

# De geschillenregeling in de herkansing: van ‘procesrechtelijk raar beestje’<sup>1</sup> naar effectief instrument?

## Inleiding

De in 1989 ingevoerde geschillenregeling wordt in de praktijk nauwelijks of niet gebruikt. Het belangrijkste punt van kritiek betreft de lange duur van de procedure. In de literatuur is daarom meermalen aangedrongen op een grondige herziening, schrapping of vervanging van de geschillenregeling. Ook de Expertgroep die de regering adviseerde over de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht, stelde wijziging van de geschillenregeling voor, met name omdat de minderheidsaandeelhouder door de toegenomen flexibiliteit van de BV-regeling eerder in de knel zou kunnen komen.<sup>2</sup> De Commissie Vennootschapsrecht heeft zich bij het voorstel van de Expertgroep aangesloten en eveneens een aantal aanbevelingen gedaan die (deels) zijn overgenomen in het voorstel tot herziening van de geschillenregeling.<sup>3</sup> Het wetsvoorstel ligt op het ogenblik bij de Tweede Kamer en zal naar verwachting medio 2008 in werking treden.<sup>4</sup>

## Behoeftte aan een snellere procedure

De geschillenregeling is – kort gezegd – bedoeld om een uitweg te bieden in geval van onoverbrugbare geschillen tussen aandeelhouders. In plaats van de langslpende geschillenregeling kiezen aandeelhouders nu vaak voor een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer in een poging het geschil op te lossen. De Ondernemingskamer heeft bewezen relatief snel en effectief te werk te gaan. Via de enquêteprocedure in de praktijk kan echter slechts de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer worden bevolen en geen definitieve overdracht. Desalniettemin leidt de enquêteprocedure vaak tot oplossingen doordat de Ondernemingskamer of de onderzoekers partijen tot een schikking bewegen.

In de nieuwe geschillenregeling worden – onder meer – de procedureregels sterk aangepast. In deze bijdrage besteden wij met name aandacht aan de vraag in hoeverre deze aanpassingen leiden tot een versnelling van de procedure. Hierbij zal ook worden ingegaan op de vraag of de geschillenregeling mogelijkheden biedt voor toepassing in kort geding. Tevens worden de mogelijkheden besproken om

binnen de bodemprocedure tot een versnelde toepassing van de geschillenregeling te komen.

## Huidige geschillenregeling

De huidige geschillenregeling is van toepassing op de BV en de ‘besloten’ NV, dat wil zeggen NV’s die slechts aandelen op naam kennen, waar een blokkeringsregeling onderdeel uitmaakt van de statuten en certificaten aan toonder niet zijn toegelaten. Er kan gedwongen overdracht van aandelen (‘uitstoting’), gedwongen overname van aandelen (‘uittreding’) of gedwongen overgang van stemrecht worden gevorderd. Van deze laatste mogelijkheid is tot op heden nauwelijks gebruik gemaakt en deze blijft hier buiten beschouwing.

### *Gronden voor uitstoting en uittreding*

Eén of meer aandeelhouders die alleen of gezamenlijk ten minste een derde van het kapitaal verschaffen, kunnen een *uitstotingsvordering* instellen tegen een medeaandeelhouder die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld (art. 2:336 lid 1 BW). Een *uittredingsvordering* kan worden ingesteld door een aandeelhouder die 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 geveerd (art. 2:343 lid 1 BW). Tenzij anders wordt vermeld, heeft deze bijdrage betrekking op zowel de uitstoting als de uittreding.

Nadat de dagvaarding aan de gedaagde medeaandeelhouder is betekend, en tot het onherroepelijk worden van het vonnis, kan de gedaagde zijn aandelen niet meer overdragen (art. 2:338 lid 1 BW). Een afschrift van de dagvaarding wordt door de eiser aan de vennootschap betekend, waarna de vennootschap de overige aandeelhouders informeert zodat deze zich desgewenst kunnen voegen (art. 997a lid 1 Rv). De gedagvaarde aandeelhouder kan bij een uittredingsvordering voorts een andere aandeelhouder in het geding oproepen. Tot de kennisneming van een vordering op grond van de geschillenregeling is in eerste aanleg de rechtbank van de woonplaats van de vennootschap bevoegd, en in hoger beroep de Ondernemingskamer (art. 2:336 lid 3 BW).

### *Niet uitvoerbaar bij voorraad*

De huidige geschillenregeling valt uiteen in drie fasen. In de eerste fase oordeelt de rechter of de vordering tot uittreding of uitstoting gegrond is. Tegen dit vonnis staan hoger

---

1. G. van Solinge noemde de geschillenregeling een ‘in procesrechtelijk opzicht raar beestje’ in zijn noot onder Rb. Rotterdam 10 mei 2001, JOR 2001, 144 (Van der Weijde/ ESI Group).  
 2. Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht (Rapport van de Expertgroep), Den Haag, 6 mei 2004, p. 14-15.  
 3. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 1-4.  
 4. Vgl. <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/bv%5Frecht/Nieuws/>.

beroep en cassatie open. Pas als het toewijzende (eerste) vonnis onherroepelijk is geworden, gaat de tweede fase in, waarin de rechter een of drie deskundigen benoemt die een schriftelijk bericht uitbrengen over de prijs van de aandelen. Nadat de deskundigen bericht hebben uitgebracht, gaat de derde fase in, waarin de rechter bij vonnis de prijs van de aandelen vaststelt. Tegen dit (tweede) vonnis staan ook weer hoger beroep en cassatie open, en eerst als dit tweede vonnis onherroepelijk is, dienen de aandelen overgedragen te worden.

