

Reactie op Voorontwerp Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure

Namens het Instituut voor Ondernemingsrecht

F. Veenstra
M.L. Lennarts
H.E. Boschma

Groningen, 21 november 2019

Inleiding

Wij hebben met belangstelling kennisgenomen van het Voorontwerp Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure. Het voorontwerp poogt zowel de geschillenprocedure als de enquêteprocedure meer geschikt te maken om geschillen tussen aandeelhouders effectief te beslechten. De oorzaken voor het ontstaan van deze geschillen zijn divers. Een gemeenschappelijk kenmerk van de meeste geschillen is evenwel dat de verhoudingen tussen de aandeelhouders zodanig ernstig en blijvend zijn verstoord, dat een verdere samenwerking onmogelijk is. In deze gevallen resteert doorgaans één oplossing: de aandeelhouders moeten de samenwerking beëindigen en wel in deze zin, dat een van hen zijn aandelen verkoopt en levert aan de ander(en). De verhoudingen zijn in de meeste gevallen echter dermate verstoord, dat de aandeelhouders er niet in slagen tot een overeenkomst te komen. De aandeelhouders zijn tot elkaar veroordeeld. Dit heeft niet zelden tot gevolg dat de besluitvorming binnen de vennootschap verlamd raakt en dat de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming wordt bedreigd.

Uit de jurisprudentie blijkt dat de aandeelhouders de geschillenprocedure en met name de enquêteprocedure vaak zien als laatste redmiddel om de impasse te doorbreken. Beide procedures zijn hiervoor op dit moment echter nog niet optimaal toegerust. Het voorontwerp beoogt beide procedures te verbeteren teneinde de overdracht van aandelen (gemakkelijker) te kunnen realiseren.

In het navolgende maken wij enkele opmerkingen bij het voorstel van de minister een vereenvoudigde geschillenprocedure te introduceren als verlengstuk van de enquêteprocedure (par. 1).

Naar onze mening bevat het voorontwerp geen oplossing voor de situatie dat (i) de samenwerking tussen de aandeelhouders blijvend is verstoord, (ii) de impasse in gelijke mate aan de aandeelhouders is te wijten, (iii) de impasse slechts kan worden doorbroken doordat een van de aandeelhouders zijn aandelen overdraagt aan de ander(en), maar (iv) geen van de aandeelhouders hiertoe bereid is. Wij doen daarom ook een voorstel, te weten om 'Het starten van een biedingsproces' als voorziening op te nemen in art. 2:356 BW (par. 2).

1. De vereenvoudigde geschillenprocedure (art. 2:356a voorontwerp)

1.1 Reden introductie vereenvoudigde geschillenprocedure volgens de concept-MvT 2019

De minister heeft geconstateerd dat in verschillende zaken na een enquêteprocedure bij de OK een geschillenprocedure bij de rechtbank is gestart. Hij meent dat dit vanuit het oogpunt van efficiency onwenselijk is, nu de OK zich in het kader van de enquêteprocedure reeds heeft verdiept in het desbetreffende geschil. Met de introductie van de vereenvoudigde geschillenprocedure tracht de minister deze onwenselijke situatie te beëindigen.¹

Het voorstel om een vereenvoudigde geschillenprocedure te introduceren, vormt een alternatief voor het voorstel om uitstoting en uittreding als voorzieningen op te nemen in het enquêterecht (art. 2:356 BW). Uit de concept-MvT 2019 lijkt te kunnen worden opgemaakt dat de keuze is ingegeven door de gedachte dat de vereenvoudigde geschillenprocedure met meer processuele waarborgen is omgeven dan de enquêteprocedure. De minister heeft met name bezwaren tegen het opnemen van uitstoting als voorziening in het enquêterecht:

