

De uitstoting van een aandeelhouder op grond van artikel 2:336 BW; nieuwe jurisprudentie

*Mr. M. J. Ubbens**

Inleiding

Op 24 maart 2010 heeft de Rechtbank Den Haag een aandeelhouder veroordeeld tot een gedwongen overdracht van zijn aandelen aan de enige andere aandeelhouder op grond van artikel 2:336 BW. Zes dagen later, op 30 maart 2010, wijst ook de Ondernemingskamer (OK) in Amsterdam een vordering tot de uitstoting van een aandeelhouder toe. Uitspraken over uitstoting zijn zeldzaam. Het aantal uitspraken over uitstoting dat sinds de inwerkingtreding van de geschillenregeling in 1989 is geweest, is op twee handen te tellen.¹

Dat er tot op heden weinig gebruik is gemaakt van de uitstotingsregeling van artikel 2:336 BW, maakt het voor de praktijkjurist lastig om in te schatten hoe een rechter met een vordering tot uitstoting omgaat. De genoemde uitspraken brengen hopelijk meer duidelijkheid.

Bij de bespreking van de uitspraken besteed ik aandacht aan de achtergrond van de vorderingen en de motivering die de gerechtelijke colleges aan hun beslissingen ten grondslag hebben gelegd. Vervolgens zal ik aan de hand van de jurisprudentie, de literatuur en de behandelde uitspraken de invulling van de uitstotingsregeling van artikel 2:336 BW verder uitwerken.

Happyliner

Op 24 maart 2010 heeft de Rechtbank Den Haag uitspraak gedaan in de zaak Latrade/Van Kreuningen. In deze zaak werd, zowel in conventie als in reconventie, een vordering ingesteld tot uitstoting van de andere aandeelhouder.

Feiten

Latrade B.V. (hierna: Latrade) en Van Kreuningen zijn ieder voor 50% aandeelhouder in de besloten vennootschap Happyliner Nederland (hierna: Happyliner). Van Kreuningen is, naast aandeelhouder, sinds december 2006 ook enig directeur van Happyliner. Nadat Van Kreuningen in juni 2008 ontslag heeft genomen als bestuurder ontstaat er binnen de vennootschap een patstelling over de benoeming van een opvolger. De voortzetting van de bedrijfsvoering wordt hierdoor onmogelijk

lijk en begin september 2008 moeten de activiteiten van Happyliner worden gestaakt.

Om uit de gerezen bestuursimpasse te komen doet Latrade meerdere malen een voorstel om Latrade, dan wel de bestuurder van Latrade, als nieuwe directeur van de vennootschap te benoemen. Van Kreuningen weigert echter aan dit voorstel mee te werken, wanneer niet aan Van Kreuningen decharge wordt verleend voor het door hem gevoerde beleid als directeur van Happyliner.

Beide aandeelhouders vorderen in conventie én in reconventie de uitstoting van de andere 50%-aandeelhouder op de voet van artikel 2:336 BW.

Oordeel van de rechtbank

De rechtbank stelt in het vonnis voorop dat bij uitstoting van een aandeelhouder sprake dient te zijn van (wan)gedragingen van de uit te stoten aandeelhouder als aandeelhouder die het belang van de vennootschap zodanig schaden, dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer kan worden geduld. De toerekenbare (wan)gedragingen als aandeelhouder moeten van min of meer voortdurende aard zijn, waardoor het functioneren van de vennootschap in gevaar wordt gebracht omdat – bijvoorbeeld – de besluitvorming wordt verlamd. De rechtbank stelt dat ‘ingrijpen door de rechter in het belang van de vennootschap en haar crediteuren geboden is’.² De rechtbank oordeelt dat de uitstoting van Van Kreuningen en dus de overdracht van zijn aandelen aan Latrade, gelet op al hetgeen over en weer is aangevoerd, het meest in het belang van de vennootschap Happyliner is. Het voornaamste doel voor de verwerving van de aandelen door Van Kreuningen was het afhouden van claims van de vennootschap op Van Kreuningen zelf.

