36) te beschuldigen van leugens, valsheid in geschrift en verduistering en te dreigen procedures tegen hem aanhangig te maken;

d) met de brief van 20 december 2019 (zie 2.38) te proberen Ankron AB S.L., de koper van het pand, af te schrikken.

– ad 3. [A] heeft ondanks herhaalde verzoeken van Wolters steeds geweigerd een vergadering van aandeelhouders van Goldvalentin bijeen te roe-

pen en daarbij zijn ontslag als bestuurder te agenderen. Daarmee heeft hij het voor Prien Holding onmogelijk gemaakt om haar rechten als 99% aandeelhouder van Goldvalentin uit te oefenen.

– ad 4. [A] heeft als bestuurder van Goldvalentin de zetel van de vennootschap van Madrid naar Toledo verplaatst. Toledo is een kleine provincieplaats en dat maakt het voor Prien Holding nog lastiger om effectief toegang te krijgen tot de gerechtelijke autoriteiten teneinde nakoming van haar aandeelhoudersrechten af te dwingen. Goldvalentin heeft geen enkele band met Toledo en de zetelverplaatsing heeft uitsluitend tot doel te verhinderen dat Prien Holding gebruik kan maken van haar rechten als meerderheidsaandeelhouder van Goldvalentin.

– ad 5. Blijkens het *registro mercantil* heeft op 23 december 2016 een aandeelhoudersvergadering van Goldvalentin plaatsgevonden waarbij de benoeming van [A] als bestuurder met vier jaar is verlengd. Prien Holding noch Wolters is van deze aandeelhoudersvergadering op de hoogte gesteld. Daarnaast heeft [A] op 28 juni 2019 zich op basis van een volmacht uit 2004 ten onrechte voorgedaan als vertegenwoordiger van Prien Holding en als zodanig namens Prien Holding voor de vaststelling van de jaarrekeningen 2017 en 2018 gestemd. In het verlengde daarvan zijn de jaarrekeningen 2017 en 2018 van Goldvalentin gedeponeerd bij het *registro mercantil*, voorzien van een schriftelijke verklaring van [A] dat Prien Holding tijdens de aandeelhoudersvergadering van 28 juni 2019 van Goldvalentin rechtsgeldig door [A] is vertegenwoordigd. Prien Holding noch Wolters is van enige vergadering op 28 juni 2019 op de hoogte gesteld.

– ad 6. De advocaat van [A] heeft ter zitting van de Ondernemingskamer van 13 juni 2019 verklaard dat [A] zich zal onthouden van handelingen die er toe leiden dat zonder toestemming van Prien Holding goederen van Goldvalentin en haar dochtervennootschappen zullen worden vervoerd, overgedragen of bezwaard. Naar aanleiding van die toezegging heeft de Ondernemingskamer destijds afgezien van een inhoudelijke beoordeling van het door Prien Holding gedane verzoek [A] te verbieden dergelijke handelingen te verrichten en het des betreffende verzoek afgewezen. Desondanks heeft [A] het door Kata 10 gehouden appartement aan de Alcalá 73-6 te Madrid nog steeds in de verkoop staan en is daarop op 9 oktober 2019 door Kata 10 ten behoeve

van een vennootschap van een Spaanse advocaat van [A] een hypotheek gevestigd. Prien Holding verzoekt om die reden [A] alsnog te bevelen het ertoe te leiden dat geen goederen van Goldvalentin en haar dochtermaatschappijen zullen worden verkocht, overgedragen of bezwaard, zonder toestemming van Prien Holding, op straffe van een dwangsom.

3.3. [B] heeft verzocht om bij wijze van onmiddellijke voorziening:

1. Mijn Hoek en [A], hoofdelijk te veroordelen om, ter zake van aan Prien Holding en Gravier voorgeschoten kosten, twee keer € 275.800 te betalen aan [B], Pout dan wel Mas & Saz;

2. Wolters te ontslaan als bestuurder van Prien Holding en Gravier;

3. een nieuwe bestuurder van Prien Holding en Gravier te benoemen, met hoofdelijke veroordeling van Mijn Hoek en [A] in de proceskosten, althans voor het deel dat ziet op de tegen hen gerichtte onmiddellijke voorzieningen.

3.4. [B] heeft aan zijn verzoek [A] te veroordelen tot betaling van twee keer € 275.800 aan hemzelf, Mas & Saz of Pout ten grondslag gelegd dat hij voor de aflossing van schulden en de financiering van de bedrijfsvoering tot op heden in totaal een bedrag van € 1.200.000 aan Prien Holding en Gravier heeft geleend. [A] heeft op zijn beurt € 85.000 excl. btw (€ 96.800 incl. btw) ten behoeve van het onderzoek aan Prien Holding voorgeschoten. [B] financiert aldus per saldo € 1.103.200 meer dan [A], hetgeen neerkomt op € 551.600 per vennootschap, waarvan [A] volgens [B] thans de helft, te weten per vennootschap € 275.800 dient te dragen.

3.5. Aan het verzoek Wolters te ontslaan als bestuurder van Prien Holding en Gravier heeft [B] ten grondslag gelegd dat tussen hem en Wolters onenigheid is ontstaan over de inhoud van de op 28 februari 2020 in Madrid gemaakte afspraken. [B] voert in dat verband, kort gezegd, het volgende aan. Wolters stelt zich ten onrechte op het standpunt dat is afgesproken dat de € 600.000 die Lumejam uit de verkoop van het pand had ontvangen aan Prien Holding zou worden doorbetaald en dat daarnaast ook de resterende € 375.000 uit hoofde van de overbruggingslening aan Prien Holding en Gravier zou worden betaald. De overbruggingslening was bedoeld voor slechts één jaar en zou uit de opbrengsten van de Spaanse belastingclaim en de verkoop van het pand door Lumejam worden terugbetaald. Dit volgt ook uit de

ten behoeve van Mas & Saz en Pout opgemaakte pandaktes. Op 28 februari 2020 is geen afwijken-de afspraak gemaakt die er op neerkomt dat als-nog zowel het overbruggingskrediet als de op-brengrst van de verkoop van het pand aan Prien Holding zouden worden betaald. Als gevolg van het ontstane geschil heeft [B] geen vertrouwen meer in Wolters als bestuurder van Prien Holding en Gravier en daarmee is volgens [B] een onwerk-bare situatie ontstaan.

