

Ondernemingsrecht 2024/23

De wettelijke geschillenregeling eindelijk volwassen

Een positief-kritische bespreking van Wagevoe 2.0

Flip Schreurs & Floor Eikelboom, datum 12-03-2024

Datum	12-03-2024
Auteur	Flip Schreurs & Floor Eikelboom ^[1]
JCDI	JCDI:ADS949966:1
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Algemeen

Aandeelhoudersgeschillen hebben een gecompliceerd karakter. Meerdere partijen met meerdere rollen en relaties zien zich vaak gedwongen om op verschillende tonelen te strijden. Het échte geschil komt daardoor vaak niet aan de orde en kan niet, laat staan voortvarend, worden opgelost, met alle gevolgen van dien voor de onderneming. Van belang is daarvoor dat in één overzichtelijke procedure rust gecreëerd kan worden en het geschil in al zijn onderdelen kan worden opgelost, waarbij gedwongen overdracht mogelijk moet zijn. Bij gebrek aan een goed functionerende geschillenregeling heeft de praktijk leren werken en genoeg genomen met de enquêteprocedure, maar in feite is sprake van een gekunstelde en kostbare omweg. Het recent gepubliceerde wetsvoorstel tot aanpassing van de geschillenregeling Wagevoe 2.0 biedt belangrijke verbeteringen. In één verzoekschriftprocedure zal de Ondernemingskamer als enige instantie alle geschillen kunnen behandelen. De wetgever heeft zich in het voorstel beperkt tot slechts enkele zij het drastische en positieve keuzes. Het voorstel verdient het nog wel om, met een blik op Belgische ervaringen, door nog enkele concreet geformuleerde aanvullingen te worden tot een instrument waarin de geschillenregeling en enquêteprocedure integreren tot een maatwerkprocedure, die past bij het gecompliceerde karakter van aandeelhoudersgeschillen.

1. Inleiding en voorgeschiedenis

De geschillenregeling biedt aandeelhouders de mogelijkheid uit te treden of een medeaandeelhouder uit te stoten. De wetgever worstelt al 54 jaar met dit onderwerp. Na een wetgevingstraject van twintig jaar,^[2] werd in 1989 een regeling ingevoerd die als een mislukking wordt gezien.^[3] De wetwijziging die in 2012 van kracht werd, was vooraf al dusdanig bekritiseerd^[4] dat de wetgever voor invoering ervan al toezegde om de geschillenregeling in breder verband te herzien.^[5] De regeling is ook na 2012 niet heel populair geworden.^[6] Het leidde uiteindelijk in 2019 tot een consultatievoorstel ("Wagevoe 1.0") dat tamelijk kritisch is ontvangen.^[7] Dat voorstel voorzag onder meer in een "vereenvoudigde" uitstoting of uittreding op grond van een oordeel in de tweede fase van een enquêteprocedure. Deze consultatie heeft geleid tot een nieuw ontwerp-wetsvoorstel ("Wagevoe 2.0") dat van een geheel andere opzet is. Het voorstel is voor advies naar de Raad van State gezonden, die op 28 juni 2023 positief heeft geadviseerd.^[8] Op 13 december 2023 zond het demissionaire kabinet het wetsontwerp naar de Tweede Kamer met inachtneming van de door de Raad van State verzochte aanvulling.

Het huidige voorstel lijkt in belangrijke mate ingegeven door suggesties die zijn gedaan door (de oud-voorzitter van) de Ondernemingskamer.^[9] Die vloeien weer voort uit ervaringen in de praktijk met niet alleen de geschillenregelingsprocedure, maar ook de enquêteprocedure. In deze bijdrage zullen wij, mede gebaseerd op onze eigen praktijkervaringen, uitleggen waarom wij goede hoop hebben dat dit wetsvoorstel doeltreffend zal

zijn en hoe het voorstel nog beter kan worden gemaakt. In dat kader geven wij onze visie op de eisen die aan de geschillenregeling zouden moeten worden gesteld en waarom het in de huidige vorm daaraan zo ontbreekt (par. 2).^[10] Vervolgens bespreken wij de belangrijkste voorstellen (par. 3) en de positieve aspecten daarvan (par. 4). Wij suggereren niettemin enkele verdere verbeteringen (par. 5) en doen daarvoor concrete tekstvoorstellen (par. 6). Par. 7 bevat een afronding.

2. De uitdagingen en tekortkomingen rond de beslechting van aandeelhoudersgeschillen

2.1 Waarom aandeelhoudersgeschillen anders zijn

Waarom zijn aandeelhoudersgeschillen eigenlijk anders dan gewone (handels)geschillen? Zo'n gewoon geschil ziet bijvoorbeeld op een overeenkomst. De ene partij meent te hebben geleverd of gepresteerd en wenst betaling. De andere partij stelt dat een en ander juist niet beantwoordt aan de overeenkomst, wil niet betalen of vraagt om nakoming, schadevergoeding of ontbinding. (a) Eén enkele rechter kan in één procedure de feiten vaststellen, de overeenkomst uitleggen, en vervolgens bepalen welke partij in zijn recht staat en welke partij niet. (b) Daarmee is het gehele geschil afgewikkeld en vaak ook de gehele (rechts)verhouding tussen partijen. (c) Deze afwikkeling ten slotte geschiedt niet op een toevallige manier: de uitkomst is zoals die moet zijn volgens het recht. Hetzelfde geldt voor geschillen met betrekking tot onvrijwillig ontstane rechtsverhoudingen, zoals een onrechtmatige daad. Natuurlijk kunnen partijen ervoor kiezen om het niet te laten aankomen op een rechterlijk oordeel en de zaak in der minne te schikken. Het punt is dat (a), (b) en (c) relatief eenvoudig mogelijk zijn.

Bij aandeelhoudersgeschillen is dat nu juist niet het geval. Ten eerste is het afwikkelen van de (rechts)relaties tussen aandeelhouders aanzienlijk complexer, omdat zij vrijwel altijd op meer manieren aan elkaar vastzitten. Naast aandeelhouder zijn zij (bijvoorbeeld) ook bestuurder, of hebben zij een managementovereenkomst; zij ontlenen hun inkomen en status aan de vennootschap en kunnen soms weinig anders dan wat zij voor de vennootschap doen; een concurrentiebeding beperkt hun mogelijkheden een andere weg in te slaan; zij kunnen zich sterk verwant voelen met de onderneming (bijvoorbeeld omdat die draait rond een eigen uitvinding, of omdat het een familiebedrijf is); mogelijk hebben zij zich hoofdelijk verbonden voor een financiering of hebben zij die zelf verstrekt; er kan sprake zijn van een verhuurd bedrijfspand of patent- of merkrechten; de lijst is eindeloos. Als over deze (rechts)relaties problemen ontstaan zullen verschillende rechters nodig zijn om die op te lossen. Stel dat een DGA met zijn handen in de kas heeft gezeten, waardoor de verhoudingen onhoudbaar zijn geworden. Om hem te schorsen en te ontslaan, ligt een enquêteprocedure voor de hand, maar om de schade te verhalen, zal een procedure bij de gewone civiele rechter moeten worden begonnen en voor uitstoting is de geschillenregeling nodig. Verschillende rechters en verschillende regels. Dat is te complex. Ten tweede geldt dat er soms geen remedie is voor hetgeen partijen nodig hebben. Zo is het lastig voor een rechter om te bepalen dat een aandeelhouder na de overdracht van zijn aandelen niet langer gebonden is aan een non-concurrentiebeding, of aansprakelijk is voor een krediet. In de derde plaats is van belang dat er in de relaties tussen samenwerkende personen vaak moeizaam te bespreken verschillen in (de perceptie van) respect en waardering bestaan ("duurzame ontwrichting").^[11]

Die gecompliceerde (juridische) verhoudingen maken dat een minnelijke regeling veelal de enige manier is waarop dergelijke geschillen kunnen worden beslecht, terwijl het overleg daarover door de duurzame ontwrichting wordt belemmerd. Hoewel minnelijke regelingen voor partijen vaak de beste optie zijn, hebben zij ook een nadeel. De inhoud daarvan wordt niet alleen bepaald door de wederzijdse toegeeflijkheid (gunfactor), maar ook de mate waarin zij bestand zijn tegen de stress die een geschil meebrengt en de middelen die zij hebben om de strijd te blijven voeren. Aldus is geenszins gegarandeerd dat een minnelijke regeling de uitkomst biedt zoals die moet zijn volgens het recht.^[12] Eerder geldt het recht van de koppigste. Een koppigheid immers die, met name in de klassieke 50/50-verhoudingen, het machtigste wapen is dat partijen hebben. Overtuigen zit er maar zelden in: het belemmeren van meerderheidsbesluiten is de belangrijkste manier waarop de een zijn wil kan opleggen aan de ander.

