

Publicatie

Auteurs: Th. D. van der Sanden
Verschenen in: Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht, aflevering 3
Datum: 25 juli 2025
Titel: Onmiddellijkheidsbeginsel: rechterswisseling in ondernemingskamer

Hoge Raad
24 januari 2025, nr. 24/00695,
ECLI:NL:HR:2025:114
(mr. Tanja-van den Broek, mr. Du
Perron, mr. Wattendorff)
(Concl. A-G Assink)
Noot mr. Th.D. van der Sanden, onder
«JBPr» 2025/35.

Onmiddellijkheidsbeginsel. Mondelinge behandeling. Rechterswissel. Meervoudige kamer.

[Rv art. 15 lid 2, 16 lid 3]

*Rechtspraak rechterswisseling ook van
toepassing op raden (niet-rechters) in
zaken die door de Ondernemingskamer
worden behandeld.*

1. *[Eiseres 1] B.V.* te [plaats],
hierna: [eiseres 1],
2. *[eiser 2]* te [plaats],
3. *[eiseres 3]* te [plaats],
eisers tot cassatie,
verweerders in het voorwaardelijke
incidentele cassatieberoep,
hierna gezamenlijk: [eisers],
advocaat: M.E. Bruning,
tegen
1. *[verweerster 1] B.V.* te [plaats],
hierna: [verweerster 1],
verweerster in cassatie,
eiseres in het voorwaardelijke incidentele
cassatieberoep,

advocaat: D. Rijpma,
2. *[verweerder 2]* te [plaats],
hierna: [verweerder 2],
verweerder in cassatie,
niet verschenen,
hierna gezamenlijk: [verweerders].

Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Assink)

Inleiding

Deze zaak betreft een
uitstotingsprocedure op basis van de
wettelijke geschillenregeling (afdeling
2.8.1 BW), in hoger beroep aanhangig bij
de ondernemingskamer van het
gerechtshof Amsterdam (hierna: de OK).
Terecht wordt door [eiseres] én
[verweerster 1] erover geklaagd dat in
hoger beroep, na de mondelinge
behandeling en twee tussenarresten, in
de OK een combinatiewisseling heeft
plaatsgevonden (twee van de drie
raadsheren en beide raden) zonder dat
deze wisseling door de OK vóór het
wijzen en uitspreken van het eindarrest
aan partijen is medegedeeld.

1. Feiten

In cassatie kan worden uitgegaan van de
volgende feiten.¹

1.1. De aandelen in [de BV] (hierna: de
bv) werden gehouden door [eiseres 1]
en [verweerster 1], ieder voor 50%.

¹ Ontleend aan rov. 3.1-3.5 van Hof
Amsterdam (OK) 30 november 2021,
ECLI:NL:GHAMS:2021:3966 en hier vèrgaand

samengevat. De cassatieklachten vergen geen
uitgebreidere weergave van de feiten.

1.2. [eiser 2] houdt alle aandelen in [eiseres 1] en is haar enig bestuurder. Zijn broer [verweerder 2] evenzo met betrekking tot [verweester 1].

1.3. Op 30 november 2012 hebben de broers namens [eiseres 1] respectievelijk [verweester 1] een vaststellingsovereenkomst gesloten. Deze voorzag onder andere in overdracht door [eiseres 1] aan [verweester 1] van de door [eiseres 1] gehouden aandelen in de bv.

2. Procesverloop

In cassatie kan worden uitgegaan van het volgende procesverloop.²

In eerste aanleg

2.1. Bij dagvaarding van 31 juli 2014 heeft [eiseres] bij de rechtbank Noord-Holland een procedure tegen (onder anderen) [verweester] aanhangig gemaakt.³ Op 18 december 2019 is een eindvonnis uitgesproken (hierna: het vonnis).⁴

In hoger beroep

2.2. Bij appeldagvaarding van 13 januari 2020 is [eiseres] bij het gerechtshof Amsterdam in hoger beroep gekomen van, onder andere, het vonnis. Het hoger

beroep is in behandeling genomen door de OK.

2.3. Op 3 juni 2021 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden ten overstaan van mr. M.M.M. Tillema, mr. A.J. Wolfs en mr. A.W.H. Vink als raadsheren en prof. dr. mr. F. van der Wel RA en drs. A.G. Thomassen RT REP als raden. Tijdens de mondelinge behandeling is (onder andere) de onderhavige zaak inhoudelijk behandeld.⁵ De advocaten hebben de standpunten van de verschillende partijen toegelicht aan de hand van overgelegde spreek aantekeningen, wat een van de advocaten betreft onder overlegging van een van tevoren toegestuurde nadere productie. Partijen en hun advocaten hebben vragen van de OK beantwoord en inlichtingen verstrekt. Voorts hebben partijen daar afspraken gemaakt met betrekking tot een poging hun geschillen in minnelijk overleg te regelen. Van de mondelinge behandeling is een proces-verbaal opgemaakt.⁶

2.4. Op 30 november 2021 en 5 april 2022 zijn in de onderhavige zaak tussenarresten uitgesproken, die zijn gewezen door de OK in de onder 2.3 hiervoor genoemde combinatie van

² De cassatieklachten vergen geen uitgebreidere weergave van het procesverloop. In zijn redactionele aantekening bij Hof Amsterdam (OK) 30 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3966 (in ARO 2022/19) schetst J.H.M. Willems de bredere procedurele voorgeschiedenis van het geschil tussen o.a. [eiser 2] / [eiseres 1] en [verweerder 2] / [verweester 1], door hem kortweg geduid (in nr. 1 aldaar) als "een Attische tragedie" bij de OK waarvan voornoemd arrest "de elfde akte vormt, overigens in twee delen". Zie bijv. ook C.D.J. Bulten in JOR 2022/282, nr. 1, die erop wijst dat de broers ([eiser 2] en [verweerder 2] dus) samen een [de BV] hadden, maar dat

er na zoveel jaar procederen (toen acht, thans alweer tien) "van "samen" niets meer over is".

³ Met zaakkenmerk C/14/157293/HA ZA 14-321. De parallelle verwikkelingen waarvan in de stukken sprake is, kan ik hier laten rusten.

⁴ Zie Rb. Noord-Holland 18 december 2019, zaakkenmerk C/14/157293/HA ZA 14-321.

⁵ Met zaakkenmerk 200.274.959/01 OK (door de OK aangeduid als "Bodemprocedure I"). De andere zaak heeft zaakkenmerk 200.267.151/01 OK (door haar aangeduid als "Bodemprocedure II").

⁶ Zie bijv. ook p. 4 (onder "In beide zaken") van Hof Amsterdam (OK) 30 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3966.

raadsheren en raden (hierna: de tussenarresten).⁷

2.5. Op 28 november 2023 is in de onderhavige zaak eindarrest uitgesproken, dat is gewezen door de OK in een gewijzigde combinatie bestaande uit mr. A.W.H. Vink, mr. D. Kingma en mr. J.M. de Jongh als raadsheren en prof. dr. mr. A.J.C.C.M. Loonen en dr. M.J.R. Broekema RV als raden (hierna: het eindarrest).⁸

In cassatie

2.6. Bij procesinleiding van 28 februari 2024 heeft [eiseres] (tijdig) cassatieberoep ingesteld van de tussenarresten en van het eindarrest.

2.7. [verweerster 1] heeft een verweerschrift ingediend en incidenteel cassatieberoep ingesteld van het eindarrest. [verweerder 2] is niet verschenen, hem is verstek verleend.⁹

2.8. [eiseres] heeft een verweerschrift in het incidentele cassatieberoep ingediend.

