

# BL ENHEIM

ADVOCATEN

Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam

Datum zitting: 25 maart 2010 te 13:00 uur

Rekestnummer: 200.051.512 LK

## VERWEERSCHRIFT

Inzake:

- I. de heer **mr. Peter Roland Zwart**, wonende te Oegstgeest;
- II. de heer **mr. Arjen Vincent Paardekooper**, wonende te Laren;

advocaten: mr. J.P.P. Latour en mr. H. Reitsma,

belanghebbenden inzake het verzoek dat is ingediend namens:

de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid "**Vereniging VEB NCVB**", statutair gevestigd te Den Haag;

advocaat: mr. J.H. Lemstra;

de naamloze vennootschap "**ASR Nederland N.V.**", statutair gevestigd te 's-Gravenhage;

advocaat mr. A.C. Metzelaar;

verzoeksters;

tegen

de naamloze vennootschap "**Van der Moolen Holding N.V.**", statutair gevestigd te Amsterdam;

waarbij tevens belanghebbende is:

de heer **R.E. den Drijver**, wonende te Londen (UK);

advocaten: mr. S.J.H.M. Berendsen en mr. H.M.P. Holtrop

---

## Inleiding

1. De heren Zwart en Paardekooper (“Zwart”, respectievelijk “Paardekooper”) hebben kennis genomen van het verzoekschrift d.d. 10 december 2009 (“het Verzoekschrift”) waarin verzoeksters (“VEB c.s.”) kort gezegd hebben gesteld dat er gronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid bij Van der Moolen Holding N.V. (“VDM”).

VEB c.s. heeft in dit kader gesteld dat zij meent dat sprake is geweest van een structureel falend beleid, waarbij zij in elk geval meent dat de navolgende onderwerpen, afzonderlijk en in samenhang bezien, deze gegronde redenen opleverden:

- overname Curvalue;
  - gebrek aan strategie, in elk geval na de overname van Curvalue;
  - zwalkend beleid onder Den Drijver;
  - de onduidelijke status van Kroon en diens mogelijke belangenverstrengeling.
2. In algemene termen -en tenzij Zwart en Paardekooper hieronder andersluidende stellingen zullen innemen- sluiten zij zich aan bij de stellingen van VEB c.s. en maken zij die zo nodig tot de hunne.
  3. Zwart en Paardekooper menen dan ook dat een onderzoek naar het beleid bij VDM is geïndiceerd en dat bij het gelasten van het onderzoek aan de onderzoeker(s) in overweging zou moeten worden gegeven zich daarbij te concentreren op het beleid van de commissarissen, de Raad van Bestuur en de bijzondere rol van de heren Den Drijver en Kroon en op de periode tot 7 mei 2009.

## Verweerschrift Den Drijver

4. Zwart en Paardekooper hebben ook kennisgenomen van het op 11 maart 2010 ingediende verweerschrift van Den Drijver.
5. In de kern komt het door Den Drijver naar voren gebrachte verweer er op neer dat hij meent dat er ultimo de door hem als zodanig gedefinieerde “Periode II” in het geheel geen sprake is geweest van wanbeleid, althans dat in die periode geen feiten of omstandigheden zijn aan te wijzen die gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid bij VDM opleveren.

Daar waar Zwart en Paardekooper aanvankelijk voornemens waren in de onderhavige procedure geen verweer te voeren, omdat zij op zichzelf een enquête ondersteunen en het verzoek van VEB c.s. voor hen geen aanleiding vormt om bepaalde zaken concreet te weerspreken of nuanceren, nopen de door Den Drijver ten aanzien van hun bestuursperiode ingenomen stellingen hen daar thans wel toe. Zwart en Paardekooper zullen summier verweer voeren, zij zullen in het kader van het onderhavige verzoek tot onderzoek alle voor dit onderzoek noodzakelijke feiten en omstandigheden ter beschikking stellen en zich nader verweren, indien opportuun.

