

De geschillenregeling op consensuele basis (artikel 2:337 lid 2 BW)

Dineren bij het driesterrenrestaurant van de dienstmaagd

Mr. Ph.W. Schreurs, datum 13-07-2020

Datum

13-07-2020

Auteur

Mr. Ph.W. Schreurs^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS207967:1

Vakgebied(en)

Ondernemingsrecht / Algemeen

Aandeelhoudersgeschillen worden binnen de huidige wettelijke mogelijkheden op oneigenlijke wijze opgelost. De daarvoor bedoelde geschillenregeling van Boek 2 BW functioneert suboptimaal en daarom wordt veelal uitgeweken naar de indirecte route die de enquêteprocedure biedt. Materieel komt de oplossing in de meeste gevallen pas tot stand als de wegen van de twistende partijen scheiden doordat de een verkoopt aan de ander. In beide procedures zijn de afgelopen jaren verbeteringen aangebracht en een voorstel tot nadere verbetering is in 2019 in consultatie gegaan.

In dit artikel wordt bepleit de twee procedures verregaand te combineren door een enquêteverzoek te combineren met een aanbod tot het voeren van een uittreed- of uitstootprocedure bij wege van vrijwillige prorogatie, welk aanbod uiterlijk ter gelegenheid van de mondelinge behandeling pas behoeft te worden aanvaard. De Ondernemingskamer kan daarbij een regiefunctie vervullen. Deze geschillenregeling op consensuele basis leidt tot een beperking van de duur en de kosten van het aandeelhoudersgeschil en voorkomt daarmee nodeloze schade aan de onderneming die binnen de vennootschap wordt geëxploiteerd.

Deze methode kan een aanzet vormen tot een zinvolle verdere integratie van de twee procedures uit de Afdelingen 1 en 2 van Boek 2, Titel 8 BW.

1. Inleiding

In dit artikel zing ik niet nogmaals het sleetse lied dat de beslechting van aandeelhoudersgeschillen in Nederland op gemankeerde wijze verloopt,^[2] maar probeer ik een concreet voorstel voor verbetering te formuleren. Eerder heb ik mij gevoegd in het koor van schrijvers dat geconstateerd heeft dat tot 2012 de geschillenregeling van Boek 2, Titel 8, Afdeling 1 BW volstrekt niet functioneerde en na de wijzigingen van 2012 nog altijd in te beperkte mate.^[3] In het kader van de door de minister toegezegde evaluatie van de wijzigingen uit 2012 zijn recent voorstellen tot wijziging in consultatie gegeven. De kritische reacties daarop maken duidelijk dat een beetje ingrijpen onvoldoende is.^[4] Uiterst kort samengevat, functioneert het systeem ter beslechting van aandeelhoudersgeschillen met name niet omdat in het enquêterecht geen definitieve voorziening voorhanden is waarbij aandeelhouders gedwongen kunnen worden uit elkaar te gaan terwijl de geschillenregeling (waar dat uit elkaar halen wél mogelijk is) in te weinig gevallen kan worden toegepast.

In mijn artikel uit 2017 stelde ik drie verbeteringen voor. In de eerste plaats riep ik de rechter op tot ruimere toepassing van de bestaande regels, met name door een ruimere uitleg te geven aan de in artikel 2:343 lid 1 BW opgenomen redelijkheidgrond voor uittreden. De Ondernemingskamer heeft nadien uitdrukkelijk uitgesproken dat voor toepassing van de geschillenregeling geen zwaarwegende omstandigheden zijn vereist, zoals tot die tijd in lagere instanties wel werd geoordeeld.^[5] In de tweede plaats riep ik de wetgever op tot verbetering van de regelgeving, dan wel door expliciete verruiming van de criteria voor uittreding en uitstoting, dan wel door opname van overdracht van aandelen in de lijst van definitieve voorzieningen in de tweede fase van een enquêteprocedure (artikel 2:356 BW). Zoals reeds opgemerkt schiet het consultatievoorstel in dat opzicht nog wel tekort. In de derde plaats riep ik notarissen resp. samenwerkende aandeelhouders op om uitdrukkelijk te voorzien in een statutaire geschillenregeling bij het oprichten van een vennootschap waarin meerdere personen voornemens zijn te gaan samenwerken.