Een laatste bijzonder aspect is dat het (uiteindelijke) voorwerp of podium van het geschil, de vennootschap

met de daaraan verbonden onderneming, (veelal) lijdt onder het geschil. Bijvoorbeeld omdat belangrijke besluiten niet meer worden genomen, of omdat de partij die voorziet dat hij de ander moet uitkopen liever pas waarde creëert in een vennootschap waarin de ander niet langer participeert. Om te voorkomen dat hierdoor schade wordt geleden, is voortvarend rechterlijk ingrijpen (ook hangende de procedure) vaak vereist.

Wij menen dat de geschillenregeling zo ingericht moet zijn dat twistende aandeelhouders net als bij gewone (handels)geschillen met voldoende (processuele) waarborgen een relatief eenvoudige uitweg uit het geschil hebben.^[13]

2.2 De enquêteprocedure als forum voor aandeelhoudersgeschillen

Terwijl de geschillenregeling een kwijnend bestaan leidde, nam de enquêteprocedure zoals bekend een grote vlucht bij het beslechten van aandeelhoudersgeschillen. De gang naar de Ondernemingskamer leidt vaak tot een schikking.^[14] Als dat al niet meteen lukt, kunnen onmiddellijke voorzieningen veelal enige rust binnen de vennootschap brengen. De betrokkenheid van OK-functionarissen bestrijdt de (ergste) symptomen van het geschil, waardoor die het functioneren van de vennootschap minder hinderen; met name het wapen van het dwarsliggen wordt adequaat onklaar gemaakt. OK-functionarissen spelen vaak ook een bemiddelende rol tussen de strijdende kampen waardoor een regeling alsnog mogelijk wordt.^[15] De prijs van deze rust is dat de inzet van OK-functionarissen kostbaar is.^[16]

Omdat de enquêteprocedure vooral een omweg naar de gewenste of noodzakelijke schikking is, worden maar weinig enquêteprocedures uitgedaagd tot vaststaat of sprake is van wanbeleid.^[17] Als het toch aankomt op een wanbeleidsoordeel en eindvoorzieningen, bieden deze bovendien maar zelden een echte oplossing voor het geschil en moeten zij vaak jarenlang van kracht blijven.^[18] Ook kunnen de vermogensrechtelijke geschillen onverminderd doorgaan omdat de Ondernemingskamer daarover geen (bindende) oordelen kan uitspreken.

In de loop der jaren is gebleken dat OK-functionarissen, zelfs als een regeling uitblijft, een oplossing kunnen forceren, door verkoop van de onderneming (waardoor ontvlechting makkelijker wordt),^[19] een emissie-veiling waardoor de ene aandeelhouder verwatert ten gunste van de ander^[20] of het doorvoeren van een ruziesplitsing.^[21] Dat OK-functionarissen dergelijke stappen nemen, is uitzonderlijk. Aarzelingen over de vraag of de rechtsbescherming in het kader van dergelijke verregaande (onteigenende) maatregelen te beperkt is, speelt daarbij een rol.^[22] Partijen die menen dat de OK-functionarissen fouten maken bij het nemen van de desbetreffende stappen, kunnen de Ondernemingskamer verzoeken om hen een halt toe te roepen, maar de slagingskansen daarvan zijn gering.^[23]

Al met al is onze instemming met de breed ervaren tevredenheid over de huidige enquêteprocedure ter beslechting van aandeelhoudersgeschillen er vooral "bij gebrek aan beter".

2.3 Eén plus één is drie

De sleutel tot verbetering van de geschillenregeling is gelegen in het effectiever combineren van de nu los van elkaar bestaande mogelijkheden. Dat zou moeten leiden tot een geschillenregeling die (i) in een overzichtelijke en voortvarende procedure tenminste de volgende mogelijkheden bevat: (ii) het creëren van rust hangende de procedure door middel van tijdelijke voorzieningen; (iii) een afdwingbare overdracht van aandelen; en (iv) de beslechting van vermogensrechtelijke geschillen, die samenhangen met het bredere geschil.

De bestaande geschillenregeling van Boek 2, Titel 8, Afdeling 1 BW biedt handvatten voor (iii) en (iv): met de uitstootgronden samenhangende vorderingen kunnen in de geschillenregelingsprocedure worden behandeld^[24] en de uittredingsgronden kunnen reden zijn voor een billijke verhoging van de koopprijs.^[25] Met betrekking tot (ii) lijken er mogelijkheden te zijn in de huidige geschillenregeling,^[26] maar deze zijn nog niet uitgekristalliseerd in de rechtspraak.^[27] Wenselijk zou zijn dat de reguliere tijdelijke ordemaatregelen uit de enquêteprocedure - ingrepen in het bestuur, tijdelijke overgang stemrecht, en andere maatregelen om impasses te doorbreken, zoals tijdelijke aanpassing van statuten - kunnen worden getroffen in de geschillenregelingsprocedure.^[28] Omdat echter de huidige geschillenregelingsprocedure een

dagvaardingsprocedure is, zijn niet (per se) alle belanghebbenden partij in de procedure. Dat beperkt de mogelijke voorlopige voorzieningen, want art. 6 EVRM verhindert dat voorlopige voorzieningen rechtsgevolgen hebben voor partijen die niet in de procedure zijn betrokken. Dit betekent bijvoorbeeld dat als een bestuurder geen eiser of gedaagde is in de geschillenregeling, deze niet kan worden geschorst. Het belangrijkste dat per saldo ontbreekt is (i), nl. dat een en ander plaatsvindt in een overzichtelijk, effectief en enigszins voorspelbaar traject.

Er is, onder meer vanuit de Ondernemingskamer, geopperd dat de enquêteprocedure kan worden gecombineerd met een geschillenregelsprocedure.^[29] Daarbij kan gedacht worden aan het treffen van onmiddellijke voorzieningen (van art. 2:349a BW) naast een geschillenregelsprocedure, of onderzoek als bedoeld in art. 2:345 BW (mede) met het oog op de beoordeling van een uitstotings- of uittredingsvordering (en daarmee samenhangende vorderingen). Een gezamenlijke behandeling van deze procedures vereist uiteraard wel dat de geschillenregeling in eerste aanleg wordt behandeld door de Ondernemingskamer.

3. Beschrijving wetsvoorstel

In Wagevoe 2.0 wordt er onomwonden voor gekozen om de geschillenregeling tot de enige voor de hand liggende procedure ter beslechting van aandeelhoudersgeschillen te maken en de enquêteprocedure in te perken tot waar die oorspronkelijk voor bedoeld is.^[30]

Het voorstel behelst drie procedurele wijzigingen en één inhoudelijke. In de onderdelen 1 t/m 4 zullen die worden beschreven. Het overgrote deel van de huidige regeling laat de wetgever onaangepast.

3.1 Verzoekschrift

Een belangrijke wijziging is dat de geschillenregeling voortaan door middel van een verzoekschrift wordt ingeleid.^[31] De bepalingen uit Boek 1, Titel 3 Rv zijn hierop van toepassing. Een eerste voordeel hiervan is dat de geschillenregeling daardoor makkelijker kan worden gecombineerd met de enquêteprocedure.^[32] Een tweede voordeel van de verzoekschriftprocedure is dat het eenvoudiger is om verschillende partijen te laten deelnemen aan het partijdebat, namelijk zonder ingewikkelde oproepings-, voegings- en tussenkomstvraagstukken.^[33] Ook kunnen partijen die worden getroffen door verzochte voorlopige voorzieningen als bedoeld in art. 2:338 lid 3 BW eenvoudiger partij worden gemaakt.

