

MR. R.B. GERRETSEN

De geschillenregeling: tien suggesties voor verbetering

O & F

42

Nr. 65 / april 2005

Er zijn veel geschillenregelingen, maar er is er maar een die bekendstaat als de geschillenregeling. Dat is de regeling die is vastgelegd in de artikelen 2:335 t/m 343 BW. Zij geldt voor aandeelhouders van BV's en sommige NV's (artikel 2:335 BW), en houdt in dat in bepaalde conflictsituaties een aandeelhouder zijn aandelen kan worden ontnomen (uitstoting) dan wel dat een aandeelhouder een of meer andere aandeelhouders zijn aandelen kan opdringen (gedwongen overname).

Het is opmerkelijk dat deze regeling wordt gekwalificeerd als de geschillenregeling. Die kwalificatie doet vermoeden dat deze regeling een soort voorbeeldfunctie vervult. Niets is minder waar. Volgens Bulten is deze regeling in vijftien jaar slechts dertien keer toegepast.¹ Dit komt niet doordat er zo weinig geschillen zijn, maar door de onvolkomenheid van de regeling zelf. Daarover bestaat een grote mate van eenstemmigheid.^{2,3}

De Expertgroep vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht, die in november 2003 op uitnodiging van de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken in het leven is geroepen, heeft in haar rapport van 6 mei 2004 geen aanbevelingen gedaan met betrekking tot de geschillenregeling, omdat dit buiten haar opdracht viel.⁴ Wel heeft zij nadrukkelijk de aanbeveling gedaan om bij

de herziening van het BV-recht ook de geschillenregeling te wijzigen.⁵ In dit artikel draag ik een aantal bouwstenen voor wijziging aan, die overigens soms ook al door anderen genoemd zijn. Ik kom tot de tien volgende suggesties, die ik hierna successievelijk zal bespreken:

- 1 de geschillenregeling dient ook toepassing te kunnen vinden indien de gedragingen van een aandeelhouder niet in diens kwaliteit van aandeelhouder zijn verricht;
- 2 een geschillenregelingsprocedure dient bij rekest, niet bij dagvaarding aanhangig te worden gemaakt;
- 3 als belanghebbenden worden niet alleen opgeroepen de aandeelhouders of de aandeelhouder om wiens gedragingen het gaat, maar ook de vennootschap en de andere aandeelhouders;
- 4 de vennootschap kan, zowel in geval van uitstoting als in geval van gedwongen overname, tot inkoop van die aandelen worden veroordeeld, indien en voorzover voldaan is aan de vereisten van artikel 2:207 respectievelijk 2:98 BW;
- 5 in het kader van een geschillenprocedure kunnen ook nevenvorderingen worden ingesteld;
- 6 de rechter heeft de bevoegdheid onmiddellijke voorzieningen te treffen;
- 7 acht de rechtbank het verzoek voor toewijzing vatbaar en benoemt zij deskundigen, dan wordt de desbetreffende beschikking ingericht als een zui-

1 C.D.J. Bulten, 'Herziening van de geschillenregeling: grondige verbouwing of likje verf?', in: *WPNR* 6605, p. 45.

2 Zie de door Bulten t.a.p. in noot 1 genoemde schrijvers, waarvan zij er zelf een is, waaraan nog aan toe te voegen M.W. Josephus Jitta, *Het recht van enquête onderzocht*, preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', p. 29.

3 Overigens doet de term 'geschillenregeling' een grotere aaibaarheidsfactor vermoeden dan gerechtvaardigd is. Het gaat om onaanvaardbare gedragingen, namelijk zodanige gedragingen dat niet meer geduld kan worden dat de aandeelhouders dezelfde blijven. Het gaat dus om ingrijpende geschillen. Daarnaast gaat het niet om een regeling van die geschillen (er wordt namelijk niets geregeld), maar om een specifieke regeling voor de beslechting van die geschillen, namelijk in de vorm van een door de rechter opgelegde, dat wil zeggen gedwongen, overdracht van aandelen.

4 H.J. de Kluiver c.s., *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, Rapport van de Expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken, p. 14.

5 H.J. de Kluiver c.s., t.a.p., p. 15.

- vere tussenbeschikking, die niet open kan worden gesteld voor tussentijds appèl. De rechtbank is niet verplicht deskundigen te benoemen;
- 8 de eindbeschikking van de rechtbank wordt uitvoerbaar bij voorraad verklaard;
- 9 wordt, in geval van hoger beroep, de beschikking vernietigd, dan heeft de Ondernemingskamer de bevoegdheid de ongedaanmaking van de aandelenoverdracht uit te sluiten en in plaats daarvan schadevergoeding toe te kennen;
- 10 artikel 997a Rv wordt overgeheveld naar Boek 2 BW.

