

op de aandeelhoudersvergadering zijn geuit en in de notulen daarvan zijn vastgelegd, en gelet op de tijd die sedertdien is verstreken totdat Bab het enquêteverzoek heeft ingediend. De onderdelen falen derhalve.

5.4.1 Volgens onderdeel 4 van Cordial c.s. en onderdeel 1 (onder ii achter b) van [A] heeft het hof miskend dat de bevoegdheid om vernietiging van de emissiebesluiten te vorderen, ingevolge art. 2:21 lid 4 BWC na zes maanden vervalt, en dat daarmee niet strookt dat Bab nog nadien een enquêteverzoek kan indienen waarmee (mede) vernietiging van die besluiten wordt beoogd.

5.4.2 Deze klacht faalt. De wettelijke regeling van vernietiging van besluiten in art. 2:21 BWC (in Nederland art. 2:15 BW) staat naast de mogelijkheid om in het kader van een enquêteprocedure besluiten van een rechtspersoon te schorsen of te vernietigen. De regelingen dienen elk een verschillend doel. In een enquêteprocedure zijn de gronden voor vernietiging van een besluit ook ruimer dan in art. 2:21 BWC (art. 2:15 BW). Gelet op een en ander geldt de vervaltermijn van zes maanden in art. 2:21 lid 4 BWC (en in Nederland de vervaltermijn van een jaar in art. 2:15 lid 5 BW) niet voor een verzoek in een enquêteprocedure dat mede strekt tot vernietiging van besluiten van een rechtspersoon – nog daargelaten dat het praktisch zeer bezwaarlijk kan zijn binnen die vervaltermijn zodanig verzoek te doen.

Anders dan [A] heeft betoogd, doet aan het voorgaande niet af dat de vervaltermijn reeds was verstreken toen het nieuwe enquêterecht in Curaçao op 1 januari 2012 van kracht werd.

5.5 De overige klachten van de middelen kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

6 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt de beschikking van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van 26 mei 2015;

wijst het geding terug naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Cordial c.s. en [A] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Bab begroot op € 835,49 aan verschotten en € 2600,= voor salaris;

in de incidentele beroepen:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Cordial c.s. en [A] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Bab begroot op € 45,38 aan verschotten en € 2200,= voor salaris.

NOOT

Inleiding

1. Mooie hotels zijn vaker achtergrond van geschillen binnen de vennootschap. In de *Cancun*-beschikkingen (HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:804, ECLI:NL:HR:2014:797, ECLI:NL:HR:2014:799 en ECLI:NL:HR:2014:808, NJ 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde, «JOR» 2014/290, m.nt. R.G.J. de Haan en AA 20140459, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers) ging het om het luxeuze Secret Silver Sands in Cancun, Mexico. In deze uitspraak gaat het om het vijfsterren hotel Breidenbacher Hof in Düsseldorf, Duitsland. U moet maar eens googelen... Ik prik de dagdroom door; terug naar het juridische.

Feiten

2. In deze Curaçaose zaak speelt het volgende. Intertrust, een trustkantoor op Curaçao, is enig bestuurder van Cordial en Turnham. Cordial en Turnham zijn houdstermaatschappijen in

een joint venture-structuur. Deze joint venture bestaat uit een groep van vennootschappen (hierna: de 'Groep'). Een van deze vennootschappen bezit vastgoed, waarin het Breidenbacher Hof-hotel wordt geëxploiteerd. A hield in 2008 85 procent van de aandelen in Cordial en in Turnham. Bab hield in 2008 de overige vijftien procent van de aandelen in Cordial en in Turnham. In maart 2009 heeft A een lening van € 41 miljoen aan een vennootschap van de Groep verstrekt. Eind april 2010 heeft Intertrust, als bestuurder van Cordial en Turnham, besloten een aanzienlijk aantal aandelen in Cordial en Turnham uit te geven aan A tegen een uitgifteprijs van \$ 1,= per aandeel. A zou deze aandelen volstorten door verrekening van haar vordering (necessie) uit hoofde van de lening. Deze (voorgenomen) besluiten zijn goedgekeurd in de algemene vergaderingen van Cordial en Turnham. Bab heeft in deze vergaderingen tegen de (voorgenomen) besluiten gestemd. De besluiten hebben tot gevolg dat het belang van Bab in Cordial en Turnham is verminderd tot minder dan 0,01 procent. Op 30 april 2014 is in opdracht van Cordial en Turnham een waarderingsrapport uitgebracht. In dit rapport is het Breidenbacher Hof-complex per 1 april 2013 gewaardeerd op € 157.600.000,=, terwijl het in 2010 voor € 95.549.000,= in de boeken stond. In augustus 2014 hebben A en Cordial een uitkoopprocedure in de zin van art. 2:250 van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao (hierna: 'BWC') tegen Bab ingesteld.

