

PREADVIES VAN DE VEREENIGING 'HANDELSRECHT'

2011



PREADVIES VAN DE VEREENIGING 'HANDELSRECHT'

2011

## **De nieuwe geschillenregeling**

Mr. C.D.J. Bulten

Mr. G.C. van Eck

Mr. H.M. de Mol van Otterloo

Prof. mr. J.H.M. Willems

KLUWER – DEVENTER – 2011

Omslagontwerp: Diligentia Dtp

ISBN 978-90-13-09730-6  
ISBN 978-90-13-09731-3 (E-book)  
NUR 827-715

© 2011, C.D.J. Bulten, G.C. van Eck, H.M. de Mol van Otterloo, J.H.M. Willems

Secretariaat van de Vereniging 'Handelsrecht':  
Mw. Mr. M.M. Tuijtel  
Weena 614, 3012 CN Rotterdam  
Postbus 293, 3000 AG Rotterdam  
Telefoon 010 201 2939

Redactie, auteurs en uitgever houden zich aanbevolen voor opmerkingen en suggesties. Reacties kunnen gestuurd worden naar de uitgever, Postbus 23, 7400 GA Deventer, of via e-mail naar [mjongepier@kluwer.nl](mailto:mjongepier@kluwer.nl).

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op [www.kluwer.nl](http://www.kluwer.nl) of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

## VOORWOORD

Het is met groot genoegen dat ik dit voorwoord schrijf bij de preadviezen 2011 van de Vereniging 'Handelsrecht' over de nieuwe geschillenregeling in het vennootschapsrecht. Het belang van dit onderwerp kan niet snel worden overschat. De aantrekkelijkheid van nationaal vennootschapsrecht wordt vaak afgemeten aan de eenvoud en flexibiliteit waarmee een vennootschap kan worden opgericht onderscheidenlijk ingericht. Evenzeer is echter een belangrijk aspect of aandeelhouders een redelijke mate van vertrouwen kunnen hebben dat zij na hun intrede in de vennootschap niet ten eeuwige dage gedoemd hoeven te zijn als blijkt dat zij door de andere aandeelhouders onredelijk en ernstig worden benadeeld. De door de ministers van Justitie en Economische Zaken ingestelde Expertgroep die in 2004 de voorstellen deed die uiteindelijk de 'Flex BV' wetgeving zijn geworden, merkte in haar rapport niet voor niets op dat een goede geschillenregeling het noodzakelijke sluitstuk is van een vereenvoudigde en flexibele BV wetgeving. Met de voorstellen tot wijziging van de geschillenregeling zoals die in het wetsvoorstel 'Flex BV' zijn opgenomen, is een substantiële stap gezet tot verbetering van de regeling en een versnelling van de procedure.

Al met al is dit een uitstekend moment om de balans op te maken en het debat te starten over de gewenste verdere ontwikkeling van de geschillenregeling. Want dat er nog wat te wensen valt staat wel vast. Voor degenen die daaraan twijfelden bieden de navolgende 175 pagina's bewijs daarvan. In die 175 pagina's zetten vier auteurs die allen bij uitstek deskundig zijn op hun terrein, niet slechts uiteen hoe de nieuwe geschillenregeling werkt en met welke valkuilen rekening ware te houden, maar doen zij eveneens concrete voorstellen voor verdere verbetering.

Mr. Bulten benadrukt in haar deel van het preadvies dat de nieuwe geschillenregeling er voor moet zorgen dat de nieuwe BV geen 'onbetrouwbare' rechtspersoon wordt en de aandeelhouders niet een 'gevangene van zijn eigen aandeelhouderschap'. Nadat zij constateert (en argumenteert), waarom er geen algemene 'uittreedregeling' is en zou moeten komen, licht zij toe wat de nieuwe geschillenregeling wel allemaal te bieden heeft. In dat kader bespreekt zij de 'procedurele noviteiten' die de nieuwe geschillenregeling biedt. Het zal voor iedereen die met geschillen tussen aandeelhouders te maken heeft, zeer verhelderend zijn van haar beschouwingen kennis te nemen. In het bijzonder besteedt zij aandacht aan de noviteit dat een beknelde aandeelhouder de vordering tot het overnemen van zijn aandelen jegens de vennootschap aanhangig kan maken alsmede de complicaties die dat kan opleveren bijvoorbeeld in het

## VOORWOORD

licht van de wettelijke voorschriften met betrekking tot inkoop van aandelen. Een ander, immer heikel, onderwerp vormt de vraag hoe om te gaan met de vordering van een uittredende aandeelhouder die stelt dat de waarde van zijn aandelen door toedoen van medeaandeelhouders is gedaald en derhalve in aanvulling op een vergoeding voor de actuele waarde van de aandelen ook vergoeding van schade vordert die ontstaan is door dat toedoen van de andere aandeelhouder(s). Het zal duidelijk zijn dat dan de problematiek van de ‘afgeleide schade’ niet ver weg is. Bulten zoekt een deel van de oplossing voor de complicaties op dit stuk door een ‘flexibele peildatum’ te hanteren. Ten slotte sluit zij af met een aantal aanbevelingen aan de wetgever. Ik heb geen aarzeling dat deze ten departemente serieus zullen worden genomen.

Mr. van Eck plaatst de nieuwe geschillenregeling in het kader van het ‘hard core’ BV vennootschapsrecht zoals vervat in Titel 5 van Boek 2 BW met als doelstelling om te bezien hoe partijen zelf in statuten een geschillenregeling op maat kunnen snijden. Na te hebben geschetst hoeveel ruimte de wetgever voor zo’n ‘eigen regeling’ biedt en de voordelen die dit kan hebben, bespreekt hij de uitgangspunten voor zo’n regeling. Hij analyseert gedetailleerd waaraan een ‘eigen’ statutaire regeling moet voldoen om de wettelijke regeling buiten toepassing te laten. Dat doet hij aan de hand van concrete voorbeelden. Dat alles zal in de praktijk van groot nut blijken te zijn en lezing daarvan kan ik een ieder die met deze materie kan worden geconfronteerd zeer aanbevelen. Dat geldt niet minder voor de beschouwingen die Van Eck wijdt aan de verhouding tussen een statutaire geschillenregeling en statutaire blokkeringregelingen enerzijds en aan de verhouding met de inkoopbepalingen anderzijds. Hij analyseert of en in hoeverre goedkeurings- of aanbiedingsregelingen met een statutaire geschillenregeling verenigbaar zijn. De beschouwingen die Van Eck hieraan wijdt zullen de praktijk veel richting geven. Dat geldt ook voor zijn opmerkingen over de situatie dat eventueel meer aandeelhouders uit de vennootschap willen treden. Uiteraard is van groot belang hoe in het licht van hetgeen van Eck opbrengt, moet worden gedacht over de gebondenheid van aandeelhouders aan een statutaire geschillenregeling. Op de voet van de nieuwe regeling van het leerstuk van de ‘extra-verplichtingen’ constateert Van Eck dat wanneer zo’n regeling na oprichting van de vennootschap in de statuten wordt opgenomen, deze voor reeds togetreden aandeelhouders slechts zal gelden als deze daarmee instemmen. Ten slotte besteedt hij aandacht aan de vraag naar de bevoegde rechter en de mogelijkheden voor een statutaire forumkeuze.

De beschouwing van Mr. de Mol van Otterloo sluit prachtig aan bij de analyses van Bulten en Van Eck. Hij biedt een gedegen verkenning van de mogelijkheden en onmogelijkheden voor het beschouwen en beslissen van geschillen in arbitrage buiten het bereik van de overheidsrechter. Na de voordelen van arbitrage geschetst te hebben bespreekt De Mol van Otterloo gedetailleerd de

problematiek van de arbitraliteit en het vennootschapsrecht in het licht van de relevante jurisprudentie. Vervolgens richt hij het vizier op het grote belang dat de selectie van arbiters correct plaatsvindt en dat alle betrokken partijen daarbij ook op een adequate wijze betrokken worden. Hij belicht dat dit belangrijke uitgangspunt onder druk kan komen te staan als een procedure aanvankelijk tussen twee aandeelhouders en/of de vennootschap wordt gevoerd en nadien andere aandeelhouders (of de vennootschap) in de procedure worden betrokken of zich in de procedure voegen. In aansluiting op deze analyse biedt De Mol van Otterloo ook handvatten hoe deze problematiek kan worden opgelost. Dat geldt ook voor andere onderwerpen die hij bespreekt zoals de vrijwaringsproblematiek en de vraag of en in hoeverre een aanbiedingsstelsel kan en moet worden gevolgd. Hij sluit af met beschouwingen over de prijsvaststelling. Meer in het bijzonder wijst hij er op - en werkt hij uit - hoe die prijsvaststelling onderdeel van de arbitrage kan worden gemaakt. Bij een en ander schuwt De Mol van Otterloo niet om ook vergelijkingen te trekken met buitenlands recht. Specifiek vestigt hij de aandacht op interessante ontwikkelingen in Duitsland. Ook De Mol van Otterloo sluit zijn beschouwing af met een aantal aanbevelingen.

Prof. mr. Willems ten slotte gaat in het laatste luik van dit preadvies in op enerzijds de vraag welke bevoegdheid de rechter in een geschillenprocedure (zou moeten) toekomen in het bijzonder waar het betreft bevoegdheid een vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren en anderzijds de vraag wie nu eigenlijk idealiter de bevoegde rechter in dergelijke geschillen zou kunnen of moeten zijn. Een kenmerk van de nieuwe geschillenregeling zal zijn dat enerzijds de mogelijkheid van 'uitvoerbaar bij voorraad' verklaring uitdrukkelijk zal worden voorzien terwijl anderzijds mede uitdrukkelijk wordt bepaald dat hoger beroep van een vonnis dat een aandeelhouder het recht geeft uit te treden slechts mogelijk zal zijn tegelijk met (en dus nadat) een vonnis is gewezen waarbij (ook) de prijs wordt vastgesteld (tenzij de rechter anders bepaalt). Willems bespreekt de voor- en nadelen van dit systeem. Hij betoont zich niet onverdeeld enthousiast over de keuzes die de wetgever hier heeft gemaakt. Zo wijst hij op de processuele zowel als materiële complicaties die kunnen ontstaan als pas in een laat stadium vonnissen worden vernietigd en in verband daarmee schadevergoeding wordt gevorderd. Dat brengt Willems als vanzelf bij de vraag welke rechter eigenlijk de meest aangewezen zou zijn om geschillenprocedures te beslechten. Bij de beantwoording van die vraag stelt Willems dat naar zijn inzicht veel pleit voor de Ondernemingskamer. Hij vraagt zich derhalve af of het toch niet onverminderd gewenst zou zijn om in ieder geval ook het enquêterecht aan te vullen met de mogelijkheid om een overdracht van aandelen te bevelen als eenmaal is vastgesteld dat sprake is van wanbeleid. De daartegen in de literatuur wel aangevoerde bezwaren worden door Willems besproken, maar uiteindelijk niet steekhoudend geacht.

## VOORWOORD

Met de voorgaande zeer summiere weergave van de mooie beschouwingen van de preadviseurs heb ik hen uiteraard ernstig tekort gedaan. U, die dit preadvies nu voor u heeft, ziet immers in één oogopslag hoe veelomvattend hun beschouwingen werkelijk zijn. Zoals gezegd zult u bovendien bij lezing merken dat de beschouwingen van de preadviseurs niet slechts veelomvattend zijn, maar ook voor de praktijk van de beslechting van geschillen tussen aandeelhouders van groot belang. Dat rechtvaardigt een groot compliment dat ik de preadviseurs dan ook graag maak. Namens de Vereniging 'Handelsrecht' ben ik hen zeer erkentelijk voor hun inspanningen. Op basis daarvan kan worden uitgezien naar een interessante en boeiende gedachtenwisseling in de vergadering van onze Vereniging van vrijdag 28 oktober 2011 waarin deze preadviezen centraal zullen staan.

Harm-Jan de Kluiver  
Voorzitter Vereniging 'Handelsrecht'



## INHOUDSOPGAVE

### **Prof. mr. H.J. de Kluiver**

<i>Voorwoord</i>	V
------------------	---

### **Mr. C.D.J. Bulten**

<i>Over de flexibele aflegging van de sluier: de nieuwe uittreding</i>	1
--	---

1. Inleiding	2
1.1. Inleiding	2
1.2. Het plan van behandeling	3
2. De achtergrond van de uittreding	3
2.1. Inleiding	3
2.2. De grondslagen voor de nieuwe uittreding	4
2.3. Een recht op uittreding?	9
3. De uittreding en de vennootschap	12
3.1. Inleiding	12
3.2. De huidige positie	13
3.3. De toekomstige positie	16
4. De uittreding en de actie uit onrechtmatige daad	21
4.1. Inleiding	21
4.2. Verband met afgeleide schade	22
4.3. De samenhangende procedures	24
4.4. Een billijke verhoging van de prijs	27
5. De uittreding en de procedurele noviteiten	29
5.1. Inleiding	29
5.2. Wat wijzigt en wat niet	30
5.3. Een geheel nieuwe procedure	33
6. Samenvatting en aanbevelingen	35

### **Mr. G.C. van Eck**

<i>Naar een eigen statutaire geschillenregeling op maat</i>	45
---	----

1. Inleiding	46
--------------	----

## INHOUDSOPGAVE

2.	De meerwaarde van een eigen statutaire geschillenregeling ten opzichte van een eigen contractuele geschillenregeling	48
2.1.	Inleiding	48
2.2.	Eerdere binding aan de geschillenregeling	49
2.3.	Rechtsgevolgen	49
2.4.	Statutaire sancties	50
2.5.	Interactie tussen de eigen geschillenregeling en de statutaire blokkeringsregeling	50
2.6.	Openbaarheid	51
2.7.	Statutaire forum- en rechtskeuze	52
3.	Voorwaarden voor een statutaire geschillenregeling	52
3.1.	Inleiding: uitgangspunten van de regeling	52
3.2.	Is er sprake van een regeling voor de oplossing van geschillen?	54
3.3.	De door de afwijkende regeling gevorderde overdracht mag niet onmogelijk of uiterst bezwaarlijk worden gemaakt	62
3.4.	De bepalingen ten aanzien van de vaststelling van de waarde van de aandelen mogen niet leiden tot een kennelijk onredelijke prijs	69
4.	Binding aan een statutaire geschillenregeling	70
4.1.	Inleiding	70
4.2.	Gebondenheid aan de statutaire geschillenregeling (huidig recht)	70
4.3.	Gebondenheid aan de statutaire geschillenregeling (nieuw recht)	71
4.4.	Verzekering van de nakoming van de statutaire geschillenregeling (art. 2:192 lid 4 en 5 BW)	73
5.	Interactie tussen de geschillenregeling en de blokkeringsregeling	74
5.1.	Inleiding	74
5.2.	Invloed van de wettelijke geschillenregeling op blokkeringsregelingen	76
5.3.	Voorwaarden voor overeenkomstige toepassing van de statutaire aanbiedingsregeling bij de wettelijke geschillenregeling	77
5.4.	Verplichte aanbieding zo veel mogelijk met overeenkomstige toepassing van de statutaire (blokkerings)regeling	79

5.5.	Verplichte aanbieding zo veel mogelijk met overeenkomstige toepassing van een aantal meer specifieke blokkeringsregelingen	80
5.6.	Wenselijke aanvullingen op een statutaire aanbiedingsregeling in verband met de verplichte aanbieding ter uitvoering van de wettelijke geschillenregeling	82
5.7.	Verplichte aanbieding uit hoofde van de wettelijke geschillenregeling en statutaire lock-up	85
5.8.	Invloed van de vervangende eigen regeling op blokkeringsregelingen	86
5.9.	Niet gebonden en gebonden aandeelhouders bij een vervangende eigen regeling	87
6.	De vordering tot uittreding tegen de vennootschap (art. 2:343 BW)	87
6.1.	Inleiding	87
6.2.	De verhouding van de eigen statutaire regeling ten opzichte van de vereisten van art. 2:98 en art. 2:207 BW (de verhouding tussen uittreding en verkrijging eigen aandelen)	89
6.3.	Wie het eerst komt...	94
7.	Statutaire vormgeving	95
7.1.	Inleiding	95
7.2.	Gedeeltelijke terzijdestelling van de wettelijke regeling – een partiële eigen regeling	96
7.3.	Algehele terzijdestelling van de wettelijke regeling – een vervangende eigen regeling	98
7.4.	Meer specifieke statutaire regelingen	101
7.5.	Statutaire forumkeuze	105
8.	Conclusies	107

**Mr. H.M. de Mol van Otterloo**

	<i>De geschillenregeling in arbitrage: een kansrijke optie?</i>	115
1.	Inleiding	116
2.	Korte uiteenzetting over de geschillenregeling	117
3.	Voordelen van geschillenregeling in arbitrage	118
4.	Arbitrabiliteit en vennootschapsrecht	119

## INHOUDSOPGAVE

5.	Geschillenregeling ten principale arbitabel	123
6.	Toepassing in arbitrage nu een feit	123
7.	Keuze van arbiters	126
8.	De varianten a t/m e	127
8.1.	Variant a	127
8.2.	Variant b	130
8.3.	Variant c	130
8.4.	Variant d	131
8.5.	Variant e	132
9.	Arbitragedwang bij het aanbiedingsstelsel	132
10.	Art. 997a lid 2 Rv	134
11.	Duitsland	134
12.	Positie van de vennootschap	135
13.	Vrijwaring	136
14.	Prijsvaststelling en deskundigen	137
15.	De geschillenregeling en de vordering tot schadevergoeding	139
16.	Art. 343c Wv Flex-BV	140
17.	Conclusies	141

### **Prof. mr. J.H.M. Willems**

	<i>Uitvoerbaarverklaring bij voorraad</i>	
	<i>Verhouding met het enquêterecht</i>	149
A.	Vooraf	150
B.	Uitvoerbaarverklaring bij voorraad	150
I.	De huidige regeling	150
II.	De problematiek van de huidige regeling	153
III.	De voorgestelde nieuwe regeling	156
IV.	Het tussenvonnis: toewijzing van de vordering en benoeming van een deskundige	158

V.	Het eindvonnis: bepaling van de prijs en bevel tot overdracht	159
VI.	Vernietiging van het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis: (on)wenselijkheid van terugwerkende kracht en ongedaanmakingsverbintenis	160
C.	Enquêterecht en geschillenregeling	167
I.	De huidige situatie	167
II.	De problematiek van de huidige situatie	168
III.	Verhouding tussen het enquêterecht en de nieuwe geschillenregeling	169
IV.	Overdracht van aandelen als voorziening in art. 2:356 BW	170
	<b>Bijlage 1</b>	<b>177</b>



**OVER DE FLEXIBELE AFLEGGING VAN DE SLUIER: DE NIEUWE  
UITTREDING**

Mr. C.D.J. Bulten\*

---

\* Claartje Bulten is als universitair hoofddocent verbonden aan het Van der Heijden Instituut van de Radboud Universiteit Nijmegen.

## 1. Inleiding

### 1.1. Inleiding

Sinds 1 januari 1989 kent het Nederlandse vennootschapsrecht een instrument voor het oplossen van geschillen tussen aandeelhouders.<sup>1</sup> De geschillenregeling, opgenomen in afdeling 1 van titel 8 van Boek 2 BW, ziet op het beëindigen van een geschil met behulp van een door de rechter bevolen overdracht van aandelen. Een onderdeel van de geschillenregeling is de gedwongen overname van aandelen, opgenomen in art. 2:343 BW.<sup>2</sup> Deze procedure, ook wel de uittreding genoemd, geeft iedere aandeelhouder een mogelijkheid 'uit de vennootschap te stappen'. Ongeacht zijn aantal aandelen kan een aandeelhouder die zodanig in zijn rechten en belangen wordt geschaad, dat van hem in redelijkheid niet langer kan worden gevergd aandeelhouder te blijven, van zijn medeaandeelhouders vorderen dat zij zijn aandelen overnemen.

De communis opinio is dat de huidige geschillenregeling, en dus ook de uittreding, niet goed werkt.<sup>3</sup> In al die jaren is de uittredingsvordering in slechts 21 procedures ingesteld. In het kader van de wetgevingsoperatie tot flexibilisering en vereenvoudiging van het bv-recht is een wijziging van de geschillenregeling voorgesteld. Mede naar aanleiding van de aanbevelingen van de Commissie Vennootschapsrecht uit 2004 worden diverse wetsartikelen veranderd.<sup>4</sup> Ook art. 2:343 BW is stevig onder handen genomen. In dit deel van het Preadvies bespreek ik de nieuwe uittreding, opgenomen in art. 343 tot en met 343c Flex-BV.<sup>5</sup>

---

1 Dit deel van het Preadvies voert qua bronnen (grotendeels) terug op mijn dissertatie. Zie C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde* (Diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 108, Deventer: Kluwer 2011.

2 De gedwongen overdracht (ook wel 'uitstoting' genoemd) van art. 2:336 BW laat ik buiten beschouwing. In voorkomend geval geef ik aan of mijn opmerkingen, kritiek en aanbevelingen mede zien op de uitstotings(procedure).

3 Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 700.

4 De aanbevelingen van de Commissie Vennootschapsrecht werden opgesteld aan de hand van een mede door mij opgestelde vraagpuntennotitie, zie *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 17. Een andere bron van inspiratie voor de nieuwe uittreding vormt de uittredingsprocedure van de oude Nederlandse Antillen. Deze geschillenregelingvariant kent overigens enkel de uittreding. Per 10 oktober 2010 is de regeling van art. 2:251-256 BWNA ongewijzigd overgeheveld naar de respectieve wetboeken voor Curaçao, Sint Maarten en de zogenoemde BES-eilanden. Aruba kent geen uittredingsprocedure. Indien ik verwijs naar deze uittredingsprocedure, dan vermeld ik de bepalingen uit het (oude) BWNA, om een opsomming in drievoud te voorkomen.