3.6. Mijn Hoek en [A] hebben de Ondernemings-kamer verzocht:

1. zich ten aanzien van de verzoeken van [B] ge-richt tegen [A] en Mijn Hoek onbevoegd te ver-klaren, althans [B] niet ontvankelijk in zijn ver-zoeken te verklaren, althans de verzoeken af te wijzen, met veroordeling van [B] in de proceskos-ten;

2. de verzoeken van [B] om Wolters te ontslaan als bestuurder van Prien Holding en Gravier en een nieuwe bestuurder van Prien en Gravier te benoe-men, toe te wijzen;

3. te bepalen dat Wolters aan de aandeelhouders van Prien Holding en Gravier een deugdelijke re-kening en verantwoording dient af te leggen van de door hem aan Prien Holding en Gravier in re-kening gebrachte kosten voor zijn werkzaamhe-den;

4. het uurtarief vast te stellen dat Wolters vanaf de aanvang van zijn werkzaamheden als bestuurder van Prien Holding en Gravier in rekening mag brengen;

en, bij wege van voorwaardelijk tegenverzoek:

5. over te gaan tot het ontslag van Wolters als be-stuurder van Prien Holding en Gravier en over te gaan tot benoeming van een nieuwe bestuurder van Prien Holding en Gravier.

3.7. Mijn Hoek en [A] leggen aan hun zelfstandig tegenverzoek eveneens ten grondslag dat zij geen vertrouwen meer hebben in Wolters als bestuurder van Prien Holding en Gravier. Wolters heeft hen niet op de hoogte gesteld van de overbrug-gingslening en de met [B] gemaakte afspraken over een "oorlogskas" en de te nemen maatregelen om [A], althans Goldvalentin, tot betaling te dwingen. Wolters weigert om buiten de aandeel-houdersvergaderingen enige informatie te ver-strekken. Wolters heeft verder ten onrechte surse-ance van betaling aangevraagd. Volgens Mijn Hoek en [A] is een bijkomend probleem dat Wolters, althans diens kantoor een van de schuld-eisers van Prien Holding is. In zoverre bestaat een

tegenstrijdig belang. Wolters dient verder reke-ning en verantwoording af te leggen van de tot nu toe verrichte werkzaamheden en de Onderne-mingskamer zou het te hanteren tarief moeten vaststellen, aldus Mijn Hoek en [A].

3.8. Mijn Hoek en [A] enerzijds en Wolters ander-zijds hebben ieder verweer gevoerd. De Onderne-mingskamer zal dat verweer hieronder waar no-dig behandelen.

#### *De beoordeling*

##### *de dwangsommen*

3.9. [A] heeft allereerst betoogd dat de Onderne-mingskamer niet bevoegd is ten aanzien van de vaststelling van de verbeurde dwangsommen.

3.10. De Ondernemingskamer stelt voorop dat nu [A] woonachtig is in Spanje en het te dezen gaat om de executie van eventueel na 25 juli 2019 ver-beurde dwangsommen in Spanje, de onderhavige rechtsverhouding valt onder het toepassingsbe-reik van de verordening nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissin-gen in burgerlijke en handelszaken, ook wel de Brussel I bis-verordening of herschikte EEX-ver-ordening genoemd (hierna: herschikte EEX-ver-ordening).

3.11. Artikel 55 van de herschikte EEX-verorde-ning bepaalt dat de in een lidstaat gegeven beslis-singen die een veroordeling tot betaling van een dwangsom inhouden, in de aangezochte lidstaat slechts ten uitvoer kunnen worden gelegd wan-neer het bedrag ervan door het gerecht van her-komst definitief is bepaald. Artikel 2, aanhef en onder f van de herschikte EEXverordening be-paalt dat in deze verordening onder "gerecht van herkomst", wordt verstaan: "het gerecht dat de beslissing heeft gegeven waarvan de erkenning wordt ingeroepen of de tenuitvoerlegging wordt gevorderd".

3.12. In de nog niet herschikte EEX-verordening zoals die tot 10 januari 2015 gold, was in artikel 49 bepaald dat in den vreemde gegeven beslissingen die een veroordeling tot een dwangsom inhouden, in de aangezochte lidstaat slechts ten uitvoer kunnen worden gelegd indien het bedrag ervan *door de gerechten van de lidstaat van herkomst* definitief is bepaald. Een met artikel 2, aanhef en onder f van de herschikte EEX-verordening ver-gelijkbare bepaling kende de oude, nog niet her-

schikte EEX-verordening niet. In het tot 1 maart 2003 geldende EEX-Verdrag was in artikel 43 dezelfde bepaling opgenomen als in artikel 49 van de oude EEX-verordening en ook daarin ontbrak een bepaling als opgenomen in artikel 2, aanhef en onder f van de herschikte EEX-verordening.

3.13. Naar Nederlands procesrecht levert de beslissing waarbij een dwangsom wordt opgelegd tevens een titel op voor de executie van eventueel verbeurde dwangsommen. Daartegen kan vervolgens door degene die de dwangsommen heeft (of zou hebben) verbeurd worden opgekomen in een op grond van artikel 438 lid 1 Rv bij de rechtbank aanhangig te maken executiegeschil.

3.14. In rechtspraak en literatuur werd en wordt tegen deze achtergrond verschillend gedacht over de vraag welk gerecht op grond van artikel 43 EEX-verdrag, althans artikel 49 van de oude EEX-verordening, inmiddels artikel 55 van de herschikte EEX-verordening bevoegd was en is om het bedrag van de veroordeling tot een dwangsom definitief te bepalen; de rechtbank die naar Nederlands recht als executierechter op de voet van artikel 438 Rv beslist over de vraag of, en zo ja tot welk bedrag, dwangsommen zijn verbeurd of het gerecht dat de beslissing heeft genomen waarbij de dwangsom werd opgelegd. De Ondernemingskamer is gelet op die onzekerheid en het belang om daarover ook voor toekomstige gevallen duidelijkheid te verkrijgen voornemens om op de voet van artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken om bij wijze van prejudiciële beslissing dienaangaande een uitspraak te doen. De Ondernemingskamer zal alvorens verder te beslissen partijen in de gelegenheid stellen zich nader uit te laten over de vraag of zij het stellen van een dergelijke prejudiciële vraag wenselijk achten, alsmede over de inhoud van een eventueel aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te richten prejudiciële vraag. In afwachting daarvan zal de Ondernemingskamer de beslissing over haar bevoegdheid ten aanzien van de vaststelling van de verbeurde dwangsommen aanhouden. De Ondernemingskamer ziet evenwel om redenen van proceseconomie aanleiding om, voor het geval dat zij bevoegd is om te beslissen op het verzoek het bedrag van de verbeurde dwangsommen definitief vast te stellen, dienaangaande reeds thans het volgende te overwegen.