In een recent artikel (maar voorafgaand aan publicatie van de consultatievoorstellen) heeft de Voorzitter van de Ondernemingskamer, mr. Makkink, het voorstel gedaan wettelijk te bepalen dat de geschillenregeling en de

enquêteprocedure min of meer gevoegd kunnen worden behandeld.^[6] Tijdens een seminar over de geschillenregeling te Groningen hebben hij en ik gedebatteerd over verschillende oplossingen en recent vond een bijeenkomst plaats waarbij gereflecteerd werd op de resultaten van de consultatie. Dit artikel is voortgevloeid uit de inspiratie die ik gedurende die debatten heb opgedaan.^[7]

Ik ben van mening dat het weliswaar wenselijk is dat de wet wordt aangevuld op de door Makkink en/of mij bepleite wijze, maar ik meen dat het niet noodzakelijk is om, in afwachting van dat langdurige proces, werkeloos toe te kijken. De praktijk kan ook binnen de bestaande mogelijkheden nieuwe alternatieven onderzoeken en daartoe doe ik bij deze een voorstel. De voorstellen als neergelegd in het medio 2019 gepubliceerde consultatievoorstel zijn met name voor de *no-fault-divorce*-gevallen onvoldoende en daarom ook vrij breed kritisch ontvangen.^[8]

De door mij hierna voorgestelde werkwijze is gebaseerd op de mogelijkheid afspraken te maken als bedoeld in artikel 2:337 BW en kan worden toegepast in het overgrote deel van de bij de Ondernemingskamer voorliggende gevallen. Uit onderzoek is immers gebleken dat een significant deel van de enquêteprocedures ziet op situaties waarin het beleid en de gang van zaken twijfelachtig zijn ten gevolge van een achterliggend aandeelhoudersgeschil tussen twee of meer partijen.^[9] Bovendien is aannemelijk dat van die gevallen alweer een significant deel gekenmerkt wordt doordat de oplossing uiteindelijk wordt gevonden in het uittreden van één van de strijdende partijen, veelal door overdracht van diens aandelen aan één of meer achterblijvers.^[10] Bij deze geschillen is naar mijn ervaring soms niet, maar vaak wel, al in een vroeg stadium voor beide partijen duidelijk dat partijen uit elkaar moeten en dus één van beide dient te vertrekken. In dit artikel ga ik voor het gemak uit van twee 50/50 aandeelhouders die tevens bestuurder zijn. Vaak is echter nog niet aanstonds voor *beide* partijen duidelijk wie de meest geëigende partij is om te vertrekken en zelden is er overeenstemming of reëel besef ten aanzien van de *waarde* van de betrokken aandelen.^[11]

De hierna te bespreken methode heb ik tot nu toe éénmaal toegepast in een bij de Ondernemingskamer aanhangig gemaakte procedure. Na de indiening van het verzoek/de procesinleiding bleek dit langlopend geschil te kunnen worden geschikt, waardoor de werking van de methode nog niet tot het uiterste is beproefd. Dit artikel is een oproep aan de praktijk om verder experimenterend een efficiënte, kostenbesparende, voortvarende en rechtvaardige procedure te ontwikkelen ter beslechting van aandeelhoudersgeschillen. De noodzaak daarvan is groot omdat aandeelhoudersgeschillen zeer grote negatieve impact kunnen hebben op in feite uiterst levensvatbare bedrijven en vooral bij familiebedrijven kunnen leiden tot vrijwel onherstelbare economische, sociale en psychische schade.^[12]

2. De geschillenregeling

De thans geldende geschillenregeling van Boek 2 BW heeft de volgende kenmerken:

- **Uitstoting:** de houder van ten minste een derde van het aandelenkapitaal heeft de mogelijkheid te vorderen dat een andere aandeelhouder wordt uitgestoten, zodat deze zijn aandelen dient over te dragen. De grond daarvan moet gelegen zijn in gedragingen van de uit te stoten aandeelhouder. Door die gedragingen dient het belang van de vennootschap (en dus niet slechts dat van de eisende medeaandeelhouder) te worden geschaad en wel zodanig dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld.
- **Uittreding:** bij de uittreding staat niet zozeer het belang van de vennootschap voorop, maar dat van de aandeelhouder die zijn eigen uittreding vordert. Voor uittreding is aanleiding als de beoogde uittreder zodanig in zijn rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem gevergd kan worden. De aanleiding moet gelegen zijn in gedragingen van de medeaandeelhouder(s) of van de vennootschap zelf.
- **Waardering:** indien de hiervoor bedoelde vordering (bij tussenvonnis) wordt toegewezen, benoemt de rechter een deskundige ter vaststelling van de prijs (tenzij die eenvoudig op andere wijze kan worden bepaald). Bij eindvonnis wordt de overdracht en betaling van de aandelen gelast.
- **Uitvoerbaarheid bij voorraad:** het eindvonnis kan door de rechter uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. Vernietiging in hoger beroep laat de rechtsgrond voor de levering in stand en slechts de gevolgen ervan moeten ongedaan worden gemaakt. Dat betekent dat na een door eiser gewonnen procedure de twistende aandeelhouders in ieder geval niet meer gezamenlijk in een aandeelhoudersvergadering hoeven te zitten.
- **Connexe vorderingen:** vorderingen die samenhangen met het geschil zien vaak op verwijten betreffende de waarde van de aandelen, met name omdat die door de gewraakte gedragingen negatief zou zijn beïnvloed. Dergelijke en eventuele andere samenhangende vorderingen kunnen op grond van artikel 2:336 lid 5 resp. artikel 2:343 lid 4 BW in dezelfde procedure als de uittreding of de uitstoting worden ingesteld.
- **Hoger beroep:** alle hiervoor bedoelde kwesties worden in hoger beroep uitsluitend door de Ondernemingskamer behandeld.

