

Amsterdam, 22-11-2019

Reactie op het Voorontwerp Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure

1. INLEIDING

- 1.1. Houthoff heeft met belangstelling kennisgenomen van het voorontwerp van de Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure ("**Wetsvoorstel**"). Graag maken wij gebruik van de mogelijkheid te reageren op het Wetsvoorstel.
- 1.2. Gelet op de vragen die wij in de praktijk ontvangen, hebben wij de indruk dat er onverminderd belangstelling bestaat voor een efficiënte en redelijke oplossing voor aandeelhoudersgeschillen. Vanuit dat perspectief volgt hierna een aantal observaties en kanttekeningen bij het Wetsvoorstel.

2. ONDERDEEL A

- 2.1. In het voorgestelde artikel 2:336 lid 1 BW wordt verduidelijkt dat niet alleen gedragingen in de hoedanigheid van aandeelhouder, maar ook gedragingen in een andere hoedanigheid relevant kunnen zijn voor de toewijzing van de uitstotingsvordering. Dit is een verruiming van het toepassingsbereik van de uitstotingsregeling, omdat in jurisprudentie en literatuur wordt aangenomen dat slechts gedragingen in hoedanigheid van aandeelhouder mogen meewegen bij de beoordeling van of uitstoting gerechtvaardigd is. Zoals is toegelicht in het voorontwerp van de Memorie van Toelichting ("**MvT Voorontwerp**") is deze aannahme gebaseerd op opmerkingen van de minister in de parlementaire geschiedenis. De beperking tot gedragingen in hoedanigheid van aandeelhouder volgt niet uit de huidige wettekst en is wat ons betreft een onnodige belemmering.
- 2.2. We denken hierbij specifiek aan de omstandigheid dat een aandeelhouder de vennootschap concurrentie aandoet en de vennootschap daardoor aanzienlijke schade lijdt. Dit was bijvoorbeeld een omstandigheid die in Gerechtshof Amsterdam (OK), 10 april 2003, *JOR 2003/144 (Hoffmann Beheer)* mede ten grondslag lag aan de toewijzing van de uitstotingsvordering. Een andere omstandigheid waarvan we ons kunnen voorstellen dat deze (mede) toewijzing van de uitstotingsvordering kan dragen, is de omstandigheid dat gedragingen in hoedanigheid van bestuurder het belang van de vennootschap zodanig schaden dat uitstoting geboden is. De twee voorbeelden genoemd in het MvT Voorontwerp zijn daarvan een goede illustratie.
- 2.3. Wij beseffen dat het mogelijk noch wenselijk zal zijn vooraf nauwkeurig alle omstandigheden te beschrijven waarin uitstoting gerechtvaardigd zal zijn, en dat een rechter alle omstandigheden van het geval zal mogen betrekken bij de beoordeling of uitstoting geboden is. Het zou de praktijk echter dienen, en wellicht ook geschillen over de juiste toepassing van het criterium kunnen voorkomen, als in de MvT nadere richting zou kunnen worden gegeven aan de invulling van het uitstotingscriterium. Voorbeelden van omstandigheden die (mede) toewijzing van de uitstotingsvordering zouden kunnen dragen, noemden we in de vorige paragraaf.

- 2.4. Het voorgaande laat onverlet dat het van belang is in gedachten te houden dat uitstoting, anders dan uittreding, neerkomt op onvrijwillige ontneming van het eigendomsrecht. De terughoudendheid die daarbij is geboden is, zien we terug in de geldende drempel (verschaffing van ten minste een derde van het kapitaal) en de eis dat uitstoting moet worden gerechtvaardigd door het vennootschappelijk belang. Mede gelet op de bescherming van eigendom die voortvloeit uit artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM dient de rechter aan de hand van de uitstotingsnorm vast te stellen of een dergelijke uitstoting met het oog op het te beschermen belang van de vennootschap noodzakelijk en proportioneel is. Wij kunnen ons voorstellen dat gelet op het proportionaliteitsvereiste een strengere motiveringsplicht geldt al naar gelang de gedragingen verder verwijderd zijn van het functioneren van de algemene vergadering of het op andere wijze uitoefenen van aandeelhoudersrechten.
- 2.5. Daarbij dient ook te worden overwogen of andere – meer passende – juridische instrumenten beschikbaar zijn waarmee het schadelijke gedrag van de aandeelhouder kan worden geadresseerd, zoals een (verbods)vordering uit onrechtmatige daad of een schorsing (al dan niet bij onmiddellijke voorziening) c.q. ontslag als bestuurder. Bij een meer structurele impasse ligt overigens een meer structurele oplossing (het scheiden van de aandeelhouders) voor de hand.

