

# ECLI:NL:HR:2019:1941

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	13-12-2019
Datum publicatie	13-12-2019
Zaaknummer	18/03716
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2019:994, Gevolgd
Rechtsgebieden	Burgerlijk procesrecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Procesrecht. Opheffing dwangsom. Art. 611d Rv. Is het de dwangsomrechter toegestaan om de dwangsom op te heffen omdat de hoofdveroordeling is uitgevoerd? Taakverdeling tussen dwangsomrechter en executierechter. Geen grief tegen onjuiste maatstaf vonnis voorzieningenrechter.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJB 2020/7 NJ 2020/21 RvdW 2020/37 RBP 2020/11 JBPr 2020/19 met annotatie van Jongbloed, A.W.

## Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

**Nummer** 18/03716

**Datum** 13 december 2019

ARREST

In de zaak van

D'OLMEHORST HOLDING B.V.,  
gevestigd te Hilversum,  
EISERES tot cassatie,  
hierna: d'Olmehorst,  
advocaat: mr. K. Aantjes,

tegen

[verweerder],  
wonende te [woonplaats],  
VERWEERDER in cassatie,  
hierna: [verweerder],  
advocaat: mr. G.C. Nieuwland.

## 1. Procesverloop

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

- a. het vonnis in de zaak C/13/626924/KG ZA 17-406 MV/TF van de rechtbank Amsterdam van 8 mei 2017;
- b. het arrest in de zaak 200.218.623/01 van het gerechtshof Amsterdam van 3 juli 2018.

D'Olmehorst heeft tegen het arrest van het hof beroep in cassatie ingesteld.

[verweerder] heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.M. Wesseling-van Gent strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

## 2 Uitgangspunten en feiten

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]) en wijlen [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]) hebben samen een dochter.

(ii) [betrokkene 2] heeft in december 2012 van [verweerder] 6.149 van de 6.150 geplaatste aandelen in de naamloze vennootschap naar Belgisch recht Azure N.V. (hierna: Azure) gekocht. Het resterende aandeel in Azure werd gehouden door [betrokkene 3] (hierna: [betrokkene 3]). [verweerder] en [betrokkene 3] waren tevens bestuurders van Azure en zijn dat na de aandelenoverdracht gebleven.

(iii) [betrokkene 2] was oprichter, bestuurder en aandeelhouder van d'Olmehorst. [betrokkene 2] heeft de aandelen Azure ingebracht in d'Olmehorst. Na het overlijden van [betrokkene 2] is [betrokkene 1] als wettelijk vertegenwoordiger van hun minderjarige dochter gaan optreden. [betrokkene 1] heeft ook de taak van vereffenaar van de nalatenschap van [betrokkene 2] op zich genomen en zij is tot bestuurder van d'Olmehorst benoemd. [verweerder] en d'Olmehorst ([betrokkene 1]) hebben een conflict gekregen over de aandelenverkoop in 2012 en daarover een procedure in België gevoerd.

(iv) In januari 2016 heeft d'Olmehorst [verweerder] en [betrokkene 3] gedagvaard voor de voorzieningenrechter te Amsterdam en – kort samengevat – gevorderd hen te veroordelen om een algemene vergadering van aandeelhouders van Azure bijeen te roepen, waarbij het ontslag van [verweerder] en [betrokkene 3] als bestuurders van Azure op de agenda staat en [betrokkene 1] als bestuurder wordt benoemd.

(v) De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 8 april 2016 als volgt beslist:

“5.1. veroordeelt [verweerder] en [betrokkene 3] om binnen 5 werkdagen na de betekening van dit vonnis op rechtsgeldige wijze en met inachtneming van de formaliteiten als omschreven in art. 533 van het Belgische Wetboek van Vennootschappen een algemene vergadering van aandeelhouders van Azure bijeen te roepen, van welke vergadering de agenda als volgt zal zijn samengesteld: (...).

5.2. veroordeelt [verweerder] en [betrokkene 3] hoofdelijk om aan [d'Olmehorst] een dwangsom te betalen van EUR 20.000,- voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij niet aan de in 5.1 uitgesproken hoofdveroordeling voldoen, tot een maximum van EUR 200.000,- is bereikt.