2.9. [verweerster 1] heeft haar standpunt schriftelijk doen toelichten.

2.10. [eiseres] heeft gerepliceerd.

3. Bespreking van het principale cassatieberoep en het incidentele cassatieberoep

⁷ Zie Hof Amsterdam (OK) 30 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3966 en Hof Amsterdam (OK) 5 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1299. De tussenarresten betreffen beide zaken, dus die met zaakkenmerk 200.274.959/01 OK ("Bodemprocedure I") en die met zaakkenmerk 200.267.151/01 OK ("Bodemprocedure II"). Voor laatstgenoemde zaak, dus die met zaakkenmerk 200.267.151/01 OK, is het arrest van 30 november 2021 een tussenarrest en het arrest van 5 april 2022 een eindarrest. Eerstgenoemd arrest bevat overigens ook een beslissing van de OK in een incident op de voet van art. 223 Rv. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 28 november 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:3011, rov. 1.

3.1. Het cassatiemiddel in het principale cassatieberoep van [eiseres] bevat twee onderdelen (1-2) en kennelijk een separate voortbouwklacht (p. 4 van de procesinleiding), alle gericht tegen het eindarrest.

3.2. Voor zover dit cassatieberoep is ingesteld tegen de tussenarresten¹⁰ voldoet de procesinleiding niet aan de daaraan uit hoofde van art. 407, aanhef en onder d Rv te stellen eisen, nu zij niet de omschrijving bevat van de middelen waarop het beroep in cassatie in zoverre steunt. Want kenbare klachten van [eiseres] gericht tegen oordelen en/of overwegingen in de tussenarresten ontbreken.¹¹ In zoverre dient dit cassatieberoep te worden verworpen.¹²

3.3. In het principale cassatieberoep refereert [verweerster 1] zich ten aanzien van onderdeel 1 zijdens [eiseres] aan het oordeel van de Hoge Raad, en voert [verweerster 1] verweer tegen onderdeel 2 van [eiseres]¹³

3.4. Het cassatiemiddel in het incidentele cassatieberoep van [verweerster 1] bevat één klacht. Die luidt:

"De OK heeft het recht geschonden op de gronden aangevoerd in onderdeel 1 van het principale cassatiemiddel van

⁸ Zie Hof Amsterdam (OK) 28 november 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:3011.

⁹ Op 12 april 2024 is aan zowel [verweerster 1] als [verweerder 2] verstek verleend. Nadien, op 14 juni 2024, is dit verstek door [verweerster 1] gezuiverd, niet door [verweerder 2].

¹⁰ Zie de procesinleiding, p. 1-2, 4

¹¹ Zie de procesinleiding, p. 2-4

¹² Zie bijv. HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2223, *RvdW* 2016/1011; HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:144, *RvdW* 2018/224; en HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1342, *RvdW* 2021/930.

¹³ Zie ook de schriftelijke toelichting zijdens [verweerster 1], nr. 1 (inzake onderdeel 1 van [eiseres]) en nrs. 2.1-2.3 (inzake onderdeel 2 van [eiseres]).

[eiseres 1], dat als hier herhaald en ingelast geldt”.

Dit cassatieberoep is voorwaardelijk ingesteld, in die zin dat onderdeel 1 van [eiseres] slaagt: in dat geval voert [verweerster 1] bij wege van eigen klacht hetzelfde aan als is vervat in dit onderdeel 1.¹⁴ Ten aanzien van deze klacht van [verweerster 1] refereert [eiseres] zich op haar beurt.

Onderdeel 1 van [eiseres] en klacht van [verweerster 1]

3.5. In onderdeel 1 klaagt [eiseres]¹⁵ in de kern als volgt. De OK heeft partijen en hun advocaten niet vóór het eindarrest mededeling gedaan van de rechterswisseling waarbij de raadsheren mr. M.M.M. Tillema en mr. A.J. Wolfs en de raden prof. dr. mr. F. van der Wel en drs. A.G. Thomassen RT REP (ten overstaan van wie, samen met raadsheer mr. A.W.H. Vink, de mondelinge behandeling van 3 juni 2021 heeft plaatsgevonden en die vermeld staan in de tussenarresten) allen tegelijkertijd zijn vervangen door de raadsheren mr. D. Kingma en mr. J.M. de Jongh en de raden prof. dr. mr. A.J.C.C.M. Loonen en dr. M.J.R. Broekema RV. Hiermee heeft de OK miskend dat ook in gevallen als het onderhavige een rechterlijke beslissing die mede wordt genomen op de grondslag van een voorafgaande mondelinge behandeling in beginsel behoort te worden gegeven door de rechters c.q. raadsheren/raden ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden,

teneinde te waarborgen dat het verhandelde ter zitting daadwerkelijk wordt meegewogen bij de totstandkoming van die beslissing. En dat de OK gehouden was partijen vóór de einduitspraak mede te delen dat sinds de mondelinge behandeling de rechterswisseling noodzakelijk was gebleken, zodat partijen de gelegenheid hadden gehad een nadere mondelinge behandeling te verzoeken ten overstaan van de rechters c.q. raadsheren/raden door wie de einduitspraak zou worden gedaan.¹⁶

3.6. Zoals gezegd: in het principale cassatieberoep refereert [verweerster 1] zich inzake onderdeel 1 van [eiseres] aan het oordeel van de Hoge Raad. In haar incidentele cassatieberoep voert [verweerster 1] bij wege van eigen klacht hetzelfde aan als is vervat in dit onderdeel 1, ingeval dit onderdeel 1 slaagt. En ten aanzien van deze klacht van [verweerster 1] refereert [eiseres] zich op haar beurt. Zie onder 3.3-3.4 hiervoor.

Behandeling

3.7. Onderdeel 1 van [eiseres] treft doel, de klacht van [verweerster 1] dus ook. Ik leg uit waarom en bezie tevens de consequentie daarvan.

3.8. Een rechterlijke beslissing die mede wordt genomen op de grondslag van een voorafgaande mondelinge behandeling moet, behoudens bijzondere

¹⁴ Zie ook de toelichting op p. 2 van [verweerster 1]’s verweerschrift (“Indien onderdeel 1 (...) zou slagen”, etc.) en noot 1 aldaar. Alsmede het verweerschrift zijdens [eiseres] in het incidentele cassatieberoep, p. 1 en de repliek zijdens [eiseres], nr. 2, waaronder: “Partijen zijn erover eens en onderschrijven dat de niet gemelde

rechterswissel vóór de einduitspraak moet leiden tot cassatie en terugverwijzing”.

¹⁵ Met als opschrift: “OK heeft van ‘rechterswisseling’ voor eindarrest ten onrechte geen mededeling gedaan”.

¹⁶ Daarbij verwijst het onderdeel naar art. 134 Rv, art. 6 EVRM, het onmiddellijkheidsbeginsel en Hoge Raad-rechtspraak.

omstandigheden,¹⁷ worden gegeven door de rechter(s) ten overstaan van wie die mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden om te waarborgen dat het verhandelde daadwerkelijk wordt meegewogen bij de totstandkoming van die beslissing, aldus vaste rechtspraak.¹⁸ Aangenomen dient m.i. te worden dat wat is verhandeld op een mondelinge behandeling waarbij de zaak inhoudelijk is behandeld, de daaropvolgende rechterlijke beslissing(en) in die zaak zal (kunnen) beïnvloeden.¹⁹ Een vervanging van (een aantal van) de rechter(s) ten overstaan van wie zo'n mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, moet dan ook worden verondersteld de partijbelangen te raken, ongeacht de inhoud van de na die vervanging tot stand gekomen rechterlijke beslissing(en).

