

Ministerie van Justitie en Veiligheid

t.a.v. de Minister voor Rechtsbescherming

REACTIE OP DE INTERNETCONSULTATIE BETREFFENDE HET VOORONTWERP VOOR DE WET AANPASSING GESCHILLENREGELING EN VERDUIDELIJKING ONTVANKELIJKHEIDSEISEN ENQUÊTEPROCEDURE

Inleiding

Van Benthem & Keulen heeft met belangstelling kennis genomen van het voorontwerp voor de Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure ('**Voorstel**') en de bijbehorende Memorie van Toelichting ('**MvT**').

Het Voorstel beoogt, kort gezegd, zowel de effectiviteit van de geschillenregeling te verbeteren als de toegang tot de enquêteprocedure voor kapitaalverschaffers van beursvennootschappen te verduidelijken. Wij zullen ons hierna uitsluitend richten op enkele voorstellen tot aanpassing van de geschillenregeling.

Er bestaat in de praktijk grote behoefte aan een verbetering van de effectiviteit van de geschillenregeling. Ondanks de aanpassingen van de geschillenregeling in 2012, blijft de populariteit van deze regeling nog altijd (ver) achter bij die van de enquêteregeling. Te vaak wordt nog in aandeelhoudersconflicten binnen 'besloten verhoudingen' naar oplossingen gezocht via de enquêteregeling, terwijl deze regeling daar niet primair voor is bedoeld. In een enquêteprocedure staat immers het onderzoek centraal, gaat het om het belang van de rechtspersoon (niet dat van de aandeelhouders), worden andere doeleinden nagestreefd en kan (vooralsnog) niet om uitstoting of uittreding worden verzocht.

Teneinde de effectiviteit van de geschillenregeling te verbeteren wordt voorgesteld om enerzijds de gronden te verruimen waarop de vorderingen van de geschillenregeling kunnen worden toegewezen en anderzijds enkele procedurele aspecten van de regeling aan te passen.

Verruiming van de gronden voor toepassing van de geschillenregeling

Vordering tot uitstoting en tot overdracht stemrecht

Volgens de Minister worden vorderingen tot overdracht van aandelen (uitstoting) (artikel 2:336 BW) en tot uittreding (artikel 2:343 BW) door rechters in de praktijk relatief vaak afgewezen. Wat betreft de vordering tot uitstoting wordt dit deels verklaard doordat deze vordering naar huidig recht alleen toewijsbaar is indien de gedragingen (die het belang van de vennootschap zodanig schaden dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld) zijn verricht door een aandeelhouder 'als aandeelhouder'. Omdat ook gedragingen van een aandeelhouder in een andere

hoedanigheid – bijvoorbeeld als bestuurder of als concurrent – het vennootschappelijk belang in voormelde zin kunnen schaden, wordt voorgesteld om in artikel 336 lid 1 toe te voegen "*al dan niet in hoedanigheid van aandeelhouder*". Hetzelfde voorstel wordt overigens gedaan ten aanzien van artikel 2:342 lid 1 BW waar het de vordering tot overdracht van het stemrecht betreft dat berust bij een vruchtgebruiker of pandhouder. Ook hier is het voorstel dat eveneens gedragingen van een vruchtgebruiker of pandhouder in een andere hoedanigheid – bijvoorbeeld als financier of leverancier – die het vennootschappelijk belang in voormelde zin schaden, grond kunnen zijn voor toewijzing van de vordering. Wij zijn van mening dat beide toevoegingen een welkome verbetering van de regeling vormen.

Vordering tot uittreding

Voor toewijzing van een vordering tot uittreding wordt op grond van de huidige tekst van artikel 343 verlangd dat de aandeelhouder die wenst uit te treden, aantoont dat hij door gedragingen van één of meer medeaandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd.

De Minister signaleert hier als probleem dat in de praktijk – ondanks dat de huidige tekst van artikel 343 dit niet vereist (!) – door rechters vaak '(serieuze voorwaarden aan het gewicht van) bijkomende zwaarwegende omstandigheden' worden verlangd om een vordering tot uittreding toe te wijzen (MvT, pag. 10). Het gevolg hiervan is dat veel uittredingsvorderingen worden afgewezen. Om de 'beknelde' minderheidsaandeelhouder tegemoet te komen en hem "*een adequate exit*" te bieden, wordt nu voorgesteld om het toetsingscriterium voor uittreding in die zin aan te passen dat een uittredingsvordering dient te worden toegewezen, indien één of meer medeaandeelhouders "*zich zodanig in strijd gedragen met hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd*" dat van de beknelde minderheidsaandeelhouder het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer kan worden gevergd.

