

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht



**Advies inzake Voorontwerp (consultatieversie)
betreffende Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek
in verband met de aanpassing van enkele bepalingen omtrent de
geschillenregeling en ter verduidelijking van de toegangseisen tot
de enquêteprocedure voor aandeelhouders en certificaathouders
van beursvennootschappen (Wet aanpassing geschillenregeling en
verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure)**

21 november 2019

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse orde van advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

Voorontwerp (consultatieversie) betreffende Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van enkele bepalingen omtrent de geschillenregeling en ter verduidelijking van de toegangseisen tot de enquêteprocedure voor aandeelhouders en certificaathouders van beursvennootschappen (Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure) (hierna ook: het "Voorontwerp").

1. Inleiding en algemene opmerkingen

- 1.1 Op 22 augustus 2019 is de consultatieversie van het voorontwerp betreffende Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van enkele bepalingen omtrent de geschillenregeling en ter verduidelijking van de toegangseisen tot de enquêteprocedure voor aandeelhouders en certificaathouders van beursvennootschappen (Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure) gepubliceerd ("Voorontwerp").
- 1.2 De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (hierna: de "GCV") heeft kennisgenomen van het Voorontwerp met concept toelichting ("MvT") en maakt graag gebruik van de mogelijkheid om hierop te reageren.
- 1.3 De GCV onderschrijft de opmerking in de MvT dat een goede juridische infrastructuur voorziet in 'een snelle en efficiënte toegang tot de rechter' indien aandeelhouders het geschil niet in onderling overleg kunnen beslechten. De GCV zal in het navolgende een enkele opmerking maken over de vraag of onderdelen van het Voorontwerp bijdragen aan een snelle en efficiënte toegang tot de rechter bij aandeelhoudersgeschillen.
- 1.4 De verkorte titel van het Voorontwerp (Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure, af te korten tot "Wagevoe") maakt duidelijk dat daarin twee kwesties worden geregeld: enerzijds aanpassingen van de geschillenregeling (afdeling 1 van titel 8 Boek 2 BW) en anderzijds een verduidelijking van de ontvankelijkheidseisen van de enquêteprocedure (afdeling 2 van titel 8).

De aparte toegangseis bij beursvennootschappen in het enquêterecht

- 1.5 Wat dat laatste onderwerp betreft, gaat het blijkens de volledige titel van de Wagevoe, de voorgestelde wettekst en de MvT¹ om een verduidelijking van de toegang van de enquêteprocedure voor aandeelhouders en certificaathouders van beursvennootschappen door een aparte toegangseis voor beursvennootschappen in het leven te roepen (art. 2:346, nieuw onderdeel d.).
- 1.6 De GCV kan zich vinden in de introductie van deze aparte toegangseis voor beursvennootschappen, alsmede in de formulering daarvan en de daarvoor in de MvT aangevoerde redenen.² Zij heeft daaraan niets toe te voegen.

De plaats van de vereenvoudigde geschillenregeling van art. 356a

- 1.7 De overige onderdelen van het Voorontwerp hebben betrekking op de geschillenregeling van Titel 8, afdeling 1. Dat geldt ook voor het voorgestelde nieuwe art. 356a, dat echter een plaats krijgt in afdeling 2 over het enquêterecht. Art. 356a introduceert een geschillenregelingsprocedure in één feitelijke instantie, met de specifieke toegangseis dat – kort gezegd – de Ondernemingskamer ("OK") een oordeel van onjuist beleid of wanbeleid heeft geveld.
- 1.8 De MvT bevestigt dat art. 356a een aanpassing van de geschillenprocedure behelst. Art. 356a wordt in het algemeen deel behandeld in par. 3.2 onder het kopje "Aanpassing van de procedurele aspecten van de geschillenregeling". In het artikelsgewijze deel vermeldt de MvT dat art. 356a een vereenvoudigde regeling voor uitstoting en uittreding inhoudt.³
- 1.9 Hoewel de voornoemde toegangseis verband houdt met een afgesloten enquêteprocedure, gaat de bepaling materieel over een speciale geschillenregelingsprocedure en niet over de enquêteprocedure. De GCV adviseert daarom dit artikel op te nemen in afdeling 1 van titel 8, indien het in (min of meer) dezelfde vorm in een definitief wetsvoorstel wordt gehandhaafd.⁴
- 1.10 Art. 356a wordt in het algemeen deel van de MvT behandeld in onderdeel 3.2.1, getiteld "De stroomlijning van de geschillenregeling met de enquêteprocedure." In het navolgende artikelsgewijs commentaar gaat de GCV nader in op deze karakterisering van art. 356a. De GCV vraagt zich in dit kader overigens af of er niet een andere mogelijkheid is om deze procedures te stroomlijnen en dat betreft de vraag voor wie de beide procedures open staan.

