Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

De nieuwe geschillenregeling. Een overzicht van de voorstellen tot op heden

H.T. Verhaar*

Inleiding

Op 9 oktober 2007 heeft de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer, die belast is met het voorbereidend onderzoek van het voorstel voor de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, verslag uitgebracht.[1, 2] De versie van het wetsvoorstel dat de Vaste Commissie voor Justitie heeft beoordeeld, is het na advies van de Raad van State gewijzigde voorstel van wet.[3] De volgende stap in het wetgevingsproces voor dit wetsvoorstel zal zijn de kabinetsnota naar aanleiding van voornoemd verslag, waarna het voorstel gereed is voor plenaire behandeling in de Tweede Kamer. De bedoeling is om het wetsvoorstel vóór het kerstreces van de Tweede Kamer af te handelen.[4]

Een relatief beperkt maar niet onbelangrijk deel van voornoemd voorstel ziet op wijziging van de zogenoemde geschillenregeling (titel 8, afdeling 1 van Boek 2 BW), waar dit artikel over gaat. Kort gezegd biedt de geschillenregeling aandeelhouders de mogelijkheid om in bepaalde onwelgevallige situaties uit de vennootschap te treden, hun medeaandeelhouder uit de vennootschap te stoten of hen het stemrecht te laten ontnemen. In de gevallen van uittreding/uitstoting is thans de procesgang zodanig dat eerst een onherroepelijke veroordeling tot uittreding/uitstoting uitgesproken dient te worden, waarna vervolgens geoordeeld wordt tegen welke prijs de aandelen moeten worden overgedragen.

In de praktijk is de geschillenregeling in haar huidige vorm mislukt, reden waarom besloten is tot wijziging. Door velen zijn daartoe inmiddels, onder

* Mr. drs. H.T. Verhaar is advocaat bij NautaDutilh NV te Rotterdam.

1 Kamerstukken II 2007/08, 31 058, nr. 5.

2 Het voorstel heet voluit 'Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht)'.

3 Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 2.

4 Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2008, Kamerstukken II 2007/08, 31 200 VI, p. 2.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

andere in reactie op de oproep van het ministerie van Justitie tot commentaar op het ambtelijk voorontwerp van het wetsvoorstel (in de zogenoemde consultatieronde), suggesties gedaan.

Met betrekking tot de wijziging van de geschillenregeling is echter zeker nog geen sprake van een gelopen race. Ter illustratie: de leden van de grootste Tweede Kamerfractie (CDA) zijn nog niet overtuigd dat over de geschillenregeling per se in twee feitelijke instanties beslist moet worden. Daarom komen in dit artikel de belangrijkste voorstellen die tot op heden zijn gedaan ter verbetering van de geschillenregeling nog eens aan de orde. Daarbij wordt steeds kort ingegaan op de nu voorgestelde vorm van de geschillenregeling. Omdat de nieuwe geschillenregeling als gezegd nog geen definitieve vorm heeft aangenomen, veroorloof ik mij tot slot nog een enkele suggestie voor wijziging.

Toepassingsbereik van de geschillenregeling

Momenteel is de geschillenregeling van toepassing op BV's en zogenoemde gesloten NV's. Met name Bulten[5, 6] heeft bepleit dat de geschillenregeling ook zou moeten gelden voor andere NV's, zelfs voor die aan de beurs genoteerd zijn. Allen & Overy[7] wenst de geschillenregeling toe te passen op NV's waarvan de aandelen op naam luiden en niet aan de beurs genoteerd zijn. NautaDutilh[8] geeft aan geen goede reden te zien voor de huidige beperking ten aanzien van de NV. Norbruis[9] geeft ook aan te betwijfelen of er in het kader van de geschillenregeling nog reden is om onderscheid te blijven maken tussen BV's en NV's.

Los van de vraag voor welke vennootschappen de geschillenregeling zou moeten gelden, heeft Leijten[10] bepleit dat naast aandeelhouders ook certificaathouders gebruik zouden moeten kunnen maken van de regeling.

5 C.D.J. Bulten, De gewijzigde geschillenregeling, Ondernemingsrecht 2007-9 (p. 360-368), p. 363.

6 C.D.J. Bulten, Pleidooi voor een ruimer toepassingsbereik van de geschillenregeling, in: Van Solinge e.a. (red.), Geschriften van de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004, Deventer 2004, p. 119-128.

7 Reactie van Allen & Overy op ambtelijk voorontwerp, te raadplegen via <www.minjus.nl>, p. 13.

8 Reactie van NautaDutilh op ambtelijk voorontwerp, te raadplegen via <www.minjus.nl>, p. 4.

9 R.W.Th. Norbruis, Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling, Ondernemingsrecht 2005-13 (p. 428-434), p. 429.