Met betrekking tot de waarde van de over te dragen aandelen bepaalt de rechtbank dat de wettelijk voorgeschreven benoeming van deskundigen, ex artikel 2:339 BW, achterwege kan blijven. De rechtbank overweegt in dit verband dat ‘de aanzienlijke kosten van een deskundigenonderzoek (...) de door

* Mr. M.J. Ubbens is werkzaam als advocaat bij Stibbe.

1. Zie Boukema/Dorrestijn/Roest, *Rechtspersonen* (Groene Serie; losbl.), Deventer: Kluwer, titel 8, afd. 1, geschillenregeling, par. 2.2.

2. Rb. Den Haag 24 maart 2010, LJN BM2465, r.o. 6.

die deskundigen te bepalen relatief geringe prijs verre zullen overtreffen'.³ De rechtbank stelt zelf de prijs van de over te dragen aandelen vast op de nominale waarde van die aandelen, zijnde EUR 10.000.

Elf

Binnen een week na de uitspraak van de Rechtbank Den Haag wijst ook de OK een vordering toe tot uitstoting van een aandeelhouder op grond van artikel 2:336 BW.

Feiten

Deze procedure betreft Elf B.V. (hierna: Elf). Elf houdt zich bezig met marketing van activiteiten op sportgebied, onder andere door het uitgeven van het maandelijkse voetbaltijdschrift *Elf*. Elf heeft drie aandeelhouders, te weten J.H. de B. Holding B.V. (hierna: J.H. de B.) (62,76%), Klarenbeek Beheer B.V. (hierna: Klarenbeek) (13,24%) en B.E.K. Holding B.V. (hierna: B.E.K.) (24%).

Tussen B.E.K. en Elf is ten behoeve van abonnementenverwerving voor het tijdschrift *Elf* een colportageovereenkomst tot stand gebracht. Daarnaast is er door de aandeelhouders van Elf een aandeelhoudersovereenkomst gesloten, waarin onder meer is vastgelegd dat bepaalde bestuursbesluiten unanieme goedkeuring van de aandeelhouders vereisen.

In december 2005 heeft Elf, zonder de instemming van B.E.K., de colportageovereenkomst met B.E.K. met onmiddellijke ingang ontbonden op de grond dat B.E.K. frauduleus zou hebben gehandeld. Op verzoek van B.E.K. gelast de OK vervolgens een enquête. Uit het onderzoeksrapport volgt dat naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid het gevoerde beleid niet als wanbeleid kan worden aangemerkt. Het wegvallen van de betalingen aan B.E.K. heeft de financiële positie van Elf aanzienlijk verbeterd en daarmee het voortbestaan van de onderneming veilig gesteld.

In de algemene vergadering van aandeelhouders van Elf beroept B.E.K. zich op de gesloten aandeelhoudersovereenkomst. B.E.K. stelt zich telkens op het standpunt dat, nu zij tegenstemt, het bestuur van Elf geen uitvoering mag dan wel heeft mogen geven aan de besluiten waarvoor goedkeuring van de aandeelhouders is vereist.

J.H. de B. en Klarenbeek zijn wegens het herhaaldelijk tegenwerken van B.E.K. een uitstotingsprocedure gestart. Aan hun vordering hebben zij ten grondslag gelegd dat B.E.K. door haar opstelling in de algemene vergadering van aandeelhouders een impasse in de besluitvorming creëert, dat zij daarmee slechts beoogt de belangen van Elf te schaden en dat zij in het besluitvormingsproces, onder verwijzing naar de aandeelhoudersovereenkomst, misbruik maakt van haar veronderstelde machtspositie.

Oordeel van de rechtbank en het hof

In de procedure in eerste aanleg oordeelt de rechtbank dat er bij de vennootschap Elf sprake is van een impasse die in belangrijke mate is geïnitieerd door de structureel tegenstemmende aandeelhouder B.E.K.⁴ Deze impasse is zodanig, dat het voortduren van het aandeelhouderschap van B.E.K. naar het oordeel van de rechtbank in redelijkheid niet kan worden geduld. De rechtbank heeft voor de waardebeoordeling van de aandelen één deskundige benoemd en daarbij overwogen dat de deskundige de waarde van de aandelen van B.E.K. waardeert tegen een datum zo dicht mogelijk gelegen bij de feitelijke overdracht.