“Een aandelenoverdracht kan zeer ingrijpend zijn. De overgedragen aandelen komen in andere handen. Een verplichting tot definitieve overdracht van aandelen moet worden beschouwd als een vorm van onteigening (Kamerstukken II 2011/12, 32887, nr. 6, p. 6). Het fair-trial beginsel van artikel 6 EVRM en het beginsel van ongestoord genot van eigendom van artikel 1, Eerste protocol bij het EVRM vereisen voor onteigening een procedure die met voldoende processuele waarborgen is omkleed. Een belangrijk onderdeel van de procedurele waarborgen is dat de aandeelhouder die wordt verplicht om zijn aandelen over te dragen, in de procedure is betrokken en zichzelf in rechte kan verdedigen (Kamerstukken II 2011/12, 32887, nr. 6, p. 6).”²

Wij merken alvast op dat wij van mening zijn dat uitstoting en uittreding als voorzieningen moeten worden opgenomen in art. 2:356 BW. Wij zullen in paragraaf 1.3 laten zien dat ook de enquêteprocedure de nodige processuele waarborgen kent. Wij plaatsen eerst enkele kanttekeningen bij het voorstel van de minister.

1.2 Commentaar

Naar onze mening is de introductie van een vereenvoudigde geschillenprocedure als in het voorontwerp wordt voorgesteld, niet zinvol. De voorgestelde route is nodeloos omslachtig en daardoor voor partijen mogelijk kostenverhogend. De aandeelhouder die wil uittreden of een medeaandeelhouder wil uitstoten, dient namelijk een volledige enquêteprocedure te doorlopen vóórdat hij een vereenvoudigde geschillenprocedure kan beginnen. Bovendien is deze route ons inziens niet met meer processuele waarborgen voor de uit te stoten aandeelhouder omgeven dan de enquêteprocedure. Op de eerste plaats kent de vereenvoudigde geschillenprocedure net als de enquêteprocedure maar één feitelijke instantie. Bovendien is de bewijsrechtelijke positie van partijen in beide procedures niet wezenlijk anders. Wij lichten een en ander toe aan de hand van de volgende casus.

A en B zijn beiden 50%-aandeelhouder en individueel vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder van een BV. B heeft namens de BV vermogensactiva van de BV ver onder de reële prijs verkocht en geleverd aan een aan hem (B) gelieerde vennootschap. De BV heeft hierdoor veel schade geleden. Door de tegenstellingen tussen A en B is de BV vleugellam geworden en wordt zij in haar voortbestaan bedreigd. De OK heeft op verzoek van A een onderzoek gelast bij de BV. De onderzoeker heeft in zijn verslag alle feiten boven tafel gehaald en op basis daarvan geconstateerd dat de problemen in hoge mate aan B zijn toe te rekenen.

¹ Concept-MvT 2019, p. 12-13.

² Concept-MvT 2019, p. 16-17.

A vordert op grond van art. 356a lid 1 voorontwerp in de tweede fase van de enquêteprocedure de uitstoting van B.³ Uit de concept-MvT 2019 kan worden opgemaakt dat de OK eerst moet oordelen over de vraag of van onjuist beleid of wanbeleid is gebleken (en wie daarvoor verantwoordelijk is).⁴ A dient in de tweede fase van de enquêteprocedure dus eerst te bewijzen dat sprake is van onjuist beleid of wanbeleid en dat B hiervoor als bestuurder verantwoordelijk is. Hij kan ten bewijze het onderzoeksverslag inbrengen. Het onderzoeksverslag heeft vrije bewijskracht (art. 152 lid 2 Rv). Het uitgangspunt in de enquêteprocedure is dat de OK de bevindingen van de onderzoeker in beginsel voor waar aanneemt, maar dat B de mogelijkheid krijgt de OK van het tegendeel te overtuigen. Stel dat B hier niet in slaagt (noch tijdens de mondelinge behandeling, noch op andere wijze) en dat de OK de bevindingen van de onderzoeker overneemt: zij oordeelt in haar beschikking dat uit het onderzoeksverslag van wanbeleid is gebleken en dat B hiervoor in overwegende mate verantwoordelijk is. Pas nu kan de uitstotingsvordering worden behandeld in de vereenvoudigde geschillenprocedure. In geval van gemotiveerde betwisting door B dient A ingevolge art. 336 lid 1 voorontwerp te bewijzen dat B door zijn gedragingen, al dan niet in hoedanigheid van aandeelhouder (dus in casu: als bestuurder), het belang van de vennootschap zodanig heeft geschaad, dat het voortduren van zijn (B's) aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld. A kan thans het gehele enquêtedossier (onderzoeksverslag + beschikking van de OK) ten bewijze inbrengen. De vereenvoudigde geschillenprocedure lijkt vooral uit te monden in een herhaling van zetten. Wij verwachten dat de OK de feiten in de vereenvoudigde geschillenprocedure niet anders zal beoordelen en dat zij de vordering tot uitstoting van B zal toewijzen.

