

De herziene geschillenregeling en de lange weg naar een vennootschappelijk scheidingsrecht



Mr. F. Schreurs*

§ 1. Inleiding

Ondernemers met een gezamenlijke onderneming gieten hun samenwerking veelvuldig in het verband van een kapitaalvennootschap. Het aangaan van een dergelijke samenwerking is immers eenvoudig en laagdrempelig.¹ Wanneer er tussen aandeelhouders in zo een vennootschap nadien echter geschillen rijzen, blijkt het niet eenvoudig om hun een doeltreffende uitweg uit dat conflict te bieden. Naast eventuele acties op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad, is daartoe een aantal specifiek vennootschapsrechtelijke instrumenten samengebracht in de eerste twee afdelingen van Titel 8 van Boek 2 BW: de geschillenregeling en het enquête-recht.

Vijf jaar geleden werd, in het kader van de flexibilisering van het vennootschapsrecht, de geschillenregeling aangepast en uitgebreid. Ook het enquêterecht is omstreeks diezelfde tijd gemoderniseerd. In de loop van dit jaar zal een evaluatie van het enquête-recht plaatsvinden.² De minister heeft destijds bovendien toegezegd de geschillenregeling *nader* te herzien,³ maar daarvan is het tot nu toe nog niet gekomen. Juist omdat aandeelhoudersgeschillen vaak zeer ingrijpend zijn en de betrokken onderneming zelden onberoerd laten, is zo een herziening echter dringend nodig. In dit artikel zal ik daarom de in 2012 gemoderniseerde geschillenregeling tegen het licht houden en bezien of de verbeteringen die de wetgever beoogde zijn gerealiseerd. Na een bespreking van de regeling (§ 2) en het belang daarvan (§ 3) constateer ik dat dat helaas niet het geval is (§ 4 en 5).

Daarna zal ik uiteenzetten waarom en hoe de rechter binnen de huidige wetsteksten een effectievere toepassing van de geschillenregeling zou kunnen effectueren (§ 6). Omdat onzeker is of dat zal gebeuren geef ik vervolgens aan hoe de wetgever met geringe aanpassingen vennootschappelijke scheidingen mogelijk zou kunnen maken (§ 7). Ten slotte sta ik stil bij een resterende optie die de praktijkbeoefenaar niet ongebruikt zou moeten laten (§ 8). Ik sluit af met een conclusie (§ 9).

§ 2. De geschillenregeling

Voorgeschiedenis

Er zijn weinig regelingen in het Nederlands (vennootschaps)recht die zo unaniem kritisch besproken zijn als de tot 2012 geldende geschillenregeling. Die voorzag in de mogelijkheid een aandeel-

houder te dwingen zijn aandelen over te dragen aan zijn mede-aandeelhouders (de zgn. *uitstoting*) of bood een aandeelhouder de mogelijkheid zijn aandelen over te dragen aan zijn mede-aandeelhouders die dan verplicht waren die af te nemen en te betalen (de zgn. *uittreding*). De regelingen bleken in de praktijk vrijwel onhanteerbaar.⁴ Er waren daarvoor drie hoofdoorzaken aan te wijzen.

In de eerste plaats kon het op deze wijze uit elkaar halen van twistende aandeelhouders pas bereikt worden na twee procedures in kracht van gewijsde. Eiser diende eerst te laten vaststellen of er voldoende gronden voor uitstoting respectievelijk uittreding waren. Was dat definitief vastgesteld, dan begon de tweede procedure waarin de waarde van de betrokken aandelen moest worden vastgesteld. Pas na voltooiing van die tweede procedure kon overdracht plaatsvinden.

* Advocaat corporate litigation te Eindhoven en als buiten-promovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit.

1. Dat is met name het geval sinds de sterk verminderde kapitaalseisen ten gevolge van de in 2012 doorgevoerde flexibilisering van het vennootschapsrecht.
2. Brief van de Minister van V&J aan de Tweede Kamer van 9 december 2016, TK 2016-2017, 29 752, nr. 9, p. 19.
3. De Minister van Veiligheid en Justitie heeft in het Wetgevingsoverleg ten aanzien van de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht op 26 november 2011 toegezegd de geschillenregeling nader te herzien. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 32 426, nr. 24, p. 12 en 14. Daarbij heeft hij aangegeven voornemens te zijn om in 2012 te starten met het voorbereiden van een wetsvoorstel. Bij nadere Memorie van Antwoord van 31 mei 2012 heeft de minister aangegeven dat de ambtelijke voorbereiding van een nieuw wetsvoorstel "is gestart" en dat het de bedoeling is om in 2012 een wetsvoorstel voor consultatie te publiceren. Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 31 058, E, p. 2. Vanwege de destijds demissionaire status van het kabinet kon daar toen geen voortgang mee worden gemaakt.
4. Zie voor deze voorgeschiedenis uitgebreider de inleiding van het proefschrift van C.D.J. Bulten, *De Geschillenregeling ten gronde*, Kluwer 2011 (hierna: Bulten, diss.).

Er was voorts een separate procedure nodig voor de vergoeding van eventueel geleden schade. Deze procedure samenvoegen met de verzochte uittreding of uitstoting was alleen in eerste aanleg mogelijk; in hoger beroep moest de schadeprocedure worden voortgezet bij een andere instantie dan die betreffende de geschillenregeling (het relatief bevoegde hof resp. de Ondernemingskamer). Het laatste bezwaar was dat, als gevolg van deze procedurele hordes, een en ander gemiddeld meer dan 10 jaar duurde.

Alternatief: het enquêterecht

De problematische regeling maakte het middel bijna erger dan de kwaal. Hoewel Titel 8, Afdeling 1 met de geschillenregeling een oplossing beoogt te bieden voor de betrokken *aandeelhouders* vond men in de praktijk voor een geschil tussen hen veel meer soelaas bij de regeling van Afdeling 2, het enquêterecht, waarin het belang van de *vennootschap* centraal staat. De uit aandeelhoudersgeschillen veelal voortvloeiende impasse tussen aandeelhouders raakt dat belang immers veelvuldig. Door het indienen van een verzoek tot het houden van een onderzoek en tot het gelasten van onmiddellijke voorzieningen bij de Ondernemingskamer, werden de twistende partijen gedwongen pas op de plaats te maken. Een belangrijk deel van de aldus uitgevochten geschillen eindigt uiteindelijk in een met behulp van de Ondernemingskamer of door benoemde buitenstaanders geforceerde overdracht van aandelen door een of meer van de betrokken aandeelhouders.⁵

Huidige regeling

De wetgever realiseerde zich de hierboven beschreven bezwaren van de geschillenregeling terdege, zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis van de herziening ervan.^{6,7} De voorstellen die zijn gedaan en uiteindelijk ingevoerd grepen daarop in, hetgeen resulteerde in de thans geldende regeling met de volgende essentiële 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 eisen- de mede-aandeelhouder) te worden geschaad en wel zodanig dat het voortduren van zijn aandeelhouder- schap 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 aandeelhou- derschap in redelijkheid niet meer van hem gevergd kan worden. De aanleiding moet gelegen zijn in

gedragingen van de mede-aandeelhouder(s) of van de vennootschap zelf.

- **Waardering:** Indien de hiervoor bedoelde vordering (bij tussenvonnissen) 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. Met name van deze wijziging viel een aanzienlijke versnelling te verwachten. In de art. 2:341a en 2:343b BW wordt uitdrukkelijk bepaald dat vernietiging in hoger beroep de rechtsgrond voor de levering in stand laat en dat slechts de gevolgen ervan ongedaan moeten worden gemaakt. Dat bete- kent dat na een door eiser gewonnen procedure de twistende aandeelhouders in ieder geval niet meer gezamenlijk in een aandeelhoudersvergadering hoeven te zitten.⁸
- **Connexe vorderingen:** Vorderingen die samen- hangen met het geschil zien vaak op verwijten betreffende de waarde van de aandelen, met name omdat die door de gewraakte gedragingen negatief zouden zijn beïnvloed. Dergelijke en eventuele ande- re samenhangende vorderingen kunnen op grond van art. 2:336, lid 5 BW resp. art. 2:343, lid 4 BW in dezelfde procedure als de uittreding of de uitstoting worden ingesteld.
- **Hoger beroep:** Alle hiervoor bedoelde kwes- ties worden in hoger beroep uitsluitend door de Ondernemingskamer behandeld.