Tegen deze uitspraak is door B.E.K. hoger beroep ingesteld. De OK heeft op 30 maart 2010 uitspraak gedaan. De OK oordeelt dat:

'B.E.K. (...) het in de aandeelhoudersovereenkomst neergelegde vetorecht ten aanzien van besluiten van het bestuur van de vennootschap op velerlei gebied misbruikt (...) Het blokkeren van deze besluiten bracht de continuïteit van de onderneming van Elf direct in gevaar, zodat B.E.K. niet onder goede grond, die ontbreekt, had mogen tegenstemmen.'⁵

De OK stelt verder:

'Reeds op grond van dit gedrag in de gegeven omstandigheden en gelet op de betrokken belangen, waaronder die van de medeaandeelhouders en van de werknemers, moet worden geconcludeerd dat B.E.K. de belangen van de vennootschap zodanig schaadt dat het voortduren van haar aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld.'⁶

De OK volgt het oordeel van de rechtbank en veroordeelt B.E.K. om alle door haar gehouden aandelen in het geplaatste en uitstaande kapitaal van Elf in eigendom over te dragen aan J.H. de B. en Klarenbeek naar rato van hun aandelenverhouding.

Met betrekking tot de waardering van de aandelen door de deskundige wijkt de OK wél af van de beslissing van de rechtbank. De OK overweegt dat voor de vaststelling van de waarde van de aandelen als uitgangspunt moet worden genomen de feitelijke situatie op het tijdstip van het onherroepelijk worden van de veroordeling tot overdracht.

Overwegingen

In de noot onder de uitspraak van het hof in de zaak Elf wordt door Bulten een aantal kanttekeningen geplaatst bij de beslissing en de motivering van de rechters in zowel de zaak Elf als

3. Ibid., r.o. 8.

4. Zie Rb. Den Haag 13 augustus 2008, zaak-/rolnr. 261363/HA ZA 06-850.

5. Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2010, JOR 2010, 221, r.o. 4.2.

6. Ibid., r.o. 4.2.

de zaak Happyliner. De punten die Bulten in haar noot aan de orde stelt, zal ik in het navolgende verder bespreken, te weten: (1) het toetsingscriterium voor de uitstoting van een aandeelhouder, (2) de vraag of uitstoting over en weer kan worden gevorderd/toegewezen, (3) de prijsbepaling van de aandelen en (4) de benoeming van deskundigen.

1. Toetsingscriterium

Artikel 2:336 lid 1 BW bepaalt dat van een aandeelhouder die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt, dat het voorduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld, in rechte kan worden gevorderd dat hij zijn aandelen overdraagt. Het moet gaan om een schending van het vennootschappelijk belang. De rechtbank spreekt in de uitspraak Elf over 'het belang van de vennootschap én haar crediteuren'.⁷ In de zaak Happyliner betreft het hof naast het vennootschappelijk belang ook de belangen van medeaandeelhouders en werknemers.⁸ De formulering van beide rechtscollages is mijns inziens weinig helder. De schijn wordt gewekt dat de belangen van werknemers, crediteuren en medeaandeelhouders naast het belang van de vennootschap zelfstandige toetsingscriteria zijn. Artikel 2:336 BW spreekt echter alleen over een schending van het belang van de vennootschap. De belangen van medeaandeelhouders, werknemers en/of crediteuren zijn slechts deelbelangen die onder het 'parapubegrip' vennootschappelijk belang vallen. Mendel formuleert het als volgt:

'Het belang van de vennootschap inclusief de met haar verbonden onderneming – dat in meerdere of mindere mate, maar nooit volledig is geabstraheerd van de belangen van aandeelhouders, werknemers en andere onmiddellijk betrokkenen – is haar belang bij zo voorspoedig mogelijke continuïteit.'⁹

