



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## De BV en de geschillenregeling na de Flex-BV wetgeving

Koster, H.

### Citation

Koster, H. (2022). De BV en de geschillenregeling na de Flex-BV wetgeving. *Wpnr: Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, 2022(7390), 777-783. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3514201>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3514201>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# De BV en de geschillenregeling na de Flex-BV wetgeving

## 1. Inleiding

Op 1 oktober 2012 zijn de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (31 058) en de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (32 426) in werking getreden.<sup>1</sup> Door deze beide wetten zijn de regels voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (hierna: bv) flexibeler geworden en op sommige terreinen ook eenvoudiger. Flexibilisering en vereenvoudiging werd wenselijk geacht omdat veel wettelijke bepalingen als te star en onnodig belastend werden ervaren. Voorts wenste de wetgever verschillende knelpunten en onduidelijkheden in het bestaande BV-recht op te lossen.

In het kader van de invoering van de Flex-BV wetgeving is onder meer de geschillenregeling herzien.<sup>2</sup> De wettelijke geschillenregeling bevat een regeling voor: i) gedwongen overdracht van aandelen (uitstoting) in de art. 2:336-341a BW; ii) gedwongen overdracht van stemrecht op aan-



Prof. mr. H. Koster\*

delen in art. 2:342 BW;<sup>3</sup> en iii) gedwongen overname van aandelen (uittreding) in de art. 2:343-343c BW.<sup>4</sup> De heersende mening was destijds dat de (oude) geschillenregeling in de praktijk niet goed functioneerde.<sup>5</sup> Dit werd vooral veroorzaakt door de lange duur van de procedure doordat de procedure twee fasen kende.<sup>6</sup> De eerste fase betrof de beslissing over de uitstoting of uittreding, de tweede de beslissing over de prijs van de

\* Afdeling ondernemingsrecht Universiteit Leiden, vaste medewerker van het WPNR.  
(h.koster@law.leidenuniv.nl)

1. Wet van 18 juni 2012 (Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht), Stb. 2012, 299 en Wet van 18 juni 2012 (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht), Stb. 2012, 300. Zie ook het inwerkingtredingsbesluit van 29 juni 2012, Stb. 2012, 301.
2. Zie over de wijzigingen H.T. Verhaar, De verbeterde geschillenregeling: meer potentieel dan wellicht wordt gedacht, *O&F* 2012, nr. 3, p. 26-36.
3. Op basis van art. 2:342 BW kunnen een of meer houders van aandelen die alleen of gezamenlijk ten minste een derde van het geplaatste kapitaal verschaffen, van een stemgerechtigde vruchtgebruiker of pandhouder van een aandeel in rechte vorderen dat het stemrecht op het aandeel overgaat op de houder van het aandeel, indien die vruchtgebruiker of pandhouder door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt dat in redelijkheid niet kan worden geduld dat hij het stemrecht blijft uitoefenen.

4. Op 24 september 2019 wees de Ondernemingskamer het arrest *Cox/Widdershoven*, waarin de wettelijke geschillenregeling naar analogie werd toegepast op een uittredingsvordering van een certificaathouder tegen een andere certificaathouder. Dit kan als de positie van de certificaathouder zozeer vergelijkbaar is met die van een aandeelhouder, dat een analoge toepassing gerechtvaardigd is. Zie OK 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3555 (*Cox/Widdershoven*).
5. Zie bijvoorbeeld A.F.J.A. Leijten, *Geschillen tussen aandeelhouders*, in: A.F.J.A. Leijten e.a., *Conflicten rondom de rechtspersoon*, Kluwer 2000, p. 1-14, J. den Boer, *Naar een rationeel waarderingstijdstip bij de uitkoop- en geschillenregeling*, *WPNR* 2002/6487, p. 339-346, A.E. Driessen, *De geschillenregeling revisited*, *Ondernemingsrecht* 2003-15, p. 581-583, C.D.J. Bulten, *Pleidooi voor een ruimer toepassingsbereik van de geschillenregeling*, in: G. van Solinge & M. Holtzer (red.), *Geschriften van de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Kluwer 2004, p. 119-128 en R.B. Gerretsen, *De geschillenregeling: tien suggesties voor verbetering*, *O&F* 2005-2, p. 42-48.
6. Zie *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 17.

over te dragen aandelen. Omdat tegen de beslissing in beide fasen beroep en cassatieberoep kon worden ingesteld, kon een procedure vele jaren in beslag nemen.<sup>7</sup> In dit artikel bespreek en onderzoek ik deze herziening van de geschillenregeling door de Flex-BV wetgeving. Daarnaast ga ik in op de effectiviteit van de herziene regeling alsmede op het Voorontwerp Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure (hierna: het Voorontwerp). Ik sluit af met enkele aanbevelingen.