5 Een doorlopende tekst van art. 343 tot en met 343c Wv Flex-BV staat in de bijlage bij het Preadvies.



## 1.2. *Het plan van behandeling*

Dit deel van het Preadvies bestaat uit zes paragrafen en handelt over de belangrijkste voorgestelde wijzigingen van de uittredings(procedure) in het wetsvoorstel Flex-BV. Eerst bespreek ik in § 2 de achtergrond van de uittreding. In deze paragraaf komen de motieven voor de wijziging van de geschillenregeling, de beginselen die aan de gedwongen overname van aandelen ten grondslag (moeten) liggen en de vraag of een minderheidsaandeelhouder een uittredingsrecht heeft, aan bod. In § 3 staat de positie van de vennootschap centraal. Die positie is in de huidige uittredingsprocedure onduidelijk en fascinerend tegelijkertijd. In het wetsvoorstel Flex-BV wijzigt de status van de vennootschap ingrijpend, maar blijft zij op punten niet scherp en dus raadselachtig.

De gedragingen die tot toewijzing van uittreding aanleiding geven, zijn ook niet zelden grond voor het instellen van een schadevergoedingsvordering op grond van onrechtmatige daad. In dit verband speelt het leerstuk van de afgeleide schade. De samenhang tussen een uittredingsvordering en een actie uit onrechtmatige daad, alsook de (ogenschijnlijke) oplossingen in het wetsvoorstel Flex-BV bespreek ik in § 4. Vervolgens zijn in § 5 enkele procedurele aspecten van de uittreding voer voor discussie. In deze paragraaf behandel ik ook de nieuwe procedure van art. 343c Wv Flex-BV. Ik sluit in § 6 af met een samenvatting en aanbevelingen.<sup>6</sup>

## 2. **De achtergrond van de uittreding**

### 2.1. *Inleiding*

Eén van de beginselen met een pregnante rol – zeker in het flexibele bv-recht – is de bescherming van de minderheidsaandeelhouder. Deze bescherming indachtig, rijst de vraag of de minderheidsaandeelhouder onder omstandigheden een uittredingsrecht heeft. Ik bespreek deze vraag en de mogelijke antwoorden. Ook komen de uittredingsrechten aan bod die in het voorontwerp van wet voor de vereenvoudiging en de flexibilisering van het bv-recht waren opgenomen. De tweede tranche van dit voorontwerp voorzag in een uittredingsrecht in specifieke gevallen.<sup>7</sup> Het is interessant te bezien

<sup>6</sup> De tekst van dit Preadvies is afgesloten op 1 augustus 2011.

<sup>7</sup> Zie voorontwerp 2e Tranche 20 juli 2005, destijds te raadplegen via internet. Het voorontwerp 2<sup>e</sup> Tranche is integraal opgenomen in Van den Ingh en Nowak (2006), p. 51-92. Zie voor commentaar op de 2<sup>e</sup> Tranche: Rensen (2005), p. 449-452. Op het consultatiedocument werd gereflecteerd door diverse advocatenkantoren en enkele belangenorganisaties. Zie voor een bespreking van de wijzigingen van de geschillenregeling ook: Norbruis (2005), p. 428-434; Rutten en Gerretsen (2006), p. 12-19; Albicher en Van Mierlo (2006), p. 46-49; en Soerjatin (2006), p. 203-217.

waarom deze uittredingsrechten het wetsvoorstel Flex-BV uiteindelijk niet hebben gehaald.

## 2.2. *De grondslagen voor de nieuwe uittreding*

### DE REDENEN VOOR WIJZIGING

Eén van de uitgangspunten bij de herziening van het bv-recht is om de aandeelhouders meer vrijheid te geven de onderneming naar eigen inzicht en wensen vorm te geven. De gedachte is om van de bv een voor de praktijk meer bruikbare rechtsvorm te maken.

In het wetsvoorstel Flex-BV wijst de wetgever er voorts op dat voor de hierin opgenomen wijzigingen van de geschillenregeling ook het beginsel van flexibiliteit van toepassing is. Dit beginsel ligt ten grondslag aan het gehele wetsvoorstel. De flexibiliteit behelst een grote vrijheid voor de bij de Flex-BV betrokkenen, en met name voor de aandeelhouders. Voor de geschillenregeling betekent dit dat de autonomie van de aandeelhouders onverkort geldt. De statutaire of contractuele afspraken tussen de procespartijen gaan voor op de geschillenregeling.<sup>8</sup> Een van de uitgangspunten van het algemeen burgerlijk recht, de contractsvrijheid, geldt vanzelfsprekend ook in de situaties waarvoor de geschillenregeling is geschreven. Het subsidiaire karakter van de wettelijke procedure wordt nogmaals benadrukt. Overigens betekent dit niet dat de aandeelhouder de toegang tot de wettelijke regeling mag worden onthouden. De dwingendwettelijke geschillenregeling komt hem op grond van art. 2:25 BW immer toe.

Om ervoor te waken dat de nieuwe bv een ‘onbetrouwbare’ rechtspersoon wordt, zijn waarborgen voor bepaalde bij de vennootschap betrokken partijen in de herziene bv-regeling opgenomen. Hierbij is niet alleen aan de schuldeisers als ‘betrokken partij’ gedacht, maar ook aan de minderheidsaandeelhouders.<sup>9</sup>

---

8 Ik wijs voor een uitwerking van dit beginsel op het nieuwe art. 337 Flex-BV, waarin meer duidelijk tot uitdrukking komt dat de geschillenregeling een subsidiair karakter heeft. Een statutaire of contractuele regeling gaat voor. Zie in dit verband het deel van het Preadvies van Van Eck. De vragen die rijzen in verband met een (overeengekomen) ‘arbitragegeschillenregeling’ komen aan bod in het deel van dit Preadvies van De Mol van Otterloo.

9 *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 360. Zie ook Bulten (2007), p. 360-361 en 367-368. Zie over het wetsvoorstel Flex-BV, ‘de meest ingrijpende operatie in het BV-recht sinds de invoering van de BV in 1971’: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 32 en 700. De Commissie Vennootschapsrecht was in haar advies uit 2007 positief over de voorgestelde wijzigingen van de geschillenregeling, zie Advies Cie Vennootschapsrecht (2007), punt 14.

Het sluitstuk van de bescherming behoort de geschillenregeling te bieden.<sup>10</sup> Deze wettelijke regeling werkt in de praktijk echter niet goed. Zij is ‘vrijwel onhanteerbaar’ en een ‘zwakke broeder (die) lijdt aan meer ziektes’.<sup>11</sup> De procedures worden betrekkelijk weinig toegepast en duren veel te lang. Daarom wordt de bestaande geschillenregeling in titel 8 van Boek 2 BW aangepast. De regeling is in het wetsvoorstel Flex-BV ‘gestroomlijnd’.<sup>12</sup> De voorgestane vrijheid van inrichting van de bv kan aanleiding geven tot meer conflicten tussen aandeelhouders. De regering wil de minderheidsaandeelhouder die bij een flexibele bv in de knel komt, betere mogelijkheden bieden om aan deze positie een einde te maken. De uittreding van art. 2:343 BW is de hiervoor aangewezen procedure.<sup>13</sup>

De voornaamste reden voor wijziging van de gehele geschillenregeling in het wetsvoorstel Flex-BV is dus gelegen in een voor de praktijk bruikbare uittredingsprocedure. Een minderheidsaandeelhouder die door de vergrote en vergaande inrichtingsvrijheid in een benarde positie is geraakt, moet een uitweg hebben. Het is de bedoeling van de wetgever die met de nieuwe uittreding in het wetsvoorstel Flex-BV te bieden. Niet alleen is de aandelenoverdracht door de afwezigheid van een markt voor aandelen in besloten verhoudingen bemoeilijkt, ook de eventuele aanwezigheid van de blokkeringsregeling draagt bij aan de onverkoopbaarheid van de aandelen.<sup>14</sup> Met de geschillenregeling wordt de minderheidsaandeelhouder een uitweg geboden. Hij kan immers niet gedwongen blijven in de benarde positie te berusten. Dit staat in het verenigingsrecht bekend als de ‘negatieve verenigingsvrijheid’.<sup>15</sup> De verplichtingen die voor een lid van een vereniging (of een coöperatie) gelden, mogen niet dusdanig strikt van aard zijn, dat zijn uittreding feitelijk onmogelijk wordt. Een soortgelijke gedachte geldt voor de positie van de aandeelhouder evenzeer. Hij mag geen gevangene van zijn eigen aandeelhouderschap worden.

10 De uittredingsregeling in het BWNA (en haar voorganger in art. 50 LBV) is eveneens ontworpen uit het oogpunt van minderheidsbescherming. Dit omdat de Nederlands Antilliaanse Boek 2 BW zelfs ‘maximale vrijheid en maximale flexibiliteit’ als uitgangspunten heeft. Zie Frielink (2006), p. 5. Zie ook Van Schilfgaarde (2000), p. 271-272.

11 Aldus achtereenvolgens *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 17; Hermans (2002), p. 497; en Van Solinge en Bulten (2002), p. 133.

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

13 *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 17 en 20. Zie voor een bespreking van de voorgestelde wijzigingen in het wetsvoorstel Flex-BV: Bulten (2007), p. 360-368; Croiset van Uchelen (2007), p. 258-262; Roest (2007), p. 959-965; Van der Sangen (2008), p. 1-9; Verhaar (2008), p. 46-61; en Willems (2008), p. 79-93.

14 Zie ook De Kluiver (2010), p. 20. Overigens pleit ik ervoor de invloed van de blokkeringsregeling bij de geschillenregeling te laten vervallen. Zie Bulten (2011), p. 222-225.

15 Ook De Kluiver (2010), p. 22, trok deze vergelijking.

## DE UITGANGSPUNTEN VOOR DE UITTREDING<sup>16</sup>

De gedwongen overname van aandelen kan niet zonder meer geschieden. Dit geldt niet alleen voor de huidige uittreding van art. 2:343 BW, maar ook voor de nieuwe uittreding van art. 343-343c Wv Flex-BV. Omdat het gaat om een inbreuk op een eigendomsrecht – en meer specifiek: de veroordeling tot betaling – moet de procedure voldoende waarborgen behelzen. De rechtszekerheid behoort daarom een vooraanstaande plaats te krijgen. Dit uitgangspunt moet echter in de praktijk niet tot gevolg hebben dat de aandelenoverdracht door allerlei procedurele complicaties te lang op zich laat wachten. De beknelde positie van de minderheidsaandeelhouder duurt dan onverminderd voort.<sup>17</sup> Snelheid is dus eveneens geboden. Aan de verstoorde verhouding moet door een rechterlijk ingrijpen zo spoedig mogelijk een einde komen. Deze snelheid mag op haar beurt weer niet ten koste gaan van de zorgvuldigheid van de procedure. Het is zaak bij een gedwongen aandelenovername een juiste balans te vinden tussen deze twee communicerende vaten. Pas dan voldoet de uittredingsregeling aan de vereiste kwaliteit. In een met voldoende waarborgen omgeven procedure kan bij een geschil tussen de aandeelhouders binnen redelijke tijd de vereiste oplossing worden geboden.

In de procedures van de geschillenregeling is sprake van een pluraliteit van belangen.<sup>18</sup> De rechter dient deze (botsende) belangen zorgvuldig tegen elkaar af te wegen. Indien sprake is van een schending van de norm voor uittreding, dan geeft hij voorrang aan het belang van de uittredende aandeelhouder. Dit belang verdient bescherming, en die bescherming wordt geboden met de ingrijpende maatregel van gedwongen aandelenoverdracht. Het bevel tot uittreding is in zo'n situatie gerechtvaardigd. De rechter moet deze belangenafweging in zijn motivering tot uitdrukking laten komen. Hij behoort transparant te maken welke omstandigheden hebben bijgedragen tot zijn oordeel. Het beginsel van rechtszekerheid is hiermee gediend.

De wettelijke geschillenregeling – in het bijzonder de uitstoting van art. 2:336 BW – maakt een inbreuk op het eigendomsrecht van de aandeelhouder. Zo'n inbreuk mag niet lichtvaardig geschieden. Naast een zorgvuldige procedure, dient ook de norm van voldoende gewicht te zijn. Niet iedere misstap kan tot

---

16 Deze uitgangspunten gelden niet alleen voor de uittreding, maar zeker ook voor de uitstoting. Zij liggen dus mijns inziens ten grondslag aan een wettelijke regeling, waarbij het resultaat de gedwongen overdracht van de aandelen is.

17 Voor de uitstoting van art. 2:336 BW geldt dit misschien nog meer. Door de verstoorte verhoudingen stopt de samenwerking en glijdt de vennootschap steeds verder richting het faillissement.

18 Zie Timmerman (2009), p. 7.

uittreding leiden. Het gedrag van de aandeelhouder moet dermate niet passend zijn, dat ingrijpende consequenties niet kunnen uitblijven. De norm bevat tevens een mate van verwijtbaarheid. Het aandeelhoudersgedrag rechtvaardigt het gevolg dat hij zijn eigendom moet overdragen of een prijs moet betalen voor de aandelen van de uittreder. De keuzevrijheid van de aandeelhouder wordt door zijn eigen keuze ingeperkt. Met zijn gedrag heeft hij immers bewerkstelligd dat de uittreding (van de andere aandeelhouder) de enige uitweg uit de misère is.

Met de te schenden norm vormt de geschillenregeling een sanctionering van in het gedragsrecht neergelegde normen. Timmerman wees erop dat een belangrijke taak van het vennootschapsrecht is om de conflicten in goede banen te leiden door het uitdenken van bevoegdheidsregels en het voorschrijven van gedragsnormen.<sup>19</sup> Twee van de door hem geformuleerde gedragsbeginselen komen in de uitstoting en de uittreding terug.<sup>20</sup> Het belangenpluralisme en de hieruit voortvloeiende gedragsnormen vormen het eerste beginsel. Dit komt tot uitdrukking in de regel dat de rechter de onrechtmatige uitoefening van bevoegdheden zo veel mogelijk moet sanctioneren. Zo mag de meerderheidsaandeelhouder zijn macht niet ongebreideld aanwenden. Of, om met de woorden van Timmerman te spreken: ‘De kern van recht is voor mij telkens weer een redelijke afweging van belangen.’<sup>21</sup>

Het door Timmerman genoemde tweede beginsel ziet op de bescherming van de eigendom van de aandelen. Dit speelt met name een rol tussen de meerderheids- en de minderheidsaandeelhouder. De bescherming van de (beknelde) minderheidsaandeelhouder staat aan de basis van de uittredingsvordering. Naar mijn mening voldoen de huidige uittredingsregeling en de uittreding in het wetsvoorstel Flex-BV niet aan deze geformuleerde uitgangspunten. Ik werk dit uit.

19 Timmerman (2009), p. 6. Hij vervolgde: ‘Het (vennootschapsrecht, CB) kan zo aan een fatsoenlijke samenleving bijdragen.’

20 Timmerman (2009), p. 10. Zie voor mijn kritiek op de invulling in de jurisprudentie van de uittredingsnorm: Bulten (2011), p. 69-82.

21 Timmerman (2009), p. 13. Zie ook zijn oratie uit 2004 (gepubliceerd in 2005; Timmerman (2005, p. 5) waarin hij constateerde dat het Nederlandse vennootschapsrecht steeds meer door de vennootschap heen kijkt: ‘Het is aan het verpersoonlijken. Het speelt meer op de man. Er vindt een verschuiving plaats van de hardware van de dogmatiek naar de software van het gedragsrecht.’

## DE BESCHERMING VAN DE MINDERHEIDSAANDEELHOUDER

Als een rode draad weeft de bescherming van de positie van de minderheidsaandeelhouder zich door de uitgangspunten van een wettelijke uittredingsregeling.<sup>22</sup> In het spectrum van de bescherming van de minderheidsaandeelhouder signaleer ik een tweetal ijkpunten. Het eerste ziet op de feitelijke gevolgen van zijn positie. Het uitgangspunt is dat een minderheidsaandeelhouder hem ongewillige besluiten tegen zich moet laten gelden. Hij houdt immers slechts een minderheidspakket.<sup>23</sup> Om met de woorden van de wetgever uit het begin van de vorige eeuw te spreken:

‘(...) behooren derhalve bepalingen voor te komen, waarin de rechtmatige belangen van hen, die ter algemeene vergadering worden overstemd, steun en bescherming kunnen vinden. Niet bij ieder besluit der algemeene vergadering kan intusschen van deze bevoegdheid eener minderheid om tegen de gevallen beslissing op te komen, sprake zijn.’<sup>24</sup>

De meerderheidsaandeelhouder mag op zijn beurt zijn macht niet misbruiken. De grenzen van de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW laten zich gelden.<sup>25</sup> De repressieve sanctie op de niet-inachtneming van de normen van art. 2:8 BW is de vernietiging van het besluit van de aandeelhoudersvergadering ex art. 2:15 lid 1 sub b BW. Voor de minderheidsaandeelhouder met een zeker pakket staat daarnaast de weg open naar het enquêterecht met bijpassende onmiddellijke voorzieningen, zoals de schorsing van het stemrecht op de aandelen van de meerderheidsaandeelhouder of de schorsing van de laatstgenoemde als bestuurder.<sup>26</sup>

De zorgplicht is het tweede ijkpunt. Uit de gedragsnorm van art. 2:8 BW volgt dat de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat een vennootschap en de meerderheidsaandeelhouder onder omstandigheden een bijzondere zorgplicht

---

22 Overigens kleurt de eigendomsbescherming van art. 1 Eerste Protocol EVRM de jegens de (minderheids)aandeelhouder in acht te nemen redelijkheid en billijkheid, neergelegd in art. 2:8 BW. Zie Timmerman (2007), p. 33.

23 Zie ook *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 4 en p. 18: ‘Hierbij staat voorop dat een minderheidsaandeelhouder rekening moet houden met het feit dat de besluitvorming binnen een vennootschap in beginsel door de meerderheid in de algemene vergadering wordt bepaald.’

24 Ontwerpen van wetten op de vennootschappen en andere, wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus, Den Haag: Belinfante 1929, p. 39, § 1.

25 Zie in deze zin: HR 17 mei 1991, *NJ* 1991/645 (*Lampe/Tonnema*), r.o. 3.4.

26 Indien de OK uiteindelijk vaststelt dat van wanbeleid sprake is, kan bij wijze van definitieve voorziening een besluit worden vernietigd (art. 2:356 sub a BW) of een bestuurder worden ontslagen (art. 2:356 sub b BW).

hebben te betrachten jegens de minderheidsaandeelhouder. De Hoge Raad onderkent die zorgplichten.<sup>27</sup>

### 2.3. Een recht op uittreding?

#### GEEN ALGEMEEN OF BIJZONDER UITTREDINGSRECHT

In verband met de hiervoor beschreven zorgplichten is de vraag opgekomen of een aandeelhouder onder omstandigheden een uittredingsrecht heeft. Zo'n recht zou kunnen bestaan indien er een grove schending van de jegens hem in acht te nemen bijzondere zorgplicht plaatsvindt. De meerderheidsaandeelhouder handelt dan zozeer in strijd met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW, dat de minderheidsaandeelhouder zonder meer kan uittreden.

De vraag beantwoord ik ontkennend. De ijkpunten leiden er niet toe dat een minderheidsaandeelhouder per definitie een uittredingsrecht moet hebben. Neemt de grootaandeelhouder een besluit waar de minderheidsaandeelhouder het niet mee eens is, dan moet hij dat, gezien de aandelenverhoudingen, dulden. Zijn (financiële) belang is immers niet van zo'n gewicht dat hij een doorslaggevende stem heeft. Het negeren van de minderheidsaandeelhouder is, gezien de in de jurisprudentie ontwikkelde zorgplichten, echter ook niet toegestaan. De meerderheidsaandeelhouder mag zich niet te buiten gaan aan willekeurige machtsuitoefening. Indien de schending van de zorgplichten van zodanige aard is dat de minderheidsaandeelhouder daadwerkelijk in een benarde positie komt te verkeren, is toewijzing van de uittredingsvordering mogelijk.

In de literatuur is geopperd de aandeelhouder een algemeen uittredingsrecht toe te kennen. Ingeval het karakter van de vennootschap en daarmee het karakter van het aandeelhouderschap wijzigen, dan kan volgens Timmerman de minderheidsaandeelhouder een *appraisal right* gegeven worden.<sup>28</sup> Bij de grensoverschrijdende fusie is deze gedachte in art. 2:333h BW wet geworden. Indien een aandeelhouder tegenstemt en de fusie desondanks doorgaat, mag de aandeelhouder het toneel verlaten tegen een schadeloosstelling. Hij hoeft geen aandeelhouder te blijven van (bijvoorbeeld) een bv die over de grens naar Duitsland verdwijnt. Ook Van Schilfgaarde meende dat een wettelijk

27 HR 1 maart 2002, NJ 2002/296 (*Zwagerman Beheer*) en HR 14 september 2007, NJ 2007/612 (*Versatel III*). Zie ook Timmerman (2009), p. 7, die schreef over de 'doorsijpeling van het in het algemene privaatrecht ontwikkelde idee van zorgplichten'.

28 Timmerman (2003), p. 91-92. Ten aanzien van de uittreding van art. 2:343 BW leek Timmerman genuanceerder, zie Timmerman (2003), p. 92; en (2007), p. 39-40: 'Een uittredingsrecht voor een minderheidsaandeelhouder op een zeer lichte grond past alleen in een systeem waarin de meerderheidsaandeelhouder niet gehouden is tot redelijk gedrag of althans dit gedrag van hem alleen heel moeilijk kan worden afgedwongen. In het Nederlands vennootschapsrecht is dit naar mijn mening niet het geval.'

uittredrecht zinvol kon zijn. Hij knoopte aan bij de bestaande uittreding. Een wettelijk uittredrecht moest gelden voor de aandeelhouder die in zijn vermogensbelangen wordt geschaad.<sup>29</sup> De Kluiver ging een stap verder. Hij meende dat naar Nederlands recht een algemeen uittredingsrecht voor de aandeelhouder gebaseerd kan worden op de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW.<sup>30</sup> Met de aanwezigheid van een wettelijk uitgewerkte geschillenregeling ligt het volgens mij niet direct voor de hand om zo'n vordering toe te wijzen. Mijns inziens zal een afgewogen uittreding met een door de rechter zorgvuldig toegepaste belangenafweging en toetsing van de norm voldoende uitweg bieden.