10 A.F.J.A. Leijten, Geschillen tussen aandeelhouders, in: Leijten e.a., *Conflicten rondom de rechtspersoon*, Deventer 2000 (p. 1-14), p. 3.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Norbruis[11] heeft aangegeven te betwijfelen of de geschillenregeling vanuit systematisch oogpunt de juiste plaats is om geschillen tussen certificaathouders op te lossen, maar heeft tevens uitgesproken dat hij meent dat het voorstel dat ook certificaathouders van de geschillenregeling gebruik kunnen maken, in de huidige geschillenregeling zou kunnen worden ingepast.[12]

Tot slot is van verschillende kanten (Leijten,[13] Driessen,[14] Norbruis,[15, 16] NautaDutilh,[17] NVP)[18] betoogd dat de geschillenregeling niet alleen zou moeten gelden voor houders van aandelen, maar ook voor houders van in aandelen converteerbare waarden, zoals opties.

Op voornoemde punten bevat het wetsvoorstel geen aanpassingen voor de geschillenregeling, het toepassingsbereik blijft hetzelfde. Er wordt afgezien van aanpassing van het bereik ten aanzien van naamloze vennootschappen, omdat de rest van het wetsvoorstel tot vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht zich zo veel mogelijk beperkt tot besloten vennootschappen. Evenmin is besloten om de geschillenregeling zich te laten uitstrekken tot een vordering tot overdracht of niet-uitoefening van in aandelen converteerbare effecten, aangezien een verbod tot niet-oefening van dergelijke waarden straks als nevenvordering kan worden ingesteld (dergelijke samenhangende vorderingen komen hierna nog aan de orde). Ook zal de nieuwe geschillenregeling niet van toepassing zijn op certificaathouders, omdat hun positie te zeer verschilt van die van aandeelhouders.

11 R.W.Th. Norbruis, Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling, Ondernemingsrecht 2005-13 (p. 428-434), p. 433.
12 R.W.Th. Norbruis, Kroniek van de uitkoop- en geschillenregeling 2003-2004, in: Van Solinge e.a. (red.), Geschriften van de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005, Deventer 2005 (p. 47-66), p. 66.
13 T.a.p., p. 14.
14 A.E. Driessen, De geschillenregeling revisited, Ondernemingsrecht 2003-15 (p. 581-583), p. 582.
15 R.W.Th. Norbruis, Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling, Ondernemingsrecht 2005-13 (p. 428-434), p. 433.
16 R.W.Th. Norbruis, Kroniek van de uitkoop- en geschillenregeling 2003-2004, in: Van Solinge e.a. (red.), Geschriften van de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005, Deventer 2005 (p. 47-66), p. 66.
17 T.a.p., p. 12.
18 Reactie van de Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen op ambtelijk voorontwerp, te raadplegen via <www.minjus.nl>, p. 5.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Dagvaarding of verzoekschrift

De huidige geschillenregeling is een procedure die bij dagvaarding wordt ingeleid, een keuze die de wetgever heeft gemaakt vanwege de contentieuze aard van de geschillenregeling. De enquêteprocedure is echter een verzoekschriftprocedure, terwijl zo'n procedure ook vaak in zekere mate een contentieus karakter heeft.

Vanwege voordelen die de verzoekschriftprocedure zou hebben boven de dagvaardingsprocedure, zijn er verschillende schrijvers geweest die bepleit hebben om van de geschillenregeling een verzoekschriftprocedure te maken.

Zo heeft Leijten[19] zijn voorkeur uitgesproken voor de verzoekschriftprocedure, zodat voeging met een enquêteverzoek makkelijker wordt en incidenten minder tijd kosten.

Ook Rutten,[20] Gerretsen[21] en Soerjatin[22] staan de verzoekschriftprocedure voor. Door eerstgenoemden wordt gewezen op de flexibiliteit en snelheid van de verzoekschriftprocedure. Laatstgenoemde stelt dat de overweging van de wetgever die in 1989 ten grondslag lag aan de keuze voor de dagvaardingsprocedure, inmiddels achterhaald is.

In de consultatieronde is eveneens geopperd om van de geschillenregeling een verzoekschriftprocedure te maken. Allen & Overy[23] heeft de verzoekschriftprocedure aangeprezen vanwege het gemak waarmee dan gevoegd en tussengekomen kan worden, waarbij zij er tevens op wijst dat de verzoekschriftprocedure meer recht doet aan het feit dat bij een procedure in het kader van de geschillenregeling vaak meer belangen betrokken zijn dan die van eiser en gedaagde alleen.