5.3. bepaalt dat de onder 5.1 vermelde algemene vergadering van aandeelhouders van Azure:

- dient te worden opgeroepen overeenkomstig het bepaalde in artikel 533 van het Belgische Wetboek van Vennootschappen, bij rechtsgeldig opgestelde door [verweerder] en [betrokkene 3] gezamenlijk ondertekende en per aangetekende post aan alle aandeelhouders van Azure te verzenden brieven, (...).”

(vi) Ter uitvoering van dit vonnis hebben [verweerder] en [betrokkene 3] tijdig een oproeping aan d'Olmehorst doen uitgaan voor een op 6 mei 2016 te houden algemene vergadering van aandeelhouders.

(vii) Bij e-mail van 5 mei 2016 heeft [verweerder] aan [betrokkene 3] een bijlage gestuurd met daarin een schriftelijke machtiging waarin [betrokkene 3] hem machtigt om eventuele besluiten in de algemene vergadering van aandeelhouders namens haar te ondertekenen en namens haar als aandeelhouder te stemmen. Bij e-mail van dezelfde dag heeft [betrokkene 3] op deze e-mail gereageerd en voor zover van belang geschreven:

“(…) Hierbij bevestig ik, (…), dat ik de volmacht heb ontvangen en gelezen. Ik ga dus akkoord met de machtiging om jou, (…), morgen namens mij op te laten treden zoals beschreven in de machtiging.”

(viii) De Voorzitter van de Rechtbank van Koophandel Antwerpen heeft Azure bij beschikking in kort geding van 6 mei 2016 verboden de algemene vergadering van aandeelhouders op 6 mei 2016 te laten plaatsvinden en [verweerder] bevolen een nieuwe oproeping voor de algemene vergadering van aandeelhouders te laten uitgaan. De algemene vergadering van aandeelhouders op 6 mei 2016 is niet doorgegaan. Op 11 mei 2016 hebben [verweerder] en [betrokkene 3] een nieuwe oproeping doen uitgaan voor een op 3 juni 2016 te houden algemene vergadering van aandeelhouders. Op 3 juni 2016 is de algemene vergadering van aandeelhouders gehouden.

(ix) De deurwaarder heeft op verzoek van d’Olmehorst bij exploit van 17 november 2016 aan [verweerder] aangezegd dat met betrekking tot het bepaalde in het (hiervoor onder (v) weergegeven) vonnis van 8 april 2016 en het exploit van de deurwaarder van dezelfde datum (waarin is bevolen aan het vonnis te voldoen) is nagelaten om alle aandeelhouders op gelijke wijze voor de op 6 mei 2016 te houden algemene vergadering van aandeelhouders op te roepen. [betrokkene 3] zou niet op gelijke wijze zijn opgeroepen als d’Olmehorst. In het exploit staat verder dat niet is voldaan aan de veroordeling in het vonnis onder 5.1 in samenhang met het bepaalde in 5.3 en dat de onder 5.2 van het vonnis bepaalde dwangsommen tot een maximum van € 200.000,-- zijn verbeurd. De deurwaarder heeft (hernieuwd) aan [verweerder] het bevel gedaan dit bedrag van € 200.000,-- en kosten te voldoen. D’Olmehorst is overgegaan tot het leggen van executoriale beslagen ten laste van [verweerder].

2.2.1 [verweerder] vordert in dit kort geding – samengevat en voor zover in cassatie van belang – dat de dwangsom die is gesteld op de veroordeling in het dictum onder 5.1 van het vonnis van 8 april 2016, wordt opgeheven althans wordt verminderd.

