

## Consultatie inzake voorstel tot wijziging van de geschillenregeling van Boek 2 BW

Boels Zanders Advocaten

### Inleiding

In deze bijdrage zal ik ingaan op enkele onderdelen van het voorstel tot verbetering van de geschillenregeling, meer in het bijzonder op enkele van de aanpassingen aan de uittreding- en uitstotingsregeling. Mijn commentaar baseer ik onder meer op mijn ervaringen die ik opdeed in de aandeelhoudersgeschillen waarbij ik als advocaat of OK-functionaris in de achterliggende jaren betrokken was.

De geschillenregeling zoals die tot 2012 gold, functioneerde onvoldoende. Daarin heb ik aanleiding gevonden tot enig onderzoek dat ik heb neergelegd in mijn artikel "De herziene geschillenregeling en de lange weg naar een vennootschappelijk scheidingsrecht" in WPNR 2017/7158. Daarin constateerde ik dat ook de herziening van 2012 onvoldoende soelaas heeft geboden aan twistende aandeelhouders of aan een bekleemde aandeelhouder en dat nader ingrijpen van de wetgever daarom gewenst is.

Met het voorstel wordt aan deze wens ten dele tegemoet gekomen en zonder meer is dan ook sprake van een verbetering. Terecht opent de concept MvT met de stelling dat een adequate geschillenregeling thuishoort in een goede vennootschapsrechtelijke infrastructuur. Dat belang is met name gelegen in het feit dat bij geschillen tussen aandeelhouders veelal indirect een onderneming en daarbij betrokken stakeholders als personeel betrokken is zonder veel invloed uit te kunnen oefenen. Niettemin valt te voorzien dat bij ongewijzigde invoering van het voorstel de geschillenregeling nog altijd niet de hoofdroute zal worden die een aandeelhouder in zal slaan om een uitweg te zoeken uit een (om welke reden dan ook) getroebleerde samenwerking binnen vennootschappelijk verband en blijft het belang van verdere verbeteringen onverkort aanwezig

Hoewel er nog altijd weinig procedures op basis van deze regeling worden gevoerd is het aantal wel toegenomen na de herziening in 2012. Ik heb in vorenbedoeld artikel beargumenteerd dat dat waarschijnlijk is veroorzaakt door een tijdelijke populariteit veroorzaakt door de herziening. Doordat de rechtspraak (zoals in het voorstel terecht wordt gememoreerd) te terughoudend omgegaan is met de wettelijke mogelijkheden is inmiddels ook weer een terugloop in aantal waarneembaar. Een dergelijke terugloop is niet waarneembaar in het enquêterecht waarvan nog altijd gebruik wordt gemaakt in situaties waarvoor eigenlijk de geschillenregeling bedoeld is.

### Gekozen maatstaf uitstoting en uittreding

Het is juist dat bij *uitstoting* het belang van de vennootschap voorop hoort te staan en bij de uittreding dat van de aandeelhouder. Niettemin werd bij uitstoting een te strenge maatstaf gehanteerd omdat slechts gedragingen van de uit te stoten aandeelhouder *als zodanig* daarvoor aanleiding konden vormen, terwijl met name

(heimelijke) concurrentie tegen de vennootschap daaronder niet begrepen was. Het is een belangrijke verbetering van het voorstel dat uitstoting ook mogelijk wordt indien het gedrag van de aandeelhouder (anders dan in zijn hoedanigheid van aandeelhouder) het belang van de vennootschap zodanig schaadt dat zijn handhaven niet langer geduld kan worden. Het is bovendien juist dat, ook in het voorstel, voor uitstoting onvoldoende is dat sprake is van strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Evenzeer is een belangrijke verbetering dat ten aanzien van de *uittreding* duidelijk wordt gemaakt dat een minder zware maatstaf dan thans het geval is, dient te gelden. Volgens het voorstel zal het voldoende zijn dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van de aandeelhouder gevergd kan worden. Met name zijn geen bijkomende *zware* omstandigheden vereist.