Het grootste bezwaar tegen de huidige geschillenregeling is dan ook het ontbreken van de mogelijkheid om de vonnissen in de eerste fase (toewijzing uittreding en uitstoting) en derde fase (prijsvaststelling) uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. De huidige artikelen 2:341 lid 1 en 2:343 lid 3 BW staan daaraan in de weg. Uittreding of uitstoting van aandeelhouders is aldus eerst mogelijk nadat de zaak (beide vonnissen) bij wijze van spreken 'tot aan de Hoge Raad en weer terug' is geweest, wat vanzelfsprekend vele jaren kan duren. Al die tijd duren de bestaande conflictsituaties voort. Daarnaast kan in de huidige geschillenregeling op grond van artikel 2:339 lid 2 BW pas bij toewijzing van de vordering tot uitstoting of uittreding (het vonnis in de eerste fase) schorsing van het stemrecht worden bevolen. Een dwarsliggende aandeelhouder kan de besluitvorming binnen de vennootschap daarmee lange tijd nadelig blijven beïnvloeden.

### Nieuwe geschillenregeling

#### *Uitvoerbaar bij voorraad*

Voornoemde procedure gaat veranderen in de nieuwe geschillenregeling. In een (eerste) vonnis wordt de uitstotings- of uittredingsvordering toe- of afgewezen. Indien de vordering tot uitstoting of uittreding wordt toegewezen, worden deskundigen benoemd die schriftelijk bericht uitbrengen over de prijs van de aandelen. Vervolgens stelt de rechter op basis van het deskundigenbericht in een (tweede) vonnis de prijs van de aandelen vast. De drie fasen blijven dus in stand. Tegen het toewijzend eerste vonnis kan echter pas hoger beroep worden ingesteld tegelijk met het tweede (eind)vonnis waarin de rechter de prijs van de aandelen vaststelt (art. 2:339 lid 1 BW). Dit tweede (eind)vonnis kan in de nieuwe regeling (wel) uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. De overdracht van aandelen is nu mogelijk op grond van een nog herroepelijk, maar wel voor tenuitvoerlegging vatbaar vonnis. Het spreekt voor zich dat uitvoerbaarverklaring bij voorraad dient te worden gevorderd. Ontbreekt een uitvoerbaar bij voorraadverklaring (art. 233 Rv), dan heeft het instellen van hoger beroep door de gedaagde wel schorsende werking en zullen de termijnen van artikel 2:341 (nieuw) BW worden opgeschort zolang niet alsnog onherroepelijk of uitvoerbaar bij voorraad op de vordering is beslist (art. 234 Rv).

#### *Gronden voor uitstoting en uittreding*

De grondslagen voor de uitstotingsvordering zijn niet veranderd (art. 2:336 lid 1 (nieuw) BW). Dit wordt in de literatuur wel betreurd.<sup>5</sup> 'Schade toebrengen aan de vennootschap' (uitstoting) wordt door sommigen als een (te) zware toets beschouwd. De grondslag voor de uittredingsvordering is enigszins gewijzigd. De woorden 'wordt geschaad' zijn vervangen door 'is geschaad' (art. 2:343 lid 1 (nieuw) BW). Met deze wijziging is beoogd te voorkomen dat de gedaagde aandeelhouder zich erop beroept dat hij is opgehouden met de schadelijke gedragingen (van 'wordt' geschaad is dan geen sprake meer), om deze gedragingen na afwijzing van de vordering weer voort te zetten. Bij de uittredingsvordering kan het zowel gaan om gedragingen van een aandeelhouder 'als zodanig', als om gedragingen buiten de sfeer van de rechtspersoon (art. 2:343 lid 1 (nieuw) BW). Blijkens de memorie van toelichting is van dat laatste bijvoorbeeld sprake bij concurrerende activiteiten van een medeaandeelhouder.<sup>6</sup> Voor de uitstotingsvordering blijven alleen gedragingen van de aandeelhouder als zodanig relevant.