Geschillenregeling open stellen voor certificaathouders

- 1.11 Naar huidig recht staat de enquêteprocedure wel open voor certificaathouders, maar de geschillenregeling niet. In de literatuur wordt bepleit dat ook certificaathouders ontvankelijk

¹ MvT, onder I. Algemeen, 1. Inleiding op p. 1

² MvT, par. 2.2, 2.3, eerste alinea op p. 7 en par. 4.

³ MvT, p. 22, eerste volzin.

⁴ Bijvoorbeeld als een nieuw artikel 2:343d.

zouden moeten zijn in een procedure krachtens de geschillenregeling.⁵ In de praktijk vormt de uitsluiting van certificaathouders van de geschillenregeling een probleem, zoals blijkt uit een recent arrest van de OK, waarin een certificaathouder een uittredingsvordering instelde tegen een andere certificaathouder. De OK overwoog dat de positie van de certificaathouders in die zaak zozeer vergelijkbaar is met een aandeelhouderspositie dat het bepaalde in art. 2:343 BW in dat geval naar analogie dient te worden toegepast op certificaathouders.⁶

- 1.12 Omdat deze uitspraak onzekerheid meebrengt over de vraag in welke toekomstige gevallen de OK dezelfde analogische toepassing geboden acht en in welke gevallen niet, ligt het volgens de GCV voor de hand dat de wetgever in deze kwestie duidelijkheid schept. De GCV adviseert om de geschillenregeling in dat kader ook open te stellen voor certificaathouders, als gevolg waarvan in ieder geval in dit opzicht de geschillenregeling en de enquêteprocedure gestroomlijnd zullen zijn.
- 1.13 In het navolgende artikelsgewijze commentaar zal steeds worden teruggegrepen op de desbetreffende passages uit het algemeen deel van de MvT.

2. **Artikelsgewijs commentaar**

Onderdelen A en B, wijzigingen in artikel 2:336 lid 1 en 342 lid 1 BW

- 2.1 De voorgestelde wijziging in de uitstotingsvordering beoogt de beperking tot gedragingen 'in hoedanigheid van aandeelhouder' op te heffen. Net als bij de aparte toegangseis voor enquêtes bij beursvennootschappen kan de GCV zich vinden in deze wijziging, alsmede in de formulering daarvan en de daarvoor in de MvT aangevoerde redenen en heeft zij daaraan niets toe te voegen.⁷
- 2.2 Hetzelfde geldt voor de voorgestelde wijziging – vanuit het oogpunt van consistentie – in artikel 342 lid 1.

Onderdeel C, wijziging in artikel 2:343 lid 1 BW

- 2.3 Blijkens de MvT beoogt deze wijziging een aanpassing van het toetsingscriterium voor uittreding.
- 2.4 Een aandeelhouder kan ingevolge het Voorontwerp een vordering tot uittreding instellen tegen een of meer mede-aandeelhouders die zich zodanig in strijd gedragen met hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevegd. Met het criterium van redelijkheid en billijkheid wordt de maatstaf van uittreding vereenvoudigd en wordt verduidelijkt dat een minderheidsaandeelhouder die onredelijk in zijn belangen wordt geschaad door mede-

⁵ A.F.J.A. Leijten, Geschillen tussen aandeelhouders, in: A.F.J.A. Leijten e.a., Conflicten rondom de rechtspersoon, Serie VHI deel 62, Deventer 2000, p. 1-3; C.D.J. Bulten, De geschillenregeling ten gronde, VHI deel 108, Deventer 2011, p. 147-150 op p. 149 en de literatuur waarnaar wordt verwezen; R.A. Wolf, De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV, VHI deel 116, Deventer 2013, p. 406.

⁶ OK 24 september 2019 (Cox/Widdershoven), r.o. 3.7, ECLI:NL:GHAMS:2019:3555.

⁷ MvT, par. 3.1.1 en p. 20.

aandeelhouders of de vennootschap, kan uittreden.⁸ Zwaarwegende omstandigheden zijn niet vereist (anders dan sommige rechters het huidige criterium voor uittreding uitleggen). De aandeelhouder moet wel daadwerkelijk schade ondervinden. Enkel ontslag als bestuurder is onvoldoende, aldus de MvT.⁹

- 2.5 De GCV betwijfelt of de beoogde vereenvoudiging van de maatstaf van (of het toetsingscriterium voor) uittreding voldoende duidelijk uit de voorgestelde wettekst blijkt. De huidige tekst luidt als volgt:

"De aandeelhouder die door gedragingen van één of meer mede-aandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevegd, kan tegen die mede-aandeelhouders een vordering tot uittreding instellen, inhoudende dat zijn aandelen overeenkomstig de leden 1, 2 en 3 van artikel 343a worden overgenomen."

- 2.6 De voorgestelde tekst luidt:

"Een aandeelhouder kan een vordering tot uittreding instellen tegen één of meer mede-aandeelhouders die zich zodanig in strijd gedragen met hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevegd. Een vordering tot uittreding houdt in dat zijn aandelen overeenkomstig de leden 1, 2 en 3 van artikel 343a worden overgenomen."