3.9. In het arrest van 20 maart 2020 overwoog de Hoge Raad ter zake onder andere:²⁰

(i) dat indien op enig moment na de mondelinge behandeling vervanging noodzakelijk blijkt van een of meer

rechters ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, het gerecht dit voorafgaand aan de eerstvolgende uitspraak dient mede te delen aan partijen, onder opgave van de reden(en) voor de vervanging en de beoogde uitspraakdatum,

(ii) dat het vermelde onder (i) geldt voor elke uitspraak²¹ waarin een rechter ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden voor het eerst door een andere rechter wordt vervangen,

(iii) dat elk van de bij de mondelinge behandeling verschenen partijen vervolgens (en binnen een bepaalde termijn) mag verzoeken om een nadere mondelinge behandeling ten overstaan van de rechter(s) door wie de uitspraak zal worden gewezen, en

(iv) dat aan schending van deze regels pas rechtsgevolg zal kunnen worden verbonden indien de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden na 20 maart 2020 en vervolgens sprake is geweest van een rechterswisseling.²²

¹⁷ Zo kan een rechter in de loop van de behandeling van een zaak defungeren, overlijden of langdurig ziek worden

¹⁸ Zie HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, NJ 2015/181, rov. 3.4.2-3.4.3, en nadien bijv. HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662, NJ 2019/144, rov. 3.3; HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, RvdW 2018/86, rov. 3.4.5; HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264, NJ 2019/145, rov. 3.4.5; en HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:726, NJ 2022/87, rov. 3.2.3, alsook de in noten 20 en 22 hierna vermelde rechtspraak.

¹⁹ Zie bijv. W.D.H. Asser in NJ 2015/181, nr. 1 en in NJ 2019/147, nr. 3.1.4.

²⁰ Zie HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:472, NJ 2022/86, rov. 3.4.3-3.4.4, 3.4.6.

²¹ Dus ongeacht of het de eerste uitspraak na de mondelinge behandeling is. Op dit punt

kwam de Hoge Raad terug van HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662, NJ 2019/144, rov. 3.7.3.

²² Zie nadien ook HR 30 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1711, NJ 2022/88, rov. 3.2.3; HR 30 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1712, RvdW 2020/1147, rov. 3.2.3; HR 7 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:700, NJ 2021/188, rov. 3.1.3; en HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:826, RvdW 2023/623, rov. 3.1.2. In HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:472, NJ 2022/86, rov. 3.3.6 is ook benadrukt dat er niet zoiets is als "een uit het onmiddellijkheidsbeginsel voortvloeiende algemene regel die inhoudt dat het niet is toegestaan om rechters te vervangen zonder partijen daarover op voorhand te informeren en zonder opgave van een reden, terwijl er ook geen kenbare reden is voor de rechterswisselingen". Want: "Een dergelijke regel volgt niet uit het

3.10. Dit mede tegen de achtergrond van het volgende:²³

“Gebleken is dat een systeem waarin het aan partijen is om na de eerste uitspraak die op de mondelinge behandeling volgt, navraag bij het gerecht te doen over een mogelijke rechterswisseling, voor de procespartijen niet goed werkbaar is, omdat niet steeds een voor de hand liggend moment valt aan te wijzen voor het opvragen van deze informatie. Dit systeem bergt daardoor het risico in zich dat onvoldoende is gewaarborgd dat het tijdens de mondelinge behandeling verhandelde daadwerkelijk wordt meegewogen bij de totstandkoming van daarop volgende beslissingen. Zoals in rov. 3.7.2 van het arrest van 15 april 2016 is overwogen, is anderzijds een stelsel waarin telkens op zaaksinhoudelijke gronden moet worden beslist of aan partijen mededeling moet worden gedaan van een rechterswisseling, voor de administratie van de gerechten evenmin eenvoudig werkbaar. Aan beide bezwaren kan recht worden gedaan door een stelsel waarin het gerecht gehouden is om van elke rechterswisseling na een mondelinge behandeling mededeling te doen”.

3.11. Het praktische devies aan gerechten onder dit vanaf 20 maart 2020 geldende regime is, kort gezegd, om van

elke rechterswisseling na een mondelinge behandeling mededeling te doen als bedoeld onder 3.9 sub (i) hiervoor, tenzij zich een uitzonderingsgrond voordoet.

3.12. Gelet op 2.3-2.5 hiervoor heeft in de onderhavige zaak na 20 maart 2020, want na de mondelinge behandeling van 3 juni 2021 (waarbij die zaak inhoudelijk is behandeld) en de tussenarresten, een combinatiewisseling in de OK plaatsgevonden.

3.13. Op mijn verzoek heeft de griffe van de Hoge Raad op 21 oktober 2024 ter zake bij e-mail navraag gedaan bij de OK. Haar voorzitter antwoordde op 28 oktober 2024 bij e-mail dat hij na enig naspeuren kon laten weten dat zijdens de OK geen mededeling door haar aan partijen van voornoemde combinatiewisseling is aangetroffen, en dat de OK daarom ervan uitgaat dat deze mededeling niet is gedaan. Het lijkt er dus op dat indertijd zijdens de OK niet is stilgestaan bij het doen van deze mededeling.

3.14. Uit het voorgaande volgt dat het eindarrest mede is gewezen op de grondslag van de mondelinge behandeling van 3 juni 2021.²⁴ Verder volgt daaruit dat na deze mondelinge behandeling, want na de tussenarresten en vóór het wijzen en uitspreken van het

onmiddellijkheidsbeginsel”. De “verplichting van het gerecht om aan partijen mededeling te doen van een rechterswisseling, heeft betrekking op de situatie dat een rechterswisseling plaatsvindt na een mondelinge behandeling”.

²³ Zie HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:472, NJ 2022/86, rov. 3.4.2.

²⁴ Zie ook rov. 1 van het eindarrest over “het verloop van de gedingen in hoger beroep”, waarvoor de OK verwijst naar Hof Amsterdam (OK) 5 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1299. In rov. 1 van laatstgenoemd arrest verwijst de OK voor “het

verloop van de gedingen in hoger beroep” naar Hof Amsterdam (OK) 30 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3966. Op p. 4 van laatstgenoemd arrest memoreert de OK o.a. dat “beide zaken” zijn behandeld op de mondelinge behandeling van 3 juni 2021, zoals daar nader uiteengezet (samengevat onder 2.3 hiervoor). Zie voorts het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 3 juni 2021 en de bij die gelegenheid voorgedragen/overgelegde spreekantekeningen, die onderstrepen dat bij die mondelinge behandeling (ook) de onderhavige zaak inhoudelijk is behandeld.

eindarrest, een combinatiewisseling in de OK heeft plaatsgevonden. En dat de OK niet de onder 3.9 sub (i) hiervoor bedoelde mededeling van die combinatiewisseling heeft gedaan, terwijl zij deze mededeling wel had moeten doen.

3.15. Daarbij betrek ik het volgende.

3.16. De Hoge Raad heeft verduidelijkt dat de uit het onmiddellijkheidsbeginsel voortvloeiende verplichting van een rechterswisseling na een mondelinge behandeling mededeling te doen aan partijen, niet geldt "ten aanzien van de mondelinge behandeling die niet (mede) tot doel heeft of is benut om partijen in de gelegenheid te stellen hun standpunten toe te lichten".²⁵

3.17. Deze uitzondering vindt geen toepassing in de onderhavige zaak. Ter mondelinge behandeling van 3 juni 2021 is immers deze zaak wél inhoudelijk behandeld. Zie onder 2.3, 3.12 en 3.14 hiervoor.