#### DE GESNEUVELDE UITTREDRECHTEN

In de tweede tranche van het voorontwerp was voorzien in een uittredingsrecht in specifieke gevallen.<sup>31</sup> De aandeelhouder die door een statutaire eis aan het aandeelhouderschap of een statutaire verplichting bekneld was geraakt, had het recht zijn aandelen over te dragen. Ook een statutaire blokkeringsregeling die tot gevolg had dat een aandeelhouder niet in staat was zijn aandelen te vervreemden, vormde grond voor een speciaal uittredingsrecht. Hierbij gold niet een termijn waarbinnen het recht uitgeoefend moest zijn. De aandeelhouders mochten niet 'vast komen te zitten' in de vennootschap. Een reële mogelijkheid om de vennootschap te verlaten moest voorhanden zijn.<sup>32</sup>

De inspiratie voor de formulering van de specifieke uittredingsrechten kwam van de Antilliaanse regeling. In art. 2:253 BWNA is de aandeelhouder die buiten zijn toedoen in een minderheidspositie komt te verkeren een uittredingsrecht gegeven. De reden voor zo'n recht ligt vooral in de overweging dat het vennootschapsrecht in het Caribische deel van het Koninkrijk een vergaande mate van vrijheid van inrichting kent. De bescherming van de minderheidsaandeelhouders moest volgens de toelichting een extra accent krijgen. De bescherming kwam zo'n aandeelhouder niet toe indien hij het ontstaan van

---

29 Van Schilfgaarde (2002), p. 646.

30 De Kluiver (1999), p. 295; en (2010), p. 20, 23. Anders: Bartman (2002), p. 37-38.

31 Zie voorontwerp 2<sup>e</sup> Tranche, in: Van den Ingh en Nowak (2006), p. 56 (tekstvoorstel). Art. 343 lid 2 van het voorontwerp luidde: 'Een vordering tot uittreding komt ook toe aan de aandeelhouder die aan de vennootschap en zijn mede-aandeelhouders schriftelijk heeft medegedeeld dat hij zijn aandelen wil vervreemden en dat voornemen niet ten uitvoer kan leggen door: a. een statutaire verplichting in de zin van artikel 81 of 192 die de overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt; b. een statutaire regeling in de zin van artikel 87 of 195 die de overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt, tenzij de onmogelijkheid het gevolg is van een statutaire uitsluiting van de overdraagbaarheid als bedoeld in artikel 195 lid 2: c. een statutaire eis aan het aandeelhouderschap in de zin van artikel 87b of 195 b die de overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt.'

32 Zie voorontwerp 2<sup>e</sup> Tranche, in: Van den Ingh en Nowak (2006), p. 87 (toelichting). Zie voor kritiek op de verhouding tussen overdrachtsverplichtingen, kwaliteitseisen en de algemene of specifieke uittredingsgronden: Rensen (2005), p. 451; en Norbruis (2005), p. 430.



zijn benarde positie redelijkerwijs had kunnen verhinderen.<sup>33</sup> Een vordering tot uittreding is er ex art. 2:254 BWNA ook voor de aandeelhouder die niet langer aan een kwaliteits eis voldoet en daardoor de aan zijn aandelen verbonden rechten niet kan uitoefenen.<sup>34</sup> Hij moet zijn aandelen kunnen overdragen volgens de algemene uittredingsregels van art. 2:251 en 2:252 BWNA. Is er in de statuten een – voor de Nederlands Antilliaanse vennootschap in beginsel niet verplichte – blokkeringsregeling opgenomen, dan mag de aandeelhouder zijn voornemen tot uittreding op grond van lid 1 sub b van art. 2:254 BWNA tot uitvoer brengen.<sup>35</sup>

De bijzondere uittredingsgronden staan niet meer in het wetsvoorstel Flex-BV. De wetgever kiest voor een andere wijze van bescherming van de minderheidsaandeelhouder. Bij een statutenwijziging die een nadeliger positie voor hem tot gevolg had, geldt op grond van art. 192 Wv Flex-BV bijvoorbeeld dat de aandeelhouder niet gebonden is, indien hij tegenstemt.<sup>36</sup> Voor de invoering van een statutaire eis aan het aandeelhouderschap die meebrengt dat vervreemding van de aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is, geldt de procedure van art. 195b Wv Flex-BV. In het kort houdt deze in dat de aandeelhouder zijn aandelen aan een ander kan overdragen als de bv geen gegadigden aanwijst. Ik wil slechts een enkele kanttekening plaatsen. Voor de tijdelijke uitsluiting van de overdracht van de aandelen (art. 195 Wv Flex-BV) is unanieme besluitvorming voorgeschreven. Als een minderheidsaandeelhouder voor wijziging van de statuten stemt, is de overdracht van zijn aandelen tijdelijk onmogelijk gemaakt. Kan hij vervolgens de uittredingsvordering van art. 2:343 BW

33 De toelichting gaf als voorbeeld dat een aandeelhouder die geen gebruik maakte van zijn voorkeursrecht bij een aandelenemissie, niet een uittredingsrecht toekwam. Zie MvT (nr. 3) BWNA in Murray e.a. (2006), p. 281.

34 Art. 2:254 BWNA luidt: '1. De in artikel 251 bedoelde vordering tot uittreding komt ook toe aan: a. de aandeelhouder die als zodanig niet of niet langer voldoet aan in de statuten gestelde kwaliteitseisen en diensgevolge een of meer van de aan zijn aandeel verbonden rechten niet kan uitoefenen b. de aandeelhouder die aan de vennootschap en zijn medeaandeelhouders op naam schriftelijk heeft medegedeeld dat hij zijn aandelen wil vervreemden tegen daarbij genoemde voorwaarden en dat voornemen niet ten uitvoer kan leggen door de werking van een statutaire blokkeringsregeling in de zin van artikel 111 of 211 die de overdracht uitsluit of uiterst bezwaarlijk maakt.

2. In de gevallen bedoeld in het eerste lid vindt het zevende lid van artikel 252 geen toepassing.

3. Tenzij het vierde lid van artikel 251 overeenkomstige toepassing heeft gevonden, vervalt de bevoegdheid tot het instellen van de vordering zes maanden na het einde van de dag waarop de aandeelhouder is komen te verkeren in een situatie als bedoeld in het eerste lid onder a of de in het eerste lid onder b bedoelde schriftelijke mededeling door de vennootschap is ontvangen.'

35 Zie ook Frielink (2006), p. 165-166. De twee uittredingsrechten vervallen overigens binnen zes maanden.

36 Zie *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 108-109. Zie ook Bulten (2007), p. 361.

instellen omdat hij zich in een benarde positie bevindt? Verdedigbaar is dat hij dit recht met zijn stem vóór heeft prijsgegeven. De unanimitéit biedt voldoende bescherming, enkel tegenstemmen volstaat om de onoverdraagbaarheid te blokkeren. Ik meen echter dat de minderheidsaandeelhouder bij tijdelijke onoverdraagbaarheid van aandelen nog wel kan uittreden. De vennootschap kan de in acht te nemen zorgplicht jegens de minderheidsaandeelhouder na de statutenwijziging dusdanig gaan schenden, dat het onredelijk is te verlangen dat de minderheidsaandeelhouder zijn tijd uitzit. Indien hij in zijn belangen wordt geschaad, is uittreding gerechtvaardigd. Het instellen van de uittredingsvordering is volgens mij door de gewijzigde omstandigheden in een dergelijk geval toegestaan. Omdat dit niet zeker is, is verduidelijking op haar plaats.

### 3. De uittreding en de vennootschap

#### 3.1. Inleiding

De aandeelhouder die wil uittreden, kan zijn vordering enkel en alleen instellen tegen de medeaandeelhouders, aldus het eerste lid van het huidige art. 2:343 BW. De schadelijke gedragingen van de medeaandeelhouders vormen het belangrijkste criterium bij de beoordeling van de vordering. De vennootschap staat op twee manieren buitenspel: haar gedrag doet niet ter zake en zij kan niet tot overname van de aandelen worden veroordeeld.<sup>37</sup>

Het rapport dat aan de wieg heeft gestaan van de wettelijke geschillenregeling was het Rapport van de Commissie Vennootschapsrecht uit 1975.<sup>38</sup> Hierin ging men nog uit van een andere positie van de bv. Waren de gewraakte handelingen te wijten aan de vennootschap, dan kon de rechter de bv bevelen de aandelen van de uittredende aandeelhouder over te nemen.<sup>39</sup> Maar in het wetsontwerp uit 1985 stond een andere wetssystematiek: bij gedragingen van de vennootschap die aanleiding geven tot moeilijkheden, is eventueel sprake van wanbeheer. De enquêteprocedure zou in zo'n geval de aangewezen weg moeten zijn.<sup>40</sup> De wettelijke

---

37 Bij dit laatste past een kanttekening: een veroordeling is niet mogelijk, maar onder omstandigheden kan de vennootschap de verkrijger van de over te dragen aandelen worden.

38 Cie Vennootschapsrecht, Rapport betreffende de invoering van een geschillenregeling bij de besloten vennootschap, Den Haag 1975.

39 Rapport Cie Vennootschapsrecht (1975), p. 10. Art. 6 lid 1 luidde: 'De aandeelhouder die door gedragingen van de vennootschap, van één aandeelhouder of van meer aandeelhouders, zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd, kan van die vennootschap, van die aandeelhouder of van die aandeelhouders in rechte vorderen, dat dezen zijn aandelen overnemen.' Ingevolge art. 2:8 BW van het ontwerp was de blokkeringsregeling bij de uittreding niet van overeenkomstige toepassing. Het verwijtbare gedrag wees de overnemer van de aandelen aan. Zie voor commentaar: Lubbers (1975), p. 129.

40 *Kamerstukken* 18 905, nr. 3 (MvT), p. 26.

geschillenregeling zag nog slechts op geschillen tussen aandeelhouders, niet op de problemen tussen een aandeelhouder en de vennootschap.

In het wetsvoorstel Flex-BV keert de wetgever terug naar de gedachten uit 1975. De vennootschap wordt een mogelijke gedaagde in een uittredingsprocedure.

Om een beeld te krijgen van de niet eenvoudige positie van de vennootschap, bespreek ik in deze paragraaf eerst de huidige status van de vennootschap in een uittredingsprocedure. Vervolgens ga ik in op de voorgestelde nieuwe positie in het wetsvoorstel Flex-BV. Voor welke gedragingen kan de vennootschap worden gedaagd? Ook komen de hersenbrekers rond de mogelijke inkooprestricties aan bod. De vraag is of wettelijke of statutaire inkoopbepalingen aan de overdracht krachtens een rechterlijk veroordelend vonnis in de weg staan.

### 3.2. *De huidige positie*

#### ‘DOORGEEFLUIK VAN INFORMATIE’

Ook al wordt de procedure over het hoofd van de vennootschap gevoerd, de vennootschap moet ingevolge art. 997a Rv wel worden geïnformeerd.<sup>41</sup> Op grond hiervan ontvangt de vennootschap, kort gezegd, afschriften van de dagvaarding en alle vonnissen. De vennootschap stelt vervolgens eventuele niet-gedagvaarde aandeelhouders binnen twee weken schriftelijk in kennis van de inhoud van de dagvaarding, zie lid 2 van art. 997a Rv. Alle aandeelhouders weten nu van de gestarte procedure en kunnen zich eventueel voegen. Bij de uittreding voegt men zich aan de kant van de gedaagde aandeelhouders (art. 2:343 lid 3 BW jo. art. 217 Rv). De vennootschap blijft intussen door de afschriften van de vonnissen, die de griffier haar ingevolge art. 997a lid 3 Rv stuurt, op de hoogte van de voortgang van de procedure. Bij toewijzing van de vordering ontvangt de vennootschap zelfs tweemaal een afschrift van het ‘eindvonnis’ ofwel de uitspraak waarin de prijs van de aandelen wordt vastgesteld. Naast de griffier betekent ook de eisende aandeelhouder dit in art. 2:340 lid 1 BW genoemde vonnis aan de vennootschap, en wel ‘onverwijld’

41 Art. 997a Rv luidt:

1. Een afschrift van het exploit van dagvaarding waarbij een vordering bij de rechtbank wordt ingesteld als bedoeld in de artikelen 336, 342 en 343 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt onverwijld door de eiser aan de vennootschap betekend.
2. Binnen twee weken na de betekening stelt de vennootschap de niet gedagvaarde aandeelhouders schriftelijk in kennis van de inhoud van de dagvaarding.
3. Van ieder vonnis wordt een afschrift door de griffier behalve aan partijen tevens aan de vennootschap toegezonden. Een afschrift van het onherroepelijk geworden vonnis als bedoeld in artikel 340 lid 1 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt onverwijld door de eiser aan de gedaagden en de vennootschap betekend.
4. Tegen het vonnis is geen verzet van derden mogelijk als bedoeld in artikel 376 van dit wetboek.’

als het onherroepelijk is geworden.<sup>42</sup> Vanaf het moment van betekening gaan de termijnen lopen voor het door de vennootschap aanbieden van aandelen aan de andere aandeelhouders, zie art. 2:343 lid 4 BW.<sup>43</sup>

Een sanctie op de niet-naleving van de voorschriften van art. 997a Rv is er niet, aldus Hof 's-Hertogenbosch in 2002. Het oordeelde in een kort gedingprocedure waarin de eiser overdracht krachtens de geschillenregeling vorderde, dat niet-nakoming niet tot niet-ontvankelijkheid leidt. De wet stelt immers geen sanctie op het achterwege laten van de betekening aan de vennootschap.<sup>44</sup>

Gerretsen pleit er overigens voor art. 997a Rv naar de geschillenregelingafdeling van Boek 2 BW over te hevelen. Volgens hem is het voor de argeloze lezer die niet in de 'mandarijnenwetenschap van het formele wetgevingsproces' is ingevoerd ondoorgrondelijk waarom de vennootschap haar betrokkenheid aan het burgerlijk procesrecht ontleent.<sup>45</sup> Ik ondersteun deze oproep van harte. Het wetsvoorstel voor de Invoeringswet is hiervoor de aangewezen mogelijkheid.<sup>46</sup>

#### IS DE VENNOOTSCHAP NU PROCESPARTIJ?

De vraag rijst of de vennootschap naar huidig recht partij is of kan zijn bij de procedure. Op grond van art. 997a Rv is de vennootschap volgens Asser in ieder geval een 'derde met een bijzondere status'. De status brengt mee dat zij op de hoogte is van het verloop van de procedure, omdat zij, zoals gezegd, een afschrift van ieder vonnis ontvangt. Daarnaast is de vennootschap ook gebonden aan de uitspraak. Zij moet namelijk eventueel de overdracht coördineren en medewerking verlenen aan de uitvoering van het vonnis. Art. 2:343 lid 4 BW, die ziet op de situatie waarin de statuten een aanbiedingsregeling bevatten, vormt een eigen verplichting van de vennootschap, die uit de wet voortvloeit. Een tweede eigen verplichting staat in 2:343 lid 6 BW: de vennootschap levert de aandelen namens de weigerachtige aandeelhouder.<sup>47</sup>

---

42 Volgens de toelichting (*Kamerstukken* 18 905, nr. 3 (MvT), p. 28) is 'onverwijld' synoniem met 'onmiddellijk'.

43 De regels en ratio van art. 997a Rv zijn ontleend aan het ontwerp van de Commissie Vennootschapsrecht uit 1975, zie een soortgelijk art. 9 in het Rapport Cie Vennootschapsrecht (1975) p. 17 en p. 23-24 (toelichting op art. 9).

44 Hof 's-Hertogenbosch 18 juli 2002, *JOR* 2002/202 (*HenZon*), r.o. 4.4. Het hof stelde dat de ratio van de betekening van de dagvaarding aan de vennootschap gelegen lag in het in kennis stellen van de aandeelhouders die nog niet bij de procedure betrokken waren. In de bv in casu waren de eiser en de gedaagde de enige twee aandeelhouders, dus dit belang ontbrak. De procedure was overigens een uitstoting in kort geding. Zie verder Bulten (2011), p 336-362.

45 Aldus Gerretsen (2005), p. 48. Hij is tevens van mening dat de dagvaardingsprocedure beter een verzoekschriftprocedure kan zijn. In zijn voorstel krijgt de vennootschap dan de positie van belanghebbende.

46 Het wetsvoorstel is op het moment van schrijven van dit Preadvies nog niet aangenomen in de Tweede Kamer. Zie *Kamerstukken* 32 426.

47 Zie Asser (1997), p. 71-72.

Een aantal auteurs vindt dat de vennootschap partij kan zijn bij de uittredingsprocedure.<sup>48</sup> Zowel Maeijer, Asser en Leijten zijn de mening toegedaan dat bij uittreding de vennootschap ook een belang heeft om zich te voegen, en wel aan de kant van de gedaagde(n). Het gedrag van de vennootschap kan namelijk een rol spelen bij het debat rondom de uittredingsvordering. Dit debat werpt vervolgens zijn schaduw vooruit bij een mogelijke enquêteprocedure.<sup>49</sup>

De vennootschap behoort dus de mogelijkheid te hebben om in een geschillenregelingprocedure voor haar eigen belangen op te komen. In mijn ogen is de vennootschap thans een partij met een bijzondere status.<sup>50</sup> Haar status is bijzonder, omdat een veroordeling tot overname van de aandelen wettelijk is uitgesloten. De hiervoor aangehaalde schrijvers waren dezelfde mening toegedaan. Hun redenen acht ik valide. Een andere reden voor mijn standpunt om de vennootschap te beschouwen als ‘bijzondere partij’ ontleen ik aan art. 2:340 lid 1 BW. Op grond van dit artikel kan de vennootschap worden veroordeeld tot het geheel of gedeeltelijk dragen van de kosten van het deskundigenbericht. Deze kostenveroordeling geldt zowel bij de uitstoting als de uittreding. Volgens de wetsgeschiedenis ligt het op de weg een deel van de kosten voor rekening van de vennootschap te laten komen, als de statuten een bepaling hieromtrent bevatten.<sup>51</sup> De rechter is verplicht de vennootschap eerst te horen. De vennootschap is in zo’n geval zeker partij bij de procedure. Tegen de beslissing staat voor haar hoger beroep open.<sup>52</sup>

48 Voor de weergave van de discussie tussen Van Schilfgaarde en Asser of de vennootschap bij de uitstotingsprocedure van art. 2:336 BW kan voegen of tussenkomen, verwijs ik naar Bulten (2011), p. 123.

49 Zie Asser-Maeijer 2-III (2000), nr. 494; Asser (1997), p. 72-73; en Leijten (1997), p. 80, noot 17. In dezelfde zin ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 704.

50 In België is voor de eenvoudige oplossing gekozen. Er geldt dat de vennootschap zowel bij de uitstoting als de uittredingsprocedure kan worden gedagvaard, zie art. 335 (jo. 340) en 637 (jo. 642) W.Venn. Haar taak is wettelijk omschreven: ‘De vennootschap verwittigt op haar beurt de overige vennoten.’

51 *Kamerstukken* 18 905, nr. 3 (MvT), p. 21.

52 Idem: Asser (1997), p. 72. Ik merk op dat art. 195 Rv inzake de betaling door de vennootschap van een voorschot voor de deskundige in bijzondere gevallen geldt. Als de statuten of een overeenkomst de betaling door de vennootschap expliciet vermelden, dan is mijns inziens een uitzondering op de hoofdregel ‘de eiser betaalt het voorschot’ toegestaan. Is er geen andersluidende afspraak, maar refereert de vennootschap zich aan het oordeel van de rechter, dan is een veroordeling ex art. 195 Rv eveneens mogelijk. Voert de vennootschap echter gemotiveerd verweer en is geen regeling voorhanden, dan zullen partijen (de aandeelhouders) een voorschot moeten dragen. Zie ook *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 105.

#### IN ACTIE BIJ EEN BLOKKERINGSREGELING

Als de rechter de vordering toewijst, dan bepalen de statutaire blokkeringsregeling en het uitgebreide lid 4 van art. 2:343 BW de praktische gang van zaken rond de overdracht bij uittreding. Bij een aanbiedingsregeling moet de vennootschap in actie komen. Lid 4 schrijft voor dat zij namens de uittredende aandeelhouder de aandelen schriftelijk aanbiedt aan de gegadigden, veelal de overige aandeelhouders. Vervolgens is binnen een maand aanvaarding nodig.<sup>53</sup> De vennootschap deelt de betrokkenen het aantal aanvaarde aandelen mee. De uittredende aandeelhouder moet nu leveren, maar blijft hij in gebreke, dan is de vennootschap ingevolge lid 6 van art. 2:343 BW bevoegd namens hem te leveren. De vennootschap vertegenwoordigt krachtens de wet de aandeelhouder die weigert te leveren.<sup>54</sup>

De mogelijkheid bestaat dat de blokkeringsregeling de vennootschap als gegadigde aanwijst. Lid 7 van art. 2:195 BW bepaalt dat de vennootschap slechts met instemming van de aanbiedende aandeelhouder zo'n gegadigde kan zijn. De reden hiervoor is het mogelijke fiscale nadeel dat de aandeelhouder loopt. Omdat de overdracht van de geschillenregeling de statutaire aanbiedingsregeling volgt, is het mogelijk dat de vennootschap ook hier 'gegadigde' is. Het fiscale nadeel kan dan natuurlijk eveneens opdoemen. De regel van art. 2:195 lid 7 BW geldt daarom ook bij de geschillenregeling: de vennootschap kan enkel met instemming van de eiser zijn aandelen aanvaarden.<sup>55</sup>

De positie van de vennootschap wordt met de invoering van het wetsvoorstel Flex-BV totaal anders.

#### 3.3. *De toekomstige positie*

##### DE VENNOOTSCHAP ALS GEDAAGDE

De wijziging van de geschillenregeling in het wetsvoorstel Flex-BV brengt een verandering met zich van de positie van de vennootschap in de uittredingsprocedure van art. 343 Wv Flex-BV.