De Minister heeft er vanaf gezien de maatstaf nog iets lager te leggen. Onder 3.1.3 van het voorstel stelt de Minister dat lagere maatstaven als "gewichtige redenen" of "duurzame ontwrichting" (zoals o.a. bepleit in mijn artikel in WPNR) het nadeel zouden hebben "dat uitstoting en uittreding dan ook mogelijk is in conflictsituaties waarbij de schuldvraag in het midden kan blijven." Anders dan de Minister meen ik dat dat geen nadeel is. Als het nodig is dat er een "schuldige" is, betekent dat dat een duurzaam ontwrichte samenwerking eerst verder zal moeten escaleren tot één van de betrokkenen die grens overschrijdt, terwijl een goede geschillenregeling die escalatie nu juist net zou moeten zien te voorkomen. Het valt te voorzien dat de passage "Het nadeel van criteria ... t/m ... die het minst in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelt." (p. 11 onderaan) door toekomstige verweerders zal worden aangegrepen om te betogen dat er onvoldoende "schuld" is om toewijzing van een gevorderde uittreding te rechtvaardigen. Dat is ongewenst omdat daarmee het geschil niet wordt beëindigd. De Minister motiveert dit met de (in de praktijk overigens weinig voorkomende) situatie dat over en weer vorderingen zouden worden ingesteld. Kennelijk acht de Minister het bezwaarlijk dat indien in een dergelijke procedure met twee eisers niettemin sprake is van een *no fault divorce* er door de rechter toch een beslissing tot uittreding zou worden genomen. Het argument lijkt me nu juist een bewijs van het tegendeel: als de samenwerking tussen partijen zodanig (duurzaam) ontwricht is dat zij over en weer vorderingen op basis van de geschillenregeling instellen, laat zich toch eigenlijk géén enkele andere redelijke uitkomst denken dan die waarin ten minste één van die vorderingen wordt toegewezen? Het kan toch niet zo zijn dat geen van beide vorderingen zou worden toegewezen omdat niet een van die partijen meer of minder in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelt dan de ander? Als beide partijen (blijkens hun wederzijdse vorderingen) uit elkaar willen, is toch ondenkbaar dat de rechter partijen niettemin in hun vennootschappelijk verband opgesloten zou laten zitten?

Het is daarom wenselijk en noodzakelijk de geciteerde passage aan te passen. Weliswaar is het logisch dat de rechter bij "concurrerende" vorderingen zijn besluit

*mede* zal laten afhangen van eventuele "schuld"elementen, maar indien beide partijen even verantwoordelijk zijn voor de ontwrichting (of, zoals regelmatig voorkomt, daaraan geen van beide schuld hebben) maar beiden uit elkaar willen, zal de rechter simpelweg een van beide vorderingen moeten toewijzen, of dat nu een Salomonsoordeel vergt of niet.

Moeilijker (en vaker vóórkomend) is de situatie waarin sprake is van een *no fault* situatie en slechts een van de partijen uittreding vordert terwijl de ander de onmin wel erkent, maar zich slechts verweert met de stelling daaraan geen "schuld" te hebben. De vergelijking met een echtscheiding is voor de hand liggend. In mijn artikel heb ik bepleit dat een dergelijke duurzame ontwrichting voldoende reden zou moeten zijn voor toepassing van de geschillenregeling, omdat partijen géén andere mogelijkheden hebben om van elkaar af te komen (anders dan een minnelijke regeling enerzijds of verder escaleren anderzijds). Niettemin meen ik dat, ook als de Minister dát te ver vindt gaan, in zijn huidige voorstel toewijzing niettemin mogelijk zou moeten zijn in een *no fault* situatie, namelijk indien de redelijkheid en billijkheid dat vergt. Dat kan het geval zijn in een *no fault* situatie, maar dat zal dan inderdaad (dat ben ik zonder aarzeling met de Minister eens) "bijkomende omstandigheden" vergen. Dergelijke bijkomende omstandigheden hoeven naar mijn mening niet uitdrukkelijk een element van "schuld" van de wederpartij te bevatten. Het is zaak dat de Memorie van Toelichting de door mij bedoelde duidelijkheid onomwonden verschafft: schuld is niet steeds nodig, bijkomende omstandigheden is genoeg. Enige vorm van verwijtbaarheid kan uiteraard een dergelijke omstandigheid vormen. Dit om te voorkomen dat juist in de lastigste gevallen geen uitweg bestaat. Dat zijn de gevallen waarin in feite geen ander probleem bestaat dan dat partijen volkomen op elkaar uitgekeken zijn, elke gedachtenwisseling door de totaal verzuurde verhoudingen onmogelijk is geworden en er geen enkele bereidheid bestaat elkaar nog maar iets te "gunnen".