3. ONDERDEEL C

Maatstaf uittreding

- 3.1. Met de voorgestelde aanpassing van de eerste zin van artikel 2:343 lid 1 BW wordt, blijkens de toelichting, vereenvoudiging van de maatstaf voor uittreding beoogd. De huidige maatstaf van artikel 2:343 lid 1 BW wordt in de jurisprudentie te streng en bovendien verschillend uitgelegd.
- 3.2. Een recente en prangende illustratie hiervan is de afwijzing van de uittredingsvordering in Gerechtshof Amsterdam (OK) 20 juni 2019, *JOR* 2019/220, met noot P.P. de Vries. Ondanks het oordeel van de OK in de enquêteprocedure dat van wanbeleid sprake was ten aanzien van de uitgifte en de daaraan voorafgaande informatieverstrekking, leidden dezelfde feiten en omstandigheden niet tot toewijzing van de uittreding. Uiteraard is het perspectief van beide procedures verschillend: in de enquêteprocedure gaat het primair om het belang van de vennootschap en in de uittredingsvordering om de belangen van de eisende aandeelhouder. Daar staat tegenover dat de OK in de genoemde zaak het wanbeleid expliciet heeft toegerekend aan de gedaagde aandeelhouder als enig bestuurder. Ook is van belang dat bij de uittredingsvordering een extensieve uitleg geldt, waarbij gedragingen in alle hoedanigheden relevant zijn, niet slechts gedragingen als aandeelhouder. Bovendien was de uittredingsvordering tevens tegen de vennootschap zelf ingesteld, als gevolg waarvan ook gedragingen van de vennootschap relevant zijn. Dit arrest impliceert dat het criterium voor uittreding strenger is dan het criterium wanbeleid, ook als dat wanbeleid een specifieke aandeelhouder kan worden verweten.
- 3.3. Als gevolg van het strenge toepassingscriterium, alsook de procedurele opzet waarbij in eerste aanleg de zaak wordt aangebracht bij de rechtbank, is de uittredingsregeling een weinig gebruikte procedure. Gelet op de hiervoor aangehaalde uitspraak verwachten wij dat de procedure alleen nog maar verder aan populariteit zal inboeten. De uittredingsregeling vervult aldus niet haar functie als adequate exit voor de beknelde minderheidsaandeelhouder.
- 3.4. In het voorstel wordt aangesloten bij schending van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW, terwijl de toelichting duidelijk maakt dat 'bijkomende zwaarwegende omstandigheden' daarbij niet langer als een vereiste voor toewijzing gelden. De keuze van de minister niet te kiezen voor het criterium van onverenigbaarheid van karakters of een 'exit right at will' achten wij gewenst.
- 3.5. Wij juichen de voorgestelde aanpassing toe vanuit de verwachting dat deze tot een meer toegankelijke uittredingsregeling leidt. Wij verwachten dat de omvangrijke jurisprudentie over de gedragsnorm van artikel 2:8 BW in de praktijk

nuttige handvatten zal kunnen bieden. Daarbij merken we wel op dat de norm weinig specifiek is en naar haar aard afhankelijk van de omstandigheden van het geval, en ook in de praktijk nog wel eens een hoge drempel vormt, bijvoorbeeld bij vernietiging van besluiten op grond van artikel 2:15 lid 1 sub b BW. We merken ook op dat ook in het huidige artikel 2:343 BW – gelet op het woord “redelijkheid” – aangenomen kan worden dat deze een meer precieze uitwerking is van de algemene norm van redelijkheid en billijkheid. We wijzen in dat verband op de jurisprudentie die vooruit liep op de invoering van de geschillenregeling op grond waarvan op basis van de redelijkheid en billijkheid een overdracht van aandelen werd bevolen.¹

- 3.6. Om de praktijk en rechtspraak een helpende hand te bieden bij de invulling van dit criterium, zonder overigens afbreuk te doen aan het open karakter daarvan, zou het wenselijk zijn als de minister nader ingaat op mogelijke categorieën van gedragingen die kunnen leiden tot toewijzing van de uittredingsvordering. Daarbij denken wij aan het ontslag van een bestuurder in een quasi-VOF B.V., het aangaan van tegenstrijdig belangtransacties die zeer ten nadele van de vennootschap zijn (zoals het graven van “tunneltjes”), het verrichten van concurrerende activiteiten, het uitroken van een minderheidsaandeelhouder en het stelselmatig onthouden van informatie door bijvoorbeeld jaarrekeningen niet op te maken.² Daarnaast noemen we het handelen in strijd met een bepaling uit de statuten die ertoe strekt aandeelhouders te beschermen.³ Zonder nadere voorbeelden is de verwachting dat het jaren duurt totdat duidelijkheid ontstaat over invulling van het criterium. Dat lijkt ons niet wenselijk.