Driessen[24] daarentegen heeft liever dat de geschillenregeling een dagvaardingsprocedure blijft, omdat die in zijn ogen beter past bij het huidige

19 T.a.p., p. 14.
20 K. Rutten & R.B. Gerretsen, De geschillenregeling volgens de tweede tranche, O&F, nr. 73, december 2006 (p. 12-19), p. 14.
21 R.B. Gerretsen, De geschillenregeling: tien suggesties voor verbetering, O&F nr. 65, april 2005 (p. 42-48), p. 44-45.
22 E.M. Soerjatin, Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling: extreme makeover, the legal edition, in: Van Solinge e.a. (red.), Geschriften van de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006, Deventer 2006 (p. 203-217), p. 214.
23 T.a.p., p. 3.
24 T.a.p., p. 582.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

systeem, hoewel het hem niet van groot belang lijkt of de procedure bij dagvaarding of verzoekschrift wordt ingeleid. Ook de Commissie Vennootschapsrecht (de bij koninklijk besluit in het leven geroepen commissie die door de minister van Justitie was gevraagd om advies over de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht, en in september 2004 met aanbevelingen kwam) zag geen aanleiding af te stappen van de dagvaardingsprocedure.[25]

Het wetsvoorstel bevat ook op dit punt geen wijzigingen, de geschillenregeling blijft vooralsnog een dagvaardingsprocedure. Een verzoekschriftprocedure zou niet goed samengaan met de nieuw gecreëerde mogelijkheid om in de procedure ook samenhangende vorderingen in te stellen (waarop hierna apart nog wordt ingegaan).

Bevoegde rechter, aantal instanties

De huidige geschillenregeling kent twee feitelijke instanties, waarbij in eerste instantie de rechtbank van de woonplaats van de vennootschap bevoegd is en in hoger beroep de Ondernemingskamer van het Hof te Amsterdam (de OK).

Om de duur van een procedure te verkorten, hebben verschillende schrijvers voorgesteld om slechts één feitelijke instantie toe te staan in het kader van de geschillenregeling. Ook is voorgesteld om weliswaar twee instanties te handhaven, maar voor de eerste aanleg een gespecialiseerde rechtbank aan te wijzen. Voor beide voorstellen is vermoedelijk inspiratie opgedaan bij de enquêteprocedure, die immers slechts één feitelijke instantie kent, bovendien bij een gespecialiseerd forum (de OK).

Om te beginnen heeft Leijten[26] zich een voorstander verklaard van één feitelijke instantie bij de OK. Dit is voor uittreding ook aanbevolen door de Commissie Vennootschapsrecht, hoewel die zich later een voorstander toonde van één feitelijke instantie bij een gespecialiseerde rechtbank, maar met de mogelijkheid van hoger beroep bij de OK ten aanzien van de prijsbepaling.[27]

Driessen[28] bepleit één gespecialiseerde rechtbank (en hoger beroep bij de OK), waarbij hij vanwege de centrale ligging de Rechtbank Utrecht geschikt

25 Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 19.
26 T.a.p., p. 14.
27 Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 19.
28 T.a.p., p. 582.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

acht. NautaDutilh[29] heeft zich, zonder te kiezen voor Utrecht, daarbij aangesloten, en tevens voorgesteld om ten aanzien van de prijsbepaling van de aandelen deskundige raden te benoemen.
Soerjatin[30] is er een voorstander van om de beoordeling van de uitstoting of uittreding te beperken tot één feitelijke instantie en alleen hoger beroep toe te laten voor de prijsbepaling. De NeVOA[31] acht dat eveneens wenselijk, net als de NVP[32], die tevens voor één gespecialiseerde rechtbank is en een materialiteitsgrens voorstelt voor het hoger beroep.
Rutten/Gerretsen[33] en Driessen[34] vinden echter dat een rechterlijke uitspraak die voorziet in uitstoting of uittreding zo ingrijpend is dat daartegen hoger beroep dient open te staan. Ook Allen & Overy[35] is die mening toegedaan.

Norbruis[36] verklaart overtuigd te zijn dat geen gespecialiseerde rechtbank moet worden aangewezen. Verder pleitte Norbruis[37] al eerder voor een regeling waarbij de OK in eerste en enige feitelijke instantie over de prijs van de over te dragen aandelen beslist.

Het huidige wetsvoorstel bevat geen aanpassingen ten aanzien van het aantal instanties, op grond van de overweging dat zulks niet voor de hand ligt, tegen de achtergrond van het toegenomen belang dat de geschillenregeling in het nieuwe BV-recht voor de minderheidsaandeelhouder heeft. Ook zou het uitsluiten van hoger beroep tegen het vonnis waarbij overdracht is gelast, niet goed samengaan met de mogelijkheid om ook samenhangende vorderingen (bijvoorbeeld tot schadevergoeding) in te stellen (waarover hierna meer). Tegen dergelijke vorderingen zal immers veelal wel hoger beroep mogelijk zijn. Tot slot wordt in het wetsvoorstel niet gekozen voor het aanwijzen van één gespecialiseerde rechtbank, omdat daarvoor zwaarwegende gronden vereist zouden zijn. Deze worden niet aanwezig geacht.
Wel wordt het op grond van het wetsvoorstel mogelijk dat partijen (in statuten of bij overeenkomst) afwijken van de bevoegdheidsregels in de geschil-