De OK zal - net als in de enquêteprocedure - alle partijen die zij als belanghebbende aanmerkt, moeten oproepen en laten participeren in het partijdebat.^[34] Uit de wet volgt dat dit in ieder geval de vennootschap^[35] betreft, alsmede de “verweerders”,^[36] een verwarrende term waarmee de wetgever waarschijnlijk doelt op de partij die bij toewijzing van het verzoek zijn aandelen verliest of juist aandelen moet overnemen.^[37] Uit de memorie van toelichting blijkt verder slechts dat de overige aandeelhouders in de regel ook belanghebbende zullen zijn.^[38]

Als het de bedoeling is^[39] dat onmiddellijke voorzieningen (zoals we die thans kennen uit het enquêterecht) kunnen worden getroffen in (of parallel aan) de geschillenregelsprocedure, ligt het in de rede dat het begrip “belanghebbende” in de geschillenregeling dezelfde invulling krijgt als in de enquêteprocedure.^[40] Volgens het *Scheipar*-criterium^[41] zijn belanghebbende (i) degenen die door de enquêteprocedure zodanig in een eigen belang kunnen worden getroffen dat zij in deze procedure behoren te mogen opkomen ter bescherming van dat belang; en (ii) degenen die anderszins zo nauw betrokken zijn of zijn geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen. Het overnemen van dat criterium brengt onder meer mee dat het belang van de vennootschap meer tot zijn recht kan komen in de geschillenregelsprocedure. Zo zullen (van de ruziënde aandeelhouders onafhankelijke) bestuurders en commissarissen in een verweerschrift kunnen uiteenzetten hoe (het besturen van) de vennootschap lijdt onder het geschil tussen de aandeelhouders.^[42] Dat lijkt ons een relevant gezichtspunt bij de beoordeling van de hamvraag in een geschillenregelsprocedure, namelijk of het voortduren van aandeelhouderschap nog redelijk is.^[43]

3.2 Ondernemingskamer

In de tweede plaats gaat de wetgever mee in de oproep^[44] om de Ondernemingskamer met betrekking tot de geschillenregeling de eerste en enige feitelijke instantie te maken. In de MvT worden hiervoor verschillende argumenten aangedragen. Ten eerste wordt benadrukt dat dit de snelheid ten goede komt. “Langdurige onmin kan de waarde van de onderneming negatief beïnvloeden.”^[45] Ten tweede beschikken de raadsheren en raden van de Ondernemingskamer over relevante expertise die volgens de MvT bij de rechtbanken ontbreekt.^[46] Een laatste in de MvT aangedragen argument^[47] is dat in een enquêteprocedure niet een definitieve voorziening tot overdracht van aandelen kan worden bevolen, dat daarom een partij die ná een enquêteprocedure uitstoting van de ander wil bewerkstelligen zijn toevlucht zal moeten nemen tot een geschillenregelingsprocedure en dat dit dan vanzelfsprekend sneller gaat als ook die procedure bij de OK kan worden gevoerd. Wij begrijpen dit als een betoog voor een gevoegde behandeling van enquête- en geschillenregelingsprocedure en ondersteunen dat.^[48]

3.3 Materiële grondslagen uitstoting en uittreding

In de praktijk blijkt dat de lat (te) hoog wordt gelegd voor een vordering tot uitstoting. Bepaalde gedragingen die benadelend waren voor de vennootschap of medeaandeelhouders werden (in lagere rechtspraak) buiten beschouwing gelaten. Dat betreft bijvoorbeeld gedragingen die niet waren verricht “in hoedanigheid van aandeelhouder”, zoals het door een aandeelhouder in een eigen vennootschap beconcurreren van de gezamenlijke vennootschap,^[49] of handelen in hoedanigheid van bestuurder. Tevens vereisten lagere rechters voor uittreding soms dat sprake was van zwaarwegende omstandigheden of verwijtbaarheid. Dit soort onbevredigende uitspraken droegen bij aan de impopulariteit van de geschillenregeling, ondanks dat de OK in haar rechtspraak duidelijk maakte dat toewijzing in dergelijke gevallen wel mogelijk was.^[50]

In Wagevoe 2.0 wordt dit direct geadresseerd. Met betrekking tot uitstoting wordt expliciet in de wet opgenomen dat het daarbij gaat om gedragingen “al dan niet in hoedanigheid van aandeelhouder”.^[51] Met betrekking tot het uittredingscriterium was in het kader van Wagevoe 1.0 ook een wijziging van de wettekst ingepland, maar in Wagevoe 2.0 wordt die niet langer nodig gevonden. Dat komt door het *Arnold Maassen*-arrest^[52] waarin de OK verduidelijkte dat geen sprake hoeft te zijn van zwaarwegende omstandigheden of verwijtbaarheid. Door deze uitspraak in de MvT te omarmen codificeert de wetgever deze impliciet.^[53]

3.4 Samenhangende vorderingen

Ten aanzien van de samenhangende vorderingen lijkt het alsof het voorstel slechts een *bepalking* vormt. Er wordt namelijk voorgesteld om in een nieuw art. 336a lid 7 te bepalen dat de Ondernemingskamer, in het geval er naast een uitstotingsverzoek ook samenhangende vorderingen aan haar worden voorgelegd, de mogelijkheid heeft onderdelen daarvan van de geschillenregelingsprocedure af te splitsen, indien die zich naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet lenen voor gezamenlijke behandeling in één instantie.^[54] De MvT licht toe dat daarvoor met name aanleiding zal zijn als de geschillenregelingsprocedure erdoor zou kunnen worden vertraagd of als de af te splitsen vordering zich beter leent voor behandeling in een separate procedure door een rechter in eerste aanleg (met de mogelijkheid tot hoger beroep).

In onze ogen creëert de afsplitsingsoptie echter de mogelijkheid om het begrip “samenhangende vorderingen” ruimer uit te leggen. Niet gevreesd hoeft immers te worden dat een te ruime uitleg leidt tot complexe procedures: in die gevallen kan afsplitsing plaatsvinden. Deze gedachte sluit aan bij recente rechtspraak waarin het begrip “samenhangende vorderingen” steeds ruimer wordt uitgelegd. De geschillenregelingsrechter mag nagenoeg alle vorderingen aan zich trekken, zolang die maar een duidelijk verband hebben met of voortvloeien uit hetzelfde geschil als het geschil dat aanleiding heeft gegeven tot de verzochte uittreding of uitstoting.^[55]

3.5 Wat niet wijzigt

Opvallend veel is onaangepast gebleven. De Minister heeft er uitdrukkelijk niet voor gekozen om, zoals in 2019

in België heeft plaats gevonden, een geheel vernieuwde geschillenregeling op te stellen met gedetailleerde bepalingen over wat de rechter wel en niet kan doen.^[56] Naar het waarom daarvan moeten we gissen. De MvT legt goed uit waarom vooral de hiervoor sub 3.1 t/m 3.4 besproken wijzigingen worden voorgesteld, maar niet waarom andere voorstellen die in de literatuur zijn gedaan *niet* zijn overwogen of opgenomen. Een reden daarvoor zou kunnen zijn dat de wetgever zich bewust is van het feit dat de wijzigingen uit 2012 inmiddels tot een redelijk werkbaar systeem hebben geleid, ook al is dat met de nodige vertraging en uitsluitend door toedoen van de Ondernemingskamer. Die heeft immers met enkele richtinggevende arresten de uittredingsmaatstaf verruimd,^[57] het vennootschappelijk belang bij wederzijdse uitstoting centraal gesteld,^[58] een plek ingeruimd voor certificaathouders,^[59] flexibele waardering door middel van peildata mogelijk gemaakt^[60] en de samenhangende vorderingen maximaal opgerekt.^[61] Er is mogelijk (en dan in ieder geval niet onbegrijpelijk) groot vertrouwen in de bereidheid en vaardigheid van de Ondernemingskamer om nog ontbrekende puzzelstukjes uit te zagen en in te passen. De Ondernemingskamer krijgt daarvoor nu echter wel een zeer grote verantwoordelijkheid.

Het overgrote deel van de concreet voorgestelde tekstuele aanpassingen hangt samen met de twee hiervoor sub a en b besproken inhoudelijke wijzigingen.^[62] Daarnaast zijn er nog een aantal inhoudelijke aanpassingen die wij verder niet bespreken, omdat zij nu eenmaal niet de essentie van het voorstel betreffen.

4. Wat vinden we goed?

Op volgorde van wenselijkheid bespreken we hieronder de voordelen van het wetsvoorstel.

