

De benoeming van de onafhankelijke deskundige bij prijsbepaling van aandelen



Mw. mr. S. Nijhuis*



Mr. dr. P.P. de Vries**

1. Inleiding

Een aandeelhouder die op basis van een statutaire aanbiedingsverplichting zijn aandelen overdraagt, ontvangt indien hij dit verlangt een prijs die gelijk is aan de waarde van de aandelen die door een of meer onafhankelijke deskundigen is vastgesteld. Een vergelijkbare regeling geldt bij vrijwillige overdracht van aandelen op grond van een wettelijke of een statutaire blokkeringsregeling.¹ Omdat partijen vaak liever het heft in eigen handen houden en het inschakelen van een onafhankelijke deskundige bij de waardering en prijsbepaling van aandelen een tijdrovende en kostbare aangelegenheid kan zijn, zoeken partijen doorgaans eerst toenadering om samen een prijs voor de aandelen te bepalen. Ook kunnen zij hierop anticiperen door afwijkende prijsbepalingsregels op te nemen in de statuten of in een aandeelhoudersovereenkomst. Is dat niet gelukt, dan is hulp van buiten gewenst. Maar wie benoemt deze onafhankelijke deskundigen?

In veel statuten en aandeelhoudersovereenkomsten werd voorheen vaak opgenomen dat de voorzitter van de Kamer van Koophandel voor het gebied waarin de vennootschap haar zetel heeft bevoegd was op verzoek een of meer onafhankelijke deskundigen te benoemen. Per 1 oktober 2013 is de Kamer van Koophandel echter gestopt met het in behandeling nemen van verzoeken tot benoeming van arbiters en deskundigen.² In deze bijdrage onderzoek

ken wij welke voor de hand liggende alternatieve instanties beschikbaar zijn voor de benoeming van onafhankelijke deskundigen voor de waardering van aandelen. Wij besteden daarbij aandacht aan de volgende alternatieven:

- a. de voorzitter van de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA);
- b. de voorzitter van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB);
- c. Nederlands Arbitrage Instituut (NAI);
- d. Nederlands Instituut voor Register Valuators (NIRV);
- e. International Chamber of Commerce (ICC);
- f. de geschillenrechter (art. 2:343c BW);
- g. de kantonrechter.

Om informatie te verzamelen hebben we schriftelijk gecorrespondeerd met deze instanties. Ook hebben we elke instantie in de gelegenheid gesteld opmer-

* Advocaat te Rotterdam.
(s.nijhuis@houthoff.com)

** Kandidaat-notaris te Rotterdam.
(p.de.vries@houthoff.com)

1. Zie art. 2:192 lid 3 BW, respectievelijk art. 2:195 leden 1 en 4 BW. De statuten kunnen voorzien in een afwijkende prijsbepalingsregeling.
2. Dit blijkt uit een persbericht van de Kamer van Koophandel van 20 november 2013.

kingen te maken over de paragraaf die deze instantie betreft.³ In dit artikel wordt per instantie eerst een algemene uitleg gegeven. Vervolgens wordt stilgestaan bij het benoemingsproces en de timing daarvan, uit welk bestand van deskundigen wordt gekozen en met welke kosten men rekening moet houden. Vervolgens komen aan de orde de kwalificatie van het deskundigenbericht als bindend advies en andere aandachtspunten bij de benoeming van een onafhankelijke deskundige. We sluiten af met enkele conclusies.

2. De voorzitter van de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA)

Algemeen – De Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants is de bij wet ingestelde beroepsorganisatie van registeraccountants en accountants-administratieconsulenten. De organisatie bestaat sinds 1 januari 2013 en is het fusieresultaat van NIVRA en NOvAA. De NBA neemt op het moment van schrijven benoemingsverzoeken in behandeling, maar het verdient de aandacht dat de NBA haar bemiddelingsfunctie aan het heroverwegen is. Mogelijk zal de NBA deze functie in de toekomst staken, om welke reden de NBA verzoekt om terughoudendheid met het opnemen van de NBA in statuten en overeenkomsten.

Benoemingsprocedure en timing – Een verzoek tot voordracht van een waarderingsdeskundige wordt gericht aan de voorzitter van de NBA. De NBA heeft een bemiddelende rol tussen aandeelhouders en deskundige, maar mengt zich niet in het geschil. Wanneer de NBA een verzoek tot voordracht van een deskundige ontvangt, gaat zij in haar bestand na of daarin een accountant is opgenomen die beschikt over de voor de betreffende zaak vereiste expertise en geschiktheid.⁴ De NBA bespreekt met de geselecteerde accountant op anonieme basis de casus en de daarvoor benodigde expertise. Naar aanleiding van dit gesprek geeft de accountant aan of hij interesse heeft om als deskundige op te treden. Indien dit het geval is, verstrekt de NBA partijen de gegevens van de betreffende accountant en verzoekt zij hen om (schriftelijk) akkoord te gaan met de voorwaardelijke voordracht van de accountant. Na het voorwaardelijk voordragen van de accountant informeert de NBA de accountant over de identiteit van partijen en verstrekt zij de accountant alle informatie die zij van partijen heeft ontvangen. De accountant toetst op basis van zijn gedrags- en beroepsregels of hij de opdracht kan aanvaarden. Deze toets is de reden dat sprake is van een voorwaardelijke voordracht. Indien de accountant de opdracht aanvaardt, informeert hij partijen hierover en stemt de verdere gang van zaken met hun af.