## Voorafgaand aan "Periode II"; geen due diligence Zwart en Paardekooper

6. Ten onrechte wordt zijdens Den Drijver sub 46 gesteld dat Zwart en Paardekooper "*uitvoerig due diligence onderzoek*" zouden hebben gedaan naar VDM. Kennelijk hanteer Den Drijver dezelfde definitie als die voor het onderzoek dat naar Curvalue is gedaan, als voor de oriënterende gesprekken die Zwart en Paardekooper in de periode voorafgaand aan de aanvaarding van hun (voorgenomen) benoeming als commissaris hebben gevoerd. In dit licht merken Zwart en Paardekooper op dat de due diligence, zoals deze door VDM naar Curvalue is verricht, meerdere maanden in beslag heeft genomen en vele tonnen heeft gekost.
7. Zwart en Paardekooper hebben in de periode voorafgaand aan de aanvaarding van hun (voorgenomen) benoeming als commissaris oriënterende gesprekken gevoerd met een aantal sleutelfiguren, die destijds binnen VDM actief waren, waaronder het Management, Commissarissen, Legal- en Compliance en andere key medewerkers. Voorts hebben Zwart en Paardekooper in het bijzijn van de heren Den Drijver en Kroon gesproken met de accountant van VDM, Ernst & Young.

In deze oriënterende gesprekken is een aantal aandachtspunten naar voren gekomen. Naar aanleiding hiervan hebben Zwart en Paardekooper voor hun aantreden met Den Drijver afspraken gemaakt, welke afspraken schriftelijk zijn neergelegd in het verslag van de eerste vergadering van de raad van commissarissen van 8 juni 2009 (**bijlage 1**).

Deze afspraken betroffen dat een analyse van de (bedrijfseconomische) situatie van VDM zou worden gemaakt<sup>1</sup>. Daarnaast is uit de informatieve kennismakingsgesprekken van Zwart en Paardekooper naar voren gekomen dat er een groot verloop was in staffunctionarissen, met name Legal en Compliance, alsmede HRM. Hier zou continuïteit in gebracht worden. Voorts zou VDM zeer terughoudend moeten zijn met fiscaal getinte trades, op dit punt zou nader beleid moeten worden gemaakt.

Daarnaast zouden de beëindigingmogelijkheden van de moeizame relatie met GSFS nader worden onderzocht, zou het PR-beleid van VDM verbeterd moeten worden en zou er hard gewerkt moeten worden aan een betere relatie met de toezichthouders.

Op basis van deze afspraken zagen Paardekooper en Zwart geen aanleiding om hun voorgenomen benoeming niet te aanvaarden.

## Periode III

8. Met het noemen van de beweerdelijke complexiteit van de verhuizing toont Den Drijver zijn gebrek aan realiteitszin. De verhuizing was operationeel volledig onder controle bij de heren van Riemsdijk (hoofd IT) en Zondervan (huismeester).

---

<sup>1</sup> In dit verband zij opgemerkt dat de Boston Consulting Group als eerste consultant is aangedragen, doch door Den Drijver is afgewezen in verband met de mogelijke kosten. Uiteindelijk is het Krüger en Partners geworden.

# BLLENHEIM

ADVOCATEN

Het werkelijke probleem zat in het geldverslindend karakter van het project. Veel te duur en te luxe. Voor enige tientallen medewerkers 2700m2 luxe locatie, dat kon VDM zich in deze fase niet veroorloven.

## *Verhouding RvC en CEO*

9. Ongemotiveerd stelt Den Drijver dat de verhouding tussen Den Drijver en Zwart van het begin af aan moeizaam was, door het *“solistisch optreden van Zwart, zowel binnen de Raad van Commissarissen en de verhouding tussen de Raad van Commissarissen en de Raad van Bestuur”*.

De samenwerking binnen de RVC was goed en tussen de heren Zwart en Paardekooper in het bijzonder. De kwaliteit van de samenwerking met Mc Nally binnen de RvC was minder.

Dit kende twee redenen.

In de eerste plaats speelde de moeilijke bereikbaarheid, de fysieke afstand en de mindere kennis van de Nederlandse Wet- en Regelgeving een rol, en in de tweede plaats bleek alras dat er een bijzondere band bestond tussen de heren Den Drijver en Mc Nally en dat Mc Nally ook nog een aantal verwevenheden met de onderneming had<sup>2</sup>. Zo bleek al snel dat Mc Nally verschillende petten op had. Hij stond bij VDM Global Markets Ltd. te Londen nog te boek als compliance officer en hij was persoonlijk bevriend met Den Drijver, zijn vroegere Londense buurman. Na surséance bleek overigens dat bij verkoop van het belang van VDM in VDM Global Markets Ltd. aan de partner, ten gunste van Mc Nally, althans zijn accountantskantoor, pandrechten op de aandelen gevestigd waren.