3. De geschillenregeling op consensuele basis

In artikel 2:337 lid 2 BW is een prorogatie-bepaling opgenomen: "In de statuten of een overeenkomst kan worden bepaald dat geschillen als in deze afdeling bedoeld, dadelijk ter kennis worden gebracht van de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam of aan arbitrage worden onderworpen, dan wel anderszins wordt afgeweken van de rechterlijke bevoegdheid als geregeld in artikel 2:336, leden 3 en 5." In dit artikel laat ik de statutaire regeling verder onbesproken, maar concentreer ik me op de regeling bij overeenkomst, die ik aanduid als 'consensueel'. Een dergelijke overeenkomst kan worden gesloten voordat sprake is van een geschil. Zo is goed denkbaar en is het in veel gevallen sterk aan te bevelen dat partijen bij een joint venture of aandeelhoudersovereenkomst op voorhand vastleggen dat zij, indien een van hen aanleiding ziet de geschillenregeling in te roepen, daarvoor de Ondernemingskamer of arbiters zullen raadplegen. In dit artikel onderzoek ik de mogelijkheden die er zijn nadat al een geschil is gerezen of een der partijen die mening althans is toegedaan.^[13] Aan de hand van artikel 2:337 lid 2 BW kunnen partijen ook dan gezamenlijk besluiten hun geschil voor te leggen aan de Ondernemingskamer.^[14] Indien een dergelijke overeenkomst vooraf wordt gesloten, moet voor alle betrokken partijen de volledige geschillenregeling openstaan.^[15] Dat wil zeggen dat beide aandeelhouders zowel uitstoting van de ander als uittreding van zichzelf moeten kunnen vorderen. Het komt mij voor dat bij een overeenkomst die pas wordt gesloten nadat het geschil al is gerezen, denkbaar is dat een beperktere vorm wordt afgesproken, dus bijvoorbeeld dat de meerderheidsaandeelhouder de minderheidsaandeelhouder mag proberen uit te stoten bij een procedure op tegenspraak die aanhangig wordt gemaakt bij de Ondernemingskamer.^[16]

De procedure wordt aanhangig gemaakt door een dagvaarding. In artikel 997a Rv is bepaald dat een afschrift van de dagvaarding wordt betekend aan de vennootschap en binnen twee weken 'bekend wordt gemaakt' aan eventuele medeaandeelhouders.

4. De eenzijdige ingang naar een uitstoting of uittreding op consensuele basis

In de praktijk is echter de bereidheid vaak nog te gering om in overleg met de tegenpartij te komen tot voorafgaande procesafspraken. Daar is men in een vroeg stadium van het geschil meestal nog niet klaar voor. Die bereidheid kan echter wel worden gestimuleerd en het momentum daarvoor ook worden gecreëerd. Dat kan in mijn ogen op de volgende wijze.

In een geval waarin sprake is van een aandeelhoudersgeschil (zeker indien sprake is van een zgn. impasse) kan de initiatiefnemende partij kiezen om een geschillenregeling aanhangig te maken bij de rechtbank of een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer. Doorgaans wordt gekozen voor de tweede route, omdat deze sneller en professioneler verloopt en daardoor meer zekerheid biedt. Uitgaande van een impasse zal een verzoek bij de Ondernemingskamer doorgaans worden toegewezen en zal wellicht een onmiddellijke voorziening worden getroffen door de benoeming van een tijdelijk bestuurder die het veelal tot zijn taak mag rekenen te streven naar een minnelijke regeling. In de op die wijze bereikte nieuwe *status quo*, waarin een of meer van de betrokken partijen een deel van de macht uit handen is geslagen, kan een ander klimaat ontstaan waarin gewerkt kan worden aan een oplossing van het geschil. Zoals reeds opgemerkt leidt dat in de praktijk regelmatig tot uitkoop van de ene aandeelhouder door de ander.