4.1 De integratie van de geschillenregeling en enquêteprocedure

Hoewel nog niet duidelijk is hoe deze, na het aannemen van Wagevoe 2.0, zullen worden gecombineerd en geïntegreerd, is wel duidelijk dat de mogelijkheden daartoe wezenlijk toenemen en dat veel eenvoudiger wordt. Het feit dat beide procedures verzoekschriftprocedures worden die de Ondernemingskamer in eerste instantie behandelt, levert daar een essentiële bijdrage aan. Het lijkt ons mogelijk om deze procedures zo te gebruiken dat een volledige en op maat gesneden regeling omtrent aandeelhoudersgeschillen ontstaat.

Daarin kan het échte geschil dat partijen verdeeld houdt in volle omvang aan één en dezelfde - deskundige - rechter worden voorgelegd, kunnen alle aspecten van dergelijke complexe aangelegenheden aan de orde komen en zijn meer middelen om die op te lossen beschikbaar. Dit komt dicht in de buurt van het in par. 2.3 benoemde ideaal.

De weliswaar effectieve, maar wel gekunstelde en kostbare omweg van het "regelen" van aandeelhoudersgeschillen via de onmiddellijke voorzieningen in een enquêteprocedure, is niet meer nodig. Partijen kunnen een (gecombineerde) procedure beginnen die rechtstreeks afgaat op een definitieve oplossing, maar ook een mogelijkheid biedt om de spreekwoordelijke put te dempen voor het kalf verdrinkt.^[63] Het bestaan van deze mogelijkheid zal ook een andere dynamiek geven aan de fase voorafgaand aan de procedure. Het is mogelijk dat dit partijen geneigd maakt om het geschil eerder aan de rechter voor te leggen, maar denkbaar is eveneens dat de nieuwe mogelijkheden partijen meer geneigd maakt om te schikken.

Een verzoekschriftprocedure bij de Ondernemingskamer past in onze ogen beter bij de (in potentie) complexe rechtsverhoudingen rond de vennootschap die onderdeel uitmaken van een aandeelhoudersgeschil.^[64] Wij juichen dit voorstel dan ook zéér toe.

4.2 De gehanteerde maatstaven zijn verduidelijkt en vereenvoudigd

De bezwaren tegen (de uitleg van) met name het voor uitstoting gehanteerde hoedanigheids criterium werden al decennialang onderkend.^[65] Aan die onzekerheid tracht Wagevoe 2.0 nu gelukkig een einde te maken, doordat alle gedragingen van een aandeelhouder een rol bij zijn uitstoting kunnen spelen.^[66] Niettemin richt de enige kritische kanttekening van de Raad van State zich op dit specifieke onderdeel, omdat in de ontwerp-MvT

geen aandacht wordt gegeven aan recente EHRM-jurisprudentie.^[67] De memorie van toelichting is op dit punt aangevuld.^[68]

Het onderstrepen van de in het *Arnold Maassen*-arrest toegepaste ruime uitleg van het uittredingscriterium betekent dat een relatief lage maatstaf wordt gehanteerd. Naar wordt aangenomen^[69] biedt dit criterium, dat geen verwijtbaarheid voorschrijft, ook de mogelijkheid tot uittreding in geval van een duurzame ontwrichting van de samenwerking tussen aandeelhouders. Het zou echter onze voorkeur hebben als dit expliciet wordt toegelicht in de MvT.

4.3 De behandeling van het volledige geschil

Het kunnen beslechten van vermogensrechtelijke twistpunten is veelal vereist om met een uitspraak echt een einde te maken aan aandeelhoudersgeschillen. De mogelijkheid om samenhangende vorderingen af te splitsen naar de gewone rechter, zal naar wij vermoeden gaan fungeren als een drukventiel. Hierdoor kan de Ondernemingskamer werkelijk alle voor de beslechting van het geschil relevante (vermogensrechtelijke) kwesties aan zich trekken en pas indien dat echt bezwaarlijk wordt de vordering terugverwijzen naar (doorgaans) de rechtbank in eerste aanleg.^[70]

Het valt te verwachten dat - zoals gesuggereerd door Makkink^[71] - met name bij gecompliceerde aansprakelijkheidskwesties de Ondernemingskamer eerst (in een regiezitting of gedurende de mondelinge behandeling) zal onderzoeken of er in het kader van uittreding of uitstoting regelingen te treffen of procesafspraken te maken zijn. Slechts als voorzienbaar is dat lastigere vraagstukken (bijvoorbeeld met betrekking tot bewijsvoering) behandeld moeten worden, kan via een tussenbeschikking de gewone rechter in beeld komen.

5. Wat kan beter of wat missen we?

Er blijven wel enige wensen. Voor een efficiënte beslechting van aandeelhoudersgeschillen achten wij onmisbaar nadere regelingen ten aanzien van 1) de waardering van de aandelen; 2) betaling van de door de rechter vastgestelde prijs; en 3) de bijzondere voorzieningen die de rechter kan treffen. Zoals hierna zal blijken is daar een samenhang tussen. Indien de wetgever dienaangaande niet alsnog bepalingen opneemt, is overigens denkbaar en te verwachten dat de Ondernemingskamer dergelijke voorzieningen zal creëren door het verder oprekken van de interpretatie van de huidige tekst. Verder lijkt het ons goed dat de wetgever 4) duidelijkheid schept over de mogelijkheden van een tegenverzoek; en 5) een bevoegdheid creëert voor de Ondernemingskamer om te oordelen over vermogensrechtelijke kwesties die relevant zijn voor de ontvankelijkheid.

5.1 Normatief aspect prijsvaststelling

In het kader van de geschillenregelingsprocedure moet de rechter de prijs vaststellen. Daarbij maakt de rechter in de regel gebruik van een deskundigenbericht.^[72] Dat is gebaseerd op objectieve gegevens, zoals daadwerkelijke transacties met betrekking tot aandelen ten aanzien van een soortgelijke onderneming. Maar normatieve overwegingen spelen eveneens een cruciale rol. Objectief gezien is er immers geen interesse om te participeren in een vennootschap die voorwerp is van een geschillenregelingsprocedure, althans niet zonder een flinke korting. Om normatieve redenen wordt dat in de geschillenregelingsprocedure buiten beschouwing gelaten bij het bepalen van de prijs.^[73]

Ook andere correcties om normatieve redenen kunnen worden ingegeven door de omstandigheden die zich plegen voor te doen bij een vennootschap die voorwerp is van een geschillenregelingsprocedure.^[74] Meestal gaat de ontwrichting in de relatie tussen de aandeelhouders gepaard met oplopende verschillen van inzicht en concrete conflicten. De voorbeelden zijn eindeloos: het (vermeend) opvoeren of ophogen van kosten, het laten be- of ontstaan van financiële nood, het aandoen van concurrentie of ontnemen van *corporate opportunities*, het blokkeren van besluitvorming of vaststelling van de jaarrekening, conflicten met personeel, financiers, etc.

Deze gedragingen zullen een rol spelen bij het oordeel omtrent de vraag of er recht is op uitstoting of uittreding. Ook kunnen deze gedragingen de feitelijke basis vormen van samenhangende vorderingen. Vanzelfsprekend komt dan ook de vraag op of bij het bepalen van de prijs geen correcties voor deze (onjuiste) gedragingen kunnen of moeten worden gemaakt. In de achterliggende jaren is deze problematiek een aantal keren in het kader van de geschillenregeling aan de orde geweest en het is duidelijk dat dat niet zonder slag of stoot is gegaan.^[75] Bij een toenemende populariteit van de geschillenregeling in combinatie met samenhangende vorderingen valt te voorzien dat zich daarover veel vaker complicaties zullen voordoen. Een duidelijke wettelijke regeling op dit punt kan een en ander in goede banen leiden.

De huidige wet biedt slechts de expliciete mogelijkheid om bij uittreding een billijke verhoging van de koopprijs toe te passen.^[76] De oud-voorzitter heeft dit als te beperkt ervaren en gepleit voor de mogelijkheid van een billijke verlaging van de koopprijs.^[77] Wij sluiten ons daarbij aan. Indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven, moet in beide richtingen kunnen worden aangepast. Deze mogelijkheid past ook bij het bepaalde in art. 2:8 lid 2 BW.