Het materiële toepassingsgebied

Het gebrek aan succes van de geschillenregeling is naar mijn oordeel niet gelegen in haar materiële toepassingsgebied, dat zich overigens ook maar beperkt voor uitbreiding leent. Ik ga daarop wat dieper in.

Wie artikel 2:336 lid 1 BW (uitstoting) vergelijkt met artikel 2:343 BW (gedwongen overname) zal vaststellen dat voor de uitstotingsactie vereist is dat de betrokken aandeelhouder schade toebrengt aan het belang van de vennootschap, terwijl dat voor de actie tot gedwongen overname niet vereist is. Dat is geen toeval.

Artikel 2:336 lid 1 BW (uitstoting)

Artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden bepaalt dat iemand zijn eigendom alleen maar kan worden ontnomen 'in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht'. In geval van uitstoting wordt iemand zijn eigendom ontnomen. Uitstoting valt dientengevolge binnen het bereik van artikel 1 van het Eerste Protocol, gedwongen overname niet. Uitstoting kan dan ook slechts plaatsvinden in het algemeen belang. Voor gedwongen overname geldt dat vereiste niet. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat artikel 2:336 BW aan dat criterium voldoet:

‘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”.’⁶

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad niet spreekt over het geschaad zijn van het belang van de vennootschap en ook niet over de gedragingen van een aandeelhouder, maar over ‘het voortduren van permanente conflictsituaties tussen aandeelhouders’. Kennelijk acht de Hoge Raad aan dergelijke conflictsituaties inherent dat deze schade toebrengen aan het belang van de vennootschap. Indien de vennootschap niet in haar belang wordt geschaad, is een uitzondering op de bescherming van eigendom als voorzien in artikel 1 van het Eerste Protocol niet gerechtvaardigd.

Omdat het Eerste Protocol derogeeert aan onze nationale wetgeving, zie ik niet hoe het criterium van artikel 2:336 lid 1 BW zou kunnen worden vervangen door een lichter criterium. Bulten heeft voorgesteld om aan uitstoting de eis te verbinden dat de aandeelhouder ‘zodanig in strijd heeft gehandeld met de redelijkheid van art. 2:8 BW, dat zijn aandeelhouder-schap niet langer kan worden geduld’⁷ dan wel dat sprake is van ‘gewichtige redenen’. Ik geloof niet dat wij met de verwijzing naar artikel 2:8 BW veel opschieten. De normschending wordt in haar voorstel toch ook weer gekwalificeerd, moet namelijk zodanig zijn dat enzovoort. Het zal dan toch moeten gaan om gedragingen van een bepaalde ernst die voorts zodanig zijn dat ook de vennootschap in haar belang wordt geschaad. Daarmee zijn wij dan echter weer terug bij het huidige criterium.

Voor het criterium ‘gewichtige redenen’ geldt tot op zekere hoogte hetzelfde. De conflictsituatie moet zodanig zijn dat de vennootschap in haar belang wordt geraakt. De charme van dat laatste criterium, gewichtige redenen, lijkt te zijn dat, net als bij ontbinding van een arbeidsovereenkomst, uitstoting ook mogelijk is in duurzame conflictsituaties, waarbij de schuldvraag in het midden kan blijven. Ik vraag mij echter af of dat mogelijk is. Met name indien uitstotingsvorderingen over en weer worden ingesteld zal de rechter hebben te motiveren waarom de ene vordering wel voor toewijzing vatbaar is en de andere vordering niet. Uitgangspunt zal toch moeten zijn de pariteit van aandeelhouders en ik zie niet in hoe, wanneer niet vastgesteld kan worden wie van de aandeelhouders in overwegende mate debet is aan de wantoestand, die pariteit doorbroken kan worden.