#### Voorstel stroomlijning geschillenregeling en enquêteprocedure

Een tweede kritische opmerking plaats ik ten aanzien van het gestelde in 3.2.1 waar een stroomlijning van de enquêteprocedure en de geschillenregeling wordt toegelicht. De Minister schrijft terecht dat "de oplossing" van een aandeelhoudersconflict zowel met de enquêteprocedure als de geschillenregeling kan worden gezocht. Wat de Minister daarmee echter miskent is dat in het door hem genoemde kwart van de gevallen partijen via de enquêteprocedure zoeken naar de oplossing die de geschillenregeling hen eigenlijk zou moeten bieden. De enquêteprocedure biedt immers niet de gedwongen overdracht van aandelen, maar dat is wel hetgeen de verzoeker in de door de Minister bedoelde impasse-situaties uiteindelijk beoogt. Het is daarom volstrekt onlogisch dat de Minister er nu voor kiest om degenen die om díe redenen de enquêteprocedure beproeven in de tweede fase daarvan een verlichte geschillenregeling te bieden. Zo wordt de (helaas noodzakelijke) enquête-omweg gestimuleerd in plaats van dat de weg naar het einddoel (uit elkaar gaan) gewoon bekort wordt door een nog adequatere

geschillenregeling op te tuigen. Ik kom weer terug op de hiervoor bedoelde *no fault* situatie. In een dergelijke situatie zal (bijvoorbeeld door menselijke *incompatibilité des humeurs*) een impasse ontstaan die kan worden aangemerkt als wanbeleid of onjuist beleid (als bedoeld in art 2:354 BW) en aanleiding kan geven tot definitieve voorzieningen (overdracht van aandelen daaronder *niet* begrepen), zonder dat een van de partijen als schuldige wordt aangewezen. Vervolgens zouden dergelijke partijen de vereenvoudigde geschillenregeling in de tweede fase kunnen inzetten. Het valt niet in te zien waarom de Minister er niet voor kiest een geschillenregeling op te stellen die in dit soort situaties helemaal geen enquêteprocedure nodig maakt. Daarbij wijs ik nog op het niet te onderschatten nadeel dat aan een oordeel onjuist beleid of wanbeleid een diffamerende werking wordt toegekend, die aan het gebruik van een geschillenregeling niet kleeft, terwijl aan zaken die gevoerd worden bij de Ondernemingskamer bovendien grotere risico's van publiciteit kleven. Ten slotte merk ik nog op dat het voorstel voor deze samenloop-regeling des te merkwaardiger is nu de Minister er expliciet voor heeft gekozen de enquêteprocedure en de geschillenregeling als geheel niet tot één procedure te maken.

Dat gezegd zijnde meen ik niettemin dat de voorgestelde regeling wel een verbetering ten opzichte van het huidige systeem zou zijn, maar betreur ik derhalve dat de Minister (wederom, net als in 2012) niet streeft naar een geschillenregeling die het in zich heeft om de oplossing aan vrijwel alle aandeelhoudersgeschillen te bieden. De enquêteprocedure zou er (slechts) moeten zijn om te doen wat op haar etiket staat: het doen van onderzoek naar het beleid en de gang van zaken *in de onderneming*. Het voorstel zou zich anders kunnen voegen in een lange reeks van kleinere maar onvoldoende oplossingen (waarvan ik hier volledigheidshalve nog de nauwelijks gebruikte ruziesplitsing van art. 2:334cc BW noem).

#### Redelijk bod-verweer

Ten slotte reageer ik op de in 3.2.2 voorgestelde redelijk-bod-regeling. Net als van de in 2012 ingevoerde vereenvoudigde verzoekschriftprocedure van art. 2:343c BW, valt van dit voorstel niet te verwachten dat het een populaire vorm van beëindiging van een aandeelhoudersgeschil zal worden. Voor de reeds bestaande 343c-procedure is dat waarschijnlijk veroorzaakt door het feit dat er te weinig vóórdelen aan verbonden zijn: als partijen het al eens zijn over de vraag wie moet uittreden, zullen zij het meestal ook wel eens kunnen worden over de vraag op welke manier de prijs moet worden bepaald. Aan de voorgestelde redelijk-bod-regeling kleven echter niet alleen te weinig voordelen, maar ook teveel nádelen: zij biedt kansen op nieuwe geschillen en is voer voor litigieus ingestelde partijen. Het is nu eenmaal zo dat in veel aandeelhoudersgeschillen (óók) sterk verschil van mening bestaat over de waarde van de aandelen. Een partij die verzoekt te mogen uittreden slaat die waarde doorgaans aanzienlijk hoger aan dan de verwerende (achterblijvende) aandeelhouder. Niet zelden bevindt de onafhankelijk vastgestelde waarde zich daar ergens tussenin. In de voorgestelde regeling zou de verweerder