De Commissie Vennootschapsrecht liet zich in 2004 in haar aanbevelingen al positief uit over de positie van de vennootschap als gedaagde. Zij 'neigde te aanvaarden' dat uittreding ook mogelijk was wanneer een aandeelhouder een geschil had met de vennootschap. De vennootschap kon dan verplicht worden

---

53 Ook de aanvaarding geschiedt schriftelijk, zie de uitgebreide regeling van art. 2:343 lid 4 BW.

54 Zie Handboek (1992), nr. 357 en 359.

55 Zie ook de *Kamerstukken* 18 905, nr. 3 (MvT), p. 27 (art. 2:343 lid 4 BW). In noot 14 merk ik op dat ik ervoor pleit om de blokkeringsregeling niet van overeenkomstige toepassing te laten zijn bij de overdracht op grond van een geschillenprocedure. Zie Bulten (2011), p. 222-225 en p. 374 (aanbeveling q).

de aandelen over te nemen.<sup>56</sup> De minister heeft in 2007 dit idee omarmd. Hij verduidelijkte dat er praktische voordelen waren. De motivering uit de tijd van de invoering van de geschillenregeling dat bij gedragingen van de vennootschap die tot moeilijkheden leiden de enquêteprocedure de oplossing moet brengen, overtuigde zijns inziens niet langer.<sup>57</sup>

De vennootschap promoveert van een verplicht te informeren derde ex art. 997a Rv tot een partij jegens wie de uittredingsvordering kan worden ingesteld. De vennootschap kan niet alleen voor haar eigen gedragingen de uittredingsvordering tegemoet zien. Ook gedragingen van aandeelhouders kunnen tot overdracht van de aandelen aan de vennootschap aanleiding geven.<sup>58</sup> Als volwaardige procespartij kan de vennootschap op de voet van art. 343 lid 3 Wv Flex-BV worden opgeroepen in vrijwaring. Zelf is ze in de gelegenheid zich te voegen en tussen te komen. Dit motief lag ook ten grondslag aan de uittredingsvordering van de Caribische delen van het Koninkrijk. De hoofdregel van art. 2:251 lid 1 BWNA is dat de vordering zich richt tegen de vennootschap, ook als het gaat om gedragingen van medeaandeelhouders. De gedachte was dat de gedragingen van (vaak de meerderheid van) de aandeelhouders dikwijls moeilijk van die van de vennootschap te onderscheiden zijn. Bovendien treft een uittredingsvordering materieel gezien de aandeelhouders. Het grootste voordeel van een vordering tegen de vennootschap is dat een ingewikkelde regeling tot voeging en vrijwaring van niet-gedagvaarde aandeelhouders achterwege kan blijven.<sup>59</sup> De wettelijke inkoopbeperkingen gelden voor een Antilliaanse vennootschap niet. Een eventuele statutaire inkoopbeperking wordt met het uittredingsvonnis doorbroken.<sup>60</sup> Ik vind dit een welkome aanvulling op de uittredingsregeling.<sup>61</sup> De vennootschap heeft mogelijk meer financiële middelen om de aandelen te betalen. Bovendien is het vaak de meerderheidsaandeelhouder die de vennootschap 'controleert'. In de praktijk is het onderscheid tussen de door de meerderheidsaandeelhouder gepleegde gedragingen en die van de vennootschap, niet eenvoudig te maken. De aandeelhouder die zich slecht gedraagt, kan een buitenlandse aandeelhouder zijn, met de nodige bevoegdheidsvragen van dien.<sup>62</sup>

56 *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 19.

57 *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 108.

58 De tweede zin van art. 343 Wv Flex-BV luidt: 'Een vordering tot uittreding kan ook worden ingesteld tegen de vennootschap op grond van gedragingen van één of meer medeaandeelhouders of van de vennootschap zelf.'

59 Zie Van Schilfgaarde (2000), p. 273-274, die sprak over een 'geïstitutionaliseerde vorm van overleg'. In lid 7 van art. 2:252 BWNA is het uitgangspunt van de (huidige) Nederlandse geschillenregeling dat het een procedure tussen aandeelhouders betreft als een uitzonderings situatie opgenomen.

60 Zie ook Van Schilfgaarde (2000), p. 274-275. Volgens hem heeft het vonnis zelfs executoriale kracht indien het vennootschappelijk vermogen met de inkoop negatief wordt.

61 *Idem* Norbruis (2005), p. 432; en Bulten (2007), p. 366-367.

62 Zie voor de problemen met een buitenlandse aandeelhouder en de geschillenregeling verder Bulten (2011), p. 101-116.

Er rijst, met de vennootschap als gedaagde, wel een belangrijke nieuwe vraag. Welke rol spelen de inkoopbepalingen in de wet en de statuten?

#### DE INKOOPPROBLEMEN

Indien de rechter de Nederlandse uittredingsvordering tegen de vennootschap toewijst, dan is de vennootschap verplicht tot overname van de aandelen. De inkoopbeperkingen van art. 2:98 BW (nv) en art. 2:207 Flex-BV (bv) kunnen de zaken echter – anders dan bij de Antilliaanse vennootschap – bederven.<sup>63</sup> Met enkele restricties uit deze wetsartikelen moet rekening worden gehouden.<sup>64</sup> De bewoordingen van art. 343 lid 1 Wv Flex-BV over de verhouding met de verkrijging van eigen aandelen blinken helaas niet uit in helderheid.<sup>65</sup>

Een vordering tegen de vennootschap kan evenwel niet worden toegewezen, voor zover artikel 98 of 207 aan verkrijging van de aandelen door de vennootschap in de weg staat, met dien verstande evenwel dat geen rekening wordt gehouden met het vereiste van een machtiging als bedoeld in artikel 98 lid 4 of een daarmee vergelijkbaar statutair voorschrift dan wel een na het tijdstip van instellen van de vordering ten nadele van eiser tot stand gebrachte wijziging van de statuten. Bij toewijzing van de vordering is artikel 207 lid 3 niet van toepassing.

#### DE INKOOP BIJ DE NV

Voor ‘normale’ inkoop bij de nv machtigt de aandeelhoudersvergadering ex art. 2:98 lid 4 BW het bestuur. De statuten kunnen de inkoop uitsluiten of beperken. De machtiging is bij de uittreding in ieder geval niet vereist. In de voorgestelde wettekst staat dat ‘geen rekening wordt gehouden met het vereiste van een machtiging als bedoeld in art. 2:98 lid 4 BW of een daarmee vergelijkbaar statutair voorschrift’. Maar wat wordt met een ‘daarmee vergelijkbaar statutair voorschrift’ bedoeld? Indien op de mogelijkheid wordt

---

63 Zie over dit onderwerp ook het deel van dit Preadvies van Van Eck.

64 In het voorontwerp en het oorspronkelijke wetsvoorstel was met de inkooprestricties volgens enkele schrijvers niet voldoende rekening gehouden. De positie van crediteuren (en aandeelhouders met ‘goed gedrag’) zou anders in het gedrang komen. Zie Roest (2007), p. 961; Albicher en Van Mierlo (2006), p. 49; en Rutten en Gerretsen (2006), p. 14

65 De tekst van het Gewijzigd voorstel van wet luidt anders dan het oorspronkelijke wetsvoorstel (*Kamerstukken* 31 058, nr. 2 (Wv), p. 24), maar blijft omslachtig. De Gecombineerde Commissie stelde in haar Advies (2007), p. 3: ‘(...) dat vooral de complexe verhouding tussen artikel 207 (...) en artikel 343 (...) de nodige principiële en technische vragen oproept’. Zie voor deze vragen en mogelijke oplossingen Advies (2007), p. 17. Zie ook Norbruis (2005), p. 432-433; en Croiset van Uchelen (2007), p. 258.



gewezen dat de statuten de inkoop kunnen uitsluiten of beperken – eveneens opgenomen in art. 2:98 lid 4 BW – dan volgt hieruit dat een statutair inkoopverbod bij de uittreding niet geldt. Of gaat het om een statutair voorschrift waarbij de goedkeuring of instemming van de aandeelhoudersvergadering vereist is, vergelijkbaar met de machtiging? De statuten kunnen een dergelijke beperkende voorwaarde bevatten, aldus uitdrukkelijk de laatste woorden van art. 2:98 lid 4 BW. Een positief antwoord op deze laatste vraag brengt mee dat de rechter de uittreding tegen de vennootschap misschien wel wil toewijzen, maar wordt geconfronteerd met het feit dat de statuten van de nv de inkoop verbieden. Dit verbod is eveneens van toepassing in de uittredingsprocedure. De rechter moet de vordering dan afwijzen in verband met de feitelijke onmogelijkheid van verkrijging van eigen aandelen door de vennootschap. Deze laatste interpretatie leidt tot ongewenste gevolgen. Ik meen dat een vordering jegens de vennootschap kan worden toegewezen, ook indien de statuten een inkoopverbod bevatten. Het rechterlijk vonnis doorbreekt het statutair verbod. De belangenafweging die de rechter maakt, brengt mee dat de belangen van de uittredende minderheidsaandeelhouder zwaarder wegen dan de inkoopverboden van de nv.<sup>66</sup> Bij dit alles geldt in ieder geval dat zodra de vordering is ingesteld, iedere wijziging van de statuten die ten nadele van de eiser tot stand is gebracht, niet aan de verkrijging door de vennootschap in de weg staat. Wil een minderheidsaandeelhouder uittreden en dagvaardt hij de vennootschap, dan kan de meerderheidsaandeelhouder hem niet frustreren door snel met een statutenwijziging een inkoopverbod te creëren.

Naast lid 4 bevat art. 2:98 BW andere inkoopbeperkingen, die aan een toewijzing van de vordering jegens de vennootschap in de weg staan. De aandelen moeten in ieder geval volgestort zijn, nu art. 2:98 lid 1 BW verkrijging van niet volgestorte aandelen nietig verklaart. De regels voor het behouden van een bepaalde omvang aan eigen vermogen – zie lid 2 en 3 – gelden eveneens. Deze kapitaaleisen kunnen niet worden doorbroken door een door de rechter bevolen gedwongen overname. Mijns inziens kan de rechter de vordering niet toewijzen indien het eigen vermogen van de nv daalt onder de vastgestelde minima. Hij zal dit ambtshalve moeten controleren. Dateert de laatste balans van meer dan zes maanden geleden, dan is zelfs een nieuwe berekening van het eigen vermogen nodig. De afwijzing van de vordering volgt, zodra de nv de financiële grenzen overschrijdt. De rechter kan de eisende aandeelhouder wellicht in de gelegenheid stellen alsnog een medeaandeelhouder in het geding op te roepen.

---

66 Helaas is de toelichting verwarrend en biedt zij geen uitkomst. Wel staat er: ‘Wordt de vordering toegewezen, dan is de vennootschap in staat en verplicht om de aandelen dienovereenkomstig te verkrijgen.’ Uit deze bewoordingen in absolute zin kan volgen dat het gehele lid 4 van art. 2:98 BW niet van toepassing is bij de geschillenregeling. Zie *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 108.

## DE INKOOP BIJ DE FLEX-BV

Voor de Flex-BV is de regeling – zo mogelijk – nog complexer. De basisgedachte lijkt simpel: art. 207 Wv Flex-BV kan aan de verkrijging door de vennootschap in de weg staan. Lid 3 van dit artikel is daarbij niet van toepassing. Dit is vooral voor het bestuur van de Flex-BV van belang. De bestuurders (en vervreemders) zijn niet hoofdelijk verbonden indien de vennootschap door de gedwongen inkoop niet langer aan haar opeisbare schulden kan voldoen. De aansprakelijkheid voor onverantwoorde inkoop van eigen aandelen geldt dus niet bij de rechterlijk bevolen overname van de aandelen. De buiten toepassingsverklaring is logisch, omdat de uit art. 207 lid 2 Wv Flex-BV voortvloeiende verplichte afweging voor het bestuur bij ‘normale’ inkoop, in een uittredingsprocedure niet geschiedt. Het is de rechter die beslist of de uittredingsvordering toewijsbaar is. Voor mij is het de vraag of de rechter in plaats van het bestuur de afweging van art. 207 lid 2 Wv Flex-BV moet maken. Hij gaat dan na of hij weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de verkrijging niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Hij zit zo op de stoel van de bestuurder. Dit kan op het eerste gezicht niet de bedoeling zijn, maar de wetgever ziet het anders. De rechter behoort rekening met de beperkingen van art. 207 Wv Flex-BV te houden. Voor toewijzing van de uittredingsvordering jegens de vennootschap zijn er in verband met de financiële positie van de vennootschap twee vereisten opgenomen in lid 2. De eerste eis betreft de omvang van het eigen vermogen. Daarnaast is er dus de vraag of inkoop de Flex-BV niet in betalingsproblemen brengt ten aanzien van de opeisbare schulden. Net als bij de nv moeten de over te dragen aandelen wel zijn volgestort, anders zou de verkrijging nietig zijn, zie art. 207 lid 1 Wv Flex-BV. Een verschil met de nv is dat de statutaire uitsluiting of beperking van de inkoop aan toewijzing van de vordering in de weg staat. Lid 4 van art. 207 Wv Flex-BV geldt onverkort.<sup>67</sup> Dit werkt ongewenste constructies in de hand. Stel dat de statuten de inkoop beperken door de voorwaarde van een machtiging van de aandeelhoudersvergadering. Die machtiging ontbreekt en de meerderheidsaandeelhouder is niet van zins het de eisende minderheidsaandeelhouder op dit punt makkelijk te maken. De rechter ziet dat de vereiste machtiging er niet is en er ook niet komt. Hij kan dan – op grond van het huidige wetsvoorstel – niet anders doen dan de uittredingsvordering van de minderheidsaandeelhouder afwijzen. De inkooprestricties maken inkoop onmogelijk. Zo wordt de idee om de uittreding enigszins te vergemakkelijken wel heel eenvoudig de

---

<sup>67</sup> Analoge toepassing op de regels bij een nv leidt ertoe dat de statutaire uitsluiting of beperking die niet vergelijkbaar is met een machtiging van de aandeelhoudersvergadering de inkoop bij uittreding in de weg staat. Zoals ik hiervoor beschrijf, zie ik dit niet zo.

omgedaan.<sup>68</sup> Dit mag niet de bedoeling zijn. Volgens mij moet hetzelfde regime gelden als bij art. 2:98 BW. De statutaire beperkingen, met uitzondering van de statutaire reserves die bij de financiële toets van art. 207 lid 2 Wv Flex-BV een rol spelen, mogen aan de inkoop door een uittreding niet in de weg staan. De voorgestelde wettekst moet worden aangepast. Ik verwijs naar § 6.

#### 4. De uittreding en de actie uit onrechtmatige daad

##### 4.1. Inleiding

De gedragingen van een aandeelhouder die aanleiding geven tot uittreding, kunnen eveneens grond vormen voor het instellen van een schadevergoedingsvordering op grond van onrechtmatige daad, zoals ik al in § 1.2 schreef. Aan de verhouding met een mogelijke schadevergoedingsvordering werden destijds bij de totstandkoming van de geschillenregeling niet veel woorden vuil gemaakt. Voor de uittredende aandeelhouder bleef ‘uiteraard’ de mogelijkheid bestaan om naast de uittredingsvordering van art. 2:343 BW bij de gewone rechter een zelfstandige vordering in te stellen op grond van het feit dat tegenover hem onrechtmatig is gehandeld.<sup>69</sup>

Deze paragraaf handelt over de samenhang tussen de uittredings- en de schadevergoedingsvordering. De medeaandeelhouder kan bijvoorbeeld een met de vennootschap concurrerend bedrijf beginnen. Niet alleen is dit een grond voor uittreding, maar de uittredende aandeelhouder lijdt ook schade. Door de concurrentie daalt de waarde van zijn aandelen. Deze aandelen draagt hij vervolgens over, tegen die lagere prijs. Het leerstuk van afgeleide schade speelt hier een rol. Ik onderzoek of in zo’n uittredingssituatie de schade voor vergoeding in aanmerking kan komen. In § 4.2 komt de ‘voorzwaag’ van de afgeleide schade aan bod.

In het wetsvoorstel Flex-BV zijn twee belangrijke wijzigingen opgenomen die zien op met de geschillenregeling samenhangende vorderingen. Ik

68 De vraag is zelfs of een wijziging van de statuten *tijdens* de procedure in deze zin (er is een machtiging van de aandeelhoudersvergadering vereist voor inkoop) ervoor zorgt dat de vordering tegen de vennootschap niet kan worden toegewezen. De wettekst van art. 343 lid 1 Wv Flex-BV lijkt zo’n recente wijziging van de statuten (tijdens de procedure) slechts aan de bepaling voor de nv te koppelen.

69 Rapport Cie Vennootschapsrecht (1975), p. 23. De zin uit het rapport kwam vervolgens (bijna) letterlijk terug in de toelichting op het voorontwerp uit 1981, p. 29. Zie de *Kamerstukken* 18 905, nr. 3 (MvT), p. 27, aangehaald in *Kamerstukken* 18 905, nr. 57c (Nadere MvA), p. 2. Kroeze (2004), p. 82, interpreteert de passage in de toelichting overigens anders. Volgens hem volgt er niet uit dat een afzonderlijke vordering nodig is. Omdat de ruzie in de vennootschap leidt tot waardedaling van de aandelen van de (uittredende) aandeelhouder, behoort de vordering niet tot de activa, aldus Kroeze (2004), p. 84-85. Zowel bij de uittreding als de uitstoting is volgens hem derhalve sprake van een rechtstreekse vordering.

bespreek deze aanpassingen. De wetgever tracht ten eerste de twee procedures te stroomlijnen, zie § 4.3. Voor de uittreding is daarnaast een bijzondere waarderingsbepaling opgenomen in art. 343 lid 4 Wv Flex-BV. Daarover gaat § 4.4.

#### 4.2. *Verband met afgeleide schade*

De gedragingen van de aandeelhouder die tot de uittreding van de andere aandeelhouder aanleiding geven, kunnen eveneens onrechtmatig zijn en leiden tot een veroordeling tot het betalen van schadevergoeding. Het is voorstelbaar dat zowel de vennootschap als de eisende aandeelhouder schade lijden. De vraag is of in alle gevallen die aandeelhouder de schade vergoed kan krijgen. Indien sprake is van ‘afgeleide schade’, dan komt hem namelijk niet een eigen actie toe.<sup>70</sup>

#### HET BEGRIP ‘AFGELEIDE SCHADE’

Van afgeleide schade is sprake indien de aandeelhouder schade leidt die valt aan te merken als een afgeleide van de schade die de vennootschap heeft geleden.<sup>71</sup> Indien de derde (bijvoorbeeld een bestuurder of een medeaandeelhouder) aan de vennootschap vermogensschade toebrengt en deze vermogensschade leidt tevens tot een waardevermindering van de aandelen, dan heeft alleen de vennootschap het recht van de derde vergoeding van deze aan haar toegebrachte schade te vorderen.<sup>72</sup> De aandeelhouders kunnen in beginsel dus niet een eigen vordering tot schadevergoeding tegen de derde instellen op grond van het door hen geleden nadeel. Hun nadeel bestaat namelijk uit vermindering van de waarde van de aandelen, welk nadeel ‘ongedaan wordt gemaakt’ indien de scha-

---

70 Zie Kroeze (2004), p. 27.

71 HR 29 november 1996, *NJ 1997/178 (Cri Cri)*, zie ook HR 16 februari 2007, *NJ 2007/256 (Tuin Beheer/Houthoff)*, r.o. 3.3 sub c in fine. In de literatuur wijzen enkele schrijvers erop dat er een element in de definitie ontbreekt. De oorzaak van de schade (van de aandeelhouder en van de vennootschap) is een tekortkoming of een onrechtmatige daad van een derde jegens de vennootschap. Zie bijv. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 212. Zie over afgeleide schade ook het eerste deel van de dissertatie van Kroeze (2004). Kroeze betwist dat het hiervoor beschreven element ontbreekt. Hij verstaat onder afgeleide schade de schade die een aandeelhouder lijdt door een waardevermindering van zijn aandelen, wanneer en voor zover deze waardevermindering het gevolg is van schade die aan de vennootschap is toegebracht. Het gaat dus om schade aan aandelen via het vermogen van de vennootschap. Zie Kroeze (2004), p. 17-18 en ook (1997), p. 720.

72 Ook wel de Poot/ABP-doctrine genoemd, zie o.m. HR 2 december 1994, *NJ 1995/288 (Poot/ABP)*, r.o. 3.4.1; HR 29 november 1996, *NJ 1997/178 (Cri Cri)*; HR 2 mei 1997, *NJ 1997/662 (Kip en Sloetjes/Rabo)*; HR 13 oktober 2000, *NJ 2000/699 (Heino Krause)*; HR 16 februari 2007, *NJ 2007/256 (Tuin Beheer/Houthoff)* en HR 2 november 2007, *NJ 2008/5 (Kessock/SFT Bank)*. Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 209 (tot 216).

devergoeding in het vermogen van de vennootschap vloeit.<sup>73</sup> Onder bijzondere voorwaarden is een uitzondering mogelijk en komt de aandeelhouder wél een eigen actie toe. De eerste voorwaarde is dat het gedrag van de derde niet alleen onrechtmatig tegenover de vennootschap is, maar tevens een schending van de jegens de aandeelhouder in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm inhoudt.<sup>74</sup> Het enkel stellen dat sprake is van een normschending is niet voldoende. Er zal opzet van benadeling nodig zijn. Voorts geldt de voorwaarde dat de schade van de aandeelhouder definitief moet zijn geleden. Voor de uittreding betekent deze voorwaarde dat de te betalen schadevergoeding aan de vennootschap de aandeelhouder niet langer baat, omdat hij zijn aandelen heeft verkocht.<sup>75</sup>

#### DE AFGELEIDE SCHADE BIJ UITTREDING

Bij de uitstoting is het in de eerste plaats de vennootschap die een schadevergoedingsvordering toekomt.<sup>76</sup> De pijn doet zich vooral voelen bij een uittredingsprocedure. De aandeelhouder die door het gedrag van zijn medeaandeelhouder wil uittreden, ziet dat het conflict een neerwaarts effect heeft op de prijs van zijn aandelen. Omdat hij zijn aandelen met de uittreding definitief verliest, merkt hij niet het resultaat van een aan de vennootschap toekomende schadevergoedingsactie. Indien het vennootschappelijk vermogen vermeerderd door een veroordeling tot schadevergoeding, stijgt niet de waarde van zijn aandelen omdat hij die nu juist heeft overgedragen. Voor de uittreding geldt volgens mij dat aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW voldaan kan worden. De gedaagde schendt ingevolge art. 2:343 lid 1 BW de rechten en de belangen van de uittredende aandeelhouder. Het is mijns inziens vervolgens ‘een kleine stap’ om te constateren dat dit tevens een schending van een jegens die aandeelhouder in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm inhoudt.<sup>77</sup> Door de uittreding

73 HR 2 december 1994, *NJ* 1995/288 (*Poot/ABP*), r.o. 3.4.1; HR 2 mei 1997, *NJ* 1997/662; *JOR* 1997/94 m.nt. N.E.D Faber (*Kip en Sloetjes/Rabo*), r.o. 3.6. Zie ook de noot van Faber onder *Kip en Sloetjes/Rabo*. Indien de aandeelhouders wel een actie toekomt zou dit leiden tot oncontroleerbare en chaotische procedures. Zie A-G Hartkamp in zijn concl. sub 9 bij *Poot/ABP*; en Kroeze (2004), p. 37.