10. De communicatie tussen Den Drijver en de Raad van Commissarissen werd, op zijn zachtst gezegd, niet bevorderd door de veelvuldige afwezigheid en telefonische onbereikbaarheid van Den Drijver. Verzoekers kwalificeren dit als “management by absence”. De communicatie tussen Den Drijver en de Raad van Commissarissen kwam in toenemende mate onder druk. Oorzaak was dat Den Drijver gemaakte afspraken slecht nakwam en daarnaast werden in toenemende mate signalen ontvangen dat zaken niet klopten, hetgeen uiteindelijk cumuleerde in de verklaring van de klokkenluider.

---

<sup>2</sup> Vide in dit verband als voorbeeld het gestelde telefonisch overleg sub randnummer 53 van het verweerschrift van Den Drijver.

## *Verlenging krediet met KBC*

11. Uit de als **bijlage 1** bij dit verweerschrift gevoegde verslag van de RvC vergadering van 8 juni 2009 blijkt dat het Zwart geweest is die de "sense of urgency" ten aanzien van de verlenging van de kredietovereenkomst bij KBC aan het bestuur heeft benadrukt.

## *Review E&Y*

12. De opdracht van de review is niet gegeven door Zwart, maar besloten in de vergadering van de Audit Committee van 25 juni 2009, zulks onder voorzitterschap van de aanwezige Mc Nally. Als **bijlage 2** is het verslag van de audit committee van VDM van 25 juni 2009 aan dit verweerschrift gehecht. Uit pagina 8 (en verdere) van dit verslag blijkt dat de vergadering uitvoerig heeft stilgestaan bij de noodzaak van een review en dat besloten wordt tot een review / (aanvullende) controle.

Deze review moest onder andere inhouden onderzoek naar:

- "capitalization";
  - Avalon (AMG);
- and
- "total view on normal things like costs" (waaronder de persoonsgebonden (on)kosten van de heren Den Drijver en Kroon).

Uit het bijgevoegde verslag blijkt niet dat er veel discussie was over de noodzaak van het onderzoek, dat stond voor betrokkenen vast.

De heren Mc Nally en Den Drijver maakten zich meer zorgen over de hiermede gepaard gaande kosten, dan over de inhoud van de review. Ter vergadering is door Mc Nally aan Ernst & Young verzocht een concept engagement letter te maken, welk concept zo spoedig mogelijk moest worden aangeleverd<sup>3</sup>. In dezen is de "change of mind" in het weekeinde van de heer Mc Nally (kennelijk na overleg met Den Drijver) opmerkelijk te noemen. Mc Nally probeerde op zaterdag 27 juni 2009 eenzijdig terug te komen op de gemaakte afspraken. Dit heeft tot verbazing en onbegrip bij commissarissen Zwart en Paardekooper geleid, en na enige correspondentie heeft Mc Nally bij e-mail van zondag 28 juni 2009 Zwart en Paardekooper geïnformeerd dat:

*"(...) I fully agree with the appointment of E&Y (...)"*

13. Voorts is vermeldenswaardig dat het audit committee de notulerend compliance officer mr. P. van Zaal heeft verzocht met prioriteit het concept-verslag zo spoedig mogelijk aan de leden van het audit committee ter beschikking te stellen. Verbazingwekkend is dat ondanks herhaalde verzoeken van Paardekooper daartoe, door Van Zaal (naar later bleek: op instructie

---

<sup>3</sup> Op 26 juni 2009 is de concept engagementletter door E&Y verzonden.

van Den Drijver<sup>4</sup>) het conceptverslag van de gewone RvC vergadering wel, en het conceptverslag van de audit committee vergadering niet aan de leden ter beschikking werd gesteld.

*Onderzoek Krüger & Partners*

14. Ten onrechte wordt onder randnummer 50 zijdens Den Drijver gesteld dat Zwart en Paardekooper “te midden van de verhuizingsperikelen” en “het onderzoek van E&Y” aandrongen op een “nader onderzoek” door het onderzoeksbureau Krüger & Partners. Het onderzoek (lees: de overeengekomen Analyse zoals beschreven op pagina 2 en 3 van het voorstel van Krüger & Partners, **bijlage 3**) was van groot belang. Het was tevens een voorname voorwaarde voor het toetreden van Paardekooper en Zwart en als zodanig schriftelijk vastgelegd in de Rvc/directievergadering van 8 juni 2009 (vide **bijlage 1**).