#### *de betekening*

3.15. Ingevolge artikel 611a, lid 3 Rv kan een dwangsom niet worden verbeurd vóór de betekening van de uitspraak waarbij zij is vastgesteld. Nu [A] woonplaats heeft in Spanje dient betekening plaats te vinden overeenkomstig het bepaalde in artikel 56 Rv, dat wil zeggen door toezending ter betekening aan de ontvangende instantie in Spanje, of door toezending aan de woonplaats van de geadresseerde per aangetekend schrijven met ontvangstbevestiging of op vergelijkbare wijze, waaronder ook toezending per koerier zoals hier heeft plaatsgevonden. Voor een rechtsgeldige betekening door toezending per aangetekend schrijven met ontvangstbevestiging of op vergelijkbare wijze is ten minste vereist dat blijkt dat het schrijven aan de geadresseerde wordt afgegeven of aan zich op het woonadres van de geadresseerde bevindende volwassen leden van zijn familie die op hetzelfde adres wonen, of personen die door hem op dat adres te werk zijn gesteld (Hof van Justitie van de Europese Unie, 2 maart 2017 ECLI:EU:C:2017:157, rov. 95 en 96).

3.16. In dit geval is van de ontvangende instantie in Spanje geen bericht meer vernomen zodat niet kan worden vastgesteld dat een rechtsgeldige betekening langs die weg heeft plaatsgevonden. De door de deurwaarder van UPS retour ontvangen *Shipment Information* houdt niet meer in dan dat: “The package was refused by the receiver and will be returned to the sender”. Daaruit kan niet worden opgemaakt aan wie de beschikking van de Ondernemingskamer van 25 juli 2019 is aangeboden. Dit betekent dat niet kan worden vastgesteld dat deze is aangeboden aan A, aan zich op diens woonadres bevindende volwassen leden van zijn familie die op hetzelfde adres wonen of personen die door hem op dat adres te werk zijn gesteld. Aldus is niet komen vast te staan dat rechtsgeldige betekening van de beschikking van de Ondernemingskamer van 25 juli 2019 heeft plaatsgevonden.

#### *de verzochte bevelen*

3.17. De verzoeken van Prien Holding en Gravier onder 3, 4 en 6 hebben telkens betrekking op handelen van [A] ten aanzien van de vennootschappen naar Spaans recht Goldvalentin en Kata 10 of een van hun dochtervennootschappen naar Spaans recht. Op deze vennootschappen naar Spaans recht is het Nederlandse enquêterecht niet van toepassing. De Ondernemingskamer is om

die reden niet bevoegd om [A], zoals verzocht, in het kader van de onderhavige procedure, bij wijze van onmiddellijke voorziening te bevelen zich met betrekking tot die vennootschappen te onthouden van enig handelen of hem met betrekking tot die vennootschappen te bevelen bepaalde handelingen te verrichten. De Ondernemingskamer zou daarmee ingrijpen in de vennootschappelijke verhoudingen binnen die Spaanse vennootschappen. De verzoeken onder 3, 4 en 6 zijn om die reden niet toewijsbaar.

3.18. Het verzoek onder 5 betreft het handelen van [A] als pseudo vertegenwoordiger van Prien Holding. [A] heeft niet bestreden dat hij in het *registro mercantil* heeft laten registreren dat op 23 december 2016 een aandeelhoudersvergadering van Goldvalentin heeft plaatsgevonden waarbij zijn benoeming als bestuurder met vier jaar is verlengd en dat Prien Holding voor die vergadering niet is uitgenodigd en daarbij niet aanwezig is geweest. [A] heeft evenmin bestreden dat hij zich op een in het *registro mercantil* vermelde aandeelhoudersvergadering van Goldvalentin van 28 juni 2019, waarvoor Prien Holding evenmin is uitgenodigd en waarbij zij ook niet aanwezig is geweest, met gebruikmaking van een volmacht uit 2004 heeft voorgedaan als vertegenwoordiger van Prien Holding en als zodanig namens Prien Holding heeft gestemd vóór vaststelling van de jaarrekeningen 2017 en 2018 van Goldvalentin. De in 2004 aan [B] en [A] gezamenlijk verstrekte bijzondere machtiging, was uitsluitend bestemd ter uitvoering van een specifieke transactie en bood voor een vertegenwoordiging van Prien Holding door [A] op een aandeelhoudersvergadering van Goldvalentin geen enkele grondslag. [A] doet zich aldus ter zake van de uitoefening van aan Prien Holding toekomende aandeelhoudersrechten welbewust ten onrechte voor als vertegenwoordiger van Prien Holding. [A] dient zich evenwel als middellijk aandeelhouder van Prien Holding en belanghebbende in deze enquêteprocedure te onthouden van gedragingen die de belangen van Prien Holding schaden. [A] heeft tot op heden echter op geen enkele wijze blijk gegeven zich daar iets aan gelegen te laten liggen. Onder die omstandigheden is een onmiddellijke voorziening zoals door Prien Holding verzocht geboden.

3.19. [A] heeft nog betoogd dat hij geen partij is in deze enquêteprocedure omdat hij slechts middellijk, via Mijn Hoek, aandeelhouder is van Prien

Holding en dat om die reden de Ondernemingskamer niet bevoegd is om onmiddellijke voorzieningen te treffen die hem in persoon raken. [A] miskent daarmee dat hij als indirect aandeelhouder, mede op de voet van artikel 2:8 BW zich jegens de vennootschap dient te gedragen naar de eisen van redelijkheid en billijkheid. [A] is in deze procedure als belanghebbende opgeroepen en hij is als zodanig ook verschenen. [A] heeft in die hoedanigheid in deze procedure ook zelf verzoeken aan de Ondernemingskamer gedaan en doet dat nu weer. Als belanghebbende is [A] bovendien in de gelegenheid gesteld tegen de verzoeken van Prien Holding verweer te voeren en hij heeft dat ook gedaan. Onder die omstandigheden kan de Ondernemingskamer zodanige voorzieningen treffen die gelet op de belangen van de vennootschap, in verband met de toestand van de vennootschap zijn vereist, ook als deze [A] persoonlijk raken. De Ondernemingskamer zal bij wijze van onmiddellijke voorziening en voor de duur van het geding, het onder 4. verzochte bevel als na te noemen toewijzen en daaraan een dwangsom verbinden ter grootte van € 1.000.000 per overtreding.