5.2 Moment betaling prijs

De geschillenregeling gaat ervan uit dat de volledige prijs bij levering wordt betaald (door de overnemende aandeelhouder, of de vennootschap) en dat de betaling contant geschiedt.^[78] Onder omstandigheden kan dat een zware last zijn en denkbaar is dat dit in voorkomende gevallen onredelijk is of toewijzing van de overigens redelijke vordering in de weg staat.^[79]

In de Belgische geschillenregeling zijn diverse bepalingen opgenomen die buiten twijfel stellen dat de rechter een en ander mee kan laten wegen in de prijsbepaling en -betaling.^[80] Zo kan de rechter overdracht bevelen zonder dat de definitieve prijs meteen wordt betaald, waarbij hij zekerheidsstelling kan opleggen. Hij mag beslissen tot een billijke prijsverhoging of -vermindering of tot een provisionele prijs. De rechter kan (een deel van) de prijs koppelen aan bijzondere bedingen en bevelen dat zakelijke of persoonlijke zekerheden worden gesteld. Goed denkbaar is dat dit ook in de Nederlandse praktijk zal worden overgenomen met behulp van een combinatie van de beperkende en aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het is al voorgekomen dat overdracht tegen een voorlopige koopprijs is toegewezen onder gelijktijdige zekerheidsstelling voor een mogelijk definitief hogere prijs.^[81] Het zou onze voorkeur hebben als deze mogelijkheid expliciet in de wet wordt vastgelegd.

5.3 Aanvullende regelingen

Zoals in par. 2.1 reeds ter sprake kwam, kunnen aandeelhouders op meer manieren verbonden zijn aan de vennootschap dan dat zij aandelen houden. Het is zinvol dat daarmee rekening kan worden gehouden bij het vaststellen van de prijs.

Het komt geregeld voor dat aandeelhouders tevens werkzaam zijn voor de vennootschap en dat ze daarvoor een vergoeding ontvangen waarmee zij voorzien in hun levensonderhoud. Tevens is het gebruikelijk om in aandeelhoudersovereenkomsten op te nemen dat aandeelhouders de vennootschap niet mogen beconcurreren, ook gedurende enige tijd nadat zij ophouden om aandeelhouder te zijn. Het logische gevolg hiervan is dat het kan voorkomen dat een partij via de geschillenregeling wordt gedwongen om haar aandelen over te dragen en zich vervolgens geconfronteerd ziet met het feit dat een non-concurrentiebeding in de weg staat aan het verrichten van de werkzaamheden waarmee zij sinds jaar en dag in zijn levensonderhoud voorziet. Anderzijds kan het voorkomen dat juist geen sprake is van een non-concurrentiebeding en de onderneming na de overdracht via de geschillenregeling plotseling te maken krijgt met onwenselijke concurrentie van de voormalige aandeelhouder. Die concurrentie is van invloed op de waarde van de aandelen. Een en ander vormt een uitdaging bij de bepaling van de waarde en de vaststelling van de prijs. Wordt die gebaseerd op basis van verwachtingen omtrent toekomstige concurrentie - die zich nog niet heeft gematerialiseerd - of wordt uitgegaan van *business as usual*?

Ook in België speelt deze problematiek en de ervaringen in de praktijk hebben geleid tot een wettelijke regeling. De rechter kan een aandeelhouder bevrijden van een non-concurrentiebeding.^[82] Daarbij kan tevens

bepaald worden dat dit resulteert in een lagere prijs voor de aandelen. Omgekeerd kan de rechter ook een non-concurrentiebeding opleggen aan de partij die ophoudt aandeelhouder te zijn. De prijs kan daarbij provisioneel worden vastgesteld, waarbij de definitieve prijs afhankelijk is van de naleving van dit beding.^[83] Wij geven er de voorkeur aan om deze les van onze zuiderburen over te nemen, in plaats van zelf het wiel te willen uitvinden.^[84] Hetzelfde geldt voor de Belgische wettelijke bepaling die de rechter in staat stelt om de overblijvende aandeelhouders te bevelen om ervoor te zorgen dat een einde komt aan de zekerheden die de *soon to be* voormalige aandeelhouder heeft gesteld ten faveure van de vennootschap.^[85] Het betreft in alle gevallen elementen die partijen bij een wederzijds gewilde aandelentransactie vanzelfsprekend zouden willen regelen.

5.4 Combineren

Wij stellen voor dat de geschillenregeling gaat voorzien in een regeling waarin *alle* betrokken aspecten kunnen worden meegenomen: zowel de waarde van de aandelen op zichzelf, de beslissing omtrent samenhangende vorderingen, als de financiële effecten van voorzieningen die in het belang van de geschillenbeslechting worden getroffen. Alle beslissingen die de Ondernemingskamer daaromtrent wil nemen dienen te kunnen worden verdisconteerd in de prijsbepaling van de aandelen. In dat verband is het ook logisch dat bepaald wordt dat een afgesplitste vordering in appel niet door het gewoon bevoegde gerechtshof, maar door de Ondernemingskamer behandeld wordt, die de ermee samenhangende hoofdkwestie immers heeft behandeld.

Het is vanzelfsprekend vérstrekkend dat de Ondernemingskamer al deze elementen in één prijsstelling zou kunnen laten uitmonden. Daarom is het van belang niet zozeer dat de Ondernemingskamer terughoudend omgaat met deze wettelijk vast te leggen bevoegdheid, maar dat zij de verschillende elementen die leiden tot de uiteindelijke prijsstelling voldoende kenbaar motiveert.

Het is goed te realiseren dat een dergelijke prijsstelling al mogelijk is binnen het geldende recht. Een *ABP/Poot*-achtige claim die de vennootschap tegen de wil van de achterblijvende bestuurder/grotaandeelhouder had kunnen instellen tegen die bestuurder, mag ten faveure van de uittredende minderheidsaandeelhouder leiden tot een opslag op de aan hem te betalen prijs;^[86] een claim die de vennootschap heeft ingesteld tegen de uittredende bestuurder/minderheidsaandeelhouder kan bij wege van een soort *earn-out* leiden tot een toekomstige nabetaling op de aandelen van die uittredende aandeelhouder.^[87]

5.5 Tegenverzoek/positie anderen dan aandeelhouders

Dan nog een andere kwestie. In een verzoekschriftprocedure kan iedere belanghebbende een tegenverzoek indienen.^[88] De vraag komt op welke tegenverzoeken kunnen worden gedaan door de vennootschap, haar bestuurders, commissarissen en de ondernemingsraad. Stel dat aandeelhouder A verzoekt om uittreding en de verwerende aandeelhouder B enkel betoogt dat dit verzoek moet worden afgewezen. Kan dan de vennootschap als belanghebbende of verweerster het verzoek van A ondersteunen of zelfstandig verzoeken om de uitstoting van aandeelhouder B? Kan de vennootschap verzoeken dat niet zij, maar een van de aandeelhouders de aandelen overneemt?

De wet bevat *a prima vista* enige obstakels. Zo kan een verzoek om uitstoting alleen worden gedaan door een partij^[89] die minstens een derde van de aandelen houdt. Uit het enquêterecht^[90] weten we echter dat dit soort ontvankelijkheidsdrempels niet (hoeven te) gelden als het gaat om tegenverzoeken. Als een partij die voldoet aan het ontvankelijkheidsvereiste van art. 2:346 BW eenmaal een enquêteverzoek heeft gedaan (en niet heeft ingetrokken), of het art. 2:345 BW-verzoek is toegewezen, kan iedere belanghebbende in de verzoekschriftprocedure een zelfstandig verzoek indienen (bijvoorbeeld tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen), mits dit betrekking heeft op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek.

Verder bepaalt art. 2:336 lid 2 BW dat de vennootschap niet kan verzoeken om uitstoting. Maar wat nu als haar bestuurders, commissarissen of ondernemingsraad als belanghebbende worden aangemerkt en hierom verzoeken?

Het lijkt ons goed dat hierover duidelijkheid wordt geschapen door de wetgever. Uitgangspunt daarbij is voor ons dat bij uitstoting het belang van de vennootschap voorop staat. Daarom is niet goed te begrijpen dat juist de vennootschap niet zou kunnen verzoeken om uitstoting.^[91] De ratio van het desbetreffende verbod, dat uitstoting niet ten laste van het vermogen van de vennootschap zou moeten komen,^[92] is geen reden om deze mogelijkheid categorisch uit te sluiten, maar enkel om een verzoek af te wijzen in het geval het vermogen niet toereikend is. Let wel, uittreding (tegen de wil van en) ten laste van het vermogen van de vennootschap is immers wel mogelijk.