6 HR 8 december 1993, NJ 1994, 273 m.nt. Ma.

7 Bulten, t.a.p., p. 46.

Ik zie wel op een ander punt een mogelijkheid en tegelijkertijd noodzaak tot verruiming. Uit de wetgeschiedenis blijkt dat bedoeld wordt op gedragingen van een aandeelhouder in zijn kwaliteit van aandeelhouder.⁸ De Ondernemingskamer heeft zich hierbij een- en andermaal aangesloten.⁹ Ook in de literatuur is deze opvatting terug te vinden.¹⁰ Een dergelijke beperking is echter niet gewenst.¹¹ Integendeel. Ook buiten de context van de vennootschap kunnen gedragingen van een aandeelhouder zodanig zijn dat toepassing van de geschillenregeling geïndiceerd is. Te denken valt bijvoorbeeld aan gevallen van 'deloyale concurrentie', die in België een beroep op de geschillenregeling rechtvaardigen.¹² Het is de vraag of voor de hier bepleite verruiming de tekst van de wet gewijzigd moet worden. De huidige wettekst bepaalt immers niet dat het moet gaan om gedragingen die door een aandeelhouder in diens kwaliteit van aandeelhouder zijn verricht. Waarschijnlijk kan worden volstaan met een uitdrukkelijke opmerking in de Memorie van Toelichting op een ontwerp voor een nieuwe geschillenregeling dat het niet slechts behoeft te gaan om gedragingen van een aandeelhouder in diens kwaliteit als aandeelhouder. Een dergelijke expliciete opmerking heeft immers ook voor de interpretatie van de huidige wettekst betekenis gehad.

Artikel 2:343 BW (gedwongen overname)

Voor de vordering tot gedwongen overname is volgens artikel 2:343 BW vereist dat de eiser in zijn rechten of belangen door gedragingen van een of meer medeaandeelhouders zodanig is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd. Hier wordt niet de eis gesteld dat de vennootschap ook in haar belang moet zijn geschaad. Het criterium voor toepassing is dus ruimer dan bij uitstoting. Desalniettemin geldt ook hier een gekwalificeerde eis (gedragingen zodanig dat enzovoort). De gedaagde zal het dan ook behoorlijk bont moeten hebben gemaakt. Ik vind overigens dat aan dit criterium voldaan is, wanneer een aandeelhouder wordt weggepest. In de praktijk zal hij in een dergelijk geval zijn belang slechts te gelde kunnen maken indien dat door de andere aandeelhouder(s) wordt overgenomen. De geschillenregeling biedt dan de beste waarborgen voor een behoorlijke prijsbepaling. Dat ook hier

sprake is van een gekwalificeerde vereiste, is inmiddels terecht. Het iemand tegen zijn wil opdringen van aandelen tegen betaling is ingrijpend en dient niet lichtvaardig te gebeuren. Reden voor verruiming van dit criterium zie ik niet.

Rekestprocedure

De Nederlandse geschillenregeling heeft als blauwdruk gediend voor de Belgische, die wel een succes is. Hoe komt dat? In België is de procedure veel effectiever ingericht. Zij wordt gebracht voor de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel, die zitting houdt 'zoals in kort geding'. Het is desalniettemin een bodemprocedure. Het vonnis is uitvoerbaar bij voorraad. De vennootschap dient mee te worden gedagvaard. De rechter heeft de bevoegdheid de prijs te bepalen zonder een beroep te doen op een deskundige. Deze karakteristieken getuigen van een verfrissende dynamiek.¹³

Daartegen steekt de stroperigheid van de Nederlandse geschillenprocedure schril af: een dagvaardingsprocedure voor de gewone rechter onder de verplichting in geval van toewijzing een of drie deskundigen te benoemen die over de prijs van de aandelen schriftelijk bericht moeten uitbrengen (artikel 2:339 lid 1 BW), die hun werkzaamheden echter pas mogen aanvangen nadat het vonnis onherroepelijk is geworden. Bij de inrichting van de procedure heeft de wetgever volledig over het hoofd gezien dat het type conflictsituatie dat aanleiding geeft tot een procedure tot uitstoting of gedwongen overname per definitie om een voortvarende aanpak vraagt. Er zal dus gekozen moeten worden voor een type procedure dat snel tot een mondelinge behandeling leidt.

Op zichzelf zou gedacht kunnen worden aan de dagvaardingsprocedure, zoals deze sedert de inwerkingtreding van het nieuwe procesrecht per 1 januari 2002 is voorzien. Het door de wetgever gedachte basisstramen bestaat uit dagvaarding, conclusie van antwoord, comparitie van partijen = mondelinge behandeling. Geen re- en dupliek, gevolgd door een vonnis op een termijn van, hooguit, een week of zes. In de praktijk gaat het zo vlotjes niet, zeker niet in ingewikkelde zaken, waarin vaak gerepliceerd en gedupliceerd wordt, vervolgens pleidooien plaatsvin-

8 TK 1984-1985, 18 905, nrs. 1-3, pp. 16-17.

9 OK 27 oktober 1994, NJ 1996, 167 (Mediselect) en OK 10 april 2003, JOR 2003, 144 (Hoffmann Bedrijfsrecherche).

10 Asser-Maeijer 2-III, nr. 496 en G.J.C. Lekkerkerker, in: *T&C Ondernemingsrecht*, artikel 2:336 BW.

11 Aldus ook P. van Schilfgaarde/Jaap Winter, *Van de BV en de NV*, nr. 114 en Bulten in haar noot onder OK 10 april 2003, JOR 2003, 144.