#### *de verzoeken van [B]*

3.20. Het verzoek onder 1 betreft in de kern de vraag of Mijn Hoek en [A] jegens [B] gehouden zijn om in gelijke mate bij te dragen in de door [B] aan Prien Holding en Gravier verstrekte overbruggingslening. Dat is een zuiver vermogensrechtelijk geschil tussen twee aandeelhouders, ter beslechting waarvan het enquêterecht zich niet leent. Het verzoek is reeds daarom niet toewijsbaar.

3.21. Ten aanzien van de verzoeken onder 2 en 3 wordt vooropgesteld dat een verzoek tot vervanging van een bij wijze van onmiddellijke voorziening benoemde bestuurder valt binnen de reikwijdte van art. 2:349a lid 2 BW. Of een zodanig verzoek toewijsbaar is, is mede afhankelijk van een afweging van de betrokken belangen, waaronder in het bijzonder het belang van de desbetreffende vennootschap(en) en de door deze gedreven onderneming. Het verzoek moet worden beoordeeld in het licht van de taken van de bestuurder en de omstandigheden waaronder hij die taken dient te verrichten. Bij die beoordeling past de Ondernemingskamer terughoudendheid: de Ondernemingskamer bestuurt niet zelf en de door haar benoemde bestuurder verricht zijn taak

in beginsel zelfstandig. Bezwaren tegen de wijze waarop de bestuurder zijn taak uitoefent, kunnen slechts leiden tot ontheffing van de bestuurder van zijn functie door de Ondernemingskamer indien de bestuurder kennelijk onredelijk heeft gehandeld of, naar redelijkerwijze is te verwachten, zal handelen.

3.22. Het verzoek Wolters als bestuurder van Prien Holding en Gravier te ontslaan en een nieuwe bestuurder te benoemen berust met name op het tussen [B] en Wolters bestaande verschil van mening over de inhoud van de bij de bespreking op 28 februari 2020 in Madrid gemaakte afspraken. Wolters heeft toegelicht dat als gevolg van de uitspraak van de Spaanse rechter in hoger beroep de vordering van Del Paso op Prien Holding € 740.000 bedroeg in plaats van € 130.000, met als gevolg dat de overbruggingslening onvoldoende ruimte bood om, zoals was afgesproken alle crediteuren van Prien Holding te voldoen. Tegen die achtergrond zijn op 28 februari 2020 in Madrid met [B] nadere afspraken gemaakt die er op neer kwamen dat zowel de opbrengst van de verkoop van het pand door Lumejam van € 600.000 als het resterende bedrag van de overbruggingslening van € 350.000 aan Prien Holding en Gravier zou worden doorbetaald, dat daarmee de crediteuren zoveel mogelijk zouden worden afbetaald en dat geprobeerd zou worden om met Del Paso tot een schikking te komen. Ter onderbouwing heeft Wolters gewezen op zijn e-mail van 4 maart 2020 waarin hij de hiervoor vermelde afspraken aan [B] bevestigde, zoals herhaald in de brief van 9 april 2020 en op de door hem overgelegde verklaringen van de Spaanse advocaten van Prien Holding A. de Vincente en J.L. de Vincente en Turksema die ieder verklaren dat de door Wolters genoemde afspraken op 28 februari 2020 in Madrid met [B] zijn gemaakt. Het is dan ook alleszins begrijpelijk dat Wolters, in het belang van Prien Holding en Gravier van [B] verlangt dat hij die afspraken nakomt. Dat [B] meent dat deze afspraken niet zouden zijn gemaakt en dat hij als gevolg daarvan het vertrouwen in Wolters zou hebben verloren is, maakt niet dat Wolters kennelijk onredelijk handelt of zal handelen door namens Prien Holding en Gravier nakoming van de afspraken te verlangen. Gelet op de onderbouwde toelichting van Wolters, kan niet worden geconstateerd dat Wolters een op voorhand onhoudbaar standpunt inneemt. Voor een verdere inhoudelijke toets is in deze procedure geen plaats; niet

de Ondernemingskamer maar de gewone burgerlijke rechter is bevoegd over dit vermogensrechtelijke geschil te oordelen. Het verzoek Wolters te ontslaan als bestuurder van Prien Holding en Gravier is in het licht van het voorgaande niet toewijsbaar.

*de verzoeken van Mijn Hoek en [A]*

3.23. Ten aanzien van het verzoek Wolters te ontslaan als bestuurder van Prien Holding en Gravier geldt dat uit de eerdere beschikkingen van de Ondernemingskamer en hetgeen hiervoor onder de feiten is overwogen volgt dat Wolters zijn taken als bestuurder van Prien Holding en Gravier onder zeer moeilijke omstandigheden moet vervullen. Hij wordt daarbij geconfronteerd met een voortdurende obstructie door [A], waaronder valse strafklachten, onjuiste perspublicaties, het zich ten onrechte voordoen als vertegenwoordiger van Prien Holding en het niet nakomen van betalingsverplichtingen, waarbij [A] Wolters door een privédetective laat volgen en zelfs het dreigen met geweld en intimidatie niet worden geschuwd. Onder die omstandigheden is het volstrekt begrijpelijk en in het belang van Prien Holding en Gravier dat Wolters terughoudend is om informatie met Mijn Hoek en [A] te delen en dat hij in overleg met [B] de mogelijkheden onderzoekt om verdere tegenwerking door [A] te voorkomen en betaling van de door [A] verschuldigde bedragen af te dwingen. Verder geldt dat duidelijk is dat bij uitblijven van betaling door zowel [A] als [B] Prien Holding niet in staat zal zijn om aan haar opeisbare verplichtingen jegens haar crediteuren te (blijven) voldoen. Onder die omstandigheden dient een prudent handelend bestuurder de afweging te maken of nog een zodanig uitzicht bestaat op het verwerven van (toekomstige) inkomsten dat het verantwoord is dat de vennootschap nieuwe verplichtingen aangaat of dat surseance van betaling of zelfs faillissement moet worden aangevraagd. Wolters heeft die afweging gemaakt. Van kennelijk onredelijk handelen is geen sprake.