29 T.a.p., p. 3.
30 T.a.p., p. 208.
31 Reactie van de Nederlandse Vereniging van Ondernemingsrechtadviseurs op ambtelijk voorontwerp, te raadplegen via <www.minjus.nl>, p. 11.
32 T.a.p., p. 6.
33 K. Rutten & R.B. Gerretsen, De geschillenregeling volgens de tweede tranche, O&F, nr. 73, december 2006 (p. 12-19), p. 16.
34 T.a.p., p. 582.
35 T.a.p., p. 5.
36 R.W.Th. Norbruis, Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling, Ondernemingsrecht 2005-13 (p. 428-434), p. 429.
37 R.W.Th. Norbruis, Kroniek van de uitkoop- en geschillenregeling 2003-2004, in: Van Solinge e.a. (red.), Geschriften van de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005, Deventer 2005 (p. 47-66), p. 65.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

lenregeling, zodat zij bijvoorbeeld ervoor kunnen kiezen direct naar de OK te gaan of hun geschil te laten beslechten middels arbitrage (het nieuwe art. 337 lid 2). Tevens wordt het mogelijk dat partijen die in principe overeenstemming hebben bereikt over uitstoting/uittreding, zich bij verzoekschrift tot de rechter wenden om de prijs voor de aandelen te laten vaststellen (het nieuwe art. 2:343c).

Uitvoerbaarheid bij voorraad

Parallel aan de discussie over het aantal instanties, ligt de vraag of een vonnis in de geschillenregeling uitvoerbaar bij voorraad dient te zijn. Zoals uiteengezet in de inleiding kan de tweede fase van de geschillenregeling (de bepaling van de prijs van de aandelen) thans pas beginnen als het vonnis waarbij de uittreding/uitstoting is toegewezen, onherroepelijk is geworden. Aangezien dit maakt dat een procedure jaren kan duren, is van verschillende kanten (bijvoorbeeld door Bulten,[38] alsook de Commissie Vennootschapsrecht)[39] voorgesteld om mogelijk te maken dat het toewijzende vonnis uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard. Daarnaast is voorgesteld om de eerste fase niet langer te laten uitmonden in een eindvonnis, maar in een tussenvonnis (of -beschikking), waartegen geen tussentijds hoger beroep mogelijk is (Leijten,[40] Driessen,[41] Gerretsen).[42]

Norbruis[43] daarentegen is er een voorstander van alleen executie toe te staan van een onherroepelijk toewijzend vonnis, dan wel een onherroepelijk of uitvoerbaar bij voorraad verklaard arrest. Ook AKD[44] vraagt zich af of het een gelukkige keuze is om de mogelijkheid te creëren vonnissen tot overdracht van aandelen uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, met name vanwege de complicaties als zo'n vonnis later wordt vernietigd.

Want wat moeten de gevolgen zijn als een toewijzend vonnis dat uitvoerbaar bij voorraad was verklaard wordt vernietigd, en de desbetreffende aandelen reeds zijn geleverd? Dogmatisch lijkt teruglevering van de aan-

38 C.D.J. Bulten, Herziening van de geschillenregeling: grondige verbouwing of likje verf?, WPNR 05/6605 (p. 45-51), p. 50.
39 Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 19.
40 T.a.p., p. 14.
41 T.a.p., p. 582.
42 T.a.p., p. 47.
43 R.W.Th. Norbruis, Kroniek van de uitkoop- en geschillenregeling 2003-2004, in: Van Solinge e.a. (red.), Geschriften van de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005, Deventer 2005 (p. 47-66), p. 66.
44 Reactie van AKD Prinsen Van Wijmen op ambtelijk voorontwerp, te raadplegen via <www.minjus.nl>, p. 10.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

delen het meest juist, maar dat is zeer onaantrekkelijk, gezien de gevolgen voor rechtshandelingen (zoals aandeelhoudersbesluiten) die in de tussenliggende periode hebben plaatsgevonden. Tax[45] spreekt daarom zijn voorkeur uit voor een regeling waarbij slechts aanspraak wordt gekregen op een schadevergoeding als in hoger beroep een eerder toewijzend vonnis wordt vernietigd. Velen (Rutten,[46] Gerretsen,[47] Allen & Overy)[48] huldigen dezelfde opvatting, althans staan voor dat de rechter de bevoegdheid moet hebben om ongedaanmaking achterwege te laten en slechts schadevergoeding toe te kennen. Boekel De Nerée[49] vindt echter dat alleen opvolgende verkrijgers te goeder trouw (die voorheen geen aandeelhouders waren) de aandelen niet terug hoeven te leveren.

Uit het wetsvoorstel blijkt oor voor de bezwaren tegen de huidige regeling: het wordt mogelijk om een vonnis waarbij de overdracht van aandelen wordt gelast, uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Daartegenover staat dat in de nieuwe regeling wordt bepaald dat een gedaagde niet tot levering van aandelen kan worden verplicht op grond van een nog niet onherroepelijk vonnis dat niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard (het nieuwe art. 2:341 lid 1). Bij vernietiging van een vonnis waarbij overdracht van aandelen is gelast, zal de rechtsgrond voor op grond van dat vonnis verrichte handelingen in stand blijven, maar ontstaat een verbintenis tot ongedaanmaking (het nieuwe art. 2:341a lid 1). Indien de reeds ingetreden gevolgen bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt of de billijkheid zulks anderszins vordert, kan de rechter desgevraagd de verplichting tot ongedaanmaking beperken of uitsluiten, eventueel met schadevergoeding voor de benadeelde partij (het nieuwe art. 2:341a lid 2).