- 2.7 Deze teksten verschillen inhoudelijk en qua bewoordingen niet veel. Het valt op dat in de voorgestelde tekst het element van het geschaad zijn in rechten of belangen niet terug komt, maar dat element komt volgens de MvT nu juist niet te vervallen, getuige de passages over de "minderheidsaandeelhouder die onredelijk in zijn belangen wordt geschaad" en de aandeelhouder die "daadwerkelijk schade [moet] ondervinden." Met het laten vervallen van de woorden "in zijn rechten of belangen is geschaad" wordt ten onrechte de suggestie gewekt dat dit element onder het nieuwe criterium voor uittreding geen rol meer zou spelen.

- 2.8 De tweede wijziging betreft de kwalificatie van de gedragingen van de mede-aandeelhouders. In de huidige tekst zijn die gedragingen niet nader gekwalificeerd. Elke gedraging die zodanig is dat het voortduren van het aandeelhouderschap in redelijkheid niet langer van de eiser tot uittreding kan worden gevegd levert grond tot uittreding op. Blijkens de voorgestelde tekst moet het om gedragingen gaan die in strijd zijn met hetgeen door *redelijkheid en billijkheid* wordt gevorderd (vgl. art. 2:8 lid 1 BW) én zodanig zijn dat het voortduren van het aandeelhouderschap *in redelijkheid* niet langer van de aandeelhouder kan worden gevegd. Aldus bezien is het voorgestelde toetsingscriterium dus zwaarder dan het huidige door de introductie van een dubbele redelijkheidstoets en is geen sprake van vereenvoudiging van het toetsingscriterium voor uittreding.

⁸ De GCV neemt aan dat het woord 'minderheidsaandeelhouder' hier slechts als voorbeeld wordt gebruikt, omdat de wettekst de uittredingsvordering openstelt voor iedere aandeelhouder.

⁹ MvT, par. 3.1.2 .

- 2.9 Blijkens de MvT is de bedoeling van de wijziging onder meer om duidelijk te maken dat voor uittreding geen (aanvullende) zwaarwegende omstandigheden vereist zijn, zoals sommige rechters hebben overwogen. De GCV veronderstelt dat de notie van zwaarwegende omstandigheden in deze rechtspraak terug te voeren valt op de eis dat van de aspirant uittreder het voortdueren van zijn aandeelhouderschap "in redelijkheid niet meer kan worden gevegd." Die bewoordingen roepen associaties op met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, waarbij 'onaanvaardbaarheid' een vereiste is (vgl. art. 2:8 lid 2 BW: de regel is dat een aandeelhouder niet gedwongen kan uittreden, tenzij dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is).
- 2.10 Indien het de bedoeling is om de toets voor uittreding lichter te maken dan die voor uitstoting zou de tekst - die in het Voorontwerp wordt gehandhaafd – "dat het voortdueren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevegd" kunnen vervallen en de bewoordingen over het geschaad zijn in belangen of rechten worden gehandhaafd, bijvoorbeeld als volgt:

"Een aandeelhouder kan een vordering tot uittreding instellen tegen één of meer medeaandeelhouders indien hij in zijn rechten of belangen wordt of is geschaad door gedragingen van die medeaandeelhouders in strijd met hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd."

Onderdeel C, artikel 2:343 lid 1 (afwijzing bij redelijk bod tot overname van aandelen)

- 2.11 Aan lid 1 van art. 343 worden twee volzinnen toegevoegd die in navolging van de MvT worden aangeduid met de 'redelijk bod regel'. Deze regel houdt in dat een vordering tot uittreding niet kan worden toegewezen, indien de vennootschap of een of meer medeaandeelhouders een onherroepelijk, onvoorwaardelijk en redelijk bod tot overname van de aandelen van de aspirant-uittreder heeft gedaan dat met voldoende waarborgen is omkleed. Die voldoende waarborgen bestaan er uit dat de medeaandeelhouders of de vennootschap zekerheid stellen of een andere waarborg geven voor de voldoening van de prijs van de aandelen en voor de kosten van het deskundigenbericht als bedoeld in artikel 2:340 BW.¹⁰ In wezen vervalt dan de grond voor de procedure, aldus de MvT.¹¹
- 2.12 De MvT merkt op dat de redelijk bod regel aansluit bij de rechtspraak, omdat de Rotterdamse rechtbank een vordering tot uittreding afwees toen gebleken was dat de gedaagde aandeelhouder bereid was op een normale wijze de aandelen voor een reële prijs te kopen.¹² Dit doet de vraag rijzen of de introductie van een specifieke redelijk bod regel wel nodig is. De rechter kan immers reeds op grond van de huidige wettekst uit het doen van een redelijk bod de conclusie trekken dat de gedaagde partij niet zodanig in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelt dat uittreding gerechtvaardigd is en de vordering op die grond afwijzen.