3.24. Wolters heeft ten aanzien van de voor zijn werkzaamheden als bestuurder van Prien Holding en Gravier in rekening gebrachte vergoeding toegelicht dat hij met Prien Holding en Gravier een gebruikelijk uurtarief is overeengekomen, dat de door hem op basis daarvan in rekening gebrachte uren en de overige gemaakte kosten telkens zijn verantwoord en in overleg met Schutte in de desbetreffende jaarrekeningen zijn opgeno-

men die door de aandeelhoudersvergaderingen van Prien Holding en Gravier telkens zijn vastgesteld. Het door [A] gestelde tegenstrijdig belang doet zich niet voor. Het feit dat het kantoor van Wolters een van de crediteuren van Prien Holding is maakt dat niet anders. Integendeel, dat Wolters – en ook Schutte – onder de geschetste zeer moeilijke omstandigheden nog steeds bereid zijn om hun werkzaamheden ten behoeve van Prien Holding en Gravier te blijven verrichten, ondanks dat zij daarvoor al gedurende langere tijd geen betaling meer hebben ontvangen, valt alleen maar te waarderen. De verzoeken van [A] zullen worden afgewezen.

3.25. De Ondernemingskamer zal [B], [A] en Mijn Hoek ter zake van de door hen gedane verzoeken als de in het ongelijk gestelde partijen veroordelen in de proceskosten in beide zaken. De beslissing over de proceskosten ter zake van de verzoeken van Prien Holding en Gravier zal worden aangehouden.

#### 4. De beslissing

De Ondernemingskamer:

*in de zaak met zaaknummer 200.190.712/03 OK:* beveelt [A] zich te onthouden van handelingen waarbij hij zich als vertegenwoordiger van Prien Holding uitteef, en bepaalt dat [A] dwangsommen ten gunste van Gravier E. Beheer B.V. verbeurt van € 1.000.000 voor iedere overtreding van dit bevel;

*in alle zaken:*

stelt partijen en belanghebbenden in de gelegenheid zich op een termijn van twee weken na heden uit te laten overeenkomstig hetgeen hiervoor in rov. 3.14 is overwogen;

houdt de beslissing op de verzoeken van Prien Holding B.V. en Gravier E. Beheer B.V. als vermeld in rov. 3.1 onder 1 en 2 aan;

wijst de overige verzoeken af;

veroordeelt Mijn Hoek B.V. en [A] ter zake van de door hen gedane verzoeken in de kosten van het geding (...; *red.*);

veroordeelt [B] ter zake van de door hem gedane verzoeken in de kosten van het geding (...; *red.*);

houdt de beslissing omtrent de proceskosten ter zake van de verzoeken van Prien Holding B.V. en Gravier E. Beheer B.V. aan;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad.

#### NOOT

1. Deze beschikking van de OK hangt samen met het door de OK bevolen onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij twee Nederlandse vennootschappen, Prien Holding BV (hierna: Prien) en Gravier E. Beheer BV (hierna: Gravier) (Hof Amsterdam (OK) 11 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:583 (*Prien*) en Hof Amsterdam (OK) 9 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2259 (*Gravier*)). Uit het feitenrelaas blijkt dat partijen in verschillende – ook strafrechtelijke – procedures in Spanje zijn verwickeld. Voor deze zaak zijn kort gezegd de volgende feiten relevant. De aandelen in Prien en Gravier worden (in)direct gehouden door twee in Spanje woonachtige personen, B en A. Prien en Gravier houden op hun beurt de aandelen in twee naar Spaans recht opgerichte vennootschappen, zijnde Goldvalentin SL (hierna: Goldvalentin) en Lumejan Immobilia SL (hierna: Lumejan). Lumejan is eigenaar van een pand in Madrid. Om het faillissement van Lumejan af te wenden, hebben de door de OK aangestelde bestuurder van Prien en Gravier, B en A besloten dat het pand van Lumejan tegen “*the best market conditions*” zou worden verkocht. De OK heeft bij beschikking van 25 juli 2019, «JOR» 2020/30, m.nt. Smelt, (1) A bevolen zich te onthouden van handelingen die deze verkoop zouden kunnen frustreren en (2) bepaald dat A dwangsommen ten gunste van Gravier verbeurt voor elke dag dat hij geheel of gedeeltelijk dit bevel schendt. Tevens heeft de OK (3) A bevolen zich te onthouden van elke uitlating of gedraging die bedreigend of lasterlijk jegens de door de OK benoemde functionarissen en hun hulpverleners kan worden aangemerkt, een en ander op straffe van een dwangsom. A heeft vervolgens de “best conditions”-afspraken geschonden en heeft zich ook niet aan het tweede door de OK opgelegde bevel gehouden. Prien en Gravier hebben daarop de OK verzocht voor recht te verklaren dat A dwangsommen tot een maximum van € 1.000.000 heeft verbeurt en A te veroordelen tot betaling van dit bedrag. Tevens hebben Prien en Gravier verzocht A te bevelen een aandeelhoudersvergadering van Goldvalentin bijeen te roepen en hem (onder meer) te bevelen dat Prien haar zeggenschapsrechten ter zake de aandelen in Goldvalentin kan uitoefenen. B heeft voorts verzocht (1) Mijn Hoek BV (hierna: Mijn

Hoek) en A hoofdelijk te veroordelen tot het in gelijke mate bijdragen aan de ter zake van aan Prien en Gravier verstrekte overbruggingslening door B, (2) Wolters te ontslaan als bestuurder van Prien en Gravier en (3) een nieuwe bestuurder van Prien en Gravier te benoemen. Mijn Hoek en A vorderen eveneens (onder meer) het ontslag van Wolters als bestuurder van Prien en Gravier. Deze zaak is interessant omdat zich zowel internationaal-privaatrechtelijke elementen voordoen zoals de bevoegdheid van de OK ten aanzien van het opleggen van dwangsommen, als rechtspersoonrechtelijke elementen zoals de vraag of en onder welke omstandigheden aan een belanghebbende een onmiddellijke voorziening kan worden opgelegd.