12 Zie Bulten in haar in noot 1 genoemde artikel, p. 47.

13 Zie de artikelen 334 t/m 342 (BVBA) en 635 t/m 644 (NV) van het Wetboek van Vennootschappen. De Belgische geschillenregeling is onder meer beschreven door H. Braeckmans, 'De uitsluiting en uittreding van aandeelhouders', in: *Rechtskundig Weekblad* 2000-2001, pp. 1361 e.v.

den en, afhankelijk van het arrondissement, lang gewacht moet worden op een vonnis. Bovendien kunnen in de dagvaardingsprocedure allerlei incidenten worden opgeworpen, die tot noemenswaardige vertraging kunnen leiden.

Ik stel voor dat gekozen wordt voor een rekestprocedure. Inmiddels is ruimschoots ervaring opgedaan met contentieuze rekestprocedures en blijken deze in de praktijk goed te voldoen. Ik denk daarbij aan het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen, artikel 7:685 BW, maar ook aan de enquêteprocedure, artikelen 2:344 e.v. BW, die, anders dan de geschillenregeling, wel een succesnummer is. Dit type procedure verloopt sneller dan de dagvaardingsprocedure en dat is een groot voordeel.

Daar staat als nadeel tegenover dat de rekestprocedure met minder procedurele waarborgen is omgeven, maar ik geloof dat dat nadeel niet opweegt tegen het voordeel. Door ook de vennootschap en de andere belanghebbenden op te roepen (zie hierna onder 'Betrokkenheid van de vennootschap en andere belanghebbenden'), zal de rechter breed voorlicht worden en makkelijker in staat zijn tot de kern van de problematiek door te dringen. Als dat anders is, dan biedt het gewone bewijsrecht uitkomst. Dat is tegenwoordig universeel op de rekestprocedure van toepassing, tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet, artikel 284 lid 1 Rv. Mij lijkt niet dat de aard van de geschillenprocedure zich tegen toepassing van het gewone bewijsrecht verzet en in die toepasselijkheid lijkt mij voldoende waarborg gelegen voor een ordentelijke procesgang.

Ik zie tegen de rekestprocedure voor dit type geschil eigenlijk maar één bezwaar en dat is gelegen in artikel 282 dat bepaalt dat iedere belanghebbende tot de aanvang van de behandeling of, indien de rechter

dit toestaat, in de loop van de behandeling een verweerschrift kan indienen. Van deze bepaling kan de rechter niet afwijken. Bij indiening van een verweerschrift op het laatste moment bestaat het risico dat de verzoeker op de inhoud daarvan niet behoorlijk kan reageren. Naleving van het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor moet in dat geval wel leiden tot uitstel. Dat is niet efficiënt. Ik sluit mij dan ook aan bij diegenen die hebben bepleit dat de rechter moet kunnen bepalen dat een verweerschrift uiterlijk op een door hem te bepalen datum moet zijn ingediend.

Ook Leijten heeft voor de geschillenregeling de rekestprocedure bepleit,¹⁴ zij het dat hij daarvoor de Ondernemingskamer als eerste (en enige) feitelijke instantie als rechter aangewezen wil zien. Ik geloof niet dat wij die kant op moeten. Ik zie meer in een ontwikkeling waarbij de beslechting van ondernemingsrechtelijke geschillen (waaronder Boek 2-procedures, maar ook bijvoorbeeld geschillen die verband houden met en/of voortvloeien uit overnameovereenkomsten) exclusief dienen te worden voorgelegd aan een beperkt aantal Ondernemingskamers in eerste instantie (bijvoorbeeld in elk hofressort één) met beroep op de Ondernemingskamer.¹⁵

Betrokkenheid van de vennootschap en andere belanghebbenden

Voordeel van de rekestprocedure is dat een natuurlijke plaats wordt ingeruimd voor de overige belanghebbenden. Indien sprake is van een zo ernstig geschil dat daardoor uitstoting of gedwongen overname gerechtvaardigd is, zijn de vennootschap en de andere aandeelhouders als vanzelfsprekend belanghebbenden. Artikel 279 Rv voorziet als vanzelfsprekend in hun oproeping. Voor alle duidelijkheid dient expliciet bepaald te worden dat in het verzoekschrift de vennootschap en de andere aandeelhouders als belanghebbenden worden genoemd onder vermelding van hun volledige namen en woonplaats.^{16,17}

14 A.F.J.A. Leijten, *Geschillen tussen aandeelhouders, in: conflicten rondom de rechtspersoon*, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, Vennootschaps- en Rechtspersonenrecht deel 62, Deventer 2000, p. 14.

