

JOR 2014/259 Hoge Raad, 11-04-2014, 13/04786, ECLI:NL:HR:2014:905, ECLI:NL:PHR:2014:94

Enquêteprocedure, Slotervaartziekenhuis, Enquêtegerechtigden, De positie van een verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft, kan voor de toepassing van art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b, BW niet zonder meer worden gelijkgesteld met die van een aandeelhouder of certificaathouder, Aandeelhouder die door uitgifte niet langer voldoet aan kapitaalsdrempel kan enquête verzoeken indien emissie reden is voor verzoek, Verband met Vzngr. Rb. Noord-Holland 20 december 2013, «JOR» 2014/35 en OK 11 december 2013, «JOR» 2014/36, m.nt. Josephus Jitta. Verwijzing naar HR 29 maart 2013, «JOR» 2013/166, m.nt. Doorman (Chinese Workers)

Publicatie	JOR 2014 afl. 10
Publicatiedatum	09 oktober 2014
College	Hoge Raad
Uitspraakdatum	11 april 2014
Rolnummer	13/04786 LJN ECLI:NL:HR:2014:905 ECLI:NL:PHR:2014:94
Rechter(s)	mr. Numann mr. Drion mr. De Groot mr. Polak mr. Tanja-van den Broek
Partijen	1. M.D.I. van Waveren te Rotterdam, 2. R.S.A. van Waveren te Amsterdam, 3. A. Erbudak te Beverwijk, handelend in haar hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van T. Koç, verzoekers tot cassatie, advocaten: mr. R.P.J.L. Tjittes en mr. L. Kelkensberg, tegen 1. Slotervaartziekenhuis BV te Amsterdam, verweerster in cassatie, advocaten: mr. J.W.H. van Wijk en mr. S.M. Kingma, en nog 4 andere vennootschappen, verweersters in cassatie, en 1. Delta Onroerend Goed BV te Beverwijk, en nog 7 anderen, belanghebbenden in cassatie.
Noot	mr. P.D. Olden
Trefwoorden	Enquêteprocedure, Slotervaartziekenhuis, Enquêtegerechtigden, De positie van een verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft, kan voor de toepassing van art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b, BW niet zonder meer worden gelijkgesteld met die van een aandeelhouder of certificaathouder, Aandeelhouder die door uitgifte niet langer voldoet aan kapitaalsdrempel kan enquête verzoeken indien emissie reden is voor verzoek, Verband met Vzngr. Rb. Noord-Holland 20 december 2013, «JOR» 2014/35 en OK 11 december 2013, «JOR» 2014/36, m.nt. Josephus Jitta. Verwijzing naar

	HR 29 maart 2013, «JOR» 2013/166, m.nt. Doorman (Chinese Workers),
Regelgeving	BW Boek 2 - 346

» **Samenvatting**

In zijn beschikking van 29 maart 2013, «JOR» 2013/166, m.nt. Doorman (Chinese Workers) heeft de Hoge Raad vooropgesteld dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend en dat de daartoe strekkende opsomming in art. 2:346 BW limitatief is. De strekking van het enquêterecht brengt echter mee dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang in zoverre op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder, voor de toepassing van art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b, BW dient te worden gelijkgesteld met aandeelhouders of certificaathouders. Daarbij heeft de Hoge Raad verwezen naar zijn vaste rechtspraak, te weten HR 6 juni 2003, «JOR» 2003/161, m.nt. Josephus Jitta (Scheipar), HR 4 februari 2005, «JOR» 2005/58, m.nt. Van den Ingh (Landis), HR 25 juni 2010, «JOR» 2010/226, m.nt. Van Solinge (e-Traction), HR 10 september 2010, «JOR» 2010/337, m.nt. Brink (Butôt) en HR 8 april 2011, «JOR» 2011/178, m.nt. Doorman (TESN).

In deze rechtspraak is niet de rechtsregel aanvaard dat de positie van een verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, voor de toepassing van art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b, BW zonder meer kan worden gelijkgesteld met die van een aandeelhouder of certificaathouder. Een dergelijke gelijkstelling is volgens deze rechtspraak slechts mogelijk indien en voor zover op grond van de feiten en omstandigheden van het geval kan worden geoordeeld dat het eigen economisch belang van de verschaffer van risicodragend kapitaal in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, van dien aard is dat het op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of een certificaathouder van die vennootschap. De OK dient derhalve alle relevante feiten en omstandigheden te betrekken in haar oordeelsvorming ten aanzien van die mogelijke gelijkstelling.

Het voorgaande brengt mee dat de OK geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het enkele feit dat Van Waveren c.s. indirect aandeelhouders in Slotervaartziekenhuis en Michael en Rowena indirect aandeelhouders in Meromi Holding BV (“Meromi”) zijn, onvoldoende is om hun economische gerechtigdheid in deze vennootschappen gelijk te stellen met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder. De strekking van het enquêterecht brengt mee dat een aandeelhouder of certificaathouder, die als gevolg van een uitgifte van (certificaten van) aandelen niet langer voldoet aan de in art. 2:346, aanhef en onder b, BW bedoelde kapitaalseis, bevoegd is tot het indienen van een verzoek om een enquête in te stellen, 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. Het enquêterecht strekt immers mede ter bescherming van een minderheid van aandeelhouders of certificaathouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid.

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

» **Uitspraak****Conclusie Advocaat-Generaal**

(mr. Timmerman)

1. Feiten

1.1. In 2006 stevende Slotervaartziekenhuis, destijds een stichting, af op een faillissement. Jan Schram heeft toen, via Delta Onroerend Goed, bijna €26 miljoen (tegen een rente van 6%) in Slotervaartziekenhuis geïnvesteerd. Vervolgens is op 23 oktober 2006 een nieuwe raad van bestuur aangetreden. Voorzitter van de raad van bestuur werd Erbudak, zakelijk partner van Jan Schram en tevens de moeder van Michael, Rowena en Merdan. Verder maakten deel uit van het bestuur D.P.M. Brandjes (hierna: Brandjes), arts, en J.H. Beijnen (hierna: Beijnen), apotheker.

In juni 2007 werd Slotervaartziekenhuis omgezet in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Het bestuur van de vennootschap bestond na de omzetting uit dezelfde personen als hiervoor vermeld.

1.2. Slotervaartziekenhuis heeft een raad van commissarissen. Tot en met de indiening van het inleidende verzoekschrift bij de Ondernemingskamer, bestond de raad van commissarissen uit Dekker c.s. Dekker is voorzitter van de raad van commissarissen.

1.3. Op 28 december 2012 is Jan Schram overleden. Executeur-testamentair in de nalatenschap van Jan Schram is diens broer Lex Schram. Pim Schram en Rob Schram, zonen van Lex Schram, zijn erfgenamen van Jan Schram. Er zijn ook andere erfgenamen. De erfgenamen tezamen worden hierna ook aangeduid met: “de erven Schram”.

1.4. Op het moment van overlijden van Jan Schram (op 28 december 2012) bestonden de volgende aandeelhoudersverhoudingen:

– Meromi was enig aandeelhouder van Slotervaartziekenhuis, Parkrand, Talk4you B.V. (hierna: Talk4you) en Bij geen gehoor B.V. (hierna: Bij geen gehoor).

– Delta Onroerend Goed, Merdan en Jeemer hielden respectievelijk 16,66%, 16,66% en 66,66% van de aandelen in Meromi.

– Jeemer hield naast haar aandelen in Meromi ook alle aandelen in Intertel B.V. (hierna: Intertel) en 70% van de aandelen in Afterzone.com B.V. (hierna: Afterzone.com).

– Rowena, Michael en Jan Schram hielden respectievelijk 24,5%, 24,5% en 51% van de aandelen in Jeemer.

– Jan Schram en Schram Belegging Maatschappij hielden respectievelijk 0,02% en 99,98% van de aandelen in Delta Onroerend Goed.

– Stichting Administratiekantoor Schram Belegging Maatschappij hield alle aandelen in Schram Belegging Maatschappij. Deze aandelen waren gecertificeerd.

– Erbudak, Schram Belegging Maatschappij, Delta Onroerend Goed, Rowena en Michael hielden de aandelen in A2 Antwoordservice. De omvang van de aandelenbelangen in A2 Antwoordservice is omstreden.

1.5. Op het moment van overlijden van Jan Schram (op 28 december 2012) waren de posities van bestuurders onder meer als volgt:

– Bestuurders van Slotervaartziekenhuis waren Erbudak (bestuursvoorzitter), Brandjes en Beijnen.