3.18. De Hoge Raad heeft verder verduidelijkt dat die uit het onmiddellijkheidsbeginsel voortvloeiende verplichting evenmin geldt "ten aanzien van bewijsverrichtingen die hebben plaatsgevonden ingevolge de art.

149-207 Rv".²⁶ Daarbij heeft hij het oog op bewijsverrichtingen ("bewijslevering"), bijvoorbeeld een (voorlopig) getuigenverhoor of een (voorlopige) plaatsopneming, ten overstaan van een rechter- of raadsheer-commissaris. Waarbij geldt dat deze bewijslevering kan plaatsvinden ten overstaan van deze rechter- of raadsheer-commissaris in plaats van, in een meervoudig te beslissen zaak, ten overstaan van de drie rechters of raadsheren door wie de beslissing zal worden genomen. En dat voor dat geval art. 155 Rv (in hoger beroep in verbinding met de schakelbepalingen voor de dagvaardings- en verzoekschriftprocedure) het een en ander bepaalt.²⁷

3.19. Deze uitzondering vindt evenmin toepassing in de onderhavige zaak. De mondelinge behandeling van 3 juni 2021 zag niet op zo'n bewijsverrichting (bewijslevering) ten overstaan van een raadsheer-commissaris. Zie onder 2.3 hiervoor. Wat nadien is geschied in deze zaak evenmin. Weliswaar heeft de OK in deze zaak in het tussenarrest van 5 april 2022 een deskundigenbericht gelast,²⁸ en in het eindarrest²⁹ mede aan de hand

²⁵ Zie HR 30 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1711, NJ 2022/88, rov. 3.3.2, met verwijzing naar HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, RvdW 2018/86, rov. 3.5.2; HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976, NJ 2019/146, rov. 4.1.4; en HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:726, NJ 2022/87, rov. 3.2.2. Zie bijv. ook H.B. Krans in NJ 2017/202, nr. 16, onder verwijzing naar W.D.H. Asser in NJ 2015/181, nr. 1, over "het onmiddellijkheidsbeginsel ('onmiddellijkheid in de zin dat de rechter beslist op basis van hetgeen op de zitting is voorgevallen en partijen en de rechter dus onmiddellijk is gebleken')".

²⁶ Zie HR 30 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1711, NJ 2022/88, rov. 3.3.2, met verwijzing naar HR 22 december

2017, ECLI:NL:HR:2017:3259, RvdW 2018/86, rov. 3.7 onder (ii).

²⁷ Zie nader HR 30 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1711, NJ 2022/88, rov. 3.3.2-3.3.3, alsook rov. 3.3.4: "Uit hetgeen hiervoor in 3.3.2 en 3.3.3 is overwogen, volgt dat het hof niet gehouden was om voorafgaand aan het wijzen van het eindarrest aan partijen mee te delen dat de raadsheer-commissaris ten overstaan van wie de getuigenverhoren waren gehouden, niet aan het wijzen van het eindarrest zou meewerken". Zie bijv. ook HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:472, NJ 2022/86, rov. 3.3.5.

²⁸ Zie ook de weergave in rov. 2.2-2.3 van het eindarrest.

²⁹ Nadat op 16 februari 2023 de deskundige zijn bericht heeft uitgebracht, partijen

van het uitgebrachte deskundigenbericht de prijs bepaald die [verweerster 1] aan [eiseres 1] voor de desbetreffende aandelen in de bv dient te betalen, maar ook daarbij is geen sprake geweest van zo'n bewijsverrichting (bewijslevering) ten overstaan van een raadsheer-commissaris.³⁰ Zie onder 2.4-2.5 hiervoor. Op zo'n geval van bewijsverrichtingen (bewijslevering), en het vervolgens niet meewerken door de raadsheer-commissaris in kwestie aan het wijzen van een daaropvolgend arrest, hebben onderdeel 1 van [eiseres] en de klacht van [verweerster 1] (dan) ook geen betrekking. Zie onder 3.5-3.6 hiervoor.

3.20. Ik zie in de onderhavige zaak evenmin grond voor een denkbare andere uitzondering op die uit het onmiddellijkheidsbeginsel voortvloeiende verplichting, zoals spoedeisendheid. Er ontbreekt hier eenvoudigweg rechtvaardiging voor het achterwege laten door de OK van de onder 3.9 sub (i) hiervoor bedoelde mededeling. Daarbij wijs ik nog op het volgende. De onder 2.3-2.5 hiervoor beschreven wijziging van de OK-combinatie betreft niet alleen raadsheren, maar ook raden:

vervolgens ieder een memorie na deskundigenbericht hebben genomen en nadien op elkaars memorie hebben gereageerd, en partijen wederom arrest hebben gevraagd. Zie rov. 1 van het eindarrest. Zie rov. 2.4 daarvan voor een citaat uit het deskundigenbericht. En rov. 2.5 daarvan voor, kort gezegd, de aan partijen gegeven mogelijkheid tot reactie op het concept-deskundigenbericht.

³⁰ Dit wordt niet anders doordat in het dictum van Hof Amsterdam (OK) 5 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1299 (rov. 3, p. 11) mr. A.J. Wolfs is benoemd als raadsheer-commissaris voor het doel als vermeld in rov. 2.13 van dit arrest. Uit het eindarrest blijkt trouwens niet dat mr. A.J. Wolfs in die hoedanigheid van raadsheer-commissaris ter zake is aangezocht

deskundige leden (niet zijnde rechterlijk ambtenaar) als bedoeld in art. 66 lid 2 RO. De (twee) raden in de OK behandelen en beslissen de zaken tezamen met de (drie) raadsheren in de OK (rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast), deze personen vormen gevijven de OK in de desbetreffende zaak (art. 66 lid 1-2 RO). Buiten kijf staat m.i. dat wat onder 3.8-3.10 hiervoor is vermeld onverkort althans overeenkomstig geldt voor de wisseling van zo'n deskundig lid. Bovendien gaat het in deze zaak dus niet enkel om een wisseling van (beide) raden, maar ook om een wisseling van (twee van de drie) raadsheren. Kort en goed: de samenstelling van de OK is hier door die combinatiewisseling voor 80% gewijzigd. Zie onder 2.3-2.5 hiervoor. 3.21. Uit 3.8-3.20 hiervoor volgt dat onderdeel 1 van [eiseres] doel treft, de klacht van [verweerster 1] dus ook. 3.22. Dit brengt mee dat het eindarrest moet worden vernietigd en wel integraal, nu het zonder de onder 3.14 hiervoor bedoelde mededeling door de OK niet gewezen en uitgesproken mocht worden, zodat geheel opnieuw zal moeten worden beslist.³¹ Mede gelet op art.

door een of meer partijen dan wel de deskundige (dit ben ik in het gefourneerde procesdossier ook niet tegengekomen). Overigens is mr. A.J. Wolfs een van de twee raadsheren op wie de onderhavige combinatiewisseling in de OK, waarbij ook een wisseling van de raden plaatsvond, betrekking heeft. Zie onder 2.3-2.5 hiervoor.