De initiatiefnemende partij kan natuurlijk ook van stond af aan duidelijk maken dat hij van mening is dat het uiteindelijke doel van die enquêteprocedure slechts is gelegen in het creëren van een mogelijkheid om partijen uiteindelijk uit elkaar te laten gaan. Daartoe – en dat is het voorstel dat ik bij dezen doe – zal het verzoekschrift waarin in het eerste deel de enquête en eventuele onmiddellijke voorzieningen zijn verzocht, een tweede deel moeten bevatten dat een procesinleiding is voor een vordering tot uitstoting of uittreding op basis van de geschillenregeling op consensuele basis. Dit kan geponereerd worden zonder dat de (voor een overeenkomst benodigde) wilsovereenstemming er op dat moment al is. In de door mij voorgestane werkwijze bevat de procesinleiding in feite het aanbod tot het aangaan van een prorogatie-overeenkomst. Het is immers niet zo dat de wilsovereenstemming die nodig is voor toepassing van artikel 2:337 lid 2 BW al voorafgaand aan het inleiden van deze procedure bereikt moet zijn. Het is mogelijk dat de 'gedaagde' pas tijdens die procedure (in het verweerschrift dan wel ter gelegenheid van de mondelinge behandeling, en in ieder geval uiterlijk voordat de Ondernemingskamer beslist omtrent de ontvankelijkheid van de partij die de procesinleiding heeft uitgebracht) instemt met het voorleggen van het geschil tot uitstoting of uittreding aan de Ondernemingskamer. Voor aandeelhoudersgeschillen is dat immers de meest aangewezen instantie. Het is het driesterrenrestaurant van de *corporate litigation*, waarvan de 'gedaagde' dan inmiddels het menu heeft kunnen bestuderen, terwijl de dienstmaagd altijd bereid is rekening te houden met allergieën.^[17]

In het eerste deel van het inleidend processtuk (het verzoekschrift) wordt het verzoek behandeld tot het gelasten van een enquête. Daarin worden de feiten en omstandigheden beschreven die aanleiding geven te twifelen aan het beleid en de gang van zaken. In het daarbij behorende verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen worden gepaste voorzieningen voorgesteld. In het tweede deel van het processtuk (dat ik aanduid als 'de procesinleiding') wordt, op basis van vermoedelijk dezelfde feiten en omstandigheden die immers aanleiding hebben gegeven tot de impasse, uiteengezet waarom de verzoeker/procesinleider meent dat de wederpartij moet worden uitgestoten of dat hij zelf moet kunnen uittreden en kunnen de zogenaamde connexe vorderingen aanhangig worden gemaakt.^[18] Aan het slot van die procesinleiding wordt

de wederpartij opgeroepen om bij verweerschrift/antwoord of ter comparitie te laten weten of hij instemt met deze procesgang bij de Ondernemingskamer.

Het voordeel van deze procesgang, ook voor de wederpartij, is uiteraard dat voorkomen wordt dat de enquêteprocedure tot en met de tweede fase moet worden voortgezet of alsnog in eerste aanleg bij de rechtbank een uitstotings- of uittredingsvordering aanhangig moet worden gemaakt, welke procedure (in geval van een onbevredigend resultaat) in hoger beroep uiteindelijk toch weer eindigt met een bezoek aan ons sterrenrestaurant aan het IJdok.^[19] Aldaar kan ook een driegangenmenu (eerste fase, tweede fase, geschillenregeling) worden geserveerd voor de prijs van één.^[20]

Voor de consensuele procedure is het naar mijn mening niet nodig een dagvaarding uit te brengen. Ten aanzien van de dagvaardingsprocedure vereist artikel 111 lid 1 Rv dat dagvaarding plaatsvindt bij exploit. Artikel 120 lid 1 Rv bepaalt dat al hetgeen in die afdeling is voorgeschreven (dat is dezelfde afdeling als waartoe artikel 111 lid 1 Rv behoort) op straffe van nietigheid in acht wordt genomen.^[21] Een dagvaarding die niet bij exploit wordt uitgebracht is nietig. Artikel 122 lid 1 Rv bepaalt vervolgens dat, indien de gedaagde in het geding verschijnt en zich op de nietigheid van het exploit van dagvaarding beroept, de rechter dit beroep verwerpt indien de gedaagde onvoldoende in zijn belangen is geschaad. Dus: verschijnen dekt de nietigheid, tenzij de gedaagde in zijn belangen is geschaad. Als alternatief kan de rechter herstel van het gebrek bevelen (artikel 122 lid 2 Rv). De door mij voorgestelde route zal dan ook geen probleem opleveren indien de wederpartij verschijnt en (uiteindelijk) instemt. Bij instemming zal in redelijkheid geen sprake meer zijn van een belangenschending van de gedaagde. Kortom: de betekening is misschien (in beginsel) wel nodig, maar het ontbreken van de betekening hoeft praktisch gezien niet in de weg te staan aan mijn methode. Die werkt immers toch alleen maar als de andere aandeelhouder uiteindelijk instemt met deze versnelde procesgang.