Wij plaatsen aan de hand van het voorbeeld nog een kanttekening bij het voorontwerp. De OK is ingevolge art. 356a lid 2 voorontwerp eveneens bevoegd kennis te nemen van met de uitstotingsvordering samenhangende vorderingen. In ons voorbeeld kan A de uitstotingsvordering vergezeld doen gaan van een art. 2:9-vordering namens de BV jegens B tot vergoeding van de schade die B de BV heeft berokkend. A kan ook nu ten bewijze het gehele enquêtedossier (onderzoeksverslag + beschikking van de OK) inbrengen. De behandeling van deze aansprakelijkheidsvordering vindt bovendien in één feitelijke instantie plaats (art. 356a lid 3 voorontwerp). Het is ons opgevallen dat in de concept-MvT 2019 geen aandacht is besteed aan de vraag hoe dit een en ander zich verhoudt tot art. 6 EVRM.

Wij wijzen tot slot op een bijzonderheid die de toegang tot de vereenvoudigde geschillenprocedure betreft. Uit art. 356a lid 1 voorontwerp blijkt dat de vordering tot uitstoting kan worden ingesteld door zowel de aandeelhouder die om het instellen van een onderzoek heeft verzocht als de overige aandeelhouders. De aandeelhouder die het enquêteverzoek heeft ingediend, heeft voldaan aan de voor hem geldende kapitaalseis: hij vertegenwoordigt ten minste 10% van het geplaatste kapitaal (zie art. 2:346 lid 1 onder b BW) respectievelijk 1% van het geplaatste kapitaal (art. 2:346 lid 1, onder c BW).⁵ Voor de overige aandeelhouders geldt in het geheel geen kapitaalseis. Hoe verhoudt een en ander zich tot het bepaalde in art. 2:336 lid 1 BW dat alleen uitstoting kan worden gevorderd door een of meer aandeelhouders die alleen of gezamenlijk ten minste *een derde* van het geplaatste kapitaal verschaffen? Deze vraag komt op, nu dit artikellid ingevolge art. 356a lid 1 voorontwerp van overeenkomstige toepassing is op de vereenvoudigde geschillenprocedure. Het verdient naar onze mening aanbeveling dat hierover duidelijkheid wordt verschaft.

³ Wij laten buiten beschouwing dat A ingevolge art. 2:356, onder b BW tegelijkertijd om het ontslag van B als bestuurder kan verzoeken.

⁴ Concept-MvT, p. 13: "Deze aandeelhouder kan na de vaststelling van onjuist beleid of wanbeleid de vordering (...) direct aanhangig maken bij de Ondernemingskamer."

⁵ Het is uiteraard ook mogelijk dat het enquêteverzoek door meer aandeelhouders wordt ingediend die gezamenlijk aan de voor hen geldende kapitaalseis voldoen.

1.3 Uitstoting en uittreding als art. 2:356-voorzieningen in het enquêterecht

Zoals reeds is vermeld in paragraaf 1.1, zijn wij van mening dat uitstoting en uittreding als voorzieningen moeten worden opgenomen in art. 2:356 BW. Daarbij kan tevens worden bepaald dat verzoeker niet ontvankelijk dient te worden verklaard in zijn verzoek tot uitstoting of uittreding als de statuten of een overeenkomst een alternatieve regeling bevatten voor de oplossing van het geschil, tenzij deze regeling de overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt (vergelijk art. 2:337 lid 1 BW).