Enquêteverzoek door Bab

3. Vervolgens verzoekt Bab het Gemeenschappelijk Hof een enquête te gelasten naar het beleid en de gang van zaken bij Cordial en Turnham vanaf 1 januari 2006, met bijzondere aandacht voor de gang van zaken rond de aandelenemissies in 2010. Volgens Bab zijn er gegronde redenen om te twifelen dat er bij Cordial en Turnham een juist beleid wordt gevoerd, omdat in 2010 de genoemde emissies hebben plaatsgevonden op basis van ongeldige besluiten van de aandeelhoudersvergadering van die vennootschappen. Bab legt aan haar verzoek ook andere, voor deze noot minder relevante, feiten ten grondslag, waaronder een gebrek aan informatie.

Oordeel Gemeenschappelijk Hof: rechtsverwerking

4. Het hof heeft het enquêteverzoek van Bab afgewezen, omdat sprake is van rechtsverwerking. Tussen de algemene vergaderingen van 11 maart 2010 en de indiening van het enquêteverzoek zit bijna vijf jaar. In die periode heeft Bab haar bezwaren niet meer aan de orde gesteld. Hierdoor heeft Bab bij Cordial en Turnham het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat zij zich bij de emissiebesluiten en de uitvoering daarvan had neergelegd. Door een enquête zouden Cordial en Turnham in hun positie onredelijk worden benadeeld, aldus het hof.

Concordantie

5. Gelet op het concordantiebeginsel is deze Curaçaose kwestie ook van belang voor het Nederlandse enquêterecht (zie bijvoorbeeld sub 3.4, 4.9, 4.14 en 4.23 van de conclusie van de A-G). De Hoge Raad wijdt geen aparte overweging aan dit beginsel, doch verwijst in zijn overwegingen, naast het BWC, ook naar het BW.

Hoge Raad: geen rechtsverwerking

6. Bab gaat in cassatie tegen het oordeel van het hof dat sprake is van rechtsverwerking. Dat beroep slaagt. In r.o. 4.2 herhaalt de Hoge Raad de vaste rechtspraak op dit punt. Rechtsverwerking mag niet snel worden aangenomen. Daarvoor is nodig dat de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met

het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid. Enkel tijdsverloop is daarvoor onvoldoende, maar kan bij de beantwoording van die vraag meewegen. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden op grond waarvan bij de wederpartij gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de rechthebbende zijn aanspraak niet meer geldend zal maken, of waardoor de positie van de wederpartij onredelijk verzaamd of benadeeld zou worden indien het recht of de bevoegdheid alsnog geldend wordt gemaakt.

7. In r.o. 4.3 overweegt de Hoge Raad dat het hof niet heeft vastgesteld dat sprake is van (bijzondere) omstandigheden die aanleiding hebben gegeven tot dit gerechtvaardigd vertrouwen of onredelijke benadeling aan de zijde van Cordial en Turnham. ‘Stilzitten’ kan slechts tot rechtsverwerking leiden, als op grond van de omstandigheden van het geval redelijkerwijs een bepaald handelen van de rechthebbende had mogen worden verwacht, aldus de Hoge Raad.

Leerstuk van rechtsverwerking geldt ook voor enquêtebevoegdheid

8. Voor het eerst, en met één zin, past de Hoge Raad de regels over rechtsverwerking toe op de bevoegdheid een enquête te verzoeken. De Hoge Raad volgt daarmee de conclusie van A-G Timmerman, die aan dit punt wat meer woorden wijdt (sub 3.11). Timmerman wijst op de argumenten vóór en tegen. Ook wijst hij op de lijn in de literatuur (P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2004, p. 35-37 en P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 90-91) en rechtspraak om, naar mijn mening terecht, het leerstuk van rechtsverwerking in het enquêterecht toe te passen (zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 14 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT8666, r.o. 3.4: niet-ontvankelijkheid (*Fuse Holding*)).