¹⁰ Voorlaatste zin van lid 1 van art. 343 volgens het Voorontwerp. In de MvT, p. 21, Onderdeel C sub 3, staat per abuis 'laatste zin' in plaats van 'voorlaatste zin'. Iets daaronder staat 'mits de vennootschap zekerheid stelt of de aandeelhouder een andere waarborg geeft.' Dat is een onjuiste parafrase van de voorgestelde wettekst.

¹¹ MvT, par. 3.2.2.

¹² Rb. Rotterdam 21 maart 2018, ECLI:NL:RBOT:2018:2386.

- 2.13 Het voordeel van deze benadering is dat de rechter op basis van het flexibele criterium van redelijkheid en billijkheid alle omstandigheden en modaliteiten van het concrete bod in aanmerking kan nemen bij de beantwoording van de vraag of als gevolg daarvan de uittredingsvordering moet worden afgewezen. De MvT benadrukt het flexibele karakter van het criterium van redelijkheid en billijkheid.¹³ Een afzonderlijke afwijzingsgrond vanwege het bestaan van een redelijk bod is dan niet nodig.
- 2.14 Het voordeel van flexibiliteit valt weg indien een specifieke afwijzingsgrond gebaseerd op een redelijk bod regel wordt ingevoerd, zoals in het Voorontwerp wordt voorzien. De rechter moet zich dan steeds afvragen of het bod inderdaad onherroepelijk, onvoorwaardelijk en redelijk is in de zin der wet en of (voldoende) zekerheid of een andere waarborg is gesteld of gegeven voor de voldoening van de prijs van de aandelen en voor de kosten van het deskundigenbericht als bedoeld in artikel 340.
- 2.15 De MvT bevat geen aanknopingspunten voor hetgeen moet worden verstaan onder zekerheid of een andere waarborg. Art. 6:51 BW bepaalt dat, indien uit de wet voortvloeit dat iemand verplicht is tot het stellen van zekerheid of dat het stellen van zekerheid voorwaarde is voor het intreden van enig rechtsgevolg, de aangeboden zekerheid zodanig moet zijn, dat de vordering en de daarop vallende rente en kosten behoorlijk gedekt zijn en dat de schuldeiser daarop zonder moeite verhaal zal kunnen nemen. De zekerheid kan persoonlijk of zakelijk zijn, naar keuze van degene die zekerheid moet stellen.
- 2.16 De MvT maakt niet duidelijk of het doen van een redelijk bod voorwaarde is voor het intreden van enig rechtsgevolg als bedoeld in art. 6:51 BW. Valt onder het intreden van enig rechtsgevolg de onmogelijkheid om met succes een uittredingsvordering in te stellen, anders gezegd: de onvermijdelijke afwijzing van een in te stellen uittredingsvordering? De GCV betwijfelt of dit juist is. Mocht art. 6:51 BW van toepassing zijn, dan kunnen de woorden "of een andere waarborg" naar de mening van de GCV gemist worden. In het andere geval zou de MvT moeten expliciteren wat in dit verband onder zekerheid of andere waarborg wordt verstaan.
- 2.17 Het zal voor degene die van de redelijk bod regel gebruik wil maken overigens niet eenvoudig zijn om op voorhand het bedrag te bepalen dat gemoeid zal zijn met de kosten van het deskundigenbericht als bedoeld in artikel 340, voor welk bedrag hij adequate zekerheid zal moeten stellen. De GCV neemt aan dat indien tijdens de procedure blijkt dat de gestelde zekerheid op dit punt onvoldoende is, de rechter de gedaagde partij in de gelegenheid kan stellen om de desbetreffende zekerheid te verhogen. De wettekst biedt die flexibiliteit echter niet.
- 2.18 De tekst van het Voorontwerp specificceert niet tot welk moment een redelijk bod kan worden gedaan. Indien dit ook nog tijdens de procedure zou kunnen, dan brengt dit mee dat een aandeelhouder die aanvankelijk halsstarrig heeft geweigerd om welk bod dan ook te doen en die vervolgens gedagvaard wordt in een uittredingsprocedure, bij conclusie van antwoord alsnog een redelijk bod kan doen, waarna de vordering volgens de voorgestelde wettekst zal moeten worden afgewezen, ook al zou de rechter menen dat de laattijdigheid van het aanbod

¹³ MvT, p. 11: "Het criterium van redelijkheid en billijkheid biedt ten slotte ook flexibiliteit. De rechter kan gewicht toekennen aan de omstandigheden van het geval, zoals de aandelenverhouding."

niet in overeenstemming is met de redelijkheid en billijkheid. De rechter zal in een dergelijk geval ondanks de afwijzing van de vordering de gedaagde toch in de redelijke kosten van de eiser kunnen veroordelen, zo veronderstelt de GCV.