De uitvoering van dit onderzoek werd door Den Drijver niet loyaal uitgevoerd en zelfs vertraagd. De engagement letter van Krüger & Partners dateert van 12 juni 2009 (**bijlage 3**) en zoals Krüger & Partners in haar onderzoeksrapport van 6 augustus 2009 aangeeft (vide **bijlage 19** inleidend verzoekschrift, pagina 4) blijkt dat de getekende opdracht eerst op 26 juni 2009 is geretourneerd, diverse afspraken afgezegd zijn en verzochte documentatie niet of nauwelijks is overhandigd. Volgens de brief van 12 juni 2009 (**bijlage 3**) zou de analyse het onderzoek ook een doorlooptijd van maximaal drie weken kennen. Kortom, indien den Drijver voortvarend had gehandeld, zou het onderzoek eind juni 2009 al zijn afgerond.

15. De gestelde cumulatie van de onderzoeken van AFM/DNB en de belastingdienst zijn door Den Drijver over zichzelf afgeroepen. Ze zijn een signaal voor het feit dat externe partijen zich zorgen maakten over VDM.

16. Ten onrechte wordt onder randnummer 50 gesteld dat “*de operationele bedrijfsvoering van VDM medio juni/juli 2009 nagenoeg stil kwam te liggen*”. In juni 2009 was er nog geen enkel onderzoek aan de gang, dit door het gebrek aan medewerking door Den Drijver. E&Y was nog niet actief en ook Krüger & Partners waren er nog niet in geslaagd een afspraak te maken bij VDM. Het onderzoek van de belastingdienst liep al langer, en de overige genoemde onderzoeken die plaatsvonden in juli 2009 raakten niet de operationele handelsactiviteiten, doch slechts de staf.

De echte operationele bedrijfsactiviteiten, de handel, werd geraakt door mindere liquiditeit, ontbrekende IT-support en een discussie over de bonussen van de handelaren. Deze belangrijke onderwerpen werden al langer door den Drijver veronachtzaamd<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Van Zaal heeft dit tijdens de Rvc/directievergadering van donderdag 16 juli 2009 desgevraagd aan de Rvc verklaard, zulks in het bijzijn van de notulerend notarissen.

<sup>5</sup> Bij brieven van 18 november 2008 en 11 maart 2009 hebben de top-marketmakers hierover hun zorg kenbaar gemaakt aan Den Drijver en Kroon (11 maart 2009).

# BLLENHEIM

ADVOCATEN

## *Vertrek Den Drijver*

17. Ten onrechte wordt zijdens Den Drijver gesteld dat de e-mail van Den Drijver van 15 juli 2009 aanleiding zou zijn geweest voor Zwart een RvC vergadering aan te kondigen waarin de schorsing van Den Drijver aan de orde zou komen<sup>6</sup>.

Op dinsdagavond 14 juli 2009 is Zwart, in zijn hoedanigheid van voorzitter van de RvC, door een medewerker benaderd<sup>7</sup> met het dringende verzoek tegen de kortst mogelijke termijn een afspraak met hem te maken. Die afspraak heeft op woensdagochtend 15 juli 2009 te 08:30 uur plaatsgevonden in het Hilton Hotel te Schiphol. De medewerker in kwestie heeft aangegeven onder de klokkenluidersregeling te willen vallen. De verklaring van de klokkenluider in kwestie over het beleid en het optreden van Den Drijver en Kroon en de gang van zaken binnen de onderneming was dusdanig onthutsend en zorgwekkend, dat in overleg met de klokkenluider en de overige commissarissen ommegaand de toezichthouders werden geïnformeerd. Nog diezelfde middag heeft overleg met de toezichthouders plaatsgevonden. Den Drijver is zelve door de klokkenluider in kwestie over de gang van zaken geïnformeerd, gelijk zo Paardekooper Den Drijver in de namiddag van 15 juli 2009 telefonisch heeft geïnformeerd over het door de klokkenluider jegens de toezichthouder verklaarde, waarbij de vergadering de volgende dag, donderdag 16 juli 2009 te 16.00 uur is aangekondigd en waarbij Den Drijver aan Paardekooper heeft bevestigd aanwezig te zullen zijn. De verklaring van de klokkenluider in kwestie heeft Zwart aanleiding gegeven om tegen de kortst mogelijke termijn een RvC/directie vergadering bijeen te roepen, waarbij inderdaad de mogelijke schorsing van Den Drijver op de agenda stond. Dit is in telefonisch overleg gegaan met zowel Mc Nally (die in Engeland met vakantie was), als Paardekooper (die op Corsica zat). Paardekooper heeft eveneens met Mc Nally op 15 juli 2009 telefonisch overleg gevoerd en Mc Nally is ook nog met diverse mails over de situatie uitvoerig geïnformeerd.<sup>8</sup>