³¹ Zie bijv. HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:472, NJ 2022/86, rov. 3.4.5, eerste zin (in de tweede zin aldaar geduid als "dit ingrijpende gevolg"). De aldaar in rov. 3.4.5 gegeven uitwerking voor "een tussenuitspraak" mist in de onderhavige zaak toepassing, omdat het daarin gaat om het eindarrest. Zie voorts ten aanzien van soortgelijke procedurele gebreken bijv. HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF1210, NJ 2004/172, rov.

2:336 lid 3, tweede zin BW dient het geding conform art. 422a-423 Rv naar haar te worden teruggewezen ter verdere behandeling en beslissing.³² Overigens wordt ingaande 1 januari 2025 de wettelijke geschillenregeling op onderdelen aangepast.³³ Dit regardeert de onderhavige zaak niet, want deze blijft vallen onder het huidige recht inzake die regeling.³⁴

3.23. Het ligt in de rede dat de OK, als de onderhavige zaak daar verder gaat, elk van de bij de mondelinge behandeling van 3 juni 2021 verschenen partijen – naast [eiseres] en [verweerster 1], ook [verweerder 2] en de bv³⁵ – in de gelegenheid stelt standpunt in te nemen inzake een nadere mondelinge behandeling, dus ten overstaan van de raadsheren en raden in de OK door wie de daaropvolgende uitspraak zal worden gewezen.³⁶ Wordt door een of meer partijen om zo’n

nadere mondelinge behandeling verzocht, en dit lijken [eiseres] en [verweerster 1] voor ogen te hebben,³⁷ dan gelden voor de beslissing daarop door de OK in ieder geval de regels die de Hoge Raad ter zake al eerder heeft geformuleerd.³⁸

3.24. Ik heb mij nog afgevraagd of onderdeel 1 van [eiseres] en de klacht van [verweerster 1] ondanks 3.21 hiervoor moeten stranden op een gebrek aan belang. Mede gezien 3.8 en 3.23 hiervoor luidt het antwoord daarop m.i. ontkennend.

Onderdeel 2 van [eiseres]

3.25. In onderdeel 2 klaagt [eiseres]³⁹ in de kern dat rehtens onjuist en/of onbegrijpelijk is het oordeel van de OK in rov. 2.33 van het eindarrest dat géén grond bestaat om bij de waardering van de aandelen in de bv de rekening-courantvordering tussen

3.7; HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO0197, NJ 2010/650, rov. 3.4; en HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2607, NJ 2017/202, rov. 3.4.

³² Op een afwijking als bedoeld in art. 2:337 lid 2 BW is in de onderhavige zaak geen beroep gedaan. Terugwijzing naar de OK speelt bijv. ook, ingeval van cassatie, bij procedures op grond van het wettelijke recht van enquête (zoals in HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1279, NJ 2019/335) en de wettelijke uitkoopregeling (zoals in HR 1 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1407, NJ 2022/62).

³³ Zie de Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure (afgekort ‘Wagevoe’), Stb. 2024, 174 en het inwerkingtredingsbesluit inzake deze wet, Stb. 2024, 175. Waarover bijv. J.M. de Jongh, ‘Navigeren in de Wagevoe’, Ondernemingsrecht 2024/77. Voornoemde aanpassingen kan ik in deze conclusie laten rusten.

³⁴ Zie art. III lid 1 in Stb. 2024, 174.

³⁵ Zie het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 3 juni 2021, p. 1-2.

³⁶ Dit sluit aan op bijv. HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:472, NJ 2022/86, rov. 3.4.3, tweede alinea, eerste zin.

³⁷ Niet alleen ligt dit besloten in onderdeel 1 van [eiseres] en de klacht van [verweerster 1]. Door [eiseres] wordt in de repliek, nr. 3 nadrukkelijk uitgegaan van zo’n nadere mondelinge behandeling. Uit [verweerster 1]’s verweerschrift, p. 2 blijkt mede dat zij “in de procedure na cassatie en verwijzing” nog het e.e.a. wenst aan te voeren bij de OK.

³⁸ Zie bijv. HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:472, NJ 2022/86, rov. 3.4.3, tweede alinea, tweede zin, onder verwijzing naar HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3076, NJ 2015/181, rov. 3.4.4 en HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:662, NJ 2019/144, rov. 3.8. Zie verder bijv. ook HR 27 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1330, NJ 2024/294, rov.3.1.2.

³⁹ Met als opschrift: “OK betreft rekening-courantvordering [verweerster 1] onjuist niet in prijsbepaling”.

[verweerster 1] en de bv als eigen vermogen (informeel kapitaal) aan te merken.

3.26. Zoals gezegd: in het principale cassatieberoep voert [verweerster 1] verweer tegen dit onderdeel 2. Zie onder 3.3 hiervoor.

Behandeling

3.27. Het onderdeel faalt, gelet op het volgende.

3.28. In haar repliek merkt [eiseres] op dat aan dit onderdeel 2 niet zal (hoeven te) worden toegekomen als het slagen van "het eerste middelonderdeel van het principaal beroep c.q. van het gelijkkluidend middel in het incidenteel beroep" al leidt tot vernietiging en terugwijzing. En: "Honoreert Uw Raad het eerste middelonderdeel van [[eiseres], A-G], dan zal het eindarrest vernietigd worden".⁴⁰

3.29. Hieruit maak ik op dat [eiseres] onderdeel 2 subsidiair aanvoert, aldus dat hieraan alleen wordt toegekomen indien haar onderdeel 1 faalt; wat dus niet het geval is. Zie mede onder 3.21-3.24 hiervoor. Althans dat [eiseres] meent, en die opvatting deel ik dan, dat zij onvoldoende belang heeft bij onderdeel 2 indien haar onderdeel 1 slaagt; wat dus het geval is. Zie specifiek ook onder 3.22 hiervoor. Linksom of rechtsom: onderdeel 2 boekt reeds daarom geen succes.

3.30. Niettemin zie ik aanleiding ten overvloede nog het volgende op te merken naar aanleiding van het onderdeel.

3.31. In rov. 2.1 van het eindarrest memoreert de OK dat in de onderhavige zaak in het tussenarrest van

30 november 2021 is

geoordeeld – kort gezegd – dat de rechtbank terecht heeft beslist dat de door [eiseres 1] gehouden aandelen in de bv op de voet van art. 2:336 BW moeten worden overgedragen aan [verweerster 1], maar dat de daarvoor door [verweerster 1] aan [eiseres 1] te betalen prijs opnieuw moet worden bepaald.⁴¹ Tot die prijsbepaling gaat de OK over in het eindarrest, met inachtneming van het deskundigenbericht dat is uitgebracht na het tussenarrest van 5 april 2022 en van het partijdebat.

3.32. Het bestreden oordeel maakt dus deel uit van die prijsbepaling door de OK in het eindarrest, en luidt:

"2.33. [[eiseres 1], A-G] heeft nog betoogd dat de rekening-courantvordering van [[verweerster 1]] op [de bv] moet worden aangemerkt als 'informeel kapitaal' en dat daarmee bij de waardering van de aandelen rekening moet worden gehouden. Dit betoog is met name gebaseerd op het feit dat [[verweerster 1]] in de zaak met zaaknummer 200.267.151/01 OK,⁴² als verweer tegen de vordering van [[eiseres 1]] tot uitbetaling van zijn rekening-courantvordering heeft gesteld dat de rekening-courantvorderingen van de aandeelhouders als informeel kapitaal moeten worden aangemerkt en dus niet opeisbaar zijn. In genoemde zaak heeft de Ondernemingskamer dit betoog gepasseerd en [de bv] veroordeeld tot betaling van de rekening-courantvordering van [[eiseres 1]].⁴³ [De bv] heeft daaraan voldaan. Bij die stand van zaken bestaat geen grond

⁴⁰ Zie nr. 3 van de repliek zijdens [eiseres] Zie ook p. 2 van de procesinleiding over "Primair", etc. en "Subsidiair", etc.