– Bestuurder van Parkrand was Velsen Terminal.

– Meromi was bestuurder van Talk4you en Bij geen gehoor.

– Jan Schram was bestuurder van Jeemer en Meromi.

– Pim Schram was bestuurder van Intertel, A2 Antwoordservice, Delta Onroerend Goed en Schram Belegging Maatschappij.

– Delta Onroerend Goed was bestuurder van Afterzone.com.

1.6. Als gevolg van het overlijden van Jan Schram zijn de erven Schram de aandelen gaan houden die volgens de bovenstaande opsomming tot op dat moment gehouden werden door Jan Schram.

1.7. Sinds 21 januari 2013 is Pim Schram bestuurder van Meromi en Jeemer.

1.8. De raad van commissarissen van Slotervaartziekenhuis heeft Erbudak bij besluit van 19 februari 2013 geschorst als bestuurder van Slotervaartziekenhuis. De raad van commissarissen

heeft aan dit besluit mede ten grondslag gelegd dat ten gevolge van de (volgens de raad van commissarissen: eigenzinnige) wijze van onderhandelen van Erbudak met zorgverzekeraar Achmea, Slotervaartziekenhuis voor 2013 geen contract heeft kunnen sluiten met Achmea.

1.9. ING Bank N.V. (hierna: ING) is de huisbankier van Slotervaartziekenhuis. ING heeft aan Slotervaartziekenhuis verstrekt een krediet in rekening-courant met een limiet van €51 miljoen, alsmede een investeringsfaciliteit van €11 miljoen. Op 25 februari 2013 had Slotervaartziekenhuis onder de kredietlijn van ING circa €23 miljoen opgenomen, en had Delta Onroerend Goed een vordering op Slotervaartziekenhuis van bijna €26 miljoen (zie ook hierboven, onder 1.1). Op die datum van 25 februari 2013 heeft ING aan Slotervaartziekenhuis per brief als volgt bericht:

“De afgelopen weken hebben diverse (telefonische) gesprekken plaatsgehad tussen het Slotervaartziekenhuis en ING. Onder andere heeft ING gesproken met mevrouw Erbudak, de heer Brandjes, de heer Dekker, alsmede met de heer Pim Schram als vertegenwoordiger van de aandeelhouder.

(...)

Wij hebben tijdens voornoemde gesprekken onze zorgen geuit over de recente ontwikkelingen bij het Slotervaartziekenhuis. In eerste instantie ging de discussie over de situatie die is ontstaan nadat publiek bekend werd dat Slotervaartziekenhuis geen contract heeft kunnen sluiten met Achmea en de effecten die dit kunnen hebben op de financiële positie van het ziekenhuis. Wij begrijpen dat er sindsdien intensief contact is met Achmea waarbij de verwachting is dat beide partijen op korte termijn akkoord kunnen sluiten over een contract.

Voorts hebben wij signalen opgevangen dat er wordt gesproken over het (gedeeltelijk) terugbetalen van de aandeelhouderslening. (...)

Het op non-actief stellen van de voorzitter van de Raad van Bestuur heeft bij ING vragen doen rijzen. Naar wij hebben begrepen lag het bestuurlijke zwaartepunt van de Raad van Bestuur bij de voorzitter. Door de recente op non-actiefstelling is naar de mening van ING een bestuurlijke issue ontstaan die in het belang van het ziekenhuis adequaat en op zeer korte termijn zal moeten worden opgelost, waarbij de belangen van alle stakeholders belangrijk zijn.

De bank had verwacht dat het ziekenhuis met alle belanghebbenden om de tafel zou gaan zitten zodat deze issue intern zou kunnen worden opgelost. Zodoende was de bank zeer verrast en verontrust naar aanleiding van het publiek maken van deze schorsing afgelopen vrijdagmiddag. Het is de mening van de bank dat als gevolg hiervan een machtsstrijd is ontstaan tussen de (indirecte) aandeelhouders van het ziekenhuis die een serieuze negatieve impact kan hebben op het ziekenhuis en, in het verlengde daarvan, de door ING verstrekte financiering. Ook dit vormt een grond voor vervroegde opeisbaarheid van de kredietfaciliteit. Het is de mening van de bank dat deze issue zo snel als mogelijk moet worden opgelost.

Als gevolg hiervan heeft ING besloten om alle banklijnen tot nader order te bevriezen. De bank is bereid om dit ongedaan te maken als aan de volgende condities is voldaan:

– Slotervaartziekenhuis zorgt ervoor dat uiterlijk voor dinsdag 26 februari 2013 om 17:00 uur de relevante partijen in deze machtsstrijd (...) rond de tafel zijn gaan zitten met het doel een oplossing te zoeken waardoor deze machtsstrijd zo spoedig mogelijk kan worden opgelost.

– Schriftelijke bevestiging van het Slotervaartziekenhuis en de aandeelhouder dat de aandeelhouderslening van c. €26m niet wordt afgelost en dat er binnen 2 weken na dagtekening van deze brief een achterstellingsakte in plaats is voor deze lening die conveniënt is voor ING.

– (...)

– (...).”

1.10. Sinds 1 maart 2013 is Rob Schram enig bestuurder van Delta Onroerend Goed.

1.11. Op 13 maart 2013 heeft Pim Schram in zijn hoedanigheid van bestuurder van Meromi en als zodanig als enig aandeelhouder van Slotervaartziekenhuis, besloten om de statuten van Slotervaartziekenhuis te wijzigen en om voor een bedrag van €5 miljoen 6%-cumulatief preferente aandelen uit te geven (elk aandeel met een nominale waarde van €1). Bij notariële akte van 14 maart 2013 zijn de statuten van Slotervaartziekenhuis dienovereenkomstig gewijzigd en zijn voormelde cumulatief preferente aandelen uitgegeven aan Delta Onroerend Goed. De aandelen zijn volgestort door verrekening met voormelde vordering van Delta Onroerend Goed op Slotervaartziekenhuis voor een bedrag van €5 miljoen. Als gevolg daarvan houdt Delta Onroerend Goed sindsdien 99,64% van de aandelen in Slotervaartziekenhuis, en houdt Meromi sindsdien 0,36% van de aandelen in Slotervaartziekenhuis. Delta Onroerend Goed heeft Slotervaartziekenhuis en ING verder bericht dat zij bereid is om haar vordering gedurende een periode van vijf jaar niet te zullen opeisen onder nader overeen te komen voorwaarden.

1.12. Bij besluit van 27 maart 2013 van de vergadering van aandeelhouders van Slotervaartziekenhuis (Delta Onroerend Goed en Meromi), is Erbudak ontslagen als bestuurder van Slotervaartziekenhuis.

1.13. ING heeft bij brief van 27 maart 2013 de limiet van het rekening-courantkrediet van Slotervaartziekenhuis verlaagd tot €28 miljoen. Volgens ING is “[c]onform de door het Slotervaartziekenhuis verstrekte liquiditeitsprognose [die] kredietruimte [...] voldoende om het jaar 2013 op een goede manier af te ronden.” ING schrijft voorts:

“Vanwege het thans verhoogde (krediet)risico als gevolg van het uitblijven van deze achterstellingsakte [de akte zoals bedoeld in de hierboven geciteerde brief van 25 februari 2013; toevoeging A-G], zullen wij de kredietlimiet van €28 mln met ingang van 30 juni 2013 met €1 mln per kwartaal verlagen.”

1.14. Ten tijde van de terechtzitting bij de Ondernemingskamer van 4 juli 2013, waren ING, Delta Onroerend Goed en Slotervaartziekenhuis nog met elkaar in gesprek over de hierboven bedoelde nader overeen te komen voorwaarden, en over de (wijze van) voortzetting van de kredieten (zie hierboven, onder 1.11).

2. Procesverloop

2.1. Verzoekers hebben de Ondernemingskamer verzocht om – kort samengevat – een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Jeemer, Meromi, Parkrand en A2 Antwoordservice over de periode vanaf 28 december 2012, en om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Slotervaartziekenhuis over de periode vanaf 19 februari 2013. [noot:1] Tevens is verzocht om voor de duur van het geding een aantal nader aangeduide voorlopige voorzieningen te treffen ten aanzien van respectievelijk Jeemer, Meromi, Slotervaartziekenhuis, Parkrand en A2 Antwoordservice, en voorts om ten aanzien van die vennootschappen voor de duur van het geding alle voorzieningen te treffen die de Ondernemingskamer geraden acht. Ten slotte is verzocht om de vijf genoemde vennootschappen te veroordelen in de kosten van het geding (zie rov. 1.2).