Uit het in paragraaf 1.1 opgenomen citaat uit de concept-MvT 2019 lijkt te kunnen worden opgemaakt dat de minister van oordeel is dat art. 6 EVRM en art. 1 EP bij het EVRM zich tegen de introductie van uitstoting als voorziening in art. 2:356 BW verzetten omdat de aandeelhouder die wordt verplicht zijn aandelen over te dragen, niet in de enquêteprocedure hoeft te worden betrokken en zichzelf niet in rechte kan verdedigen. Wij gaan hier in het navolgende dieper op in. Wij besteden eveneens aandacht aan de (andere) voorwaarden voor uitstoting.

Art. 6 EVRM

Naar onze mening verzet art. 6 EVRM zich niet tegen opname van uitstoting (en uiteraard ook uittreding) als art. 2:356-voorzieningen in het enquêterecht. Wij proberen dit te verduidelijken aan de hand van de eerder gebruikte casus, met dat verschil dat A nu in de tweede fase van de enquêteprocedure verzoekt om uitstoting van B. Wij gaan er hierbij van uit dat uitstoting als voorziening is opgenomen in art. 2:356 BW.

Ingevolge art. 279 lid 1 Rv beveelt de OK zowel in de eerste als de tweede fase van de enquêteprocedure de oproeping van de in het verzoekschrift genoemde belanghebbenden.⁶ Hiertoe behoort ook de aandeelhouder van wie de uitstoting wordt verzocht (B). B zal naar verwachting in de eerste fase van de procedure met naam en toenaam in het verzoekschrift worden genoemd: verzoeker A, die aannemelijk dient te maken dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen, zal ter onderbouwing van het enquêteverzoek (art. 278 lid 1 Rv) ongetwijfeld in het verzoekschrift stellen dat B de oorzaak is van de problemen. B zal ook in het verzoekschrift in de tweede fase – waarin wordt verzocht hem uit te stoten⁷ – met naam en toenaam worden genoemd, omdat A anders niet ontvankelijk zal worden verklaard dan wel het verzoek zal worden afgewezen (wegens schending van art. 278 lid 1 Rv). B wordt als belanghebbende zowel in de eerste als de tweede fase van de enquêteprocedure in de gelegenheid gesteld een verweerschrift in te dienen (art. 282 lid 1 Rv; zie ook art. 2:349a lid 1 BW). B mag in dit verweerschrift een zelfstandig verzoek (ook wel: tegenverzoek) opnemen (art. 282 lid 4 Rv). B kan de OK op de voet van art. 282 lid 4 Rv bijvoorbeeld vragen om A uit te stoten. Partijen – in ieder geval: A en B – krijgen tijdens de mondelinge behandeling in gelijke mate spreektijd (art. 2.2.3.11 Procesreglement verzoekschriftprocedures handels- en insolventiezaken gerechtshoven, versie 1 januari 2019). Hen zal de gelegenheid worden geboden de bevindingen van de onderzoeker te bestrijden en tegenbewijs te leveren.⁸ In dit verband verdient aandacht dat ingevolge art. 284 Rv de bewijsafdeling uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (titel 2, afdeling 9) van overeenkomstige toepassing is op de enquêteprocedure. Ook wat dit betreft zijn de processuele belangen van B als aandeelhouder derhalve gewaarborgd. Aandacht verdient bovendien dat de verplichte overdracht

⁶ Bovendien kan de OK ingevolge art. 279 lid 1 Rv te allen tijde belanghebbenden, bekende of onbekende, doen oproepen.

⁷ Wij laten buiten beschouwing dat A ingevolge art. 2:356, onder b BW tegelijkertijd om het ontslag van B als bestuurder kan verzoeken.