⁴¹ Dit is in cassatie onbestreden gebleven. Zie ook onder 3.1-3.4 hiervoor.

⁴² Toevoeging A-G: dit betreft dus "Bodemprocedure II" als bedoeld in noten 5 en 7 hiervoor.

⁴³ Toevoeging A-G: dit betreft i.h.b. Hof Amsterdam (OK) 30 november 2021,

om nu in het kader van de waardering van de aandelen de rekening-courantvordering van [[verweerster 1]] wel als eigen vermogen van [de bv] aan te merken".

3.33. De beweerde onjuistheid van het bestreden oordeel baseert het onderdeel op een schakelredenering. Deze komt erop neer:⁴⁴

- dat, nu [verweerder 2] enig aandeelhouder is van [verweerster 1] en enig bestuurder is van de bv, 'dus' geldt dat [verweerster 1] als enig aandeelhouder van de bv gehouden is uit hoofde van "de rekening-courant (overeenkomst)" de bv ("deze onderneming") te blijven financieren,
- dat, vanwege dit laatste, 'dus' geldt dat van [verweerster 1] kan worden verwacht dat zij de aan die gehoudenheid verbonden risico's blijft dragen en haar rekening-courantvordering op de bv "moet worden aangemerkt als een (achtergesteld) 'informeel kapitaal' van [verweerster 1] [dus: [verweerster 1], A-G]",
- dat met dit laatste "rekening [moet] worden gehouden" bij de bepaling van de prijs van de inmiddels door [eiseres 1] aan [verweerster 1] overgedragen aandelen in de bv, en
- dat de OK dit laatste ten onrechte heeft nagelaten, wat getuigt van een onjuiste rechtsopvatting.

3.34. Deze door het onderdeel gepropageerde opvatting – die de OK ook in het eindarrest niet huldigt – vindt geen steun in het recht, want is te categorisch. Bovendien neemt het onderdeel daarbij te makkelijk/snel aan dat sprake is van voornoemde gehoudenheid van [verweerster 1] met daaraan weer gekoppelde consequenties voor haar en de prijsbepaling, die alle vèrgaand zijn. Overigens ziet het onderdeel daarmee eraan voorbij dat de OK in het bestreden oordeel niet redeneert vanuit de vraag of sprake is van eigen vermogen (informeel kapitaal) van [verweerster 1], zoals het onderdeel hier doet, maar vanuit de vraag of sprake is van eigen vermogen (informeel kapitaal) van de bv. Zie onder 3.32 hiervoor. Zou het onderdeel hier wel de bv bedoelen, niet [verweerster 1], dan doet wat ik hiervoor vooropstelde nog steeds opgeld. Kort en goed: een dergelijke harde, scherpe regel is niet rechtens.⁴⁵ Het onderdeel noemt trouwens – het verbaast niet – ook geen rechtsbron waaruit zo'n regel voortvloeit.⁴⁶

3.35. Op het punt van de beweerde onbegrijpelijkheid van het bestreden oordeel is het onderdeel minder eenduidig.⁴⁷ Volgens de repliek⁴⁸ klaagt het onderdeel over die onbegrijpelijkheid vanwege innerlijke tegenstrijdigheid van dit oordeel met een beslissing van de OK in haar tussenarrest van 30 november

ECLI:NL:GHAMS:2021:3966, rov. 4.50-4-51, 4.53 en Hof Amsterdam (OK) 5 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1299, rov. 3 (p. 12).

⁴⁴ Zie de procesinleiding, p. 3.

⁴⁵ Zo'n regel wringt ook met het gegeven dat de wettelijke geschillenregeling geen bepalingen bevat voor de te hanteren waarderingsmethode en ter zake niet op voorhand slechts één benadering toelaat. Zie bijv. E.R. Koster & E.W.M. Rinnooy Kan, Sdu commentaar ondernemingsrecht, Den Haag: Sdu 2024, art. 2:339 BW, aant. 8

("Waarderingsmethode") en J. Roest, GS Rechtspersonen, Deventer: Wolters Kluwer 2024, art. 2:339 BW, aant. 6 ("Waarderingsgrondslag"), met weer verdere verwijzingen.

⁴⁶ In de repliek, p. 1 (noot 1) wordt door [eiseres] wel en louter "HR 8 juli 1986, BNB 1986/294-297 (informeel kapitaal-arresten)" genoemd, maar daaruit vloeit zo'n regel niet voort.

⁴⁷ Zie de procesinleiding, p. 3-4.

⁴⁸ Zie de repliek, nr. 4 vanaf "Echter", etc.

2021 (rov. 4.31) en in haar tussenarrest van 5 april 2022 (rov. 2.1), die in cassatie onbestreden zou zijn. Te weten: dat de rekening-courantvordering van [verweerster 1] "als informeel kapitaal moet worden beschouwd" en dat het alleen de vraag is welk deel daarvan bij de prijsbepaling een rol moet spelen, reden waarom de OK in eerstgenoemde tussenarrest ook vraag 3 aan de deskundige (voor)stelde.⁴⁹ [eiseres] voegt daaraan nog toe – aldus nog steeds de repliek, het onderdeel duidend – dat ook [verweerster 1] bij akte van 21 december 2021 deze vraag aan de deskundige onderschreef, waarmee [verweerster 1] "erkende (..) dat haar rekening-courantvordering (deels) als informeel kapitaal moet worden gezien".

3.36. In zoverre loopt het onderdeel al erop vast dat de OK zo'n 'beslissing' nergens neemt in de onderhavige zaak, ook niet in haar tussenarrest van 30 november 2021 (rov. 4.31) en haar tussenarrest van 5 april 2022 (rov. 2.1). Daarin valt ter zake niet meer te lezen dan die vraag 3. Daaruit blijkt evenmin van zo'n beslissing, hooguit van een 'wat als'-vraag aan de deskundige. Daarmee ontvalt ook de bodem aan de stelling dat [verweerster 1], door die vraag 3 te onderschrijven, zou hebben erkend dat haar rekening-courantvordering (deels) als informeel kapitaal moet worden gezien.

3.37. Het onderdeel poneert ook dat "de (enkele) omstandigheid" dat de bv aan haar veroordeling tot betaling van de rekening-courantvordering van [eiseres 1] heeft voldaan, niet de gevolgtrekking in het bestreden oordeel "wettigt" dat bij

die stand van zaken er geen grond bestaat om nu in het kader van de waardering van de aandelen de rekening-courantvordering van [verweerster 1] "(wel) aan te merken als (informeel) 'eigen vermogen' van deze onderneming".

3.38. In zoverre loopt het onderdeel al vast op een gebrek aan feitelijke grondslag door een onjuiste lezing van het eindarrest. Want de OK baseert de conclusie in rov. 2.33, laatste zin, waarin zij aan het slot verwijst naar de bv ("(...) van [de BV] aan te merken"), evident niet op louter die "(enkele) omstandigheid" waarop het onderdeel hier steunt. Zie onder 3.32 hiervoor.