2.2. Tegen de verzoeken is verweer gevoerd door Slotervaartziekenhuis, Jeemer c.s., Delta Onroerend Goed en Dekker c.s. (zie rov. 1.3 t/m 1.6). Slotervaartziekenhuis heeft tevens een voorwaardelijk zelfstandig verzoek gedaan (“indien en voor zover het enquêteverzoek van verzoekers zou worden toegewezen”). Zij heeft daarbij voorwaardelijk verzocht om een onderzoek te gelasten naar de gedragingen van Erbudak als bestuurder van Slotervaartziekenhuis in de periode vanaf 1 januari 2012, althans in de periode vanaf een door de Ondernemingskamer te bepalen datum (zie rov. 1.3).

2.3. De Ondernemingskamer heeft de verzoeken behandeld ter openbare zitting van 4 juli 2013 (zie rov. 1.7). Ter zitting heeft de Ondernemingskamer mondeling uitspraak gedaan. Verzoekers zijn daarbij niet-ontvankelijk verklaard in hun verzoek tot het bevelen van een enquête ten aanzien van Slotervaartziekenhuis en Parkrand. Daarnaast zijn Michael en Rowena niet-ontvankelijk verklaard in het verzoek tot het bevelen van een enquête betreffende A2 Antwoordservice en Meromi. Voorts heeft de Ondernemingskamer Erbudak als wettelijk vertegenwoordigster van Merdan (die minderjarig is) in de gelegenheid gesteld om een

machtiging over te leggen als bedoeld in art. 1:349 BW, en is bepaald dat Meromi de gelegenheid zal hebben om binnen één week op die machtiging te reageren. Iedere verdere beslissing is aangehouden (zie dictum). [noot:2]

2.4. De beschikking van de uitspraak die de Ondernemingskamer ter openbare zitting van 4 juli 2013 (in verkorte vorm) heeft gedaan, is op 9 juli 2013 verzonden aan partijen (zie rov. 1.8 en slot van de beschikking).

2.5. Het thans aan de orde zijnde cassatieberoep is ingesteld op 4 oktober 2013, en richt zich tegen de beschikking van de Ondernemingskamer van 4 juli 2013. Slotervaartziekenhuis voert in cassatie verweer, en stelt in dat kader onder meer dat verzoeker tot cassatie sub 3 niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. De overige verweersters en belanghebbenden zijn in cassatie niet verschenen.

2.6. Mede naar aanleiding van het genoemde niet-ontvankelijkheidsverweer van Slotervaartziekenhuis, is bij brief van 19 december 2013 namens Erbudak als wettelijk vertegenwoordigster van Merdan verzocht om de aanduiding van verzoeker tot cassatie sub 3 te wijzigen van “Merdan Michael Tristan Koç, wonende te Beverwijk” in “Aysel Erbudak, handelend in haar hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van Merdan Michael Tristan Koç, wonende te Beverwijk”. Bij brief van 24 december 2013 is namens Slotervaartziekenhuis bericht dat deze partij zich voor wat betreft het verzoek tot wijziging van de partijaanduiding, refereert aan het oordeel van Uw Raad. Aan de overige verweersters en belanghebbenden is bij brief medegedeeld dat zij de gelegenheid kregen om uiterlijk 14 februari 2014 op het wijzigingsverzoek te reageren. De overige verweersters en belanghebbenden hebben van die gelegenheid geen gebruik gemaakt.

2.7. Naar aanleiding van het door Slotervaartziekenhuis gedane beroep op niet-ontvankelijkheid van verzoeker tot cassatie sub 3, is door verzoekers tot cassatie tevens een verweerschrift ingediend. Nadien hebben verzoekers verder nog een kopie overgelegd van een door de kantonrechter aan Erbudak verleende machtiging om Merdan in deze procedure te vertegenwoordigen (een machtiging ex art. 1:349 jo. art. 1:253k BW).

3. Verzoek tot wijziging van de partijaanduiding

3.1. Bij brief van 19 december 2013 is – zoals hierboven reeds vermeld is – namens Erbudak als wettelijk vertegenwoordigster van Merdan verzocht om de aanduiding van verzoeker tot cassatie sub 3 te wijzigen. Volgens dit verzoek is verzoeker tot cassatie sub 3 niet Merdan, maar Erbudak als wettelijke vertegenwoordigster van Merdan. De partijaanduiding in het verzoekschrift tot cassatie zou een vergissing zijn.

3.2. De advocaat van Slotervaartziekenhuis heeft bij brief van 24 december 2013 bericht dat deze partij zich voor wat betreft het verzoek tot wijziging van de partijaanduiding, refereert aan het oordeel van Uw Raad. De overige verweersters en belanghebbenden zijn in de gelegenheid gesteld om op het verzoek te reageren, maar hebben van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

3.3. Het verzoek tot wijziging van de partijaanduiding dient mijns inziens gehonoreerd te worden. [noot:3] Uit de gedingstukken blijkt dat voor verweersters en belanghebbenden duidelijk moet zijn geweest dat Erbudak (als wettelijk vertegenwoordigster van Merdan), en niet Merdan in deze cassatieprocedure optreedt als formele procespartij. Daarnaast bestaat er geen reden om aan te nemen dat verweersters of belanghebbenden door het toestaan van de wijziging onredelijk in hun belangen zouden worden geschaad. Slotervaartziekenhuis heeft zich voor wat betreft het verzoek tot wijziging van de partijaanduiding gerefereerd aan het oordeel van Uw Raad. De overige verweersters en belanghebbenden hebben geen gebruik gemaakt van de gelegenheid om op het verzoek te reageren. Mede gezien de in het arrest van 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1881, RvdW 2014/34, geformuleerde regels voor beoordeling van een verzoek tot wijziging van de aanduiding van een procespartij, acht ik het hier aan de orde zijnde wijzigingsverzoek dan ook toewijsbaar.

4. Ontvankelijkheid in cassatie

4.1. Slotervaartziekenhuis stelt in haar verweerschrift dat verzoeker tot cassatie sub 3 niet-ontvankelijk dient te worden verklaard (zie verweerschrift, par. 3). Volgens Slotervaartziekenhuis treedt Merdan op als verzoeker tot cassatie sub 3, en had Merdan, omdat hij minderjarig is, bij het instellen van cassatie vertegenwoordigd moeten worden door zijn wettelijk vertegenwoordiger.

4.2. Hierboven heb ik reeds opgemerkt dat voor verweersters en belanghebbenden duidelijk moet zijn geweest dat het cassatieberoep is ingesteld door Erbudak als wettelijk vertegenwoordigster van Merdan (zie paragraaf 3). Er is bovendien een kopie overgelegd van een door de kantonrechter aan Erbudak verleende machtiging om in deze procedure voor Merdan op te treden (een machtiging als bedoeld in art. 1:349 jo. art. 1:253k BW). Erbudak is mijns inziens dan ook ontvankelijk in het door haar als wettelijk vertegenwoordigster van Merdan ingestelde cassatieberoep. Het niet-ontvankelijkheidsverweer van Slotervaartziekenhuis dient verworpen te worden.

5. Bespreking van het cassatiemiddel **Onderdeel I**

5.1. De Ondernemingskamer heeft in rov. 3.1 t/m 3.5 geoordeeld dat verzoekers niet-ontvankelijk zijn in hun verzoeken tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Slotervaartziekenhuis en Parkrand, en voorts dat Michael en Rowena niet-ontvankelijk zijn in hun enquêteverzoek betreffende Meromi. De Ondernemingskamer overwoog (rov. 3.1 t/m 3.5):

“3.1 Verzoekers zijn geen aandeelhouder in Slotervaartziekenhuis en Parkrand. Michael en Rowena zijn geen aandeelhouder in Meromi. Verzoekers respectievelijk Michael en Rowena stellen echter dat zij economisch gerechtigde zijn in de onderscheiden vennootschappen en voorts dat Meromi en – voor zover het Michael en Rowena betreft: – ook Jeemer tezamen met die vennootschappen een zodanige eenheid vormen dat zij gerechtigd zijn een concernenquête te vragen. Op die twee gronden zijn zij in hun ogen gerechtigd een enquête in Slotervaartziekenhuis, Parkrand en Meromi te verzoeken.