- 2.19 De GCV kan uit de MvT niet ondubbelzinnig afleiden of een redelijk bod ook nog tijdens de procedure kan worden gedaan. De toelichting bedoelt met een redelijk bod een aanbod tot overname tegen de prijs die de aandeelhouder redelijkerwijs zou hebben ontvangen "*als hij de uittredingsprocedure zou hebben doorgezet.*"¹⁴ Deze passage doet vermoeden dat het bod moet worden gedaan voordat de procedure aanhangig is, maar zeker is dat niet, omdat 'doorzetten' ook kan zien op de fase nadat is gedagvaard. De passage doet voorts vermoeden dat het doel van de redelijk bod regel is om zo veel mogelijk onnodige uittreedprocedures te voorkomen.
- 2.20 De GCV meent dat dit doel en deze beperking (redelijk bod kan alleen voorafgaand aan de procedure worden gedaan), indien dit zo bedoeld is, uit de wettekst moet blijken. In het navolgende wordt ervan uitgegaan dat een redelijk bod ook nog tijdens een aanhangige procedure kan worden gedaan, nu de voorgestelde wettekst ter zake geen beperking bevat.
- 2.21 Het zal voor degene die van de redelijk bod regel gebruik wil maken evenmin eenvoudig zijn om op voorhand het bedrag te bepalen dat gemoeid zal zijn met het doen van een redelijk bod, inclusief de kosten van het deskundigenbericht als bedoeld in artikel 340, voor welk totaalbedrag hij adequate zekerheid zal moeten stellen.
- 2.22 In gevallen waarin een prijsbepalingsclausule (in statuten of aandeelhoudersovereenkomst) ontbreekt, zal de bieder zich moeten afvragen tot welk uitkoopbedrag de rechter, na deskundigenbericht, zal komen (immers de prijs die de aspirant-uittreder zou ontvangen als hij de uittredingsprocedure zou doorzetten). Dat is geen sinecure. Indien de rechter dat anders ziet en een hogere prijs vaststelt, dan impliceert die uitkomst dat het bod niet redelijk was en dan geldt deze nieuwe afwijzingsgrond dus niet. Dit doet twijfel rijzen over de aantrekkelijkheid van het inroepen van de redelijk bod regel in situaties dat de hoogte van een redelijk bod niet afgeleid kan worden uit een overeengekomen prijsbepalingsclausule.
- 2.23 Reden voor die twijfel is ook de wijze waarop het Voorontwerp voorziet in de situatie dat de eiser tot uittreding de redelijkheid van de geboden prijs betwist en de rechter niet zonder meer kan vaststellen dat het bod redelijk is. De rechter kan dan bepalen dat de procedure zal worden voortgezet als een prijsbepalingsgeschil in de zin van art. 2:343c lid 1 BW.¹⁵ De gedaagde wordt in dat geval geacht te hebben ingestemd met deze verkorte procedure. De procedure kent maar één instantie, want volgens lid 5 van art. 343c is elke hogere voorziening tegen beslissingen van de rechtbank als bedoeld in artikel 343c uitgesloten.¹⁶ Die uitsluiting wordt onder meer gerechtvaardigd doordat de procedure van art. 343c alleen kan worden gevolgd als tussen partijen overeenstemming bestaat over de overname van de aandelen.¹⁷
- 2.24 Dit betekent dus dat degene die een redelijk bod doet als bedoeld in het Voorontwerp geacht wordt overeenstemming te hebben met zijn mede-aandeelhouder over zijn overname van de

¹⁴ MvT p. 15.

¹⁵ Laatste zin van lid 1 van art. 343 volgens het Voorontwerp.

¹⁶ MvT, p. 15.

¹⁷ Bulten, T&C Ondernemingsrecht, art. 2:343c, aant. 6.

aandelen van die mede-aandeelhouder voor de geboden of nader door de rechtbank in eerste en laatste instantie vast te stellen prijs. Dit zal alleen anders zijn, indien de rechter de procedure niet voortzet als een prijsbepalingsgeschil in de zin van art. 343c lid 1, maar de bieder zal er rekening mee (moeten) houden dat de rechter die specifiek voor dit geval door de wetgever geïntroduceerde route ook zal volgen.