2.2.2 De voorzieningenrechter heeft de bij het vonnis van 8 april 2016 opgelegde dwangsom opgeheven voor zover deze is verbonden aan de in het dictum onder 5.3, eerste gedachtestreepje, weergegeven veroordeling die ziet op de door [verweerder] en [betrokkene 3] gezamenlijk ondertekende, per aangetekende post aan [betrokkene 3] als aandeelhouder te verzenden brief inhoudende de oproeping voor de algemene vergadering van aandeelhouders. Het meer of anders gevorderde heeft de voorzieningenrechter afgewezen. De voorzieningenrechter heeft daartoe onder meer als volgt geoordeeld:

“4.2. In deze zaak is van belang dat in onderdeel 5.3 van het vonnis van 8 april 2016 is bepaald dat de onder 5.1 vermelde AvA van Azure dient te worden bijeengeroepen overeenkomstig het bepaalde in artikel 533 van het Belgisch Wetboek van Vennootschappen, bij rechtsgeldig opgestelde, door [verweerder] en [betrokkene 3] gezamenlijk ondertekende en per aangetekende post aan alle aandeelhouders van Azure te verzenden brieven. Uit die beslissing, met name rechtsoverweging 4.11, kan worden afgeleid dat doel van de veroordeling was te waarborgen dat D’Olmehorst haar aandeelhoudersrechten ter vergadering zou kunnen uitoefenen. Om dat te verzekeren diende te worden voorkomen dat de op de AvA genomen besluiten aan nietigheid of vernietigbaarheid zouden bloot staan omdat niet aan de formaliteiten zou zijn voldaan.

Vast staat dat D’Olmehorst per aangetekende brief is opgeroepen, maar [betrokkene 3] niet. D’Olmehorst stelt zich op het standpunt dat dus niet is voldaan aan het bepaalde in 5.1 en derhalve dwangsommen zijn verbeurd. Dit standpunt wordt niet gevolgd.

4.3. In artikel 533 juncto 64 van het Belgische Wetboek van Vennootschappen is bepaald dat besluiten van een niet op rechtsgeldige wijze bijeengeroepen AvA nietig verklaard kunnen worden. In artikel 533 staat – kort gezegd – op welke wijze de oproepingen voor de vergadering moeten worden meegedeeld. Wanneer alle aandelen op naam staan kan een dergelijk[e] mededeling geschieden door middel van een aangetekende brief, tenzij degene voor wie de mededeling bestemd is individueel, uitdrukkelijk en schriftelijk heeft ingestemd om de oproeping via een ander communicatiemiddel te ontvangen. De wettelijke regeling vereist dus niet altijd dat de oproeping voor de AvA per aangetekende brief wordt medegedeeld. Dat in het dictum van het vonnis van 8 april 2016 de oproeping per aangetekende brief als vereiste is geformuleerd moet in het licht van het bovenstaande worden gezien. In deze zaak staat vast dat [betrokkene 3] van de datum en tijdstip van de oproeping voor de AvA van 6 mei 2016 afwist, dat zij de aangetekende oproeping aan D'Olmehorst voor die vergadering mede heeft ondertekend en dat zij een volmacht aan [verweerder] heeft afgegeven om haar aldaar te vertegenwoordigen. Die omstandigheden kunnen in redelijkheid worden beschouwd als 'uitdrukkelijke en schriftelijke instemming' bedoeld in artikel 533. [verweerder] of [betrokkene 3] kon derhalve de in de AvA te nemen besluiten niet meer aantasten met een beroep op een gebrek in de wettelijk voorgeschreven oproepingsformaliteiten. [verweerder] heeft er aldus alles aan gedaan om in redelijkheid mogelijk te maken dat de AvA tot rechtsgeldige besluiten kon komen. De dwangsom zou zijn doel voorbij schieten en het zou onredelijk zijn meer inspanning te verlangen dan [verweerder] heeft betracht. Dit maakt dat de dwangsom op dit onderdeel van het vonnis van 8 april 2016 kan worden opgeheven."

