

Toepassing van de geschillenregeling in kort geding; voorzichtigheid geboden

De geschillenregeling, het stiefkindje van het vennootschapsrecht

Al geruime tijd is de geschillenregeling als het ware het 'stiefkindje' van het vennootschapsrecht. De impopulariteit van de geschillenregeling is voornamelijk te danken aan de lange procedure. Tot kennisneming van vorderingen op basis van de geschillenregeling van titel 8 van Boek 2 BW is in eerste aanleg de rechtbank van de woonplaats van de vennootschap bevoegd (art. 2:336 lid 3 BW). Van een tussenvonnis waarbij de vordering wordt toegewezen, is hoger beroep mogelijk bij (uitsluitend) de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam, vervolgens is cassatie mogelijk. Indien de vordering wordt toegewezen, moet de prijs van de aandelen worden vastgesteld. De prijs wordt vastgesteld door de rechter, die zich daarbij laat adviseren door één of drie deskundigen. De wet bepaalt dat de deskundigen hun taak aanvangen wanneer het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan (art. 2:339 lid 1 BW). De overdracht van de aandelen kan pas worden geëffectueerd wanneer het eindvonnis, waarin de prijs wordt vastgesteld, ook in kracht van gewijsde is gegaan (art. 2:341 lid 1 BW). Een procedure op basis van de geschillenregeling duurt dus geruime tijd. Voor de (blijvende) aandeelhouders is dit onpraktisch en dat kan ook voor de vennootschap gelden. Een snelle oplossing voor het ontstane conflict kan immers noodzakelijk zijn om het voortbestaan van de vennootschap te garanderen.

In de praktijk kiezen partijen er vaak voor een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam aanhangig te maken om op die manier een geschil snel op te lossen. De Ondernemingskamer heeft bewezen snel en effectief te werk te gaan. Echter, met de enquêteprocedure kan slechts onder bijzondere omstandigheden hetzelfde effect worden bereikt als met de geschillenregeling. Het enquêterecht kent immers niet de mogelijkheid van een gedwongen overdracht van de aandelen. Wel is de Ondernemingskamer bevoegd om een voorziening tot tijdelijke aandelenoverdracht ten titel van beheer te treffen, zowel als onmiddellijke voorziening in de zin van artikel 2:349a BW en als definitieve voorziening in de zin van artikel 2:356 BW. Vaak gebeurt het ook dat door dergelijke voorzieningen de Ondernemingskamer het geschil beslecht. Centraal in de enquêteprocedure staan de belangen van de vennootschap. De gang naar de Ondernemingskamer voor de oplossing van een conflict uitsluitend tussen aandeelhouders is niet mogelijk. De geschillenregeling is primair bedoeld voor situaties waarin het niet langer mogelijk is tegenstellingen tussen aandeelhouders in der minne op te lossen. Onderscheid dient er te worden gemaakt tussen de uitsluitingsvordering van artikel 2:336 BW en de uittredingsvordering van artikel 2:343 BW. Waar bij de uitsluitingsvorde-

ring het belang van de vennootschap centraal staat, staat bij de uittredingsvordering het belang van de aandeelhouder centraal. Er is discussie over de vraag of de geschillenregeling en dan meer specifiek de uitsluitingsvordering wellicht in de enquêteprocedure kan worden geplaatst.

De behoefte om tot wijziging van de geschillenregeling te komen is in ieder geval groot. In de literatuur wordt door o.a. Leijten, Van Solinge, Driessen en Bulten gepleit voor een aanpassing van de geschillenregeling.¹ Ook in het rapport Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht wordt kort ingegaan op de huidige geschillenregeling. Gesteld wordt dat de huidige geschillenregeling in de praktijk niet goed werkt. In het rapport wordt aanbevolen om bij een wijziging van het BV-recht tevens de geschillenregeling te herzien: 'De Expertgroep is er steeds meer van overtuigd geraakt dat een goede en effectieve geschillenregeling een noodzakelijk sluitstuk vormt voor een evenwichtig BV-recht dat, terecht, veel ruimte laat aan partijen.'²