#### *Eigen regeling*

De nieuwe geschillenregeling laat veel vrijheid aan partijen voor het overeenkomen van een statutaire of contractuele regeling. Deze 'eigen regeling' heeft in beginsel voorrang boven de wettelijke geschillenregeling, tenzij daardoor de overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt. Volgens de memorie van toelichting kan men ervan uitgaan dat in ieder geval een 'kennelijk onredelijke prijs' (ex art. 2:340 lid 3 (nieuw) BW) de overdracht van de aandelen uiterst bezwaarlijk maakt. Van een kennelijk onredelijke prijs is bijvoorbeeld sprake indien deze onaanvaardbaar laag is.<sup>7</sup> Naast de wijze van waardebeoordeling van de aandelen kan de eigen regeling ook betrekking hebben op de bevoegdheid van een andere rechter, op arbitrage of op bindend advies. Partijen kunnen voorts afspreken de zaak in één feitelijke instantie door de Ondernemingskamer (prorogatie) te laten behandelen, of overeenkomen dat in tweede instantie het gerechtshof dat op grond van de normale regels van procesrecht bevoegd is, kennisneemt van het hoger beroep (art. 2:337 lid 2 jo. 2:336 lid 3 (nieuw) BW).

#### *Vordering tegen de vennootschap*

Een uittredingsvordering kan ook tegen de vennootschap worden ingesteld, waardoor deze verplicht kan worden de aandelen van de uittredende aandeelhouder in te kopen. De uittredende aandeelhouder heeft dus straks een keuze wie hij kan dagvaarden. Dit kan de eiser (bijvoorbeeld) van pas komen indien zijn medeaandeelhouder niet over voldoende middelen beschikt om de koopprijs te betalen. De moge-

5. C.D.J. Bulten, De gewijzigde geschillenregeling, *Ondernemingsrecht* 2007, p. 363. Tevens R.W.Th. Norbruis, Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling, *Ondernemingsrecht* 2005, p. 429.

6. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 108.

7. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 126.

lijkheid tot overname van de aandelen door de vennootschap biedt ook uitkomst indien niet duidelijk is wie van de medeaandeelhouders de verweten gedragingen heeft verricht, of indien de vennootschap deze gedragingen heeft verricht. Opmerkelijk is evenwel dat de aandeelhouders die zich niet schuldig hebben gemaakt aan de benadeling van de uittreedende aandeelhouder, toch indirect de financiële gevolgen dragen doordat het eigen vermogen van de vennootschap door de gedwongen inkoop verlaagd wordt. De gedwongen inkoop kan daarmee gevolgen hebben voor de continuïteit van de onderneming, crediteuren en werknemers van de vennootschap. Bij de gedwongen inkoop van aandelen door de vennootschap dient voorts rekening te worden gehouden met de wettelijke en statutaire bepalingen ter zake van verkrijging door de vennootschap van eigen aandelen. Het huidige artikel 2:207 BW beperkt de inkoop van eigen aandelen. Dit artikel wordt in het wetsvoorstel gewijzigd. Artikel 2:343 lid 1 (nieuw) BW sluit artikel 2:207 lid 2 en 3 (nieuw) BW uit indien een uittreedingsvordering tegen de vennootschap wordt ingesteld: de regeling van bestuurdersaansprakelijkheid bij inkoop is logischerwijs niet van toepassing als de inkoop door de rechter wordt bevolen. Ten slotte is opmerkelijk dat een uittreedingsvordering tegen de vennootschap kan worden ingesteld op grond van zowel gedragingen van de vennootschap zelf als gedragingen van een andere aandeelhouder (art. 2:343 lid 1 (nieuw) BW).

### *Prijsbepaling*

De rechter benoemt één of meer deskundigen die de prijs vaststellen, maar hij kan de prijs ook zelf vaststellen indien partijen overeenstemming hebben over de wijze van waardering of een statutaire of contractuele regeling een duidelijke maatstaf bevat aan de hand waarvan de rechter de prijs zonder meer kan vaststellen (art. 2:339 lid 3 jo. 2:340 lid 2 (nieuw) BW).<sup>8</sup> De deskundige en de rechter zullen een contractuele of statutaire bepaling ten aanzien van de vaststelling van de waarde van de aandelen zo veel mogelijk moeten volgen (art. 2:339 lid 2 (nieuw) BW). Alleen indien een afgesproken prijsregeling leidt tot een kennelijk onredelijke prijs mag de rechter hiervan afwijken (art. 2:340 lid 3 (nieuw) BW), maar hij dient zich terzake terughoudend op te stellen.<sup>9</sup>

De rechter kan bij het bepalen van de prijs een 'billijke verhoging' toepassen indien aannemelijk is dat gedragingen van gedaagde(n) of anderen dan gedaagde(n) tot waardevermindering van de aandelen hebben geleid (art. 2:343 lid 4 (nieuw) BW). Bij die 'anderen' kan volgens de memorie van toelichting worden gedacht aan bestuurders of aan een met een gedaagde verbonden andere vennootschap.<sup>10</sup> Croiset Van Uchelen meent terecht dat deze 'billijke verho-

ging' een te flexibel instrument is, aangezien de eiser niet hoeft te *bewijzen* dat de gedragingen de waarde van zijn aandelen hebben verminderd. Hij hoeft dit slechts *aannemelijk* te maken.<sup>11</sup> Daarnaast betekent deze bepaling een doorbreking van de regel (uit het ABP/Poot-arrest) dat in beginsel geen afgeleide schade kan worden gevorderd. Indien een derde aan een vennootschap schade toebrengt door een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting of een onrechtmatige daad jegens de vennootschap, kan in beginsel alleen de vennootschap schadevergoeding van deze derde vorderen. Aandeelhouders hebben aldus geen aanspraak op schadevergoeding wegens vermindering van de waarde van hun aandelen die het gevolg is van een tekortkoming of onrechtmatige daad van een derde jegens de vennootschap.<sup>12</sup>