- 2.25 Een bod moet volgens de redelijk bod regeling onherroepelijk en onvoorwaardelijk zijn. Een aanbod is onder meer onherroepelijk indien het bod gedurende zekere tijd openstaat voor aanvaarding.¹⁸ Een 'gewoon' onherroepelijk aanbod vervalt bij verwerping of indien het niet binnen de gestelde (redelijke) termijn wordt aanvaard.¹⁹ De bieder is dan niet meer gebonden aan een transactie met degene tot wie zijn aanbod was gericht.
- 2.26 Bij het redelijk bod volgens het Voorontwerp ligt dat anders. Het enkele uitbrengen van een in de ogen van de bieder redelijk bod betekent dat hij - na verwerping van zijn aanbod - het gerede risico loopt dat hij bij voorbaat geacht wordt akkoord te gaan met de - wellicht veel hogere - prijs voor de aandelen van zijn mede-aandeelhouder zoals die door de rechtbank (mogelijk een unus) in eerste en laatste instantie wordt vastgesteld op basis van een deskundigenbericht, voor de kosten waarvan hij vooraf zekerheid moet stellen als onderdeel van zijn redelijk bod. De GCV zet vraagtekens bij de meerwaarde van het introduceren van een bijzonder aanbod in Boek 2 BW, waarvan de consequenties substantieel afwijken van een aanbod als bedoeld in Boek 6, Titel 5, afdeling 2 BW.
- 2.27 De GCV voorziet dat na introductie van de redelijk bod regel in Boek 2 BW degene die een bod wil uitbrengen op aandelen van zijn mede-aandeelhouder daarbij uitdrukkelijk zal vermelden dat het geen bod betreft als bedoeld in de laatste volzinnen van art. 343 lid 1 en dat daarom van de regeling in deze vorm geen gebruik zal worden gemaakt. Ook meent de GCV dat de invoering van de verplicht bod regel in deze vorm niet zal bijdragen aan een snelle en efficiënte toegang tot de rechter in aandeelhoudersgeschillen.

Onderdeel E: De vereenvoudigde geschillenregeling van art. 356a²⁰

- 2.28 De vereenvoudigde geschillenregeling van art. 356a kent twee bijzonderheden: (i) de OK en niet de rechtbank behandelt in eerste aanleg de vordering of het verzoek uit hoofde van de geschillenregeling; en (ii) toegang tot de vereenvoudigde procedure bestaat slechts indien en nadat de OK onjuist beleid of wanbeleid heeft vastgesteld van de vennootschap die het voorwerp is van de geschillenprocedure.²¹

Snelheid en efficiëntie

- 2.29 De MvT merkt op dat de voordelen van deze 'versnelde geschillenprocedure – er staat geen

¹⁸ Art. 6:219 lid 1 BW.

¹⁹ Art. 6:221 BW.

²⁰ Zie hiervoor onder de Algemene opmerkingen 1.7 e.v. voor de door de GCV bepleite verhuizing van dit artikel naar de eerste afdeling van titel 8.

²¹ MvT, p. 13: "Een onderdeel van onjuist beleid of wanbeleid in de enquêteprocedure heeft tot gevolg dat toegang bestaat tot deze vereenvoudigde geschillenregeling. (...) Deze aandeelhouder kan na de vaststelling van onjuist beleid of wanbeleid de vordering of het verzoek direct aanhangig maken bij de Ondernemingskamer."

hoger beroep open – bij één gespecialiseerde rechter – de Ondernemingskamer – nadat er al onjuist beleid of wanbeleid is vastgesteld' zwaarder wegen dan de nadelen van het voeren van een procedure in één feitelijke instantie, omdat partijen niet opnieuw hoeven te beginnen bij de rechtbank. Een snelle afronding van de procedure is zoveel mogelijk gewaarborgd doordat alleen cassatie openstaat.²²

- 2.30 De GCV merkt op dat de MvT geen gegevens bevat over de gemiddelde doorlooptijd van de enquêteprocedure in twee fasen tot en met de beslissing van de OK om op basis van het onderzoeksverslag al dan niet wanbeleid vast te stellen. Indien er geen zeer grote spoed is bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen kan de eerste fase tot het bevelen van een onderzoek 6 tot 7 maanden duren. De gemiddelde duur van een onderzoek was in de jaren 2000-2007 244 dagen ofwel 8 maanden.²³ Vervolgens verstrijken doorgaans twee maanden voordat een tweedefaseverzoek wordt ingediend (art. 355 lid 2). De procedure in de tweede fase, tot en met het oordeel van al dan niet wanbeleid, duurt nog eens 6 tot 8 maanden.
- 2.31 De aandeelhouder die zich bekneld voelt, wil uittreden en van de versnelde geschillenprocedure gebruik wil maken, moet er dus rekening mee houden dat hij anderhalf à twee jaar een enquêteprocedure zal moeten doorzetten voordat hij de geschillenprocedure zal kunnen starten, een procedure die, inclusief deskundigenbericht, ook weer een klein jaar kan duren, en in geval van cassatie nog eens anderhalf jaar. Hij zal bovendien rekening moeten houden met de mogelijkheid dat de OK geen wanbeleid of onjuist beleid vaststelt, terwijl hij wel voldoet aan de materiële vereisten voor een succesvolle uittredingsvordering. Voor deze aandeelhouder kan het dan toch aantrekkelijker zijn om maar meteen met de gewone geschillenprocedure bij de rechtbank te beginnen; daar bestaat het vooruitzicht van een uitvoer bij voorraad verklaard uittredingsvonnis binnen één tot anderhalf jaar.
- 2.32 Vanwege de lange *lead time* tot het moment waarop duidelijk wordt of deze nieuwe procedure al dan niet in gang gezet kan worden, vreest de GCV dat de invoering van deze vereenvoudigde geschillenprocedure niet (veel) zal bijdragen aan een snelle en efficiënte toegang tot de rechter in aandeelhoudersgeschillen.