2.2.3 Het hof heeft dit vonnis bekrachtigd. Het heeft daartoe onder meer als volgt geoordeeld:

"3.5 (...) Naar de letter van het vonnis van 8 april 2016 genomen zouden [verweerder] en [betrokkene 3] als bestuurders van Azure de aan hen voorgeschreven oproeping van de aandeelhouders van Azure voor een AVA niet alleen aan d'Olmehorst hebben moeten doen uitgaan, maar ook aan [betrokkene 3] als aandeelhouder. Het hof verenigt zich echter met het kennelijke oordeel van de voorzieningenrechter in het bestreden vonnis dat (het dictum van het vonnis van 8 april 2016 aldus moet worden begrepen dat) een oproeping van [betrokkene 3] per aangetekende brief achterwege kan blijven in geval van uitdrukkelijke en schriftelijke instemming van [betrokkene 3] met oproeping langs andere weg en dat zodanige instemming gelegen is in een door [verweerder] en [betrokkene 3] ondertekende oproeping van d'Olmehorst per aangetekende brief op de wijze zoals hier heeft plaatsgehad. Uit de gevolgde gang van zaken volgt immers genoegzaam (i) dat [betrokkene 3] op de hoogte was van de bijzonderheden van de te houden AVA en (ii) dat verzending van dezelfde oproeping aan [betrokkene 3] zinledig was, zodat (iii) [betrokkene 3] er klaarblijkelijk mee had ingestemd dat haar afzonderlijke oproeping achterwege zou blijven. Bij gebreke van belang kan hetgeen de voorzieningenrechter nog heeft overwogen omtrent de bij e-mail van 5 mei 2016 door [betrokkene 3] aan [verweerder] gegeven volmacht verder onbesproken blijven. Hetzelfde geldt voor de klacht dat ten tijde van het versturen van deze e-mail de termijn voor voldoening aan het vonnis van 8 april 2016 reeds was verstreken.

3.6. Het voorgaande voert het hof tot de conclusie dat met de voorzieningenrechter moet worden geoordeeld dat de dwangsom zijn doel voorbij zou schieten en het onredelijk zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan [verweerder] te dezen heeft betracht, zodat de dwangsom terecht is opgeheven zoals in het dictum van het bestreden vonnis omschreven. Hierop stuiten de grieven af."

### **3 Beoordeling van het middel**

3.1 Onderdeel 1.3 van het middel klaagt dat het hof heeft miskend dat het de rechter in het kader van zijn in art. 611d Rv neergelegde bevoegdheid om, voor zover thans van belang, de dwangsom op te heffen, niet is toegestaan om de uitvoering van de hoofdveroordeling te onderzoeken met het oog op de vaststelling dat de veroordeling tot de dwangsom geen voorwerp meer heeft, omdat de

hoofdveroordeling reeds is uitgevoerd.

3.2 Ingevolge art. 611d lid 1 Rv kan de rechter die de dwangsom heeft opgelegd (hierna: de dwangsomrechter), voor zover in deze zaak van belang, de dwangsom op vordering van de veroordeelde opheffen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen. Art. 611d lid 1 Rv is ontleend aan art. 4 lid 1 van de Benelux-Overeenkomst houdende de eenvormige wet betreffende de dwangsom van 26 november 1973 (hierna: de EW). Volgens rechtspraak van het Benelux Gerechtshof moet uit de Gemeenschappelijke Memorie van Toelichting bij art. 4 lid 1 EW worden afgeleid dat het de dwangsomrechter niet is toegestaan om terug te komen van zijn beslissing een dwangsom als prikkel tot uitvoering van de hoofdveroordeling op te leggen, en dat hij enkel over het al dan niet behoud en de omvang van de dwangsom opnieuw kan beslissen in geval van onmogelijkheid om aan de nog niet uitgevoerde hoofdveroordeling te voldoen.<sup>1</sup> Van onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen als bedoeld in art. 4 lid 1 EW is sprake indien zich een situatie voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel – dat wil zeggen: als geldelijke prikkel om nakoming van de veroordeling zoveel mogelijk te verzekeren – zijn zin verliest. Dit laatste moet worden aangenomen in een geval waarin niet tijdig aan de hoofdveroordeling is voldaan, indien het onredelijk zou zijn om meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht.<sup>2</sup>