Met de toelichting die de Minister bij het huidige artikel 343 geeft, kan men zich afvragen of de voorgestelde tekst uiteindelijk een wezenlijk andere, 'lichtere' of 'vereenvoudigde' toetsingsmaatstaf oplevert dan de huidige. De Minister maakt immers duidelijk dat (ook) de huidige tekst van artikel 343 niet verlangt dat er bijkomende zwaarwegende omstandigheden moeten zijn om een uittreding te rechtvaardigen. Deze verduidelijking brengt ons inziens mee dat de rechter bij toepassing van de huidige toetsingsmaatstaf ('zodanig in zijn rechten of belangen is geschaad') in feite dezelfde belangenafweging zal (moeten) maken als bij toepassing van de voorgestelde maatstaf 'zodanig in strijd met redelijkheid en billijkheid gedragen'.

Bij de beoordeling van de vraag of een aandeelhouder zodanig in zijn rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd, zal de rechter ook toetsen aan de norm van redelijkheid en billijkheid. Schending van deze norm zal met andere woorden kunnen meebrengen dat een aandeelhouder zodanig in zijn rechten of belangen is geschaad dat van hem niet langer kan worden gevergd dat hij aandeelhouder blijft. Het kan zo zijn dat

redelijkheid en billijkheid een vertrouwd begrippenpaar in wet en rechtspraak is, zoals de Minister opmerkt (MvT, pag. 11), maar vermelding van deze norm in de tekst van artikel 343 betekent ons inziens geen wezenlijke, inhoudelijke wijziging van de toetsingsmaatstaf bij uittreding. In feite is er naar onze mening sprake van 'oude wijn in nieuwe zakken'.

Duurzame ontwrichting van de samenwerking of gewichtige redenen voor uitstoting en/of uittreding

Een andere vraag is (i) of en, zo ja, in hoeverre in de huidige en voorgestelde regeling (voldoende) rekening wordt gehouden met conflictsituaties waarin "*de schuldvraag in het midden kan blijven*" en, indien en voor zover dat niet het geval is, (ii) of en, zo ja, in hoeverre daarmee rekening moet worden gehouden door als toetsingsmaatstaf voor uittreding en uitstoting te hanteren: een 'duurzame ontwrichting van de samenwerking' en/of 'gewichtige redenen' (MvT, par. 3.1.3).

In de praktijk komen situaties als deze, waarin niet geheel duidelijk is wie er schuld heeft aan het conflict (voor zover van schuld al sprake is), betrekkelijk vaak voor. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat er tussen twee aandeelhouders een verschil van mening ontstaat over de (door het bestuur) te volgen strategie van de vennootschap. Een meningsverschil op basis van voor ieder van hen volstrekt valide argumenten waardoor er een impasse in de besluitvorming binnen de algemene vergadering ontstaat, die al dan niet doorwerkt op bestuursniveau en de continuïteit van de onderneming in gevaar brengt.

Zowel in de huidige als in de voorgestelde regeling is en blijft het uitgangspunt dat er sprake moet zijn van schuld, althans verwijtbare gedragingen die het belang van de vennootschap zodanig schaden dat zij een uitstoting rechtvaardigen (artikel 336) dan wel verwijtbare gedragingen die de beknelde aandeelhouder het recht geven uit te treden (artikel 343). De Minister laat er ook geen enkel misverstand over bestaan dat dit het uitgangspunt blijft, ook bij toetsing aan de norm van redelijkheid en billijkheid bij een uittredingsvordering.

De aandeelhouders in het hiervoor genoemde voorbeeld, die uit elkaar willen maar hierover geen overeenstemming kunnen bereiken, en via de rechter een gedwongen aandelenoverdracht willen bewerkstelligen zijn en blijven dan ook aangewezen op de enquêteprocedure. Wij achten dat niet wenselijk, gelet op de bijzondere aard van de enquêteprocedure (zie hiervoor), en in het licht van het voornemen om de effectiviteit van de geschillenregeling te verbeteren een gemiste kans. Naar onze mening zou een aanpassing van de geschillenregeling op dit punt in een grote behoefte in de praktijk voorzien.