5.6 Ontvankelijkheidskwesties

Art. 2:336a en 2:343 BW gaan uit van verzoeken door aandeelhouders die zich richten tegen andere aandeelhouders. Dergelijke verzoeken kunnen derhalve aanleiding geven tot discussies over de vraag wie welke aandelen houdt.^[93] Strikt genomen, is de Ondernemingskamer niet bevoegd om te oordelen over dergelijke vermogensrechtelijke aangelegenheden, maar dat is onpraktisch. Er zou daarom in de wet - naar Belgisch voorbeeld^[94] - moeten worden opgenomen dat, in zoverre dit noodzakelijk is voor de beoordeling van de ontvankelijkheid, de Ondernemingskamer elk geschil bindend kan beslechten omtrent aan wie de desbetreffende aandelen toekomen.

6. Concrete tekstvoorstellen

De in par. 5 en noot 72 bedoelde verbeterpunten geven ons aanleiding voor de volgende aanvullingen op het wetsvoorstel:

- I. Aan de MvT dient op p. 17 bovenaan aan de eerste alinea (na "aan te passen.") te worden toegevoegd:

“Het criterium uit het arrest *Arnold Maassen Holding B.V.*, dat geen verwijtbaarheid voorschrijft, omvat ook de mogelijkheid tot uittreding in geval van een duurzame ontwrichting van de samenwerking tussen aandeelhouders.”

- II. Art. 2:336a (nieuw) lid 1 aanvullen als volgt:

- “1. Op verzoek van een of meer houders van aandelen die alleen of gezamenlijk ten minste een derde van het geplaatste kapitaal verschaffen, *dan wel op verzoek van de vennootschap*, kan de ondernemingskamer ...”

- III. Toevoegen aan art. 2:340 lid 3 resp. ter vervanging van art. 2:343 lid 4 BW:

“De ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam kan bij het vaststellen van de prijs, rekening houden met alle omstandigheden van het geval, een billijkheidscorrectie toepassen, een deel van de prijs afhankelijk maken van te stellen (betalings)voorwaarden of te treffen voorzieningen en bepalen dat zakelijke of persoonlijke zekerheid moet worden gesteld.”

- IV. In art. 2:336a en 2:343 BW moet een lid worden toegevoegd dat luidt:

“In zoverre dit noodzakelijk is voor de beoordeling van de ontvankelijkheid kan de ondernemingskamer elk geschil beslechten omtrent aan wie de aandelen in het kapitaal van de vennootschap toebehoren.”

7. Afronding

Het wetsvoorstel komt in onze optiek al dicht in de buurt van het in par. 2.3 beschreven ideaal voor de beslechting van aandeelhoudersgeschillen. Dergelijke geschillen vergen nu eenmaal een bijzondere regeling. Wij ondersteunen het wetsvoorstel van ganser harte. De praktijk zal er zeer mee geholpen zijn omdat het volledige geschil bij één instantie en in één maatwerkprocedure kan worden beslecht. Het oplossen van dergelijke conflicten zal daardoor tegen aanzienlijk lagere kosten kunnen plaatsvinden.

Bij invoering van de huidige voorstellen komt nog altijd een grote verantwoordelijkheid op de Ondernemingskamer te rusten, die er niet aan zal ontkomen de tekst daarvan tot het maximale op te rekken om daadwerkelijk beslissingen te kunnen nemen die geen aanleiding tot nieuwe geschillen behoeven te geven. Het verdient daarom de voorkeur dat de in par. 6 beschreven aanvullingen bij nota van wijziging of bij amendement worden toegevoegd aan het wetsvoorstel.

Voetnoten

- [1] Mr. Ph.W. (Flip) Schreurs is advocaat bij Boels Zanders te Eindhoven. Mr. F. (Floor) Eikelboom is advocaat bij Bureau Brandeis te Amsterdam. Schrijvers zijn bij enkele van de procedures waar in voetnoten naar wordt verwezen betrokken.
- [2] C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde (VDHI nr. 108) 2011/II.2.1.a.*
- [3] Tot en met 2010 werd de regeling in totaal dertig maal toegepast (memorie van toelichting bij wetsvoorstel Wagevoe, [Kamerstukken II 2023/24, 36469, nr. 3](#), p. 3 ("MvT")). Zie waarom deze regeling niet werkte C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde (VDHI nr. 108) 2011.*
- [4] Zie bijvoorbeeld de bijdragen van C.D.J. Bulten en J.M.H. Willems aan het preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2011, de Nieuwe Geschillenregeling. Zie voor kritiek van na de wetwijziging G.C. Makkink, 'De verhouding tussen de enquêteprocedure en de geschillenregelingsprocedure', in: Bulten e.a., *Handboek Enquêterecht (VDHI nr. 175) 2022/46.3.*
- [5] [Kamerstukken II 2011/12, 32426, nr. 24](#), p. 12 en [Kamerstukken II 2011/12, 32887, nr. 6](#), p. 6.
- [6] Er is wel een lichte toename zichtbaar. Op basis van de gewijzigde geschillenregeling zijn 47 uitspraken gedaan in de periode 2014-2020 en 15 in 2021. MvT, p. 3.
- [7] [Overheid.nl](#) | Consultatie Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure (<https://www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingenenquete/reacties>).
- [8] <https://www.raadvanstate.nl/adviezen/@137063/w16-23-00103-ii/>. De Raad merkt slechts op dat de toelichting dient te worden aangevuld naar aanleiding van recente EHRM-jurisprudentie en ten aanzien van de verhouding tot het Unierecht, onder de toevoeging dat dit waarschijnlijk geen aanleiding zal geven tot inhoudelijke aanpassing van het wetsvoorstel.
- [9] Zie G.C. Makkink, 'Ork, ork, ork, soep eet je met een ...', *Ondernemingsrecht* 2018/65 en G.C. Makkink, 'De kortste weg naar een vennootschappelijk scheidingsrecht', in: Makkink e.a., *Vernieuwing van het enquêterecht (ZIFO nr. 33) 2021/2.6* en 'De verhouding tussen de enquêteprocedure en de geschillenregelingsprocedure', in: Bulten e.a., *Handboek Enquêterecht (VDHI nr. 175) 2022/46.3*. Zie ook Jaarverslag Ondernemingskamer 2021, par. 2.1. Vgl. Ph.W. Schreurs, 'De geschillenregeling op consensuele basis (artikel 2:337 lid 2 BW)', *Ondernemingsrecht* 2020/111.
- [10] Waarbij wij deels putten uit eerder door onszelf geopperde gedachten.
- [11] Waarbij familieleden of echtgenoten op de achtergrond een problematiserende rol kunnen spelen.
- [12] Volgens het adagium *Suum cuique*.

[13] M.n. art. 6 en 13 EVRM vereisen ook een dergelijke "doeltreffende voorziening".

[14] Aldus ook G.C. Makkink, 'De kortste weg naar een vennootschappelijk scheidingsrecht', in: Makkink e.a., *Vernieuwing van het enquêterecht (ZIFO nr. 33) 2021/2.3*. Zie verder Hijink & Van de Sandt, 'Een empirisch onderzoek van het enquêterecht over de periode 2008-2020', in: Bulten e.a., *Handboek Enquêterecht (VDHI nr. 175) 2022/4.4*.

[15] Het is vrijwel standaard dat een OK-functionaris het tot zijn taak mag rekenen partijen tot een minnelijke regeling te bewegen. In de praktijk noemen OK-functionarissen de hoge kosten die zijn verbonden aan hun inzet als een van de argumenten om partijen alsnog tot een schikking te bewegen.

[16] De Ondernemingskamer uitte zorgen over de toenemende kosten in haar jaarverslag 2022, par. 1.2. Rechtspraak over de vraag of de gemaakte kosten in verhouding staan tot de draagkracht van de vennootschap is schaars. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:1193 (*GVH Recycling*) waarin kort gezegd sprake is van gestaakte onderneming met één actief dat is verkocht voor EUR 400.000 en de inzet van de OK-functionaris EUR 300.000 heeft gekost.