De beoordeling in het kader van een vordering op de voet van art. 611d lid 1 Rv ziet dus op de gevallen dat sprake is van een onmogelijkheid om aan een nog niet uitgevoerde hoofdveroordeling te voldoen. Buiten het geval van onmogelijkheid zoals bedoeld in art. 611d Rv kan de dwangsom niet worden opgeschort, opgeheven of verminderd.<sup>3</sup> De vraag in hoeverre aan de hoofdveroordeling is voldaan en de daaraan verbonden dwangsommen zijn verbeurd, dient niet door de dwangsomrechter in het kader van een vordering op de voet van art. 611d Rv te worden beoordeeld. Dat oordeel komt toe aan de rechter die bevoegd is om van een executiegeschil kennis te nemen.<sup>4</sup>

3.3.1 De voorzieningenrechter, die oordeelde als dwangsomrechter, heeft in rov. 4.2 geoordeeld dat het standpunt van d'Olmehorst dat niet aan de hoofdveroordeling is voldaan en derhalve dwangsommen zijn verbeurd, niet wordt gevolgd. Daartoe heeft de voorzieningenrechter in rov. 4.3 de hoofdveroordeling, in het licht van (het destijds geldende) art. 533 van het Belgische Wetboek van Venootschappen, zo uitgelegd dat een oproeping van [betrokkene 3] per aangetekende brief achterwege kan blijven in geval van uitdrukkelijke en schriftelijke instemming van [betrokkene 3] met oproeping langs andere weg, en geoordeeld dat die instemming gelegen is in een door [verweerder] en [betrokkene 3] ondertekende oproeping van d'Olmehorst per aangetekende brief op de wijze zoals die heeft plaatsgehad. De voorzieningenrechter heeft dus, door middel van uitleg van de hoofdveroordeling, in wezen geoordeeld dat [verweerder], met de door [verweerder] en [betrokkene 3] ondertekende oproeping van d'Olmehorst per aangetekende brief en de instemming van [betrokkene 3] met oproeping langs andere weg, aan de hoofdveroordeling heeft voldaan. Daaraan doet niet af dat de voorzieningenrechter in de slotzinnen van rov. 4.3 bewoordingen gebruikt die passen bij een beoordeling of sprake is van onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen, als bedoeld in art. 611d Rv en art. 4 lid 1 EW (zie hiervoor in 3.2).

3.3.2 Door desalniettemin de dwangsom op te heffen, heeft de voorzieningenrechter, oordelend als dwangsomrechter, de verkeerde maatstaf aangelegd (zie hiervoor in 3.2). Tegen die maatstaf heeft d'Olmehorst in hoger beroep evenwel geen grieven gericht. Haar klachten hielden volgens de, in cassatie niet bestreden, vaststelling van het hof (in rov. 3.4) slechts in dat de voorzieningenrechter heeft miskend dat [betrokkene 3] in het geheel niet is opgeroepen voor de algemene vergadering van aandeelhouders. Daarmee werd in hoger beroep slechts de vraag aan de orde gesteld of [verweerder] aan de hoofdveroordeling had voldaan. Het hof moest daarom uitgaan van de juistheid van die maatstaf, en heeft dat ook gedaan. Daarop stuit de hiervoor in 3.1 weergegeven klacht af.

De overige klachten van het middel 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.

#### **4 Beslissing**

De Hoge Raad:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt d'Olmehorst in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] begroot op € 400,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien d'Olmehorst deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Dit arrest is gewezen door de raadsheren C.A. Streefkerk, als voorzitter, A.M.J. van Buchem-Spapens, M.J. Kroeze, H.M. Wattendorf en F.J.P. Lock, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer M.J. Kroeze op 13 december 2019.

---

<sup>1</sup> BenGH 27 juni 2008, ECLI:NL:XX:2008:BE8660.

<sup>2</sup> BenGH 25 september 1986, ECLI:NL:XX:1986:AC9501; zie ook HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:396.

<sup>3</sup> Zie GmvT, p. 19 en BenGH 9 maart 1987, ECLI:NL:XX:1987:AB7786.

<sup>4</sup> Vgl. HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:396, rov 3.7.5.

---