Die aanpassing zou er bijvoorbeeld zo uit kunnen zien dat – naast verwijtbare gedragingen van een aandeelhouder (al dan niet in die hoedanigheid) – ook rekening wordt gehouden met situaties of verhoudingen binnen de vennootschap (die kwalificeren als een duurzame ontwrichting of gewichtige redenen) die grond kunnen vormen voor toewijzing van uitstoting- of uittredingsvordering. In het kader van een belangenafweging kan de rechter immers meer meewegen dan alleen de schuldvraag en bijvoorbeeld ook kijken naar het belang van de vennootschap bij continuïteit van haar onderneming. Bij afweging van alle belangen zou de conclusie kunnen zijn dat dit belang het beste is gediend bij een (zo spoedig mogelijke) gedwongen aandelenoverdracht waarbij de rechter de schuldvraag in het midden

laat en het vennootschappelijk belang het beste geborgd acht bij bijvoorbeeld de aandeelhouder die uitstoting vordert c.q. de aandeelhouder die gedwongen wordt de aandelen van de 'beknelde' aandeelhouder over te nemen. Bij de prijsbepaling zou dan rekening kunnen worden gehouden met de vraag of er sprake is geweest van schuld en de mate waarin een partij aan het geschil heeft bijgedragen.

Aanpassing van enkele procedurele aspecten van de geschillenregeling

In het kader van een aanpassing van enkele procedurele aspecten wordt onder meer voorgesteld om de geschillenregeling met de enquêteregeling te 'stroomlijnen', in die zin dat in de enquêteprocedure (!) een 'vereenvoudigde geschillenregelingprocedure' wordt geïntroduceerd. Op grond van het voorgestelde artikel 2:356a BW wordt het mogelijk om de vordering tot uitstoting, de vordering tot overdracht van stemrecht, de vordering tot uittreding dan wel het gezamenlijk verzoek tot overdracht van aandelen (artikel 2:343c BW) in te stellen bij de Ondernemingskamer indien uit het verslag in de enquêteprocedure blijkt van onjuist beleid of wanbeleid. Bij een vordering tot uitstoting of tot uittreding kunnen ook daarmee "*samenhangende vorderingen*" tussen dezelfde partijen of tussen één van partijen en de vennootschap aan de Ondernemingskamer worden voorgelegd.

Tegen de achtergrond van zowel het 'bijzondere karakter' van de enquêteregeling als de wens van de Minister om de effectiviteit van de geschillenregeling te verbeteren, verbaast het enigszins dat nu wordt voorgesteld om in de enquêteregeling een vereenvoudigde geschillenregelingprocedure op te nemen. Met het oog op een verbetering van de effectiviteit van de geschillenregeling zou het (meer) voor de hand hebben gelegen om juist deze regeling die – in twee feitelijke instanties – beoogt een uitstoot of uittreding te realiseren strakker en meer gestroomlijnd op te tuigen.

Weliswaar kunnen procedures op grond van de geschillenregeling en de enquêteregeling in de praktijk in het geval van aandeelhoudersconflicten 'samenlopen', maar er zijn ook grote verschillen tussen beide regelingen en de daarop gebaseerde procedures. Het is de vraag of die verschillen in het Voorstel wel voldoende worden onderkend waar het met artikel 356a de bedoeling is dat de enquêteprocedure in een uitstotings- of uittredingsprocedure overloopt.

Zo is de enquêteprocedure een verzoekschriftprocedure, terwijl de uitstotings- of uittredingsprocedure wordt ingeleid met een dagvaarding. Op het moment dat, nadat uit het onderzoeksverslag is gebleken van onjuist beleid of wanbeleid, wordt besloten om een vordering tot uitstoting of uittreding in te stellen, verschiet de procedure als het ware voor dezelfde rechter – de Ondernemingskamer – van kleur. Van een verzoekschriftprocedure, waarin – in het belang van de vennootschap – om een onderzoek en eventueel te treffen onmiddellijke voorzieningen wordt verzocht, teneinde opening van zaken en/of herstel van gezonde verhoudingen te verkrijgen en/of vast te stellen bij wie de verantwoordelijkheid voor mogelijk wanbeleid ligt, draait de procedure opeens om in een dagvaardingsprocedure waarin de belangen van de aandeelhouders voorop staan. Vanaf dat moment draait het om de vraag of de in het onderzoeksverslag naar voren komende bevindingen voldoende grond (kunnen) opleveren om een aandeelhouder te verplichten zijn aandelen over te dragen aan zijn medeaandeelhouder(s) of de aandelen van de uittredende aandeelhouder over te nemen. De bevindingen in het onderzoeksverslag

vormen met andere woorden alsdan in belangrijke mate de basis voor een oordeel van de Ondernemingskamer over de toewijzing van een uitstotings- of uittredingsvordering.