### *Nevenvorderingen*

De nieuwe geschillenregeling is ook ten aanzien van het verloop van de procedure een stuk flexibeler geworden. De rechter die over de geschillenregeling oordeelt, kan tevens daarmee samenhangende geschillen (nevenvorderingen) tussen de betrokkenen beslechten (art. 2:336 lid 5 (nieuw) BW). Het gaat om een schadevergoedingsactie. Is er tussen partijen bij een andere rechter reeds een schadevergoedingsactie aanhangig, dan kan op basis van artikel 220 Rv worden gevorderd dat een procedure op grond van de geschillenregeling wordt verwezen naar die andere rechter. Dit zijn wenselijke procedurele wijzigingen aangezien een aandeelhouder die meent dat er tevens onrechtmatig jegens hem is gehandeld, in de huidige geschillenregeling nog gebruik moet maken van een aparte procedure (wellicht bij een andere rechtbank) tot schadevergoeding.

### *Geen terugwerkende kracht*

Het risico bestaat vanzelfsprekend dat het toewijzend vonnis in hoger beroep wordt vernietigd. Dit kan, indien het eindvonnis uitvoerbaar bij voorraad is verklaard en de aandelen inmiddels zijn overgedragen, zeer onwenselijke gevolgen hebben voor de geldigheid van intussen genomen aandeelhoudersbesluiten (bijvoorbeeld dividendbesluiten, besluiten tot ontslag en/of benoeming van bestuursleden of het vaststellen of goedkeuren van jaarrekeningen). Wordt het vonnis met terugwerkende kracht vernietigd, dan vervalt hierdoor de titel voor de levering van de aandelen en worden de aandelen geacht nooit te zijn overgedragen. In verband met de rechtszekerheid bepaalt artikel 2:341a lid 1 (nieuw) BW daarom dat indien een vonnis wordt vernietigd, de rechtsgrond in stand blijft. De hoofdregel is dat de overgedragen aandelen teruggaan naar de vorige aandeelhouder. Indien de reeds ingetreden gevolgen bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt, ontstaat voor partijen echter de plicht de gevolgen van een vernietigend vonnis (bijvoorbeeld investeringen, uitkeringen, enzovoort) ongedaan te

8. Deze regel is de codificatie van HR 21 januari 2005, NJ 2005, 126 m.nt. Bulten (Hoffman/Hoffman).

9. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 104.

10. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 110.

11. A.J.R. Croiset Van Uchelen 2007, TOP, p. 261.

12. HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (ABP/Poot).

maken en/of een geldsom uit te keren aan de benadeelde partij (art. 2:341a jo. 2:343b (nieuw) BW).

#### *Voorlopige voorzieningen*

De rechter noemt in het toegevoegde lid 3 van artikel 2:338 (nieuw) BW expliciet de mogelijkheid op grond van artikel 223 Rv voorlopige voorzieningen te treffen. De mogelijkheid tot het verzoeken van voorlopige voorzieningen bestond al op grond van de wet (art. 223 Rv), maar er wordt in de praktijk zeer weinig gebruik van gemaakt. Voorlopige voorzieningen kunnen meteen bij aanvang van de procedure worden verzocht en de vordering tot een voorlopige voorziening dient bovendien met de meeste spoed te worden behandeld.<sup>13</sup> Dit is bij een vordering tot het treffen van een voorlopige voorziening van rechtswege al het geval, maar de wetgever heeft willen benadrukken dat snel spoedeisende maatregelen moeten kunnen worden getroffen. De voorziening ex artikel 223 Rv kan voorts van kracht blijven tot het tijdstip dat de aandelen worden overgedragen.

#### *Versnelde uittreding*

De wetgever heeft met artikel 2:343c (nieuw) BW de mogelijkheid gecreëerd een verkorte uittredingsprocedure in te stellen indien partijen het eens zijn over het feit dat de aandelen worden overgedragen en slechts de prijs ter discussie staat. Het betreft een verzoekschriftprocedure, waarbij de bepalingen over de uittredingsvordering zo veel mogelijk van overeenkomstige toepassing zijn. Binnen deze procedure zijn verschillende snelle scenario's mogelijk. Partijen kunnen ad-hocafspraken maken over de waardering, de peildatum en de deskundige. De rechter kan ook zelf de waarde van de aandelen vaststellen met inachtneming van bindende aanwijzingen van partijen. Daarnaast kunnen partijen de rechtbank verzoeken een bindend adviseur te benoemen die de prijs vaststelt, waarna zijn deskundigenbericht het karakter van een vaststellingsovereenkomst krijgt ex artikel 7:900 e.v. BW.