[17] Zie Hijink & Van de Sandt, 'Een empirisch onderzoek van het enquêterecht over de periode 2008-2020', in: Bulten e.a., *Handboek Enquêterecht (VDHI nr. 175) 2022/4.2*, tabel 1: 1638 eerste-fase-beschikkingen worden vervolgd door slechts 108 tweede-fase-beschikkingen. Blijkens par. 4.4.2.2, tabel 3, is het percentage eindvoorzieningen in de afgelopen drie decennia gezakt van 17%, via 9% naar nog slechts 4%.

[18] Zie F. Eikelboom, 'De voorzieningen van art. 2:356 BW; een tussenstation dat eindbestemming moet worden', *Ondernemingsrecht 2018/73*.

[19] HR 11 juli 2014, NJ 2014/389 m.nt. Van Schilfgaarde (*Novero-II*).

[20] Hof Amsterdam (OK) 28 april 2016, JOR 2016/194 m.nt. Van Thiel (*Cunico*).

[21] Hof Amsterdam (OK) 4 januari 2021, *Ondernemingsrecht 2021/85* m.nt. Broere (*Royaums*) en Hof Amsterdam (OK) 23 december 2021, JOR 2022/92 m.nt. Salemink (*Monitor Management*).

[22] Aldus ook G.C. Makkink, 'De kortste weg naar een vennootschappelijk scheidingsrecht', in: Makkink e.a., *Vernieuwing van het enquêterecht (ZIFO nr. 33) 2021/2.3*.

[23] HR 11 juli 2014, NJ 2014/389 m.nt. Van Schilfgaarde (*Novero-II*).

[24] Art. 2:336 lid 5 BW.

[25] Art. 2:343 lid 4 BW.

[26] In de vorm van voorlopige voorzieningen als bedoeld in art. 2:338 lid 3 BW jo. art. 223 Rv.

[27] Enig inzicht geeft Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2023, JOR 2023/181 m.nt. Van Thiel (*A en B/Voltalessandro*).

[28] Dit kan naar het recht van Curaçao. Zie art. 2:255 lid 1 CBW jo. art. 2:276 lid 3 CBW. Zie hierover ook F. Eikelboom, 'De voorzieningen van art. 2:356 BW; een tussenstation dat eindbestemming moet worden', *Ondernemingsrecht 2018/73*, par. 3.

[29] Zie reeds het advies van de Raad van State bij de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht uit 2009, F. Eikelboom, 'Het combineren van de enquêterprocedure met een andere procedure', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016 (VDHI nr. 134) 2016/II.2*, G.C. Makkink, 'Ork, ork, ork, soep eet je met een ...', *Ondernemingsrecht 2018/65*, Ph.W. Schreurs, 'De geschillenregeling op consensuele basis (artikel 2:337 lid 2 BW)', *Ondernemingsrecht 2020/111* en Jaarverslag Ondernemingskamer 2021, par. 2.1.

- [30] MvT, p. 16: “De geschillenregeling is gericht op het opheffen van situaties waarin de samenwerking in de vennootschap door tegenstellingen tussen de aandeelhouders in een impasse is geraakt. De geschillenregeling stelt de rechtspersoon en de door haar gedreven onderneming niet in dezelfde mate centraal als de enquêteprocedure.”
- [31] Deze wijziging is bepleit door G.C. Makkink, ‘De kortste weg naar een vennootschappelijk scheidingsrecht’, in: Makkink e.a., *Vernieuwing van het enquêterecht (ZIFO nr. 33) 2021/2.6.*
- [32] MvT, par. 3.2.1 en 3.2.2.
- [33] MvT, par. 3.2.1.
- [34] Art. 279 Rv.
- [35] Art. 995 lid 3 Rv.
- [36] Art. 2:336a lid 3 BW (nieuw). De verweerders moeten bij exploit worden opgeroepen. Vanaf de betekening van het exploit gelden bijzondere restricties met betrekking tot het overdragen en bezwaren van de aandelen door verweerders. Zie art. 2:338 lid 1 Rv en MvT, p. 20 en 21.
- [37] Strikt genomen kan iedere belanghebbende verweer voeren, zo blijkt ook uit de MvT, p. 7.
- [38] MvT, p. 7, par. 3.2.1.
- [39] Zie par. 2.3 en wat aan het begin van deze paragraaf werd opgemerkt over voeging van procedures.
- [40] Vgl. Hof Amsterdam (OK) 7 maart 2023, *JOR 2023/181* m.nt. Van Thiel (*A en B/Voltalessandro*), r.o. 5.10.
- [41] HR 6 juni 2003, *NJ 2003/486* m.nt. Maeijer (*Scheipar*).
- [42] Interessant hierbij is de mogelijkheid dat een OK-bestuurder of OK-commissaris een standpunt inneemt. Zie bijv. Rb. Limburg 6 juli 2022, *ECLI:NL:RBLIM:2022:5232 (Atlas Hotel BV)*.
- [43] Vgl. art. 2:336 lid 1 en art. 2:343 lid 1 BW. In dezelfde zin G.C. Makkink, ‘De kortste weg naar een vennootschappelijk scheidingsrecht’, in: Makkink e.a., *Vernieuwing van het enquêterecht (ZIFO nr. 33) 2021/2.6.*
- [44] Zie par. 2.3.
- [45] MvT, p. 8.
- [46] MvT, p. 9 alwaar de Minister verwijst naar het Toetsingskader wettelijke concentratie van de Raad voor de rechtspraak. In dit toetsingskader is onder meer vastgelegd dat concentratie bij een gespecialiseerde rechter is aangewezen indien bijzondere rechterlijke expertise vereist is en het jaarlijks om een beperkt aantal zaken gaat.
- [47] MvT, p. 8.
- [48] De MvT lijkt hier overigens wel te miskennen dat de wens om de andere aandeelhouder uit te stoten al voorafgaand aan de enquêteprocedure opkomt en dat momenteel veelal slechts voor een enquêteprocedure wordt geopteerd omdat dit wordt gezien als de beste route naar een dergelijke oplossing (zie par. 2.2).
- [49] Zie MvT, noot 21 waar onder meer de volgende uitspraken worden genoemd: Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 1994, *NJ 1996, 167 (Muller/Muts)*, Rb. Leeuwarden (vzr.) 30 juni 2010, *ECLI:NL:RBLEE:2010:BN0523 (Swisch Holding B.V./X)*, Rb. Rotterdam (vzr.) 16 januari 2013, *JOR 2013/98 (Next Level Systems)*, Rb. Overijssel 24 juni 2020, *JONDR 2020/832* en Rb. Rotterdam 21 oktober 2020, *JONDR 2021/9*. Zie voorts Van Bekkum e.a. (red.), *Vereniging Corporate Litigation 2022-2023 (VDHI nr. 181) 2023/I e.v., B-A. de Ruijter &*

[50] Hof Amsterdam (OK) 10 april 2003, *JOR* 2003/144 (*Hoffmann*), r.o. 4.6.

[51] Art. 2:336a lid 1 BW (nieuw).

[52] Hof Amsterdam (OK) 3 september 2019, *JOR* 2020/59 m.nt. De Vries (*Arnold Maassen*).

[53] MvT, par. 6.2.

[54] De afsplitsingsmogelijkheid bestaat ook in het arbeidsrecht (art. 7:686a lid 10 BW), maar wordt daar slechts zelden toegepast. Zie W.J.J. Wetzels & P.G. Vesterling, *SDU Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, punt 13 en J.P. Quist, 'Dagvaarding of Verzoekschrift? That's the question (deel II)', *TAP* 2022/1.

[55] Hof Arnhem/Leeuwarden 23 augustus 2022 en Hof Amsterdam (OK) 15 november 2022, *JOR* 2023/30-31 m.nt. Schreurs. Instemmend G.C. Makkink, 'De verhouding tussen de enquêteprocedure en de geschillenregelingsprocedure', in: Bulten e.a., *Handboek Enquêterecht (VDHI nr. 175) 2022/46.3.2*.

[56] De Belgische regeling als geheel is overzichtelijk en summier vastgelegd in Boek 2, Titel 7 van het Wetboek Vennootschappen & Vereniging uit 2019, art. 2:60-69. Art. 2:67 en 2:69 bevatten enkele concrete handvatten die de rechter heeft voor het leveren van maatwerk. Een uitvoerige analyse van de overvloedige rechtspraak is te vinden in B. Tilleman & W. van de Putte, *Handboek geschillenregeling in vennootschappen - Uitsluiting en uittreding van aandeelhouders, 2023*.