Het is echter maar de vraag of de geschillenregeling zal worden herzien. Dat er echter een mogelijkheid bestaat een spoedige voorlopige voorziening te krijgen ingeval een aandeelhouder de vennootschap schade toebrengt, blijkt onder andere uit Pito/Booij.³ In die zaak heeft Pito bij de voorzieningenrechter gevorderd dat Booij zou worden bevolen zijn aandelen over te dragen aan Pito, toepassing dus van de geschillenregeling in kort geding om, hoogstwaarschijnlijk, de lange procedure te vermijden.

Pito/Booij

Pito B.V. (hierna: Pito) en J.W. Booij (hierna: Booij) zijn de aandeelhouders van Omnifood B.V. Pito heeft 700 aandelen en Booij heeft 360 aandelen. De verhoudingen tussen de aandeelhouders zijn ernstig verstoord door geschillen tussen partijen. Booij is van mening dat, onder meer, hem stelselmatig informatie wordt onthouden en dat er regelmatig wordt gehandeld in strijd met vennootschapsrechtelijke regels. Dat de verhoudingen ernstig verstoord zijn, blijkt uit het verzoek tot enquête dat Booij eind 2001 indient bij de ondernemingskamer van het Hof Amsterdam. De Ondernemingskamer heeft dit verzoek toegewezen en een onderzoeker aangewezen. De onderzoeker heeft bij rapport van 25 maart 2003 vastgesteld dat er een patstelling was ontstaan doordat Booij niet meer bereid bleek om (zonder meer) extra geld in Omnifood B.V. te steken en Pito vervolgens niet als enige van de aandeelhouders risico wilde

-
1. C.D.J. van Bulten, Pleidooi voor een ruimer toepassingsbereik van de geschillenregeling, in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 75, Deventer: Kluwer 2004, p. 119-128.
 2. Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht (Rapport van de expertgroep, ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken), Den Haag 6 mei 2004, p. 14-15.
 3. Hof Amsterdam 11 maart 2004, JOR 2004, 190.

lopen. De financieringsproblemen van Omnifood B.V. waren acuut en volgens de onderzoeker was een spoedige oplossing geboden. Dit alles is aanleiding voor Pito om bij de voorzieningenrechter te vorderen dat Booij zijn aandelen zal overdragen aan Pito. De voorzieningenrechter heeft echter de vordering afgewezen. De voorzieningenrechter achtte onvoldoende aangetoond dat Omnifood B.V. in een dussdanige ernstige financiële noodsituatie verkeerde dat een in kort geding afgedwongen overdracht van aandelen geboden was, dat het enkele feit dat Booij geen verdere investeringen wenste te doen in Omnifood B.V. zijn vrije keuze is, en dat ook niet is gebleken van gedragingen van Booij die leiden tot een onhoudbare, Omnifood B.V. schade toebrengende situatie. Een aandelenoverdracht werd dus niet bevolen. In hoger beroep bekrachtigt het hof de uitspraak van de voorzieningenrechter. Het hof acht het waarschijnlijk dat de bodemrechter een nader onderzoek omtrent de financiële situatie van Omnifood B.V. geboden acht. Het hof oordeelt dat voorshands niet met voldoende mate van waarschijnlijkheid kan worden uitgegaan van de juistheid van de stelling van Pito dat de financieringsproblemen zo acuut zijn, dat zonder ingrijpen een faillissement onafwendbaar is, oftewel het spoedeisend belang kan moeilijk worden beoordeeld.

Pito/Booij is de derde gepubliceerde zaak waarin de uitsluitingsvordering in kort geding wordt ingesteld. De uitsluitingsvordering werd eerder in *Wichgers/De Jong*⁴ en in *Zon Holding/Peter Hendriks Grubbenvorst*⁵ in kort geding ingesteld.