Bestand van deskundigen – Het bestand dat door de NBA wordt gebruikt, bestaat uit accountants die hebben aangegeven bereid te zijn als arbiter,

deskundige of bindend adviseur op te treden. In totaal hebben zo'n vijftig accountants uit het bestand van de NBA expertise op het gebied van bedrijfswaardering.

Kosten – De NBA brengt geen kosten in rekening voor haar bemiddeling. Aan de waardering door de deskundige zijn wel kosten verbonden, welke tussen partijen en de betreffende deskundige worden overeengekomen.

3. De voorzitter van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)

Algemeen – In februari 2014 werd bekend dat het bestuur van de KNB heeft besloten het gat te vullen dat door het terugtreden van de Kamer van Koophandel is ontstaan, met als doel een passende statutaire oplossing te kunnen bieden.⁵ De oplossing houdt in dat in modelstatuten van de KNB nu is opgenomen dat verzoeken tot benoeming van een deskundige kunnen worden gericht aan de voorzitter van de KNB. Ook in (niet-model) statuten kan deze bepaling worden opgenomen. De KNB is voorlopig niet voornemens om op basis van een overeenkomst een deskundige te gaan aanwijzen. Mocht hier behoefte aan bestaan dan zal het bestuur bezien of zij aan deze wens gehoor kan geven. De KNB heeft op het moment van schrijven nog geen verzoeken om benoeming van een deskundige ontvangen. Omdat dit een nieuwe taak van de KNB betreft zijn er (nog) geen protocollen of richtlijnen die op het benoemingsproces van toepassing zijn. Een voornemen om deze op te stellen is er ook nog niet.

Benoemingsprocedure en timing – Het verzoek tot benoeming van een deskundige moet worden gericht aan de voorzitter van de KNB. Na ontvangst gaat de KNB op zoek naar een geschikte deskundige. Zodra een geschikte deskundige is gevonden, vindt de benoeming plaats. De deskundige wordt benoemd door de voorzitter van de KNB. Bij het benoemingsproces is een medewerker van het bureau van de KNB betrokken, die zonodig overleg voert met bestuursleden van de KNB. Dergelijk overleg zou bijvoorbeeld plaats kunnen vinden indien er sprake is van een tegenstrijdig belang omdat de voorzitter van de KNB verbonden is aan een kantoor dat ook betrokken is bij de advisering van een van de betrokken aandeelhouders. Het is niet bekend hoeveel tijd een benoeming vergt.

3. De auteurs spreken hun dank uit aan alle instanties die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van dit artikel. Voor de volledigheid merken we op dat dit artikel op persoonlijke titel is geschreven.
4. Nagegaan wordt of de accountant voor de casus relevante ervaring heeft, niet tuchtrechtelijk veroordeeld is en niet op voorhand tussen de partijen zijn uitgesloten.
5. Nieuwsbrief KNB, 20 februari 2014.

Bestand van deskundigen – De KNB heeft (nog) geen bestand van deskundigen, maar zal bij een verzoek gebruik maken van haar eigen netwerk. De KNB is voornemens om een bestand samen te stellen waarin personen die voor een deskundigenbenoeming in aanmerking komen (op eigen verzoek) kunnen worden opgenomen. Vooralsnog lijken voor opname in het bestand geen specifieke opleidingsvereisten te gelden.

Kosten – Op het moment van schrijven zijn er geen kosten verbonden aan een deskundigenbenoeming. De motivering hiervan is dat de KNB van de Kamer van Koophandel heeft vernomen dat deze niet frequent voor deze taak werd ingeschakeld. De kosten van de deskundige worden gedragen door de partijen.

4. Nederlands Arbitrage Instituut (NAI)

Algemeen – Het Nederlands Arbitrage Instituut is een onafhankelijke stichting die zich ten doel stelt de beslechting en oplossing van geschillen te bevorderen via arbitrage, bindend advies en mediation. In 2013 hebben gesprekken tussen het NAI en de Kamer van Koophandel plaatsgevonden naar aanleiding waarvan het NAI heeft besloten om op verzoek van partijen deskundigen te benoemen. Dit betreft voor het NAI een nieuwe taak. Het NAI heeft inmiddels besloten om een reglement op te stellen dat specifiek ziet op de benoeming van deskundigen en het uitbrengen van een deskundigenbericht, maar dat reglement is nog niet beschikbaar. Het NAI past vooralsnog de regels van het arbitragereglement toe in geval van een benoemingsverzoek.