3.2 Verweerders en belanghebbenden hebben dat bestreden. De Ondernemingskamer overweegt als volgt.

3.3 Het enkele feit dat verzoekers indirect aandeelhouders in Slotervaartziekenhuis en Rowena en Michael indirect aandeelhouders in Meromi zijn, is – anders dan verzoekers kennelijk menen (pleitnota 106) – onvoldoende om de juistheid van een van beide stellingen aan te nemen.

3.4 De Ondernemingskamer stelt voorts het volgende vast:

– Naast Merdan zijn ook Jeemer en Delta Onroerend Goed aandeelhouder van Meromi. Meromi is houder van de aandelen in ook andere vennootschappen dan Slotervaartziekenhuis en Parkrand.

– Naast Michael en Rowena zijn ook de erven Schram aandeelhouder van Jeemer. Jeemer houdt ook de aandelen in andere vennootschappen dan alleen Meromi.

In het licht hiervan hebben verzoekers hun standpunt noch ten aanzien van de economische gerechtigdheid noch ten aanzien van de concernenquête voldoende toegelicht. Dit betekent dat hun verzoeken in zoverre niet ontvankelijk zijn. Dat er tussen de besturen van een aantal van voormelde vennootschappen eenheid van bestuur bestaat, leidt – op zichzelf – niet tot een ander oordeel.

3.5 Het voorgaande laat onverlet dat het denkbaar is dat het beleid van Jeemer als aandeelhouder van Meromi en het beleid van Meromi als aandeelhouder in Slotervaartziekenhuis en Parkrand bij een mogelijk te bevelen enquête in Jeemer respectievelijk Meromi zal worden onderzocht.”

5.2. Onderdeel I klaagt dat de Ondernemingskamer in rov. 3.3 en 3.4 miskend heeft dat een indirect kapitaalverschaffer van een vennootschap, *ongeacht de realiteit van de tussenliggende*

entiteiten, voor de toepassing van art. 2:346 lid 1 aanhef en sub b BW gelijkgesteld kan worden met een aandeelhouder of certificaathouder van die vennootschap. De Ondernemingskamer zou met haar oordeel dat verzoekers hun standpunt over de economische gerechtigheid onvoldoende hebben toegelicht, dan ook te hoge eisen hebben gesteld aan de stellingen van verzoekers. Vast staat immers, aldus het onderdeel, “dat verzoekers indirect meer dan 10% risicodragend kapitaal verschaffen in de vennootschappen ten aanzien waarvan een enquête wordt verzocht [...]”

5.3. Het onderdeel beroept zich onder meer op de beschikking van de Hoge Raad van 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7833, NJ 2013/304 (Chinese Workers). Volgens het onderdeel blijkt uit het in die beschikking “zonder enig voorbehoud gegeven” oordeel dat het indirecte aandeelhouderschap van Michael, Rowena en Merdan zonder meer kwalificeert als economische gerechtigheid die op één lijn gesteld moet worden met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder. De enige eis die aan de economische gerechtigheid gesteld zou worden, zou het kapitaalvereiste van art. 2:346 lid 1 BW zijn. De omstandigheid dat de “tussenliggende schakel of schakels” ook (beheer)activiteiten verrichten voor andere vennootschappen, zou voor de enquêtebevoegdheid van de economisch gerechtigde niet van betekenis zijn.

5.4. Ter toelichting op de klachten vermeldt het onderdeel onder meer dat Merdan houder is van meer dan 10% van de aandelen in Meromi. Uit dat gegeven zou volgen dat Merdan economisch gerechtigde is tot Meromi’s 100%-dochtervennootschappen [noot:4] Slotervaartziekenhuis en Parkrand. Als economisch gerechtigde zou hij dan ook bevoegd zijn om ten aanzien van deze vennootschap een enquête te verzoeken. Om overeenkomstige redenen hadden Michael en Rowena volgens het onderdeel ontvankelijk verklaard moeten worden in hun enquêteverzoeken betreffende Slotervaartziekenhuis en Meromi. Michael en Rowena zouden als aandeelhouders van Jeemer namelijk economisch gerechtigden zijn tot Meromi, en als economisch gerechtigden tot Meromi zouden zij weer economisch gerechtigden zijn tot Meromi’s 100%-dochtervennootschappen Slotervaartziekenhuis en Parkrand.

5.5. De klachten van onderdeel I zijn ongegrond. Zij berusten m.i. op een onjuiste lezing van de beschikking van de Hoge Raad van 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7833, NJ 2013/304 (Chinese Workers). In die beschikking overwoog de Hoge Raad onder meer het volgende (rov. 3.5-3.6):

“3.5. Bij de beoordeling van deze klachten [...] dient te worden vooropgesteld dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend en dat de daartoe strekkende opsomming in art. 2:346 BW limitatief is. Volgens vaste rechtspraak brengt de strekking van het enquêterecht echter mee dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang in zoverre op een lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder, voor de toepassing van art. 2:346, aanhef en onder b, BW, dient te worden gelijkgesteld met aandeelhouders of certificaathouders (vgl. HR 6 juni 2003, LJN AF9440, NJ 2003/486, HR 4 februari 2005, LJN AR8899, NJ 2005/127, HR 25 juni 2010, LJN BM0710, NJ 2010/370, HR 10 september 2010, LJN BM6077, NJ 2010/665, en HR 8 april 2011, LJN BP4943, NJ 2011/338).

3.6. De ondernemingskamer heeft vastgesteld dat de aandeelhouders in Chinnede – waaronder Yeh-Chiu [de partij die het enquêteverzoek had ingediend; toevoeging A-G] – *onder de door haar in rov. 3.5 genoemde omstandigheden* moeten worden aangemerkt als de economisch gerechtigden in Chinese Workers. *Met dat oordeel heeft zij tot uitdrukking gebracht dat Yeh-Chiu als verschaffer van risicodragend kapitaal een eigen economisch belang heeft in Chinese Workers dat in zoverre kan worden gelijkgesteld met het belang van een aandeelhouder als bedoeld in art. 2:346, aanhef en onder b, BW.* Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting, is niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. De omstandigheid dat Yeh-Chiu niet rechtstreeks aandelen houdt in Chinese Workers, maar dat zij door middel van aandelen in Chinnede een economisch belang heeft in Chinese Workers, doet daaraan niet af. Ook de omstandigheid dat Chinnede een vennootschap is naar het recht van Hong Kong leidt niet tot een ander oordeel, *nu de ondernemingskamer heeft vastgesteld dat de*

ondernemingsactiviteiten plaatsvinden in Chinese Workers. [...]” (onderstrepingen toegevoegd (gecursiveerd; *red.*), A-G)

5.6. Deze rechtsoverwegingen uit de Chinese Workers-beschikking dienen mijns inziens zo begrepen te worden dat de strekking van het enquêterecht meebrengt dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het enquêteverzoek betrekking heeft, voor de toepassing van art. 2:346 lid 1 aanhef en sub b en c BW [noot:5] gelijkgesteld dient te worden met aandeelhouders en certificaathouders *indien en voor zover* dat eigen economisch belang op een lijn gesteld kan worden met de belangen van een aandeelhouder of certificaathouder van die vennootschap. [noot:6] In tegenstelling tot hetgeen onderdeel I betoogt, brengt de strekking van het enquêterecht *niet* mee dat de positie van een dergelijke verschaffer van risicodragend kapitaal voor de toepassing van art. 2:346 lid 1 BW *zonder meer* gelijkgesteld kan worden aan die van een aandeelhouder of certificaathouder. Omstandigheden van het geval dienen meegewogen te worden. Dat laatste blijkt ook uit de onderstreepte delen van de hierboven geciteerde rov. 3.6. In die passages komt naar voren dat de Hoge Raad de door de Ondernemingskamer genoemde omstandigheden relevant achtte voor de beantwoording van de vraag of het economische belang in het desbetreffende geval gelijkgesteld kon worden met het belang van een aandeelhouder. Als het indirect aandeelhouderschap, zoals onderdeel I kennelijk meent, *zonder meer* gelijkgesteld kon worden met aandeelhouderschap, waren die omstandigheden niet van betekenis geweest. Verder merk ik op dat de Hoge Raad in rov. 3.5 van de Chinese Workers-beschikking vermeldt dat sprake is van vaste rechtspraak op dit punt. Deze vermelding en de daarbij opgenomen verwijzing naar eerdere beschikkingen, welke beschikkingen zien op gevallen waarin bijzondere omstandigheden van doorslaggevende betekenis waren, bevestigen dat van een koerswijziging geen sprake was.