## 2. De wijzigingen ten aanzien van uitstoting en uittreding

Een eerste wijziging die ik noem is dat aan art. 2:336 lid 3 BW is toegevoegd dat de bevoegdheid van de rechter van de woonplaats van de vennootschap exclusief is.<sup>8</sup> Hierdoor kan de vordering niet meer op grond van art. 99 Rv worden ingesteld bij de rechter van de woonplaats van de gedaagde. Flexibel is evenwel dat er van deze bevoegdheid statutair of bij overeenkomst kan worden afgeweken op grond van art. 2:337 lid 2 BW.<sup>9</sup> Deze bepaling biedt de optie om statutair of bij overeenkomst te bepalen dat geschillen waarvoor de geschillenregeling kan worden toegepast, dadelijk ter kennis kunnen worden gebracht van de Ondernemingskamer of aan arbitrage kunnen worden onderworpen, dan wel om anderszins af te wijken van de rechterlijke bevoegdheid als geregeld in art. 2:336 leden 3 en 5 BW. Daardoor kan ook een rechtbank in een ander arrondissement worden aangewezen. Een andere, nuttige wijziging zag op het toestaan dat de vordering tot uitstoting of uittreding kan worden gecombineerd met andere samenhangende vorderingen tussen dezelfde partijen of tussen een van de partijen en de vennootschap, zoals een vordering tot schadevergoeding. Deze bevoegdheid komt de rechter ook toe als het gaat om een vordering in reconventie.

Verder is art. 2:338 lid 3 BW over het treffen van voorlopige voorzieningen herzien. De rechter kan op grond van art. 223 Rv voorlopige voorzieningen treffen.<sup>10</sup> Bepaald is door de Flex-BV wetgeving dat deze voorlopige voorzieningen hun werking kunnen behouden totdat de gevorderde overdracht van de aandelen heeft plaatsgevonden. Hierdoor kan bijvoorbeeld bij wijze van voorlopige voorziening het stemrecht op de aandelen tijdelijk van de gedaagde aandeelhouder worden ontnomen of kunnen de op grond van art. 2:192 BW opgelegde extra verplichtingen worden geschorst.<sup>11</sup> Flexibel is ook dat op basis van art. 2:337 lid 1 BW in beginsel in de statuten of bij overeenkomst een alternatieve regeling, in afwijking van de wettelijke geschillenregeling, kan worden overeengekomen.<sup>12</sup> Ook kan op grond van art. 2:337 lid 1 BW deels worden afge-

weken, bijvoorbeeld door prorogatie, een eigen waarderingsmethode of een eigen peildatum.<sup>13</sup> Wel geldt dat, indien de statuten of een overeenkomst een regeling bevat(ten) voor de oplossing van geschillen, op een daarin opgenomen afwijking van de wettelijke geschillenregeling geen beroep kan worden gedaan voor zover deze de overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt.<sup>14</sup> Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een statutaire blokkeringsregeling. Ook kan gedacht worden aan een onevenredige prijs of onevenredig lange termijnen.<sup>15</sup> Doordat de wettekst het heeft over 'voor zover', kan een afwijkende regeling er dus ook toe leiden dat een regeling partieel buiten toepassing blijft.

De oude regeling ging ervan uit dat overdracht van aandelen bij toepassing van zowel het uitstotingsrecht als het uittredingsrecht pas plaatsvond, wanneer de uitspraak waarbij de vordering was toegewezen en de uitspraak waarbij de prijs was bepaald beide onherroepelijk waren geworden. Hierdoor werd de geschillenregeling maar weinig toegepast, omdat doorgaans werd gevreesd dat grote vertraging zou ontstaan door het instellen van rechtsmiddelen. Om dit effect tegen te gaan, is de geschillenregeling gewijzigd, opdat het vonnis waarbij de prijs is bepaald uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard.

De voor 1 oktober 2012 geldende wet schreef ten aanzien van de prijs in verband met een vordering tot uitstoting voor dat de rechter in verband daarmee een deskundigenbericht diende te bevelen. Daarbij gold als uitgangspunt de waarde ten tijde van het optreden van de deskundigen c.q. het tijdstip van het onherroepelijk worden van het vonnis. Uit de jurisprudentie bleek eveneens dat moest worden uitgegaan van een prijs

7. Zie bijv. OK 7 oktober 2008, *JOR* 2008/333 (Hooyman), gestart in 1993.

8. Voor deze paragraaf is geput uit H. Koster, *De Flex-BV*, Kluwer 2013, hoofdstuk 7.

9. Zie ook J. Roest, *Geschillenregeling*, WPNR 2007/6731, p. 960.

10. Zie ook H.J. Portengen en I.C.P. Groenland, *Minderheidsbescherming in het nieuwe bv-recht*, *TOP* 2007, nr. 6, p. 250.

11. Zie *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 102.

12. Zie nader G.C. van Eck, *De nieuwe geschillenregeling*, *Preadvies Vereniging Handelsrecht 2011*, Kluwer 2011, p. 57-62.

13. Zie ook G.C. van Eck, *De nieuwe geschillenregeling*, *Preadvies Vereniging Handelsrecht 2011*, Kluwer 2011, p. 96-97.