⁸ De verzoeker om een onderzoek (A) en de BV ontvangen een exemplaar van het onderzoeksverslag. B kan, zo nodig, als belanghebbende de OK verzoeken te bepalen dat het verslag voor hem ter inzage ligt; zie art. 2:353 lid 2 BW. De OK mag ook een afschrift van het verslag aan B verstrekken; HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2740, r.o. 3.3.4 (*Middle Europe Investments*).

van aandelen de *civil rights and obligations* van de aandeelhouder als bedoeld in art. 6 EVRM betreft. Wordt B de mogelijkheid onthouden de bevindingen van de onderzoeker door het leveren van tegenbewijs te ontzenuwen, dan levert dit ons inziens strijd op met art. 6 EVRM. Het EHRM heeft in de Text Lite-uitspraak, die betrekking heeft op art. 2:354 BW, in soortgelijke zin geoordeeld.⁹

Onze conclusie luidt dat hoewel de enquêteprocedure een verzoekschriftprocedure is met in elke fase één schriftelijke + mondelinge ronde, zij wat betreft processuele waarborgen niet onderdoet voor de vereenvoudigde geschillenprocedure die in het voorontwerp wordt voorgesteld (een dagvaardingsprocedure in één feitelijke instantie). Dit geldt te meer nu met de processuele waarborgen in de dagvaardingsprocedure juist wat soepeler wordt omgesprongen. Zo is het uitgangspunt daarin één schriftelijke ronde + een comparitie (art. 131 Rv; in plaats van een tweede schriftelijke ronde).

Voor de zekerheid zou in art. 2:356 BW kunnen worden opgenomen dat de aandeelhouder tegen wie het verzoek tot uitstoting is gericht, dient te worden opgeroepen om in de procedure te verschijnen. Hetzelfde geldt in geval van uittreding wat betreft de aandeelhouders en/of de vennootschap tegen wie het verzoek is gericht. Het verdient eveneens aanbeveling in art. 2:356 BW de formulering uit art. 336 lid 1 voorontwerp over te nemen en te bepalen dat voor toewijzing van het uitstotingsverzoek vereist is dat de aandeelhouder door zijn gedragingen, al dan niet in hoedanigheid van aandeelhouder, het belang van de vennootschap zodanig heeft geschaad, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld.

Art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM

Art. 1 EP bij het EVRM verzet zich naar onze mening evenmin tegen het opnemen van uitstoting (en uittreding) als voorziening in art. 2:356 BW. Uit deze bepaling volgt dat aan drie voorwaarden moet zijn voldaan, wil uitstoting een geoorloofde inbreuk opleveren op het recht van eigendom¹⁰:

(a) de ontneming van eigendom moet zijn voorzien bij wet. Hieraan is voldaan als uitstoting als voorziening in art. 2:356 BW wordt opgenomen¹¹;

(b) de ontneming van eigendom moet een gerechtvaardigd algemeen belang dienen. Hieronder mag mede worden verstaan het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming¹² en/of het belang van een goed functionerend bedrijfsleven¹³;

(c) de inbreuk moet proportioneel zijn: er dient een 'fair balance' te zijn tussen het algemeen belang enerzijds en de bescherming van individuele rechten anderzijds. Zie aldus de Hoge Raad:

"Dit vereist het bestaan van een 'reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised', een redelijke mate van evenredigheid tussen de gebruikte middelen en het doel dat ermee nagestreefd wordt (...). Aan het vereiste van een 'fair

⁹ EHRM 19 maart 2002, ECLI:NL:XX:2002:AG8133, onder 'The Law' (*Text Lite*).

¹⁰ Zie uitgebreider F. Eikelboom, 'Een toetsingskader voor het treffen van voorzieningen in het enquêterecht: artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (bescherming van eigendom)', *Ondernemingsrecht* 2009/143, p. 606-611; De conclusie van A-G Timmerman, onder 3.15-3.24, bij HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7067 (*Inter Access*); A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, Hoofdstuk 4; F. Veenstra & P.G.F.A. Geerts, 'Doorbreking van impasses in de enquêteprocedure', in: *De toekomst van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 565-594.