5.7. In de onderhavige zaak staat vast dat Michael, Rowena en Merdan geen aandeelhouder zijn van Slotervaartziekenhuis of van Parkrand, en dat Michael en Rowena geen aandeelhouder zijn van Meromi (zie rov. 3.1). Naar oordeel van de Ondernemingskamer hebben verzoekers onvoldoende toegelicht waarom de economische belangen van Michael, Rowena en Merdan in Slotervaartziekenhuis en Parkrand, op één lijn gesteld zouden kunnen worden met de belangen van een aandeelhouder of certificaathouder van die vennootschappen (zie rov. 3.3, 3.4). Verder is naar haar oordeel onvoldoende toegelicht dat Michael en Rowena een zodanig economisch belang zouden hebben in Meromi, dat dit belang op één lijn gesteld zou kunnen worden met de belangen van een aandeelhouder of certificaathouder van Meromi (zie rov. 3.3, 3.4). Aan deze oordelen heeft de Ondernemingskamer onder meer het volgende ten grondslag gelegd:

- Het enkele feit dat Michael, Rowena en Merdan indirect aandeelhouders in Slotervaartziekenhuis zijn en dat Rowena en Michael indirect aandeelhouders in Meromi zijn, is, anders dan verzoekers kennelijk menen, in dit verband onvoldoende (zie rov. 3.3).
- Naast Merdan zijn ook Jeemer en Delta Onroerend Goed aandeelhouder van Meromi. Meromi is houder van de aandelen in ook andere vennootschappen dan Slotervaartziekenhuis en Parkrand (zie rov. 3.4).
- Naast Michael en Rowena zijn ook de erven Schram aandeelhouder van Jeemer. Jeemer houdt ook de aandelen in andere vennootschappen dan alleen Meromi (zie rov. 3.4).
- Dat er tussen de besturen van een aantal van de voormelde vennootschappen eenheid van bestuur bestaat, leidt als zodanig niet tot een ander oordeel (zie rov. 3.4).

De Ondernemingskamer heeft – zoals vermeld – geoordeeld dat, mede gezien de bovengenoemde vaststellingen, onvoldoende is toegelicht op welke gronden verzoekers bevoegd zouden zijn om een enquête te verzoeken ten aanzien van Slotervaartziekenhuis, Parkrand en (voor wat betreft Michael en Rowena) Meromi. De Ondernemingskamer heeft de verzoeken in zoverre dan ook niet-ontvankelijk verklaard (zie rov. 3.1 t/m 3.5 en dictum). Deze oordelen geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, en zijn als zodanig ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. De klachten van onderdeel I worden dan ook tevergeefs voorgesteld.

Onderdeel II

5.8. Onderdeel II klaagt dat de Ondernemingskamer in rov. 3.3 en 3.4 niet kenbaar ingaat op de economische gerechtigdheid van Michael, Rowena en Merdan in Parkrand, dit terwijl verzoekers niet-ontvankelijk zijn verklaard in hun enquêteverzoek betreffende Parkrand. Volgens het onderdeel is het oordeel van de Ondernemingskamer op dit punt dan ook onvoldoende gemotiveerd.

5.9. Deze klacht is ongegrond. De Ondernemingskamer heeft in rov. 3.1 t/m 3.4 geoordeeld dat verzoekers onvoldoende hebben toegelicht op welke gronden zij bevoegd zouden zijn tot het indienen van een enquêteverzoek ter zake van Slotervaartziekenhuis, Parkrand en (wat Michael en Rowena betreft) Meromi. Daarbij heeft de Ondernemingskamer in rov. 3.3 enkel de namen vermeld van Slotervaartziekenhuis en Meromi, en niet tevens van Parkrand. In rov. 3.4 is echter ook uitdrukkelijk ingegaan op hetgeen vastgesteld kan worden omtrent de economische belangen in Parkrand (ten dele ook door in te gaan op hetgeen vastgesteld kan worden omtrent Meromi, de aandeelhouder van Parkrand). De Ondernemingskamer heeft dan ook wel degelijk gemotiveerd op welke gronden zij oordeelt dat verzoekers niet-ontvankelijk zijn in hun enquêteverzoek ten aanzien van Parkrand.

5.10. Onderdeel II klaagt voorts dat ook de bij onderdeel I genoemde gronden meebrengen dat het oordeel omtrent het enquêteverzoek betreffende Parkrand niet in stand kan blijven. Ook deze klacht faalt, en wel om de redenen zoals vermeld bij de bespreking van dat eerste onderdeel. Dit behoeft hier verder geen toelichting.

Slotsom

5.11. De klachten van het cassatiemiddel (onderdelen I en II) kunnen om de hierboven vermelde redenen niet tot cassatie leiden. Slotsom is dan ook dat het cassatieberoep verworpen dient te worden.

6. Conclusie

De conclusie strekt tot toewijzing van het verzoek tot wijziging van de aanduiding van verzoeker tot cassatie sub 3, tot verwerping van het verweer dat verzoeker tot cassatie sub 3 niet-ontvankelijk is en voorts tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

(...; red.)

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) In 2006 stevende Slotervaartziekenhuis, destijds een stichting, af op een faillissement. J.R.M. Schram (hierna: Jan Schram) heeft toen, via Delta Onroerend Goed B.V. (hierna: Delta Onroerend Goed), bijna €26 miljoen (tegen een rente van 6%) in Slotervaartziekenhuis geïnvesteerd. Vervolgens is op 23 oktober 2006 een nieuwe raad van bestuur aangetreden. Voorzitter van de raad van bestuur werd A. Erbudak (hierna: Erbudak), die zakelijk partner van Jan Schram was en de moeder is van Michael, Rowena en Merdan. In juni 2007 werd Slotervaartziekenhuis omgezet in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.

(ii) Op 28 december 2012 is Jan Schram overleden. Op dat moment bestonden de volgende aandeelhoudersverhoudingen:

– Meromi Holding B.V. (hierna: Meromi) was enig aandeelhouder van Slotervaartziekenhuis, Parkrand B.V. (hierna: Parkrand) en twee andere vennootschappen;

– Delta Onroerend Goed, Merdan en Jeemer B.V. (hierna: Jeemer) hielden respectievelijk 16,66%, 16,66% en 66,66% van de aandelen in Meromi;

– Jeemer hield naast haar aandelen in Meromi ook alle aandelen in een andere vennootschap en 70% van de aandelen in een derde vennootschap;

– Michael, Rowena en Jan Schram hielden respectievelijk 24,5%, 24,5% en 51% van de aandelen in Jeemer;

– Jan Schram en Schram Belegging Maatschappij B.V. (hierna: Schram Belegging Maatschappij) hielden respectievelijk 0,02% en 99,98% van de aandelen in Delta Onroerend Goed;

– Stichting Administratiekantoor Schram Belegging Maatschappij hield alle aandelen in Schram Belegging Maatschappij; deze aandelen waren gecertificeerd;

– Erbudak, Schram Belegging Maatschappij, Delta Onroerend Goed, Michael en Rowena hielden de aandelen in A2 Antwoordservice B.V. (hierna: A2 Antwoordservice); de omvang van de aandelenbelangen in A2 Antwoordservice is omstreden.

(iii) Als gevolg van het overlijden van Jan Schram zijn diens erfgenamen, onder wie zijn neven W.J.M. Schram (hierna: Pim Schram) en R.A.M. Schram (hierna: Rob Schram), de aandelen gaan houden die tot dat moment werden gehouden door Jan Schram.

(iv) Pim Schram is sinds 21 januari 2013 bestuurder van Meromi en Jeemer. Rob Schram is sinds 1 maart 2013 enig bestuurder van Delta Onroerend Goed.

(v) De raad van commissarissen van Slotervaartziekenhuis heeft Erbudak bij besluit van 19 februari 2013 geschorst als bestuurder van Slotervaartziekenhuis. Aan dit besluit heeft de raad van commissarissen mede ten grondslag gelegd dat ten gevolge van Erbudaks – volgens de raad van commissarissen: eigenzinnige – wijze van onderhandelen met zorgverzekeraar Achmea, Slotervaartziekenhuis voor 2013 geen contract heeft kunnen sluiten met Achmea.