14. Zie hierover P.P. de Vries, *Prijsbepalingsregels voor aandelen in een BV naar huidig en komend recht*, *Ondernemingsrecht* 2012/19, par. 7.

15. Memorie van toelichting bij het ambtelijk voorontwerp Flex-BV wetgeving, Tweede tranche, p. 15.

die overeenstemt met de waarde zo dicht mogelijk bij het tijdstip van overdracht van de aandelen.<sup>16</sup> De herziene regeling houdt in dat wanneer deskundigen zijn benoemd, de rechter de prijs van de aandelen bepaalt nadat de deskundigen hun bericht hebben uitgebracht. Verder is de derde zin van art. 2:339 lid 1 BW vervallen, volgens welke bepaling de deskundigen hun werkzaamheden pas konden aanvangen nadat het vonnis waarbij de vordering tot uitstoting was toegewezen, onherroepelijk was geworden. Nu geldt bovendien dat tussentijds hoger beroep tegen het vonnis waarbij de vordering tot uitstoting/uitreding wordt toegewezen, is uitgesloten, tenzij de rechter anders heeft bepaald. Verder staat tegen de benoeming van deskundigen geen hoger beroep open. Op basis van art. 2:339 lid 3 BW kan voorts de benoeming van deskundigen door de rechter achterwege blijven, wanneer tussen partijen overeenstemming bestaat over de waardering van de aandelen, alsmede indien de statuten of een overeenkomst een duidelijke maatstaf voor de bepaling van de waarde van de aandelen bevatten en de rechter aan de hand daarvan de prijs zonder meer kan vaststellen.<sup>17</sup> De rechter mag deze afspraak negeren indien toepassing zou leiden tot een kennelijk onredelijke prijs.

Een andere wijzing betreft art. 2:341a BW. Deze aanpassing houdt in dat, indien een vonnis over de prijsbepaling wordt vernietigd, de rechtsgrond voor de op grond van dat vonnis verrichte handelingen in stand blijft.<sup>18</sup> In dat geval ontstaat voor partijen een verbintenis tot ongedaanmaking van de reeds ingetreden gevolgen.<sup>19</sup> Mochten deze reeds ingetreden gevolgen bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt, bijvoorbeeld omdat de aandelen inmiddels zijn vervreemd aan een derde, of zou de billijkheid zich daar tegen verzetten, dan kan de rechter desgevraagd de verplichting tot ongedaanmaking beperken of uitsluiten. Hij kan aan een partij die daardoor onbillijk wordt bevoordeeld, de verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die benadeeld wordt.

Ten aanzien van de uittredingsregeling is verduidelijkt dat uittreding ook toegelaten is op grond van gedragingen die ten tijde van de vordering inmiddels in het verleden liggen. Gedragingen van medeaandeelhouders die grond kunnen opleveren voor een uittredingsvordering behoeven ook niet per se gedragingen in die hoedanigheid te zijn.<sup>20</sup> Een dergelijke gedraging kan bijvoorbeeld ook zijn het beconcurreren van de vennootschap.<sup>21</sup>

Verder kan de uittredingsvordering nu ook mede of uitsluitend tegen de vennootschap worden ingesteld.<sup>22</sup> Het maakt daarbij niet uit of het

gedragingen van de vennootschap zijn die ten grondslag liggen aan de uittredingsvordering. Is de vordering daarentegen tegen een aandeelhouder ingesteld, dan kan deze een andere aandeelhouder of de vennootschap in het geding oproepen, indien hij van oordeel is dat de vordering ook of uitsluitend tegen die aandeelhouder of tegen de vennootschap had behoren te worden ingesteld.

Bij het bepalen van de prijs van de aandelen bij uittreding kan de rechter desgevraagd een billijke verhoging toepassen in verband met gedragingen van de gedaagde of van anderen dan de gedaagde, indien aannemelijk is dat die gedragingen hebben geleid tot een vermindering van de waarde van de over te dragen aandelen en deze vermindering niet, of niet volledig, voor rekening van eiser behoort te blijven. Het hoeft daarbij niet te gaan om gedragingen waarop de uittredingsvordering is gegrond.<sup>23</sup> Hierdoor kan de uittredende aandeelhouder bijvoorbeeld een vergoeding krijgen voor afgeleide schade. De rechter kan zijn beslissing over de vordering voor een door hem te bepalen termijn aanhouden, indien ten processe blijkt dat de vennootschap of een of meer medeaandeelhouders op zich neemt/nemen maatregelen te treffen waardoor het nadeel dat de aandeelhouder lijdt zoveel mogelijk ongedaan wordt gemaakt of beperkt.