5. Wanneer de zaken die reeds ter zitting en nadien wegens een regeling worden ingetrokken bij elkaar worden opgeteld, is sprake van een langjarig gemiddelde van iets meer dan 50 geschikte enquêteprocedures per jaar.
6. *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), met name p. 4, 17 en 20.
7. Er waren ook andere bezwaren aan te voeren tegen de oude regeling, zoals ten aanzien van de criteria die gesteld werden aan uitstoting of uittreding. Deze criteria zijn bij de heroverweging niet gewijzigd, maar slechts verduidelijkt.
8. In België wordt een – voor het overige vergelijkbare – pro- cedure behandeld door de voorzitter van de rechtbank van koophandel en wel “zoals in kort geding” (art. 335 Wetboek van Vennootschappen). De procedure wordt mede hierom zeer vaak gebruikt. De kritiek aldaar op die regeling is eerder dat het te gemakkelijk is om van een mede-aandeel- houder af te komen.

§ 3. Samenwerking binnen een vennootschap

Een vennootschap is van origine een samenwerkingsvorm.^{9,10} Zoals vennoten in een vennootschap onder firma samenwerken, zo stellen aandeelhouders in een kapitaalvennootschap hun kapitaal inleg ter beschikking om daarmee een gezamenlijke onderneming te drijven. Aan dat aspect van *samenwerking* binnen de kapitaalvennootschap wordt niet veel regelgeving gewijd. Er is een hoge mate van vanzelfsprekendheid verbonden aan de daarvoor noodzakelijke elementen zoals *vergaderrecht* en *stemrecht*.

In het ondernemingsrecht is vruchtbaar overleg een zelfstandig nastrevenswaardig doel binnen aandeelhoudersgelederen en binnen een bestuur. Besluiten dienen immers de vrucht van onderling overleg te zijn. Weliswaar is besluitvorming mogelijk zonder dergelijk overleg, maar aan de totstandkoming van zodanige besluitvorming worden hogere eisen gesteld.¹¹ In het Wijsmuller-arrest overwoog de Hoge Raad dat, in het geval een orgaan (zoals een bestuur of aandeelhoudersvergadering) uit meerdere personen bestaat, besluitvorming door een dergelijk orgaan de vrucht dient te zijn van onderling overleg van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen.¹² Dat onderlinge overleg is dus zo belangrijk dat alleen als iedereen het erover eens is, dergelijk overleg achterwege kan blijven.¹³

Hoe te denken over situaties waarin dergelijk overleg ontbreekt? In het geval een besluit buiten vergadering in strijd met art. 2:238 BW is genomen, is het naar wordt aangenomen een nietig besluit.¹⁴ Maar wat als besluitvorming niet tot stand komt, omdat er weliswaar wel (gelegenheid voor) overleg is (geboden), maar dat overleg maar niet vruchtbaar wil worden? In de praktijk van de aandeelhoudersgeschillen komen dergelijke (impasse-)situaties veelvuldig voor. Soms ontstaat er de wederzijdse houdgreep van een 50/50-verdeling, soms is er sprake van een minderheid die geen enkele band meer heeft met de meerderheid. Een oplossing door aanbidding van aandelen stuit meestal af op sterk uiteenlopende percepties van waarde. Puttend uit mijn eigen waarnemingen in het MKB-grootbedrijf, ontstaan geschillen tussen aandeelhouders en bestuurders vaak door een verschil in prestaties, althans een uit elkaar lopende waardering van elkaars prestaties. Wanneer die uiteenlopende waardering niet wordt opgevangen door een (voor de verschillende partijen) acceptabele aanpassing van positie, beloning of iets dergelijks, sluipt het conflict in de samenwerking en is zo'n relatie nog maar zeer beperkt te herstellen. Zeker in familieverband kan dat diepe sporen nalaten.

Het punt dat ik wil maken is, zo realiseer ik mij, niet juridisch, maar raakt wel aan de kern van geschillenbeslechting. De afwezigheid van vruchtbaar overleg

heeft grote gevolgen. Indien die situatie voortduurt kan dat tot talloze problemen leiden: ziekte, arbeidsongeschiktheid, burn-out en suicide (pogingen) bij de betrokken personen, en vanzelfsprekend malheur voor de onderneming uitmondend in verliezen, faillissement of persoonlijke aansprakelijkheid voor directieleden.¹⁵

Een vergelijking met een huwelijk ligt voor de hand. Ook daarin kunnen partijen, die met de beste bedoelingen aan een verbintenis zijn begonnen, komen vast te zitten zonder reële hoop op herstel van de oorspronkelijke verstandhouding. De wetgever voorzag pas in 1971 in een ordentelijke mogelijkheid voor een scheiding van echtgenoten door *duurzame ontwrichting* als grond te aanvaarden.¹⁶ Bij een familierechtelijke scheiding behoeft sinds 1971 de duurzame ontwrichting door slechts één van de betrokken echtelieden te worden aangevoerd en kan die tegen de wil van de ander aannemelijk worden geacht.¹⁷ Er is sprake van duurzame ontwrichting

9. De etymologie van vennoot (schap) is niet onomstreden. Overwegend beperkt men zich tot het aannemen van een samenstelling van "veem" (= vereniging) en "noot" (= genoot). In veel rechtsstelsels is het niet of niet zonder meer mogelijk dat de vennootschap slechts één aandeelhouder heeft.
10. Volgens een recente telling zijn er in Nederland bijna 1 miljoen BV's ingeschreven. Een derde daarvan heeft meerdere aandeelhouders, een derde heeft een andere vennootschap als enig aandeelhouder en een derde heeft een natuurlijk persoon als enig aandeelhouder.
11. Tot de wetwijziging van 2012 was vereist dat alle vergadergerechtigden vóór het besluit moesten stemmen. Sinds 2012 bepaalt art. 2:238 BW dat alle vergadergerechtigden voorafgaand hun instemming moeten hebben gegeven aan het feit dat buiten vergadering wordt besloten.
12. HR 15 juli 1968, NJ 1969/101, m.nt. GJS (Wijsmuller).
13. Wie de film "12 Angry Men" kent, weet dat een minderheid in vruchtbaar overleg ook een overweldigende meerderheid kan overtuigen.
14. T&C (Lennarts) bij art. 2:238 BW onder Sanctie met verwijzingen aldaar. Bij het ontbreken van de adviserende stem van bestuurders of commissarissen is sprake van vernietigbaarheid (HR 22 december 2009, NJ 2010/16 (Hay Group)).
15. Ik noem hier gevolgen die ik helaas stuk voor stuk in de praktijk heb meegemaakt.
16. Tot 1883 gold het strenge art. 263 BW waarin uitdrukkelijk bepaald was dat een echtscheiding tussen man en vrouw slechts kon plaatsvinden op grond van langdurige gevangenisstraf van een van beiden, zware mishandeling of overspel. Enige versoepeling ontstond door een arrest van de Hoge Raad van 23 juni 1883 waarin hij bepaalde dat overspel niet "bewezen" hoefde te worden, maar dat een "bekentenis" volstond. Het arrest werd bekend als Het Grote Leugen-arrest: het bood echtelieden de mogelijkheid voor een scheiding door een verzonnen overspel te "bekennen". Een zekere vorm van overeenstemming was dus wel nodig, omdat de verzoeker het overspel moest stellen en de ander de schuld daarvan op zich moest nemen. Dit arrest is bijna een volle eeuw de overgrote basis voor echtscheidingen geweest.
17. Art. 1:151 BW.

indien de voorzetting van de samenleving *onverdraaglijk* is geworden, *zonder uitzicht op herstel* van behoorlijke verhoudingen.¹⁸ Dat laat onverlet dat de toestand, bij ontkenning, bewezen moet worden.