74 De in de literatuur en ook door de Hoge Raad gehanteerde term ‘schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm jegens de aandeelhouder’ is dubbelop. In ‘jegens’ ligt ‘specificiteit’ besloten, aldus mijns inziens terecht Sieburgh (2006), p. 214. Zie ook Van Schilfgaarde (1997), p. 4.

75 Kroeze sprak in dit verband van aanvankelijke schade. Hij gaf aan dat indien de vennootschap afstand van haar vordering op de derde deed, aan de voorwaarde van definitieve schade voldaan was. Zie Kroeze (2007), p. 723-724.

76 Zie uitgebreid Bulten (2011), p. 329-330.

77 Idem Van Schilfgaarde (1997), p. 11-12. Hij vond dat in een uittredingssituatie de schending van een specifieke zorgvuldigheidsnorm zonder meer was gegeven. In zijn noot onder Rb. Arnhem 4 april 1996, *JOR* 1996/55 m.nt. Van den Ingh (*Ramp/Lensen*) schreef Van den Ingh (punt 2) dat de concurrerende gedragingen van de aandeelhouder strijd met art. 2:8 BW opleverden en derhalve sprake was van een schending van een specifiek wettelijk

wordt de schade voor de aandeelhouder bovendien definitief.<sup>78</sup> De uittredende aandeelhouder kan dus zelf de medeaandeelhouder wiens gedrag tot uittreding en schadevergoeding aanleiding geeft, aanspreken.

#### 4.3. *De samenhangende procedures*

##### VAN TWEE SPOREN...

Lijdt een uittredende aandeelhouder schade, dan is naar huidig recht de door de rechter gehanteerde peildatum voor de waardering van de over te dragen aandelen de voornaamste reden dat eerstgenoemde een tweede, extra schadevergoedingsprocedure starten moet. Uit de jurisprudentie volgt dat de waardering geschiedt 'per een zo recent mogelijke datum'.<sup>79</sup> De schade van de aandeelhouder zal bestaan uit de waardevermindering van zijn aandelen. De medeaandeelhouder doet de vennootschap bijvoorbeeld oneerlijke concurrentie aan. Het gedrag van deze medeaandeelhouder geeft niet alleen aanleiding tot uittreding omdat de rechten en de belangen van de eerste worden geschaad, maar zorgt ook voor steeds slechtere financiële resultaten van de vennootschap. De aandelen worden dus door dit gedrag van de medeaandeelhouder minder waard. Met het begin van de concurrentie is de grond voor uittreding gegeven. De aandelen worden echter pas gewaardeerd tegen het moment van het feitelijk optreden van de deskundige. De uittredende aandeelhouder krijgt zo een dubbele rekening. Hij ziet zich genoodzaakt zijn aandeelhouderschap op te geven, tegen een prijs die zonder de gedragingen van de medeaandeelhouder veel hoger had gelegen. Om het prijsverschil gecompenseerd te krijgen, is hij aangewezen op een aanvullend te voeren schadevergoedingsprocedure.

---

voorschrift. Poot/ABP stond aan schadevergoeding niet in de weg. Zie ook de eerstgenoemde publicatie (p. 191-192) voor de discussie tussen Van Schilfgaarde en Van den Ingh over art. 2:8 BW. Zie eveneens voorzichtig instemmend Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 722. Als grondslag van de vordering kiest Kroeze niet voor de onrechtmatige daad van art. 6:162 BW, maar voor de ongerechtvaardigde verrijking van art. 6:212 BW. De ex-aandeelhouder is verarmd en de achterblijvende aandeelhouder heeft voordeel genoten. Bovendien is in een fiftyfifty-verhouding niet sprake van een duidelijke verwijtbaarheid. Ik verwijs naar Kroeze (2004), p. 87-89.

78 Zie Leijten (1997), p. 84, die nog als extra voorwaarde stelt dat de schade niet louter als afgeleide schade valt aan te merken. Het is mij niet geheel duidelijk wat hij met deze voorwaarde bedoelt. Kroeze (2004), p. 86, trekt een parallel met de uitspraak inzake *Kip en Sloetjes/Rabo* (HR 2 mei 1997, *NJ* 1997/662). Het is inderdaad van belang (zoals Kroeze stelt) dat de aandeelhouder door omstandigheden wordt gedwongen om afstand te doen van zijn aandelen, waarbij hij het moment en de prijs niet zelf in de hand heeft. Volgens hem geldt dit zowel voor de uitstoting en de uittreding. Ik merk op dat bij de uitstoting de aandeelhouder het wel zelf in de hand heeft hoe hij zich zelf gedraagt, welk gedrag vervolgens aanleiding geeft voor zijn uitstoting.

79 Zie Bulten (2011), p. 204-210. In het wetsvoorstel Flex-BV wordt aan het huidig systeem van de peildatum vastgehouden, zie Bulten (2011), p. 214.

In eerste instantie kan de rechtbank de deskundige die een bericht over de waarde van de aandelen moet uitbrengen, ook vragen zich uit te laten omtrent de hoogte van de schadevergoeding. Een aparte schadestaatprocedure wordt dan voorkomen.<sup>80</sup>

Mijns inziens is bij de uittreding een extra schadevergoedingsprocedure te voorkomen met een door de rechter te hanteren flexibele peildatum.<sup>81</sup> De rechter fixeert de waardering op een bepaalde datum in het verleden, zodat de waardeverlagende gedragingen buiten schot blijven. Een aparte schadevergoeding(sprocedure) is dan niet nodig. Het moment kan bijvoorbeeld liggen op het tijdstip van dagvaarding. De gedragingen hebben dan een evidente grens bereikt: de aandeelhouder wil uittreden. Eventuele waardeverhogende situaties nadien zouden bij de flexibele peildatum buiten het bereik van de waardering vallen. Er is dan nog steeds geen man overboord. De Hoge Raad biedt in het arrest *Zondag Beheer* een opening om de prijs na een waardeverhogende situatie te wijzigen.<sup>82</sup> Een tweede procedure wordt met zo'n flexibele peildatum voorkomen omdat de rechter de schade voor de uittredende aandeelhouder laat oplossen in het waarderingmoment. De flexibele peildatum levert maatwerk.

De aandeelhouder moet naar huidig recht echter over voldoende proceslust beschikken. Hij behoort tevens alert te zijn, want de bevoegde rechter voor de beide procedures is niet een en dezelfde. In de geschillenregeling is in eerste aanleg de rechtbank van de woonplaats van de vennootschap bevoegd, zie art. 2:336 lid 3 BW. Slechts indien de gedaagde aandeelhouder in hetzelfde arrondissement zijn woonplaats heeft (art. 99 Rv), kunnen beide vorderingen door één rechterlijke instantie behandeld worden. Voeging is dan mogelijk. Indien de woonplaatsen en de arrondissementen niet samenvallen, acht ik verwijzing wegens verknochtheid op grond van art. 220 Rv verdedigbaar.<sup>83</sup>

80 Dit gebeurde in Rb. Arnhem 4 april 1996, *JOR* 1996/55 m.nt. Van den Ingh (*Ramp/Lensen*), r.o. 2.7, waarover instemmend annotator Van den Ingh onder punt 1 en later onder OK 19 november 1998, *JOR* 1999/128 m.nt. Van den Ingh (*Heprofor*). Ook instemmend Leijten (1997), p. 83-84; Kroeze (2004), p. 85; en Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 722.

81 Insgelijks Van den Ingh in zijn noten onder OK 16 maart 1995, *JOR* 1996/54 (*Ramp/Lensen*) en HR 11 september 1996, *JOR* 1996/114 (*Zondag Beheer*); Den Boer (2002), p. 344-345; en Sanders/Westbroek (2005), p. 381-382. Zie ook over de flexibele peildatum Bulten (2011), p. 210-212 en p. 214.

82 HR 11 september 1996, *NJ* 1997/177; *JOR* 1996/114 (*Zondag Beheer*).

83 Zie ook Rb. 's-Gravenhage 31 oktober 2007, *JOR* 2008/146 (*Wielens/Boot*). In casu werden de uitstotingsvordering en de schadevergoedingsvordering tegelijk ingesteld bij de rechtbank van de woonplaats van de gedaagde. De Rb. Groningen was echter de rechtbank van de woonplaats van de vennootschap, dus de rechtbank verwees de eerste vordering. De vorderingen 'grepen in elkaar samen' omdat sprake was van hetzelfde feitencomplex. De tweede

In hoger beroep splitsen zich de wegen. De geschillenregeling kent in art. 2:336 lid 3 jo. 2:343 lid 1 BW een afwijkende competentieregel. De bevoegde rechter is de OK van het Hof Amsterdam. Voor de schadevergoedingsvordering gelden de normale bevoegdheidsregels, zij blijft bij ‘het gewone hof’.<sup>84</sup> In de praktijk heeft men moeite met deze twee sporen. De aandeelhouder weet in hoger beroep de OK nog wel te vinden, maar vergeet vaak dat een deel van de procedure bij de rechtbank zag op een vordering uit onrechtmatige daad.<sup>85</sup> En zelfs al zou in hoger beroep het Amsterdamse hof de bevoegde rechter zijn, dan nog heeft de aan dat hof verbonden OK niet de competentie om over de schadevergoeding te oordelen.<sup>86</sup> Wat volgt is een verwijzing op de voet van art. 110 lid 2 Rv. De literatuur is mijns inziens terecht kritisch over deze procesrechtelijke wanorde.<sup>87</sup>

De complicaties zouden, zoals ik schreef, met een flexibele peildatum historie zijn, omdat het voeren van twee procedures dan niet meer nodig is.<sup>88</sup> Vooralsnog komt zo’n door de rechter te bepalen waarderingsdatum er niet. Zoals hierna blijkt, opteert de wetgever in het wetsvoorstel Flex-BV voor een andere oplossing.

---

vordering moest dus ex art. 220 Rv de uitstotingsvordering noordwaarts volgen, oordeelde de Haagse rechter in r.o. 2.3.

84 Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 722.

85 Zo verklaarde de OK zich onbevoegd om van de schadevergoedingsvordering kennis te nemen in OK 16 mei 1991, *NJ* 1992/203 (*Van Baarsen/Van Vliet*), ro 4.2; en OK 20 november 1997, *NJ* 1998/392 (*Hooymans*). In de zaak *Ramp/Lensen* moest de OK zelfs voor een tweede keer aangeven dat niet zij maar het Hof Arnhem bevoegd was, zie OK 27 november 1997, *NJ* 1998/538 (*Ramp/Lensen*), r.o. 3.5.

86 De druiven waren helemaal zuur in de uitspraak van de OK inzake *Fin(d)it* (OK 19 januari 2006, *JOR* 2006/127 (*Fin(d)it*)). Omdat in hoger beroep slechts grieven waren gericht tegen de overwegingen van de rechtbank over de vorderingen tot vergoeding van de (afgeleide) schade, maar niet tegen de uittreding, was de gedwongen overdracht een feit. Zie voor het vervolg van deze procedure: OK 14 december 2010, *ARO* 2011/12 (*Fin(d)it*).

87 Een ‘onbevredigende processuele complicatie’, aldus Slagter in zijn commentaar onder OK 16 mei 1991, *TVVS* 1991, p. 271-272 (*Van Baarsen/Van Vliet*). Zie ook kritisch Den Boogert (1997), p. 119-120; Leijten (1997), p. 81; en Sanders/Westbroek (2005), p. 382. Zie voor een voorbeeld van de gecompliceerde gang van zaken in hoger beroep de conclusie van de A-G bij HR 11 februari 2011, *JOR* 2011/76 m.nt. Bulten (*Stroomwerk*). Het Hof Arnhem had te beoordelen of de waardedaling van de aandelen leidde tot een aanvullende schadevergoeding voor de uittreedende aandeelhouder. De OK had echter in hoger beroep nog niet beslist of die uittreding daadwerkelijk gerechtvaardigd was. ‘Dit maakt het lastig om te bepalen of aanvullend een waardedaling van de aandelen vergoed dient te worden’, aldus A-G Timmerman. De Hoge Raad deed de zaak af met art. 81 RO.

88 Leijten bepleitte een andere oplossing. Indien de deskundige de waarde van de vordering van de vennootschap (op de aandeelhouder die schadelijk gedrag vertoont) alvast meenam in zijn prijsvaststelling, was een aparte schadevergoedingsprocedure ook overbodig. De vennootschap had immers een actie, het wachten was op het instellen van de vordering. Zie Leijten (1997), p. 88; en (1999), p. 239.



... NAAR ÉÉN WEG

Het wetsvoorstel Flex-BV maakt een einde aan de tweesporenopzet.<sup>89</sup> Een welkome procedurele wijziging uit het oogpunt van doeltreffende geschilbeslechting is de mogelijkheid de met de uittreding samenhangende vorderingen te bundelen.<sup>90</sup> Art. 336 lid 5 jo art. 343 lid 2 Wv Flex-BV bepaalt dat de rechter van lid 3 van art. 336 Wv Flex-BV – in eerste instantie de rechtbank van de woonplaats van de vennootschap, in tweede instantie de OK – ook bevoegd is van vorderingen tussen dezelfde partijen of tussen een der partijen en de vennootschap kennis te nemen. Deze vorderingen dienen verband te houden met de gedragingen die tot uittreding aanleiding hebben gegeven. Het is duidelijk dat hierbij wordt gedacht aan vorderingen tot schadevergoeding.<sup>91</sup> Overigens geldt de verwijzingsregel van art. 220 Rv onverkort. Bij verknochtheid van procedures die bij verschillende rechters aanhangig zijn gemaakt, volgt de ‘jongste procedure’ de eerder gestarte procedure. Het vreemde is dat de vordering tot uittreding dan niet door de rechter van de woonplaats van de vennootschap wordt behandeld, maar samen met de schadevergoedingsvordering wordt beoordeeld door de rechter van de woonplaats van de gedaagde aandeelhouder in de onrechtmatigedaadsprocedure.<sup>92</sup> De meeste schrijvers, onder wie ikzelf, verwelkomen deze procedurele wijziging.<sup>93</sup>

#### 4.4. Een billijke verhoging van de prijs

Voor de uittreding geldt naast de schadevergoedingsvordering de mogelijkheid van de ‘billijke verhoging’. De aandeelhouder die uittreedt kan ook een impliciete vergoeding verkrijgen. Art. 343 lid 4 Wv Flex-BV geeft de rechter de ruimte een billijke verhoging toe te passen, wanneer aannemelijk is dat

89 Zie ook Bulten (2007), p. 367.

90 De wijziging van art. 336 lid 5 Wv Flex-BV geldt ook voor de uittreding en de daarmee samenhangende vorderingen.

91 Zie *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 98-99. Leijten was al in 1997 voorstander van de bevoegdheid om de OK ook over de nevenvordering te laten oordelen, maar dan wel als eerste en enige feitelijke instantie, zie Leijten (1997), p. 82, 88.

92 Zie uitdrukkelijk *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 99.

93 Zie Leijten (2000), p. 14; Driessen (2003), p. 583; Gerretsen (2005), p. 46; Norbruis (2005), p. 432; Croiset van Uchelen (2007), p. 261; Berendsen en Mol (2007), p. 216; en Bulten (2007), p. 367. De oud-voorzitter van de OK Willems zag bezwaren omdat een schadevergoedingsprocedure een indringender procesrechtelijk debat vergde dan een eenvoudige aandelenoverdracht. Zie Willems (2008), p. 88-89, met verwijzing naar de noot van Maeijer onder HR 11 september 1996, *NJ* 1997/177 m.nt. Ma (*Zondag Beheer*), zie punt 1. Maeijer was tegen de vermenging van de twee procedures omdat zij elk een geheel eigen karakter hebben. Ook De Kluiver (2010), p. 19, noot 14, vraagt zich of de gelijktijdige behandeling nu wel een goed idee is.

gedragingen van de gedaagde of derden hebben geleid tot een vermindering van de waarde van de aandelen. De gedaagde moet niet alleen de waardevermindering, voortvloeiend uit zijn eigen gedragingen ‘vergoeden’, maar ook de gedragingen van derden. In de toelichting stond de reden voor de bepaling dat een gedaagde de gevolgen van door derde gepleegde gedragingen moet dragen.<sup>94</sup> Hij heeft als aandeelhouder de macht om de vennootschap te bewegen de schade van de derde vergoed te krijgen. Het gaat om gedragingen van bijvoorbeeld bestuurders of een aan de gedaagde verbonden vennootschap. Steun voor de billijke verhoging vond de minister in de suggestie van de Commissie Vennootschapsrecht om bij de prijsbepaling rekening te houden met de vordering tot schadevergoeding die de vennootschap jegens de laedens heeft.<sup>95</sup> De kritiek op het consultatiedocument waarin dezelfde regeling stond, legde de minister naast zich neer. De formulering vond hij niet te open.<sup>96</sup>

De uittredende aandeelhouder krijgt op deze wijze compensatie voor het negatieve effect dat de gedragingen op de waarde van zijn aandelen hebben.<sup>97</sup> De schadevergoeding wordt zo in de prijs ‘ingebakken’. Een aparte schadevergoedingsprocedure kan bij een uittredingsvordering dus achterwege blijven.<sup>98</sup> Volgens mij betekent dit eigenlijk dat de rechter uiteindelijk (feitelijk) een flexibele peildatum hanteert. Met waardeverminderingen voordien (voor de peildatum) mag de rechter later rekening houden en de prijs navenant billijk verhogen op grond van lid 4 van art. 343 Wv Flex-BV. De facto worden de aandelen in een dergelijk geval gewaardeerd op het moment net voordat de schadelijke gedragingen zijn begonnen.

Ik vraag me af of de billijke prijsverhoging van art. 343 lid 4 Wv Flex-BV juridisch zuiver is.<sup>99</sup> De gedachte dat de gedaagde eenvoudigweg verantwoordelijk wordt voor andermans gedragingen, gaat naar mijn mening te ver. Ook is het vereiste dat slechts aannemelijk hoeft te zijn dat de verhoging billijk is, mijns inziens te licht. Het leveren van bewijs lijkt niet nodig.<sup>100</sup> Voor het toekennen van een schadevergoeding wegens onrechtmatige daad liggen de eisen een stuk hoger. De regels voor ‘afgeleide schade’ zijn in diverse arresten

---

94 *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 110-111.

95 Zie aanbeveling nr. 5, opgenomen in *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 19.

96 *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 111.

97 *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 110-111.

98 In de toelichting is een omstandige uitleg opgenomen teneinde aan te geven dat er geen gevaar voor dubbele vergoeding van de ‘afgeleide schade’ is. Zie *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 111.

99 Zie ook kritisch Roest (2007), p. 962-963 en 965, die wees op de positie van de crediteuren; Norbruis (2005), p. 432; en Croiset van Uchelen (2007), p. 261. Ook De Kluiver (2010), p. 23 vond dat dit afzonderlijk van de daadwerkelijke uittreding uitgeprocedeerd moet worden.

100 Zie ook Croiset van Uchelen (2007), p. 261. Hij was van mening dat met art. 343 lid 4 Wv Flex-BV de regel dat geen afgeleide schade kan worden gevorderd, wordt doorbroken.

zorgvuldig geformuleerd. De Hoge Raad houdt strikt de hand aan de Poot/ABP-doctrine.<sup>101</sup> Een door de rechter toe te passen billijke verhoging komt dan eenvoudig ‘uit de lucht vallen’. Bovendien blijft onduidelijk hoe groot de kring van de ‘anderen dan de gedaagde’ is.

Ik gaf aan dat de uittredende aandeelhouder vaak wel een eigen actie tot schadevergoeding heeft, omdat aan de bijzondere voorwaarden voldaan kan worden. Lid 4 van art. 343 Wv Flex-BV kan dus beter worden geschrapt. De samengevoegde behandeling van een uittredings- en een schadevergoedingsvordering is voldoende.

## 5. De uittreding en de procedurele noviteiten

### 5.1. Inleiding

De lange duur van de procedure is één van de belangrijkste oorzaken dat de geschillenregeling ‘niet goed werkt’.<sup>102</sup> Het in de literatuur breed gedragen standpunt dat de geschillenregeling in de praktijk niet voldoet, onderschrijft de wetgever blijkens de toelichting bij het wetsvoorstel Flex-BV, eveneens.<sup>103</sup> Als één van de twee knelpunten noemt hij expliciet de lange duur van de procedure. Vooral met het oog op een adequate exit voor de beknelde minderheidsaandeelhouder dient de procedure versneld te worden.<sup>104</sup>

De procedurele aanpassingen die tot die beoogde versnelling moeten leiden, bespreek ik in deze paragraaf. Een van de belangrijkste wijzigingen is de mogelijkheid de uitspraak uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Deze verandering en de consequenties hiervan (zie art. 343b Wv Flex-BV) komen aan de orde in het deel van dit Preadvies van Willems. Ook het vervallen van de verplichte deskundigenbenoeming laat ik buiten beschouwing.<sup>105</sup> Tot slot ga ik niet in op de in de literatuur

101 Aldus ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 214 en ook de conclusie van A-G Timmerman nr. 3.4 bij HR 16 februari 2007, NJ 2007/256 (*Tuin Beheer/Houthoff*). Timmerman schreef overigens dat art. 343c Wv Flex-BV een ‘echte Hartkamp-variantie’ was, gezien zijn conclusies bij de arresten van de Hoge Raad inzake *Poot/ABP* (HR 2 december 1994, NJ 1995/228 m.nt. Ma) en Heino Krause (HR 13 oktober 2000, NJ 2000/699 m.nt. Ma). Hartkamp betoogde onder meer dat afgeleide schade in bepaalde gevallen voor vergoeding in aanmerking komt. Zie Timmerman (2006), p. 137.