Een formeel veiligere methode (met name indien er meer aandeelhouders zijn dan slechts de twistende partijen) is dat de procesinleiding tegelijk met het indienen van het verzoekschrift wordt betekend aan de vennootschap en de medeaandeelhouders, zodat voldaan is aan doel en strekking van artikel 997a Rv.^[22] De Ondernemingskamer zal dan verzocht moeten worden de twee procedures gevoegd te behandelen.

De verweerder/'gedaagde' kan zich in het verweerschrift/de conclusie van antwoord uitlaten over zijn bereidheid in te gaan op de uitnodiging van de verzoeker/eiser.^[23] Indien hij de uitnodiging van de hand wijst, kan en zal de Ondernemingskamer vermoedelijk ter gelegenheid van de mondelinge behandeling van het enquêteverzoek op zijn minst aandacht besteden aan de vraag wat de redenen hiervoor zijn en of eventueel een andere passende oplossing kan worden gevonden. Mogelijk leidt de desbetreffende gedachtewisseling ertoe dat verweerder alsnog voordelen aan deze procedure ziet. Daarbij zal vanzelfsprekend met name aandacht moeten worden gegeven aan het belang dat partijen hebben bij een ordentelijke wisseling van standpunten bestaande uit niet alleen hoor en wederhoor bij die mondelinge behandeling, maar vooral ook uit een bondige vervolprocedure met één of meer schriftelijke rondes en eventuele bewijsvoering. De desbetreffende procedure beoogt immers (hoewel slechts in één feitelijke instantie) een volwaardige procedure op tegenspraak te zijn. Met name in de connexe vorderingen zullen doorgaans elementen zitten van onrechtmatigedaads-kwesties die vragen om grondig feitenonderzoek en/of bewijsvoering.

De Ondernemingskamer zal ten behoeve van de behandeling van het verzoekschrift/de procesinleiding (in het geval de betekening ex artikel 997a Rv achterwege wordt gelaten) partijen overigens uitsluitend kunnen oproepen voor het eerste deel van het processtuk, de behandeling van het enquêteverzoek. Zonder *voorafgaande* instemming van de wederpartij is er immers geen ingang op basis waarvan de Ondernemingskamer in actie kan komen. De Ondernemingskamer kan, als hiervoor aangeduid, uiteraard wel ter gelegenheid van de mondelinge behandeling van het enquêteverzoek, aan de orde stellen wat het 'echte' geschil is en wat de mogelijkheden zijn voor een daadwerkelijke oplossing; naar de praktijk uitwijst, doet de Ondernemingskamer dat ook al veelvuldig.^[24] Dat is ook het voordeel van deze aanpak ten opzichte van een voorafgaand verzoek aan de wederpartij om in te stemmen met prorogatie: het creëert de mogelijkheid om het juiste momentum te creëren voor het bereiken van overeenstemming. Dat momentum is optimaal ter gelegenheid van de mondelinge behandeling ten overstaan van de Ondernemingskamer.

Indien de wederpartij er desondanks voor kiest niet in te stemmen met een gecombineerde enquêteprocedure/geschillenregeling zal het enquêteverzoek verder gewoon kunnen worden afgehandeld. Het is aan 'eiser' om dan het verdere verloop van de eerste of tweede fase af te wachten of alsnog bij de rechtbank een vordering tot uitstoting of uittreding aanhangig te maken.

De hiervoor bedoelde methode kan overigens niet alleen door een verzoeker in een enquêteprocedure worden gehanteerd, maar ook door een verweerder. Het is immers evenzeer denkbaar dat een verweerder die reageert op een enquêteverzoek, in zijn verweerschrift een procesinleiding opneemt waarin hij uiteenzet waarom hij van mening is dat er aanleiding is voor uittreding of uitstoting van één der partijen en de wederpartij uitnodigt op consensuele basis mee te werken aan de geschillenregeling bij wege van prorogatie in gecombineerde behandeling bij de Ondernemingskamer.^[25] De oorspronkelijke verzoeker zal zich ter gelegenheid van de mondelinge behandeling bij de Ondernemingskamer kunnen uitlaten over deze procesinleiding waarna (bij instemming) verdere procesafspraken kunnen worden gemaakt.