Geschillenregeling in kort geding

Alvorens ik inga op de juridische merites in de hiervoor genoemde uitspraak, sta ik stil bij de wezenskenmerken van het kort geding. De wezenskenmerken van het kort geding liggen besloten in artikel 254 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. De zaak moet spoedeisend zijn. De te geven beslissing is een voorziening bij voorraad en heeft dus een voorlopig karakter. De voorzieningenrechter dient rekening te houden met de belangen van partijen. De belangen van partijen moeten dus worden afgewogen. De voorzieningenrechter is echter niet verplicht de kansen van partijen in een eventuele procedure voor de gewone rechter af te wegen.⁶ De Hoge Raad heeft echter beslist dat de voorzieningenrechter zich heeft te richten naar de waarschijnlijke uitkomst van de bodemprocedure.⁷

Spoedeisend belang

Terug naar Pito/Booij: de belangrijkste eis in Pito/Booij is de spoedeisende situatie. Het spoedeisend belang was gele-

gen in het gevaar voor de continuïteit van de onderneming; zonder een financiële injectie zou de vennootschap failliet gaan. Op grond van het feit dat er sprake is van een spoedeisend belang, acht de voorzieningenrechter zich bevoegd de geschillenregeling toe te passen in kort geding.

Deze voorwaarde van spoedeisend belang wordt ook gesteld in de hiervoor genoemde gepubliceerde zaken waarin de geschillenregeling in kort geding is toegepast. Spoedeisend belang lijkt met name te worden aangenomen indien de vennootschap in een financiële noodsituatie verkeert. Zo stond in *Wichgers/De Jong* het spoedeisend belang vast met de noodzaak om op zeer korte termijn risicodragend kapitaal aan te trekken, gegeven de reële dreiging van een faillissement. In *Zon Holding/Peter Hendriks Grubbenvorst* was het spoedeisend belang gegeven met de noodzaak voor beide partijen om overbruggingsfinanciering te verschaffen aan de vennootschap.

Hierin wijkt de voorzieningenrechter dus niet af van de voorwaarde die in het algemeen gesteld wordt aan een kort geding.

Bij geldvorderingen (incasso kort geding) geldt een verzwaarde motiveringsplicht voor het spoedeisend belang.⁸ Er moet sprake zijn van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist. In Pito/Booij werd het spoedeisend belang beoordeeld tezamen met de bijzondere omstandigheden van het geval, zoals bijvoorbeeld gevaar voor het voortbestaan van de vennootschap. In Pito/Booij werd de dreiging van faillissement echter gemotiveerd betwist. In *Wichgers/De Jong* is de bijzondere omstandigheid aanwezig dat de verschaffer van het nieuw risicodragend vermogen het uittreden eist van Wichgers. Daar de vennootschap in dussdanige ernstige financiële problemen zit, is het duidelijk dat het directe gevolg van de weigering van Wichgers om uit te treden, de ondergang van de vennootschap zal zijn. Enkel een spoedeisend belang lijkt dus niet voldoende te zijn om een uitsluitingsvordering in kort geding toegewezen te krijgen. Echter, het spoedeisend belang lijkt wel voldoende te zijn voor de voorzieningenrechter om de geschillenregeling toe te passen in kort geding.

Terughoudendheid voorzieningenrechter

Het hof geeft in Pito/Booij aan dat een voorlopige voorziening gerechtvaardigd zou kunnen zijn indien zich een spoedeisende situatie voordoet en na afweging van de in aanmerking komende belangen. Het hof lijkt hiermee aan te geven dat het van mening is dat slechts in bepaalde gevallen de geschillenregeling in kort geding toegepast kan worden. Zowel in *Wichgers/De Jong* als in *Zon Holding/Peter Hendriks Grubbenvorst* lijkt dezelfde lijn te worden