(die, stel, 67 heeft geboden op aandelen waarop de eiser 133 had gevraagd, terwijl een objectieve waarde 100 zou blijken te zijn) zich op het standpunt kunnen stellen dat hij een redelijk bod heeft gedaan. Daarna zal (in dit cijfervoorbeeld) dan binnen de voorgestelde regeling een waarderingstraject beginnen aan het einde waarvan vastgesteld wordt dat het geen redelijk bod was en zijn partijen weer terug bij af. De verweerder ondervindt daarvan geen nadelen. Beter is het daarom dat waardering pas aan de orde komt indien vaststaat wie moet overnemen. De huidige regeling voorziet daarin. Indien daadwerkelijk een stroomversnelling in de geschillenbeslechting wordt nagestreefd zou de verweerder beloofd moeten worden voor zijn bereidheid om de aandelen van de beoogde uitreder over te nemen voor een (hem op dat moment onbekende) prijs, vast te stellen door een door de rechter aan te stellen waardeerder. Omdat een dergelijke bereidheid risico's in zich bergt (ook een hogere prijs dan verwacht moet immers betaald worden) heeft het alleen maar zin een dergelijke procedure wettelijke grondslag te bieden indien daartegenover voordelen voor de verblijvende aandeelhouder staan. Daarbij valt te denken aan:

- de oorspronkelijke verzoeker zal in dat geval veroordeeld worden de kosten van de waardering te dragen, tenzij dit in de gegeven omstandigheden van het geval naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn;
- de verweerder mag in dat geval betalen in termijnen (onder gelijktijdige verpanding van de aandelen), etc.

#### Overige opmerkingen

Het verdient overigens de voorkeur dat dit voorstel eveneens gebruikt wordt om een versoepeling van de bijkomende vorderingen (als bedoeld in artt. 2:336, lid 5 en 2:343, lid 4 BW) te bewerkstelligen. Vaak zijn dergelijke vorderingen de echte of achterliggende oorzaak van het geschil. Te denken valt aan de meerderheidsaandeelhouder die *corporate opportunities* onthoudt aan de vennootschap ten detrimente van de minderheidsaandeelhouder of de vennootschap op andere wijze concurrentie aandoet. De minderheidsaandeelhouder die hierin aanleiding ziet een vordering tot uittreding in te stellen, zal begrijpelijkerwijs niet willen worden afgescheept met de (ten gevolge van de onrechtmatige gedraging) lagere waarde van zijn aandelen. Het verdient de voorkeur indien de waardeerder de opdracht krijgt om ofwel de omvang de aangebrachte schade in kaart te brengen ofwel (hetgeen veelal eenvoudiger zal zijn) de over te nemen aandelen te waarderen zonder acht te slaan op de gevolgen van de onrechtmatige gedraging (zoals in de DEM-zaak). De uitreder krijgt daardoor een realistische vergoeding.

Hoewel ik het betreurt dat de Minister niet heeft gekozen voor de Ondernemingskamer als enige instantie, noch voor het (eerder door Makkink bepleite) samenvoegen van de enquêteprocedure en de geschillenregeling, ga ik op de overwegingen dat niet te doen maar beperkt in. Ik acht met name niet overtuigend de op pag. 17 ("Evenmin is er voor gekozen...") gegeven argumenten op grond waarvan dat samenvoegen procedureel ongewenst zou zijn. De praktijk in

het overgrote deel van de gevallen is nu eenmaal dat de beperkte groep betrokkenen (vennootschap, aandeelhouders en bestuurders) zeer goed op de hoogte is van de geschillen die spelen en ook eenvoudig in elke procedure betrokken kunnen worden. Voorts merk ik op dat geen overbelasting van de Ondernemingskamer te verwachten valt, omdat de gezamenlijke enquêtoprocedures en geschillenregelingen in mijn ervaring complementerende vaten zijn.

Al met al verdient het voorstel een positieve benadering, maar zal ook na invoering ervan niet sprake zijn van een geschillenregeling die daadwerkelijk de meest voor de hand liggende procedure is om een einde te maken aan aandeelhoudersgeschillen.

Flip Schreurs  
Boels Zanders Advocaten  
Eindhoven, 8 september 2019