#### **Bevordering van de snelheid van de procedure**

Partijen kunnen een eigen regeling overeenkomen ter vervanging van de geschillenregeling, welke regeling doorgaans sneller resultaat zal opleveren dan de geschillenregeling. Ook de keuze van partijen voor geschillenbeslechting in één instantie (prorogatie), bindend advies of arbitrage levert normaal gesproken tijdswinst op. Bij het oproepen van een andere aandeelhouder in 'vrijwaring' zijn voorts de artikelen 210 e.v. Rv – betreffende incidentele vorderingen tot oproeping in vrijwaring – niet meer van overeenkomstige toepassing, waarmee eveneens een versnelling wordt bereikt. De procedure wordt echter met name enorm versneld door het feit dat van het vonnis in de eerste fase (uittreding of uitstoting) hoger beroep enkel ingesteld kan worden tegelijkertijd met het (eind)vonnis in de tweede fase, en dat dit laatste vonnis uitvoerbaar bij voorraad kan worden

verklaard. Binnen twee weken nadat een vonnis is betekend, moeten de aandelen geleverd en betaald zijn. Daarnaast wordt – ten overvloede – expliciet voorzien in de mogelijkheid bij aanvang van het geding voorlopige voorzieningen te treffen. Ook de concentratie van de vordering op basis van de geschillenregeling met andere samenhangende (schadevergoedings)vorderingen op grond van dezelfde gedragingen, draagt bij aan een efficiënte procesvoering. Bij de vaststelling van de prijs bij uittreding kan voorts een impliciete vergoeding worden toegekend in verband met waardedrukkende gedragingen van andere aandeelhouders, derden, of van de vennootschap. Ook de voornoemde supersnelle uittreding ex artikel 2:343c (nieuw) BW kan de duur van de procedure straks aanzienlijk beperken.

#### **Mogelijkheden voor versnelde toepassing in kort geding**

Hoewel de geschillenregeling in haar nieuwe vorm aanzienlijk sneller zal verlopen, zal de procedure naar verwachting altijd nog (minimaal) een tot anderhalf jaar in beslag nemen. Dit betekent dat er in hoog oplopende aandeelhoudersgeschillen nog steeds behoefte zal bestaan aan een mogelijke oplossing op echt korte termijn, zoals een kort geding.

De kenmerken van het kort geding liggen besloten in artikel 254 lid Rv. De zaak moet spoedeisend zijn en de beslissing heeft een voorlopig karakter. Daarnaast dient de voorzieningenrechter de belangen van partijen tegen elkaar af te wegen. Niet alle zaken die aan deze criteria voldoen, lenen zich echter voor de (summiere) behandeling in kort geding. Het moet bij een kort geding gaan om een zogenoemde *clear cut case*. De feiten dienen voldoende duidelijk te zijn en de gevolgen van de getroffen voorziening moeten voor de voorzieningenrechter te overzien zijn.<sup>14</sup> In de literatuur twist men over de mogelijkheid de huidige geschillenregeling in kort geding toe te passen.<sup>15</sup>

#### *Bezwaren tegen toepassing geschillenregeling in kort geding*

Naar huidig recht zou – naast voornoemde algemene bepalingen – met name het ontbreken van de mogelijkheid om de vonnissen in de eerste en tweede fase uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, toepassing van de geschillenregeling in kort geding bijzonder lastig moeten maken. Het feit dat overdracht van aandelen alleen mogelijk is bij onherroepelijk vonnis, maakt immers dat aan toewijzing van zo'n vordering tot uitstoting/uittreding in kort geding relatief hoge eisen – onder andere ten aanzien van spoedeisendheid –

14. HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659 (Vredo/Veenhuis).

15. Tegen zijn onder meer C.J. Groffen in zijn noot onder Hof Den Bosch 14 januari 1999, NJ 1999, 743 (Wichgers/De Jong) en K.M. Van Hassel, *Geschillenregeling in kort geding*, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 82, Deventer: Kluwer 2005. In het kamp van de voorstanders bevinden zich W.J. Slagter, *Ondernemingsrecht 1999*, p. 276, A.J.A. Leijten, *Tien jaar uitkoop en geschillenregeling II*, *Ondernemingsrecht 1999*, p. 238 en C.D.J. Bulten in haar noot onder Pito/Booij.

13. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 102-103.

gesteld moeten worden. Een uitspraak in kort geding betreft bovendien per definitie een voorlopige voorziening op het vonnis van de bodemrechter. Wordt in de bodemprocedure een andersluidend oordeel gegeven, dan ontvalt daarmee de rechtskracht aan het kortgedingvonnis. Het voorschrift van onherroepelijkheid komt hiermee in conflict.<sup>16</sup>

Als tweede argument wordt wel aangevoerd dat het ont-eigeningskarakter van de geschillenregeling zich niet zou lenen voor toepassing in kort geding. Een rechterlijk vonnis tot verplichte overdracht van aandelen kan leiden tot wijziging van een bestaande rechtstoestand en draagt dus constitutieve elementen in zich. Een rechter in kort geding wordt niet bevoegd geacht constitutieve vonnissen uit te spreken.<sup>17</sup> In het arrest van Van Kooten/Wilmink werd echter bepaald dat de omstandigheid dat de gevolgen van een voorziening in feite niet meer herstelbaar zijn, en slechts de mogelijkheid van schadevergoeding overblijft, de voorzieningenrechter niet hoeft te beletten een zodanige (nood)maatregel te treffen, mits sprake is van een spoedeisend karakter en de gevraagde voorziening wordt gerechtvaardigd door een billijke afweging van de belangen van partijen.<sup>18</sup> Onder omstandigheden lijkt een vonnis tot overdracht van aandelen in kort geding op grond van deze jurisprudentie dus mogelijk.