Betrokkenheid vennootschap

Onder de huidige geschillenregeling geldt dat de vennootschap geen partij is bij een procedure. Anderzijds geldt bij een procedure tot uitstoting wel het criterium dat het belang van de vennootschap zodanig moet worden geschaad, dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld. Bij iedere procedure in het kader van de geschillenregeling geldt wel dat aan de vennootschap een afschrift van het exploot

45 I.J.A. Tax, Hoger beroep in de huidige en nieuwe geschillenregeling: de beperkingen en de oplossingen, V&O oktober 2006, nr. 10 (p. 183-186), p. 186.
46 T.a.p., p. 16.
47 T.a.p., p. 48.
48 T.a.p., p. 6.
49 Reactie van Boekel De Nerée op ambtelijk voorontwerp, te raadplegen via <www.minjus.nl>, p. 11.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

van dagvaarding moet worden betekend (art. 997a Rv). Het standpunt dat de vennootschap op enigerlei wijze ook partij zou moeten zijn bij een procedure op grond van de geschillenregeling, ligt dan ook voor de hand.

Zo vindt Driessen[50] het onbevredigend als de vennootschap niet als eiseres zou kunnen optreden bij een uitstootprocedure, nu het immers haar belang is dat wordt geschaad. Norbruis[51, 52] heeft hierop instemmend gereageerd. Gerretsen[53] wil de vennootschap als belanghebbende betrekken in de (verzoekschrift)procedure en vindt dat de vennootschap veroordeeld moet kunnen worden tot het overnemen van aandelen, zowel bij uittreding als bij uitstoting. Rutter/Gerretsen[54] stellen dat in het algemeen bij uittreding zowel de vennootschap als de andere aandeelhouders tot overname gedagvaard zouden moeten worden. NautaDutilh[55] vindt zelfs dat de vennootschap altijd partij zou moeten zijn bij een uittredings- of uitstotingsprocedure.

Tot slot acht Allen & Overy[56] het echter te ver gaan als de vennootschap een procedure zou kunnen beginnen om zich van een aandeelhouder te ontdoen. Dat een aandeelhouder een vordering tot uittreding ook tegen de vennootschap zelf zou kunnen instellen, lijkt haar echter een welkome aanvulling.

Onder het huidige wetsvoorstel zal een vordering tot uittreding inderdaad ingesteld kunnen worden tegen de vennootschap zelf (het nieuwe art. 2:343 lid 1). De vennootschap zal niet zelf een vordering kunnen instellen tegen een aandeelhouder. In de toelichting op het wetsvoorstel wordt hierover gezegd dat zo'n mogelijkheid buiten de discussie valt die tot nu toe over het nieuwe BV-recht is gevoerd.

Criterium

In zowel de huidige als de toekomstige geschillenregeling dient uiteraard centraal te staan het criterium waaraan moet zijn voldaan voordat

50 T.a.p., p. 582.
51 R.W.Th. Norbruis, Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling, Ondernemingsrecht 2005-13 (p. 428-434), p. 433.
52 R.W.Th. Norbruis, Kroniek van de uitkoop- en geschillenregeling 2003-2004, in: Van Solinge e.a. (red.), Geschriften van de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005, Deventer 2005 (p. 47-66), p. 66.
53 T.a.p., p. 45.
54 T.a.p., p. 14.
55 T.a.p., p. 8.
56 T.a.p., p. 9.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

uitstoting of uittreding wordt opgelegd. Zoals de geschillenregeling nu is, kan slechts sprake zijn van uitstoting ingeval een aandeelhouder door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld. Voor uittreding is vereist dat een aandeelhouder door gedragingen van één of meer medeaandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd.

In de loop der tijd zijn er verschillende voorstellen gedaan voor een ander (soepeler) criterium.

Bulten[57] heeft om te beginnen haar voorkeur uitgesproken voor aansluiting bij artikel 2:8 BW. Dat wil zeggen, uittreding en uitstoting moet mogelijk zijn als een aandeelhouder zodanig in strijd heeft gehandeld met de eisen van redelijkheid en billijkheid die hij als aandeelhouder in acht heeft te nemen binnen de vennootschap, dat zijn aandeelhouderschap niet langer kan worden geduld. Als alternatief heeft ze voorgesteld uitstoting/uittreding mogelijk te maken op grond van 'gewichtige redenen'. Soerjatin[58] heeft zich bij deze voorstellen aangesloten, evenals DLA SchutGrosheide.[59]

Norbruis[60] lijkt zich te kunnen vinden in de eerste voorkeur van Bulten, maar zou liever zien dat het criterium niet beperkt wordt tot het gedrag van de aandeelhouder in zijn hoedanigheid van aandeelhouder. Kortom, Norbruis stelt voor als criterium: 'zodanig in strijd heeft gehandeld met de eisen van redelijkheid en billijkheid dat zijn aandeelhouderschap niet langer kan worden geduld.' CMS Derks Star Bussman[61] is het hiermee eens. Overigens heeft Norbruis[62] zelfs gesteld: 'dat een ieder die op welke wijze dan ook door zijn gedragingen de belangen van de vennootschap benadeelt en die aandeelhouder is zou het doelwit moeten kunnen zijn van uitstoting'.