9. Rechtsverwerking is een uitwerking van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Niet duidelijk is of rechtsverwerking moet leiden tot niet-ontvankelijkheid of tot afwijzing van het verzoek in het kader van de daarbij te maken belangenafweging. In de literatuur wordt veelal gewezen op niet-ontvankelijkheid. Zie bijvoorbeeld Storm 2014, p. 90-91; Assink | Slagter, *Compendium*, 2013, p. 1647 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme, 2-II*, 2009/750. In de rechtspraak van de OK zijn voorbeelden van niet-ontvankelijkheid te vinden, bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 5 juli 1984, NJ 1988/142 (*Navobi*) en Hof Amsterdam (OK) 27 juli 1989, NJ 1991/206 (*Ago*). Van niet-ontvankelijkheid is niet snel sprake. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 25 maart 2005, ARO 2005/57 (*Ogilvy & Mather*), Hof Amsterdam (OK) 26 mei 2005, ARO 2005/87 (*TCA*); Hof Amsterdam (OK) 20 april 2005, «JOR» 2005/180 (*CallActive*), en Hof Amsterdam (OK) 8 augustus 2005, «JOR» 2005/271 (*Dubbelhuis*).

10. In dit arrest laat de Hoge Raad voor rechtsverwerking beide wegen, niet-ontvankelijkverklaring of afwijzing van het verzoek, in het midden. Hij overweegt in r.o. 5.2.2: “(...) tijdsverloop [kan] wel een omstandigheid zijn waarmee rekening wordt gehouden bij de beoordeling van een beroep op rechtsverwerking (zie r.o. 4.2, RAW) of in het kader van een belangenafweging bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van het enquêteverzoek (vgl. HR 20 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2646, NJ 1997/188 (*Wijsmuller*)).” Voor deze laatste weg geldt dat de OK een discretionaire bevoegdheid heeft tot toewijzing van een enquêteverzoek. De OK maakt daarbij een belangenafweging, waarin het belang van de vennootschap centraal staat. Zie r.o. 3.3.1 van het *Wijsmuller*-arrest. Maeijer gaat in onderdeel 2 van zijn noot onder het *Wijsmuller*-arrest ook op deze belangenafweging in. Hij zegt daarover: “Het volgen van deze laatste weg geeft aan de OK een ruime beoordelingsmarge (...);

ruimer dan het leerstuk van de rechtsverwerking gebaseerd op de beperkende werking van de redelijkheid waarbij het uitoefenen van het recht immers onaanvaardbaar moet zijn”.

11. In r.o. 3.7 van de SNS-beschikking (HR 4 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2456) plaatste de Hoge Raad het tijdsverloop in het kader van de belangenafweging. Als het verzoek niet al wordt afgewezen, omdat wordt geoordeeld dat er geen gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twifelen, kunnen in de te maken belangenafweging bezwaren worden betrokken, zoals de specifieke negatieve gevolgen van een enquête voor de onderneming (vgl. HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465, NJ 2006/173, m.nt. Ma, «JOR» 2005/295, m.nt. M. Brink en *Ondernemingsrecht* 2006/10, m.nt. P.G.F.A. Geerts, r.o. 4.4.1-4.4.3 (*Unilever*)), de enquêtekosten, de verstreken tijd tussen het verlies van het aandeelhouderschap en het indienen van het enquêteverzoek (waarbij de Hoge Raad andermaal naar het *Wijsmuller*-arrest verwijst: de belangenafweging viel in dat arrest in het nadeel van verzoeker uit), en de vraag naar de reikwijdte van een eventueel te gelasten enquête. Ook dit zijn factoren die bij de vraag naar ontvankelijkheid geen rol moeten spelen.

12. Ongeacht of de weg van niet-ontvankelijkheid of afwijzing in het kader van een belangenafweging wordt gevolgd, komt het mij voor dat niet snel van rechtsverwerking sprake zal zijn. Een van de doeleinden van het enquêterecht is immers het verkrijgen van openheid van zaken (HR 10 januari 1990, NJ 1990/466, m.nt. Ma (*Ogem II*)).