4. Pres. Rb. Breda 13 maart 1998, JOR 1998, 61 m.nt. Groffen; Hof Den Bosch 14 januari 1999, NJ 1999, 743.

5. Hof Den Bosch 18 juli 2002, JOR 2002, 202.

6. Hugenholtz/Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht, Den Haag: Elsevier Juridisch 2002, p. 136.

7. HR 21 april 1995, NJ 1996, 462.

8. Hugenholtz/Heemskerk, a.w., p. 138.

gevolgd door het betreffende hof. In *Wichgers/De Jong* oordeelde het Hof Den Bosch dat toepassing van de geschillenregeling in kort geding niet onder alle omstandigheden is uitgesloten. In *Zon Holding/Peter Hendriks Grubbenvorst* oordeelde het Hof Den Bosch dat de aard van de vordering en het wettelijke bestaan van een geschillenregeling meebrengt dat de rechter in kort geding zich terughoudend dient op te stellen. Deze eis van terughoudendheid van de voorzieningenrechter vindt men ook terug bij het incasso kort geding. Bij het incasso kort geding geldt als algemeen beginsel dat de voorzieningenrechter zich terughoudend dient op te stellen.⁹ Uit deze terughoudendheid vloeit voort de al eerdergenoemde extra motiveringsplicht om spoedeisend belang aan te nemen. Tevens vloeit hieruit voort dat in de belangenafweging aandacht moet worden besteed aan de aannemelijkheid van de vordering en het restitutie-risico.

Aannemelijkheid van de vordering

In *Pito/Booij* acht het hof het waarschijnlijk dat de bodemrechter een nader onderzoek omtrent de financiële situatie van *Omnifood B.V.* geboden acht. Daarmee betwijfelt het hof de aannemelijkheid van de vordering van *Pito*. In de enige (gepubliceerde) zaak waarin een uitsluitingsvordering in kort geding is toegewezen, *Wichgers/De Jong*, achtte de voorzieningenrechter het scenario dat de vennootschap failliet zou gaan, voldoende aannemelijk om de vordering toe te wijzen. De president week bij zijn vonnis af van het bepaalde in de artikelen 2:339, 2:340 en 2:341 BW, dit om op korte termijn een overdracht van de aandelen mogelijk te maken. De president veroordeelde *Wichgers* tot overdracht van zijn aandelen aan *De Jong*, zonder gelijktijdige tegenprestatie van *De Jong* aan *Wichgers*. Als op basis van het taxatierapport van een deskundige naderhand zou blijken dat de waarde van de aandelen hoger lag dan nihil, was *De Jong* verplicht deze getaxeerde waarde te voldoen aan *Wichgers*. Het Hof Den Bosch oordeelde dat de president alvast de overdracht van de aandelen mocht bevelen, mede omdat de president de waarde van de aandelen op nihil schatte. Opvallend aan deze uitspraak is dat de waarborgen zoals neergelegd in de bepalingen van titel 8 van Boek 2 BW eigenlijk door de voorzieningenrechter naast zich worden neergelegd. De voorzieningenrechter beveelt de aandelenoverdracht zonder eerst de waarde van de aandelen door deskundigen vast te laten stellen. In hoger beroep wordt de grief van *Wichgers* dat de juiste volgorde niet in acht genomen is, door het Hof niet meer van belang geacht, doordat *De Jong* heeft toegezegd de waarde van de aandelen, zoals deze zijn gewaardeerd, te voldoen.

Restitutierisico

Terughoudendheid van de voorzieningenrechter is ook geboden vanwege het risico van onmogelijkheid van ongedaanmaking. De voorzieningenrechter dient het restitutierisico mee te nemen in zijn belangenafweging. Wat in het