In zijn recente kritische artikel over het in consultatie gegeven voorontwerp bespreekt Josephus Jitta de zgn. 'zij-instromers', partijen die overstappen van een enquêteprocedure naar een geschillenregeling.^[26] Aan de hand van een vergelijking met de vroeger wel, maar thans niet meer gepubliceerde schikkings-PV's, stelt hij voor dat de ter zitting vastgelegde schikking over de wijze waarop partijen uit elkaar gaan, aangemerkt wordt als een verzoekschrift als bedoeld in de zin van artikel 2:343c lid 1 BW. Zijn gedachte onderschrijvend zou ik menen dat een dergelijke schikking meer een overeenkomst is dan een verzoekschrift en dat de route via artikel 2:337 lid 2 BW nog voor de hand liggender is en meer ruimte biedt voor maatwerk. Bovendien biedt die route ook bewegingsruimte voor de gevallen waarin wel overeenstemming bestaat over de noodzaak uit elkaar te gaan, maar nog niet over wie de aandelen overneemt.

Het is zelfs denkbaar deze procesinleiding toe te passen in de (minder veelvuldig voorkomende) gevallen dat de vennootschap betrokken wordt bij een geschil tussen aandeelhouders. De 'zelf-enquête' begint aan populariteit te winnen.^[27] Het is mogelijk dat (het bestuur van) de vennootschap in een door één der aandeelhouders aanhangig gemaakte enquêteprocedure als verweerder/belanghebbende wordt opgeroepen en in het verweerschrift een procesinleiding opneemt en de betrokken aandeelhouders uitnodigt gebruik te maken van de mogelijkheden van de consensuele geschillenregeling. Deze procesinleiding zal dan bij de mondelinge behandeling aan de orde kunnen komen, de betrokken aandeelhouders kunnen besluiten daarmee in te stemmen en aan de hand daarvan kunnen ter plaatse procesafspraken worden gemaakt. Het is daarbij niet relevant dat de vennootschap zelf niet bevoegd is uitstoting te vorderen;^[28] zonder uiteindelijke instemming is prorogatie immers toch niet mogelijk.

Ten slotte zou ik mij zelfs kunnen voorstellen dat de Ondernemingskamer eigener beweging aan partijen deze mogelijkheid voorhoudt om te komen, niet tot rechtstreekse overeenstemming over een oplossing, maar tot een procedure waarlangs op efficiënte en volwaardige wijze een uitsluitel op tegenspraak kan worden verkregen over de vraag wie van de aandeelhouders moet vertrekken.^[29] Het heeft er alle schijn van dat de Ondernemingskamer dergelijke pogingen geregeld onderneemt. Zo heeft de Ondernemingskamer, in een volstreekte standaard situatie zoals ook in dit artikel tot uitgangspunt is genomen (50/50 dga's), partijen na schorsing bewogen tot een minnelijke regeling waarin een tijdelijk bestuurder wordt benoemd, een deskundige de waarde van de aandelen zal vaststellen, de oorspronkelijke verzoeker een eerste recht heeft om de medeaandeelhouder tegen de vast te stellen waarde uit te kopen en, zo hij daar geen gebruik van maakt, de medeaandeelhouder de oorspronkelijke verzoeker voor dat bedrag zal uitkopen met verdeling van de kosten.^[30]

Als eerder aangeduid kan dit alles ook worden toegepast op certificaathouders in de gevallen waarin aangenomen moet worden dat zij volstrekt vergelijkbaar zijn met een aandeelhouder.^[31]

5. Afronding

Hoewel het er in aandeelhoudersgeschillen hard aan toe kan gaan en mijn geloof in een consensuele oplossing natuurlijk ook getuigt van een zekere naïviteit, is de ervaring^[32] dat veel partijen die voorafgaand aan het betreden van de arena nog geen enkele bereidheid tot overleg tonen, ter gelegenheid van een mondelinge behandeling wel bereid zijn op zoek te gaan naar een oplossing(srichting).^[33] Voor het bereiken van de oplossing zelf is het dan veelal nog te vroeg. Daarvoor moet vaak eerst meer duidelijkheid worden verkregen over de feiten en de visie daarop van de wederpartij, moeten partijen eerst met de neus op de feiten worden gedrukt doordat zij tijdelijk uit hun bevoegdheden (dreigen te) worden ontheven of moeten partijen een realistischer besef hebben van de waarde van de aandelen. In veel gevallen is er ten tijde van de zitting echter wel al voldoende bereidheid en zakelijk inzicht gerijpt voor het besef dat een efficiënte en kwalitatief hoogstaande procedure partijen eerder bij het dan nog ongewisse einde van een geschil kan brengen dat hen op dat moment vaak al jaren het leven zuur maakt. Aan tafel dus!

Voetnoten

[1]

Flip Schreurs is advocaat te Eindhoven.

[2]

Een lied dat prof. mr. C.D.J. Bulten leidde tot de verzuchting *Ik voel mij een langspeelplaat*, in De Wulf e.a., in: *Ondernemingsrecht in de Lage Landen. Wat kunnen wij van de Belgen leren?* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 117), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 143 e.v. De titel is eens te meer opvallend gelet op de eerste voorletters van de schrijfster.