Zoals in 1971 de wetgever eindelijk een passende regeling ontwierp om gebrouilleerde echtelieden een mogelijkheid te geven hun mislukte huwelijk op reële gronden te beëindigen, zo behoort in een ordentelijke rechtstaat ook voorzien te zijn in een regeling om vastgelopen vennootschappelijke samenwerking door scheiding effectief te beëindigen. Naar mijn mening is daarvan thans geen sprake.

§ 4. Uitspraken ter zake de nieuwe geschillenregeling

In de achterliggende vijf jaren zijn terzake van Titel 8, Afdeling 1 van Boek 2 BW twintig uitspraken gepubliceerd.¹⁹ Het betreft acht eindvonnissen en twee eindarresten, en voor het overige tussenvonnissen en enkele korte gedingen. Driekwart ziet vooral op uittreding, een kwart vooral op uitstoting. Van de eindbeslissingen leidt het overgrote deel tot afwijzing van de vordering: slechts in drie gevallen is sprake van toewijzing van de vordering. Het beeld kan iets verschuiven omdat van de zeven tussenvonnissen er ook nog drie in beginsel toewijzend zijn. Hoewel na de herziening van 2012 meer procedures gevoerd zijn dan in de 40 jaar ervoor, is al met al het bestand te klein voor statistische analyse. In het navolgende geef ik ter illustratie enkele van de afwijzende beslissingen weer: ze geven een goed beeld van de feitencomplexen die in aandeelhoudersgeschillen spelen en waarvoor de geschillenregeling een oplossing zou moeten bieden

(*Manyana/HRM*)

In deze eerste onder het nieuwe recht gewezen uittredingszaak²⁰ werken drie (sport) fysiotherapeuten samen. De drie hebben ieder een derde van de aandelen en zijn allen statutair bestuurder. Op enig moment wordt C ontslagen als statutair bestuurder en verhogen A en B de aan hen toegekende beloning. In de aandeelhoudersvergadering vindt C een solide twee/derde meerderheidsblok tegenover zich. De arbeidsrelatie die resteert, dreigt onhoudbaar te worden. C vordert uittreding. De rechtbank stelt dat voor de toets of het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer kan worden gevegd “bijkomende zwaarwegende omstandigheden vereist zijn”. De gestelde omstandigheden beoordeelt de rechtbank daarvoor als onvoldoende. De rechtbank benadrukt dat C niet heeft gepoogd het ontslag te voorkomen en dat zijn betoog dat hem “gezien de aandelenverhouding (een derde versus twee derde) iedere wezenlijke invloed op aandeelhoudersniveau is ontnomen” feitelijke grondslag mist. Het ontslagbesluit heeft immers “geen wijziging gebracht in de bestaande aandelenverhouding”. De uitspraak is m.i. onjuist. Art. 2:343 BW vereist geen “bijkomende zwaarwegende omstandigheden”.

Er is geen verwijtbaarheid nodig aan de zijde van gedaagden. Evenmin is verwijtbaarheid bij eiser relevant, in die zin dat die zou moeten hebben getracht te voorkomen dat zijn aandeelhouderschap onduelbaar wordt.

(*MedIP*)

X, Y en Z hebben ieder een derde van de aandelen in MedIP, een medische startup. Uitsluitend Y is bestuurder. Er is nieuwe financiering nodig. X ondersteunt voorstellen van bestuurder Y niet, die echter met twee derde meerderheid worden aangenomen. X voelt zich op afstand gezet en vordert uittreding. De rechtbank stelt vast dat de gewraakte besluitvorming gunstig is voor de onderneming van MedIP en dat X, die zelf afstand lijkt te hebben genomen, daar niet door benadeeld is. Ook overigens is X niet gemarginaliseerd of uitgerookt. De vordering wordt afgewezen.²¹ De beslissing acht ik juist. Een aandeelhouder die steevast tot een minderheid behoort, kan daar alleen maar uittreding of uitstoting op baseren als de redelijkheid in het geding is: dat is niet het

18. *T&C* (Nieuwenhuis), aant. 2 bij art. 1:151 BW.

19. 1) Voorzieningenrechter Rotterdam, 16 januari 2013, *JOR* 2013/98, m.nt. L. Verburg (Next Level Systems) - 2) Rb. Noord-Holland, 8 mei 2013, *JOR* 2013/203 (Manyana/HRM) - 3) Rb. Oost-Brabant 5 juni 2013, *JOR* 2013/234, m.nt. Bulten (AAMC) - 4) Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 september 2013, *ARO* 2013/151 (Keijmel/Wesdorp) - 5) Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, *JOR* 2014/193, m.nt. Bulten (Muis) - 6) Rb. Rotterdam 26 februari 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:1926* - 7) Rb. Den Haag 30 april 2014, *JOR* 2014/194, m.nt. Bulten (MedIP) - 8) Rb. Noord-Holland 9 juli 2014, *JOR* 2014/323, m.nt. Bulten 9) Rb. Gelderland 16 juli 2014, *JOR* 2014/324, m.nt. Bulten (Top of the World/Flexurance) - 10) Rb. Midden-Nederland 26 maart 2014 (tussenvonnis), *JONDR* 2015/228 en Rb. Midden-Nederland 23 juli 2014 (eindvonnis), *JOR* 2015/31, m.nt. Bulten (Procap BV) - 11) Rb. Zeeland-West-Brabant 2 december 2015, *JOR* 2016/118, m.nt. Bulten (Princehof) - 12) Rb. Amsterdam 13 mei 2015, *JOR* 2015/258, m.nt. Bulten (LDMA) - 13) Rb. Rotterdam 22 juli 2015, *ECLI:NL:RBROT:2015:6644* (Autom8it BV) - 14) Rb. Noord-Holland 2 september 2015, *ECLI:NL:RBNHO:2015:10334* (Orthocenter NV) - 15) Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 24 november 2015, *JOR* 2016/301, m.nt. Bulten (Deus Ex Machina) - 16) Rb. Amsterdam 6 januari 2016, *JOR* 2016/120, m.nt. Bulten (Redelaar/Sovereign) - 17) Rb. Overijssel 17 februari 2016, *JONDR* 2016/659 (Atlas Chemie) - 18) Rb. Amsterdam 4 mei 2016, *JOR* 2016/327, m.nt. T. Hutten (Maud/RBS) - 19) Rb. Gelderland 18 mei 2016 (HA ZA 13-158), *ECLI:NL:RBGEL:2016:2868*, *OR Updates* 2016-0190 - 20) Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 november 2016, *ECLI:NL:GHAMS:2016:4643* (Orthocenter). Dit artikel is afgesloten op 1 mei 2017.

20. Rb. Noord-Holland 8 mei 2013, *JOR* 2013/203, m.nt. Bulten (Manyana/HRM).

21. Rb. Den Haag 30 april 2014, *JOR* 2014/194, m.nt. Bulten (MedIP).

geval bij normale democratische en zakelijk verantwoorde besluitvorming.