geval de uitsluitingsvordering wordt toegewezen in kort geding, de eiser uitvoering geeft aan het vonnis en vervolgens de bodemrechter of de rechter in hoger beroep anders oordeelt? Eiser zal graag het vonnis in kort geding uitvoerbaar bij voorraad willen laten verklaren, zodat de aandelenoverdracht direct kan plaatsvinden. De nijpende situatie waarin de vennootschap zich bevindt, kan dan direct worden opgelost. Echter, zoals eerder al aangegeven, is de vraag wat er gebeurt ingeval het vonnis wordt vernietigd nadat de aandelenoverdracht al heeft plaatsgevonden. In titel 8 van Boek 2 BW, artikel 2:341 lid 1 BW, is hierin voorzien door het vereiste dat de overdracht pas tot uitvoering kan worden gebracht indien het eindvonnis waarin de prijs wordt vastgesteld, ook in kracht van gewijsde is gegaan. Deze bepaling dient ter rechtszekerheid voor partijen, een rechtszekerheid die naar mijn mening in kort geding niet gegeven kan worden. In *Voorbraak/Ciby Geigy*¹⁰ is door de Hoge Raad bepaald dat de partij die haar wederpartij, door dreiging met executie, dwingt tot het naleven van een in kort geding gegeven verbod, in beginsel aansprakelijk is voor de schade die de wederpartij lijdt doordat zij zich naar dat verbod heeft gedragen, indien achteraf blijkt dat de rechter in het bodemgeschil anders oordeelt dan de rechter in kort geding. Door het vonnis in het bodemgeschil valt de rechtsgrond op grond waarvan eiser is overgegaan tot executie weg en is er sprake van onrechtmatig handelen van eiser. In het geval aandelenoverdracht heeft plaatsgevonden en een latere instantie anders oordeelt, zal het niet altijd makkelijk zijn om de aandelenoverdracht weer ongedaan te maken. Zeker niet wanneer in de tussentijd al bepaalde handelingen zijn verricht, of bijvoorbeeld in het geval van *Wichgers/De Jong* de externe financier risicodragend kapitaal heeft ingebracht. In geen van de drie gepubliceerde zaken is dit risico besproken.

Al de hiervoor besproken overwegingen dient de voorzieningenrechter mee te nemen bij de afweging van de belangen, waarbij voorop dient te staan dat voorzichtigheid en dus terughoudendheid geboden is.

Toepassing van de geschillenregeling in kort geding; voorzichtigheid geboden

In twee van de drie hiervoor besproken zaken is de uitsluitingsvordering afgewezen. Het lijkt er echter wel op dat de geschillenregeling door rechters toegepast wordt in kort geding. Heeft zich dan een nieuwe mogelijkheid aangediend in het arsenaal van wapens in geval van deadlock-situaties binnen vennootschappen?

Tot nu toe heeft de Hoge Raad zich (nog) niet gebogen over de vraag of een vordering op basis van de geschillenregeling in kort geding aanhangig kan worden gemaakt. Ook in *Pito/Booij* is geen cassatie ingesteld. Wel is het interessant op te merken dat met betrekking tot *Zon Holding/Peter*

9. HR 14 april 2000, LJN-nr. AA5519 (HBS Trading Spendax).

10. HR 16 november 1984, NJ 1985, 547 m.nt. WHH en LWH.

Vennootschap & Onderneming

Hendriks Grubbenvorst ongeveer vijf maanden na de uitspraak, vanaf 31 december 2002, Zonholding als enig aandeelhouder in HenZON B.V. geregistreerd staat.

Het blijft wachten op een uitspraak van de Hoge Raad of op herziening van de wettelijke regeling. Ik ben van mening dat de vraag of de geschillenregeling in kort geding toegepast kan worden, niet te snel beantwoord dient te worden. Er zal goed moeten worden stilgestaan bij de nadelen hiervan. In kort geding is het moeilijk, misschien zelfs wel onmogelijk, om beide partijen de rechtsbescherming te bieden zoals deze is uitgewerkt in titel 8 van Boek 2 BW. Waarschijnlijk is dat ook de reden dat in de drie hiervoor besproken zaken slechts één keer de uitsluitingsvordering is toegewezen. Kortom, ondanks de praktische behoefte is ten aanzien van de toepassing van de geschillenregeling in kort geding voorzichtigheid geboden!

*Mr. M.J. Janssen
Allen & Overy*