Benoemingsprocedure en timing – De administrator van het NAI selecteert de deskundige aan de hand van de door partijen in te dienen aanvraag en het “korte antwoord”. In deze documenten dienen partijen de aard van het geschil, het financiële belang, de betrokken partijen en de betrokken raadslieden uiteen te zetten. Een eerste selectie vindt plaats door middel van een zoekopdracht met codes in het geautomatiseerde arbiterbestand. Vervolgens vindt een meer specifieke selectie plaats. Het NAI neemt contact op met de geselecteerde deskundige en gaat na of de deskundige bereid is in het betreffende geschil op te treden en of dit de deskundige vrij staat. Ten slotte vindt benoeming door het NAI plaats. Het NAI speelt na de benoeming geen rol meer in het waarderingsproces. De benoemingsprocedure neemt enkele weken in beslag.

Bestand van deskundigen – Bij de benoeming van een deskundige gaat het NAI uit van het door haar aangelegde arbiterbestand, waarin ook deskundigen zijn opgenomen. De in dit bestand opgenomen arbiters hebben een NAI opleiding tot arbiter gevolgd. Hoewel een deskundige niet tevens arbiter hoeft te zijn, is dit in de praktijk door het gebruik van

het arbiterbestand doorgaans wel het geval. Voorafgaand aan opname in het arbiterbestand vindt selectie door het NAI bestuur plaats. Om geselecteerd te kunnen worden dient een kandidaat uit te blinken op het eigen vakgebied en daarnaast van onbesproken gedrag te zijn. Het arbiterbestand van het NAI bestaat op dit moment uit ongeveer 300 personen. Van deze 300 personen zijn er ongeveer tien die expertise hebben op het gebied van bedrijfswaardering en aandelenwaardering.

Kosten – Voor de benoeming door het NAI en de verdere begeleiding door het NAI tot en met het uitbrengen van het deskundigenbericht worden administratiekosten in rekening gebracht. Deze bedragen nu € 1.000 voor zaken met een belang tot € 100.000 en voor particulieren is dit bedrag € 800. Wanneer het NAI alleen benoemt en niet de procedure administreert na de deskundigenbenoeming, is men de helft van deze administratiekosten verschuldigd, dus € 500 resp. € 400. Bij hogere belangen zijn hogere administratiekosten verschuldigd, afhankelijk van de complexiteit en het financiële belang. Slechts indien het NAI ook een rol vervult na de deskundigenbenoeming, is een betaling van een voorschot voor honoraria van de deskundige(n) vereist. Ook deze is afhankelijk van de complexiteit en het financiële belang. Als dit buiten het NAI om gaat, dienen partijen met de deskundige afspraken te maken over kosten.

5. Nederlands Instituut voor Register Valuators (NIRV)

Algemeen – Het Nederlands Instituut voor Register Valuators is de beroepsvereniging voor Register Valuators in Nederland. Een Register Valuator, afgekort RV, is een financieel deskundige die gespecialiseerd is in de bepaling van de waarde van een onderneming.

Benoemingsprocedure en timing – Het bestuur van het NIRV benoemt op verzoek van partijen één RV als waarderingsdeskundige. Partijen kunnen er ook voor kiezen het bestuur te verzoeken om meerdere RV's voor te dragen, uit welke voordracht de aanvragers vervolgens zelf één RV benoemen. Bij een verzoek tot benoeming van een RV moet door partijen een profiel van de te benoemen deskundige worden aangeleverd, welke bestaat uit selectiecriteria. Daarbij gaat het om een omschrijving van het profiel en de branche van de onderneming. Voorts dient te worden aangegeven of het noodzakelijk is dat de RV ervaring met een rechtbank heeft en of er uitsluitingen zijn waar rekening mee gehouden moet worden. Vervolgens zet het NIRV het verzoek met vermelding van de selectiecriteria anoniem uit onder de RV's in zijn bestand. RV's kunnen zich op basis hiervan aanmelden bij het bestuur van het NIRV, die uit de aanmeldingen willekeurig één RV benoemt of meerdere RV's voordraagt, afhankelijk van het verzoek van partijen. Indien meerdere RV's worden

voorgedragen door het NIRV dienen partijen zelf over te gaan tot benoeming. Het NIRV speelt na de benoeming of voordracht geen rol meer. De hele procedure neemt in totaal ongeveer vijf werkdagen in beslag.

Bestand van deskundigen – Het NIRV werkt met een vast bestand waarin 193 RV's zijn opgenomen. Deze RV's hebben allen een opleiding tot Register Valuator afgerond aan de Rotterdam School of Management of de Tias School for Business and Society en zijn daarnaast ingeschreven bij de Stichting Waarderingsonderzoek ten behoeve van Bedrijf en Onderneming.