Enquêtebevoegdheid en indiening van verzoek met bekwame spoed

13. Cordial, Turnham, Intertrust en A hebben incidenteel cassatieberoep in gesteld. Bab zou niet bevoegd zijn een enquêteverzoek in te dienen, omdat Bab na de emissies niet langer voldoet aan de kapitaaleis van art. 2:272 lid 1 aanhef en onder c BWC (art. 3:246 lid 1 aanhef en onder b BW). De Hoge Raad herhaalt in r.o. 5.2.1 zijn regel uit de *Slotervaart*-beschikking (11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:905, r.o. 5.3.2 en 5.3.3, NJ 2014/296, m.nt. P. van Schilfgaarde, «JOR» 2014/259, m.nt. P.D. Olden en «JIN» 2014/109, m.nt. P. Haas): de strekking van het enquêterecht brengt mee dat een aandeelhouder die als gevolg van een uitgifte van aandelen niet langer voldoet aan de kapitaaleis, bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek, mits het verzoek (mede) betrekking heeft op een onderzoek naar die uitgifte en de verzoeker stelt dat er gegronde redenen bestaan om te twifelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij die uitgifte. Het enquêterecht strekt immers ook ter bescherming van een minderheid van aandeelhouders of certificaathouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid. In de hiervoor al aangehaalde SNS-beschikking herhaalt de Hoge Raad in r.o. 3.5.2-3.5.7 dat de regel uit de *Slotervaart*-beschikking ook geldt als de directe oorzaak van het niet meer voldoen aan de kapitaaleis niet gelegen is in enige handeling van of binnen de rechtspersoon, maar in een handeling van een derde, namelijk – in dit geval – onteigening door de Staat.

14. De Hoge Raad overweegt bovendien in r.o. 5.2.2 dat de regel uit de *Slotervaart*-beschikking, gelet op de ratio van die regel, niet slechts geldt als het enquêteverzoek “binnen een redelijke termijn” of “met bekwame spoed” is ingediend, waarmee de Hoge Raad de A-G, die niets ziet in een dergelijke aanvullende eis (zie sub 4.11 van zijn conclusie), volgt. Tijdsverloop kan wel leiden tot niet-ontvankelijkheid of afwijzing van het verzoek.

Schriftelijk kenbaar maken bezwaren: niet slechts bij bezwarenbrief

15. De Hoge Raad overweegt in r.o. 5.3.2 dat art. 2:273 BWC (art. 2:349 lid 1 BW) beoogt te waarborgen dat de rechtspersoon

op de hoogte wordt gesteld van de bezwaren tegen het gevoerde beleid, zodat zij gelegenheid heeft die bezwaren te onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te nemen. Zie bijvoorbeeld ook Hof Amsterdam (OK) 4 mei 2012, ARO 2012/67 (*Henk ten Voorde/Casino's van Oranje*) en Hof Amsterdam (OK) 18 oktober 2013, ARO 2013/160 (*Slotervaart*). Daarmee wordt voorkomen dat de rechtspersoon rauwelijks in rechte wordt betrokken. Het kenbaar maken van bezwaren hoeft niet per se in een bezwarenbrief, maar dat kan ook tijdens een algemene vergadering, welke bezwaren vervolgens in de notulen van die vergadering zijn vastgelegd. Dat was hier het geval. Daarmee is voldaan aan de eis bezwaren tevoren schriftelijk kenbaar te maken aan het bestuur van de rechtspersoon. Vervolgens waren sindsdien bijna vijf jaar verstreken totdat het enquêteverzoek is ingediend (vgl. "zodanige termijn" van art. 2:349 lid 1 BW). De klacht van Cordial, Turnham, Intertrust en A faalt daarom.

16. In de praktijk gaat de OK niet formalistisch om met de wijze waarop de bezwaren kenbaar zijn gemaakt, mits die bezwaren schriftelijk zijn vastgelegd (HR 6 oktober 1993, NJ 1994/300, m.nt. Ma (*Bobel*)). Reeds eerder besliste de OK dat mondeling ter algemene vergadering geuite bezwaren, die later in de notulen van die vergadering waren vastgelegd volstaan. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 3 januari 1977, NJ 1977/342; Hof Amsterdam (OK) 11 april 2003, «JOR» 2003/142 (*T&L Verzekeringen*) en Hof Amsterdam (OK) 30 december 2003, ARO 2004/4 (*NCAM*). Ik verwijs ook naar in sub 4.14 door de A-G genoemde rechtspraak en literatuur.