(vi) Op 13 maart 2013 heeft Pim Schram in zijn hoedanigheid van bestuurder van Meromi en als zodanig als enig aandeelhouder van Slotervaartziekenhuis, besloten om de statuten van Slotervaartziekenhuis te wijzigen en om voor een bedrag van €5 miljoen 6%-cumulatief preferente aandelen uit te geven. Bij notariële akte van 14 maart 2013 zijn de statuten van Slotervaartziekenhuis dienovereenkomstig gewijzigd en zijn voormelde cumulatief preferente aandelen uitgegeven aan Delta Onroerend Goed. De aandelen zijn volgestort door verrekening met de hiervoor onder (i) vermelde vordering van Delta Onroerend Goed op Slotervaartziekenhuis voor een bedrag van €5 miljoen. Als gevolg daarvan houdt Delta Onroerend Goed sindsdien 99,64% van de aandelen in Slotervaartziekenhuis, en houdt Meromi sindsdien 0,36% van de aandelen in Slotervaartziekenhuis.

(vii) Bij besluit van 27 maart 2013 van de vergadering van aandeelhouders van Slotervaartziekenhuis (Delta Onroerend Goed en Meromi), is Erbudak ontslagen als bestuurder van Slotervaartziekenhuis.

(viii) ING Bank N.V. (hierna: ING), die de huisbankier van Slotervaartziekenhuis is, heeft bij brief van 27 maart 2013 de limiet van het rekening-courantkrediet van Slotervaartziekenhuis verlaagd van €51 miljoen naar €28 miljoen. Volgens ING is conform de door Slotervaartziekenhuis verstrekte liquiditeitsprognose die kredietruimte voldoende om het jaar 2013 op een goede manier af te ronden.

3.2. Van Waveren c.s. hebben de ondernemingskamer verzocht om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken binnen Jeemer, Meromi, Parkrand en A2 Antwoordservice over de periode vanaf 28 december 2012, en om een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken binnen Slotervaartziekenhuis over de periode vanaf 19 februari 2013. Het enquêteverzoek had onder meer betrekking op het beleid en de gang van zaken bij de hiervoor in 3.1 onder (vi) vermelde uitgifte van aandelen, die volgens Van Waveren c.s. onrechtmatig is en in strijd met de regels van *good governance* binnen Slotervaartziekenhuis. Tevens is verzocht om voor de duur van het geding een aantal nader

aangeduide voorlopige voorzieningen te treffen ten aanzien van Jeemer, Meromi, Slotervaartziekenhuis, Parkrand respectievelijk A2 Antwoordservice, en voorts om ten aanzien van die vennootschappen voor de duur van het geding alle voorzieningen te treffen die de Ondernemingskamer geraden acht.

3.3. De ondernemingskamer heeft Van Waveren c.s. niet-ontvankelijk verklaard voor zover het betreft hun verzoek tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Slotervaartziekenhuis en Parkrand. Daarnaast zijn Michael en Rowena niet-ontvankelijk verklaard in hun verzoek tot het bevelen van een onderzoek betreffende (onder meer) Meromi. Daartoe heeft de ondernemingskamer als volgt overwogen:

“3.1 Verzoekers zijn geen aandeelhouder in Slotervaartziekenhuis en Parkrand. Michael en Rowena zijn geen aandeelhouder in Meromi. Verzoekers respectievelijk Michael en Rowena stellen echter dat zij economisch gerechtigde zijn in de onderscheiden vennootschappen en voorts dat Meromi en – voor zover het Michael en Rowena betreft: – ook Jeemer tezamen met die vennootschappen een zodanige eenheid vormen dat zij gerechtigd zijn een concernenquête te vragen. Op die twee gronden zijn zij in hun ogen gerechtigd een enquête in Slotervaartziekenhuis, Parkrand en Meromi te verzoeken.

3.2 Verweerders en belanghebbenden hebben dat bestreden. De Ondernemingskamer overweegt als volgt.

3.3 Het enkele feit dat verzoekers indirect aandeelhouders in Slotervaartziekenhuis en Rowena en Michael indirect aandeelhouders in Meromi zijn, is – anders dan verzoekers kennelijk menen (...) – onvoldoende om de juistheid van een van beide stellingen aan te nemen.

3.4 De Ondernemingskamer stelt voorts het volgende vast:

– Naast Merdan zijn ook Jeemer en Delta Onroerend Goed aandeelhouder van Meromi. Meromi is houder van de aandelen in ook andere vennootschappen dan Slotervaartziekenhuis en Parkrand.

– Naast Michael en Rowena zijn ook de erven Schram aandeelhouder van Jeemer. Jeemer houdt ook de aandelen in andere vennootschappen dan alleen Meromi.

In het licht hiervan hebben verzoekers hun standpunt noch ten aanzien van de economische gerechtigdheid noch ten aanzien van de concernenquête voldoende toegelicht. Dit betekent dat hun verzoeken in zoverre niet ontvankelijk zijn. Dat er tussen de besturen van een aantal van voormelde vennootschappen eenheid van bestuur bestaat, leidt – op zichzelf – niet tot een ander oordeel.

3.5 Het voorgaande laat onverlet dat het denkbaar is dat het beleid van Jeemer als aandeelhouder van Meromi en het beleid van Meromi als aandeelhouder in Slotervaartziekenhuis en Parkrand bij een mogelijk te bevelen enquête in Jeemer respectievelijk Meromi zal worden onderzocht.”

4. Beoordeling van de ontvankelijkheid van het cassatieberoep

4.1.1. Slotervaartziekenhuis heeft zich op het standpunt gesteld dat Merdan in zijn cassatieberoep niet-ontvankelijk is, op de grond dat uit het cassatierekest niet blijkt dat hij als minderjarige bij het instellen van zijn beroep werd vertegenwoordigd door zijn wettelijk vertegenwoordiger.

4.1.2. Mede naar aanleiding van het standpunt van Slotervaartziekenhuis is bij brief van 19 december 2013 namens Erbudak als wettelijk vertegenwoordiger van Merdan verzocht om de aanduiding van verzoeker tot cassatie onder 3 te wijzigen van “Merdan Michael Tristan Koç, wonende te Beverwijk” in “Aysel Erbudak, handelend in haar hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van Merdan Michael Tristan Koç, wonende te Beverwijk”.

4.1.3. Bij brief van 24 december 2013 is namens Slotervaartziekenhuis bericht dat zij zich wat betreft het verzoek tot wijziging van de partijaanduiding refereert aan het oordeel van de Hoge Raad. Wel heeft Slotervaartziekenhuis opgemerkt dat, voor zover haar bekend, de wettelijk vertegenwoordiger van Merdan geen machtiging heeft voor het instellen van cassatieberoep.

De niet in cassatie verschenen verweersters en belanghebbenden zijn in de gelegenheid gesteld om zich over het verzoek tot wijziging van de partijaanduiding uit te laten, maar hebben daarvan geen gebruik gemaakt.

4.1.4. Van Waveren c.s. hebben het beroep van Slotervaartziekenhuis op niet-ontvankelijkheid bestreden. Bij die gelegenheid hebben zij een kopie overgelegd van een op 8 januari 2014 door de kantonrechter te Haarlem aan Erbudak – op de voet van art. 1:253k BW in verbinding met art. 1:349 BW – verleende machtiging om Merdan in de onderhavige cassatieprocedure te vertegenwoordigen.

4.2. Het hiervoor in 4.1.2 vermelde verzoek van Erbudak als wettelijk vertegenwoordiger van Merdan is toewijsbaar, nu (i) Merdan in de cassatieprocedure is verschenen en het verzoek berust op de grond dat een vergissing is begaan in zijn aanduiding in de procedure, (ii) Slotervaartziekenhuis niet heeft aangevoerd dat zij zich door toewijzing van het verzoek onredelijk in haar belangen geschaad acht, en (iii) niet aannemelijk is dat de niet in cassatie verschenen verweersters en belanghebbenden door toewijzing van het verzoek onredelijk in hun belangen worden geschaad (vgl. HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1881). Dit betekent dat de procedure in cassatie wat betreft verzoeker onder 3 wordt gevoerd door Aysel Erbudak, handelend in haar hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van Merdan Michael Tristan Koç.

4.3. Nu Erbudak door de kantonrechter op de voet van art. 1:253k BW in verbinding met art. 1:349 BW is gemachtigd om Merdan in de onderhavige cassatieprocedure te vertegenwoordigen, dient het beroep van Slotervaartziekenhuis op niet-ontvankelijkheid te worden verworpen.