Wij achten dit niet zonder meer wenselijk. Immers, anders dan in de procedures op tegenspraak in de geschillenregeling, gelden in de onderzoeksfase van de enquêteprocedure de beginselen van behoorlijk procesrecht niet en is het recht van hoor en wederhoor niet (altijd en zonder meer) gewaarborgd. Weliswaar is eerder door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geoordeeld dat een enquêteprocedure voldoet aan het beginsel van 'fair trial', onder meer omdat de Ondernemingskamer niet gebonden is aan de uitkomsten van het onderzoek (EHRM 19 maart 2002, JOR 2002/127 (Text Lite), m.nt. De Kluiver), maar in de praktijk blijkt dat de Ondernemingskamer de in het onderzoeksverslag vastgestelde feiten in de regel als uitgangspunt neemt bij haar overwegingen voorafgaand aan het oordeel wanbeleid (of onjuist beleid). Indien vervolgens op basis van dit oordeel een vordering tot uitstoting of uittreding wordt ingesteld, staat de aandeelhouder die niet of niet in gelijke mate betrokken is geweest in de onderzoeksfase, en tegen wie de vordering is gericht, in de daaropvolgende vereenvoudigde geschillenprocedure al met '1-0 achter'.

Dit punt wordt nog meer prangend indien men bedenkt dat ook met een uitstotings- of uittredingsvordering samenhangende vorderingen aan de Ondernemingskamer kunnen worden voorgelegd (artikel 356a lid 2). Daarbij kan worden gedacht aan vorderingen tot schadevergoeding uit hoofde van de gedragingen die aan de uitstotings- of uittredingsvordering ten grondslag zijn gelegd (Kamerstukken II 2006-2007, 31 058, nr. 3, pag. 99), maar ook aan een vordering tot beëindiging van een managementovereenkomst, de vraag of een partij gebonden is aan een concurrentiebeding of de mogelijkheid tot afwijken van een gesloten geldlening (Hof Den Haag 3 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1560, JOR 2018/299).

Het ontbreekt in het voorgestelde artikel 356a dan ook aan een adequate bescherming van de rechten van aandeelhouders die lopende een enquêteprocedure opeens worden gedagvaard in de vereenvoudigde geschillenregelingprocedure. Ter bescherming zou als ontvankelijkheidseis in elk geval moeten gelden dat in de voorafgaande onderzoeksfase hoor en wederhoor heeft plaatsgevonden, althans dat de gedagvaarde aandeelhouder in de gelegenheid is gesteld/geweest om zich uit te laten over de feiten en omstandigheden die in de daaropvolgende vereenvoudigde geschillenregelingprocedure worden aangevoerd.

Afsluiting

Al met al achten wij de in het Voorstel genoemde aanpassingen met betrekking tot de verruiming van de gronden voor uitstoting (en overdracht van stemrecht) een goede ontwikkeling welke bijdraagt aan de effectiviteit van de regeling. Daarentegen menen wij dat de voorgestelde uittredingsmaatstaf geen wezenlijk inhoudelijk verschil toont ten opzichte van de huidige regeling. Ten slotte merken wij op dat de voorgestelde stroomlijning van de geschillenregeling met de enquêteregeling – anders dan beoogd – niet de geschillen- maar juist de enquêteregeling (nog) aantrekkelijker zal maken. Het voorgestelde artikel 356a is vooral in proceseconomisch opzicht interessant voor ruziënde aandeelhouders die

VAN BENTHEM & KEULEN

ADVOCATEN | NOTARIAAT

definitief uit elkaar willen en daarop vooruitlopend een onmiddellijke voorziening wensen en een onderzoek 'voor lief' nemen. Dat neemt niet weg dat het Voorstel op dit punt naar onze mening wel met meer waarborgen dient te worden ingekleed.

Vanzelfsprekend zijn wij graag bereid tot een nadere toelichting.

Wij gaan akkoord met openbaarmaking van deze reactie.

Hoogachtend,

Mr. C.R. Huiskes

T: +31 30 25 95 652

M: +31 6 53 61 16 00

E: christianhuiskes@vbk.nl

Mr. J. Wareman

T: +31 30 25 95 652

M: +31 6 42 56 26 83

E: julietwareman@vbk.nl

Mr. S.J.A. van Gils

T: +31 30 25 95 652

M: +31 6 16 34 14 83

E: sjoerdvangils@vbk.nl