Alternatief: de uitstoting als voorziening na enquête

- 2.33 De MvT vermeldt dat een voorstel uit de expertbijeenkomst om de definitieve overdracht van aandelen als voorziening na enquête in titel 2 op te nemen niet is gevolgd.²⁴ Een dergelijk voorstel is in de literatuur al meermalen gedaan, ook in meer uitgewerkte vorm.²⁵
- 2.34 De reden om niet voor dit alternatief te kiezen is volgens de MvT dat definitieve overdracht als

²² MvT, p.14-15.

²³ Het recht van enquête, een empirisch onderzoek, door Cools e.a. IVO-reeks deel 65, p. 43 (2009)

²⁴ MvT, p. 16.

²⁵ C.D.J. Bulten, De geschillenregeling ten gronde, VHI deel 108, Kluwer, Deventer 2011, p. 322-326 en de literatuur waarnaar wordt verwezen; A.F.J.A. Leijten en M.P. Nieuwe Weme, Het wetsvoorstel aanpassing enquêterecht, VHI deel 112, Kluwer, Deventer 2012, p.159 e.v. en de literatuur vermeld in voetnoot 178; J.H.M. Willems, Preadvies van de Vereniging "Handelsrecht", De nieuwe geschillenregeling, p. 167-175, Deventer 2011; F. Eikelboom, De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure, IVO nr. 105, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 245 en de in voetnoot 74 vermelde literatuur en F. Eikelboom, De voorzieningen van art. 2:357 BW, een tussenstation dat eindbestemming moet worden, Ondernemingsrecht 2018/73, p. 431 (r.k.).

onteigeningsvorm een procedure vereist die met voldoende processuele waarborgen is omkleed en dat een belangrijk onderdeel van die procedurele waarborgen is dat de aandeelhouder die tot overdracht verplicht wordt, in de procedure is betrokken en zichzelf in rechte kan verdedigen (beginsel van hoor en wederhoor).²⁶

- 2.35 De GCV onderschrijft dit uitgangspunt maar begrijpt niet goed waarom de MvT daarin kennelijk een obstakel ziet voor de mogelijkheid dat de OK bij wijze van voorziening bepaalt dat de aandelen definitief moeten worden overgedragen. De MvT verwijst in dit verband alleen naar een artikel van Schmieman over een schets van een voorziening tot definitieve overdracht van aandelen na enquête, maar daar betoogt de auteur nu juist dat en hoe aan het beginsel van hoor en wederhoor kan worden voldaan, namelijk door de betrokken aandeelhouder(s) deugdelijk op te roepen en in de gelegenheid te stellen om een verweerschrift in te dienen.²⁷
- 2.36 De Hoge Raad heeft onlangs nog bevestigd dat bij elke wijziging of vermeerdering van een verzoek in een enquêteprocedure de eventueel niet eerder verschenen belanghebbenden alsnog deugdelijk moeten worden opgeroepen en in staat gesteld om een verweerschrift in te dienen.²⁸ Ook de literatuur op dit punt laat zien dat het beginsel van hoor en wederhoor niet in gevaar komt indien voor dit alternatief zou worden gekozen.²⁹
- 2.37 Omdat de MvT geen andere argumenten noemt dan het beginsel van hoor en wederhoor dat zich tegen een voorziening tot definitieve overdracht van aandelen na enquête zou verzetten, meent de GCV dat deze keuze nader zal moeten worden onderbouwd, mede gelet op de brede steun die in de literatuur bestaat voor dit alternatief.

Wetstechnische opmerkingen

- 2.38 De toegangstoets wordt in de voorgestelde wettekst omschreven als "indien uit het verslag van onjuist beleid of wanbeleid is gebleken". In dat geval zou de vereenvoudigde geschillenprocedure kunnen worden aangevangen.
- 2.39 Hier ontbreekt de schakel dat *de OK* moet hebben vastgesteld dat uit het verslag van wanbeleid of onjuist beleid is gebleken, zoals uit de MvT (maar dus niet uit de wettekst) volgt.³⁰ De wettekst zal op dit punt aangepast moeten worden om te voorkomen dat een aandeelhouder na de deponering van het verslag ter griffie een vereenvoudigde geschillenprocedure bij de OK aanbrengt met de stelling dat zijns inziens uit dat verslag van onjuist beleid is gebleken.
- 2.40 De wettekst zal ook duidelijk moeten maken of het oordeel van de OK onherroepelijk moet zijn. Zo ja, dan kan de aandeelhouder die vermoedt dat hij aandelen van een andere aandeelhouder zal moeten overnemen door het instellen van cassatie de toegang tot de

²⁶ MvT, p. 16-17.