(Procap)

In de Procap-zaak²² is sprake van vier aandeelhouders waarvan eiser Theeuwen ruim een kwart houdt. Nadat de drie anderen hem als statutair bestuurder hebben ontslagen, wordt een vaststellingsovereenkomst gesloten. Daarin wordt de managementovereenkomst met Theeuwen beëindigd, en wordt hij ontslagen uit zijn concurrentiebeding. De harmonie is daarmee niet hersteld, en Theeuwen vordert uittreding. De rechtbank acht de enkele omstandigheid van het ontslag onvoldoende. “Bijkomende omstandigheden, van voldoende gewicht, zijn nodig om de vordering tot gedwongen overname eventueel te kunnen doen slagen.” De rechtbank gaat nog een stap verder. In de aandeelhoudersovereenkomst waren partijen bij onvrijwillig ontslag namelijk een *aanbiedingsverplichting* overeengekomen, maar niet een daarmee samenhangende *afnameverplichting*. Die omstandigheid “maakt dat serieuze eisen moeten worden gesteld aan het gewicht van de bijzondere bijkomende omstandigheden” en de rechtbank meent dat Theeuwen niet heeft aangetoond dat hij “reeds concreet bekneld is in (de) nieuwe positie als aandeelhouder/niet-bestuurder”. Ook de maatstaf die in deze uitspraak wordt aangelegd is derhalve onjuist: er zijn geen serieuze of bijzondere omstandigheden vereist, maar slechts een oordeel of de eiser in redelijkheid aandeelhouder kan/moet blijven. Wel is juist dat art. 2:343 BW het heeft over “gedragingen van één of meer aandeelhouders” waardoor de eiser “in zijn rechten of belangen geschaad is”. Maar ook het woord “geschaad” impliceert niet noodzakelijkerwijs verwijtbaarheid. Het opgesloten zitten in een niet meer functionerende samenwerking zal m.i. vrijwel altijd schadelijk zijn, maar wordt regelmatig veroorzaakt door *incompatibilité d’humeurs* waarvan zelden één partij als schuldig kan worden aangewezen.

(Autom8it)

Rechtbank Rotterdam kreeg te oordelen over een geschil tussen twee 50/50 aandeelhouders, beiden bestuurder.²³ Partijen proberen al twee jaar hun samenwerking te beëindigen, maar worden het niet eens. Omdat de volstreekte impasse voortduurt, vordert eiser uittreding. Hoewel volgens de rechtbank voor toewijzing van een uittredingsvordering niet nodig is dat de mede-aandeelhouder zich heeft misdragen, geldt wel dat de rechten of belangen van de aandeelhouder door gedragingen van de mede-aandeelhouder worden geschaad. Daarvan is volgens de rechtbank geen sprake. “Evenmin is gebleken dat eiser zich in een benarde of beknelde positie bevindt. Eiser en gedaagde houden elk 50% van de aandelen en eiser is net als gedaagde nog steeds bestuurder van de onderneming.” Net als in de Manyana-zaak ontleent de rechtbank hier ten onrechte een argument aan het feit dat de aandeelhoudersverhoudin-

gen getalsmatig ongewijzigd zijn. Dit kan op geen enkele wijze bijdragen aan het oordeel dat de situatie daardoor redelijk is. In de klassieke patstelling waarin twee 50/50-aandeelhouders het gaandeweg zelden of nooit meer eens worden is naar mijn mening sprake van volstreekte en zelfs wederzijdse benardheid die uittreding of uitstoting kan rechtvaardigen.

(Atlas Chemie)

Twee aandeelhouders houden ieder de helft van de aandelen in een groothandel in chemische grondstoffen. Eiseres betreft op enig moment haar echtgenoot bij de onderneming en daardoor verkilt de verstandhouding met gedaagde. Zowel uittreding als uitstoting wordt gevorderd. De rechtbank stelt vast dat er een onbalans is ontstaan die heeft geleid tot toenemende spanningen en onder meer het vertrek van enkele andere betrokkenen.²⁴ Maar, zo meent de rechtbank, dat heeft nog niet geleid tot onjuiste besluiten. Van benardheid (geen informatie, geen dividend, etc.) is geen sprake. Toewijzing van de uittreding zou ingrijpende consequenties hebben voor gedaagde die eiser immers zou moeten uitkoopen. De hogere lat voor de uitstoting van gedaagde wordt vervolgens evenmin behaald. Op deze uitspraak ga ik in de volgende alinea nog nader in.

§ 5. Enkele reflecties bij de ervaringen tot nu toe

In het voorwoord bij de Preadviezen die de Vereniging Handelsrecht in 2011 publiceerde, schreef De Kluiver hoe belangrijk het is dat aandeelhouders “niet ten eeuwige dage gedoemd hoeven te zijn”.²⁵ Zoals uiteengezet in § 2 was het vooral de extreme duur en procedurele complexiteit die de geschillenregeling tot een door advocaten bij voorkeur te vermijden instrument maakte. Maar zeker bij de uittreding was de “score” vóór 2012 wel erg hoog: vrijwel alle verzoeken werden toegewezen. In dat opzicht is sedert de herziening in relatief opzicht simpelweg sprake van een achteruitgang, die de wetgever niet bedoeld kan hebben: in een ruime meerderheid van de gevallen wordt de vordering afgewezen. De benarde aandeelhouder heeft inmid-

22. Rb. Midden-Nederland 26 maart 2014, *JONDR* 2015/228 en 23 juli 2014, *JOR* 2015/31, m.nt. Bulten (Procap).

23. Rb. Rotterdam 22 juli 2015, *ECLI:NL:RBROT:2015:6644* (Autom8it).

24. Rb. Overijssel 17 februari 2016, *JONDR* 2016/659 (Atlas Chemie).

25. H.J. de Kluiver, voorwoord bij *De Nieuwe Geschillenregeling, preadviezen 2011* van de Vereniging Handelsrecht, p.V.

dels relatief minder vaak een uitweg via de geschillenregeling gevonden dan vóór de wetwijziging.²⁶ De uitspraken vormen statistisch nog een (te) klein bestand. Het valt daarom moeilijk te bepalen of die tegenvallende score mogelijk samenhangt met een tijdelijke opleving van de populariteit van de regeling na de wetwijziging; er zijn in de vijf jaar sinds die wetwijziging immers méér procedures gevoerd dan in de hele voorafgaande periode van 1971 tot 2012.

Bij het voorbereiden van dit artikel leerde navraag²⁷ mij dat (op twee na) tegen geen van de vonnissen hoger beroep is ingesteld.²⁸ Partijen hebben de zaak alsnog geschikt of strijden op andere wijze verder: uitsluitel daarover heb ik niet. Dat weinig is geappelleerd, is naar mijn mening opvallend. Voor zover de vordering van de eiser is toegewezen is daarvoor wellicht een oorzaak te vinden in de reeds toegelichte noviteit van de uitvoerbaarheid bij voorraad: appelleren wordt daardoor minder aantrekkelijk. Maar omdat er nu juist zo veel afwijzende vonnissen zijn en de criteria ook opvallend streng worden toegepast,²⁹ lag appel in enkele gevallen voor de hand. De mogelijkheid dat de Ondernemingskamer met enkele richtinggevende uitspraken meer duidelijkheid zou geven over de toe te passen criteria, zal zich daarom vooralsnog niet snel voordoen.

Het valt voorts op dat de mogelijkheid van art. 2:343c BW (bij mijn weten) nog niet is toegepast. Deze, bij invoering nieuwsgierig ontvangen, mogelijkheid van een eenvoudige verzoekschriftprocedure op gemeenschappelijk verzoek, biedt een oplossing voor de gevallen waarin partijen het wel eens zijn over de wijze van uit elkaar gaan, maar slechts niet over de prijs (vaststelling). Dit is een situatie die in de praktijk regelmatig voorkomt en opgelost kan worden doordat een derde een deskundige aanwijst die vervolgens de prijs bepaalt. Ik veronderstel dat in dergelijke situaties partijen daar uiteindelijk dan toch in onderling overleg uitkomen, zodat de rechter niet geraadpleegd hoeft te worden.³⁰

§ 6. Gewenste verruiming van bestaande maatstaven

Uittreding

In het nabije verleden is al kritiek uitgeoefend op de ogenschijnlijk aangescherpte uitleg door rechters van de criteria bij art. 2:343 BW.³¹ Dat artikel bepaalt slechts dat van de beoogde uittreder “het voortduren van zijn aandeelhouderschap *in redelijkheid* niet meer van hem kan worden gevergd”. Het is dan ook onjuist om voor de invulling van dat criterium “zwaarwegende omstandigheden” te vereisen. Dat gebeurde echter meer dan eens waardoor eisers in kwestie hun vordering zagen stranden.³²

Het doel van de wetgever in 2012 was de geschillenregeling te stroomlijnen omdat deze te weinig werd gebruikt en te lang duurde.³³ Zeker in het geval van

uittreding moet daarom gewaakt worden voor normen die een zekere mate van verwijtbaarheid veronderstellen: de wet stelt die eis geenszins. Ook zonder een dergelijke verwijtbaarheid is het heel goed mogelijk dat de vennootschap of de medeaandeelhouder(s) de beoogde uittreder schaden in zijn rechten of belangen. In de onder de oude geschillenregeling gewezen beslissingen was dat bijvoorbeeld heel duidelijk het geval voor de zgn. degradatie-gevallen, kwesties waarin een aandeelhouder werd ontslagen als bestuurder en daardoor in een minder comfortabele positie kwam.