Een ander interessant element van het toetsingscriterium is het materiële toepassingsgebied. Uit de memorie van toelichting (MvT) bij de huidige wet en uit eerdere jurisprudentie blijkt dat het moet gaan om gedrag van de aandeelhouder binnen de vennootschap in 'hoedanigheid van aandeelhouder'. Gedragingen die wel schadelijk zijn voor de goede naam en faam van de vennootschap, maar die niet direct verband houden met het functioneren van de aandeelhouder binnen de vennootschap kunnen geen aanleiding zijn tot een vordering tot overdracht.¹⁰ Norbuis en Gerretsen zien liever dat een aandeelhouder ook kan worden uitgestoten in verband met gedragingen die losstaan van zijn aandeelhouderschap, bijvoorbeeld gevallen van 'deloyale concurrentie'.¹¹ Volgens Norbuis moet iedere aandeelhouder die op welke wijze dan ook door zijn

gedragingen de belangen van de vennootschap benadeelt het doelwit kunnen zijn van uitstoting. In de hiervoor besproken uitspraken wordt echter vastgehouden aan de enge benadering: het moet gaan om gedragingen van de aandeelhouder in zijn hoedanigheid als aandeelhouder. Ook de Rechtbank Leeuwarden komt tot deze conclusie. In een uitspraak van 30 juni 2010 wordt de vordering tot gedwongen overdracht van aandelen afgewezen, omdat de vordering tot uitstoting van gedaagde als aandeelhouder is gebaseerd op diens functioneren als bestuurder van de vennootschap.¹² Het wetsvoorstel Flex-BV bevat geen voorstel tot aanpassing van de gronden voor uitstoting, aangezien dit volgens de MvT enigszins buiten de discussie valt zoals die tot nog toe over het BV-recht is gevoerd. Een ruimer toepassingsgebied van de uitstotingsregeling lijkt op dit moment dan ook uitgesloten.¹³

2. Vordering tot uitstoting: over en weer

In de zaak Happyliner deed zich de situatie voor waarbij aandeelhouders over en weer de uitstoting van de andere aandeelhouder vorderden. De vraag is of de rechter in een dergelijk geval een van de vorderingen kan toewijzen of dat beide vorderingen moeten worden afgewezen? In de literatuur zijn de meningen hierover verdeeld. Roest is van oordeel dat de toewijzing van slechts een van de vorderingen willekeur zou opleveren en daarom niet gerechtvaardigd is.¹⁴ Tegenstanders van deze opvatting zijn van mening dat wanneer de rechter kan vaststellen dat een van de aandeelhouders meer verwijtbaar heeft gehandeld dan de ander, de uitstotingsvordering jegens die aandeelhouder toewijsbaar is. Er is dan geen sprake van willekeur. Ook de rechtbank in de zaak Happyliner komt tot dit oordeel. De keuze voor uitstoting van Van Kreuningten, en dus overdracht van diens aandelen aan Latrade, is naar het oordeel van de rechtbank het meest in het belang van de vennootschap.¹⁵ Een andersluidend oordeel lijkt mijns inziens ook niet wenselijk. Als de rechtbank een objectief oordeel kan vellen over de vraag wie in een bepaalde situatie als aandeelhouder het meest verwijtbaar heeft gehandeld, dan moet de rechtbank mijns inziens ook de mogelijkheid hebben om een vordering tot uitstoting van een van de partijen toe te wijzen.

3. Prijsbepaling

Indien een vordering tot uitstoting van een aandeelhouder wordt toegewezen, komt een andere belangrijke kwestie aan de orde, namelijk de prijsbepaling van de aandelen. In de genoemde uitspraken was met name het vaststellen van het moment van de prijsbepaling een onderwerp van discussie. In de Elf-casus kiest de rechtbank voor een peildatum die zo dicht mogelijk bij de feitelijke overdracht ligt. In lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad bepaalt de OK in hoger beroep echter dat het moet gaan om het tijdstip van het onherroepelijk worden van het vonnis waarin de veroordeling

7. Rb. Den Haag 24 maart 2010, JOR 2010, 220, r.o. 5.

8. Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2010, JOR 2010, 221, r.o.4.2.

9. M. Mendel, Het vennootschappelijk belang, mede in concernverband beschouwd (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1989.

10. Kamerstukken II 1984/85, 18 905, nr. 1-3 (MvT), p. 16.

11. R.W.Th. Norbuis, Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling, Ondernemingsrecht 2005, p. 429 en R.B. Gerretsen, De geschillenregeling: tien suggesties voor verbetering, O&F 2005, nr. 65, p. 44.