Redelijkbodregeling

- 3.7. Na artikel 2:343 lid 1 BW laatste zin wordt verder toegevoegd – geparafraseerd weergegeven – dat een uittredingsvordering niet wordt toegewezen indien een redelijk bod is gedaan dat onherroepelijk en onvoorwaardelijk is, en waarvoor adequate zekerheid is gesteld. Hoewel de toelichting dit niet met zoveel woorden vermeldt, is de bedoeling hiervan kennelijk het voorkomen van tijdrovend debat tussen partijen en een beoordeling van de omstandigheden die uittreding zouden moeten rechtvaardigen door de rechter. Zodra een aandeelhouder uittreding vordert en een bod wordt gedaan, is het een gegeven dat partijen het er (kennelijk) over eens zijn dat de eiser moet worden uitgekocht, en dat de gedaagde bereid is tot het doen van een zeker bod.
- 3.8. In de regeling is niet uitgewerkt hoe een dergelijk bod eruit zou dienen te zien, anders dan dat dit onherroepelijk, onvoorwaardelijk en redelijk zou moeten zijn. Naar onze mening zou nadere invulling kunnen worden gegeven door op te nemen dat het moet gaan om een concreet bedrag of concrete parameters op basis waarvan de prijs kan worden vastgesteld, dan wel het aanbod van gedaagde om een redelijke prijs te laten vaststellen door de rechter.
- 3.9. Eerst de laatste situatie van een aanbod van gedaagde een redelijke prijs te laten vaststellen door de rechter. In deze situatie is de eiser een uittredingsprocedure gestart, waarbij na toewijzing van de vordering de uiteindelijke uitkomst een redelijke prijs zal zijn. Gedaagde kan het aanbod doen zich te committeren aan deze redelijke prijs. In dat geval is een debat over omstandigheden die tot uittreding leiden onnodig. In deze situatie ligt het naar onze mening voor de hand dat de rechter de vordering tot uittreding niet afwijst, maar toewijst, waarbij de eiser wordt veroordeeld tot levering van de aandelen (artikel 2:343 lid 5 BW) en de gedaagde(n) tot overname van deze aandelen (nieuw te bepalen). De procedure wordt dan verder op voet van artikel 2:343 BW voortgezet, teneinde tot prijsbepaling te komen, waarbij zo nodig de vennootschap de aandelen namens eiser levert (artikel 2:343a lid 4 BW).
- 3.10. Wij zijn geen voorstander van een koppeling aan artikel 2:343c BW. Deze lijkt te vrijblijvend te zijn aan de zijde van eiser en leidt tot een *chilling effect* aan de zijde van de gedaagde. Een redelijk bod zou niet moeten leiden tot een vrijblijvende

¹ Zie ook P.P. de Vries, *Exit rights of minority shareholders in a private limited company*, Deventer: Kluwer 2010, p. 353-354.

² Zie ook P.P. de Vries, a.w., p. 299-314; C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde*, Deventer: Kluwer 2011, p. 75-81.

³ Naar analogie van het arrest inzake Berghuizer Papierfabriek (HR 29 november 2002, *NJ 2003/455*). Dit arrest heeft nader richting gegeven aan het open criterium van artikel 2:9 BW.

procedure voor de eiser. Het MvT Voorontwerp maakt niet duidelijk of het een gedaagde, hangende of na de procedure ex artikel 2:343c lid 4 BW, vrij staat deze procedure te beëindigen en zich op het standpunt te stellen dat de uittredingsvordering alsnog inhoudelijk moet worden behandeld, bijvoorbeeld als de uitkomst ongewenst is. De koppeling aan artikel 2:343c lid 4 BW leidt tevens ertoe dat het aan partijen zelf is om te bepalen of het bericht van de deskundige tussen hen zal hebben te gelden als een vaststellingsovereenkomst (artikel 2:343c lid 4 BW).