#### *Toepassing huidige geschillenregeling in kort geding*

Ondanks voornoemde bezwaren is de toepassing van de geschillenregeling – voor zover bekend – in een viertal procedures in kort geding gevorderd.<sup>19</sup> In een vijfde zaak (Zegers/Zegers) lijkt de geschillenregeling ook te zijn toegepast.<sup>20</sup> De aandeelhouders vorderden in laatstgenoemde zaak de uitstoting van hun medeaandeelhouder, waarbij zij eisten dat hij zijn aandelen moest overdragen aan een derde (niet-aandeelhouder). De president paste ook hier naar analogie de regels van de geschillenregeling toe, maar stelde dat artikel 2:336 BW niet voorziet in de overdracht aan een niet-aandeelhouder. Ten overvloede merkte de president op dat de overdracht aan de eisende aandeelhouder in dit kort geding ook niet toewijsbaar is in verband met de complexiteit van de zaak. Hierbij lijkt de president te insinueren dat, indien het een eenvoudiger geval zou betreffen, hij zich daartoe wel bevoegd zou achten.

In de vier overige voornoemde zaken waar de geschillenregeling is toegepast, werd alleen in Bom/Alpinvest Holding

een vordering tot uittreding ingesteld (maar niet toegewezen). Bij de overige drie geschillen (Pito/Booij, Zon Holding/Grubbenvorst en Wichgers/De Jong) ging het om een uitstotingsvordering.

Wanneer kan de geschillenregeling in kort geding worden toegepast? In Wichgers/De Jong – voor zover bekend – de enige zaak waarin een vordering op grond van de geschillenregeling werd toegewezen, dreigde de vennootschap te faileren terwijl de verschaffer van het benodigde kapitaal het uittreden eiste van aandeelhouder Wichgers. Indien Wichgers weigerde uit te treden, zou dit de ondergang van de vennootschap betekenen. De voorziening (overdracht van de aandelen) werd door de president toegewezen. Het spoedeisend belang was gegeven met de noodzaak om op zeer korte termijn risicodragend kapitaal aan te trekken gezien het dreigende faillissement. De waarde van de aandelen werd vanwege dit dreigende faillissement op nihil geschat.

Het hof betoogde dat toepassing van de geschillenregeling in kort geding niet onder alle omstandigheden is uitgesloten. De president mocht naar het oordeel van het hof de overdracht van de aandelen bevelen onder de verplichting van De Jong om, indien nadien een hogere waarde dan nihil getaxeerd zou worden, deze waarde binnen tien dagen aan Wichgers te voldoen.

Ook in Pito/Booij gaf het hof aan dat een voorlopige voorziening, bestaande uit het uitstoten van een aandeelhouder, gerechtvaardigd was aangezien er gevaar bestond voor de continuïteit van de onderneming: zonder een financiële injectie zou de vennootschap failliet gaan.

In Zon Holding/Grubbenvorst vorderde aandeelhouder Zon overdracht van alle aandelen van aandeelhouder Hendriks in verband met zijn weigering overbruggingskrediet te verstrekken aan de vennootschap. De voorzieningenrechter oordeelde dat niet op voorhand aannemelijk was dat sprake was van verwijtbaar gedrag van Hendriks als aandeelhouder waardoor het voortbestaan van de vennootschap in gevaar werd gebracht.

In deze laatste drie zaken lijkt spoedeisendheid te worden aangenomen en toepassing van de geschillenregeling niet onmogelijk te zijn indien de vennootschap in een financiële noodsituatie verkeert en er op korte termijn kapitaal nodig is. In Bom/Alpinvest Holding kwam de rechter niet toe aan een dergelijke beoordeling.

Uit voornoemde uitspraken lijkt het volgende te kunnen worden afgeleid: de voorzieningenrechter acht zich in beginsel bevoegd kennis te nemen van een vordering tot uitstoting of tot uittreding en toetst hierbij of aan de wettelijke criteria van de geschillenregeling is voldaan. Enkel een spoedeisend belang lijkt echter niet voldoende te zijn om een vordering tot uitstoting in kort geding toegewezen te krijgen. De spoedeisendheid kan slechts in samenhang met

16 Van Hassel 2005, p. 116.

17. Hugenholtz/Heemskerck, Hoofdlijnen van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht, Den Haag: Elsevier Juridisch 2006, p. 144.