102 Zie onder meer Leijten (1999/2), p. 237; Hermans (2002), p. 497; Den Boer (2002), p. 345; Sanders/Westbroek (2005), p. 383; en Willems (2008), p. 82. Leijten (1997), p. 78, had het over ‘De lange, lange procedure’.

103 Zie *Kamerstukken* 18 905, nr. 3 (MvT), p. 17.

104 *Kamerstukken II* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 20.

105 Zie hierover Bulten (2011), p. 187-191.

geuite wens – die ik eveneens koester – van de geschillenregeling een verzoekschriftprocedure te maken met de OK als eerste en enige feitelijke instantie.<sup>106</sup>

De procedurele noviteiten in deze paragraaf zien dus in het bijzonder op de nieuwe uittreding. Ik bespreek de aanpassingen, alsook de mijns inziens gewenste maar niet voorgestelde wijzigingen in § 5.2. Een geheel nieuwe eend in de bijt is de procedure van art. 343c Wv Flex-BV. Zij komt in § 5.3 aan de orde.

## 5.2. *Wat wijzigt en wat niet*

### VERWEER VOEREN

De uittreding kende in het voorontwerp nieuwe procedureregels. Het uitgangspunt was vooral een minderheidsaandeelhouder een snelle exit te bieden indien hij door zijn aandelenbezit bekneld kwam te zitten in een vennootschap. In een nieuw art. 343a werden in lid 1 en lid 2 speciale regels voor een verwerende aandeelhouder of vennootschap opgenomen. De gedaagde die verweer wenste te voeren, moest dit op tijd (op de eerstdienende dag of uiterlijk veertien dagen later indien hij uitstel had gevraagd) kenbaar maken. Bleef een ‘akte houdende verweer’ achterwege, dan had hij het recht op het voeren van verweer prijsgegeven. Wat restte, was enkel de prijsbepaling. De niet verschenen gedaagde werd in ieder geval veroordeeld tot overname van de aandelen. Bij zo’n strikte regeling omtrent verweer paste een dagvaardingstermijn van ten minste vier weken. De gedaagde had dan in ieder geval ruim de tijd om het voeren van verweer in overweging te kunnen nemen.<sup>107</sup> Om de uittreding nog meer te versnellen en procedurele complicaties te vermijden, was bepaald dat een vordering tot oproeping in vrijwaring, voeging of tussenkomst niet was toegelaten. De gedachte was dat de uittredende (minderheids)aandeelhouder bepaalde tegen wie hij procedeerde. De gedaagde aandeelhouder moest op zijn beurt maar een vordering instellen en een afzonderlijke procedure starten wanneer hij van mening was dat ook andere aandeelhouders een deel van de aandelen moesten overnemen.<sup>108</sup>

---

106 Zie hierover Bulten (2011), p.238-242. In mijn dissertatie bespreek ik voorts het schrappen van twee andere procesrechtelijke bepalingen. Het betreft (1) de schikkingsmogelijkheid van art. 336 lid 4 jo. 343 lid 2 Wv Flex-BV en (2) de overbodige procedure van art. 343 lid 7 Wv Flex-BV. Zie resp. Bulten (2011), (1) p. 255-256 en (2) p. 219-222. Zie ook Bulten (2011), p. 375 (aanbeveling v en x).

107 Voorontwerp 2<sup>e</sup> Tranche, in: Van den Ingh en Nowak (2006), p. 88 (toelichting).

108 Voorontwerp 2<sup>e</sup> Tranche, in: Van den Ingh en Nowak (2006), p. 88. De uitsluiting van de oproeping in vrijwaring, voeging en tussenkomst was geïnspireerd op de Antilliaanse regeling, zie art. 2:252 lid 6 laatste zin BWNA. Zo worden voor deze regeling onnodige procedure complicaties zo veel mogelijk voorkomen, zie Frielink (2006), p. 165. De com-

De kritiek op deze procedurele versnellingen was niet mals.<sup>109</sup> De prijs van het uitsluiten van een incident tot vrijwaring was volgens de Gecombineerde Commissie te hoog. De kans dat de kosten uiteindelijk niet ten laste komen van degene die de deze zou moeten dragen, nam aanzienlijk toe. Ook de gedaagde kon met een vrijwaringprocedure bij uitstek de hem gemaakte verwijten trachten te weerleggen. De Gecombineerde Commissie vroeg zich voorts af of de analyse in de toelichting ten aanzien van de toewijzing van de vordering indien verweer achterwege blijft, wel volledig was. Gold die toewijzing ook voor de met de uittreding samenhangende schadevergoedingsvorderingen?<sup>110</sup> Ik merk op dat een gedaagde voor de zekerheid de ‘ik zal verweren’-verklaring zou afleggen, en later zou bezien of hij daadwerkelijk verweer ging voeren. De tijdswinst zou in de praktijk dus niet optreden. Bovendien bleef onduidelijk of er niettemin zuivering van het verstek of verzet mogelijk bleef.

#### DE VRIJWARING EN DE TUSSENKOMST

De vrijwaring of gedwongen tussenkomst van een aandeelhouder in een uittredingsprocedure blijft mogelijk. De gedaagde aandeelhouder die meent dat de uittredingsvordering ook tegen een andere aandeelhouder of tegen de vennootschap had behoren te worden ingesteld, kan deze (rechts)personen in het geding oproepen. Art. 343 lid 3 Wv Flex-BV tracht de vertraging van deze procedurele complicatie tot een minimum te beperken.<sup>111</sup> De gedwongen tussenkomst van een aandeelhouder is daarom niet langer een incidentele vordering. De art. 210-216 Rv over de oproeping in vrijwaring zijn niet meer van overeenkomstige toepassing. Voor de gedwongen tussenkomst is straks geen rechterlijk verlof vereist. De oproeping van de andere aandeelhouder of de vennootschap geschiedt ingevolge de tweede zin van art. 343 lid 3 Wv Flex-BV uiterlijk tegen de dag voor het nemen van conclusie van antwoord. Na die dag is een oproeping niet meer mogelijk.<sup>112</sup>

---

plicaties worden echter verplaatst: partijen moeten separate procedures aanhangig maken om hun geschillen opgelost te zien.

109 Zie Norbruis (2005), p. 432; Rutten en Gerretsen (2006), p. 15 en 19; en Soerjatin (2006), p. 211-213. Ook de Adviescommissie burgerlijk procesrecht maakte kritische opmerkingen, zie *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 109.

110 Advies Gecombineerde Cie (2005), in: Van den Ingh en Nowak (2006), p. 323-324.

111 In het consultatiedocument tweede tranche was de oproeping in vrijwaring, voeging of tussenkomst geheel geschrapt met het motief dat het aan de eisende uittredende aandeelhouder was te bepalen tegen wie hij wenste te procederen. Uit de reacties op het consultatiedocument volgde dat het schrappen weinig steun genoot. Art. 2:343 lid 2 BW keerde in aangepaste vorm terug in het wetsvoorstel Flex-BV. Zie *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 21 en p. 110.

112 In *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 110, merkte de minister op dat de gedaagde uitstel kan vragen voor het nemen van de conclusie van antwoord. Dit doet de snelheid van de procedure natuurlijk geen goed. De Adviescommissie burgerlijk procesrecht had overigens gesuggereerd om snellere afhandeling van incidentele vorderingen in de huidige geschil-

De wetgever neemt naar aanleiding van de commentaren op het voorontwerp in het wetsvoorstel Flex-BV dus zowel de termijn voor het voeren van verweer als de uitsluiting van vrijwaring, voeging en tussenkomst terug.<sup>113</sup> Dit is mijns inziens een juiste keuze.

#### EEN COSMETISCHE OPERATIE

Bij de uittreding lijkt de wijziging op het eerste gezicht ingrijpend. Art. 2:343 BW wordt in het wetsvoorstel Flex-BV vervangen door vier artikelen. De aanpassing is voor wat betreft de levering en de betaling echter grotendeels cosmetisch van aard. De procedure is verplaatst en opgenomen in een nieuw art. 343a Wv Flex-BV.<sup>114</sup> Ook is omwille van de duidelijkheid de verwijzing naar de procesrechtelijke bepalingen in een apart art. 343 lid 2 Wv Flex-BV opgenomen. De bepalingen van de uitstotingsprocedure zijn van toepassing of overeenkomstige toepassing op de uittredingsprocedure.

Art. 343a Wv Flex-BV behelst dus de uitvoering van het uittredingsvonnis. De regeling is grotendeels identiek aan de huidige leden 3 tot en met 9 van art. 2:343 BW. In het voorgestelde lid 2 is de aanpassing verwerkt van het vervallen van de verplichte blokkeringsregeling voor de Flex-BV. Ook is hier de toestemming van de eisende aandeelhouder die uittreedt niet vereist, indien hij aan de vennootschap overdraagt.

Tot slot is de uitdrukking ‘meest gereede partij’ gesneuveld. Zij kwam voor in art. 2:341 lid 7 en 2:343 lid 9 BW. Het wetsvoorstel Flex-BV vervangt haar op advies van de Adviescommissie burgerlijk procesrecht door ‘een partij’.<sup>115</sup>

#### DE DUBBELE VEROORDELING

Ik merk op dat de dubbele veroordeling bij de uittredingsprocedure anders geformuleerd is dan bij de uitstotingsprocedure. Art. 2:340 lid 2 BW is ongewijzigd verplaatst naar art. 340 lid 4 Wv Flex-BV. Het uitstotingsvonnis houdt ‘tevens een veroordeling in van eisers’. Voor de uittreding geldt een nieuw art. 343 lid 5: ‘Bij toewijzing van de vordering tot uittreding bevat het vonnis tevens een veroordeling van de eiser (...)’. Bij de uitstoting houdt het vonnis dus een veroordeling in, terwijl bij de uittreding het vonnis tevens een veroordeling

---

lenregeling ‘te bezien’. De minister reageerde vervolgens met het afschaffen van de incidentele vordering.

113 Zie *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 21 en 109.

114 In het consultatiedocument was de tekst van art. 343a Wv Flex-BV opgenomen in art. 343b. Na het schrappen van de bepalingen voor het verkorten van de procedure, werd art. 343b vernummerd tot art. 343a. Zie Van den Ingh en Nowak (2006), p. 57.

115 *Kamerstukken* 31 058, nr. 3 (MvT), p. 106-107. Ook deze aanpassing op advies van de Adviescommissie burgerlijk procesrecht ‘dient de duidelijkheid’, nu ‘de meest gereede partij’ aanleiding zou kunnen geven tot onduidelijkheid.

*bevat*. Het ‘bevatten’ duidt erop dat de veroordeling expliciet in het vonnis moet worden opgenomen. Het ‘inhouden’ kan ertoe leiden dat de veroordeling van de eiser in het vonnis kan worden ‘ingelezen’.<sup>116</sup> Het lijkt mij verstandig dat de wettekst op dit punt geen onduidelijkheid laat bestaan. Omdat art. 343 lid 5 Wv Flex-BV minder ondubbelzinnig is dan art. 340 lid 4 Wv Flex-BV, stel ik voor de laatste bepaling tekstueel in overeenstemming te brengen met de eerste. Overigens is in art. 343 lid 5 Wv Flex-BV de zinsnede ‘de toewijzing van de vordering’ overbodig. Het is logisch dat een afwijzend vonnis niet een veroordeling van de eiser bevat. Op dit punt is de dubbele veroordeling in een uitstotingsprocedure van art. 340 lid 4 Wv Flex-BV dus duidelijker.

### 5.3. *Een geheel nieuwe procedure*

#### INLEIDING

Een nieuwe loot aan de stam van de geschillenregeling is de verzoekschriftprocedure van art. 343c Wv Flex-BV. Als de aandeelhouders of de vennootschap overeenstemming hebben bereikt over het uittreden van een der aandeelhouders, maar nog onenigheid hebben over de waarde van de over te dragen aandelen, biedt deze nieuwe bepaling soelaas. Voor deze verkorte of snelle procedure diende de creatieve toepassing van het enquêterecht tot inspiratie. De Antilliaanse regeling was eveneens een inspiratiebron. Ingevolge art. 2:251 lid 4 BWNA kan aan de aandeelhouder die te kennen heeft gegeven uit te willen treden, een aanbod tot overname van zijn aandelen worden gedaan. Zijn bevoegdheid tot het instellen van de uittredingsvordering vervalt als dit aanbod voldoende serieus is. In plaats daarvan volgen de partijen dan de procedure van lid 4 tot en met 7 van art. 2:251 BWNA.<sup>117</sup> Deze verzoekschriftprocedure

<sup>116</sup> Zie Bulten (2011), p. 260-262.

<sup>117</sup> Zie art. 2:251 lid 4 tot en met 7 BWNA: ‘4. De bevoegdheid tot het instellen van de vordering vervalt indien de vennootschap of een medeaandeelhouder voor het aanhangig maken daarvan aan de aandeelhouder een schriftelijk, onvoorwaardelijk en onherroepelijk aanbod doet om zijn aandelen tegen contante betaling over te nemen. Bij aanvaarding wordt de koopprijs vastgesteld door een of meer door de rechter op verzoek van de meest gereede partij te benoemen deskundigen. Daarbij gaan de deskundigen uit van de waarde van de vennootschap op de dag van aanvaarding van het aanbod. Zij houden rekening met het eventueel door de eiser te lijden fiscaal nadeel. Over het aldus vastgestelde bedrag is wettelijke rente verschuldigd tot aan de dag van voldoening. De kosten van de deskundigen zijn voor rekening van degene die het aanbod heeft gedaan.

5. Degene die het in het vierde lid bedoelde aanbod doet, moet daarbij een termijn voor schriftelijke aanvaarding stellen die niet korter mag zijn dan vier weken en verklaren dat hij onmiddellijk na de schriftelijke aanvaarding zekerheid zal stellen voor de kosten van de deskundigen en de uiteindelijk door hem te betalen bedragen. Artikel 121, vierde lid, is van overeenkomstige toepassing.

6. Op verzoek van de aandeelhouder, die het aanbod heeft aanvaard, kan de rechter bepalen dat de in het vierde lid bedoelde bevoegdheid gedurende een daarbij te bepalen periode her-

lijkt overigens weer strikter dan art. 343c Wv Flex-BV. Over de prijs is geen overleg mogelijk: de rechter benoemt de deskundigen en zij gaan uit van de waarde van de vennootschap op de dag van aanvaarding van het aanbod.<sup>118</sup>

#### DE WAARDERING IS HET STRUIKELBLOK

De procedure van art. 343c Wv Flex-BV ziet, kort en goed, enkel op de vaststelling van de waarde van de aandelen ofwel op de koopprijs. Ingevolge lid 3 zijn de bepalingen van de gewone uittredingsregeling zo veel mogelijk van overeenkomstige toepassing. Ik wijs erop dat een wettelijke of statutaire aanbiedingsregeling bij de versnelde procedure volgens de toelichting niet gevolgd hoeft te worden. Art. 343a lid 2 Wv Flex-BV is dus niet van rechtswege van toepassing, ook al doet art. 343c lid 3 Wv Flex-BV anders vermoeden. Indien partijen de aanbiedingsregeling niet willen volgen, kunnen zij dit eenparig kenbaar maken aan de rechter. Hij kan vervolgens in zijn beschikking bepalen dat lid 2 van art. 343a Wv Flex-BV niet van overeenkomstige toepassing is. Zwijgen partijen over dit onderwerp, en er is een aanbiedingsregeling van kracht, dan zie ik niet in waarom deze regeling niet gevolgd zou kunnen worden. Een addertje onder het gras zit eventueel in lid 4, op grond waarvan het deskundigenbericht de kracht van een vaststellingsovereenkomst krijgt. Indien de vennootschap geen partij is bij de verzoekschriftprocedure en dus ook geen partij is bij de vaststellingsovereenkomst, is zij dan wel gehouden om de aandelen namens eiser aan te bieden overeenkomstig art. 343a lid 2 Wv Flex-BV? Mogelijk behelst de vaststellingsovereenkomst de uitwerking van de daadwerkelijke overdracht of is de uittredende aandeelhouder zelf degene die de aandelen zal aanbieden conform de aanbiedingsregeling.

#### DE VERSCHILLENDE SCENARIO'S

Bij de procedure van art. 343c Wv Flex-BV zijn verschillende snelle scenario's denkbaar. Ten eerste kan de rechter de waarde van de aandelen vaststellen. Ook kan hij deskundigen benoemen, die een bericht uitbrengen. Partijen kunnen de inhoud van dit bericht op grond van lid 2 sturen. Deze bepaling lijkt enigszins overbodig, nu op grond van lid 3 jo. art. 343 lid 2 jo. art. 337 jo. art. 340 lid 2 Wv Flex-BV de deskundigen en de rechter een eigen regeling omtrent de waardering zo veel mogelijk moeten volgen, tenzij dit leidt tot een 'onrede-

---

leeft indien de aangeboden zekerheid niet binnen zes dagen wordt gesteld of onvoldoende is, zulks onverminderd de rechten van de aandeelhouder uit het door hem aanvaarde aanbod.

7. Tegen beslissingen van de rechter als bedoeld in dit artikel staat geen hogere voorziening open.'

118 Zie lid 4 van art. 2:251 BWNA. Zie ook Frielink (2006), p. 161-162.



lijke prijs'. Lid 2 van art. 343c Wv Flex-BV ziet echter ook nog op een andere situatie. Partijen kunnen ad hoc afspraken maken over onder meer de waardeeringsmaatstaf, de peildatum of de persoon van de te benoemen deskundige. De rechter moet het eenparige verzoek hieromtrent honoreren of, bij onenigheid, een billijkheidsbeslissing nemen. Ten slotte wijs ik er in dit verband op dat partijen een peildatum kunnen hanteren waartegen de aandelen gewaardeerd moeten worden. Deze datum kan in een verleden liggen. Overigens is de billijkheidscorrectie van lid 5 van art. 343 Wv Flex-BV niet mogelijk in de versnelde procedure. De uittreedende aandeelhouder doet er dus verstandig aan precies aan te geven tegen welke datum waardering moet plaatsvinden. De laatste mogelijkheid is de 'supersnelle uittreding'. De partijen verzoeken de rechter een deskundige te benoemen die een deskundigenbericht opstelt. Na de benoeming is de rol van de rechter uitgespeeld. Het deskundigenbericht krijgt vervolgens het karakter van een vaststellingsovereenkomst van art. 7:900 e.v. BW. Dit advies is bindend, bij een tegenvallende uitkomst ofwel een lagere prijs dan gedacht, kan een aandeelhouder niet meer terug. Slechts in bijzondere gevallen is vernietiging van de waardering mogelijk.

#### DE BEVOEGDE RECHTER

De bevoegde rechter in deze verzoekschriftprocedure is niet, in tegenstelling tot hetgeen de verwachting zou zijn, de OK. De rechter van de woonplaats van de vennootschap (art. 336 lid 3 Wv Flex-BV) is bevoegd. Het bevreemdt mij dat de wetgever niet voor de OK heeft gekozen. Haar *modus operandi* in enquêteprocedures die leiden tot een minnelijke regeling met een aandelenoverdracht is de inspiratie voor deze nieuwe uittredingsvorm. Het blijft daarom de vraag of de aandeelhouders inmiddels niet te vertrouwd zijn geraakt met de enquêteprocedure en de mogelijkheid om met behulp hiervan een minnelijke regeling te treffen. De versnelde procedure van art. 343c Wv Flex-BV zal zich als een volwaardig alternatief moeten bewijzen.

## 6. Samenvatting en aanbevelingen

Het nut van een wettelijke uittredingsregeling staat buiten kijf. Ook staat vast dat de huidige regeling niet goed werkt. De gedachte de geschillenregeling (en de uittreding) aan te passen in verband met het vereenvoudigen en flexibiliseren van de bv, is dan ook een juiste. De uittreding moet straks als sluitstuk van de bescherming van de minderheidsaandeelhouder een tegenwicht vormen voor de inrichtingsvrijheid van de Flex-BV. Omdat het bevel tot uittreding niet lichtvaardig mag worden gegeven, zijn er uitgangspunten waar een wettelijke regeling aan moet voldoen. Zo moet een minderheidsaandeelhouder die in een beknelde positie belandt door het 'machtsmisbruik' van de meerderheidsaandeelhouder, kunnen uittreden. Een algemeen uittredingsrecht komt

de minderheidsaandeelhouder echter niet toe. Ook keren de bijzondere uittredingsgronden – een statutaire eis of verplichting kon tot uittreding leiden – niet in het wetsvoorstel Flex-BV terug. Er is gekozen voor een systeem waarbij een tegenstem de niet-gebondenheid aan de statutaire eis of verplichting meebrengt. Indien de aandeelhouder voor tijdelijke onoverdraagbaarheid stemde (art. 195 Wv Flex-BV), staat dit aan het instellen van de uittredingsvordering echter niet in de weg. Deze onduidelijkheid moet worden weggenomen.

*Aanbeveling 1:* Verduidelijk dat indien de aandeelhouder voor tijdelijke onoverdraagbaarheid stemde (art. 195 Wv Flex-BV), dit aan het instellen van de uittredingsvordering niet in de weg staat.

De positie van de vennootschap is een bijzondere. In de huidige uittreding ex art. 2:343 BW heeft zij een bijrol. Op grond van art. 997 Rv fungeert zij als doorgeefluik voor de aandeelhouders die niet in de procedure zijn betrokken. De kosten van het deskundigenbericht kunnen voor haar rekening komen. Tot slot kan zij een rol spelen bij de levering en de betaling van de over te dragen aandelen, indien de oorspronkelijke veroordeelden in gebreke blijven. Ik concludeer dat naar huidig recht de vennootschap een procespartij met een bijzondere status is. In het wetsvoorstel Flex-BV wordt de vennootschap gedaagde in een uittredingsprocedure. Voor gedragingen van haarzelf of van de meerderheidsaandeelhouder, is veroordeling tot overname van de aandelen van de uittredende aandeelhouder mogelijk. Dit is een welkome aanvulling op de uittredingsregeling.