15 Zie daarover R.B. Gerretsen, 'Effectieve(re) rechtspleging', in: *De Toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, onder redactie van M.L. Hendrikse en A.W. Jongbloed, Deventer 2004, pp. 54 e.v. Vgl. ook A.E. Driessen, 'De geschillenregeling revisited', in: *Ondernemingsrecht* 2003, p. 582, die het ook bij twee feitelijke instanties wil houden, maar de Rechtbank Utrecht als in eerste instantie exclusief bevoegde rechter wil aanwijzen.

16 Aldus kunnen zij zich tegen het gevorderde verweren (artikel 282 lid 1 Rv) en een tegenverzoek doen (artikel 282 lid 4 Rv).

17 Ook in het huidige recht wordt onderkend dat de vennootschap en de andere aandeelhouders bij de vordering tot uitstoting of gedwongen overname belang (kunnen) hebben. De dagvaarding dient immers aan de vennootschap te worden betekend, artikel 997a lid 1 Rv, en de vennootschap dient de andere aandeelhouders schriftelijk in kennis van de inhoud van de dagvaarding te stellen, artikel 997a lid 2 Rv. Aldus worden zij in staat gesteld desgewenst een vordering tot voeging of tussenkomst in te stellen, artikel 217 Rv. Dat dient te geschieden bij incidentele conclusie, artikel 218 Rv. Deze weg is veel omslachtiger en tijdrovender dan wanneer de betrokkenen in een rekestprocedure als belanghebbenden worden opgeroepen.

Gedwongen overname door de vennootschap

Ook de vennootschap moet veroordeeld kunnen worden tot het overnemen van de aandelen, zowel in geval van uitstoting als in geval van gedwongen overname, vooropgesteld dat wel aan de kapitaalbeschermingseisen wordt voldaan die vastliggen in artikel 2:207 BW (BV) respectievelijk artikel 2:98 BW (NV). Bovendien zal de vennootschap die gedwongen overname moeten kunnen financieren. Indien aan die voorwaarde wordt voldaan, kan deze figuur, inkoop van eigen aandelen door de BV/NV, in een behoefte voorzien, bijvoorbeeld wanneer de aandeelhouders de gedwongen overdracht niet kunnen financieren of het wenselijk wordt geacht de onderlinge verhouding tussen de overblijvende aandeelhouders te handhaven.^{18,19}

Nevenvorderingen

In de huidige regeling vormen nevenvorderingen een probleem. Een voorbeeld van een nevenvordering is de vordering tot vergoeding van schade die een aandeelhouder heeft geleden ten gevolge van onrechtmatig handelen van een andere aandeelhouder.²⁰ Verder valt te denken aan gedragingen van een aandeelhouder, waardoor tevens de bepalingen van een aandeelhoudersovereenkomst worden geschonden met als gevolg dat uit wanprestatie tegen hem geageerd kan worden. Uit doelmatigheidsoverwegingen is het wenselijk dat dergelijke vorderingen tegelijk met de actie tot uitstoting of gedwongen overname kunnen worden ingesteld. Naar huidig recht kan dat nog wel in eerste instantie (er is sprake van meer dan één vordering tussen dezelfde partijen ter zake waarvan dezelfde rechter bevoegd is, objectieve cumulatie), maar in hoger beroep loopt het mis. De geschillenregeling gaat naar de Ondernemingskamer,

de nevenvorderingen naar de gewone appèlrechter. Wordt gekozen voor de rekestprocedure, dan gaat het zonder een specifieke wettelijke regeling ook daarom mis omdat een vordering en een verzoek niet gecumuleerd kunnen worden. Hier is dus een specifieke bepaling vereist die meebrengt dat nevenvorderingen ook bij wijze van verzoek tegelijk met het verzoek tot uitstoting of gedwongen overname kunnen worden ingediend.²¹