18. HR 8 februari 1946, NJ 1946, 166; herhaald in HR 11 februari 1994, NJ 1994, 651 (Van Kooten/Wilmink).

19. Hof Den Bosch 14 januari 1999, NJ 1999, 743 (Wichgers/De Jong); Pres. Rb. Amsterdam 11 mei 2000, JOR 2000, 144 (Bom/Alpinvest Holding); Hof Den Bosch 18 juli 2002, JOR 2002, 202 (Zon Holding/Grubbenvorst) en Hof Amsterdam 11 maart 2004, JOR 2004, 190 m.nt. Bulten (Pito/Booij).

20. Pres. Rb. Rotterdam 18 juni 1990, KG 1990, 259 (Zegers/Zegers).

bijzondere omstandigheden (bijvoorbeeld 'het gevaar voor het voortbestaan van de vennootschap'<sup>21</sup> of 'het wegvallen van de werkgelegenheid'<sup>22</sup>) leiden tot uitstoting of uittreding. In *Zon Holding/Grubbenvorst* werd daaraan toegevoegd dat de aard van de vordering en het wettelijk bestaan van een geschillenregeling met zich brengen dat de rechter in kort geding terughoudend gebruik dient te maken van deze bevoegdheid.<sup>23</sup>

### *Toepassing nieuwe geschillenregeling in kort geding*

Wordt het wellicht eenvoudiger om de nieuwe geschillenregeling toe te passen in kort geding? Zoals gezegd kan het eindvonnis, waarin de overdracht van aandelen wordt bevolen en de prijs is bepaald, uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. Het feit dat overdracht van aandelen in de nieuwe regeling ook bij herroepelijk vonnis mogelijk is gemaakt, zou van invloed moeten zijn op de toepassing van de geschillenregeling in kort geding: er zouden lagere eisen gesteld moeten worden – onder andere aan de spoedeisendheid – dan onder de huidige regeling. Voorts zou de voorzieningenrechter de procedure van de nieuwe regeling nauwgezet kunnen volgen. Indien de voorzieningenrechter meent dat de vordering tot uitstoting of uittreding – in kort geding – toewijsbaar is, kan hij bij tussenvonnis een deskundige benoemen – ex artikel 2:339 lid 1 (nieuw) BW – (dit is in kort geding niet ongebruikelijk) ter vaststelling van de prijs van de aandelen. Bij eindvonnis kan de voorzieningenrechter overdracht van aandelen tegen de door hem vastgestelde prijs bevelen.

Een van de grote problemen bij toepassing van de geschillenregeling in kort geding blijft (zoals gezegd) dat het voor de voorzieningenrechter moeilijk is om een voldoende duidelijk beeld van de feiten te krijgen. Wellicht kan een voorlopig getuigenverhoor hier uitkomst bieden. In een voorlopig getuigenverhoor (art. 186 e.v. Rv) kan de rechtbank – voorafgaand aan een kort geding (of bodemprocedure) – op verzoek van eiser, de betrokken partijen oproepen en onder ede horen over de verweten gedragingen van de aandeelhouder(s) of de vennootschap. De in een voorlopig getuigenverhoor afgelegde verklaringen hebben dezelfde bewijskracht als die in een 'gewoon' getuigenverhoor zijn afgelegd, en de getuigenverklaringen uit een voorlopig getuigenverhoor kunnen tevens in de hoofdzaak dienen als bewijs. Binnen een aantal maanden kan op die wijze meer/voldoende duidelijkheid worden verkregen over de feiten, wat de kans op succes in een op het verhoor volgend kort geding aanzienlijk vergroot.

21. Hof Amsterdam 11 maart 2004, JOR 2004, 190 m.nt. Bulten (Pito/Booij).

22. Pres. Rb. Amsterdam 11 mei 2000, JOR 2000, 144 (Bom/Alpinvest Holding).

23. Hof Den Bosch 18 juli 2002, JOR 2002, 202 (*Zon Holding/Grubbenvorst*).

Overigens bestaat de mogelijkheid om toepassing van de geschillenregeling, lees: overdracht van aandelen, te vorderen bij wege van een voorlopige voorziening ex artikel 2:338 lid 3 BW jo. 223 Rv. Het betreft in feite een kort geding binnen het kader van de bodemprocedure. Voor de verhouding tussen een kort geding en een voorlopige voorziening ex artikel 223 Rv, verwijzen wij naar het artikel van mr. Den Besten in het *Advocatenblad*.<sup>24</sup>

### **Mogelijkheden voor versnelling in de bodemprocedure**

De vraag resteert welke andere mogelijkheden er zijn voor 'snelle' toepassing van de nieuwe geschillenregeling. Biedt de bodemprocedure – naast het kort geding – mogelijkheden voor een versnelde toepassing van de nieuwe geschillenregeling?