De inkoopbepalingen van art. 2:98 BW (nv) en art. 207 Wv Flex-BV (bv) moeten hierbij wel grotendeels in acht worden genomen. De vennootschap mag niet insolvent worden door de gedwongen verkrijging van eigen aandelen. De wettekst van art. 343 lid 1 Wv Flex-BV is echter onduidelijk. Voor de nv geldt in ieder geval dat een machtiging van de aandeelhoudersvergadering (art. 2:98 lid 4 BW) niet is vereist. Of een uitsluiting of beperking van inkoop in de statuten de uittreding doorkruist, staat niet vast. Volgens mij is het zo dat een rechterlijk uittredingsvonnis een dergelijke bepaling in de statuten doorbreekt. Dit regime zou ook bij de Flex-BV moeten gelden, maar lid 4 van art. 207 Wv Flex-BV geldt helaas onverkort in de uittredingsprocedure. De aansprakelijkheid van de bestuurders (en de vervreemder), neergelegd in art. 207 lid 3 Wv Flex-BV, is logischerwijze niet van toepassing. Hun afweging is bij een gedwongen inkoop niet aan de orde. Het is de rechter die beslist.

De rechter toetst de financiële situatie van de vennootschap aan de in art. 2:98 lid 2 en 3 BW (nv) en art. 207 lid 2 Wv Flex-BV neergelegde vereisten voor het vermogen. Zou de vennootschap door deze minimumgrenzen zakken door het bevel tot inkoop, dan mag hij de vordering niet toewijzen. De eisende aandeelhouder moet dan (alsnog) de medeaandeelhouders dagvaarden. De verhouding tussen de uittredingsvordering tegen de vennootschap en de inkooprestricties behoort geregeld te worden in een apart artikellid.

*Aanbeveling 2:* wijzig art. 343 lid 5 Wv Flex-BV als volgt:

De rechter wijst de vordering jegens de vennootschap niet toe, indien artikel 98 en 207 verkrijging van de aandelen door de vennootschap in de weg staan. Lid 4 van artikel 98 en leden 3 en 4 van artikel 207 blijven hierbij buiten toepassing. De statutenwijziging die na het instellen van de vordering tot stand is gebracht en nadelig is voor de eiser, blijft ook buiten toepassing.

*Aanbeveling 3:* De rechter toetst enkel aan de vermogensrechtelijke inkooprestricties, indien de uittredingsvordering tegen de nv of Flex-BV wordt ingesteld.

De gedragingen die aan een uittredingsvordering ten grondslag liggen, kunnen eveneens een onrechtmatige daad jegens de aandeelhouder of de vennootschap behelzen. De vraag is wie het recht toekomt een vordering in te stellen. Bij met name de uittreding kan zich een uitzondering voordoen op de in het arrest Poot/ABP neergelegde regel dat de aandeelhouder geen afgeleide schade mag vorderen, indien aan de bijzondere voorwaarden is voldaan.

De procesrechtelijke complicaties zijn in de huidige uittredingsprocedure hersenbrekers, omdat in eerste instantie mogelijk, en in hoger beroep in ieder geval, andere rechters bevoegd zijn. Er zijn verschillende oplossingen denkbaar om deze tweesporenopzet tot één weg te maken. De minst ingrijpende is de procedures te concentreren bij dezelfde rechtbank en, in hoger beroep, bij hetzelfde hof. In het wetsvoorstel Wv Flex-BV is voor deze laatste beëindiging van het probleem gekozen.

Daarnaast bevat art. 343 lid 4 Wv Flex-BV de billijke verhoging van de prijs. Deze regel is niet goed doordacht en ongelukkig geformuleerd. De uittredende aandeelhouder hoeft enkel aannemelijk te maken dat gedragingen van de gedaagde of van willekeurige derden een prijsdrukkend effect hebben. Ik bepleit schrapping van het artikellid. De flexibele peildatum is de oplossing die mijn voorkeur heeft. De waardevermindering door de schadelijke gedragingen wordt zo alvast verdisconteerd in de prijs. De geschillenregelingprocedure levert dan maatwerk voor een specifieke situatie.

*Aanbeveling 4:* Billijke verhoging van art. 343 lid 4 Wv Flex-BV.

*Aanbeveling 5:* Voer de flexibele peildatum in. De wetgever brengt tot uitdrukking dat het moment waartegen de aandelen worden gewaardeerd, zo dicht mogelijk ligt bij de datum van de feitelijke overdracht. Tevens brengt de wetgever tot uitdrukking dat de rechter in afwijking hiervan een peildatum in het verleden vast kan stellen.

De belangrijkste reden waarom er in de praktijk zo weinig gebruik wordt gemaakt van de uittreding, is de lange duur van de procedure. De wettelijke geschillenregeling kent een ingewikkelde dagvaardingsprocedure. Aanpas-

sing en vereenvoudiging van de procedurele regels zijn dus noodzakelijk om de uittreding adequaat te laten functioneren. De wetgever heeft dit in het wetsvoorstel Flex-BV op sommige punten ook onderkend. Samen met veel schrijvers in de literatuur pleit ik er voor de uittreding (en de geschillenregeling) te gieten in de vorm van een verzoekschriftprocedure. Voor een goed functionerende geschillenregeling is een spoedige verkrijging van een uitspraak geboden. De verzoekschriftprocedure past beter bij dit doel dan een dagvaardingsprocedure.

Daarnaast pleit ik ervoor de wettelijke geschillenregeling in eerste en enige instantie onder te brengen bij de OK.

De vonnissen van de geschillenregeling leiden tot een dubbele veroordeling. Ik acht het omwille van de duidelijkheid wenselijk dat deze bevelen expliciet in het dictum staan. De dubbele veroordeling luidt in het wetsvoorstel Flex-BV overigens voor de uitstoting (art. 340 lid 4 Flex-BV) en de uittreding (art. 343 lid 5 Flex-BV) niet identiek. De tekst van laatstgenoemd artikel laat minder ruimte voor interpretatie.

*Aanbeveling 6:* Herschrijf art. 340 lid 4 Flex-BV in de zin van art. 343 lid 5 Wv Flex-BV.

Daarnaast is het bovendien overzichtelijker indien de bepalingen uit art. 997a Rv in de afdeling van de wettelijke geschillenregeling in Boek 2 BW staan. Verplaatsing is geboden.

*Aanbeveling 7:* Verplaats art. 997a Rv naar afdeling 1 van titel 8 van Boek BW.

Tot slot kent het wetsvoorstel Flex-BV een nieuwe verzoekschriftprocedure in art. 343c. Voor toepassing van deze uittredingsregeling is vereist dat partijen enkel onenigheid hebben over de prijs van de over te dragen aandelen.

De nieuwe verzoekschriftprocedure van art. 343c Wv Flex-BV ziet op verschillende scenario's. De rechter kan de waarde vaststellen. Ook is een optie dat hij eerst een deskundige benoemt en vervolgens zelf de prijs vaststelt. De wensen van de partijen omtrent bijvoorbeeld de waarderingsmaatstaf of de peildatum zijn hierbij leidend. Een derde mogelijk is de benoeming van een deskundige die in een vaststellingsovereenkomst de waarde opneemt. Het vreemde is dat in de procedure van art. 343c Wv Flex-BV niet de OK maar de rechtbank van de woonplaats van de vennootschap bevoegd is. Ik acht dit een ongelukkige keuze. De OK behoort de bevoegde instantie te zijn.

*Aanbeveling 8:* Maak voor de verzoekschriftprocedure van art. 343c Wv Flex-BV de OK de bevoegde rechter en niet de rechtbank van de woonplaats van de vennootschap.

Ik meen dat het gebruik van enquêteprocedure – die diende als inspiratiebron voor dit artikel – niet zal afnemen na de invoering van het wetsvoorstel Flex-BV. De aandeelhouders staan vaak als kemphanen tegenover elkaar en het duurt enige tijd voordat de zachte hand van een benoemde commissaris, van een onderzoeker, of van de voltallige OK ter zitting, hen doet inzien dat uiteengaan de enige oplossing is.

Het wetsvoorstel Flex-BV ‘zet de schop in de geschillenregeling’.<sup>119</sup> Met de wijzigingen in het wetsvoorstel Flex-BV wordt de uittreding naar ieders verwachting (ook de mijne) effectiever dan thans het geval is. De procedurele knelpunten zijn voor een groot gedeelte opgelost. Ondanks de tijdsbesparing voorspel ik dat de geschillenregeling en dus ook de uittreding de zwakke zuster van titel 8 van Boek 2 BW blijft.<sup>120</sup> De sluier zal niet eenvoudig af te leggen zijn.

## LITERATUURLIJST

### **Advies Cie Vennootschapsrecht (2007)**

Commissie Vennootschapsrecht, Advies over het wetsvoorstel inzake de vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht, Ondernemingsrecht 2007, p. 14-19

### **Advies Gecombineerde Cie (2005)**

Advies van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht KNB en NOvA van 30 september 2005 inzake de tweede tranche, opgenomen in: F.J.P. van den Ingh en R.G.J. Nowak, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel 1: de pre-parlementaire geschiedenis, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 85, Deventer 2006 (p. 313-325)

### **Albicher en Van Mierlo (2006)**

H.M.A. Albicher en J.J.M. van Mierlo, Tweede tranche ambtelijk voorontwerp nieuw BV-recht: inventarisatie naar aanleiding van de consultatieronde, TvOB 2006/2, p. 43-49

### **Asser (1997)**

W.D.H. Asser, Het partijbegrip en binding van uitspraken in vennootschappelijke procedures, in: P. van Schilfgaarde e.a., Rechtspleging in het onder-

<sup>119</sup> Zie Van Schilfgaarde/Winter (2009), § 114.

<sup>120</sup> Idem Willems (2008), p. 90-92. Anders Croiset van Uchelen (2007), p. 262; en Roest (2007), p. 965. Zij voorspellen dat de procedure een daadwerkelijk alternatief wordt voor het enquêterecht.

C.D.J. BULTEN

nemingsrecht, Serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 26, Deventer 1997, p. 57-74

**Asser-Maeijer 2-III (1994)**

C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De naamloze en de besloten vennootschap, bewerkt door J.M.M. Maeijer, 1994

**Asser/Maeijer 2-III (2000)**

C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De naamloze en de besloten vennootschap, bewerkt door J.M.M. Maeijer, m.m.v. F.J.P. van den Ingh, 2<sup>e</sup> druk, Deventer 2000

**Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* (2009)**

C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Rechtspersonenrecht, De naamloze en besloten vennootschap, bewerkt door G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, m.m.v. R.G.J. Nowak, 3<sup>e</sup> druk, Deventer 2009

**Bartman (2002)**

S.M. Bartman, Minderheidsaandeelhouders: tussen exit en zorgplicht, in: L. Timmerman e.a., Concernverhoudingen, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 69, Deventer 2002, p. 29-45

**Berendsen en Mol (2007)**

S.J.H.M. Berendsen en L.R.N. Mol, De geschillenregeling in de herkansing: van 'procesrechtelijk raar beestje' naar effectief instrument?, V&O 2007/12, p. 214-220

**Den Boogert (1997)**

M.W. den Boogert, De betekenis van de rechtspraak van de Ondernemingskamer voor de ontwikkeling van het ondernemingsrecht, in: P. van Schilfgaarde e.a., Rechtspleging in het ondernemingsrecht, Serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 26, Deventer 1997, p. 117-129

**Bulten (2007)**

C.D.J. Bulten, De gewijzigde geschillenregeling, Ondernemingsrecht 2007, p. 360-368

**Bulten (2011)**

C.D.J. Bulten, De geschillenregeling ten gronde, diss., Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 108, Deventer 2011

**Croiset van Uchelen (2007)**

A.R.J. Croiset van Uchelen, De nieuwe geschillenregeling: een veelsnijdend zwaard, TOP 2007/6, p. 258-262

**Den Boer (2002)**

J. den Boer, Naar een rationeel waarderingstijdstip bij de uitkoop- en geschillenregeling, WPNR 6487 (2002), p. 339-346

**Driessen (2003)**

A.E. Driessen, De geschillenregeling revisited, Ondernemingsrecht 2003, p. 581-583

**Frielink (2006)**

K. Frielink, Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans Recht, 2<sup>e</sup> geheel herziene druk, Deventer 2006

**Gerretsen (2005)**

R.B. Gerretsen, De geschillenregeling: tien suggesties voor verbetering, O&F 2005/65, p. 42-48

**Handboek (1992)**

E.J.J. van der Heijden, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, 12<sup>e</sup> druk, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, Zwolle 1992

**Hermans (2002)**

R.M. Hermans, Uitkoop en het recht om uitgekocht te worden onder de dertiende EG-richtlijn, Ondernemingsrecht 2002, p. 497-503

**Van den Ingh en Nowak (2006)**

F.J.P. van den Ingh en R.G.J. Nowak, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel 1: de pre-parlementaire geschiedenis, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 85, Deventer 2006

**De Kluiver (1999)**

H.J. de Kluiver, Overname van ondernemingen en bescherming van minderheidsaandeelhouders, in: H. Pasma e.a. (red.), Overnemen, een hele onderneming (Wijn & Stael-bundel), 2<sup>e</sup> druk, Deventer 1999, p. 277-295

**De Kluiver (2010)**

H.J. de Kluiver, Naar een statutaire geschillenregeling, in: G. van Solinge e.a., Geschillen in de vennootschap, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 105, Deventer 2010, p. 17-28

**Kroeze (1997)**

M.J. Kroeze, Schade aan aandelen, WPNR 6288, p. 720-726

**Kroeze (2004)**

M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie, diss., Serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 45, Deventer 2004

**Kroeze (2007)**

M.J. Kroeze, Privaatrecht Actueel; Arbitrage in het vennootschapsrecht, WPNR 6702 (2007), p. 215-216

**Leijten (1997)**

A.F.J.A. Leijten, Naar een nieuwe geschillenregeling, in: R.I.V.F. Bertrams e.a., De opkomst van een rechtsgebied (Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 58, Deventer 1997, p. 77-88

**Leijten (1999)**

A.F.J.A. Leijten, Tien jaar uitkoop- en geschillenregeling (II), Ondernemingsrecht 1999, p. 236-240

**Leijten (2000)**

A.F.J.A. Leijten, Geschillen tussen aandeelhouders, in: A.F.J.A. Leijten e.a., Conflicten rondom de rechtspersoon, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 62, Deventer 2000, p. 1-14 en p. 135-137 (discussieverslag)

**Lubbers (1975)**

A.G. Lubbers, Invoering ener geschillenregeling bij de BV, De NV 53, p. 124-132

**Murray e.a. (2006)**

M.F. Murray e.a. (red.), De Parlementaire Geschiedenis van het Nederlands Antilliaanse (nieuw) Burgerlijk Wetboek, Nijmegen 2006, m.n. p. 278-285, verzorgd door G.J. Scheper

**Norbruis (2005)**

R.W.Th. Norbruis, Voorontwerp voor een nieuwe geschillenregeling, Ondernemingsrecht 2005, p. 428-434

**Rapport Cie Vennootschapsrecht (1975)**

Commissie Vennootschapsrecht, Rapport betreffende de invoering van een geschillenregeling bij de besloten vennootschap, Den Haag 1975



**Rensen (2005)**

G.J.C. Rensen, Het voorontwerp flexibilisering BV-recht (tweede tranche), *Ondernemingsrecht* 2005, p. 449-452

**Roest (2007)**

J. Roest, *Geschillenregeling*, WPNR 6731 (2007), p. 959-965

**Rutten en Gerretsen (2006)**

K. Rutten en R.B. Gerretsen, De geschillenregeling volgens de tweede tranche, *O&F* 2006/73, p. 12-19

**Sanders/Westbroek (2005)**

P. Sanders en W. Westbroek, *BV en NV*, 9<sup>e</sup> druk bewerkt door F.K. Buijn en P.M. Storm, *Serie Recht en Praktijk deel 23*, Deventer 2005

**Van Schilfgaarde (1997)**

P. van Schilfgaarde, Acties van aandeelhouders in verband met onrechtmatige gedragingen tegenover de vennootschap, in: P. van Schilfgaarde e.a., *Rechtspleging in het ondernemingsrecht*, Serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 26, Deventer 1997, p. 1-13

**Van Schilfgaarde (2000)**

P. van Schilfgaarde, Uittreding van aandeelhouders bij de Antilliaanse B.V., in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Yin-Yang (Van Mourik-bundel)*, Deventer 2000, p. 271-276

**Van Schilfgaarde (2002)**

P. van Schilfgaarde, Statuten zonder bezwaar, WPNR 2002 (6503), p. 639-648

**Van Schilfgaarde/Winter (2009)**

P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, bewerkt door J.W. Winter, 15<sup>e</sup> druk, Deventer 2009

**Sieburgh (2006)**

C.H. Sieburgh, Boekbespreking van M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie in Nederland, *RM Themis* 2006/5, p. 212-220

**Soerjatin (2006)**

E.M. Soerjatin, Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling: extreme makeover, the legal edition, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 87, Deventer 2006, p. 203-217

**Van Solinge en Bulten (2002)**

G. van Solinge en C.D.J. Bulten, Rechtsmachtperikelen in Titel 8 Boek 2 BW, in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 68, Deventer 2002, p. 119-134

**Timmerman (2003)**

L. Timmerman, Bescherming van minderheidsaandeelhouders tegen een meerderheidsaandeelhouder in een rechtsvergelijkend perspectief, in: L.J. Hijmans van den Bergh e.a., *Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief*, Serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 40, Deventer 2003, p. 79-92

**Timmerman (2005)**

L. Timmerman, Gedragsrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht, oratie, *Ondernemingsrecht 2005*, p. 2-8

**Timmerman (2006)**

L. Timmerman, Hartkamp en de afgeleide schade, in: H.J. van Kooten e.a. (red.), *Hartkampvarianties* (Hartkamp-bundel), Deventer 2006, p. 129-137

**Timmerman (2007)**

L. Timmerman, Mensenrechten van minderheidsaandeelhouders: voice, exit of gelijke behandeling, in: H. Beckman e.a., *De nieuwe macht van de kapitaalverschaffer*, Serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 57, Deventer 2007, p. 31-42

**Timmerman (2009)**

L. Timmerman, Grondslagen van geldend ondernemingsrecht, oratie, *Ondernemingsrecht 2009*, p. 4-13

**Verhaar (2008)**

H.T. Verhaar, De nieuwe geschillenregeling. Een overzicht van de voorstelling tot op heden, *O&F 2008/1*, p. 46-61

**Willems (2008)**

J.H.M. Willems, Geschillen en exitmogelijkheden, in: J.M.M. Maeijer e.a., *Flexibele rechtsvormen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 98, Deventer 2008, p. 79-93

NAAR EEN EIGEN STATUTAIRE GESCHILLENREGELING OP MAAT

Mr. G.C. van Eck\*

---

\* Mr. G.C. van Eck is notaris te Rotterdam.

## 1. Inleiding

Met de invoering van wetsvoorstel 31 058 voor de bv zal ook de wettelijke geschillenregeling de nodige wijziging ondergaan.<sup>1</sup>

De Expertgroep heeft in haar rapport aangegeven dat ‘een goede en effectieve geschillenregeling een noodzakelijk sluitstuk vormt van een evenwichtig bv-recht dat, terecht, veel ruimte laat aan partijen’.<sup>2</sup>

De huidige wettelijke geschillenregeling blijkt in de praktijk niet goed te werken. Van de mogelijkheid om de wettelijke geschillenregeling terzijde te stellen met behulp van een eigen statutaire geschillenregeling wordt naar huidig recht in de praktijk weinig gebruik gemaakt. Nu met het wetsvoorstel het recht met betrekking tot de bv flexibeler gaat worden, kan dit mogelijkheden bieden om de geschillenregeling beter en efficiënter te laten werken.

In dit onderdeel van het Preadvies zal ik nader ingaan op statutaire geschillenregelingen die de wettelijke geschillenregeling geheel of gedeeltelijk terzijde kunnen stellen en waarnaar wordt verwezen in art. 2:337 lid 1 BW. Daaronder begrijp ik niet de (meer klassieke) vormen van geschillenbeslechting binnen de organen van de vennootschap, zoals bij een impasse in de besluitvorming (staken van de stemmen) in de algemene vergadering of het bestuur (een zogenoemde ‘dead-lock’), die wel regelmatig in de statuten van een bv worden opgenomen op grond van art. 2:230 lid 1 BW.<sup>3</sup> Niet iedere statutaire regeling kan de wettelijke geschillenregeling geheel of gedeeltelijk terzijde stellen. Het slechts opnemen van een standaard blokkeringsregeling is bijvoorbeeld niet voldoende om de wettelijke geschillenregeling terzijde te stellen. De eigen statutaire regeling moet wel aan een aantal voorwaarden voldoen.

De geschillenregeling is in de toekomst niet alleen van toepassing op de besloten bv, maar ook op de ‘open’ bv. Ter gelegenheid van de invoering van het

---

1 ‘Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid’ (*Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht*), *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058 en ‘Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht’ (*Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht*), *Kamerstukken II* 2010/11, 32 426, hierna gezamenlijk kortheidshalve ook wel aangeduid als ‘het wetsvoorstel’. Artikelen uit Boek 2 BW zijn de artikelen uit Boek 2 BW, zoals gewijzigd na het van kracht worden van het wetsvoorstel. Artikelen uit het huidige Boek 2 BW zullen worden aangeduid met de toevoeging ‘OBW’.

2 Rapport van de Expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van Economische Zaken 2004, p. 15.

3 M. van Offen, ‘Statutaire (on)mogelijkheden tot geschillenbeslechting’, *V&O* 1999-4, p. 49 e.v.; P.J. Dortmund, ‘Het meerderheidsbeginsel en het voorkomen van een impasse bij het staken der stemmen in aandeelhoudersvergaderingen’, *WPNR* 1977/5410, p. 641-646; E.A.M. Meeuse en L.B.J. Leunissen, ‘Op welke wijze kan een Deadlock ex art. 2:230 BW het beste worden opgelost?’, *V&O* 2009-4, p. 78-82 en J.M. Blanco Fernández, ‘Statutaire arbitrageclausules’, *Ondernemingsrecht* 2010-4, p. 25, hierna aangeduid als Blanco Fernández (2010).

wetsvoorstel verliest de bv haar verplicht besloten karakter als gevolg van het verdwijnen van de verplichting om een blokkeringsregeling op te nemen in haar statuten. Voor de nv blijft in de toekomst de regeling alleen gelden voor de besloten nv.<sup>4</sup> In de literatuur is hier wel de nodige kritiek op geuit. Het verschil tussen een ‘open’ bv en een nv met aandelen op naam, voor de overdracht waarvan in de statuten geen blokkeringsregeling is opgenomen, is vaak niet erg groot.<sup>5</sup>

Als uitgangspunt zal ik hierna de bv met een beperkt aantal aandeelhouders nemen.<sup>6</sup> Op de meer procedurele aspecten van de geschillenregeling zal ik niet ingaan. Ten aanzien van de eigen statutaire geschillenregeling zal ik in beginsel uitgaan van een gang naar arbiters in plaats van naar rechters.