- 3.11. Indien de procedure op de voet van artikel 2:343 BW wordt voortgezet in plaats van artikel 2:343c BW, is er ook een mogelijkheid om bij de prijsbepaling te vragen om een billijke verhoging (artikel 2:343 lid 4 BW). Omdat in deze situatie geen debat plaatsvindt over de omstandigheden die tot uittreding leiden, welke omstandigheden mogelijk ook grond kunnen vormen voor een billijke verhoging, lijkt het ons in deze situatie niet gewenst ruimte te bieden voor een billijke verhoging. Artikel 2:343 lid 4 BW zou in dit geval buiten toepassing moeten blijven. In het geval er omstandigheden zijn die voorshands aannemelijk maken dat een billijke verhoging zou moeten worden toegepast, is dit grond om aan te nemen dat geen sprake is van een redelijk bod, en zou artikel 2:343 BW op gebruikelijke voet moeten worden voortgezet.
- 3.12. Dan de situatie dat een onherroepelijk, onvoorwaardelijk en redelijk bod is gedaan dat een concreet bedrag inhoudt, dan wel concrete parameters op basis waarvan een prijs eenvoudig kan worden vastgesteld. Als de rechter het bod redelijk acht, zou hij het geschil moeten kunnen beëindigen door de uittredingsvordering toe te wijzen voor dat redelijke bod. Mocht de rechter oordelen dat van een redelijk bod geen sprake is, zal hij de uittredingsvordering verder inhoudelijk moeten beoordelen. Een gedaagde kan door het doen van een bod teneinde de zaak minnelijk te regelen niet geacht worden afstand te doen van zijn recht om de uittredingsvordering inhoudelijk te laten beoordelen als het bod niet redelijk blijkt te zijn.

4. ONDERDEEL E

Ontvankelijkheidsvereisten geschillenregeling na vastgesteld onjuist beleid of wanbeleid

- 4.1. In het voorgestelde artikel 2:356a BW is bepaald dat – geparafraseerd weergegeven – indien na een enquêteprocedure wordt vastgesteld dat sprake is van onjuist beleid of wanbeleid, een vordering op grond van de geschillenregeling kan worden ingesteld bij de Ondernemingskamer. Vooralsnog is onduidelijk of in dat geval de ontvankelijkheidsvereisten van de artikelen 2:336 lid 1, 342 lid 1 en 343 lid 1 BW gelden. In het voorstel voor artikel 2:356a BW is immers opgenomen dat de betreffende vorderingen kunnen worden ingesteld door (i) aandeelhouders als bedoeld in artikel 346 lid 1 onder b, c en d, in welke onderdelen alle een ontvankelijkheidsvereiste besloten ligt, alsmede (ii) “de overige houders van aandelen”, in welk vereiste geen ontvankelijkheidsvereiste besloten ligt. Het verdient onzes inziens dan ook aanbeveling het wetsvoorstel op dit onderdeel te verduidelijken.

Grondslag voor (enkel) vaststellen onjuist beleid of wanbeleid

- 4.2. De enquêteprocedure leent zich in de huidige vorm niet voor het doen van een verzoek tot het enkel vaststellen van onjuist beleid of wanbeleid. Deze vaststellingen vinden in de huidige regeling enkel plaats in het kader van een verzoek van de rechtspersoon tot het verhaal van kosten als bedoeld in artikel 2:354 BW respectievelijk een verzoek tot het treffen van definitieve voorzieningen als bedoeld in artikel 2:355 BW.
- 4.3. De voorgestelde regeling voorziet erin dat eerst onjuist beleid of wanbeleid wordt vastgesteld, zonder dat dit noodzakelijkerwijs plaatsvindt in het kader van de artikelen 2:354 of 2:355 BW, waarna de geschillenregeling bij de Ondernemingskamer openstaat. Het verdient onzes inziens dan ook aanbeveling in de wet te voorzien in een afzonderlijk verzoek tot het vaststellen van onjuist beleid of wanbeleid.