Genuanceerder, maar eveneens onjuist, is een aanpak als die van de Rechtbank Overijssel in de hiervoor beschreven Atlas Chemie-zaak. Na een (mijns inziens juiste) uitleg van de criteria stelt de rechtbank immers vast “dat de relatie tussen de aandeelhouders ernstig verstoord is. Niettemin is niet gebleken dat de gespannen relatie tussen de beide aandeelhouders heeft geleid tot onjuiste besluiten binnen de vennootschap, tot de onmogelijkheid om besluiten te nemen of tot gedrag dat erop is gericht om de andere aandeelhouder dwars te zitten”. Deze redenering maakt dat de rechter net stopt waar hij door zou moeten gaan. Als immers – in een situatie waarin vaststaat dat de verstandhouding ernstig verstoord is – voor toewijzing van uittreding nodig zou zijn dat de situatie eerst daad-

26. Zie in gelijke zin Bulten in haar noot onder Rb. Noord-Holland 8 mei 2013, *JOR* 2013/203, sub 4 en 5.

27. Bij alle advocaten van de oorspronkelijke verzoekers in de gepubliceerde procedures.

28. De eerste is Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 september 2013, *ARO* 2013/151 (Keijmel/Wesdorp). De tweede is Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 en 29 november 2016, *ARO* 2016/187-188 (Orthocenter).

29. Zie hiervoor sub § 4.

30. Een vergelijkbare wettelijke oplossing voor niet volledig geëscaleerde geschillen is de ruzie-splitsing van art. 2:334cc BW. Ook dat komt in de praktijk van de geschillenbeslechting maar sporadisch voor.

31. Zie onder meer Bulten in haar noot bij Rechtbank Noord-Holland 5 februari 2014, *JOR* 2014/193 (Muis).

32. In Rb. Noord-Holland 8 mei 2013, *JOR* 2013/203, m.nt. Bulten (Manyana); in Rb. Rotterdam 26 februari 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:1926*, r.o. 4.4 waarin de rechtbank zich afvraagt “of wel sprake is van een benarde positie (nu eiseres) 50% aandeelhouder is”; Rb. Midden-Nederland 26 maart 2014, *JONDR* 2015/228 (Procap); en in Rb. Gelderland 23 april 2014 HA ZA 13-158 (ongepubliceerd). Het ging wel goed in Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, *JOR* 2014/193, m.nt. Bulten (Muis); en Rb. Amsterdam 13 mei 2015, *JOR* 2015/258, m.nt. Bulten (LDMA), is zelfs tamelijk soepel maar in dat geval waren partijen het daarover ook eens.

33. *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 4.

werkelijk ontspóort, rest de partij die die ernstige verstoordheid niet langer kan verdragen geen ander alternatief dan de situatie inderdaad enigszins te laten derailleren.³⁴ Het recht zou dat nu juist net moeten voorkómen.

Begrippen die werden en worden gebruikt ter onderbouwing van de redelijkheid als bedoeld in art. 2:343 BW zijn “benard”, “beklemd”, “gedegradeerd” en dergelijke. Dit zijn begrippen die zien op de persoon van de aandeelhouder die de vordering instelt. In de praktijk gaat het altijd om een conflict tussen (twee of meer) personen, dat zodanig is verhard dat daardoor de samenwerking is verstoord.³⁵ Ik zou willen bepleiten om de nadruk te leggen op het gegeven dat het (uitsluitend) gaat om de mislukking van de samenwerking tussen de uittreder enerzijds en de achterblijver(s) anderzijds. Dat kan door als criterium aan te leggen dat het voortduren van aandeelhouderschap in redelijkheid niet dient voort te duren indien sprake is van *duurzame ontwrichting*. Van een duurzame ontwrichting is sprake wanneer een normale samenwerking binnen aandeelhouders- en/of bestuurdersverband niet meer goed mogelijk is en er geen reëel uitzicht meer is op herstel. Daarbij is een element van verwijtbaarheid slechts beperkt en zeker niet steeds relevant. Te denken valt aan situaties waarin geen (laat staan: vruchtbaar) inhoudelijk overleg meer plaatsvindt tussen partijen, waarin zij elkaar slechts vanuit spreekwoordelijke loopgraven beloeren zodat besluiten niet of moeizaam tot stand komen, en waarin derden (zoals werknemers of leveranciers) nolens volens betrokken raken bij het verschil van inzicht.³⁶ In dergelijke situaties verdient het beëindigen van de samenwerking *altijd* de voorkeur, omdat het voortduren daarvan ondermijnend is voor de vennootschap en een grote financiële, fysieke én mentale belasting met zich meebrengt voor de aandeelhouders.

Ik realiseer mij dat ik hiermee een ruimere uitleg bepleit, in dit opzicht bovendien niet alleen voor de uittreding, maar ook voor de uitstoting. Dat moet ook: de hiervoor in § 4 besproken zaken laten zien dat de geschillenregeling nog altijd te kort schiet, terwijl de noodzaak voor een dergelijke regeling onverminderd aanwezig is.

Zoals in § 2 reeds werd aangestipt, heeft de praktijk een belangrijke uitweg uit aandeelhoudersgeschillen gezocht via het enquêterecht. Daarin staat echter het belang van de vennootschap voorop; in de uittredingsprocedure van de geschillenregeling staat het belang van de betrokken aandeelhouders veel meer voorop. Zoals in het enquêterecht gaandeweg ontwikkeld is dat een impasse in aandeelhouderskringen niet in het belang van de vennootschap kan zijn, zo valt mijns inziens met evenveel recht te betogen dat van een aandeelhouder in redelijkheid niet gevergd kan worden dat hij aandeelhouder moet blijven als de samenwerking duurzaam ontwrict is.

Mijn pleidooi betekent dan ook in feite dat deze toetsingskaders zouden moeten *convergeren*.

In de in § 4 beschreven Procap-zaak³⁷ waarin de inhoudelijke samenwerking volledig voorbij was, maar de mede-aandeelhouders zich niet onredelijk gedroegen, zou naar mijn mening het verruimde criterium hebben kunnen leiden tot een zinvollere uitkomst, nl. het uit elkaar gaan van aandeelhouders.

Uiteraard moet vermeden worden dat een aandeelhouder in een besloten vennootschap zich kan gedragen als een aandeelhouder van een beursgenoteerde vennootschap met zeer eenvoudig verhandelbare aandelen. Het mag niet zo zijn dat een aandeelhouder door enkel te stellen dat sprake is van duurzame ontwrichting zijn mede-aandeelhouder(s) kan dwingen tot overname van zijn aandelen.³⁸ Eiser zal de duurzame ontwrichting bij betwisting derhalve aannemelijk moeten maken.

34. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, p. 273, betoont zich een tegenstander van uittreding als definitieve voorziening na een tweede fase enquêteprocedure (zie ook hierna in § 7). “Men kan zich afvragen of een door de OK gesanctioneerde uittreding een geschikte remedie is tegen wanbeleid. Zij lijkt eerder een aanmoediging tot voortzetting.” Tegen uitstoting als voorziening heeft hij geen bezwaar. Hij maakt dat onderscheid kennelijk in de veronderstelling dat wanneer een benarde aandeelhouder aanstuurt op uittreding als definitieve voorziening dat alleen kan als de mede-aandeelhouder het belang van de vennootschap heeft geschaad. Naar mijn mening dient een volstrek (duurzaam) ontwrichte samenwerking, waardoor de onderneming wordt geraakt, aangemerkt te worden als wanbeleid, waarin zowel door een definitieve voorziening in de vorm van uitstoting als uittreding kan worden voorzien. Aan Storm kan worden toegegeven dat een benarde aandeelhouder in dat soort situaties het soms maar het beste kan laten aankomen op het escaleren van het geschil, en het is nu juist dat wat de geschillenregeling m.i. zou moeten zien te voorkomen.

35. Er zijn in mijn ervaring regelmatig situaties waarin wel een conflict bestaat tussen personen, maar zij er toch nog in slagen de samenwerking niet te laten verstoren, meestal door het maken van afspraken waarbij werkterreinen worden verdeeld en de antagonististen zo niet in elkaar vaarwater hoeven te zitten.

36. Situaties derhalve die in een enquêteprocedure vrijwel steeds zouden leiden tot de vaststelling dat sprake is van een impasse en daarmee het voor voorzieningen nodige vermoeden van wanbeleid.

37. Rb. Midden-Nederland 26 maart 2014, *JONDR* 2015/228 en 23 juli 2014, *JOR* 2015/31, m.nt. Bulten (Procap).

38. Zoals bij echtscheiding het eenzijdige beroep op duurzame ontwrichting in feite vrijwel voldoende is. Maar ook daar geldt dat de ontwrichting bij betwisting bewezen moet worden. De bewijslast stelt in de praktijk echter niet veel voor.

Indien gedaagde(n) stelt(len) en bij betwisting bewijs(t) (zen) dat de eiser in doorslaggevende mate verantwoordelijk is voor de duurzame ontwrichting en hem daarvan dus een verwijt kan worden gemaakt, kunnen gedaagden overigens ook ervoor kiezen in reconventie uitstoting te vragen in combinatie met de connexe schadevergoedingsvordering van art. 2:336, lid 5 BW.

Zoals de beëindiging van het huwelijk vaak leidt tot gedwongen verkoop van de echtelijke woning, zo moet bij uittreding wegens duurzame ontwrichting ook geaccepteerd worden dat dat een financiële inspanning vergt voor de achterblijver(s). Deze moeten immers de aandelen overnemen van de uittreder.³⁹ Dat vergt de besteding van financiële middelen, hetgeen soms een zware belasting is. Indien de aandelen maar juist gewaardeerd worden, is evenwel geen sprake van een verrijking of verarming bij de overnemer,⁴⁰ maar wordt slechts een deel van hun liquide vermogen minder liquide. De betaling aan de uittreder leidt tegelijkertijd tot toename van de controle van de achterblijver(s): hun aandelenbelang neemt per definitie toe.

Ik merk bovendien op dat een rechter naar mijn mening mogelijkheden heeft om passende voorzieningen te treffen indien de bezwaarlijkheid van de betaling bij de achterblijvende aandeelhouder(s) een relevant probleem dreigt te zijn. Weliswaar is art. 2:343a BW heel stellig met het vereiste dat binnen twee weken betaald moet zijn, maar er zijn ook andere vormen van betaling denkbaar. Zo zie ik geen principiële bezwaren indien bepaald wordt dat betaling (al dan niet gedeeltelijk) plaatsvindt door omzetting in een *vendor loan* met gelijktijdige verpanding van de aandelen. Het moge duidelijk zijn dat daarvan zo beperkt mogelijk gebruik moet worden gemaakt omdat *vendor loans* zelf weer een bron van conflicten plegen te zijn.

Uitstoting

Bij uitstoting is altijd een zekere mate van verwijtbaarheid vereist, terwijl voorts het belang van de vennootschap in geding moet zijn. Ten aanzien daarvan meen ik, zo zal duidelijk zijn, dat dat vennootschappelijk belang bij duurzame ontwrichting vrij snel in het geding zal zijn.

Bovendien moet het gedrag om te kunnen leiden tot uitstoting, gedrag “in hoedanigheid van de aandeelhouder” betreffen. Ten tijde van de herziening van de geschillenregeling bepleitte Bulten op goede gronden afschaffing van de hoedanigheidseis.⁴¹ Daarvan is het echter niet gekomen. De kwestie is relevant voor een in de praktijk en dus in de rechtspraak voortdurend terugkomend probleem, namelijk de situatie dat een aandeelhouder betrokken is bij handelingen die concurreren met de vennootschap waarvan hij aandeelhouder is. Het is bepaald niet algemeen aanvaard dat dergelijk concurrerend

gedrag aanleiding kan vormen voor een uitstoting. De argumentering daarvoor is dan dat dergelijke gedragingen niet worden verricht door de uit te stoten aandeelhouder *als zodanig*, maar dat de concurrerende handelingen door hem juist verricht worden in een *andere* kring, buiten het litigieuze vennootschappelijke verband.⁴²

Ik kan deze redenering niet goed volgen, althans niet in situaties waarin het vennootschappelijk verband (mede) gekenmerkt wordt door samenwerking tussen de betrokken aandeelhouders. Indien één van de aandeelhouders zakelijke kansen⁴³ aan de ene vennootschap onthoudt door deze ten goede te laten komen aan een andere vennootschap waarbij hij betrokken is, benadeelt hij in hoedanigheid van aandeelhouder de eerste vennootschap. Schadelijk gedrag kan immers ook bestaan uit een nalaten, te weten het nalaten om *corporate opportunities* aan de vennootschap te gunnen. Maar evenzeer pleitbaar is dat handelingen die ernstig in strijd zijn met de door art. 2:8 BW geveerde interne redelijkheid en billijkheid danwel aangemerkt moeten worden als een onrechtmatige daad jegens mede-aandeelhouders en/of de vennootschap (waaronder concurrentie door middel van een andere vennootschap), beschouwd worden als handelingen die hij als aandeelhouder van de ene vennootschap achterwege dient te laten. De Ondernemingskamer heeft dit in de Hoffmann-zaak mijns inziens ook geoordeeld.⁴⁴

Sedert de herziening in 2012 is (als aangegeven) maar een zeer beperkt aantal uitstotingsvorderingen aan de rechter voorgelegd. Zeer kort na invoering paste de Ondernemingskamer het nieuwe recht toe op een onder het oude recht ingestelde uitstotingsvordering.⁴⁵ Ook in dat geval omschreef de Ondernemingskamer het concurrerende gedrag als “eenzijdig ingrijpen in het functioneren van (de onderneming van) de vennootschap”. Dat lijkt mij een juiste bena-

39. Ik laat hier gemakshalve de overname door de vennootschap buiten beschouwing, die immers indirect gedragen wordt door de mede-aandeelhouders.

40. Zie anders: Bulten, diss. p. 78-79.

41. Bulten, diss. III.2.

42. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II*2009/707.

43. In de praktijk worden deze meestal aangeduid met de aan het Amerikaanse recht ontleende term *corporate opportunities*.

44. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 april 2003, *JOR* 2003/144 (Hoffmann), r.o. 4.6.

45. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 september 2013, *ARO* 2013/15 (Keijmel/Wesdorp).

dering. Vanzelfsprekend veronderstellend dat sprake is van een serieuze inbreuk, is het op onrechtmatige wijze aandoen van concurrentie aan de eigen vennootschap mijns inziens altijd voldoende reden voor uitstoting of uittreding. Dat geldt zowel ten opzichte van de minderheidsaandeelhouder die heimelijk voor zichzelf is begonnen als voor de meerderheidsaandeelhouder die de minderheidsaandeelhouder niet wil laten meedelen in een nieuwe activiteit. Voor uittredingsvorderingen is het in de wetsgeschiedenis overigens buiten twijfel gesteld.⁴⁶

De connexe vorderingen

Over de connexe vorderingen als bedoeld in art. 2:236, lid 5 en 2:343, lid 4 BW vallen vijf jaar na invoering helaas nog geen evaluerende opmerkingen te maken, omdat er geen andere (gepubliceerde) beslissing geweest is dan een vonnis van de Rechtbank Noord-Holland.⁴⁷ De vordering werd in dat geval niet betwist en dus zonder veel omhaal van woorden toegewezen.