3.39. Het onderdeel werpt verder op dat de motivering in het bestreden oordeel niet concludent is, zodat de OK het eindarrest (althans) in zoverre niet naar de eisen der wet met voldoende redenen heeft omkleed om begrijpelijk te zijn. Daartoe is ontoereikend als motivering dat de OK in rov. 4.53 van haar tussenarrest van 30 november 2021 "het betoog had gepasseerd dat de rekening-courantvordering van aandeelhouders als 'informeel kapitaal' moet worden aangemerkt c.q. niet opeisbaar is", nu in die rov. 4.53 "uitsluitend het betoog werd gepasseerd ten aanzien van de rekening-courantvordering van" [eiseres 1] ("[eiseres 1]") "en niet ten aanzien van de rekening-courantvordering van" [verweerster 1].

3.40. Ook in zoverre loopt het onderdeel, voor zover het hier niet reeds strandt door het voortbouwkarakter ervan, al vast op een gebrek aan

⁴⁹ Die vraag luidt: "Wat wordt het antwoord op de vorige vraag wanneer een door u in redelijkheid te bepalen deel of het geheel van de rekening-courantvordering van [verweerster 1] als informeel kapitaal van de

onderneming wordt aangemerkt? (De rekening-courantvordering van [eiseres 1] dient te worden aangemerkt als rentedragend vreemd vermogen.)".

feitelijke grondslag. En wel door een onjuiste lezing van het tussenarrest van 30 november 2021 en van het bestreden oordeel. Want door in die rov. 4.53 niet te aanvaarden dat de rekening-courantvordering van [eiseres 1] als informeel kapitaal moet worden aangemerkt en dus niet opeisbaar is, passeert de OK logischerwijs het (in het bestreden oordeel bedoelde) verweer van [verweerster 1] tegen [eiseres 1]'s vordering tot uitbetaling van [eiseres 1]'s rekening-courantvordering dat "de rekening-courantvorderingen van de aandeelhouders" (dus: de desbetreffende vordering van [eiseres 1] én die van [verweerster 1]) "als informeel kapitaal moeten worden aangemerkt en dus niet opeisbaar zijn".⁵⁰ Dát is ook wat de OK tot uitdrukking brengt in het bestreden oordeel, waaraan het onderdeel hier voorbijgaat met een onjuiste weergave van dit oordeel ("de rekening-courantvordering van aandeelhouders", etc.).

3.41. Voorts brengt het onderdeel op ("Integendeel", etc.) dat die rov. 4.53 "geen andere lezing" toelaat dan dat, "naar het daarin besloten liggende, kennelijke oordeel van" de OK, [verweerster 1] "(mede) gelet op art. 2:8 BW haar rekening-courantvordering (nog) niet kan opeisen zolang zij (enige) aandeelhoudster is in" de bv, "waarmee haar rekening-courantvordering aldus heeft te gelden als 'informeel kapitaal'".

3.42. Ook in zoverre loopt het onderdeel al vast op een gebrek aan feitelijke grondslag, wederom door een onjuiste lezing van het tussenarrest van 30 november 2021. Want die rov. 4.53 dwingt niet tot slechts die lezing, integendeel. Daarin zegt de OK over [eiseres 1] als aandeelhouder van de bv niet meer dan dat zolang [eiseres 1] nog aandeelhouder was van de bv, opeising

van haar rekening-courantvordering in strijd kon komen met de zorgvuldigheid die zij in acht had te nemen op grond van art. 2:8 lid 1 BW jegens de bv en degenen die (krachtens de wet en de statuten) bij de organisatie van de bv zijn betrokken. De OK vervolgt daarin met op [eiseres 1] toegespitste overwegingen uitgaande van de voorliggende situatie waarin [eiseres 1] géén aandeelhouder van de bv meer is. Waarbij de OK uiteenzet wat in de gegeven omstandigheden niet van [eiseres 1] kan worden gevergd/verwacht, en verder dat ook de positie van Rabobank geen obstakel vormt voor toewijzing van [eiseres 1]'s vordering tot betaling van het saldo in rekening-courant. Het is mij een raadsel hoe de hier door het onderdeel voorgestane lezing van die rov. 4.53 (zelfs maar bij benadering) valt te rijmen met wat daadwerkelijk stáát in die rov. 4.53 als hiervoor samengevat, waarin bovendien [verweerster 1] niet eens figureert.

3.43. Tot slot. Voor zover het onderdeel nog aanvoert dat het bestreden oordeel onbegrijpelijk is in het licht van stellingen van [eiseres] (en de bv) die gelijkluidend zijn aan de onder 3.33 hiervoor weergegeven redenering, volgt al uit 3.32-3.34 hiervoor dat de OK die redenering terecht niet volgt, wat geen nadere motivering behoefde.

Voortbouwklacht van [eiseres]

3.44. Op p. 4 van de procesinleiding staat kennelijk nog een separate voortbouwklacht van [eiseres] Deze komt erop neer dat gegrondbevinding van "(één of meer klachten van) dit cassatiemiddel" betekent dat "de overige oordelen in" rov. 2.34-2.35 en "het daarop voortbouwende dictum" van het

⁵⁰ Hieraan ziet de repliek, nr. 5 voorbij.

eindarrest evenmin in stand kunnen blijven.

Behandeling

3.45. De voortbouwklacht kan niet tot cassatie leiden. Door het slagen van onderdeel 1 van [eiseres] (en dus ook de klacht van [verweerster 1]) gaat immers het eindarrest al van tafel, en wel geheel. [eiseres] mist derhalve voldoende belang bij de voortbouwklacht. Zie ook onder 3.22 en 3.29 hiervoor.

3.46. Voor zover [eiseres] in de desbetreffende passage op p. 4 van d procesinleiding nog opmerkt dat het slagen van haar onderdeel 1 betekent dat het eindarrest "zal moeten worden vernietigd", geldt dat die opmerking juist is (zie ook onder 3.22 hiervoor), maar 3.45 hiervoor inzake de voortbouwklacht onverlet laat.

Slotsom

3.47. Het eindarrest kan niet in stand blijven. Terugwijzing van het geding naar de OK dient te volgen. Zie nader onder 3.2 en 3.21-3.22 hiervoor.⁵¹

3.48. Overigens acht ik het niet onvoorstelbaar dat partijen, mede gelet op 3.30-3.43 hiervoor,⁵² inmiddels voldoende aanknopingspunten hebben om de onderhavige zaak, die haar tweede lustrum al heeft bereikt, te laten uitmonden in een minnelijke regeling in

plaats van een volgende uitspraak van de OK.⁵³

4. Conclusie

De conclusie strekt in het principale cassatieberoep en in het incidentele cassatieberoep tot vernietiging van het arrest van de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam van 28 november 2023 en tot terugwijzing van het geding naar de ondernemingskamer ter verdere behandeling en beslissing, en voor het overige tot verwerping.

Hoge Raad

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. de vonnissen in de zaak C/14/157293/HA ZA 14-321 van de rechtbank Noord-Holland van 7 mei 2017, 8 november 2017, 12 september 2018, 5 december 2018 en 18 december 2019;
- b. de arresten in de zaak 200.274.959/01 OK van de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam van 23 februari 2021, 30 november 2021, 5 april 2022 en 28 november 2023.
(...; red.)

2. Uitgangspunten en feiten

⁵¹ Ik signaleer volledigheidshalve nog dat [eiseres] in haar verweerschrift in het incidentele cassatieberoep heeft verzocht "bij gegrondbevinding van de klachten de gevorderde veroordeling in de kosten van het geding in het voorwaardelijk incidenteel beroep van [verweerster 1] (...) te reserveren" tot de einduitspraak, om de aldaar genoemde reden. Daarmee reageert [eiseres] op het verweerschrift van [verweerster 1], i.h.b. p. 3. Dit e.e.a. vergt geen beoordeling van mij in deze conclusie.