[57] Hof Amsterdam (OK) 3 september 2019, *JOR* 2020/59 m.nt. De Vries (*Maassen*).

[58] Hof Amsterdam (OK) 30 november 2021, *JOR* 2022/282 m.nt. Bulten (*Bloembollenbedrijf Brouwer*).

[59] Hof Amsterdam (OK) 24 september 2019, *JOR* 2020/6 m.nt. Bulten (*Cox/Widdershoven*).

[60] Hof Amsterdam (OK) 21 september 2021, *ARO* 2021/176 (*Xeikon/Recalcico*).

[61] Hof Arnhem/Leeuwarden 23 augustus 2022 en Hof Amsterdam (OK) 15 november 2022, *JOR* 2023/30-31 m.nt. Schreurs.

[62] MvT, p. 19 bovenaan.

[63] Wij delen dus niet de kritiek van Van Solinge in zijn Column 'Zijn we met de Wagevoe op de goede weg?', *Ondernemingsrecht* 2024/6. Zijn ideaalbeeld om alle ondernemingsrechtelijke geschillen in één OK-rechtsgang te bundelen is nog nastrevenswaardig. Maar met zijn voorstel aan de enquêteprocedure in feite slechts de definitieve voorziening van de gedwongen overdracht toe te voegen, spant hij het paard achter de wagen. Van Solinge miskent dat het merendeel van de enquêteprocedures in feite "slechts" aandeelhoudersgeschillen zijn. Waarom zouden in dergelijke zaken een onderzoek, een onderzoeker, een onderzoeksrapport en een volledige tweede fase nodig zijn om vast te stellen wat iedereen vanaf het eerste faseverzoek meestal al weet: Deze partijen moeten uit elkaar! Het door hem terecht benadrukte nadeel van de lange duur van een huidige geschillenregeling, wordt zo niet alleen niet opgeheven, maar ook nog eens gegoten in de dure variant van de enquêteprocedure met zijn OK-functionarissen.

[64] Een verzoekschriftprocedure kenmerkt zich in het algemeen door meer vormvrijheid en een minder lijdelijke rechter.

[65] Zie MvT, noot 24.

[66] MvT, p. 10: "Het is onwenselijk dat thans moet worden gewacht tot conflicten zich voordoen in de algemene vergadering alvorens tot uitstoting kan worden overgegaan." Het is zinvol hier vast te stellen dat in de praktijk niet wordt "gewacht", maar juist actief wordt overgegaan tot het verplaatsen van het geschil naar de aandeelhoudersvergadering, omdat anders zowel in een enquêteprocedure als in de geschillenregeling niet-

ontvankelijkheidsverweren te verwachten zijn. Het is een van onze kernbezwaren tegen de huidige systematiek, waarin partijen die al een geschil op aandeelhoudersniveau hebben, min of meer gedwongen zijn dat te laten escaleren naar het vennootschapsniveau, niet zelden ten detrimente van de onderneming.

[67] EHRM 14 september 2021, nr. 49969/14, ECLI:CE:ECHR:2021:0914JUD004996914 (*Pintar e.a. t. Slovenië*). In de veronderstelling dat de Minister de toelichting zal aanvullen, ligt het niet voor de hand dat deze jurisprudentie inhoudelijk tot aanpassingen zal leiden. Dat geldt ook voor de tweede opmerking van de Raad van State die verwijst naar de noodzaak in de toelichting aandacht te besteden aan het Unierecht. Zoals de Raad zelf opmerkt: "Het is voorstelbaar dat deze belemmering grotendeels langs dezelfde lijnen als de inbreuk op het eigendomsrecht kan worden gerechtvaardigd."

[68] Zie MvT, par. 5, p. 14 en 15.

[69] De Vries in zijn noot bij *JOR* 2020/59.

[70] Naar moet worden aangenomen zal een eenmaal afgesplitste vordering in appel niet uitkomen bij de Ondernemingskamer maar bij de gewone appelrechter.

[71] G.C. Makkink, 'Ork, ork, ork, soep eet je met een ...', *Ondernemingsrecht* 2018/65.

[72] Art. 2:339 lid 1 en art. 2:340 lid 1 BW. Als partijen een regeling omtrent de bepaling van de prijs hebben vastgelegd in een overeenkomst of de statuten wordt die gevolgd, tenzij die onredelijk bezwarend is (art. 2:340 lid 3 BW).

[73] Hof Amsterdam (OK) 16 februari 2010, *JOR* 2010/96 (*Hooymans*), r.o. 3.6.

[74] In het illusoire geval waarin de vennootschap ordentelijk functioneert kan de waarde van de aandelen eenvoudig worden vastgesteld. Weliswaar - er wordt immers geprocedeerd - is ten minste een van de partijen onwillig om te kopen of te verkopen, maar de waardering wijkt dan niet veel af van een dergelijk proces in een minnelijk verkoopproces.

[75] Voorbeelden zijn o.m. te vinden in Hof Amsterdam (OK) 30 november 2021, *ARO* 2022/18 (*Arnold Maassen*), Hof Amsterdam (OK) 21 september 2021, *ARO* 2021/176 (*Xeikon/Recalcico*), Hof Amsterdam (OK) 19 mei 2020, *ARO* 2020/139, Hof Amsterdam (OK) 23 november 2021, *ARO* 2022/17 (*Haasnoot Beheer*), Hof Amsterdam (OK) 19 juli 2022, *ARO* 2022/172 (*Digneffe Beheer*) en Hof Amsterdam (OK) 5 april 2022, *ARO* 2022/105 (*Bloembollenbedrijf Brouwer*).

[76] Art. 2:343 lid 4 BW. Een billijke "verlaging" bij uittreding of bij uitstoting kan indirect slechts langs de weg van de samenhangende vordering worden geëffectueerd.

[77] G.C. Makkink, 'De kortste weg naar een vennootschappelijk scheidingsrecht', in: Makkink e.a., *Vernieuwing van het enquêterecht (ZIFO nr. 33) 2021/2.6*.

[78] Art. 2:340 lid 4 BW. Art. 2:341 lid 1 BW. Bij uittreding geldt een vergelijkbare bepaling.

[79] Zie voor een voorbeeld van een afwijzing mede in verband met de liquiditeitspositie van de vennootschap: Rb. Rotterdam 3 februari 2021, *JOR* 2021/176 m.nt. De Vries.

[80] Art. 2:67 resp. 2:69 WVV.

[81] Rb. Midden-Nederland (vzr.) 20 mei 2020, *JOR* 2020/229 m.nt. Van Thiel (*Castanje Vermogensbeheer*).

[82] Art. 2:67 en 2:69 WVV.

[83] Art. 2:67 en 2:69 WVV.

[84] Zie B. Tilleman & W. van de Putte, *Handboek geschillenregeling in vennootschappen - Uitsluiting en uittreding van aandeelhouders*, 2023, Hoofdstuk V - Modaliteiten en gevolgen van de gedwongen

overdracht/overname, p. 338-373.

[85] Zie B. Tilleman & W. van de Putte, *Handboek geschillenregeling in vennootschappen - Uitsluiting en uittreding van aandeelhouders*, 2023, p. 369.

[86] Hof Amsterdam (OK) 21 september 2021, ARO 2021/176 (*Xeikon/Recalcico*).

[87] Hof Amsterdam (OK) 30 november 2021, ARO 2022/18 (*Arnold Maassen*).

[88] Art. 282 lid 4 Rv.

[89] Of partijen die gezamenlijk een derde houden.

[90] HR 23 maart 2012, NJ 2012/393 (*e-Traction-II*).

[91] In gelijke zin reeds C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde (VDHI nr. 108) 2011/IV.4.2*, p. 116-117.

[92] Zie [Kamerstukken II 1984/85, 18905, nr. 3](#) (MvT), p. 17.

[93] Dit soort discussies spelen ook in de enquêteprocedure. Zie over deze problematiek F. Veenstra, 'Discussie omtrent het aandeelhouderschap van verzoeker om een enquête', *Ondernemingsrecht* 2022/26, waarbij wij opmerken dat we zijn kritiek op de rechtspraak van de Ondernemingskamer niet delen.

[94] Art. 2:62 lid 2 WVV.