Ik wijs nog wel op de Orthocenter-zaak⁴⁸, één van de twee procedures waarin is geappelleerd. De Ondernemingskamer kon, om formele redenen, de geschillenregeling niet toepassen. Ze verwees de connexe vordering naar de civiele kamer (met dezelfde raadsheren) van het Gerechtshof Amsterdam en wees vervolgens de vordering op basis van een onrechtmatige daad toe. Opvallender wellicht nog is de uitspraak inzake *Xeikon*⁴⁹ en vooral *Sirowa*.⁵⁰ In deze uitkoopprocedures op de voet van art. 2:201a BW kreeg de uitgekochte minderheidsaandeelhouder niet alleen de actuele waarde van zijn aandelen, maar bepaalde de Ondernemingskamer ook dat de deskundige bij de waardeberekening uit moest gaan van de oorspronkelijke waarde, voorafgaand aan een onrechtmatige daad van de meerderheidsaandeelhouder. Een uittreedvordering met toewijzing van een connexe vordering zou zuiverder geweest zijn, maar ik juich de welwillendheid van de Ondernemingskamer toe.

§ 7. Gewenste wettelijke aanpassingen

Indien de rechter niet bereid zal blijken de criteria in de geschillenregeling ruimer toe te passen, zal de wetgever nogmaals moeten ingrijpen. De tussenstand, vijf jaar na de met goede bedoelingen doorgevoerde wetswijziging, is immers bedroevend. Een aantal mogelijkheden dienen zich aan.

In de geschillenregeling is er vooral een noodzaak de uittreding meer effectiviteit te bezorgen. De in de inleiding gememoreerde toezegging voor een nadere wettelijke herziening is daarvoor een goede gelegenheid.

In het verleden is stil gestaan bij de vraag of er (al dan niet onder omstandigheden) een (algemeen) uittreedrecht voor een aandeelhouder moet bestaan.⁵¹ Zeker in de gevallen waarin aandelen een

aanzienlijke waarde vertegenwoordigen, is goed invoelbaar welke nadelen er voor de achterblijvende aandeelhouders kleven aan een gedwongen aankoop. Maar dat bezwaar is niet vanzelfsprekend. Zo wordt bijvoorbeeld in geval van een grensoverschrijdende fusie aan een tegenstemmende minderheidsaandeelhouder een vergoedingsrecht geboden dat (in theorie) ook kan worden toegepast bij een grootst mogelijke minderheid.⁵² In die situatie wordt dus een simpele wettelijke uitweg geboden. De regel (die een Europeesrechtelijke herkomst heeft) is gebaseerd op de gedachte dat een aandeelhouder niet gedwongen mag worden te participeren in een (voortaan) buitenlandse vennootschap. De bepaling maakt in ieder geval duidelijk dat er geen *principieel* bezwaar bestaat om achterblijvers (inclusief de vennootschap) een eenvoudige *plicht* tot overname en schadevergoeding op te leggen. Naar mijn mening is de aanleiding daarvoor bij een volstrekt vastgelopen samenwerking die ten detrimente gaat van de vennootschap toch minstens zo belangrijk. Het is daarom zaak daarin te voorzien door in art. 2:336, lid 1 BW expliciet te refereren aan de duurzame ontwrichting als criterium voor uittreding.

Datzelfde geldt overigens voor de uitstoting. In art. 2:344, lid 1 BW zou eveneens expliciet naar de onherstelbaar beschadigde samenwerking kunnen worden gewezen. Het zuivere van deze wijzigingen in Afdeling 1 van Titel 8 is dat er dan beschikt kan worden over een regeling die aangrijpt op het niveau waar de problemen werkelijk plaatsvinden, namelijk op het niveau van de aandeelhouders.

Mocht die sprong te groot zijn, dan ligt het voor de hand om elders in Titel 8, bij het enquêterecht in Afdeling 2, de kleine en al langer voor de hand liggende toevoeging te doen van de *definitieve* overdracht van aandelen als definitieve voorziening in een enquêteprocedure.⁵³ Afhankelijk van wie het

46. *Kamerstukken* 31 058 2006-2007, nr 3 (MvT), p. 108.

47. 9 juli 2014, *JOR* 2014/323, m.nt. Bulten.

48. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 en 29 november 2016, *ARO* 2016/187-188 en Gerechtshof Amsterdam (civiele kamer) 20 december 2016, *ARO* 2017/20.

49. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 28 juni 2016, *ARO* 2016/165 (*Xeikon*).

50. Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 5 juli 2016, *ARO* 2016/191 en *Ondernemingsrecht* 2017/30, m.nt. Duijnstee (Sirowa).

51. Timmerman, in *Nederlands Ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief*, 2003, p. 79 e.v.; De Kluijver, in *Overnemen, een hele onderneming*, 1999, p. 277 e.v.

52. Art. 2:333h BW.

53. Art. 2:355-356 BW.

desbetreffende tweede fase verzoek indient (waarin de definitieve voorzieningen kunnen worden gevraagd) is dan sprake van gedwongen uittreding of uitstoting. Ik voeg mij in het koor van voorstanders⁵⁴ zonder hun argumenten hier in extenso te herhalen. Ik merk slechts op dat moeilijk voorstelbaar is dat gedwongen overdracht als een verder gaande maatregel wordt beschouwd dan de (wel toegestane) ontbinding van de vennootschap.

De argumenten die de wetgever er eerder van weerhielden om deze voorziening in 2012 al op te nemen, gelden mijns inziens niet meer.⁵⁵ Daarbij heeft de minister immers heel expliciet het enquêterecht naast de geschillenregeling gepresenteerd, waarbij de laatste een *permanente* voorziening zou moeten bieden. Op grond van zijn verwachting dat “met de herziene geschillenregeling het aantal enquêteverzoeken bij kleine c.q. niet-beurs genoteerde vennootschappen zal kunnen dalen” en “dergelijke geschillen (kunnen) worden beslecht, onder andere doordat de rechter verplicht tot overdracht van aandelen” achtte de minister een dergelijke overdracht niet nodig als voorziening. Nu deze verwachting niet alleen niet is uitgekomen, maar het rendement van de geschillenregeling zelfs lijkt te zijn afgenomen, valt deze visie niet meer vol te houden. De onlangs voor eind 2017 aangekondigde evaluatie van het enquêterecht zou een goede aanleiding kunnen zijn de definitieve voorziening alsnog toe te voegen aan art. 2:356 BW.⁵⁶

§ 8. Alternatieve oplossing

Tenzij rechters de geschillenregeling effectiever gaan toepassen of de wetgever wijzigingen doorvoert, een en ander zoals hiervoor bepleit, moet worden vastgesteld dat de geschillenregeling als instrument uitsluitend in extreme gevallen zinvol zal blijken te zijn. Dat is ruimschoots onvoldoende om te kunnen worden aangemerkt als een passend onderdeel in het vennootschapsrecht. Dat wat er zou móeten zijn – een adequate, efficiënte en rechtvaardige uitweg uit situaties waarin samenwerking in vennootschappelijk verband blijvend onmogelijk is geworden – ontbreekt dan. De praktijk zal daar omheen blijven zoeken naar alternatieven. Naast het enquêterecht dient zich dan met name het volgende nog aan.⁵⁷

Het verdient de voorkeur dat binnen elk vennootschappelijk samenwerkingsverband adequate geschillenregelingen functioneren. Dat is meestal niet zo. Met name notarissen aan wie wordt gevraagd een vennootschap te helpen oprichten waarin meerdere aandeelhouders zullen participeren,⁵⁸ hebben hier een belangrijke rol en zouden sterk moeten aandringen op het opnemen van een goede statutaire geschillenregeling. Zo een statutaire voorziening geniet de voorkeur omdat deze ook stand houdt bij latere toetreders. De wet geeft in art. 2:337, lid 1 BW aan zo een eigen regeling ook uitdrukkelijk voorrang.⁵⁹