⁵² Voor zover het eindarrest al op inhoudelijke gronden is bestreden, en dat is alleen gebeurd door [eiseres] in onderdeel 2, mist dit dus doel. Partijen hebben, zoals gezegd, geen (kenbare) klachten gericht tegen de tussenarresten. Zie onder 3.1-3.4 hiervoor.

⁵³ Ik formuleer hier voorzichtig, mede gezien noten 2 en 37 hiervoor, maar toch ook enigszins hoopvol. Tot inspiratie kan wellicht strekken H.J. Snijders, 'Cassatie, waar leidt dat toe?', in: De Maris-bundel. Opstellen aangeboden aan mr. A.G. Maris, Deventer: Kluwer 1989, p. 77-88, i.h.b. p. 84-86.

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiseres 1] en [verweerster 1] hadden elk 50% van de aandelen in [de BV] (hierna: de BV).

(ii) Op 30 november 2012 is een vaststellingsovereenkomst gesloten, die onder andere voorzag in overdracht door [eiseres 1] aan [verweerster 1] van de door [eiseres 1] gehouden aandelen in de BV. Deze overeenkomst is niet uitgevoerd.

2.2. In dit geding hebben partijen over en weer op de voet van de geschillenregeling van art. 2:335 BW e.v. vorderingen tegen elkaar ingesteld. De rechtbank heeft, onder meer, [eiseres 1] veroordeeld om haar aandelen in de BV te leveren aan [verweerster 1].

2.3. In het door [eisers] bij de ondernemingskamer ingestelde hoger beroep heeft op 3 juni 2021 een mondelinge behandeling plaatsgevonden ten overstaan van mr. M.M.M. Tillema, mr. A.J. Wolfs en mr. A.W.H. Vink als raadsheren en prof. dr. mr. F. van der Wel RA en drs. A.G. Thomassen RT REP als raden. Tijdens de mondelinge behandeling is (onder andere) de onderhavige zaak inhoudelijk behandeld.

2.4. Op 30 november 2021 en 5 april 2022 heeft de ondernemingskamer in de hiervoor in 2.3 genoemde samenstelling uitspraak gedaan.⁵⁴ In de onderhavige zaak betreft het tussenarresten.

2.5. Het eindarrest in de onderhavige zaak⁵⁵ is gewezen door mr. A.W.H. Vink, mr. D. Kingma en mr. J.M. de Jongh als raadsheren en prof. dr. mr. A.J.C.C.M. Loonen en dr. M.J.R. Broekema RV als raden.

3. Beoordeling van de middelen in het principale en in het incidentele beroep

3.1. Voor zover het principale beroep is ingesteld tegen de tussenarresten (zie hiervoor in 2.4) zullen [eisers] daarin niet-ontvankelijk worden verklaard, aangezien het middel geen voldoende kenbare klacht tegen die arresten bevat.

3.2.1. Onderdeel 1 van het middel in het principale beroep en het middel in het incidentele beroep betogen op gelijke gronden dat het eindarrest van de ondernemingskamer niet in stand kan blijven, aangezien na de mondelinge behandeling een rechterswisseling heeft plaatsgevonden en partijen daarvan niet voorafgaand aan het eindarrest in kennis zijn gesteld.

3.2.2. Ingevolge vaste rechtspraak van de Hoge Raad behoort een rechterlijke beslissing die mede wordt genomen op de grondslag van een voorafgaande mondelinge behandeling, behoudens bijzondere omstandigheden, te worden gegeven door de rechter(s) ten overstaan van wie die mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, teneinde te waarborgen dat het verhandelde daadwerkelijk wordt meegewogen bij de totstandkoming van die beslissing. Indien op enig moment na de mondelinge behandeling vervanging noodzakelijk blijkt van een of meer rechters ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, dient het gerecht dit voorafgaand aan de eerstvolgende uitspraak mee te delen aan partijen (waaronder in verzoekschriftprocedures begrepen de belanghebbenden), onder opgave van de reden(en) voor de vervanging en de beoogde uitspraakdatum. Elk van de bij de

⁵⁴ Gerechtshof Amsterdam (ondernemingskamer) 30 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3966 en 5 april 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1299.

⁵⁵ Gerechtshof Amsterdam (ondernemingskamer) 28 november 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:3011.

mondelinge behandeling verschenen partijen mag vervolgens verzoeken om een nadere mondelinge behandeling ten overstaan van de rechter(s) door wie de uitspraak zal worden gewezen. Deze regel geldt voor elke uitspraak waarin een rechter ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden voor het eerst door een andere rechter wordt vervangen, ook indien na de mondelinge behandeling al een of meer tussenuitspraken zijn gedaan.⁵⁶ Deze regel is in zaken die door de ondernemingskamer worden behandeld ook van toepassing ten aanzien van de raden ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden.

3.2.3. Het eindarrest in deze zaak is gewezen door twee andere raadsheren en twee andere raden dan de raadsheren en raden ten overstaan van wie de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden (zie hiervoor in 2.3 en 2.5). Uit door de Advocaat-Generaal bij de ondernemingskamer ingewonnen inlichtingen blijkt dat ervan moet worden uitgegaan dat voorafgaand aan het eindarrest aan partijen geen mededeling is gedaan van deze rechterswisseling (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.13). Nu de mondelinge behandeling na 20 maart 2020 heeft plaatsgevonden⁵⁷, de zaak daarbij inhoudelijk is behandeld en het eindarrest dus mede op de grondslag van de mondelinge behandeling is gewezen, kan dat arrest niet in stand blijven. De klacht is dan ook gegrond.

3.3. Onderdeel 2 van het middel in het principale beroep behoeft geen behandeling.

3.4. De Hoge Raad zal de zaak terugwijzen naar de ondernemingskamer (art. 2:336 lid 3 BW). Nu partijen zich

over en weer hebben gerefereerd, zullen de kosten van zowel het principale als het incidentele beroep worden gereserveerd.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

- verklaart [eisers] niet-ontvankelijk in hun beroep tegen de arresten van de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam van 30 november 2021 en 5 april 2022;

in het principale beroep en in het incidentele beroep:

- vernietigt het arrest van de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam van 28 november 2023;
- wijst het geding terug naar de ondernemingskamer ter verdere behandeling en beslissing;

in het principale beroep:

- reserveert de beslissing omtrent de kosten van het geding in cassatie tot de einduitspraak;

- begroot die kosten tot op de uitspraak in cassatie aan de zijde van [eisers] op € 8.346,17 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris, aan de zijde van [verweerster 1] op € 8.206,-- aan verschotten en € 800,-- voor salaris en aan de zijde van [verweerder 2] op nihil;

in het incidentele beroep:

- reserveert de beslissing omtrent de kosten van het geding in cassatie tot de einduitspraak;

- begroot die kosten tot op de uitspraak in cassatie aan de zijde van [verweerster 1] op € 2.600,-- voor salaris en aan de zijde van [eisers] op € 800,-- voor salaris.

⁵⁶ HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:472, rov. 3.3.2 e.v.

⁵⁷ HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:472, rov. 3.4.6.

NOOT

Onder «JBPr» 2025/35.

mr. Th.D. van der Sanden
advocaat bij Van der Feltz advocaten te
Den Haag