5. Beoordeling van het middel

5.1. De klachten van onderdeel II kunnen niet 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.

5.2.1. Onderdeel I klaagt dat de ondernemingskamer in de hiervoor in 3.3 weergegeven rov. 3.3 en 3.4 van haar beschikking heeft miskend dat een indirect kapitaalverschaffer van een vennootschap voor de toepassing van art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b, BW kan worden gelijkgesteld met een aandeelhouder of certificaathouder van die vennootschap, ongeacht de realiteit van de tussenliggende entiteit(en). Volgens de klacht volgt uit de beschikking van de Hoge Raad van 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7833, NJ 2013/304 (Chinese Workers) dat het indirecte aandeelhouderschap van Van Waveren c.s., die (indirect) meer dan 10% van het risicodragend kapitaal verschaffen in de vennootschappen ten aanzien waarvan een enquête wordt verzocht, zonder meer wordt gekwalificeerd als economische gerechtigdheid die op één lijn moet worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder.

5.2.2. Het onderdeel berust op een onjuiste rechtsopvatting.

In zijn hiervoor in 5.2.1 genoemde beschikking van 29 maart 2013 heeft de Hoge Raad vooropgesteld dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend en dat de daartoe strekkende opsomming in art. 2:346 BW limitatief is.

De strekking van het enquêterecht brengt echter mee dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang in zoverre op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder, voor de toepassing van art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b, BW, dient te worden gelijkgesteld met aandeelhouders of certificaathouders. Daarbij heeft de

Hoge Raad verwezen naar zijn vaste rechtspraak, te weten HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9440, NJ 2003/486 (Scheipar), HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899, NJ 2005/127 (Landis), HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0710, NJ 2010/370 (e-Traction), HR 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6077, NJ 2010/665 (Butôt), en HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4943, NJ 2011/338 (TESN).

In deze rechtspraak is niet de rechtsregel aanvaard dat de positie van een verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, voor de toepassing van art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder meer kan worden gelijkgesteld met die van een aandeelhouder of certificaathouder. Een dergelijke gelijkstelling is volgens deze rechtspraak slechts mogelijk indien en voor zover op grond van de feiten en omstandigheden van het geval kan worden geoordeeld dat het eigen economisch belang van de verschaffer van risicodragend kapitaal in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, van dien aard is dat het op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of een certificaathouder van die vennootschap. De ondernemingskamer dient derhalve alle relevante feiten en omstandigheden te betrekken in haar oordeelsvorming ten aanzien van die mogelijke gelijkstelling.

5.2.3. Het vorenstaande brengt mee dat de ondernemingskamer geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen (in rov. 3.3) dat het enkele feit dat Van Waveren c.s. indirect aandeelhouders in Slotervaartziekenhuis (en Parkrand), en Michael en Rowena indirect aandeelhouders in Meromi zijn, onvoldoende is om hun economische gerechtigdheid in deze vennootschappen gelijk te stellen met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder. Voorts kon de ondernemingskamer, in het licht van de omstandigheden dat Meromi niet slechts aandelen houdt in Slotervaartziekenhuis en Parkrand, maar ook in andere vennootschappen, en dat Jeemer niet slechts aandelen houdt in Meromi, maar ook in andere vennootschappen, zonder schending van enige rechtsregel tot het oordeel komen (in rov. 3.4) dat Van Waveren c.s. hun standpunt ten aanzien van hun economische gerechtigdheid in de hiervoor bedoelde zin onvoldoende hebben toegelicht.

Het oordeel van de ondernemingskamer is evenmin onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

5.2.4. De klachten van onderdeel I stuiten af op hetgeen hiervoor is overwogen.

5.3.1. Het vorenstaande brengt mee dat het beroep dient te worden verworpen.

De Hoge Raad ziet aanleiding om ten overvloede in te gaan op het verweer van Slotervaartziekenhuis dat Van Waveren c.s. geen belang hebben bij hun cassatieberoep, voor zover dit betrekking heeft op hun verzoek tot het instellen van een enquête ten aanzien van Slotervaartziekenhuis. Daartoe heeft Slotervaartziekenhuis aangevoerd dat Van Waveren c.s. ten tijde van de indiening van hun inleidende verzoek – door middel van hun directe dan wel indirecte aandeelhouderschap in Meromi en hun directe aandeelhouderschap in Jeemer – minder aandelen in Slotervaartziekenhuis hielden dan de kapitaalseis van art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b, BW voorschrijft. Reeds op grond van die kapitaalseis waren Van Waveren c.s. niet bevoegd om het instellen van een enquête ten aanzien van Slotervaartziekenhuis te verzoeken, en daarom hebben zij geen belang bij hun cassatieberoep, aldus het verweer.

5.3.2. De strekking van het enquêterecht brengt mee dat een aandeelhouder of certificaathouder, die als gevolg van een uitgifte van (certificaten van) aandelen niet langer voldoet aan de in art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b, BW bedoelde kapitaalseis, bevoegd is tot het indienen van een verzoek om een enquête in te stellen, 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. Het enquêterecht strekt immers mede ter bescherming van een minderheid van aandeelhouders of certificaathouders tegen (mogelijk) machtsmisbruik door de meerderheid.

5.3.3. Nu het verzoek van Van Waveren c.s. tot het instellen van een enquête ten aanzien van Slotervaartziekenhuis mede betrekking heeft op een onderzoek naar de aandelenuitgifte als gevolg waarvan Van Waveren c.s. niet langer voldoen aan de kapitaalseis van art. 2:346 lid 1,

aanhef en onder b, BW, en Van Waveren c.s. hebben gesteld dat er gegronde redenen bestaan om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken bij die uitgifte (zie hiervoor in 3.2), stond aan hun bevoegdheid om het instellen van een enquête te verzoeken niet reeds in de weg dat zij ten tijde van de indiening van hun inleidende verzoek minder aandelen in Slotervaartziekenhuis hielden dan die kapitaalrechten voorschrijft.

Het verweer van Slotervaartziekenhuis dat Van Waveren c.s. reeds op grond van die kapitaalrechten niet bevoegd waren om het instellen van een enquête ten aanzien van Slotervaartziekenhuis te verzoeken, en daarom geen belang hebben bij hun cassatieberoep, is derhalve ongegrond.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

verstaat dat de procedure in cassatie wat betreft verzoeker onder 3 wordt gevoerd op naam van Aysel Erbudak, handelend in haar hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger van Merdan Michael Tristan Koç;

verwerpt het beroep;

veroordeelt Van Waveren c.s. in de kosten van het geding in cassatie, (...; red.).

» Noot

1. In art. 2:346 BW is bepaald dat aandeelhouders en houders van certificaten bevoegd zijn tot het doen van een enquêteverzoek naar een BV of NV mits zij aan de daar voorgeschreven drempels komen. Die opsomming knelt soms. In de rechtspraak zijn gevallen aan de orde geweest, waarin de Ondernemingskamer (“OK”) enquêtebevoegdheid toekende aan partijen met een van aandelen of certificaten afgeleid belang. Assink (*Compendium Ondernemingsrecht*, p. 1618 e.v.) onderscheidt drie “scenario’s”: (i) gevallen waarin de verzoeker in een vermogensrechtelijke verhouding staat tot de certificaathouder of aandeelhouder, bijvoorbeeld als houder van “ondercertificaten” (verg. Scheipar) of gerechtigde tot een onverdeelde nalatenschap (Butôt); (ii) de groeps(genoten)enquête (ook wel “concernenquête” genoemd), waarbij de enquête zich uitstrekt tot een dochtervennootschap in een concern, terwijl de verzoeker aandelen houdt in het groepshoofd (verg. Landis Group); en (iii) gevallen waarin een tussenliggende vennootschap wordt “weggedacht” en het belang van de verzoeker aan dat van een certificaathouder of aandeelhouder “wordt gelijkgesteld” (verg. Chinese Workers). Het onderscheid is niet altijd duidelijk, omdat in elk scenario een vorm van “wegdenken” of “doorkijken” plaatsvindt. Het komt er allemaal kort gezegd op neer dat in prangende gevallen de verstrekker van kapitaal bescherming moet kunnen vinden van het enquêterecht en dat daartoe voorrang gegeven wordt aan de economische realiteit boven de formele juridische structuur.