Kosten – Aan de benoeming door het NIRV zijn geen kosten verbonden. De kosten voor de waardering door de RV dient tussen partijen en de RV te worden afgestemd.

6. International Chamber of Commerce (ICC)

Algemeen – De International Chamber of Commerce is de grootste internationale belangenorganisatie voor bedrijven en verleent onder andere dienstverlening op het gebied van geschilbeslechting. Een onderdeel van ICC, te weten het “*ICC Centre for Expertise*” wordt regelmatig verzocht onafhankelijke deskundigen te benoemen bij internationale en complexe waarderingskwesties. Het ICC Expertisecentrum wordt bijgestaan door een toezichthoudend orgaan, de “*Standing Committee*”, welk orgaan is samengesteld uit experts van verschillende disciplines en nationaliteiten. Dit orgaan ondersteunt het ICC Expertisecentrum bij de zoektocht naar geschikte deskundigen. De voorzitter van de *Standing Committee* benoemt de deskundigen. De *ICC Rules for Expertise* zijn van toepassing op de benoeming.

Benoemingsprocedure en timing – Het verzoek tot benoeming van een deskundige wordt gericht aan het hoofdkantoor van ICC in Parijs, waar het secretariaat van het ICC Expertisecentrum is gevestigd.⁶ Na de ontvangst gaat ICC na of alle betrokken partijen in de gelegenheid zijn gesteld om zich uit te laten over de benoeming en of er voldoende informatie beschikbaar is op basis waarvan de benoeming kan plaatsvinden. Bij de zoektocht naar een geschikte deskundige zijn de door partijen overeengekomen kwalificaties bindend. Afhankelijk van het soort zaak worden ervaring, deskundigheid en verdere kwalificaties meegewogen. Ook wordt gekeken naar beschikbaarheid, expertise, woonplaats en talenkennis van de deskundige. ICC vraagt hierbij input van de *Standing Committee*. Ook schakelt ICC haar netwerk van “*National Committees*” in; ICC heeft kantoren in bijna honderd landen. Het voorstel tot benoeming wordt voorgelegd aan de voorzitter van de *Standing Committee*, die de deskundige uiteindelijk benoemt. Voordat een benoeming plaatsvindt, tekent de

betrokken deskundige een verklaring van onafhankelijkheid en dient hij ICC mee te delen of er feiten zijn op grond waarvan partijen kunnen twifelen aan zijn onafhankelijkheid. Voor zover ICC oordeelt dat de deskundige ondanks deze feiten voor benoeming in aanmerking komt, deelt zij dit schriftelijk mee aan partijen. Partijen worden in de gelegenheid gesteld hierop te reageren. ICC streeft er naar benoemingen op korte termijn plaats te laten vinden. De specifieke kenmerken van een zaak kunnen er echter toe leiden dat een benoeming meer tijd in beslag neemt.

Bestand van deskundigen – ICC werkt niet met een vast bestand van deskundigen. Per verzoek wordt actief gezocht naar personen die geschikt zijn voor de behandeling van de specifieke zaak. Dat niet met een afgebakende lijst wordt gewerkt, hangt onder meer samen met de complexe en internationale aard van de geschillen die aan ICC worden voorgelegd.

Kosten – De partij die een verzoek tot benoeming van een deskundige indient bij ICC is een vergoeding verschuldigd van USD 2.500. Dit bedrag wordt in rekening gebracht voor de benoeming van één deskundige. Voor iedere volgende deskundige is hetzelfde bedrag verschuldigd. Indien een benoeming wordt verzocht door een arbitraal college dat handelt op grond van de *ICC Rules of Arbitration* is deze vergoeding niet verschuldigd. Partijen dragen voorts de kosten van de deskundige. Indien gewenst kan ICC ook betrokken blijven bij het waarderingsproces. Indien hiervoor gekozen wordt, zal ICC verzoeken om een depotstorting in verband met de kosten van de deskundige(n).

7. De geschillenrechter (art. 2:343c BW)

Algemeen – Een recente aanwinst in het keuzepalet is de “flitsuittreding” van art. 2:343c BW, ingevoerd met de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht. Via deze procedure kan op korte termijn een waardering van de aandelen van een uittredende aandeelhouder plaatsvinden. Van belang is dat er overeenstemming is tussen een aandeelhouder en een of meer medeaandeelhouders of de vennootschap dat de aandeelhouder zijn aandelen zal overdragen tegen gelijktijdige betaling van een vast te stellen prijs. Deze overeenstemming zou bijvoorbeeld kunnen volgen uit een statutaire aanbiedingsverplichting. De tekst van lid 1 expliciteert niet aan wie wordt overgedragen en sluit aldus niet uit dat dit een derde kan zijn, die bijvoorbeeld op grond van de aanbiedingsverplichting als gegadigde is aangewezen.⁷

6. Op de website van ICC zijn voorbeeldbepalingen te vinden voor partijen die gebruik willen maken van deze dienst van het ICC.
7. Steun voor deze opvatting is te vinden in de parlementaire geschiedenis, waarin wordt opgemerkt dat het aan partijen is rekening te houden met statutaire bepalingen die tot aanbiedingsverplichten. Zie: *Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3 (MvT)* p. 113.