12. Zie Rb. Leeuwarden 30 juni 2010, LJN BN0523.

13. Zie Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 21.

14. J. Roest in: Boukema/Dorresteyn/Roest, titel 8, afd. 1.

15. Rb. Den Haag 24 maart 2010, JOR 2010, 220, r.o. 7.

tot overdracht is opgenomen.¹⁶ De rechter moet daarbij rekening houden met omstandigheden die de waarde van het aandeel beïnvloeden tussen het waarderingsmoment van de deskundige en de feitelijke overdracht van de aandelen. Indien er zich omstandigheden hebben voorgedaan die de prijs hebben beïnvloed, dan kan de rechter volstaan met een globale taxatie van de prijsverandering. Het is niet nodig opnieuw een deskundigenrapport op te laten stellen.¹⁷ Indien de prijs in de tussengelegen periode zou dalen vanwege door de vennootschap geleden verliezen, dan neemt de rechter dit, net als bij een prijsstijging, mee in de uiteindelijke prijsvaststelling. Dit kan anders zijn wanneer de prijsdaling het gevolg is van een opzettelijk handelen van de aandeelhouder die de aandelen moet overnemen.

'Afgeleide schade'

De vorenstaande problematiek van de prijsaanpassing heeft betrekking op de periode ná de peildatum. Echter, in veel procedures zullen aandeelhouders ook schade lijden door een waardedaling van hun aandelen vóór de peildatum. In het huidige wettelijke bestel dient een benadeelde aandeelhouder een afzonderlijke onrechtmatige-daadsactie te starten. De komst van de Flex-BV-wetgeving maakt het echter mogelijk om een vordering tot schadevergoeding in een samenhangende procedure bij de geschillenrechter in te dienen.¹⁸ Het nieuwe artikel 2:243 lid 4 BW bepaalt dat bij het vaststellen van de prijs van de aandelen de rechter desgevorderd een billijke verhoging kan toepassen in verband met gedragingen van de gedaagde, of van anderen dan de gedaagde, indien aannemelijk is dat die gedragingen hebben geleid tot een vermindering van de waarde van de over te dragen aandelen en deze vermindering niet, of niet volledig, voor rekening van eiser behoort te blijven. Deze 'afgeleide schade' voor aandeelhouders geldt echter niet in de uitstotingsprocedure.

Volgens de MvT bestaat er bij de prijsbepaling in uitstotingsvorderingen geen reden om rekening te houden met een waardevermindering, aangezien het belang van de eiser of eisers gediend is met een zo laag mogelijke prijs van de aandelen.¹⁹ Voor zover aan de uit te stoten aandeelhouder wordt verweten dat zijn gedragingen de aandeelhouders schade hebben berokkend die hij dient te vergoeden, kunnen de eisers daarvoor in dezelfde procedure vergoeding vorderen, aldus de MvT. Roest vindt deze redenering niet overtuigend. Volgens Roest worden bij de uitstotingsprocedure de overblijvende aandeelhouders namelijk niet gecompenseerd voor 'de afgeleide schade' die zij lijden door het handelen van de uitgestoten aandeelhouder.²⁰ Hoewel de opmerking van Roest mij juist lijkt, is het mijns inziens terecht dat in uitstotingszaken door de overblijvende aandeelhouders geen 'afgeleide schade' kan worden gevorderd.

Bij uitstotingsprocedures blijven de benadeelde aandeelhouders in de vennootschap zitten. Indien de vennootschap zelf een procedure start tegen de uitgestoten aandeelhouder wegens geleden schade zullen de zittende aandeelhouders daarvan profiteren. Bij een uittreedprocedure is dat nu juist niet het geval. De uitgetreden aandeelhouder profiteert niet meer mee als de vennootschap zelf de geleden schade die tot de waardevermindering heeft geleid, op de betrokken partij verhaalt.²¹

4. *Benoeming van deskundigen*

Kan de rechter de verplichte benoeming van een deskundige bij de waardering van de over te dragen aandelen achterwege laten? In de zaak Happyliner oordeelt de rechtbank dat de benoeming van de deskundige achterwege kan blijven, nu de waarde van de aandelen waarschijnlijk minder zal bedragen dan de kosten die de deskundige zal gaan maken voor de taxatie. De rechtbank overweegt in het vonnis dat partijen het erover eens zijn dat de aandelen in de gegeven omstandigheden 'wel iets maar niet veel' waard zijn. Het is de vraag of deze overweging van de rechtbank in hoger beroep stand zal kunnen houden.