57 C.D.J. Bulten, Herziening van de geschillenregeling: grondige verbouwing of likje verf?, WPNR 05/6605 (p. 45-51), p. 46-47.

58 T.a.p., p. 216.

59 Reactie van DLA SchutGrosheide op ambtelijk voorontwerp, te raadplegen via <www.minjus.nl>, laatste pagina.

60 R.W.Th. Norbruis, Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling, Ondernemingsrecht 2005-13 (p. 428-434), p. 429.

61 Reactie van CMS Derks Star Busmann op ambtelijk voorontwerp, te raadplegen via <www.minjus.nl>, p. 7.

62 R.W.Th. Norbruis, Kroniek van de uitkoop- en geschillenregeling 2003-2004, in: Van Solinge e.a. (red.), Geschriften van de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005, Deventer 2005 (p. 47-66), p. 66.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

De NVP[63] kiest voor het gebruik van het criterium 'gewichtige redenen', of de eerstgenoemde suggestie van Norbruis.

Gerretsen[64] en Rutten[65] zijn van oordeel dat versoepeling van het criterium op gespannen voet staat met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Gerretsen is wel voorstander van het 'laten meetellen' van het gedrag van een aandeelhouder buiten de context van de vennootschap.

Allen & Overy[66] heeft zich uitgesproken tegen zowel een ander criterium als een uitstootvordering op grond van gedragingen buiten de hoedanigheid van aandeelhouder.

Met betrekking tot het toe te passen criterium bevat het wetsvoorstel geen wijzigingen. In de toelichting wordt daarbij overwogen dat een verruiming van de gronden voor uitstoting enigszins buiten de discussie valt zoals die tot nu toe over het BV-recht is gevoerd. Opmerkelijk, gezien het vorenstaande.

Waarderingsmoment

Als de beslissing tot uitstoting/uittreding gevallen is, komt de vraag: tegen welke prijs dienen de desbetreffende aandelen te worden overgedragen? Los van de manier waarop de waarde van de aandelen moet worden bepaald, speelt de vraag welk waarderingsmoment moet worden aangehouden. Bulten[67] heeft vijf mogelijkheden onderscheiden, waarbij kort gezegd geldt: het moment kan erg vroeg liggen (vlak voordat de schadelijke of nadelige gedraging voor het eerst plaatsvindt), zo laat mogelijk (de dag waarop de waarde wordt vastgesteld door de rechter) of ergens er tussenin. Bulten staat zelf een flexibele peildatum voor.

Norbruis[68] heeft naar voren gebracht dat als waardepeildatum heeft te gelden de datum van het toewijzend vonnis van de rechtbank in eerste aanleg.

63 T.a.p., p. 5.
64 T.a.p., p. 43-44.
65 T.a.p., p. 13-14.
66 T.a.p., p. 9.
67 C.D.J. Bulten, Herziening van de geschillenregeling: grondige verbouwing of likje verf?, WPNR 05/6605 (p. 45-51), p. 49.
68 R.W.Th. Norbruis, Kroniek van de uitkoop- en geschillenregeling 2003-2004, in: Van Solinge e.a. (red.), Geschriften van de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005, Deventer 2005 (p. 47-66), p. 66.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Den Boer[69] acht een zo laat mogelijk waarderingsmoment het meest juist, dat wil zeggen het tijdstip waarop het vonnis dat tot gedwongen overdracht/overneming van aandelen noopt, onherroepelijk wordt. Den Boer beveelt echter aan dat de rechter de mogelijkheid krijgt om een eerdere peildatum vast te stellen. De NOvA/KNB[70] vindt daar eveneens wat voor te zeggen, ook AKD[71] beveelt dat aan.

Het wetsvoorstel bevat geen aanpassingen over het te hanteren waarderingsmoment. In de toelichting op het voorstel wordt opgemerkt dat in de jurisprudentie wordt uitgegaan van een prijs die overeenstemt met de waarde die zo dicht mogelijk bij het tijdstip van overdracht ligt. Er wordt onvoldoende grond gezien om van dat uitgangspunt af te wijken, hoewel het partijen vrij staat om in statuten of bij overeenkomst een andere peildatum op te nemen, mits deze niet tot een kennelijk onredelijk resultaat leidt.