Om van deze procedure gebruik te kunnen maken, moeten partijen zich bij gezamenlijk verzoekschrift wenden tot de rechter. Het verzoekschrift kan ook worden gedaan door een partij, mits de andere partij in zijn verweerschrift verklaart zich daartegen niet te verzetten.⁸ Is hieraan niet voldaan, dan is de procedure niet toegankelijk. De achtergrond van deze regeling kan worden verklaard vanuit het feit dat het starten van de procedure een *point of no return* is, in de zin dat de procedure niet eenzijdig kan worden ingetrokken.⁹ Rechtsmacht als middel om op eenzijdig initiatief de prijs van aandelen vast te laten stellen, lijkt niet aanvaardbaar te zijn. Maar wat nu als partijen welbewust de bevoegdheid van de art. 2:343c BW-rechter zijn overeengekomen of als dit volgt uit statuten? Bevoegdheid van de rechter zou in dat geval naar onze mening wel gewenst zijn.

De procedure is gericht op snelheid.¹⁰ Er staat geen rechtsmiddel open tegen door de rechter op grond van art. 2:343c BW genomen beslissingen. Is een verzoekschriftprocedure eenmaal gestart, dan is het niet mogelijk dat een partij eenzijdig de procedure beëindigt.¹¹ Hoewel de wetgever heeft aangegeven dat het niet mogelijk is om eventuele samenhangende vorderingen door de rechter te laten behandelen in deze procedure,¹² menen wij dat op grond van de letterlijke tekst van de wet een rechter toch dergelijke vorderingen tot de procedure kan toelaten.¹³ De rechtbank in de woonplaats van de vennootschap is bevoegd.¹⁴ Hiervan kan echter in de statuten of bij overeenkomst worden afgeweken, waarbij bijvoorbeeld de Ondernemingskamer wordt aangewezen.¹⁵

Benoemingsprocedure en timing – Op grond van de wettelijke regeling kunnen partijen invloed uitoefenen op de opdracht aan de deskundige. De wet noemt in dit kader de waarderingsmaatstaf en de datum waartegen moet worden gewaardeerd, maar laat ook ruimte voor andere omstandigheden waarmee bij de waardering rekening moet worden gehouden.¹⁶ De betrokkenheid van de rechter eindigt in beginsel nadat de benoeming van de deskundige heeft plaatsgevonden.¹⁷

Bestand van deskundigen – Bij de benoeming wordt onder meer gebruik gemaakt van de door de rechtbanken bijgehouden deskundigenindex en andere bronnen als het Landelijk Register van Gerechtelijk Deskundigen en gegevens van brancheorganisaties.¹⁸

Kosten – Voor het starten van een verzoekschriftprocedure bij de rechtbank zijn griffierechten verschuldigd. Omdat het hierbij gaat om een vordering van onbepaalde waarde bedragen de griffiekosten op het moment van schrijven voor een natuurlijk persoon € 282 en voor een rechtspersoon € 608. Voorts worden de proceskosten en de kosten van de deskundigen door partijen gedragen.

Voordelen ten opzichte van deskundigenbenoeming door niet-rechterlijke instantie – Een mogelijk voordeel van de “flitsuittrekking” ten opzichte van benoeming door een niet-rechterlijke instantie is dat bij de “flitsuittrekking” de rechter naar billijkheid kan beslissen op punten waarbij geen eenstemmigheid is tussen partijen (lid 2). Het is mogelijk dat de rechter de benoeming van een deskundige achterwege laat en zelf de prijs van de aandelen vaststelt, als in de statuten of een overeenkomst al een duidelijke maatstaf voor de waardering van de aandelen is opgenomen, aan de hand waarvan de prijs zonder meer kan worden vastgesteld.¹⁹ De deskundige heeft de in art. 2:351 en 2:352 BW vervatte bevoegdheden.²⁰ De rechter heeft de mogelijkheid voorlopige voorzieningen te treffen met werking tot aan de levering van de aandelen.²¹ Tevens bestaat de mogelijkheid dat de vennootschap de aandelen levert als de aandeelhouder in gebreke blijft met levering, tegen gelijktijdige betaling van de koopprijs.²² Voorts kan de rechter een helpende hand bieden bij executiegeschillen (lid 4, laatste zin).