2. De eerste vraag die rijst is welke rechter bevoegd is tot vaststelling van de verbeurde dwangsommen. Ingevolge art. 55 Verordening Brussel I-bis (Verordening (EU) 1215/2012, *PbEU* 2012, L 351/1) kunnen de in een lidstaat gegeven beslissingen die een veroordeling tot betaling van een dwangsom inhouden, in een andere lidstaat ten uitvoer worden gelegd enkel indien het bedrag ervan door het gerecht van herkomst definitief is bepaald. Dit betekent dat indien Prien en Gravier de eventueel door A verbeurde dwangsommen in Spanje willen executeren, het definitieve bedrag van deze dwangsommen in een afzonderlijke beslissing van de Nederlandse rechter moet worden vastgesteld. Executie van de dwangsommen op basis van het bevel zelf is derhalve niet mogelijk. Een beslissing waarbij een dwangsom wordt opgelegd, levert, anders dan onder het Nederlandse recht, onder de Verordening Brussel I-bis geen voor erkenning en tenuitvoerlegging vatbare rechterlijke beslissing op. Wordt eenmaal in een beslissing het definitieve bedrag aan de verbeurde dwangsommen vastgesteld, dan is sprake van een rechterlijke beslissing in de zin van de Verordening Brussel I-bis die zonder enige tussenkomst van een rechter in een andere lidstaat ten uitvoer kan worden gelegd. Daarvoor is slechts het door het gerecht van herkomst af te geven certificaat van art. 53 Verordening Brussel I-bis nodig. In de onderhavige zaak wijst de OK op de onduidelijkheid van de term "*gerecht van herkomst*", wat ziet op de toepassing van art. 55 van de verordening. Art. 2 sub f Verordening Brussel I-bis definieert het "*gerecht van herkomst*" als het gerecht dat de beslissing heeft gegeven waarvan de erkenning

wordt ingeroepen of de tenuitvoerlegging wordt gevorderd. Aangezien het in casu niet gaat om de (mogelijke) executie in Spanje van het bevel zelf, maar om de daaraan verbonden dwangsommen, staat volgens de OK niet vast welk gerecht onder art. 55 het eindbedrag van de dwangsommen moet bepalen. Is dit de rechter die de dwangsommen aan het bevel heeft verbonden (in casu de OK) of is dit de rechter die naar nationaal recht bevoegd is tot kennisneming van geschillen in verband met de executie van de dwangsommen (in casu zou dit de rechtbank als executierechter zijn)? De OK ziet aanleiding prejudiciële vragen aan het HvJ EU over de uitleg van art. 55 Verordening Brussel I-bis te stellen.

3. Waar het om gaat is hoe ruim het begrip "*gerecht van herkomst*" moet worden uitgelegd. Er is in deze zaak immers nog geen voor tenuitvoerlegging vatbare beslissing inhoudende veroordeling tot betaling van dwangsommen. Hiervoor moet het bedrag vaststaan, en naar Nederlands procesrecht behoort deze discussie tot de exclusieve competentie van de executierechter (lees: de rechtbank in het executiegeschil op grond van art. 438 Rv). De rechter die de dwangsom heeft opgelegd, kan overeenkomstig art. 611d Rv alleen de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten of de dwangsom verminderen indien de veroordeelde blijvend dan wel tijdelijk in de gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid verkeert om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Deze rechter beoordeelt niet of de dwangsommen verbeuren dan wel of hoofdveroordeling waaraan de dwangsomveroordeling is gekoppeld, juist is (zie ook M.B. Beekhoven van den Boezem, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 611d, aant. 3). Het begrip "*gerecht van herkomst*" komt pas in beeld op het moment dat er een voor tenuitvoerlegging vatbare beslissing van een rechter in een lidstaat voorligt. En daarvan is in casu nog geen sprake. Dit brengt dan volgens ons ook mee dat in het onderhavige geval de rechtbank in een executiegeschil op grond van art. 438 Rv had moeten worden geadieerd met het verzoek van Prien en Gravier tot vaststelling van het bedrag aan de door A verbeurde dwangsommen (een en ander in lijn met Hof Amsterdam (OK) 5 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5167, «JOR» 2015/229, m.nt. Van der Korst (*Leaderland*)).

4. De OK wijst er bovendien op dat niet gebleken is dat de beschikking (houdende de aan A opgelegde bevelen) rechtsgeldig conform de EG-Bete-



keningsverordening (Verordening (EG) 1393/2007, *PbEU* 2007, L 324/79) is betekend. De beschikking is kennelijk per koerier verzonden, waarna het stuk is geweigerd zonder dat duidelijk is wie het stuk heeft geweigerd. Dit betekent dan ook dat ingevolge art. 611a lid 3 Rv de dwangsommen nog niet (kunnen) zijn verbeurd. Was hier gekozen voor een betekening overeenkomstig art. 4 EG-Betekenningsverordening via de verzendende en de ontvangende instantie, dan had de beschikking van de OK direct aan A moeten worden betekend en had A de ontvangst slechts met inachtneming van art. 8 EG-Betekenningsverordening (taalvereisten) kunnen weigeren.

5. De OK heeft de partijen en belanghebbenden in de gelegenheid gesteld om zich uit te laten over het stellen van een prejudiciële vraag over het hierboven onder 2 en 3 overwogene. De partijen hebben de OK verzocht om van het stellen van de prejudiciële vragen af te zien. Bij haar beschikking van 10 november 2020 («JOR» 2021/11) heeft de OK zich uiteindelijk onbevoegd verklaard om van het verzoek tot het vaststellen van de verbeurde dwangsommen kennis te nemen en de zaak op de voet van art. 73 Rv naar de Rechtbank Amsterdam verwezen. Wat betreft het verzoek van Gravier is weliswaar de Rechtbank Noord-Holland bevoegd, maar gelet op de verknochtheid van beide zaken verwijst de OK deze zaak ook naar de Rechtbank Amsterdam. De OK overweegt dat art. 55 Verordening Brussel I-bis niet ingrijpt in de nationale procesorde van de lidstaten, waaronder regels van absolute en relatieve competentie. Dit artikel beoogt slechts internationale tenuitvoerleggingsproblemen te voorkomen. Dit brengt mee dat overeenkomstig art. 438 Rv de gewone burgerlijke rechter bevoegd is tot kennisneming van het ingestelde verzoek tot vaststelling van de verbeurde dwangsommen.