Vernietiging van besluiten: verhouding art. 2:15 BW en enquêteprocedure

17. In r.o. 5.4.2 laat de Hoge Raad zich voor het eerst uit over de verhouding tussen de vernietiging van besluiten op grond van art. 2:15 BW en een enquêteprocedure. De Hoge Raad overweegt dat de vernietiging van besluiten op grond van art. 2:21 BWC (art. 2:15 BW) naast de mogelijkheid staat om in het kader van een enquêteprocedure besluiten van een rechtspersoon te schorsen of te vernietigen. De Hoge Raad wijst erop dat de regelingen elk een verschillend doel dienen (zie ook Hof Amsterdam (OK) 9 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:6, «JIN» 2014/39, m.nt. R.A. Wolf (*VEB/KLM*)). Bovendien zijn in een enquêteprocedure de gronden voor vernietiging van een besluit ruimer dan in art. 2:21 BWC (art. 2:15 BW). Daarom geldt volgens de Hoge Raad de vervaltermijn van zes maanden in art. 2:21 lid 4 BWC (en de vervaltermijn van een jaar in art. 2:15 lid 5 BW) niet voor een verzoek in een enquêteprocedure dat ook strekt tot vernietiging van besluiten van een rechtspersoon. Tot slot merkt de Hoge Raad op dat het praktisch bezwaarlijk kan zijn binnen die vervaltermijn een dergelijk verzoek te doen.

18. Ook op dit punt wordt de conclusie van A-G Timmerman gevolgd. Timmerman wijst in sub 4.23 van zijn conclusie op de heersende opvatting in de literatuur dat de vervaltermijn van art. 2:15 lid 5 BW voor het vorderen van de vernietiging van een besluit niet geldt voor door de OK in de tweede fase van de enquêteprocedure op grond van art. 2:356 sub a BW getroffen definitieve voorzieningen (zie bijvoorbeeld Assink | Slagter, *Compendium* 2013, p. 1782; Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme, 2-II*, 2009/805; A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht*, (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2012, p. 121-125; P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2004, p. 285-286; F. Eikelboom, 'Vragen rond verjaring, verval, rechtsverwerking en het vernietigen van besluiten in het kader van de enquêteprocedure', *WPNR* 2012/6946, par. 2.2). Er is sprake van naast elkaar staande regelingen, waartegen de rechtszekerheid zich niet verzet (zie Eikelboom, *WPNR* 2012, par.

2.2). In sub 4.25 van zijn conclusie wijst Timmerman er terecht op dat het toepassen van de vervaltermijn van één jaar van art. 2:15 lid 5 BW in een enquêteprocedure de mogelijkheid om een besluit bij wijze van definitieve voorziening aan te tasten, zinledig maakt. Een dergelijke voorziening komt eerst in de tweede fase om de hoek kijken, nadat een onderzoek heeft plaatsgevonden en nadat wanbeleid is vastgesteld.

Conclusie

19. Met dit arrest scheidt de Hoge Raad voor het enquêterecht op een aantal punten duidelijkheid over wat op grond van rechtspraak van de OK en de literatuur reeds aangenomen werd. Het leerstuk van rechtsverwerking geldt ook voor de bevoegdheid een enquête te verzoeken. Rechtsverwerking kan leiden tot niet-ontvankelijkheid of afwijzing van het verzoek in het kader van een belangenafweging. De strekking van het enquêterecht brengt mee dat een aandeelhouder die als gevolg van een uitgifte van aandelen niet langer voldoet aan de kapitaal-eis, bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek, mits het verzoek (mede) betrekking heeft op een onderzoek naar die uitgifte en de verzoeker stelt dat er gegronde redenen bestaan om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij die uitgifte (*Slotervaart*). Voor het indienen van dat verzoek geldt niet de eis dat dit met bekwame spoed geschiedt. Het schriftelijk kenbaar maken van bezwaren kan ook in de algemene vergadering, waarvan notulen zijn opgesteld. Tot slot, de vernietiging van besluiten op grond van art. 2:15 BW staat naast de mogelijkheid om in het kader van een enquêteprocedure besluiten van een rechtspersoon te schorsen of te vernietigen. De vervaltermijn van art. 2:15 lid 5 BW geldt niet in de enquêteprocedure.

20. In de inleiding van deze noot refereerde ik aan de *Cancun*-beschikking. Deze zaak vertoont met die kwestie gelijkenissen. Ik sluit dan ook niet uit dat Cordial en Turnham, nadat het hof in de eerste fase heeft besloten een enquête te gelasten, in de tweede fase van de enquêteprocedure een tik op de vingers krijgen, gelet op r.o. 4.2.1 van de *Cancun*-beschikking.

R.A. Wolf

Steins Bisschop & Schepel, Universiteit Leiden en Universiteit Maastricht (ICGI)