8. De kantonrechter

Algemeen – De statuten of een overeenkomst kunnen de kantonrechter aanwijzen als de instantie die een deskundige benoemt. Nu een expliciete wettelijke grondslag ontbreekt, gaat het hierbij niet om eigenlijke rechtspraak, maar om een “welwillendheidsbeslissing”. Hierbij is de kantonrechter niet verplicht om een uitspraak te doen.²³ Dat een kantonrechter uitspraak kan weigeren wordt onder andere geïllustreerd door de *Chevrayne* uitspraak.²⁴ In dit geval werd de kantonrechter op basis van de statutaire regeling verzocht om drie deskundigen te benoemen voor vaststelling van de prijs van aandelen. Door de verweersters in de procedure werd aangevoerd dat de aandeelhoudersovereenkomst zou prevaleren, waarbij deskundigenbenoeming niet

8. Zie lid 1. Dat een verweerschrift nodig is om aan te geven dat men zich niet verzet, klinkt op zijn minst tegenstrijdig.
9. P.P. de Vries, *Exit rights of minority shareholders in a private limited company*, Deventer: Kluwer 2010, p. 358-359.
10. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3 (MvT) p. 114.
11. P.P. de Vries, *a.w.*, p. 359.
12. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3 (MvT) p. 113.
13. Zie hierover: P.P. de Vries, *a.w.*, p. 359.
14. Zie art. 2:343c lid 1 jo. 2:336 lid 3 BW.
15. Zie art. 2:343c lid 3 jo. 2:343 lid 2 jo. 2:337 lid 2 BW.
16. Zie art. 2:343c lid 2 BW.
17. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3 (MvT) p. 113.
18. Zo blijkt uit navraag bij de Rechtbank Rotterdam.
19. Art. 2:343c lid 3 jo. 2:343 lid 2 jo. 2:339 lid 3 BW.
20. Art. 2:343c lid 3 jo. 2:343 lid 2 jo. 2:339 lid 1 BW.
21. Art. 2:343c lid 3 jo. 2:343 lid 2 jo. 2:338 lid 3 BW.
22. Art. 2:343c lid 3 jo. 2:343a lid 4 BW.
23. Verder hierover: C.S. Goedèl, Welwillendheidsbeslissing: geen daad van rechtspraak, *WPNR* 1999/6379.
24. Rb. Amsterdam, sector kanton, 12 juli 2013, *JOR* 2013/269 (*Chevrayne*), m.nt. C.J. Groffen. Zie voor een andere afwijzing: Rb. Noord-Nederland 26 september 2013 ECLI:NL:RBNNE:2013:6625.

aan de orde zou zijn. De kantonrechter oordeelde dat het niet met het karakter van een “welwillendheidsbeslissing” te verenigen zou zijn eerst een oordeel te moeten uitspreken over de bevoegdheid van de rechter en de grondslag van het verzoek en wees het verzoek dan ook af. Deze impasse kan worden voorkomen door de prijsvaststelling door een deskundige niet aan te merken als bindend advies, maar als arbitrage. Bij arbitrage geldt op grond van art. 1027 lid 3 Rv dat bij niet tijdige benoeming van een deskundige de voorzieningenrechter arbiters kan benoemen.²⁵

Voor het bestand van deskundigen en de kosten verwijzen we naar de vorige paragraaf.

9. Deskundigenbericht als bindend advies

Partijen kunnen in het kader van een art. 2:343c BW-uitredingsprocedure overeenkomen dat het deskundigenbericht tussen partijen de status heeft van een vaststellingsovereenkomst.²⁶ Het gevolg daarvan is dat de bepalingen van titel 7.15 BW op het deskundigenbericht van toepassing zijn. Dezelfde mogelijkheid bestaat buiten het kader van deze procedure, bijvoorbeeld in het geval dat statuten of een aandeelhoudersovereenkomst voorzien in prijsvaststelling door een deskundige.

Een vaststellingsovereenkomst wordt gesloten ter beëindiging of voorkoming van onzekerheid of geschil. Daarbij kan ook sprake zijn van een toekomstig geschil.²⁷ De vaststelling kan tot stand komen krachtens een aan een derde opgedragen beslissing, een bindend advies. Het bindend advies valt hiermee onder de regeling van titel 7.15 BW.²⁸ Voor zover partijen besluiten om een overeenkomst tot bindend advies aan te gaan, dienen zij zich te realiseren dat zij zich niet tot de rechtbank kunnen wenden met een vordering op dit punt.²⁹

Een vaststellingsovereenkomst is vormvrij en kan ook mondeling worden aangegaan.³⁰ De uit de vaststellingsovereenkomst voortvloeiende vaststelling kan haar rechtsgrond bovendien elders vinden dan in overeenkomst.³¹ Van Rossum merkt in dit kader op dat die rechtsgrond onder meer kan zijn gelegen in de statuten van een rechtspersoon.³² Naar onze mening kwalificeert de prijsvaststelling door een deskundige als bindend advies, als uit de statutaire of contractuele regeling voldoende duidelijk blijkt dat de deskundige de bevoegdheid heeft de prijs van de aandelen tussen partijen vast te stellen.