6. De OK wijst af de verzoeken van Prien en Gravier die ten doel hadden zeggenschapsrechten aanzien van Goldvalentin uit te oefenen. De OK overweegt dat het Nederlandse enquêterecht niet van toepassing is nu de governance van Goldvalentin door Spaans recht wordt beheerst. Wat betreft een buitenlandse vennootschap mag zij slechts een bevel gelasten tot inzage in boeken en bescheiden van een buitenlandse vennootschap die nauw verbonden is met een onder het Nederlandse enquêterecht vallende vennootschap (zie ook P. Vlas, *Rechtspersonen*, Prak-

tijkreeks IPR, deel 9, Maklu 2017, nr. 331-332 en G. van Solinge, *Buitenlandse partijen in de enquêteprocedure*, Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006, Deventer: Kluwer 2005, par. 5). Wij vragen ons af of de Nederlandse rechter op basis van Verordening Brussel I-bis überhaupt – ook buiten de context van een enquêteprocedure – rechtsmacht heeft om een dergelijke voorziening te treffen. De betrokken vennootschappen zijn immers in Spanje gevestigd, net als A, die in Spanje woont. Evenmin sorteren de bij wijze van een bevel te treffen voorzieningen effect in Nederland, nu het gaat om uitoefening van zeggenschapsrechten in een naar Spaans recht opgerichte vennootschap respectievelijk die betrekking hebben op in Spanje gelegen vermogen.

7. Het verzoek A bij wijze van onmiddellijke voorziening te bevelen zich te onthouden van handelingen waarbij hij zich als vertegenwoordiger van Prien uitgeeft op straffe van een dwangsom van € 1.000.000 per overtreding wijst de OK toe. A doet zich ter zake van de uitoefening van aan Prien toekomende aandeelhoudersrechten volgens de OK welbewust en ten onrechte voor als vertegenwoordiger van Prien. Daarbij overweegt de OK dat de in 2004 aan B en A gezamenlijk verstrekte bijzondere machtiging uitsluitend was bestemd voor de uitvoering van een specifieke transactie en deze daarom geen enkele grondslag bood voor een vertegenwoordiging van Prien door A op een aandeelhoudersvergadering van Goldvalentin. Het verweer van A dat hij geen partij is bij de enquêteprocedure en slechts middellijk aandeelhouder is van Prien en om die reden de OK niet bevoegd zou zijn om onmiddellijke voorzieningen te treffen die hem in persoon raken, wijst de OK van de hand. Als indirect aandeelhouder dient A zich mede gelet op art. 2:8 BW jegens de vennootschap te gedragen naar de eisen van redelijkheid en billijkheid. Daarnaast is A als belanghebbende in de procedure opgeroepen, als zodanig verschenen en heeft hij in die hoedanigheid ook zelf verzoeken aan de OK gedaan, waarbij hij als belanghebbende voldoende in de gelegenheid is gesteld tegen de verzoeken van Prien verweer te voeren en heeft hij dat ook gedaan. Onder die omstandigheden kan de OK voorzieningen treffen die gelet op de belangen van de vennootschap zijn vereist. Het feit dat deze A persoonlijk raken, doet daar niet aan af. Dit oordeel van de OK is in lijn met de vereisten

die de wet stelt en de belangenafweging die de OK in dit kader dient te maken (zie F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, § 8.4.3.2 en 8.4.3.3. Zie daarbij ook Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2006, *ARO* 2006/30 (*Global Green*); Hof Amsterdam (OK) 17 maart 2005, *ARO* 2005/39 (*Masa Transportation*)). De koers van de OK is bovendien consistent met de Leaderland-beschikkingen (zie o.a. Hof Amsterdam (OK) 11 juli 2014, *ECLI:NL:GHAMS:2014:2767 (Leaderland)* r.o. 3.8), waarin een Russische belanghebbende wonende te België veroordeeld werd tot het overleggen van de volledige administratie van Leaderland c.s. op straffe van een dwangsom.

8. De reikwijdte van het enquêterecht strekt niet tot vermogensrechtelijke geschillen. Dat is niets nieuws. Het verzoek van B wat betreft de vraag of Mijn Hoek en A jegens B gehouden zijn in gelijke mate bij te dragen in de door B aan Prien en Gravier verstrekte overbruggingslening wordt om die reden terecht niet toegewezen door de OK (r.o. 3.20). Dit kan slechts anders zijn als het geschil van vermogensrechtelijke aard doorwerkt binnen de vennootschapsrechtelijke verhoudingen (zie HR 18 november 2005, *ECLI:NL:PHR:2005:AU2465, NJ* 2006/173, m.nt. Maeyer, «JOR» 2005/295, m.nt. Brink (*Unilever/Dreesman*) en Hof Amsterdam 13 juni 2013, *ECLI:NL:GHAMS:2013:2334 (Verwater/Audex)*). Hier is echter geen sprake van.

9. De OK stelt bij het verzoek van B, A en Mijn Hoek tot het ontslag van de door de OK bij Prien en Gravier benoemde bestuurder – Wolters – voorop dat een verzoek tot vervanging van een bij wijze van onmiddellijke voorziening benoemde bestuurder valt binnen de reikwijdte van art. 2:349a lid 2 BW. De beoordelingsvrijheid van de OK is in dit kader aanzienlijk. In r.o. 3.21 van de beschikking schetst de OK vervolgens uitgebreid het relevante juridische kader. Los van de belangenafweging dient het verzoek te worden beoordeeld in het licht van de taken van de bestuurder en de omstandigheden waaronder hij deze dient te verrichten. Bovendien geldt dat slechts sprake kan zijn van ontheffing van de bestuurder uit zijn functie als de bestuurder kennelijk onredelijk heeft gehandeld of, naar redelijkerwijze is te verwachten, zal gaan handelen (zie HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/389, m.nt. Van Schilfgaarde, r.o. 3.2.3). De lat ligt dus hoog. Daarbij is terughoudendheid

geboden omdat de OK niet op de stoel van de bestuurder mag gaan zitten, en ook rekening moet worden gehouden met het feit dat OK-functionarissen regelmatig onder lastige omstandigheden opereren en zodoende enige mate van bescherming is geboden. De OK wijst het verzoek tot ontslag van Wolters af. Aan het verzoek tot het ontslag van Wolters lag ten grondslag dat hij nakoming van gemaakte afspraken nastreefde, en daaruit volgt eigenlijk al dat het verzoek weinig slagingskans had.