Onmiddellijke voorzieningen

De rechter moet de bevoegdheid krijgen om onmiddellijke voorzieningen te treffen (waaronder te verstaan: voorlopige voorzieningen die onmiddellijk vereist zijn), net zoals deze ex artikel 2:349a BW in het kader van een enquêteprocedure kunnen worden getroffen en derhalve ook andere onmiddellijke voorzieningen dan een verbod tot uitoefening van stemrecht, zoals voorzien in artikel 2:339 lid 2 BW. Te denken valt onder meer aan tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer, schorsing van besluiten en schorsing van de bevoegdheid tot uitoefening van aan de aandelen verbonden rechten, zoals het stemrecht.²²

Geen tussentijds appèl

Er is (ook in dit opzicht) iets gek aan de hand met de huidige regeling. In de eerste plaats is dat, dat in verband met de prijsbepaling benoemde deskundigen pas aan het werk mogen indien het vonnis waarbij over de uitstoting of gedwongen overname wordt geoordeeld, onherroepelijk is; artikel 2:339 lid 1 BW respectievelijk artikel 2:343 lid 1 BW. Dat is hoogst onwenselijk. Met hoger beroep en cassatie zijn doorgaans vele jaren gemoeid. Al die tijd duren, in de woorden van de Hoge Raad, de permanente conflict-situaties voort.²³ Die woorden heeft de Hoge Raad

18 Driessen, t.a.p., pp. 581 e.v., heeft bepleit dat de vennootschap ook zelf als eiser moet kunnen optreden. Aldus wordt het bestuur van de vennootschap een middel gegeven om zich van een hem onwelgevallige aandeelhouder te ontdoen. Dat gaat mij te ver.

19 Vgl. de Antilliaanse regeling, waarover P. van Schilfgaarde, 'Uittreding van aandeelhouders bij de Antilliaanse NV', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Yin-Yang, Bundel opstellen, op 12 mei 2000 aangeboden aan prof. mr. M.J.A. van Mourik ter gelegenheid van zijn 25-jarig ambtsjubileum als hoogleraar*, Deventer 2000, pp. 271 e.v. Artikel 50 van de Antilliaanse Landsverordening op de Besloten Vennootschap bepaalt dat de vordering tot gedwongen overname zich richt tegen de vennootschap, niet tegen een of meer aandeelhouders. Deze regeling leent zich echter niet voor klakkeloze overname omdat in de Nederlandse Antillen niet de Europese kapitaalbeschermingsbepalingen (tweede richtlijn van de EG) gelden.

20 Ik ga hier niet in op de ingewikkelde vraag of een aandeelhouder een andere aandeelhouder rechtstreeks kan aanspreken voor schade die hij heeft geleden door waardevermindering van zijn aandelen ten gevolge van onrechtmatig handelen van die andere aandeelhouder, het speelveld dat onder meer wordt bestreken door HR 22 december 1995, NJ 1996, 300 (ABP/Poot) en HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 (Kip/Rabo), omdat dat het bestek van deze bijdrage te boven zou gaan.

21 Aldus ook Leijten, t.a.p., p. 14, die zich echter beperkt tot de cumulatie van delictuele vorderingen met het verzoek tot uitstoting of gedwongen overname. Vgl. voorts A.E. Driessen, t.a.p., p. 583, die een dergelijke cumulatie eveneens bepleit.

22 Aldus ook Leijten, t.a.p., p. 14.

23 HR 8 december 1993, NJ 1994, 273 m.nt. Ma.

weliswaar gesproken in een uitstotingsgeval, maar het onderliggende conflict zal ook in een geval van gedwongen overname veelal ingrijpend zijn. In dergelijke gevallen is een zeer langdurige procesgang niet verdedigbaar. De continuïteit van de vennootschap kan daardoor worden bedreigd en onherstelbare schade kan ontstaan. De uitstoting of gedwongen overname moet binnen een afzienbare termijn kunnen worden geëffectueerd. De deskundigen behoren dadelijk aan de slag te kunnen gaan.