18. Als **bijlage 4** wordt een kopie van het verslag van de buitengewone RvC/directie vergadering d.d. 16 juli 2009 overgelegd.
19. Uit dit verslag blijkt dat de heer Den Drijver zich tijdens deze vergadering door drie gerenommeerde advocaten heeft doen bijstaan. Na de rituele uitwisseling van de standpunten heeft Den Drijver na de tweede schorsing (ook kennelijk op advies van zijn advocaten) makkelijk (en vrijwillig) afstand genomen van zijn bestuursfunctie bij VDM. Dit blijkt ook uit de gesloten "exit overeenkomst" en het verslag van de vergadering (**bijlage 4**).

Den Drijver heeft de reputatie dat hij menig bestuurder, commissaris en medewerker buiten het bedrijf heeft gewerkt, die laat zich in het bijzijn van zijn drie advocaten toch niet door Zwart onder "zware druk" zetten? Zwart en Paardekooper bestrijden dat er zware druk op Den Drijver is uitgeoefend.

---

<sup>6</sup> Vide randnummers 51 en 52 verweerschrift Den Drijver.

<sup>7</sup> Omwille van privacy, wordt de naam van deze medewerker niet bekend gemaakt.

<sup>8</sup> Onder meer bij e-mail bericht van Paardekooper van 15 juli 2009 te 11:54 uur en bij e-mail bericht van 13:33 uur van mr. J. Hagers. Bij e-mail bericht van 15 juli 2009 te 12:46 uur en 16:38 uur heeft Mc Nally van zijn instemming met de gang van zaken doen blijken.

20. Ongemotiveerd wordt onder randnummer 53 zijdens Den Drijver gesteld dat de schorsing van Den Drijver aan Mc Nally zou zijn gepresenteerd als “een voldongen feit”. Het tegendeel is waar. Door het terugtreden van Den Drijver tijdens de vergadering van donderdag 16 juli 2009 als bestuurder van VDM, is het agendapunt schorsing formeel niet behandeld. Overigens blijkt uit randnummer 53 de bijzondere band van Den Drijver enerzijds en commissaris Mc Nally anderzijds.

### *Staking bedrijfsvoering na vertrek Den Drijver?*

21. Op vrijdag 17 juli 2009 heeft Den Drijver samen met Zwart afscheid genomen van de mensen van VDM en zijn vertrek toegelicht.

Op maandag 20 juli 2009 heeft telefonisch overleg tussen Zwart en Den Drijver plaatsgevonden. In dit overleg heeft Zwart Den Drijver gevraagd welke lopende zaken urgent waren en wat zijn gedachten waren om de liquiditeit te verbeteren.

### *CBSX*

Den Drijver heeft onder andere geadviseerd het belang in CBSX te verkopen. Op dit punt is actie ondernemen. Helaas bleek dat geen sprake was van onbezwaarde eigendom. Gebleken is dat aan derden rechten waren toegezegd, inhoudende winstrecht bij verkoop, met een blokkerende stem. Tot op de dag van vandaag is niet gelukt om dit belang te verkopen.

### *Herfinanciering KBC*

22. In hetzelfde telefoongesprek informeerde Den Drijver Zwart dat hij van de accountmanager van KBC had vernomen dat de verhogingsaanvraag voorlopig niet zou worden gepresenteerd aan de kredietcommissie van KBC<sup>9</sup>. De accountmanager van KBC vond dat er te veel slechte berichten waren over VDM, wat een verhoging weinig kansrijk maakte. De continuering van het krediet was vooralsnog niet aan de orde.