2. De onderhavige beschikking van de Hoge Raad gaat vooral over scenario (iii) en zijdelings over scenario (ii). De verzoekers in deze enquêteprocedure waren “M.”, Michael en Rowena. M. hield een *direct* belang in Meromi Holding BV, terwijl Michael en Rowena – via Jeemer BV – een *indirect* belang hielden in Meromi. Meromi hield op haar beurt 100% van de aandelen in Slotervaartziekenhuis BV. Verzoekers bepleitten op twee grondslagen bevoegd te zijn tot het verzoeken van een enquête naar het beleid en de gang van zaken van Slotervaartziekenhuis: (i) zij zijn als indirect aandeelhouder economisch gerechtigde tot Slotervaartziekenhuis; en (ii) Jeemer, Meromi en Slotervaartziekenhuis vormen een economische eenheid, waardoor Slotervaartziekenhuis onderwerp kan zijn van een concernenquête. De OK besliste dat de verzoekers deze stellingen onvoldoende hadden toegelicht om enquêtebevoegdheid aan te nemen en verklaarde hun verzoeken niet-ontvankelijk.

3. In cassatie is alleen de eerste grondslag aan de orde gekomen. Het middel bepleitte dat de OK te hoge eisen stelde aan de stellingen van verzoekers. Uit HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7833, *NJ 2013/304 (Chinese Workers)* zou volgen dat een

kapitaalverschaffer in een moedervenootschap zonder meer kan worden beschouwd als economisch gerechtigde tot een (Nederlandse) dochtervenootschap en als zodanig enquêtebevoegd is, aldus het middel.

4. A-G Timmerman concludeerde tot verwerping van het cassatieberoep, omdat het middel uitgaat van een verkeerde lezing van *Chinese Workers*. In *Chinese Workers* overwoog de Hoge Raad, nadat hij de limitatieve opsomming van enquêtegerechtigden in de wet voorop had gesteld: “Volgens vaste rechtspraak brengt de strekking van het enquêterecht echter mee dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang in zoverre op een lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder, voor de toepassing van art. 2:346, aanhef en onder b, BW, dient te worden gelijkgesteld met aandeelhouders of certificaathouders (...)” Timmerman duidde de woorden “welk belang in zoverre op een lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder” zo dat daarmee wordt bedoeld dat de rechter steeds moet onderzoeken of – alle feiten en omstandigheden van het geval in aanmerking genomen – het belang in kwestie met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder op een lijn kan worden gesteld. De Hoge Raad volgde Timmerman en verwierp het cassatieberoep: “In deze rechtspraak is niet de rechtsregel aanvaard dat de positie van een verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, voor de toepassing van art. 2:346 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder meer kan worden gelijkgesteld met die van een aandeelhouder of certificaathouder”, aldus de Hoge Raad.

5. Welke feiten en omstandigheden rechtvaardigen dan de gelijkstelling van het belang van een indirect aandeelhouder aan dat van een direct aandeelhouder of certificaathouder? In *Chinese Workers* leek vooral van belang dat de tussengeschoven entiteit (Chinnede) geen zelfstandige betekenis toekwam: Chinnede had geen andere functie dan het houden van de aandelen in *Chinese Workers*. Dat is in de onderhavige uitspraak anders. Meromi hield niet alleen aandelen in Slotervaartziekenhuis, maar zij hield ook aandelen in andere vennootschappen. Er was sprake van een groep. Dat maakt dat de aandeelhouders van Meromi geen risicodragend kapitaal beschikbaar hebben gesteld aan Slotervaartziekenhuis, maar aan Meromi als nexus van het groepsbelang. Vertakt het organigram zich dus naar beneden, dan is dat een contra-indicatie voor gelijkstelling van belangen.

6. Daarmee is nog niet beantwoord, wanneer *wel* gelijkstelling kan plaatsvinden. Van Schilfgaarde merkt in zijn noot bij de onderhavige uitspraak (*NJ* 2014, 296) terecht op dat “de vraag naar de bij die gelijkstelling toe te passen criteria de verzoekers, de ondernemingskamer en de Hoge Raad [zal] blijven kwellen.”

7. De OK stelde nog vast dat Meromi ook andere aandeelhouders had dan M. en Jeemer en dat Jeemer ook andere aandeelhouders had dan Michael en Rowena. Dat lijkt me niet perse relevant voor het beroep op het quasi-aandeelhouderschap in scenario (iii): dat het organigram zich in opwaartse richting vertakt leidt “bovenin” natuurlijk tot een kleiner kapitaalbelang, maar zolang verzoekers samen maar aan de drempel komen, zou onder omstandigheden van gelijkstelling aan een aandeelhouder of certificaathouder sprake moeten kunnen zijn.

8. Die vertakking in opwaartse richting is echter wel relevant voor het verzoek tot het bevelen van een concernenquête, dus scenario (ii). De OK moest ook daarover oordelen. In het middel – voor zover kenbaar uit de beschikking – werd zoals gezegd niet geklaagd over het feit dat de OK geen brood zag in een concernenquête op basis van de summier stellingen van verzoekers. Wil een verzoeker enige kans maken op het toewijzen van een concernenquête, dan zal hij of zij tenminste moeten stellen dat de vennootschap waarin hij een direct belang houdt het beleid en de gang van zaken in de groep – en dus ook van de te onderzoeken dochter – dicteert. Zitten de verzoekers “hoog in het organigram” (zoals in dit geval Michael en Rowena) dan is die stelling bepaald minder aannemelijk.

mr. P.D. Olden, advocaat bij NautaDutilh Amsterdam

» Voetnoten

[1]

Het verzoekschrift is bij de griffie van de Ondernemingskamer ingekomen op 12 juni 2013 (per e-mail, zonder producties) en op 18 juni 2013 (per koerier, met producties); zie rov. 1.2.

[2]

Verzoekers hebben in cassatie een kopie overgelegd van een in de onderhavige zaak gegeven beschikking van de Ondernemingskamer van 25 juli 2013. In deze beschikking stelt de Ondernemingskamer vast dat de kantonrechter Erbudak gemachtigd heeft om in de procedure voor Merdan op te treden. De Ondernemingskamer verwerpt het verweer dat niet Erbudak maar Merdan als formele procespartij is opgetreden en dat Merdan in zijn verzoek jegens Meromi niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. In de beschikking wordt iedere verdere beslissing aangehouden. Overigens blijkt uit de gepubliceerde jurisprudentie dat de Ondernemingskamer na de thans in cassatie aan de orde zijnde deelbeschikking van 4 juli 2013 en de genoemde beschikking van 25 juli 2013, verdere beschikkingen heeft gegeven op 18 oktober 2013, 25 oktober 2013 en 11 december 2013 (zaaknummer 200.128.640).

[3]

De door verzoekers gewenste partijsaanduiding van verzoeker tot cassatie sub 3, heb ik om deze reden overigens ook reeds opgenomen in de kop van deze conclusie. Verder zij opgemerkt dat ik omwille van de leesbaarheid, in deze conclusie veelal veronderstellenderwijs aanneem dat vastgesteld zal worden dat verzoekers in deze cassatieprocedure dezelfde personen zijn als de verzoekers in het geding in vorige instantie (dit geldt uiteraard niet voor paragrafen 3 en 4 van deze conclusie).

[4]

De Ondernemingskamer laat, zo begrijp ik, overigens in het midden of hier voor de toepassing van art. 2:346 lid 1 aanhef en sub b BW uitgegaan dient te worden van de situatie vóór de aandelenuitgifte door Slotervaartziekenhuis van 14 maart 2013 (toen Meromi houder was van 100% van de aandelen in Slotervaartziekenhuis) of van de situatie die door die aandelenuitgifte is ontstaan (met Meromi als houder van 0,36% van de aandelen in Slotervaartziekenhuis). Zie ook hierboven, onder 1.11.

[5]

Per 1 januari 2013 is de wettelijke regeling van art. 2:346 BW gewijzigd; relevante bepaling is nu niet art. 2:346 aanhef en sub b BW, maar art. 2:346 lid 1 aanhef en sub b en c BW. De wijziging is voor de hier aan de orde zijnde rechtsvraag verder overigens niet van belang.

[6]

Zie in overeenkomstige zin bijvoorbeeld het oordeel van de Ondernemingskamer van 3 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3555, JOR 2013/241, rov. 3.8 (Interfisc), m.nt. J.W. de Groot. Vgl. verder onder meer D.F. Berkhout, 'Enquetebevoegdheid voor aandeelhouders van buitenlandse vennootschappen', TOP 2013, 4, p. 133 e.v.