[3]

Ph.W. Schreurs, 'De herziene geschillenregeling en de lange weg naar een vennootschappelijk scheidingsrecht', *WPNR* 2017/7158, p. 523-533.

[4]

Te raadplegen op <https://www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingenenquete>.

[5]

Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3222, *JOR* 2020/59, m.nt. P.P. de Vries (*A.M. Maassen Holding BV*). In deze zaak stond ik de gedaagden bij. De Ondernemingskamer overweegt: "Bij de beoordeling van de uittredingsvordering staat voorop dat voor toewijzing van deze vordering voldoende is dat appellante onder 2 als aandeelhouder door gedragingen van een of meer medeaandeelhouders zodanig in haar rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van haar aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van haar kan worden gevergd. Deze maatstaf houdt niet in dat de vordering slechts kan worden toegewezen in geval van 'bijkomende zwaarwegende omstandigheden', 'zwaarwegende gronden' of 'verwijtbaarheid' van de medeaandeelhouders of de vennootschap. Op grond van de vaststaande omstandigheden is de uittredingsvordering toewijsbaar. Er is sprake van duurzame ontwrichting en verstoorde verhoudingen tussen de broers in de familievennootschap." De Vries is instemmend in zijn noot: "Door uitdrukkelijk te kiezen voor de redelijkheid en billijkheid als maatstaf, wordt aansluiting gezocht bij de maatstaven die worden gehanteerd in procedures voor vernietiging van besluiten op basis van dezelfde norm (art. 2:15 lid 1 sub b BW) en het enquêterecht, waarbij het handelen in strijd met deze norm als wanbeleid kan worden aangemerkt. Ik acht het standpunt van de OK ten aanzien van deze te zware eisen overigens terecht, ook naar huidige recht, aangezien deze zware eisen niet volgen uit de wettekst of parlementaire geschiedenis en in de praktijk een barrière opwerpen."

[6]

Mr. G.C. Makkink, 'Ork, ork, ork, soep eet je met een ...', *Ondernemingsrecht* 2018/65. "De wetgever hoeft slechts te bepalen dat een vordering tot uitstoting of uittreding – ter keuze van de aanlegger – kan worden aangebracht bij de Ondernemingskamer of – op verzoek van de gedaagde – kan worden verwezen naar de Ondernemingskamer als eerste (en enige feitelijke) instantie."

[7]

Het seminar onder voorzitterschap van voormalig Ondernemingskamer-voorzitter prof. mr. J.H.M. Willems vond plaats op 15 april 2019 en werd georganiseerd door het Groningse Studentgenootschap voor Onderneming & Recht SGOR. Op 24 april 2020 vond, georganiseerd door de RUG en de UvA, een Zoom-bijeenkomst plaats over enkele in de consultatiefase gedane voorstellen tot verbetering van de geschillenregeling.

[8]

<https://www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingenenuete>.

[9]

In het kader van de evaluatie van het enquêterecht door het WODC is hier onderzoek naar gedaan. In het rapport 'Doelbereiking en effectiviteit van de wet aanpassing enquêterecht in de praktijk' uit 2018 is in par. 3.6 ingegaan op de aard van het achterliggende conflict.

[10]

In het rapport Doelbereiking en effectiviteit van de wet aanpassing enquêterecht in de praktijk uit 2018 is in par. 5.2.3 een overzicht opgenomen waaruit blijkt dat ten minste ca. een derde van de enquêtoprocedures door middel van een schikking wordt beëindigd maar dat dit percentage vermoedelijk hoger ligt door de schikkingen die niet leiden tot een gepubliceerde beschikking.

[11]

Reden waarom in de praktijk zelden gebruik wordt gemaakt van de bijzondere procedure van art. 2:343c BW.

[12]

Zie Schreurs 2017, p. 525 en voetnoot 15.

[13]

In de psychologie wordt een onderscheid gemaakt tussen eenzijdige en meezijdige conflicten. In een eenzijdig conflict voelt de ene partij zich gedwarsboemd, terwijl de andere partij zich daarvan niet of beperkt bewust is. Zie o.m. Jehn, Rispens en Thatcher, 'The effects of conflict asymmetry on work group and individual outcomes', *Academy of Management Journal*, 2010/53 (3), p. 596-616.

[14]

In haar noot onder Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3555, *JOR* 2020/6 (*Cox/Widdershoven*), waarin de geschillenregeling voor het eerst werd toegepast op certificaathouders, merkt Bulten op: "(...) maar de interessante vraag ligt voor: kun je afspreken dat de geschillenregeling van toepassing is op certificaten? In art. 2:337 BW scheidt de wet ruim baan voor contractuele regelingen. Is de afspraak 'de geschillenregeling geldt voor de certificaathouder' wellicht een vorm van analoge toepassing van dit wetsartikel?"