### *Duitse belastingdienst*

23. De aangifte bij de Duitse fiscus is wel degelijk gedaan en de adviezen op dit punt van KPMG zijn nauwlettend gevolgd.

### *Aanvraag surseance*

24. Een onderneming gaat niet failliet door gebrek aan vermogen, maar door gebrek aan liquiditeit. Uit het verslag van de curatoren, alsmede het inleidend verzoekschrift moge duidelijk zijn dat onder het bewind van de heer Den Drijver de liquiditeitspositie van VDM ernstig is aangetast. Een van de redenen voor de voorgenomen schorsing van Den Drijver was dat Den Drijver de RvC (bewust) onjuist informeerde over de benarde liquiditeitspositie van VDM. Mede op advies van Kempen & Co. en Krüger & Partners zijn de tijdelijk-

---

<sup>9</sup> Op 16 juli 2009 zou Den Drijver van KBC bericht krijgen over de aangevraagde verhoging en verlenging van de lening.

# BL ENHEIM

ADVOCATEN

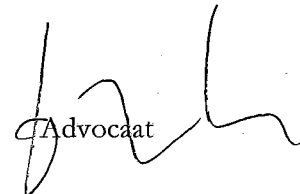
bestuurders van VDM vrijwel direct na het aftreden van den Drijver de mogelijkheden op herfinanciering, emissie, herstructurering, aansluiting bij strategische partners/verkoop bedrijfsonderdelen/compensabele verliezen gaan onderzoeken en hebben zij zich op die gebieden laten adviseren. Uit het rapport van Krüger & Partners blijkt duidelijk dat VDM zonder een aansluiting bij een strategische partner geen bestaansrecht meer had. Tengevolge van de vele kruisverbanden binnen VDM Holding was het schier onmogelijk VDM te herstructureren en/of mogelijk doorstartscenario door te voeren, indien opportuun, aldus bijvoorbeeld Professor Harm Jan de Kluiver in zijn advies van 7 augustus 2010.

25. Het interim-bestuur werd na het vertrek van Den Drijver geconfronteerd met medewerkers die eindelijk eens een bestuurder konden spreken en hun zorg en ongenoegen over de gang van zaken konden uiten, doch daarbij ook bestuurders van informatie voorzagen, die zij tot dusverre hadden ontbeerd. Met de dag verslechterde de situatie, althans kwamen er meer onaangename verrassingen boven tafel. Langzamerhand werd, in samenspraak met de adviseurs, duidelijk dat VDM geen zelfstandig bestaansrecht meer had. Eerst na het vertrek van Den Drijver was duidelijk dat de liquiditeit slecht was. Fiscale teruggaven konden VDM niet meer baten. In de surséanceperiode is nog geprobeerd deze claims op de Duitse en Zwitserse fiscus te verkopen, doch de bedragen die daarvoor, overigens onder voorwaarden, geboden werden, waren marginaal. Tot op de dag van vandaag hebben de curatoren nog niet over het teruggeven bedrag kunnen beschikken. Van dit bedrag zou een bedrag van circa € 17.000.000,- ten gunste van de boedel komen, doch gelet op het onderzoek van de Duitse fiscus, kan er en mag er over dit bedrag nog niet beschikt worden. Met andere woorden: zelfs al zou de teruggave in augustus 2009 zijn geschied, dan nog had dit de vennootschap niet meer kunnen baten.
26. Tot op de dag van vandaag betreuren Zwart en Paardekooper het einde van VDM. Zij hadden bij hun aantreden op 7 mei 2009 nooit kunnen bedenken dat de onderneming in zulk zwaar weer verkeerde.

## Conclusie

27. Zwart en Paardekooper ondersteunen het verzoek van de VEB c.s. tot het gelasten van een onderzoek naar de gang van zaken en het beleid bij VDM, en menen dat het betreffende onderzoek zich zou moeten concentreren op de periode tot 7 mei 2009, althans op het beleid van de Raad van Bestuur en de commissarissen tot die datum, en met name op het door de heren Den Drijver en Kroon gevoerde beleid.

Amsterdam, 22 maart 2010

  
Advocaat