Benoeming deskundigen

In de huidige geschillenregeling vindt altijd benoeming van deskundigen plaats, die de prijs van de over te dragen aandelen vaststellen. Er kan ook één deskundige worden benoemd.

Bulten[72] heeft voorgesteld om in de nieuwe geschillenregeling de deskundigenbenoeming optioneel te laten zijn. Norbruis[73] en Gerretsen[74] hebben dat eveneens naar voren gebracht. De Hoge Raad[75] heeft voor het huidige recht bepaald dat in bepaalde situaties benoeming achterwege kan blijven.

Boekel De Nerée[76] heeft daarentegen gesteld dat deskundigenbenoeming niet achterwege zou moeten kunnen blijven, omdat de rechter heeft vast te stellen of de prijs voor de aandelen niet tot een onaanvaardbare uitkomst

69 J. den Boer, Naar een rationeel waarderingstijdstip bij de uitkoop- en geschillenregeling, WPNR 02/6487 (p. 339-346), p. 346.
70 Reactie van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Broederschap op ambtelijk voorontwerp, te raadplegen via <www.minjus.nl>, p. 13.
71 T.a.p., p. 11.
72 C.D.J. Bulten, Herziening van de geschillenregeling: grondige verbouwing of likje verf?, WPNR 05/6605 (p. 45-51), p. 50.
73 R.W.Th. Norbruis, Kroniek van de uitkoop- en geschillenregeling 2003-2004, in: Van Solinge e.a. (red.), Geschriften van de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005, Deventer 2005 (p. 47-66), p. 65.
74 T.a.p., p. 47.
75 HR 21 januari 2005, RvdW 2005/15.
76 T.a.p., p. 10.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

leidt, en de waarde van de aandelen in het economisch verkeer hiervoor doorgaans een belangrijke omstandigheid zal zijn.

Daartegenover staat de NVP,[77] die heeft gesteld dat de benoeming van deskundigen zo veel mogelijk uitzondering dient te zijn.

Het wetsvoorstel voor de nieuwe geschillenregeling bepaalt dat bij de prijsbepaling van aandelen de benoeming van een deskundige achterwege kan worden gelaten (het nieuwe art. 2:339 lid 3).

Schadevergoedingsvorderingen

Binnen de huidige geschillenregeling geldt dat het lastig is om naast de vordering tot uitstoting/uittreding nevenvorderingen (op grond van onrechtmatige daad of wanprestatie, strekkende tot schadevergoeding) in te stellen, omdat bij een eventueel hoger beroep de Ondernemingskamer bevoegd is met betrekking tot de uittreding/uitstoting, en het reguliere hof met betrekking tot de nevenvorderingen. Dit is veel schrijvers een doorn in het oog, omdat het de geschillenregeling onaantrekkelijk maakt.

Leijten[78] heeft bijvoorbeeld met betrekking tot uittreding geadviseerd dat in een nieuwe geschillenregeling, nevenvorderingen uit onrechtmatige daad dienen te worden geconcentreerd bij de rechter die de geschillenzaak behandelt.
Vervolgens heeft ook Driessen[79] betoogd dat het mogelijk moet worden om alles in één procedure te regelen. Dit kan volgens hem op twee manieren: ofwel er wordt bij de waardering van de over te dragen aandelen rekening gehouden met de schade die is toegebracht, dan wel er wordt naast de vordering tot uitstoting/uittreding een vordering tot schadevergoeding ingesteld. Ook Gerretsen[80] wenst dat nevenvorderingen tegelijk met het verzoek tot uitstoting/uittreding kunnen worden ingediend.

Ook de Commissie Vennootschapsrecht heeft voorgesteld om bij de prijsbepaling rekening te houden met eventuele met de relevante gedragingen

77 T.a.p., p. 6.
78 T.a.p., p.13-14.
79 T.a.p., p. 583.
80 T.a.p., p. 46.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

samenhangende vorderingen tot schadevergoeding van de vennootschap.[81] Norbruis[82] heeft zich daarbij aangesloten.

Het wetsvoorstel bepaalt op dit punt dat de rechter die in eerste aanleg of appèl oordeelt over een vordering tot uitstoting, mede bevoegd wordt tot kennisneming van daarmee samenhangende vorderingen (zoals vorderingen tot schadevergoeding uit hoofde van de gedragingen die aan de uitstotingsvordering ten grondslag zijn gelegd) tussen dezelfde partijen (het nieuwe art. 2:336 lid 5). Eenzelfde gecombineerde afdoening van vorderingen wordt mogelijk bij uittredingsprocedures, waarbij zelfs mogelijk wordt gemaakt om in het kader van de prijsbepaling rekening te houden met waardedalingen als gevolg van gedragingen van de gedaagde, andere aandeelhouders of zelfs derden (het nieuwe art. 2:343 lid 4). Bij de prijsbepaling van aandelen kan als gezegd de benoeming van een deskundige achterwege worden gelaten (het nieuwe art. 2:339 lid 3).