Recent nam de Rechtbank Gelderland in kort geding een vergelijkbaar standpunt in.³³ In dit geval was een aandeelhouder verplicht om zijn aandelen over te dragen conform een statutaire blokkeringsregeling. De regeling voorzag erin dat bij gebreke aan overeenstemming over de prijs van de aandelen een onafhankelijke deskundige werd benoemd door de voorzitter van de plaatselijke Kamer van Koophan-

del, welke deskundige bevoegd was de prijs vast te stellen. Vervolgens had de deskundige de aandelen gewaardeerd naar de DCF-waarde en het waardeeringsrapport in concept naar partijen gestuurd. Na ontvangst van commentaar van partijen stelde de deskundige de prijs van de aandelen vast. Een van de geschilpunten in kort geding was of de prijsvaststelling wel een bindend advies betrof. De voorzieningenrechter overwoog:

“In artikel 11 lid 2 staat dat bij gebreke van overeenstemming de ‘prijs (wordt) vastgesteld’ door een onafhankelijke deskundige. Die bepaling laat dus redelijkerwijs geen andere uitleg toe dan dat de deskundige de prijs van de aandelen bindend bepaalt. (...) Het rapport is dus een bindend advies (...)”

Komt een van beide partijen de op haar rustende verbintenis(sen) uit hoofde van het bindend advies niet na, dan kan haar wederpartij slechts nakoming in rechte afdwingen. Het bindend advies kan namelijk niet op grond van art. 430 Rv ten uitvoer worden gelegd.³⁴ Een partij die zich niet kan vinden in het bindend advies of de wijze van totstandkoming daarvan, kan vernietiging van het bindend advies vorderen.³⁵ Aangezien vernietiging slechts mogelijk is in het geval dat gebondenheid aan het bindend advies naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn wegens de inhoud of totstandkoming van het bindend advies, zal een dergelijke vordering niet snel gehonoreerd worden. Gebondenheid aan het bindend advies is de regel, vernietiging vindt slechts plaats in uitzonderingssituaties.³⁶ Uit rechtspraak volgt dat de rechter in een dergelijk geval terughoudendheid betracht en marginale toetsingsbevoegdheid heeft.³⁷ Bovendien kan niet iedere onjuistheid in de totstandkoming van het bindend advies tot de conclusie leiden dat vernietiging gerechtvaardigd is. Er zal sprake moeten zijn van een ernstig gebrek.³⁸ Hiervan zal bijvoorbeeld sprake kunnen zijn wanneer een deskundige zich

25. Evenzo: Goedèl en Groffen in de hiervoor aangehaalde literatuur.

26. Zie art. 2:343c lid 4 BW.

27. Zie art. 7:900 lid 1 BW en Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012, nr. 142.

28. Zie art. 7:900 lid 2 BW.

29. Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012, nr. 172.

30. Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012, nr. 138.

31. Zie art. 7:906 lid 1 BW.

32. A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst*, (Mon. Nieuw BW nr. B80), Deventer: Kluwer 2001, p. 61.

33. Rb. Gelderland zp Anrhem 14 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2894.

34. Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012, nr. 173.

35. Zie art. 7:904 lid 1 BW.

36. Rb. Rotterdam 6 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2691.

37. Rb. Zwolle-Lelystad 1 april 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BL9775.

38. Rb. Zwolle-Lelystad 1 april 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BL9775.

zonder nadere motivering niet aan zijn opdracht houdt of wanneer er strijd is met de beginselen van een goede procesorde zoals hoor en wederhoor.³⁹ Bovendien kan de rechter rekening houden met de vraag of en zo ja in welke mate de betreffende partij nadeel heeft ondervonden van het geconstateerde gebrek.⁴⁰

10. Aandachtspunten bij het opstellen van een deskundigenclausule

Het is welhaast vanzelfsprekend om te bepalen dat de deskundige onafhankelijk dient te zijn, dat wil zeggen onafhankelijk van partijen en van de vennootschap. Om de deskundige in staat te stellen om zijn taak te verrichten, is het voorts aan te raden te bepalen dat de deskundigen onder andere gerechtigd zijn tot inzage van alle boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de vennootschap, tot het verkrijgen van alle inlichtingen, waarvan kennisneming voor de prijsvaststelling dienstig kan zijn en dat bezittingen van de vennootschap worden getoond.⁴¹ Daarbij kan geheimhouding van de deskundige worden verlangd.

Om het risico op vernietiging van het deskundigenbericht te verkleinen, kan worden overwogen het beginsel van hoor- en wederhoor uit te werken en te bepalen dat het deskundigenbericht voldoende wordt gemotiveerd en op schrift wordt gesteld.⁴² Ook kan worden overwogen prijsbepalingsregels en regels omtrent waarderingsdatum en andere omstandigheden op te nemen.⁴³ Tot slot is het raadzaam om van tevoren af te spreken wie de kosten van de deskundige en (indien van toepassing) de kosten van de benoemde instantie draagt.