In art. 2:343c BW is een versnelde uittredingsregeling opgenomen. Voor art. 2:343c BW geldt dat wanneer sprake is van instemming, de aandeelhouders zich bij gezamenlijk verzoekschrift tot de rechter kunnen wenden om de prijs van de aandelen te doen vaststellen door de rechter. Een dergelijk verzoek kan ook worden gedaan door een van de partijen, mits de andere partij in zijn verzoekschrift verklaart zich daartegen niet te

16. Zie bijvoorbeeld HR 11 september 1996, *NJ* 1997, 177.

17. Zie P.P. de Vries, Prijsbepalingsregels voor aandelen in een BV naar huidig en komend recht, *Ondernemingsrecht* 2012/19, par. 7.

18. Zou de overdracht van aandelen met terugwerkende kracht wordt vernietigd, dan kan dat ook allerlei andere rechtsfeiten beïnvloeden, zoals besluitvorming in de algemene vergadering, winstuitkeringen en overdracht van de aandelen aan derden.

19. Zie hierover uitgebreid J.H.M. Willems, De nieuwe geschillenregeling, *Preadvies Vereniging Handelsrecht* 2011, Kluwer 2011, p. 160-166.

20. Zie *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 108.

21. Zie *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 108.

22. Zie hierover ook J. Roest, Geschillenregeling, *WPNR* 2007/6731, p. 961.

23. Zie hierover ook L. Timmerman, Hartkamp en afgeleide schade, in *'Hartkampvariëties'*, Kluwer 2006, p. 137.

verzetten. In de kern ziet art. 2:343c BW aldus op de situatie dat aandeelhouders overeenstemming hebben bereikt over het uittreden van een van hen, maar het oneens zijn over de prijs van de over te dragen aandelen. Art. 2:337 lid 2 BW is hier ook van toepassing, waardoor partijen statutair of contractueel kunnen afwijken van de rechterlijke bevoegdheid van art. 2:336 lid 3 BW. Hierdoor kan een versnelde uittredingsprocedure ook in arbitrage of bij de Ondernemingskamer worden gevoerd. Niet van toepassing verklaard is de billijkheidscorrectie van art. 2:343 lid 4 BW. Daarnaast geldt op grond van art. 2:343c lid 5 BW dat tegen beslissingen van de rechter op grond van art. 2:343c BW geen rechtsmiddelen openstaan, opdat een snelle afronding van de procedure zo veel mogelijk is gewaarborgd. Vindt vaststelling van de prijs door de rechter plaats, dan geschiedt de uitvoering conform het bepaalde in art. 2:343a BW. De rechter kan in dat kader op verzoek geschillen beslechten die bij de uitvoering van de overdracht nog mochten rijzen. Het bepaalde in art. 2:343c BW regeling ziet echter alleen op een prijsvaststelling. Eventuele met de uittreding samenhangende vorderingen tussen dezelfde partijen kunnen daarom niet worden meegenomen. Wat mij betreft zou dat alsnog mogelijk gemaakt kunnen worden. De praktijk zou daarbij gebaat zijn. Partijen kunnen de rechter verzoecken, wanneer een of meer deskundigen worden benoemd, om bij de benoeming van de deskundige of deskundigen bepaalde aanwijzingen te geven over de in acht te nemen waarderingsmaatstaf, de datum waartegen gewaardeerd moet worden, en andere omstandigheden waarmee bij de waardering rekening moet worden gehouden. Voor zover partijen daarover niet eenstemmig zijn, beslist de rechter naar billijkheid.

Verder is er nog een versnelling toegelaten. Partijen, dan wel wanneer het verzoek is gedaan door een van de partijen, kan/kunnen in het verzoekschrift verklaren dat over de prijs van de aandelen een deskundigenbericht wenselijk is dat tussen hen de werking van een vaststellingsovereenkomst zal hebben.<sup>24</sup> In dat geval zijn de wettelijke bepalingen over het voorlopig deskundigenbericht voor zoveel nodig van overeenkomstige toepassing. Een beroep op art. 7:904 lid 1 BW – deze bepaling houdt in dat, indien gebondenheid aan een beslissing in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, die beslissing dan vernietigbaar is – is slechts toegestaan gedurende vier weken vanaf de verzending van het voorlopig deskundigenbericht aan de desbetreffende partij. Na het verstrijken van deze termijn is nog slechts een vordering tot schadevergoeding wegens

onrechtmatige daad voorstelbaar. In het geval dat voor werking als vaststellingsovereenkomst wordt gekozen, eindigt de taak van de rechter doorgaans op het moment dat benoeming van deskundigen heeft plaatsgevonden. Een actieve terugkeer van de rechter kan zich evenwel voordoen wanneer een beroep op art. 7:904 lid 1 BW wordt gedaan.