Voorlopige voorzieningen

Bij de huidige geschillenregeling heeft de rechter op grond van art. 223 Rv de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te treffen voor de duur van het geding. Dit kan bijvoorbeeld bestaan uit een tijdelijke ontneming van stemrecht. Vermoedelijk om deze mogelijkheid te benadrukken en het gebruik ervan te bevorderen, hebben verschillende personen (bijvoorbeeld Leijten,[83] Driessen,[84] Gerretsen,[85] Norbruis),[86] soms verwijzend naar de vergaande bevoegdheden die de Ondernemingskamer bij een enquêteprocedure heeft ingevolge artikel 2:349a lid 2 BW, voorgesteld om dit expliciet te bepalen in de nieuwe geschillenregeling. De Commissie Vennootschapsrecht is daarentegen van oordeel dat aan voorlopige voorzieningen als in het enquêterecht geen behoefte bestaat.[87]

Van belang is op te merken dat bij de huidige geschillenregeling de aandelen pas worden overgedragen als het geding feitelijk voorbij is, namelijk als er bij onherroepelijk vonnis een prijs voor die aandelen is vastgesteld. Een

81 Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 19.
82 R.W.Th. Norbruis, Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling, Ondernemingsrecht 2005-13 (p. 428-434), p. 432.
83 T.a.p., p. 14.
84 T.a.p., p. 582.
85 T.a.p., p. 46.
86 R.W.Th. Norbruis, Kroniek van de uitkoop- en geschillenregeling 2003-2004, in: Van Solinge e.a. (red.), Geschriften van de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005, Deventer 2005 (p. 47-66), p. 65.
87 Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 19.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

voorlopige voorziening 'voor de duur van het geding' is dan niet voldoende. Op dit punt bevat het wetsvoorstel dan ook een wijziging: de rechter zal voorlopige voorzieningen kunnen treffen tot het tijdstip van overdracht van de aandelen (het nieuwe art. 2:338 lid 3).

Tot besluit

Het is zeker niet ondenkbaar dat nog het een en ander gaat veranderen aan het voorstel zoals het nu is. Niet alleen is de CDA-fractie in de Tweede Kamer nog niet overtuigd van de noodzaak van twee instanties bij de geschillenregeling,[88] ook vanuit de rechtspraktijk is enig verzet gerezen tegen het huidige voorstel en zijn twijfels geuit, met name ten aanzien van de mogelijkheid dat bij de prijsbepaling rekening wordt gehouden met waardedalingen als gevolg van gedragingen van de gedaagde of derden (zie Norbruis,[89] Allen & Overy,[90] NOvA/KNB,[91] Boekel De Nerée,[92] Soerjatin).[93]

Ondanks het eindstadium waarin dit wetsvoorstel zich bevindt, durf ik mij daarom nog een suggestie voor wijziging te veroorloven. Die suggestie is om de overdracht van aandelen zowel bij uitstoting als bij uittreding te laten geschieden door het vonnis zelf (in het commentaar van NautaDutilh[94] werd dit idee overigens reeds aangeroerd, door de suggestie dat het vonnis in de plaats kan treden van de akte tot overdracht). Dat dit mogelijk is, laat de Ondernemingskamer regelmatig zien als ex artikel 2:356 sub e BW de overdracht van aandelen ten titel van beheer wordt bevolen (zie bijvoorbeeld OK 20 juni 2007, JOR 2007/203). Om te verzekeren dat de partij wiens aandelen per rechterlijke uitspraak worden overgedragen daadwerkelijk de daarvoor vastgestelde prijs krijgt, zou de uitspraak moeten bepalen dat de overdracht geschiedt onder de opschortende voorwaarde van volledige betaling van de vastgestelde prijs.

Tot slot ben ik het niet eens met de keuze in het wetsvoorstel om artikel 200 Rv, dat kort gezegd bepaalt dat ook deskundigen kunnen worden gehoord die niet door de rechter zijn benoemd, niet langer van toepassing te laten zijn bij een procedure volgens de geschillenregeling. Ik vind dat de mogelijkheid van artikel 200 Rv vanuit het oogpunt van 'checks and balances'

88 Kamerstukken II 2007/08, 31 058, nr. 5, p. 8.
89 R.W.Th. Norbruis, Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling, Ondernemingsrecht 2005-13 (p. 428-434), p. 431.
90 T.a.p., p. 3.
91 T.a.p., p. 18.
92 T.a.p., p. 15.
93 T.a.p., p. 212.
94 T.a.p., p. 12.

Dit artikel uit Onderneming en Financiering is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

past bij het horen van deskundigen. In de toelichting op het wetsvoorstel staat dat het horen van deskundigen niet past in de nieuwe geschillenregeling, waarbij deskundigen schriftelijk bericht dienen uit te brengen. Het lijkt me dan beter om artikel 200 Rv wel van toepassing te laten zijn, met de toevoeging dat schriftelijk verslag moet worden uitgebracht.