Combinatie enquêteprocedure en geschillenregeling

- 4.4. Het huidige voorstel, waarin de enquêteprocedure en geschillenregeling niet kunnen worden gecombineerd, maakt dat een partij die ná al een enquêteverzoek te hebben ingediend en de onderzoeksfase te hebben doorlopen, ook nog eerst een 'tweede fase' procedure moet afronden voordat hij zelfs maar de geschillenregeling bij de Ondernemingskamer kan initiëren. Dat maakt de procedure onzes inziens onnodig lang, kostbaar en inefficiënt. Wij zien geen overtuigende redenen waarom de geschillenregeling niet zou kunnen worden gecombineerd met de verzoeken als bedoeld in de artikelen 2:354 en 2:355 BW.
- 4.5. De toelichting gaat enkel in op de reden het initiële enquêteverzoek (de 'eerste fase') en de geschillenregeling niet te combineren. De redenering is (kort samengevat) dat de enquêteprocedure zich richt tot de rechtspersoon en uitgaat van een onderzoek naar de gang van zaken binnen die rechtspersoon, reden waarom de aandeelhouder niet steeds betrokken zal zijn bij de enquêteprocedure waar hij dat wel zal (moeten) zijn bij de geschillenregeling. Bij samenvoeging van beide procedures zouden extra waarborgen nodig zijn zodat de aandeelhouder betrokken is en zichzelf in rechte kan verdedigen.
- 4.6. In gevallen waarin ofwel (i) uitstoting is ofwel (ii) uittreding als gevolg van handelen van een mede-aandeelhouder aan de orde is, ligt het in de rede dat het handelen van de mede-aandeelhouder dat aan dergelijke vorderingen ten grondslag ligt aan de orde zal worden gesteld in de enquêteprocedure. In dergelijke gevallen zal die aandeelhouder, zoals overigens steeds het geval zal zijn, als belanghebbende dienen te worden opgeroepen door de Ondernemingskamer en zal hij zich in de procedure bij de Ondernemingskamer kunnen verdedigen. Het ligt voor de hand dat wetenschap dat de procedure zal kunnen leiden tot een uitstoting of uittreding, die verschijning ook zal bevorderen. Wij zien daarin dan ook geen redenen waarom het verzoek tot het vaststellen van onjuist beleid of wanbeleid niet zou kunnen worden gecombineerd met een uitstoot- of uittreedvergoeding. Het feit dat, zoals de toelichting vermeldt, de geschillenregeling dan zou moeten worden ingebed in een verzoekschriftprocedure lijkt ons op zichzelf genomen evenmin doorslaggevend.
- 4.7. Het alternatief, zoals dat is vormgegeven in het huidige wetsvoorstel, lijkt ons in ieder geval minder aantrekkelijk. Een aandeelhouder kan onder het huidige voorstel immers geconfronteerd worden met de vaststelling dat sprake is van onjuist beleid of wanbeleid, welke vaststelling vervolgens tegen hem zal worden gebruikt in een daaropvolgende geschillenregeling, zonder dat deze aandeelhouder enige rol heeft gespeeld als partij in de enquêteprocedure waarin dit onjuist beleid of wanbeleid is vastgesteld. Dat kan een gevolg zijn van een keuze van deze aandeelhouder, maar de vraag is dan wat voor status de vaststelling dat sprake is van onjuist beleid of wanbeleid heeft in het kader van de daaropvolgende geschillenregeling. Daarin voorziet het voorstel niet. Het feit dat eerst onjuist beleid of wanbeleid moet zijn vastgesteld, duidt er echter op dat die vaststelling een belangrijke rol zal kunnen spelen in het kader van de geschillenregeling. Dit terwijl het voor de betreffende aandeelhouder geenszins duidelijk hoeft te zijn geweest dat het verzoek tot het vaststellen van een onjuist beleid of wanbeleid er (mede) op was gericht in later stadium (ook) uitstoting of uittreding te bewerkstelligen en hij zijn processtrategie daarop dus niet heeft kunnen afstemmen. Een dergelijke route biedt de aandeelhouder niet meer waarborgen dan een combinatie van de enquêteprocedure en de geschillenregeling.

5. SLOTOPMERKINGEN EN SUGGESTIES

- 5.1. Wij adviseren voorts de volgende aanpassingen van de geschillenregeling in overweging te nemen:
- a. aanpassing van art. 2:335 BW in die zin dat de geschillenregeling van toepassing zal zijn op elke naamloze vennootschap en besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, met uitzondering van vennootschappen met een notering op een aandelenbeurs binnen of buiten de Europese Unie;

- b. beperking van de geschillenregeling tot een feitelijke instantie, welke aangebracht wordt voor de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam, met behoud van de mogelijkheid tot het instellen van beroep tot cassatie;
- c. toevoeging van een flexibele peildatum aan de gereedschapskist van de rechter in het kader van de uittredingsregeling.

5.2. Wij zijn graag bereid tot een nadere toelichting.

Hoogachtend,

Houthoff

Klaas van der Graaf
Jan Willem de Groot
Marjolein Heuten
Elselique Hoogervorst
Alexander van der Voort Maarschalk
Paul de Vries

Houthoff is the trade name of Houthoff Coöperatief U.A. with registered office in Amsterdam (Chamber of Commerce Amsterdam no. 34216182). Houthoff's general terms and conditions, which stipulate a limitation of liability, the applicability of Dutch law and the exclusive jurisdiction of the District Court of Amsterdam, the Netherlands, are applicable to all services performed. A copy of the general terms and conditions is available on request or at www.houthoff.com

www.houthoff.com