### 3. De effectiviteit van de herziene regeling, het Voorontwerp en alternatieven

De geschillenregeling is denk ik effectiever geworden doordat de afzonderlijke hoger beroepsmogelijkheid tegen de toewijzing door de rechter van de uittredings- en uitstotingsvordering in principe is uitgesloten, waardoor de procedure sneller kan worden afgerond. Verder kan de rechter in gevallen waarin een deskundigenbenoeming weinig toegevoegde waarde heeft, deze achterwege laten. Een verbetering is voorts dat de rechter het vonnis waarbij de prijs is bepaald uitvoerbaar bij voorraad kan verklaren en voorlopige voorzieningen kan opleggen die hun werking kunnen behouden totdat de gevorderde overdracht van de aandelen heeft plaatsgevonden. Een andere nuttige wijziging is dat het recht om uit te treden nu niet alleen tegen medeaandeelhouders kan worden ingesteld, maar ook tegen de bv zelf kan worden ingeroepen.<sup>25</sup> Ook positief is dat bij statuten of bij overeenkomst een alternatieve regeling, in afwijking van de wettelijke geschillenregeling, kan worden overeengekomen. Bij uittreding zijn ook nuttige opties toegevoegd waardoor versnelling van de procedure mogelijk kan zijn. Verder is positief de mogelijkheid om bij het bepalen van de prijs van de aandelen een billijke verhoging toe te kunnen passen in verband met gedragingen van de gedaagde of van anderen dan de gedaagde.

Het voorgaande neemt niet weg dat de beleving in de praktijk nog steeds lijkt te zijn dat de geschillenregeling weinig effectief is. Het voornaamste knelpunt van de huidige geschillenregeling lijkt

24. Zie ook J. Roest, 'Geschillenregeling', WPNR 2007/6731, p. 965.

25. In het voorontwerp was aan de orde gesteld of in de geschillenregeling een voorziening zou moeten worden getroffen, waardoor ook een vordering tot overdracht dan wel niet uitoefening van in aandelen convertibele waarden zou kunnen worden ingesteld. Daarnaast was voorgelegd of de geschillenregeling ook zou moeten voorzien in de mogelijkheid dat beknelde certificaathouders van de regeling gebruik zouden kunnen maken. Mede naar aanleiding van de uitkomsten van de consultatie is er van afgezien dit in de wet te regelen.

nog steeds de duur van de procedure.<sup>26</sup> Het aantal vonnissen op dit onderwerp is ook nog steeds niet aanzienlijk in aantal. In de praktijk wordt veelal gekozen voor de indirecte route die de enquête-procedure biedt. Consequentie is dat de oplossing in de meeste gevallen pas tot stand komt als partijen uit elkaar gaan doordat de een de aandelen verkoopt aan de ander. In de literatuur<sup>27</sup> is meer-malen de vraag opgekomen of het toegestaan zou moeten worden om een definitieve overdracht van aandelen door middel van een eindvoorziening in het kader van een enquêteprocedure te bewerkstelligen of een soortgelijke oplossing via het enquête-recht.<sup>28</sup> Dit is nu niet toegelaten.<sup>29</sup>

Wel wordt creatief naar oplossingen gezocht. In OK 5 augustus 2019, JOR 2019/222 en OK 4 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:365, werd daarbij van de juridische splitsing gebruik gemaakt. Uit het tweede genoemde beschikking uit 2021 blijkt dat de door de Ondernemingskamer als onmiddellijke voorziening benoemde beheerder, aan wie bijna alle aandelen waren overgedragen, in de aandeelhoudersvergadering voor het splitsingsvoorstel had gestemd. Voorts noem ik de invulling door samenvoeging van de enquêteprocedure en de geschillenregelsprocedure.<sup>30</sup> Dit houdt in dat het verzoekschrift tot het gelasten van een enquête en treffen van onmiddellijke voorzieningen een aanbod bevat tot het voeren van een uittredings- of uitstotingsprocedure door vrijwillige prorogatie. Een voorbeeld van deze invulling is de uitspraak van de Ondernemingskamer van 8 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:305 (*Gebroeders Meeusen*), r.o.3.4. waarin de Ondernemingskamer als volgt overwoog:

*“Ter zitting hebben partijen toegelicht dat hun verzoek ertoe strekt dat de Ondernemingskamer een bestuurder benoemt die met partijen in overleg zal treden opdat partijen binnen beperkte tijd tot algehele overeenstemming (over de waardering en overdracht aandelen en het onroerend goed) komen. (...) Voorts hebben zij afgesproken dat, als er op korte termijn geen overeenstemming wordt bereikt over een ontvlechting, zij (op grond van artikel 2:337 lid 2 BW) een geschillenregelsprocedure bij de Ondernemingskamer in eerste aanleg aanhangig zullen maken, waarin partijen alle geschilpunten in één keer aan de orde zullen stellen.”*

Ook noem ik de enquêteprocedure met betrekking tot Toeleiding naar Arbeid BV.<sup>31</sup> In deze enquêteprocedure komen de twee aandeelhouders van de vennootschap tot een minnelijke regeling. De aandeelhouders wensen beëindiging van de samenwerking en verklaren zich elk bereid de aandelen van de ander over te nemen. Daartoe benoemt de Ondernemingskamer een bindend

adviseur die de waarde van de aandelen zal vaststellen. Aangezien zij beiden niet willen uittreden, wordt voorts een biedingsproces afgesproken. Daarnaast verzoeken zij de Ondernemingskamer gedurende deze waarderings- en biedingsfase een tijdelijk, zelfstandig bevoegde bestuurder met een doorslaggevende stem te benoemen.