¹¹ Zie A-G Timmerman in zijn conclusie, onder 3.21, bij HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7067 (*Inter Access*).

¹² A-G Timmerman in zijn conclusie, onder 3.21, bij HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7067 (*Inter Access*).

¹³ HR 8 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:AC0665, r.o. 3.6 (*Van den Berg*). Dit arrest betreft een uitstotingsprocedure op de voet van art. 2:336 BW.

balance' is niet voldaan, indien er sprake is van een 'individual and excessive burden', een individuele en buitensporige last, voor de betrokken persoon (...)."¹⁴

In geval van uitstoting komt hier nog de voorwaarde bij dat de aandeelhouder aanspraak moet kunnen maken op een redelijke vergoeding. Aan deze voorwaarde is voldaan als de aandeelhouder een prijs voor de aandelen ontvangt die een afspiegeling vormt van de (reële) waarde van zijn aandelen.¹⁵ Naar onze mening wordt aan deze voorwaarde voldaan indien de waarde wordt berekend door een of meer deskundigen die daartoe door de rechter worden aangesteld, waarna de vergoeding door de rechter wordt vastgesteld. In art. 2:356 BW zou kunnen worden bepaald dat de artt. 2:339 en 340 BW (bepalingen uit de geschillenregeling over de vaststelling en bepaling van de prijs) van overeenkomstige toepassing zijn op de uitstoting in enquête.

Zou worden overwogen uitstoting (en uittreding) als voorziening op te nemen in art. 2:356 BW, dan kan de navolgende overweging van de Hoge Raad in het Van den Berg-arrest woordelijk worden overgenomen in de MvT:

"Het voortduren van permanente conflictsituaties tussen aandeelhouders in kapitaalvennootschappen kan zozeer in strijd komen met het algemeen belang dat verbonden is aan een goed functionerend bedrijfsleven, dat de wetgever op goede gronden van oordeel kon zijn dat de onderhavige regeling noodzakelijk was in 'the general interest'. Hij bleef daarbij binnen de hem toegelaten 'margin of appreciation' door beëindiging van de aandeelhoudersrechten van één of meer aandeelhouders een betere oplossing te achten dan andere denkbare uitwegen. Niet kan worden gezegd dat het door de wetgever gekozen middel van gedwongen overdracht niet in redelijke verhouding tot het doel van de regeling staat, nu de regeling een definitieve oplossing van een anders voortdurende conflictsituatie bereikt door de partij, die door haar gedraging het conflict heeft opgeroepen, onder beoordeling van de onafhankelijke rechter tot overdracht te dwingen tegen een door deskundigen vast te stellen prijs."¹⁶

2. De grote leemte in de (vereenvoudigde) geschillenregeling en het enquêterecht

Stel dat een BV twee aandeelhouders heeft die elk 50% van de aandelen houden en beiden bestuurder zijn. Ten gevolge van verschillen van inzicht is de vennootschap in een impasse geraakt. De problemen zijn in gelijke mate aan beide aandeelhouders te wijten. Een verdere samenwerking tussen de aandeelhouders is uitgesloten. Er resteert derhalve één oplossing: de samenwerking moet worden beëindigd, en wel in deze zin dat een van de aandeelhouders zijn aandelen verkoopt en levert aan de ander. Beide aandeelhouders willen echter aandeelhouder blijven. Pogingen in de enquêteprocedure van de OK respectievelijk de OK-functionarissen om een minnelijke regeling tot

¹⁴ HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, r.o. 6.2.2 (*Varkensrechten*).

¹⁵ Vergelijk EHRM 16 januari 2001, ECLI:NL:XX:2001:AZ9835, onder 'The Law': "The Court recalls that an interference with the peaceful enjoyment of possessions must strike a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights. (...). In particular, there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised by any measure depriving a person of his possessions. Compensation terms under the relevant legislation are material to the assessment whether the contested measure respects the requisite fair balance and, notably, whether it imposes a disproportionate burden on the applicants. In this connection, the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will normally constitute a disproportionate interference (...)." Dit betreft een uitkoopprocedure.