Daartoe dient de beschikking waarbij de deskundigen worden benoemd steeds te worden ingericht als een zuivere tussenbeschikking, die niet, zoals is voorzien in artikel 358 lid 4 Rv, door de rechter voor tussentijds appèl kan worden opengesteld. Dat betekent dat de desbetreffende beschikking niet een gedeeltelijke eindbeschikking (ook wel deelbeschikking) mag zijn. Van een gedeeltelijke eindbeschikking is sprake indien in de desbetreffende beschikking blijken het dictum aan een gedeelte van het geschil een einde wordt gemaakt.²⁴ Dit klemmt temeer nu blijken de tekst van artikel 2:339 lid 1 BW respectievelijk artikel 2:343 lid 1 BW in de huidige regeling in een deelvonnis wordt voorzien ('indien de vordering wordt toegewezen benoemt de rechter enzovoort'). Omdat een deelvonnis een gedeeltelijk eindvonnis is, is hoger beroep daarvan uitsluitend mogelijk binnen drie maanden nadat het vonnis gewezen is. Indien later (nog) een eindvonnis gewezen wordt, kan van het eerdere gedeeltelijke eindvonnis niet alsnog worden geappelleerd. De rechter kan van een deelvonnis 'tussentijds' appèl dan ook niet uitsluiten.²⁵ In de praktijk worden echter zuivere tussenvonnissen gewezen (waarin de rechtbank overweegt dat zij de vordering tot uitstoting of gedwongen overname voor toewijzing vatbaar acht, maar hangende de uitkomst van het deskundigenbericht iedere beslissing aanhoudt). Deze zijn thans in beginsel van tussentijds appèl uitgesloten, artikel 337 lid 2 Rv.²⁶

Artikel 2:339 lid 1 BW schrijft de rechter dwingend voor een of drie deskundigen te benoemen die

schriftelijk bericht moeten uitbrengen over de prijs van de aandelen. De Hoge Raad heeft inmiddels een uitzondering op dit voorschrift aanvaard. De rechter kan benoeming achterwege laten, indien de blokkeringsregel een zodanige maatstaf voor de bepaling van de waarde van de aandelen kent, dat aan de hand daarvan de prijs door de rechter zonder meer kan worden vastgesteld.²⁷ Het is wenselijk de rechter steeds de vrijheid te laten. Er zijn gevallen denkbaar waarbij in redelijkheid geen verschil van inzicht kan bestaan over de waarde van de aandelen, terwijl ook denkbaar is dat de betrokken partijen het over die waarde eens zijn. In dergelijke gevallen is een deskundigenbericht evenmin geïndiceerd en moet de rechter die stap kunnen overslaan.²⁸

Uitvoerbaarheid bij voorraad

De rechtbank verklaart de eindbeschikking uitvoerbaar bij voorraad, zodat de partij op wiens verzoek de beschikking is gewezen het steeds in haar macht heeft de tenuitvoerlegging daarvan te bewerkstelligen. Aldus wordt voorkomen dat de wantoestand hangende de appèltermijn blijft voortduren.²⁹

Bevoegdheid tot uitsluiting van ongedaanmakingsactie in geval van vernietiging van het vonnis van de rechtbank

Wordt hoger beroep ingesteld en vernietigt de Ondernemingskamer de beschikking a quo, dan dient de desbetreffende beschikking niet te leiden tot ongedaanmaking van een inmiddels ten gevolge van tenuitvoerlegging van de beschikking a quo gerealiseerde aandelenoverdracht. Het ongedaan maken van een aandelenoverdracht is een monstrum, dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval, ook voor de vennootschap nadelig kan uitpakken.

Niet voor niets wordt in overnamecontracten de ontbindingsactie uitgesloten evenals, voorzover mogelijk, de actie tot vernietiging wegens een wilsgebrek. Als het dan toch tot een vernietiging komt, dan kan de rechter desgevraagd aan de vernietiging

24 Zie bijvoorbeeld HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 475, dat over vonnissen gaat. Voor beschikkingen geldt hetzelfde.

25 Vgl. HR 7 december 1990, *NJ* 1992, 85, gewezen onder oud recht. Vgl. ook HR 23 januari 2004, *RvdW* 2004, 20.

26 Aangenomen moet worden dat op het desbetreffende vonnis, ook als dit is ingericht als een zuiver tussenvonnis dat door de rechter niet is opengesteld voor tussentijds appèl, het tussentijds appèlverbod dat is voorzien in artikel 337 lid 2 Rv niet van toepassing is, omdat anders een onoplosbare impasse zou ontstaan: het tussenvonnis is niet tussentijds appellabel en kan dientengevolge pas onherroepelijk worden nadat een eindvonnis is gewezen, maar de rechtbank kan slechts aan een eindvonnis toekomen nadat de deskundigen hun werk hebben gedaan en die kunnen pas aan de slag nadat onherroepelijk over de vordering tot uitstoting of gedwongen overname is geoordeeld.