In dit kader is van belang dat op 22 augustus 2019 het Voorontwerp Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure gepubliceerd is. Het is evenwel de vraag of dit tot de gewenste versnelling leidt. Dit Voorontwerp behelst onder meer een uitbreiding van de gevallen waarin een vordering op grond van de geschillenregeling kan worden toegewezen. Ook bevat het een voorstel dat een vordering op grond van de geschillenregeling niet kan worden toegewezen indien een andere aandeelhouder of de vennootschap aan de aandeelhouder die de vordering heeft ingesteld, een onherroepelijk, onvoorwaardelijk en redelijk bod tot overname van zijn aandelen hebben gedaan en zekerheid bestaat voor de bepaling van de prijs en de kosten van een deskundigenbericht.<sup>32</sup> In het kader van de vraag of

26. Zo ook C.D.J. Bulten, De geschillenregeling. Ik voel mij een langspeelplaat, in: J. Barneveld e.a., *Ondernemingsrecht in de Lage Landen. Wat kunnen wij van de Belgen leren?*, Wolters Kluwer 2020, p. 145.

27. Zie onder meer M.E.C. Lok en B. Kemp, Scheiding als gevolg van een gefaalde liefde. Het doorbreken van impasses en aandelenoverdracht bij een onoverkomelijke vertrouwensbreuk tussen joint venture-partners, *Ondernemingsrecht* 2015/36, en Ph.W. Schreurs, De geschillenregeling op consensuele basis (artikel 2:337 lid 2 BW). Dineren bij het driesterrenrestaurant van de dienstmaagd, *Ondernemingsrecht* 2020/111.

28. Uiteraard moet een dergelijke procedure voldoen aan de eisen van een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang in de zin van art. 6 EVRM. Zie hierover J.H.M. Willems, Uitvoerbaarverklaring bij voorraad verhouding met het enquête-recht, in: *De nieuwe geschillenregeling. Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht 2011'*, Kluwer 2011, p. 170-175, die concludeert dat de procedure de toets van art. 6 EVRM kan doorstaan. Zo ook C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde*, Kluwer 2011, p. 306 en 318.

29. Zie OK 23 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4719. Anders evenwel F. Eikelboom, In de reprise, het definitief scheiden van aandeelhouders en de enquêteprocedure, *Ondernemingsrecht* 2014/47.

30. Zie Ph.W. Schreurs, De geschillenregeling op consensuele basis (artikel 2:337 lid 2 BW). Dineren bij het driesterrenrestaurant van de dienstmaagd, *Ondernemingsrecht* 2020/111.

31. OK 14 juli 2011, ARO 2011/124 en OK 26 juli 2011, JOR 2011/330.

32. Dit lijkt een overbodige bepaling omdat dit bij de mondelinge behandeling in een proces-verbaal van de zitting kan worden vastgelegd, dan wel de vordering tot uittreding kan worden toegewezen overeenkomstig het aanbod.

binnen het enquêterecht niet een oplossing kan worden gevonden voor de onderpresterende geschillenregeling, bevat het Voorontwerp daartoe (ook) een voorstel. Dit houdt in een voorstel voor een vereenvoudigde geschillenregeling als onderdeel van het enquêterecht.<sup>33</sup> Onderdeel van dit voorstel is dat de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam in eerste aanleg de vordering of het verzoek op basis van de geschillenregeling behandelt. Voorts is voorgesteld dat toegang tot die vereenvoudigde procedure slechts toegelaten is nadat de Ondernemingskamer onjuist beleid of wanbeleid heeft vastgesteld. Van de uitspraak van de Ondernemingskamer staat uitsluitend beroep in cassatie open. De bepalingen van de geschillenregeling worden van overeenkomstige toepassing verklaard op de vereenvoudigde geschillenregeling. Naast de aandeelhouder als bedoeld in art. 2:346 lid 1 aanhef en onder b, c en d BW kunnen daarom ook andere aandeelhouders die voldoen aan de criteria van de geschillenregeling, deze vereenvoudigde geschillenprocedure aanhangig maken. De Ondernemingskamer wordt voorts bevoegd verklaard om ook samenhangende vorderingen af te doen. In veel reacties op het Voorontwerp wordt erop gewezen dat de voorgestelde vereenvoudigde geschillenregeling bij de Ondernemingskamer na vaststelling van wanbeleid of onjuist beleid onnodig lang, kostbaar en inefficiënt is.<sup>34</sup> Daar sluit ik mij graag bij aan.