Op grond van het huidige artikel 2:339 BW is de rechter verplicht een deskundigenbericht op te vragen over de waarde van de aandelen. De Hoge Raad heeft onder bijzondere omstandigheden een uitzondering aangenomen: het vaststellen van de prijs van de aandelen door de rechter zonder benoeming van een deskundige kan alleen plaatsvinden indien de statuten een zodanig duidelijke maatstaf voor de bepaling van de waarde van de aandelen kennen, dat door hantering van deze maatstaf de prijs door de rechter zonder meer kan worden vastgesteld.²² Deze uitzonderingsregel is in ongeveer dezelfde strekking terug te vinden in het door het wetsvoorstel Flex-BV aan te passen artikel 2:339 lid 3 BW.²³ De benoeming van deskundigen kan uiteraard ook achterwege blijven indien partijen het over de waardering eens zijn. Partijen bepalen immers zelf de omvang van de rechtsstrijd. Uit het vonnis in de zaak Happyliner wordt niet geheel duidelijk of partijen overeenstemming hebben bereikt over de prijs.

Conclusie

De twee uitspraken die ik in deze bijdrage heb behandeld, geven iets meer inzicht in de manier waarop de rechtbank en het hof omgaan met een vordering tot uitstoting onder de huidige wetgeving. Uit de uitspraken blijkt dat het materiële toepassingsgebied van de regeling nog steeds wordt bepaald door het vennootschappelijk belang en door de gedragingen van aandeelhouders in de 'hoedanigheid van aandeelhouder'. Hoewel er in de literatuur meerdere malen op is aangedrongen het toetsingscriterium ruimer te trekken, heeft de wetgever voornog besloten om het uitstootcriterium niet aan te passen.

16. Zie HR 11 september 1996, JOR 1996, 114 m.nt. I.

17. Zie de noot van F.J.P. van den Ingh bij HR 11 september 1996, JOR 1996, 114.

18. Kamerstukken I 2009/10, 31 058, A.

19. Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3 (MvT), p. 105.

20. J. Roest, Geschillenregeling, WPNR (2007) 6731, p. 963.

21. Zie A.R.J. Croiset van Uchelen, De nieuwe geschillenregeling: een veelsnijdend zwaard, TOP 2007, p. 261.

22. HR 21 januari 2005, JOR 2005, 57 (Hoffmann).

23. Zie Kamerstukken I 2009/10, 31 058, A, p. 23.

Uit de uitspraken komt verder naar voren dat de prijsbepaling van de aandelen en de benoeming van deskundigen voor de rechters niet altijd even gemakkelijk zijn. Het valt toe te juichen dat de wetgever de wet op deze punten wél zal aanpassen.

De geschillenregeling is door de loop der jaren allesbehalve een succes geworden. Uitspraken over de uitstotingsregeling zijn zeldzaam. Partijen kiezen veel vaker voor de snellere enquêteprocedure.²⁴ De wetgever is van mening dat een goede en effectieve geschillenregeling een noodzakelijk sluitstuk vormt voor een evenwichtig BV-recht. Met de aanpassingen uit het wetsvoorstel Flex-BV zal de geschillenregeling flexibeler worden en wellicht aantrekkelijker voor de praktijk. Of er in de toekomst ook daadwerkelijk meer gebruik zal worden gemaakt van de uitstotingsregeling, blijft echter de vraag. Het was mijns inziens niet onverstandig geweest als de wetgever meer onderzoek had gedaan naar het uitbreiden van de gronden voor uitstoting. Dit zou de regeling ten goede kunnen komen. Wellicht kan de wetgever na de inwerkingtreding van de Wet Flex-BV zich gaan richten op een grondigere herziening van de geschillenregeling.

24. J.C. Schouten, Het empirisch onderzoek naar het enquêterecht en de toekomst van de geschillenregeling, *Ondernemingsrecht* 2009, p. 528 e.v.