10. Die lastige omstandigheden waar wij het juist al over hadden, waren ook in deze zaak aan de orde. De OK heeft sympathie voor Wolters, die te maken heeft met “voortdurende obstructie onder dreigingen met geweld en intimidatie”. Ondanks die setting slaagt Wolters er volgens de OK in als prudent handelend bestuurder een afwezig te maken of nog uitzicht bestaat op het verwerven van (toekomstige) inkomsten zodanig dat het verantwoord is dat de vennootschap nieuwe verplichtingen aangaat of dat surseance van betaling respectievelijk het faillissement moet worden aangevraagd. Van kennelijk onredelijk handelen is aldus geen sprake (r.o. 3.23), en die uitkomst lijkt alleszins een redelijke.

mr. M. Zilinsky  
adviseur bij Houthoff/universitair docent internationaal privaatrecht, Vrije Universiteit Amsterdam

mr. J.W. de Groot  
advocaat bij Houthoff

### Tenuitvoerlegging dwangsombeschikking OK op basis van art. 55 Brussel I-bis

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

10 november 2020, zaaknrs. 200.182.438/03 OK, 200.182.438/04 OK, 200.190.772/03 en 04 OK, ECLI:NL:GHAMS:2020:3073 (mr. Vink, mr. Makkink, mr. Tillema, drs. Scheltema, drs. Tiemstra RA)  
Noot mr. M. Zilinsky en mr. J.W. de Groot onder «JOR» 2021/10

**Enquêteprocedure Prien Holding. OK stelt geen prejudiciële vraag aan HvJ EU. Voor tenuitvoerlegging dwangsombeschikking op grond van art. 55 Brussel I-bis is vereist dat bedrag van verbeurde dwangsom definitief is bepaald. Geschil over tenuitvoerlegging van dwangsombeschikking OK behoort op grond van art. 438 Rv tot competentie van gewone burgerlijke rechter. Verwijzing naar OK 5 december 2014, «JOR» 2015/229, m.nt. Van der Korst (Leaderland).**

[Brussel I-bis art. 55; Rv art. 438]

Partijen hebben de OK allen verzocht af te zien van het stellen van een prejudiciële vraag aan het HvJ EU. Gelet daarop en mede in aanmerking nemende dat Prien Holding inmiddels in staat van faillissement is verklaard waardoor zij eens te meer belang heeft bij een spoedige afwikkeling van deze zaak, beantwoordt de OK zelf de vraag of zij gelet op art. 55 Brussel I-bis bevoegd is vast te stellen of, en zo ja tot welk bedrag, [A] dwangsommen heeft verbeurd.

In haar beschikking van 5 december 2014, «JOR» 2015/229, m.nt. Van der Korst (Leaderland), r.o. 1.9, heeft de OK overwogen dat een beslissing op een verzoek dat betrekking heeft op een geschil dat in verband met de executie van een eerdere dwangsombeschikking van de OK is gerezen op de voet van art. 438 Rv tot de competentie van de gewone burgerlijke rechter behoort. De OK ziet geen grond, ook niet in het licht van de tekstuele wijziging ten opzichte van de nog niet herschikte

EEX-verordening (zie 3.11 en 3.12 van de beschikking van 25 augustus 2020, «JOR» 2021/10), van dit oordeel terug te komen.

Naar Nederlands recht kan de dwangsom ten uitvoer worden gelegd krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld (dat wil zeggen: opgelegd), zodat geen tweede procedure behoeft te worden gevoerd en geen nieuwe titel vereist is (art. 611c, tweede volzin, Rv). Hoofregel is dat een in een lidstaat gegeven beslissing die in die lidstaat uitvoerbaar is, in andere lidstaten uitvoerbaar is zonder dat een verklaring van uitvoerbaarheid is vereist (art. 39 Brussel I-bis). Art. 55 Brussel I-bis betreft een uitzondering op die hoofregel en bepaalt dat voor de tenuitvoerlegging in de aangezochte lidstaat het bedrag van de verbeurde dwangsom definitief (waarmee niet is bedoeld: onherroepelijk) moet zijn bepaald door het gerecht van herkomst. Deze uitzondering is ingegeven door de verschillen tussen de nationale rechtsstelsels van de lidstaten op het punt van dwangsommen en beoogt te voorkomen dat in het internationale verkeer moeilijkheden ontstaan bij de tenuitvoerlegging.

Tegen die achtergrond neemt de OK tot uitgangspunt dat art. 55 Brussel I-bis, opgenomen in hoofdstuk III ("Erkenning en tenuitvoerlegging"), niet beoogt in te grijpen in de nationale procesorde van de lidstaten, waaronder regels van absolute en relatieve competentie, maar slechts ten doel heeft om internationale tenuitvoerleggingsproblemen te voorkomen. Overeenkomstig het Nederlandse burgerlijk procesrecht is daarom, op de voet van art. 438 Rv, de gewone burgerlijke rechter bevoegd kennis te nemen van de onderhavige verzoeken. De OK voegt daaraan nog toe dat er ook geen aanwijzingen zijn dat met de wijziging van de tekst van art. 55 Brussel I-bis ten opzichte van de eerder geldende tekst van art. 49 EEX-verordening ("gerecht van herkomst" in plaats van "gerechten van herkomst") een inhoudelijke wijziging is beoogd, in die zin dat het artikel thans voorziet in een exclusieve bevoegdheid voor de rechter die de dwangsom heeft opgelegd. Een dergelijke bemoeienis met het nationale procesrecht ligt ook niet voor de hand. Het "gerecht van herkomst" (volgens de definitie van art. 2, aanhef en onder f, Brussel I-bis "het gerecht dat de beslissing heeft gegeven waarvan de erkenning wordt ingeroepen of de tenuitvoerlegging wordt gevorderd") is in het kader van art. 55 Brussel I-bis derhalve het gerecht dat volgens de nati-