¹⁶ HR 8 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:AC0665, r.o. 3.6 (*Van den Berg*).

stand te brengen (die erin voorziet dat de ene aandeelhouder zijn aandelen verkoopt en levert aan de ander), mislukken.¹⁷

Het type geschil als boven beschreven, is vanaf het eerste moment ná aanpassing van het enquêterecht in 1971 in enquêteprocedures voorgelegd aan de OK. Saillant is dat de toenmalige minister in de MvT bij de introductie van de geschillenregeling in 1989 naar enkele van de desbetreffende enquêtebeschikkingen heeft verwezen.¹⁸ In enkele van deze beschikkingen is te lezen dat de OK van oordeel is dat de impasse in gelijke mate aan beide aandeelhouders is te wijten respectievelijk dat de impasse niet in overwegende mate aan een van hen is te wijten.

In deze casus biedt uittreding geen uitkomst: beide aandeelhouders willen immers aandeelhouder blijven. De aandeelhouders moeten dus gebruik maken van de uitstotingsregeling. Deze schiet echter tekort, hetgeen duidelijk wordt wanneer beide aandeelhouders over en weer uitstoting vorderen: als de rechter tot het oordeel komt dat beiden door hun gedragingen het belang van de vennootschap zodanig hebben geschaad, dat het voortduren van hun aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld, resteert hem weinig anders dan beide vorderingen af te wijzen.

De minister heeft dit probleem in 1989 gesignaleerd. Dit blijkt uit de toevoeging van ‘tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer’ als voorziening in art. 2:356 (onder e) BW en de toelichting bij deze voorziening:

“Deze voorziening zal vooral een oplossing kunnen bieden in gevallen waarin uit de enquête blijkt dat het wanbeheer voortvloeit uit een patstelling van gelijke groepen van aandeelhouders. De geschillenregeling zal dan niet altijd toepassing kunnen vinden. Beide (groepen) aandeelhouders zullen dan immers tegen elkaar een vordering tot overdracht van aandelen kunnen instellen. Door de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer zal een onafhankelijke derde in de algemene vergadering van aandeelhouders een doorslaggevende stem krijgen, waardoor een dergelijke patstelling wordt doorbroken en de vennootschap weer normaal kan functioneren.”¹⁹

De tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer is echter een tijdelijke voorziening. De minister heeft destijds geen oplossing bedacht waarmee de samenwerking definitief kan worden beëindigd. Opmerkelijk is dat ook in de Wet Flex-BV (2012) en in het onderhavige voorontwerp 2019 geen oplossing wordt geboden om dit type geschillen te beslechten.

Wij bepleiten als oplossing de introductie van **Het starten van een biedingsproces** als voorziening in art. 2:356 BW. Deze voorziening houdt in de kern in dat de OK, die de regie voert in het biedingsproces, een of meer deskundigen benoemt teneinde de (reële) waarde van de aandelen te bepalen. Vervolgens gaan de aandeelhouders op elkaars aandelen bieden, waarbij de door de deskundige(n) vooraf bepaalde waarde de bodprijs vormt: “de hoogste bidder wint.” Dit wil zeggen dat degene die het laagste bod heeft uitgebracht, door de OK wordt veroordeeld zijn

¹⁷ Uit de jurisprudentie blijkt dat er veel enquêteprocedures zijn gevoerd waarin wel een minnelijke regeling is bereikt. Zo zijn alleen al in de *ARO*, Jaargang 10, elf processen-verbaal opgenomen waarin een minnelijke regeling is uitgewerkt die ter terechtzitting is bereikt.

¹⁸ Bundel Wetsgeschiedenis, p. IXy – 9.