De wet noemt uitdrukkelijk de mogelijkheden van prorogatie naar de Ondernemingskamer en arbitrage. Beide opties hebben het voordeel van deskundige geschillenbeslechtters en een voortvarende procesgang. Arbitrage heeft het voordeel van een soepelere buitenlandse tenuitvoerlegging. De Ondernemingskamer-route heeft ten opzichte van arbitrage een aanzienlijke kostenbesparing als voordeel. Ik geef mede daarom aan die variant de voorkeur en probeer die op drie manieren toe te passen: vooraf, tijdens en na (het ontstaan van) het geschil. Vooraf, door in geval van samenwerking mij sterk te maken voor een statutaire geschillenregeling met prorogatie naar de Ondernemingskamer. Tijdens, door in de aanloop naar of na aanvang van een geschil te bepleiten dat partijen hun strijdterrein nog kunnen verkleinen door hun statutaire voorzieningen aan te passen. En met “na (het ontstaan van) het geschil” doel ik op situaties waarin ik betrokken ben als (adviseur van een) door de Ondernemingskamer aangewezen functionaris. De door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder en beheerder van aandelen zijn immers in staat het ertoe te leiden dat er een statutaire regeling komt. Dit past doorgaans goed bij (een deel van) hun taak, te weten het doorbreken van de impasse en het streven naar een structurele oplossing.⁶⁰ De door mij gehanteerde

54. Bulten, diss. VII 3; Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, p. 264; Willems, *Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht'*, 2011, p. 170 e.v.; Van Solinge, Naar een evenwichtig enquêterecht, *WPNR* 6825, p. 1.

55. Bij de wijziging in 2012: zie TK 32 887, nr. 3 (MvT), p. 3 en 4.

56. Brief van de Minister van V&J aan de Tweede Kamer van 9 december 2016, TK 2016-2017, 29 752, nr. 9, p. 19. Niet geheel duidelijk is of sprake zal zijn van een juridisch inhoudelijk evaluatie en eventuele herziening of dat slechts sprake zal zijn van het verzamelen van statistische informatie.

57. Ik wijs hier nog op de mijns inziens iets minder voor de hand liggende route langs de kort geding rechter, waarop Lok en Kemp wezen in *Scheiding als gevolg van een falende liefde*, *Ondernemingsrecht* 2015/36.

58. Blijkens de telling als bedoeld in noot 10 is dat in ca één derde van de gevallen.

59. Diverse schrijvers bepleitten deze aanpak reeds eerder. Van Eck, Naar een eigen geschillenregeling op maat, in *Preadvies van de Vereeniging Handelsrecht 2011 – De Nieuwe Geschillenregeling*; Eikelboom, In de reprise: het definitief scheiden van aandeelhouders en de enquêteprocedure, in *Ondernemingsrecht* 2014/47; Storm in *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer* p. 260 e.v.

60. Ik vind dit daarom te verkiezen boven de door Eikelboom bepleite statutaire regeling die de Ondernemingskamer bij wege van onmiddellijke voorziening oplegt. Het is naar mijn mening niet voor de hand liggend de rechter te belasten met een beslissing, voor het nemen waarvan de functionaris nu juist is aangesteld en waartoe hij in staat is.

statutaire bepalingen⁶¹ regelen dat de Ondernemingskamer als eerste en enige instantie bevoegd is te beslissen over uittredings- en uitstotingsvorderingen en de eventuele connexe vordering, inclusief de waardering van de aandelen.⁶² De recent door Brons besproken contractuele shoot-out clausules hebben naar mijn mening als nadeel dat het moeilijker of niet mogelijk is eventuele connexe vorderingen mee te nemen, terwijl die in de praktijk vaak een belangrijk rol spelen bij het ontstaan (en dus het oplossen) van het geschil.⁶³

§ 9. Afronding

In een uittredprocedure die bij mijn weten nog altijd loopt bij de Rechtbank Gelderland speelt het volgende. Broers M en D zijn ieder bestuurder en 50% aandeelhouder van een subholding, welke subholding via certificaten weer een 50% belang heeft in een bedrijf dat kozijnen plaatst. Vader houdt de andere 50%. Gedrieën zijn ze bestuurders. Vader, maar vooral M, doet het overgrote deel van het werk. D is gehandicapt en geniet de onafgebroken steun van zijn vader. De steun van broer M gaat langzaam aan verloren, omdat hij het gevoel krijgt in zijn eentje het inkomen van drie mensen bij elkaar te moeten werken: dat gaat wringen. Als vader en D hem eind 2012 als bestuurder van de Stak en de werkmaatschappij ontslaan, is voor M de maat vol: hij richt een eigen vennootschap op en verzoekt D zijn aandelen in de subholding over te nemen in ruil voor “de Volkswagenbus, een aanhanger, wat gereedschap” en een bedrag dat neerkomt op de helft van het aanwezige eigen vermogen van de subholding. Partijen graven zich echter in en uiteindelijk vordert M uittreding uit de subholding, omdat hij door het verlies van het bestuurderschap feitelijk geen zeggenschap meer heeft. D vordert in reconventie vervolgens zijn eigen uittreding, stellende dat M de schuld heeft omdat hij de werkmaatschappij concurrentie is gaan aandoen.

De rechter gelast een comparitie, stelt mediation voor en (na mislukking daarvan) gelast getuigenbewijs omtrent de “schuldvraag”. In het vijfde tussenvonnissen concludeert de rechtbank dat M terecht om uittreding vraagt omdat hij moet opboksen tegen het gesloten front van vader en D. In de volgende twee tussenvonnissen gaat het over de waardering. De werkmaatschappij is dan al gefailleerd. De tussenstand is thans, acht (!) tussenvonnissen verder en vijf jaar na aanvang van het geschil, dat D de aandelen van zijn broer moet overnemen voor een bedrag dat door een deskundige zal moeten worden bepaald.⁶⁴

De zaak is exemplarisch voor de geringe mate waarin de wetswijziging van 2012 verbetering heeft aangebracht in de geschillenregeling. In de eerste plaats valt op dat diverse rechtbanken volstrekt ten onrechte een hogere maatstaf voor uittreding toepassen dan wettelijk bepaald, door regelmatig zwaarwegende omstandigheden te verlangen bij

uitleg van de redelijkheid die slechts vereist is. Die maatstaf kan en moet zelfs soepeler worden als de geschillenregeling effectief wil worden. Daartoe dient “duurzame ontwrichting” van de vennootschappelijke samenwerking als toetssteen te worden aanvaard, zo de rechter dat niet wil dan door aanpassing van de wettelijke criteria. De door de minister in 2012 uitdrukkelijk toegezegde nadere inhoudelijke herziening van de geschillenregeling van Boek 2 is daarvoor de aangewezen weg. Indien dat niet gebeurt kan de wetgever de gedwongen overdracht in het enquêterecht opnemen als definitieve voorziening. In de tussentijd dienen aandeelhouders en notarissen te voorzien in een adequate statutaire regeling.

61. Geïnteresseerde lezers kunnen de door mij gebruikte tekst bij mij opvragen via schreurs@boelszanders.nl. Ik stel het uiteraard op prijs inhoudelijke verbetervoorstellen te vernemen.

62. Zie voor de argumenten om de geschillenregeling – net als de uitkoopregeling – bij de Ondernemingskamer als enige feitelijke instantie onder te brengen: Bulten diss. sub VI.3.1.b.

63. J.R. Brons, Shoot-out clausules bij 50/50 BV's, in *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2017, nr. 3 & 4, p. 117 e.v.

64. Het betreft de hiervoor in noot 19 sub 19 bedoelde procedure. Het daar genoemde tussenvonnissen is gepubliceerd, de overige zeven heb ik opgevraagd bij de rechtbank.