²⁷ E. Schmieman, 'Schets van een voorziening tot definitieve overdracht van aandelen na enquête', in: G.C. Makkink, M.P. Nieuwe Weme en A.J. van Wees (red.) *Ik ben niet overtuigd, opstellen aangeboden aan mr. P. Ingelse*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 433-434.

²⁸ HR 19 juli 2019, NJ 2019/335 (Xeikon).

²⁹ Zie bijvoorbeeld de eerste twee bijdragen genoemd in voetnoot 25.

³⁰ MvT, p. 13. De voorlaatste zin op p. 13 vermeldt per abuis "zodra de Ondernemingskamer in het verslag over het wanbeleid heeft geoordeeld" in plaats van "zodra de OK heeft geoordeeld dat uit het verslag al dan niet van wanbeleid is gebleken".

vereenvoudigde geschillenregelingsprocedure met ongeveer 18 maanden vertragen.

- 2.41 Daarnaast dringt zich de vraag op of een aandeelhouder alsnog een procedure volgens de normale geschillenregeling bij de rechtbank aanhangig kan maken indien een andere aandeelhouder de vereenvoudigde geschillenregelingsprocedure bij de OK is gestart. De GCV geeft in overweging om een dergelijke procedurele samenloop zoveel mogelijk uit te sluiten, met een verwijzingsregel van rechtbank naar OK indien zich toch samenloop zou voordoen.
- 2.42 De MvT heeft het over "een oordeel van onjuist beleid of wanbeleid in de enquêteprocedure." Volgens art. 2:355 lid 1 kan de OK voorzieningen treffen indien uit het verslag van wanbeleid is gebleken. Zij kan ook volstaan met het oordeel wanbeleid of geen wanbeleid (afwijzing van het verzoek). Indien de OK geen wanbeleid vaststelt, kan zij eventueel, maar *hoeft zij niet* te overwegen dat weliswaar geen sprake was van wanbeleid maar wel van onjuist beleid. De verzoeker tot enquête kan er daarom niet op rekenen dat de OK vaststelt dat uit het verslag van onjuist beleid blijkt, ook niet als hij daartoe een specifiek (al dan niet subsidiair) verzoek doet. Naar de mening van de GCV bevat het Voorontwerp op dit punt een hiaat.
- 2.43 Onjuist beleid is volgens de MvT "een lichtere (dis)kwalificatie dan wanbeleid", onder een verder niet toegelichte verwijzing naar art. 2:354 BW over kostenverhaal.³¹ Met deze verwijzing wordt kennelijk niet bedoeld dat een oordeel van de OK over onjuist beleid in het kader van een kostenverhaalvordering van de vennootschap een noodzakelijke voorwaarde is voor het instellen van een vordering of verzoek krachtens de vereenvoudigde geschillenregelingsprocedure.
- 2.44 Art. 2:354 BW laat kostenverhaal toe bij onjuist beleid "of een onbevredigende gang van zaken" waarbij het een en ander overigens niet uit het verslag hoeft te blijken. De MvT bedoelt: onjuist beleid dat uit het verslag blijkt maar dat niet ernstig genoeg is om als wanbeleid te kwalificeren. De GCV adviseert daarom de verwijzing naar art. 354 in dit verband te schrappen.

Den Haag, 21 november 2019

Bijlage: samenstelling van de GCV.

³¹ MvT, p. 14.

Bijlage

Samenstelling van de Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht:

Prof. mr. M. (Martin) van Olffen, notaris De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam, voorzitter,

Mr. M.Y.H.J. (Manon) den Boer, notaris DLA Piper, Amsterdam,

Mr. G.C. (Gerco) van Eck, notaris Loyens & Loeff, Rotterdam,

Prof. mr. J.B.S. (Steven) Hijink, advocaat Stibbe, Amsterdam,

Prof. mr. L.G.H.J. (Louis) Houwen, advocaat Dirkzwager, Nijmegen,

Mr. A.F.J.A. (Fons) Leijten, advocaat Stibbe, Amsterdam,

Mr. F.J. (Frank) Oranje, notaris Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Den Haag,

Mr. M.L.E. (Mariëtte) Plaggemars, notaris Damsté, Enschede,

Prof. mr. G.T.M.J. (Geert) Raaijmakers, advocaat NautaDutilh, Amsterdam,

Prof. mr. G.J.C. (Günther) Rensen, notaris-lid, prof. support lawyer Allen & Overy, Amsterdam,

Mr. G.P. (Guido) Roth, advocaat Finnius, Amsterdam,

Mr. drs. D.A.M.H.W. (Daniella) Strik, advocaat Linklaters, Amsterdam.

Secretariaat:

Mr. C. (Corrie) Heck-Vink
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)
Postbus 16020
2500 BA 's-Gravenhage
Tel. 070-3307158
e-mail: c.heck@knb.nl