[15]

MvT, *Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3*, p. 100-101: "Voorts zal de aanwijzing uiteraard steeds betrekking moeten hebben op zowel vorderingen tot uitstoting c.q. uittreding (lid 3 van artikel 336) als op daarmee samenhangende vorderingen als bedoeld in lid 5 van artikel 336."

[16]

Een subvariant daarvan is de verzoekschriftprocedure van art. 2:343c BW waarin partijen het eens zijn over de koper, maar nog niet over de prijs. Ik veronderstel dat daarvan in de praktijk zo weinig gebruik wordt gemaakt omdat partijen die het daarover eens zijn, meestal geen rechterlijke inmenging nodig hebben om tot een gezamenlijke waarderingsopdracht te komen.

[17]

J.H.M. Willems, 'De enquêtoprocedure: een efficiënte dienstmaagd', in: A.F.J.A. Leijten e.a. (red.), *Conflicten rondom de rechtspersoon: voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 29 en zaterdag 30 oktober 1999*, Deventer: Kluwer 2000, p. 34-37.

[18]

Art. 2:336 lid 5 resp. art. 2:343 lid 4 BW.

[19]

De Ondernemingskamer is op grond van art. 2:336 lid 3 BW de exclusief bedoelde appelinstantie ter zake van de geschillenregeling.

[20]

Ik vind deze culinaire vergelijkingen toch smakelijker dan Makkink's met de vork gelepelde aandeelhouderssoep.

[21]

De schakelbepaling voor hoger beroep is te vinden in art. 353 Rv.

[22]

Art. 997a lid 1 Rv: "Een afschrift van het exploit van dagvaarding waarbij een vordering bij de rechtbank wordt ingesteld als bedoeld in de artikelen 336, 342 en 343 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt onverwijld door de eiser aan de vennootschap betekend." Lid 2: "Binnen twee weken na de betekening stelt de vennootschap de niet gedagvaarde aandeelhouders schriftelijk in kennis van de inhoud van de dagvaarding."

[23]

Net als de belanghebbende(n) zoals met name medeaandeelhouders dat in hun eigen verweerschrift/antwoord kan/kunnen doen.

[24]

Zo valt in veel beschikkingen van de Ondernemingskamer te lezen dat partijen weliswaar van mening verschillen wie waarvan een verwijt kan worden gemaakt, maar het eens zijn over het feit dat sprake is van een impasse die aanleiding geeft tot ingrijpen.

[25]

Het verdient wederom aanbeveling het verweerschrift dan op de voet van art. 997a Rv te betekenen aan de vennootschap en bekend te maken aan de medeaandeelhouders.

[26]

M.W. Josephus Jitta, 'Het Voorontwerp voor de Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure', *WPNR* 2020/7268, p. 81-86.

[27]

Bij de wijziging in 2012 is art. 2:346 lid 1 sub d BW opgenomen, op grond waarvan de vennootschap zelf gerechtigd is een enquêteverzoek aanhangig te maken. Sinds 2013 is dit ongeveer 35 keer toegepast.

[28]

Zoals uitdrukkelijk bepaald in art. 2:336 lid 2 BW. Uittreding kan uit de aard der zaak alleen door een aandeelhouder worden gevorderd.

[29]

In de bijeenkomst van 24 april 2020 (zie hiervoor noot 7) kwam nog een kwestie aan de orde. Schikkingen ten overstaan van de Ondernemingskamer bereikt en aldaar vastgelegd in een proces-verbaal worden, in geval van niet-nakoming, weer voorgelegd aan de gewone rechter. Het verdient m.i. de voorkeur ook in dergelijke schikkingen op te nemen dat partijen op grond van art. 2:337 lid 2 BW op voorhand alle geschillen die voortvloeien uit of samenhangen met de schikking bij wege van prorogatie voorleggen aan de Ondernemingskamer. Die kent de kwestie en de totstandkoming van de regeling dan immers al als geen ander.

[30]

Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 11 maart 2020, nr. 200.274.134, *ARO* 2020/80 (*Another-Label c.s.*)

[31]

Zie Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3555, *JOR* 2020/6, m.nt. Bulten (*Cox/Widdershoven*), waarin de geschillenregeling voor het eerst werd toegepast op certificaathouders en noot 14 hiervoor.

[32]

En dit is ook af te leiden uit de in het WODC-onderzoek (zie noot 9) en de jaarverslagen van de Ondernemingskamer vermelde schikkingen na het aanbrengen van de procedure.

[33]

Mede daartoe gestimuleerd door de druk van een zitting en de ogen van de raadsheren en raden die volgens het gezegde, vreemd als ze zijn, nu eenmaal kunnen dwingen.