In de literatuur zijn een aantal alternatieven voorgesteld voor de huidige situatie.<sup>35</sup> Zo is wel gepleit voor een eindvoorziening die de Ondernemingskamer de mogelijkheid geeft om de aandelen van een aandeelhouder of van meerdere aandeelhouders over te dragen.<sup>36</sup> Uit de MvT bij het Voorontwerp blijkt dat een voorstel om de definitieve overdracht van aandelen als voorziening in de wet op te nemen niet is gevolgd, omdat een definitieve overdracht als onteigeningsvorm een procedure vereist die met voldoende procedurele waarborgen is omkleed. De nu afwezige mogelijkheid tot onder meer hoor en wederhoor is daarvoor vereist. Dat zou overigens wel ingebouwd kunnen worden door te bepalen dat de betrokken aandeelhouder opgeroepen dient te worden en in de gelegenheid te stellen als belanghebbende een verweerschrift in te laten dienen. Een ander voorstel is het mogelijk maken van een voorziening waarmee de Ondernemingskamer een of meer deskundigen kan benoemen om de waarde van de aandelen te laten bepalen. Vervolgens kunnen de aandeelhouders op elkaars aandelen bieden, waarbij de hoogste bidder wint. De door de deskundige(n) vooraf bepaalde waarde vormt dan de bodemprijs. Ook hier is hoor en wederhoor vereist. Het is de vraag of je de enquêteprocedure met deze beide voorstellen niet te

veel een andere invulling geeft en of dat wel wenselijk is. Een andere optie is om de wettelijke regeling van de geschillenregeling te wijzigen opdat de Ondernemingskamer voortaan als enige feitelijke instantie oordeelt over geschillen in het kader van de geschillenregeling.<sup>37</sup> De geschillenregeling is denk ik inderdaad bij uitstek een ondernemingsrechtelijke procedure die bij de Ondernemingskamer thuishoort. De Ondernemingskamer is onder meer door de aanwezigheid van raden met hun specifieke kennis op dit terrein deskundig. De voordelen van een procedure bij de Ondernemingskamer overtreffen naar mijn mening het belang bij twee feitelijke instanties. De geschillenregeling is bovendien niet de enige procedure uit Boek 2 BW die door een uitspraak van de rechter tot gedwongen overdracht van aandelen kan leiden. Dit geldt namelijk ook voor de uitkoopregeling van art. 2:92a/201a BW die anders dan de huidige geschillenregeling (al) een feitelijke instantie kent.

33. De Commissie Vennootschapsrecht had in het kader van de Flex-BV wetsvoorstellen al aanbevolen om het uitstotingsrecht onder te brengen in de enquêteprocedure en om voor het uittredingsrecht een procedure in één feitelijke instantie in te richten bij de Ondernemingskamer. Deze aanbeveling was destijds niet overgenomen.

34. Zie de reacties van Van Doorne, Houthoff, de Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen, Evers Soerjatin, De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, het Instituut voor Ondernemingsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen en Boels Zanders. Zie voorts ook kritisch M.W. Josephus Jitta, Het Voorontwerp voor de Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure, *WPNR* 2020/7268.

35. De aandeelhoudersplitsing is ook wel eens genoemd als een middel om aandeelhouders uit elkaar te halen. Omdat het niet altijd mogelijk zal zijn om de vennootschap en met name de activa en passiva en de onderneming te splitsen, zal dit niet altijd een oplossing bieden. Ik ga hier daarom verder niet op in. Zie hierover A.F.J.A. Leijten, *Lustrumbundel* 1997, Vereniging voor effectenrecht, Kluwer 1997, p. 88. G. van Solinge, Ruziesplitsing, in *Conflicten rondom de rechtspersoon*, Kluwer 2000, p. 80, heeft een uitgewerkt voorstel gedaan voor de invoering van de aandeelhoudersplitsing als eindvoorziening in enquête. Zie hierover ook F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure*, Wolters Kluwer 2017, par. 17.8.6.

36. Zie onder meer C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde*, Kluwer 2011, p. 317-327, en E. Schmieman, Schets van een voorziening tot definitieve overdracht van aandelen na enquête, in: G.C. Makkink, M. Nieuwe Weme & A.J. Van Wees (red.), *Ik ben niet overtuigd, opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse*, Ars Aequi Libri 2015.

37. Zo ook C.E.J.M. Hanegraaf, De wijzigingen in het enquêterecht als opgenomen in het voorontwerp voor de Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure, *TvOB* 2020-4.