11. Tot slot

Het is lovenswaardig en voor de praktijk van belang dat de KNB en het NAI in het gat zijn gesprongen dat de Kamer van Koophandel achterliet, toen zij bekend maakte te stoppen met de benoeming van onafhankelijke deskundigen. Wel past de waarschuwing dat deze dienst nog in de kinderschoenen staat en de KNB en het NAI nog geen reglement hebben opgesteld dat deze dienst in goede banen moet leiden. Het NAI heeft al wel besloten een reglement op te stellen. Wat betreft de KNB kan worden opgemerkt dat deze dienst voor haar branchevreemd is en het daarom niet vanzelfsprekend is dat deze taak door haar op de juiste wijze wordt uitgeoefend. De KNB zou kunnen overwegen in gesprek te gaan met de andere in dit artikel genoemde instanties om te waarborgen dat deze dienst wordt gefaciliteerd, zonder dat de KNB daarbij zelf een rol speelt. Het zou voorts aan te bevelen zijn dat de KNB in haar modellen niet standaard haar voorzitter opneemt, maar de mogelijkheid zou bieden te kiezen tussen bijvoorbeeld instanties die in dit artikel worden genoemd. Ook past de waarschuwing dat anders dan de andere instanties die genoemd worden in dit artikel de KNB deze dienst thans slechts aanbiedt

bij statutaire regelingen en niet bij contractuele regelingen. Aan een benoeming door het NAI zijn kosten verbonden.

Een belangrijk nadeel van de procedure via de NBA is dat geen formele benoeming plaatsvindt, maar slechts een voordracht. Dit brengt het risico met zich dat tussen partijen een geschil ontstaat over de voorgedragen persoon. Mogelijk is dit te ondervangen door in de statuten of bij overeenkomst te bepalen dat partijen de door de NBA voorgedragen persoon benoemen. Een ander aandachtspunt is dat de NBA overweegt te stoppen met deze dienst. Hoge ogen gooit het alternatief van het NIRV, dat voorziet in een kosteloze en snelle deskundigenbenoeming uit een grote pool van gespecialiseerde deskundigen. Voor de volledigheid merken we op dat waarderingsdeskundigen die zijn verbonden aan een Valuationafdeling van een accountantskantoor (bijvoorbeeld Big 4-kantoren) of bank vaak niet zijn verbonden aan het NIRV.⁴⁴ Indien sprake is van een complex en internationaal geschil kunnen wij ons goed voorstellen dat partijen ICC verzoeken een deskundige te benoemen uit haar brede internationale netwerk, waarbij men rekening moet houden met de daaraan verbonden kosten. De zorgvuldige procedure die het ICC toepast, kan als voorbeeld gelden voor andere instanties.

Voorts kan de rechtbank als benoemde instantie worden aangewezen middels de verzoekschriftprocedure van art. 2:343c BW. Wat betreft bevoegdheid van de rechter lijkt welwillendheid van partijen vereist. Niettemin is het vereiste dat een partij bij verzoekschrift moet aangeven zich niet te verzetten naar onze mening niet wenselijk als reeds uit een overeenkomst of statuten volgt dat de art. 2:343c BW-rechter bevoegd is. Wellicht biedt de door de minister in 2011 aangekondigde herziening van de geschillenregeling gelegenheid om art. 2:343c lid 1 BW op dit punt te herzien. Het is ook mogelijk de kantonrechter aan te wijzen in statuten of bij overeenkomst, maar in dat geval is welwillendheid van de kantonrechter nodig. Van deze procedures zou wat ons betreft een art. 2:343c BW procedure de voorkeur hebben, nu deze speciaal ontworpen is voor de prijsvaststelling van aandelen. Ondanks een aantal praktische voordelen van de art. 2:343c BW procedure (zoals het betrekken van deze rechter bij execu-

39. Rb. Amsterdam 8 april 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI1399.

40. HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, Rb. Amsterdam 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7984.

41. Vgl. art. 2:351 BW.

42. Bijvoorbeeld naar analogie van art. 2:351 resp. 2:339 lid 1 BW en art. 198 Rv.

43. Vgl. 2:343c lid 2 BW.

44. Zie daarover S.W. van den Berg, De blokkeringsregeling, prijsbepalingsregels en waarderingsdilemma's voor waarderingsdeskundigen, *Ondernemingsrecht* 2013, Afl. 16, p. 572.

tiesgeschillen), zullen partijen doorgaans genegen zijn een stap naar de rechter te voorkomen.

De prijsvaststelling door een deskundige kwalificeert als bindend advies, als uit de statutaire of contractuele regeling voldoende duidelijk blijkt dat de deskundige de bevoegdheid heeft de prijs van de aandelen

tussen partijen vast te stellen. Het is aan te bevelen de deskundigenclausule nader uit te werken, zodat deze voorziet in onafhankelijkheid van de deskundige, informatierechten, geheimhouding en bepalingen die zien op verkleining van het risico van vernietiging van het bindend advies. Ook is het raadzaam afspraken op te nemen over wie de kosten draagt.