27 HR 21 januari 2005, *RvdW* 2005, 15.

28 Zo ook Bulten in haar in noot 1 genoemde artikel, p. 50.

29 Aldus ook Leijten, t.a.p., p. 14 en Bulten, t.a.p., p. 50.

geheel of ten dele haar werking ontzeggen, artikel 3:53 lid 2 BW of, in geval van dwaling, op verlangen van een der partijen, in plaats van de vernietiging uit te spreken, de gevolgen van de overeenkomst ter opheffing van het nadeel dat wordt geleden bij instandhouding van de overeenkomst, wijzigen, artikel 6:230 lid 2 BW. De rechter zou een soortgelijke bevoegdheid moeten hebben als die welke ligt besloten in de voormelde artikelen. Bij gebreke van ongedaanmaking is de appellatant aangewezen op schadevergoeding.

Artikel 997a Rv dient te worden overgeheveld naar Boek 2 BW

Voor niet in de mandarijnenwetenschap van het formele wetgevingsproces ingevoerd is niet te doorgronden waarom sommige bepalingen van procesrecht in de artikelen 2:335 e.v. BW zijn vastgelegd en andere in artikel 997a Rv. De argeloze lezer van de artikelen 2:335 e.v. BW zal er niet op bedacht zijn dat hij ook nog artikel 997a Rv in acht dient te nemen. In deze *lex specialis* dient niet geknipt te worden: al het procesrecht dient te worden overgeheveld naar de artikelen 2:335 e.v. BW.

Toegift

De hanteerbaarheid van aandeelhoudersconflicten kan via de statuten van de vennootschap worden vergroot. In de eerste plaats kan in de statuten een rui-

mer toepassingscriterium worden opgenomen. Indien de aandeelhouder zich daaraan vrijwillig heeft onderworpen (dat zal het geval zijn indien de regeling bestond op het moment van verwerving van de aandelen of indien hij voor het desbetreffende aandeelhoudersbesluit tot statutenwijziging heeft gestemd), is hij daaraan gebonden. Denkbaar is voorts dat de statuten in geval van conflicten tussen aandeelhouders voorzien in mediation en arbitrage. Mediation leent zich op zichzelf uitstekend voor aandeelhoudersgeschillen.^{30,31}

Ten slotte is in geval van een of meer buitenlandse aandeelhouders een jurisdictieclausule wenselijk. De geschillenregeling valt niet onder het bereik van artikel 22 lid 2 EEX-Verordening, dat met betrekking tot bepaalde vennootschappelijke kwesties de gerechten van de plaats van vestiging exclusief bevoegd maakt.³² Om te voorkomen dat een in de eerste plaats tegen een buitenlandse aandeelhouder gericht verzoek bij gebrek aan rechtsmacht door de Nederlandse rechter niet in behandeling kan worden genomen en dat in het buitenland over de Nederlandse geschillenregeling moet worden geprocedeerd, is het wenselijk expliciet in de statuten in die rechtsmacht te voorzien.

Mr. R.B. Gerretsen is advocaat te Rotterdam.

30 Wat te denken van een geval waarin tussen twee aandeelhouders, die tevens bestuurder zijn, een patstelling is ontstaan? In een dergelijk geval dreigen een geschillenregelingsprocedure, een enquêteprocedure, een procedure wegens bestuurdersaansprakelijkheid en een tot afhechting van de arbeidsovereenkomst en/of het managementcontract, afhankelijk van de omstandigheden van het geval ook nog eens met een moeilijk te voorspellen afloop. Professioneel conflictmanagement noopt tot het zo snel mogelijk beheersbaar maken van een dergelijke situatie. Mediation is daarvoor heel geschikt.

31 Zie voor wat betreft de arbitraliteit van de geschillenregeling Ch.E. Honée, 'De wettelijke geschillenregeling vatbaar voor arbitrage?', in: *De Naamlooze Vennootschap* 1995, p. 94; F.J.P. van den Ingh, Beslechting van geschillen tussen aandeelhouders in arbitrage, *De Naamlooze Vennootschap* 1995, p. 145 met naschrift van Ch.E. Honée, p. 148; H.J.M.N. Honée, 'Arbitrage in het vennootschapsrecht', in: *Rechtspleging in het Ondernemingsrecht*, verslag van een congres, gehouden op 1 en 2 november 1996, georganiseerd door het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, Deventer 1997, pp. 36 e.v. en O.L.O. de Witt Wijnen, Conflicten rondom de rechtspersoon, Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 29 en zaterdag 30 oktober 1999, Deventer 2000, pp. 129 e.v.

32 Vgl. Rb. Rotterdam 10 mei 2001, *JOR* 2001, 144 (ESI).