¹⁹ Bundel Wetsgeschiedenis, p. IXy – Art. 356 – 1.

aandelen over te dragen aan degene die het hoogste bod heeft uitgebracht, tegen de door de laatste geboden prijs.²⁰ Dit idee is eerder uitgewerkt door Veenstra en Geerts.²¹ Zij schrijven hierover:

“Het voordeel van het opnemen van deze voorziening in art. 2:356 BW is dat voor het starten van een biedingsprocedure niet langer vereist is dat tussen de aandeelhouders wilsovereenstemming bestaat. Met andere woorden, het verzoek kan ook worden toegewezen in geval de andere aandeelhouder(s) zich daartegen in zijn (hun) verweerschrift(en) verzet(ten). Bovendien kan de Ondernemingskamer ook een biedingsprocedure starten wanneer daar niet om is verzocht: zij mag immers andere voorzieningen treffen dan waarom is verzocht, mits daartoe voldoende gronden bestaan waarvan in de motivering melding moet worden gemaakt.²² Het laatste lijkt ons bijvoorbeeld denkbaar wanneer een van de aandeelhouders heeft verzocht om de overdracht van aandelen door de ander(en)²³, terwijl uit het onderzoeksverslag en het behandelde ter terechtzitting het gevoelen ontstaat dat deze voorziening niet voor toewijzing in aanmerking komt omdat de impasse in gelijke mate aan de aandeelhouders is te wijten. Wij wijzen er nog op dat de Ondernemingskamer in verband met het bepaalde in art. 24 Rv geen verrassingsbeslissing mag geven²⁴, maar dit zal in de praktijk niet tot problemen leiden. Zij kan de aandeelhouders immers ter terechtzitting het idee voorhouden een biedingsprocedure te starten en hen de gelegenheid geven hierop te reageren. Zij kan de aandeelhouders in dit kader bovendien (nogmaals) in de gelegenheid stellen een minnelijke regeling te beproeven en hiertoe de behandeling ter terechtzitting schorsen.”

De OK kan naar onze mening wat betreft de benoeming van deskundigen aansluiten bij het bepaalde in art. 2:339 en art. 2:340 BW en deze bepalingen, voor zover nodig, naar analogie toepassen. Het starten van een biedingsproces heeft het karakter van een ultimum remedium. Het alternatief is dat de OK de enquêteprocedure beëindigt en de vennootschap aan haar lot overlaat. Art. 1 EP bij het EHRM verzet zich naar onze mening niet tegen het opnemen van deze voorziening in art. 2:356 BW. Wij verwijzen naar hetgeen wij hebben opgemerkt in paragraaf 1.3.

²⁰ Zie voor enkele minnelijke regelingen van deze orde: OK 12 november 1998, *JOR* 1999/137 (*Directie AGV*); OK 14 juli 2011, *ARO* 2011/124 (*Toeleiding Naar Arbeid*); OK 10 november 2011, *ARO* 2011/175 (*Act4Result/ITSM House*). Zie voor een variant OK 26 oktober 2006, *ARO* 2006/180 (*VLZ Holding*): partijen (certificaathouders) komen overeen dat degene die de hoogste waarde toekent aan de handelsnaam van de vennootschap, de certificaten van de ander zal verwerven, zulks tegen gelijktijdige contante betaling van de prijs van de certificaten overeenkomstig de waardering door de deskundige.

²¹ F. Veenstra & P.G.F.A. Geerts, ‘Doorbreking van impasses in de enquêteprocedure’, in: *De toekomst van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 580-581.

²² HR 4 oktober 2002, *JOR* 2002/214, r.o. 3.2.4 (*Zwagerman II*), m.nt. Van den Ingh.

²³ Wij merken op dat Veenstra en Geerts in hun bijdrage (paragraaf 3) ook pleiten voor het opnemen van uitstoting als voorziening in art. 2:356 BW.

²⁴ HR 30 maart 2007, *JOR* 2007/138, r.o. 4.4 (*ATR Leasing*), m.nt. Josephus Jitta.