Ten slotte noem ik het voorstel van Makkink.<sup>38</sup> Zijn voorstel houdt in dat er een deugdelijke procedure ter beslechting van aandeelhoudersgeschillen in besloten verhoudingen komt, los van de geschillenregeling en het enquêterecht. Een deugdelijke procedure ter beslechting van aandeelhoudersgeschillen zou een aantal elementen moeten bevatten. Makkink noemt onder meer: duurzame ontwrichting van de samenwerking als criterium voor uitstoting en uittreding; de mogelijkheid om schadelijke gedragingen van aandeelhouders en derden naar billijkheid te verdisconteren door verhoging of verlaging van de prijs van de over te dragen aandelen; vaststelling door de rechter van overige modaliteiten van de overdracht, zoals betaling in termijnen tegen zekerheidstelling, als financiering van de prijs van de aandelen een issue is; de mogelijkheid tot veroordeling tot splitsing in de zin van art. 2:334cc BW; alle nevenvorderingen uit hoofde van de statuten, aandeelhoudersovereenkomst, managementovereenkomst, arbeidsovereenkomst, etc. kunnen in de procedure worden betrokken; alsmede een feitelijke instantie bij een gespecialiseerde rechterlijke instantie en de mogelijkheid onmiddellijke voorzieningen te treffen met dezelfde reikwijdte als art. 2:349a lid 2 BW. Ik vraag mij af of het wenselijk is om een derde procedure in de wet vast te leggen en of aanvulling van het enquêterecht of verbetering van de geschillenregeling niet meer voor de hand ligt. Mijns inziens is dat laatste het geval, omdat met deze bestaande regelingen al de nodige ervaring is opgedaan en als aanpassing van (een van) deze huidige regelingen tot een passende oplossing kan leiden, dit de voorkeur zou hebben. Het voorkomt ook dat er nog een regeling bij komt met eigen kenmerken en procedureregels.

De invulling om de wettelijke regeling van de geschillenregeling te wijzigen opdat de Ondernemingskamer voortaan als enige<sup>39</sup> feitelijke instantie oordeelt over de geschillenregeling, spreekt mij het meeste aan.<sup>40</sup> Als de huidige geschillenregeling tot een feitelijke instantie wordt beperkt, leidt dat mijns inziens tot de gewenste versnelling, terwijl de kennis en ervaring van de Ondernemingskamer benut kan worden om ook dit soort geschillen effectiever te beëindigen, mogelijk in samenhang met een ook aanhangige enquêteprocedure. Het laat bovendien de flexibele mogelijkheid in stand dat partijen bij statuten of overeenkomst voor een alternatieve regeling kunnen kiezen. Het voorkomt ook dat er, zoals op basis van het Voorontwerp, twee vormen van de geschillenregeling ontstaan, te weten de geschillenregeling met twee feitelijke instanties en een regeling via het enquêterecht met een feitelijke instantie. Ook is dan niet vereist, zoals het Voorontwerp voorstelt, dat toegang slechts toe-

gelaten is nadat de Ondernemingskamer onjuist beleid of wanbeleid heeft vastgesteld.

Ten slotte, een stap verder gaat de gedachte dat uitstoting of uittreding ook bij wijze van onmiddellijke (enquête) voorziening toegelaten moet worden. Dit lijkt niet onverdedigbaar,<sup>41</sup> nu in kort geding uitstoting van een aandeelhouder ook wel eens wordt gevorderd en toegewezen.<sup>42</sup> Als een gedwongen aandelenoverdracht in kort geding kan, waarom kan diezelfde overdracht dan niet als onmiddellijke voorziening in de enquêteprocedure? Uitgangspunt hierbij zou mijns inziens wel moeten zijn dat dit alleen toegestaan zou zijn na een zwaarder opgetuigde proportionaliteit- en subsidiariteittoetsing.

#### 4. Afronding

Ik sluit af. In de literatuur is de vraag opgekomen of het toegestaan zou moeten worden om een definitieve overdracht van aandelen door middel van een eindvoorziening in het kader van een enquêteprocedure te bewerkstelligen of een soortgelijke oplossing via het enquêterecht. Ik meen dat vooralsnog het meer voor de hand ligt om de huidige geschillenregeling tot een feitelijke instantie – de Ondernemingskamer – te beperken. Dit leidt tot een versnelling, terwijl de kennis en ervaring van de Ondernemingskamer benut kan worden om ook dit soort geschillen effectiever te beëindigen. Een stap verder gaat de gedachte dat uitstoting of uittreding ook bij wijze van onmiddellijke (enquête)voorziening toegelaten moet worden. Ik denk dat ook die mogelijkheid niet op voorhand afgewezen hoeft te worden en dat deze optie ook – tezamen met de door mij voorgestelde aanpassing van de geschillenregeling – overwogen kan worden.

38. Opgenomen in C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff & P.H.M. Broere (red.), *Handboek Enquêterecht* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 175), Deventer: Wolters Kluwer 2022, hoofdstuk 46.

39. Dit leidt mijns inziens niet tot strijd met art. 6 EVRM. Zo ook P.P. de Vries, *Exit right of minority shareholders in a private limited company*, Kluwer 2010, p. 48.

40. Zo ook C.E.J.M. Hanegraaf, *De wijzigingen in het enquêterecht als opgenomen in het voorontwerp voor de Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure*, *TvOB* 2020-4.

41. Zo ook C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling*. Ik voel mij een langspeelplaat, in: J. Barneveld e.a., *Ondernemingsrecht in de Lage Landen. Wat kunnen wij van de Belgen leren?*, Wolters Kluwer 2020.

42. Zie Vrz. Rb. Breda 23 november 2011, *JOR* 2012/37 (*Baremans/Muijs*).