#### *Voorlopig getuigenverhoor of voorlopig deskundigenbericht*

Het voornoemde voorlopig getuigenverhoor en/of een voorlopig deskundigenbericht kunnen wellicht ook in een bodemprocedure bijdragen aan een relatief snelle afwikkeling van de geschillenregeling. Normaal gesproken volgt na dagvaarding, antwoord (eventueel comparitie), re- en dupliek en pleidooi veelal een tussenvonnis waarin bewijsopdrachten worden gegeven. Na het horen van getuigen en conclusies na een enquête volgt veelal pas een eindvonnis. De getuigenverklaringen uit het voorlopig getuigenverhoor kunnen de rechtbank echter bij aanvang van het geding/tijdens de conclusiewisselingen al duidelijkheid geven over de feiten, zodat de rechtbank wellicht meteen eindvonnis kan wijzen. Hiermee wordt veel tijd gewonnen. Wellicht is het zelfs mogelijk om voorafgaand aan het kort geding – en naast een eventueel voorlopig getuigenverhoor – door middel van een voorlopig deskundigenbericht (art. 194-199 Rv) duidelijkheid over de prijs van de aandelen te verkrijgen, zodat de voorzieningenrechter geen deskundige meer behoeft te benoemen. Aan dergelijke toepassing van het voorlopig deskundigenbericht in het kader van een uitstotings- of uittredingsvordering in een bodemprocedure staat wellicht artikel 2:339 lid 1 (nieuw) BW in de weg. Dit artikel bepaalt namelijk dat de rechter deskundigen benoemt *indien* de vordering in het vonnis in de eerste fase wordt toegewezen.

Aldus bestaat er ook in de bodemprocedure – met name in combinatie met een voorlopig getuigenverhoor en/of een voorlopig deskundigenbericht – een aantal interessante mogelijkheden om de geschillenregeling in een relatief snelle procedure toe te passen. Interessant is nog dat na afloop van het voorlopig getuigenverhoor de rechter op grond van artikel 191 Rv (jo. 2.11 Landelijk Rolreglement) op verzoek van (een van de) partijen dan wel ambtshalve een verschijning van partijen kan bevelen. Deze mogelijkheid kan tijdsbesparend werken omdat partijen de gelegen-

24. M. den Besten, Provisionele vordering tegenover kort geding, *Advocatenblad* nr. 17, 30 november 2007, p. 736-740.

heid krijgen de verdere behandeling van de zaak met de rechter te bespreken en vooraf procedureafspraken te maken teneinde het geding te versnellen.

#### *Landelijk Rolreglement*

Ook op basis van het Landelijk Rolreglement (LRR) bestaan er voor partijen binnen de bodemprocedure diverse mogelijkheden om de procedure te versnellen. Partijen kunnen voor de eerste roldatum een verzoek doen aan de rechter om een afwijkende procesvoering toe te staan (art. 1.3 LRR jo. 117 Rv). De rechter voldoet in principe aan dit verzoek, tenzij dit in strijd is met de wet of de goede procesorde. Als partijen het er op voorhand over eens zijn hoe en met inachtneming van welke termijnen de procedure dient te worden gevoerd, volgt de rechter hen daarin, tenzij hij meent dat het voorstel – mede gezien de aard van de procedure en de omvang van het geschil – te ver gaat. Gezien het voornoemde onteigeningskarakter van de geschillenregeling, is het zeer wel mogelijk dat de rechter grenzen stelt aan het verkorten van termijnen ex artikel 117 Rv. Als slechts een van de partijen een specifieke en snelle wijze van procederen wenst, dient zij daartoe een verzoek in (art. 2.8 jo. 1.10 LRR). Bij zijn beslissing op het verzoek (art. 1.11 LRR) en bij zijn vonnis (art. 7.5 LRR) bepaalt de rechter door welke partij en op welke termijn enige proceshandeling dient te worden verricht.

#### **Conclusie**

Het voornaamste doel van de wijziging van de geschillenregeling is het verhogen van de snelheid en efficiëntie van de procedure. De voorstellen in het wetsvoorstel dragen zeer zeker bij aan het bespoedigen van de procedure. Ook lijken met de nieuwe geschillenregeling de mogelijkheden voor de toepassing van de regeling in kort geding vergroot. Daarnaast biedt de bodemprocedure mogelijkheden om, al dan niet met toepassing van een voorlopig getuigenverhoor en/of een voorlopig deskundigenbericht, de geschillenregeling relatief snel te doorlopen. Op basis van voornoemde bevindingen verdient de nieuwe geschillenregeling een eerlijke (tweede) kans. Of ruziënde aandeelhouders zich minder snel tot de Ondernemingskamer zullen wenden nu de nieuwe geschillenregeling onder omstandigheden een redelijk alternatief kan zijn voor de enquêtetprocedure, zal moeten blijken. ‘Wij moeten de toepassing van de regeling in de praktijk maar eens afwachten.’<sup>25</sup>

*Mr. S.J.H.M. Berendsen  
Mr. L.R.N. Mol  
Loyens & Loeff*

25. Minister van Justitie Korthals Altes sprak deze woorden bij de invoering van de huidige geschillenregeling in 1987. Zie Handelingen II, 2 april 1987, p. 3476.