Uit het voorgestelde art. 2:337 lid 1 BW volgt dat een bij statuten of in een overeenkomst vastgelegde geschillenregeling in beginsel voorgeeft op de wettelijke geschillenregeling.<sup>7</sup> De wetgever wil meer ruimte bieden om in de statuten of bij overeenkomst van de wettelijke geschillenregeling af te wijken. Een dergelijke geschillenregeling behoeft niet per se in de statuten te worden opgenomen. Naar mijn mening zijn er echter wel degelijk voordelen verbonden aan de opname van een geschillenregeling in de statuten. Ik zal dit nader beargumenteren en hierna in paragraaf 2 kort ingaan op de meerwaarde van een statutaire geschillenregeling ten opzichte van een contractuele geschillenregeling.

In paragraaf 3 zal ik vervolgens ingaan op de hiervoor bedoelde voorwaarden voor een ‘eigen’ statutaire geschillenregeling.

De basis voor de binding van een aandeelhouder aan een statutaire geschillenregeling zal worden gevormd door art. 2:192 lid 1 sub a en c BW, waarin – onder meer – wordt bepaald dat (i) verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard aan het aandeelhouderschap kunnen zijn verbonden en (ii) een aandeelhouder in gevallen, in de statuten omschreven, gehouden kan zijn aandelen (of een deel daarvan) aan te bieden en over te dragen. In paragraaf 4 zal nader op deze basis worden ingegaan.

4 Een besloten nv is een nv waarvan de statuten 1. uitsluitend aandelen op naam kennen, 2. een blokkeringsregeling bevatten en 3. niet toelaten dat met medewerking van de vennootschap certificaten aan toonder worden uitgegeven.

5 Dit geldt bijvoorbeeld voor een nv met de ‘VBI-status’, die wel aandelen op naam heeft en een beperkte besloten groep van aandeelhouders, maar geen blokkeringsregeling. Hierbij zal evenveel behoefte bestaan aan een geschillenregeling als bij een besloten of open bv. Zie C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde* (Diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 108, Deventer: Kluwer 2011, p 35, hierna ook aangeduid als Bulten (2011). Als art. 2:335 lid 2 sub b BW niet geschrapt wordt, doet zich volgens Bulten de anomalie voor dat de geschillenregeling geldt voor de ‘open’ bv en de besloten nv.

6 Hierna wordt met vennootschap bedoeld op de bv, tenzij anders aangegeven.

7 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 6, p. 24-25.

Aan de interactie tussen de geschillenregeling en de statutaire blokkeringsregeling zal ik in paragraaf 5 aandacht besteden.

De positie van de vennootschap in de wettelijke geschillenregeling wijzigt aanzienlijk. Op grond van art. 2:343 lid 1 (tweede volzin) BW kan een vordering tot uittrekking nu ook tegen de vennootschap worden ingesteld. Dit kan niet alleen op grond van gedragingen van de vennootschap, maar ook op grond van gedragingen van één of meer medeaandeelhouders. Indien deze vordering tot uittrekking tegen de vennootschap wordt toegewezen, zal de vennootschap aandelen in haar eigen kapitaal verkrijgen. Hierbij kunnen de wettelijke regels die de mogelijkheid tot inkoop van aandelen beperken mogelijk roet in het eten gooien. Hier zal ik in paragraaf 6 nader op ingaan.

In paragraaf 7 zal ik eerst ingaan op eigen statutaire geschillenregelingen die ten doel hebben slechts een aantal afwijkingen – die zowel van formele als materiële aard kunnen zijn – aan te brengen ten opzichte van de wettelijke regeling (ook wel aangeduid als een ‘partiële eigen regeling’).<sup>8</sup> Daarna zal ik nader ingaan op een eigen statutaire geschillenregeling die ertoe strekt de wettelijke regeling geheel terzijde te stellen casu quo te vervangen (ook wel aangeduid als een ‘vervangende eigen regeling’). Meer in het bijzonder zal ik hierna ook onderzoeken of, en zo ja, in hoeverre bepaalde bezwaren die zijn geuit in de literatuur tegen de nieuwe wettelijke geschillenregeling kunnen worden weggenomen met behulp van een eigen statutaire geschillenregeling, waardoor de geschillenregeling inderdaad het door de Expertgroep bedoelde ‘noodzakelijk sluitstuk’ kan vormen.<sup>9</sup>

Ook zal ik enige korte voorstellen doen voor bepaalde onderdelen van de statutaire geschillenregeling en daarbij aandachtspunten aangeven.

Ten slotte sluit ik in paragraaf 8 af met een aantal conclusies.<sup>10</sup>

## **2. De meerwaarde van een eigen statutaire geschillenregeling ten opzichte van een eigen contractuele geschillenregeling**

### *2.1. Inleiding*

Van de wettelijke geschillenregeling kan in de statuten of een overeenkomst worden afgeweken (art. 2:337 lid 1 BW). Over de verhouding tussen de statuten en een eventuele aandeelhoudersovereenkomst en de voor- en nadelen die

---

<sup>8</sup> Zie paragraaf 3 en *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 100.

<sup>9</sup> De bezwaren tegen de nieuwe wettelijke geschillenregeling komen uitvoerig aan de orde in Bulten (2011).

<sup>10</sup> Zie ook mijn bijdrage aan de bundel *Onderneming en ADR* van OOR met als titel: ‘Statutaire vormgeving van een eigen geschillenregeling’, geschreven samen met J.A.M. ten Berg, hierna aangeduid als Ten Berg en Van Eck (2011). Bepaalde onderwerpen die in dit preadvies worden behandeld zijn ook deels in deze bijdrage aan de orde gekomen en zijn in zoverre een bewerking van die bijdrage. Deze bundel was ten tijde van de afronding van dit onderdeel van dit preadvies nog niet verschenen.

zijn verbonden aan de opname van een regeling in de statuten dan wel in een overeenkomst is al veel geschreven.<sup>11</sup> Wat betreft de eigen geschillenregeling zijn er verschillende redenen waarom opname in de statuten de voorkeur kan hebben.

## 2.2. *Eerdere binding aan de geschillenregeling*

Voor de effectiviteit van een geschillenregeling is het van belang dat iedere betrokkene aan de regeling is gebonden. Iemand die aandeelhouder wordt van een bv, terwijl op het moment van de verkrijging van de aandelen een geschillenregeling in de statuten is opgenomen, is automatisch aan die regeling gebonden.<sup>12</sup> Statutaire regelingen gelden immers, anders dan een aandeelhoudersovereenkomst, ook voor later toetredende aandeelhouders.<sup>13</sup> Indien de regeling slechts in een overeenkomst is opgenomen moet de nieuwe aandeelhouder daar partij bij worden (hij moet toetreden tot de overeenkomst). De binding van een aandeelhouder aan de regeling kan dan worden verzekerd door in de statuten een kwaliteitseis op te nemen die voorschrijft dat iedere aandeelhouder partij moet zijn bij de overeenkomst. De gebondenheid aan de regeling ontstaat dan niet door de enkele verkrijging van de aandelen.<sup>14</sup> Ook leden van de andere organen van de vennootschap kunnen eerder worden gebonden aan een geschillenregeling in de statuten dan aan een overeenkomst. Indien een geschillenregeling in de statuten is opgenomen zijn ook de bestuurder en commissaris die vervolgens worden benoemd aan die regeling gebonden. Zij hebben immers hun functie als bestuurder of commissaris aanvaard met inachtneming van de statutaire spelregels die binnen de vennootschap gelden. Op de binding aan een statutaire geschillenregeling zal hierna in paragraaf 4 nader worden ingegaan.

## 2.3. *Rechtsgevolgen*

Handelen in strijd met statuten respectievelijk overeenkomsten heeft verschillende rechtsgevolgen. Besluiten in strijd met de statuten zijn nietig op grond van art. 2:14 BW en een overdracht in strijd met een statutaire beperking is

11 Voor een verder inzicht in mogelijkheden en onmogelijkheden op het gebied van statutaire bepalingen en (aandeelhouders)overeenkomsten wordt hierbij verwezen naar J.A.M. ten Berg, *Statuten zonder bezwaar*, Den Haag: Sdu 2002 p. 161-207 hierna aangeduid als Ten Berg (2002).

12 M. van Olfen, 'Statutaire geschillenbeslechting', in: *Ying en Yang*, Deventer, Kluwer 2000, p. 225.

13 *Kamerstukken II 2006/07*, 31 058, nr. 3, p. 16.

14 In dezelfde zin: M. Zwankhuizen, 'De eigen geschillenregeling onder het nieuwe BV-recht', *V&O* 2010, nr. 3, p. 50, hierna aangeduid als Zwankhuizen (2010).

ongeldig op grond van art. 2:195 lid 4 BW.<sup>15</sup> Handelen in strijd met een (aandeelhouders)overeenkomst tast in beginsel de rechtshandeling niet aan, maar leidt tot een toerekenbare tekortkoming jegens de andere partij(en) bij de overeenkomst.<sup>16</sup> De keuze voor een statutaire of contractuele regeling zal onder meer afhankelijk zijn van deze verschillende rechtsgevolgen.<sup>17</sup>

#### 2.4. *Statutaire sancties*

In de statuten van een bv kunnen aan aandelen bepaalde verplichtingen (van verbintenisrechtelijke aard) worden verbonden (art. 2:192 BW). Tot zekerheid voor de nakoming van die verplichtingen, kunnen de statuten bepalen dat zolang een aandeelhouder niet aan een verplichting voldoet (i) het stemrecht, (ii) het recht op uitkeringen en/of (iii) het vergaderrecht is opgeschort (art. 2:192 lid 4 BW). Hierdoor kunnen obligatoire verplichtingen op vergaande wijze worden afgedwongen. In aandeelhoudersovereenkomsten komen vergelijkbare regelingen voor. Hier kunnen echter geen vergelijkbare sancties aan worden verbonden. Ook kunnen de statuten bepalen dat indien een aandeelhouder niet binnen een bepaalde redelijke termijn een verplichting tot aanbidding en overdracht van aandelen is nagekomen, de bv onherroepelijk gevolmachtigd is de aandelen aan te bieden en over te dragen. Deze statutaire volmacht heeft een andere status dan een gewone volmacht die bij een vergelijkbare regeling in een aandeelhoudersovereenkomst is opgenomen. Zo behoudt de statutaire volmacht gelding in faillissement en bij het van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling.

#### 2.5. *Interactie tussen de eigen geschillenregeling en de statutaire blokkeringsregeling*

De wettelijke geschillenregeling voorziet zowel in een uitstootregeling (art. 2:336 BW) als in een uittredingsregeling (art. 2:343 BW). Ter uitvoering van deze regelingen moeten uiteindelijk aandelen tegen een bepaalde prijs worden overgedragen. Aan die overdracht moet een verplichte

---

15 Zo kan bijvoorbeeld in de statuten min of meer overeenkomstig art. 2:338 lid 1 BW de overdraagbaarheid van alle aandelen van de eisende of gedaagde aandeelhouder worden uitgesloten nadat een uittredings- of uitstootvordering is ingesteld (op grond van art. 2:195 lid 3 BW). Een overdracht in strijd met die uitsluiting is dan ongeldig.

16 H.J. Portengen, 'Naar contractsvrijheid voor de BV en haar statutaire inrichting (?)', in: T.P. van Duuren, H.J. Portengen, E.P.M. Vermeulen en B. Bier, *De vereenvoudigde B.V.*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 48, hierna aangeduid als Portengen (2006). In bepaalde gevallen zijn beperkte vennootschapsrechtelijke gevolgen toegekend aan aandeelhoudersovereenkomsten. Zie onder meer: OK 20 mei 1999, *JOR* 2000/72 (*Cromwilld/Versatel*) en OK 8 mei 2002, *JOR* 2002/112 (*Broadnet*).

17 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 15-16.



aanbieding conform de wettelijke of de statutaire aanbiedingsregeling die van toepassing is op een vrijwillige voorgenomen overdracht van aandelen (art. 2:341 lid 2 of art. 2:343a lid 2 BW) voorafgaan. Een eventuele statutaire goedkeuringsregeling wordt bij uitstoting of uittreding op grond van de wettelijke geschillenregeling buiten werking gesteld.<sup>18</sup> Zoals hierna in paragraaf 3 zal worden uiteengezet, zal een eigen statutaire geschillenregeling, zoals bedoeld in art. 2:337 lid 1 BW, meestal ook leiden tot de verplichte overdracht van aandelen.

Op basis van het wetsvoorstel zal het mogelijk worden om een blokkeringsregeling geheel op maat te maken. Het is van belang om de blokkeringsregeling te laten aansluiten op zowel de wettelijke geschillenregeling als een eigen regeling. Hierdoor kunnen diverse uitvoeringsproblemen worden voorkomen. Bij de bepaling van de prijs voor de aandelen overeenkomstig de geschillenregeling kan de rechter de benoeming van deskundigen achterwege laten indien de statutaire regeling een duidelijke maatstaf voor de bepaling van de waarde bevat en de rechter aan de hand daarvan de prijs zonder meer kan vaststellen. Deze maatstaf kan ook in de blokkeringsregeling worden opgenomen (vergeelijk art. 2:339 lid 3 OBW en art. 2:339 lid 3 BW).

Ter bevordering van een goede interactie tussen de diverse regelingen verdient het mijns inziens de voorkeur deze zo veel als mogelijk allemaal in de statuten op te nemen. Op de interactie tussen de geschillenregeling en de statutaire blokkeringsregeling zal ik nader in paragraaf 5 ingaan.

## 2.6. Openbaarheid

Zoals hiervoor in paragraaf 2.2 aangegeven, kan vanuit het perspectief van de binding van een nieuwe aandeelhouder aan een geschillenregeling, de opname van de geschillenregeling in de statuten de voorkeur verdienen. Doordat de statuten openbaar zijn, kan de nieuwe aandeelhouder bekend zijn met de regeling of zal hij geacht kunnen worden daarmee bekend te zijn en bij aanvang van het aandeelhouderschap daaraan gebonden worden.<sup>19</sup> De openbaarheid van de statuten kan uiteraard ook een nadeel zijn. Zo is het niet altijd wenselijk dat bijvoorbeeld concurrenten kennis kunnen nemen van bepaalde commercieel gevoelige afspraken. Overwogen kan worden om in dat geval slechts het gevoelige deel van de geschillenregeling in de overeenkomst op te nemen en het overige deel in de statuten.

18 J.J.M. Grapperhaus, 'De geschillenregeling en de BV', in: *Dossier Onderneming & Geschillen*, 's-Hertogenbosch: Uitgeverij Advies B.V. 1994, p. 40: 'De Geschillenregeling doorbreekt de goedkeuringsregeling, maar niet de aanbiedingsregeling', hierna aangeduid als Brood-Grapperhaus (1994).

19 *Kamerstukken II 2006/07*, 31 058, nr. 3, p. 15 en zie Zwankhuizen (2010), p. 50.

## 2.7. *Statutaire forum- en rechtskeuze*

In art. 2:336 lid 3 BW is de rechtbank van de woonplaats van de vennootschap (zie art. 1:10 lid 2 BW) aangewezen als uitsluitend relatief competent tot de kennisneming van de uitstotingsvordering in eerste aanleg. Deze competentieregel geldt eveneens voor de uittredingsvordering op grond van art. 2:343 lid 2 BW. Indien een gedaagde aandeelhouder niet in Nederland woont of daar zijn zetel heeft, kunnen zich competentie- en IPR-problemen voordoen. Ten aanzien van de reikwijdte van art. 22 sub 2 EEX-Vo bestaat thans geen duidelijkheid. Zolang het Hof van Justitie van de EU zich hierover nog niet heeft uitgesproken, blijft nog onzeker of de geschillenregeling onder de onderwerpen van art. 22 sub 2 EEX-Vo valt.<sup>20</sup> Het verdient daarom de voorkeur om in de statuten een forumkeuze op te nemen waarin de rechter van de statutaire zetel van de vennootschap bevoegd wordt verklaard. Op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU is iedere aandeelhouder, ongeacht of hij al dan niet heeft ingestemd met het besluit tot statutenwijziging waarbij de statutaire forumkeuzeclausule werd ingevoerd, daaraan gebonden, mits de statuten openbaar toegankelijk zijn.<sup>21</sup> Op de statutaire forumkeuze kom ik nader terug in paragraaf 7.5. Volgens diverse schrijvers zijn de mogelijkheden tot een statutaire rechtskeuze beperkt tot Nederlands recht.<sup>22</sup> De mogelijkheden tot rechtskeuze in een overeenkomst zijn ruimer.<sup>23</sup>

## 3. **Voorwaarden voor een statutaire geschillenregeling**

### 3.1. *Inleiding: uitgangspunten van de regeling*

Volgens de wetsgeschiedenis met betrekking tot het wetsvoorstel is de wettelijke geschillenregeling gericht op het opheffen van (conflict)situaties waarin de samenwerking in de vennootschap door tegenstellingen tussen aandeelhouders

---

20 Bulten (2011), p. 154, P. Vlas, *Rechtspersonen*, Praktijkreeks IPR, vierde, herziene uitgave, Apeldoorn/Antwerpen, Maklu, 2009, p 208-209, hierna aangeduid als Vlas (2009).

21 HvJ EG 10 maart 1992, zaak C-214/89 (*Powell Duffryn PLC/Wolfgang Petereit c.s.*).

22 Chr. M. Stokkermans, 'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk', in: D.F.M.M. Zaman (red.), *Beslotenheid en extraverbintenissen*, Den Haag: Sdu 2008, p. 117-118 (hierna aangeduid als Stokkermans (2008/I)) is van mening dat tot het inwendige bestel van de bv ook haar statuten behoren en dat deze naar vorm en inhoud integraal onderworpen zijn aan Nederlands recht. Hetzelfde geldt voor andere voorwaarden, afspraken en verplichtingen die daarin worden opgenomen. Portengen (2006), p. 49, is daarentegen wat minder stellig en stelt dat Nederlands recht in ieder geval van toepassing is op de door Boek 2 BW beheerste onderdelen zoals de interne organisatie, waarvan de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW deel uitmaakt. Zie ook HR 23 maart 2001, *NJ 2003/715 (Obligatielening DAF)*.

23 Zie ook nog ter vergelijking het korte overzicht van Stokkermans waarin hij de belangrijkste voordelen die met een eigen regeling ten opzichte van de wettelijke geschillenregeling kunnen worden bereikt kort samenvat. Stokkermans (2008/I), p. 148-149.

in een impasse is geraakt.<sup>24</sup> Niet alleen door een statutaire blokkeringsregeling, maar ook door andere statutaire regelingen waarin gebruik gemaakt wordt van de flexibiliteit die het wetsvoorstel biedt ten aanzien van de inrichting van de vennootschap, kan een aandeelhouder bekneld raken en de samenwerking tussen aandeelhouders in een impasse terecht komen.<sup>25</sup>

In de Memorie van Toelichting wordt een aantal van die conflictsituaties opgesomd en onderverdeeld in de volgende categorieën:

*(i) Unanimititeit/instemming van alle aandeelhouders*

Ten eerste zijn er regelingen waarvoor het wetsvoorstel unanimititeit voorschrijft of de instemming van alle aandeelhouders die nadeel ondervinden. Conflicten kunnen ontstaan wanneer een aandeelhouder tegenstemt en daarmee de wens van de meerderheid blokkeert.

*(ii) Niet tegen de wil van een aandeelhouder*

Ten tweede bevat het wetsvoorstel regelingen die niet tegen de wil van een aandeelhouder kunnen worden opgelegd. De kans op conflicten lijkt in deze gevallen kleiner, omdat de meerderheid van de aandeelhouders ervoor kan kiezen om een regeling in te voeren die niet voor alle aandeelhouders geldt.

*(iii) Meerderheidsbeginsel*

Ten derde zijn er regelingen die door de meerderheid kunnen worden opgelegd aan de minderheid. Hier kunnen conflicten ontstaan wanneer de minderheidsaandeelhouder zich niet kan vinden in het besluit van de meerderheid. Daarnaast staat hierbij voorop dat een minderheidsaandeelhouder rekening moet houden met het feit dat de besluitvorming binnen vennootschap in beginsel door de meerderheid in de algemene vergadering wordt bepaald.<sup>26</sup>

Het is volgens de wetgever van essentieel belang dat de wettelijke geschillenregeling een procedure voor conflictsituaties biedt die erop gericht is om via de weg van uitstoting of uittreding van aandeelhouders ‘een uitweg te bieden’.<sup>27</sup> Het staat partijen vrij om af te wijken van de wettelijke geschillenregeling, maar volgens de wetgever zal uitsluiting van deze regeling steeds gepaard moeten gaan met een statutaire of overeengekomen eigen regeling die voorkomt dat aandeelhouders bekneld raken.<sup>28</sup> Naar mijn mening wordt hier niet alleen gedoeld op een regeling die voorkomt dat aandeelhouders bekneld raken, maar ook op een regeling die aandeelhouders een uitweg biedt indien zij al bekneld zijn geraakt.

24 *Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 24.*

25 *Kamerstukken II 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 25.*

26 *Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 17-18.*

27 *Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 18.*

28 *Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 101.*

Art. 2:337 BW regelt in hoeverre kan worden afgeweken van de wettelijke bepalingen van de geschillenregeling. In lid 1 wordt bepaald dat indien de statuten of een overeenkomst een afwijking van de wettelijke geschillenregeling bevatten daarop geen beroep kan worden gedaan ‘*voorzover een gevorderde overdracht van aandelen door die afwijkende regeling onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is*’. Er kan op diverse manieren worden afgeweken van de wettelijke bepalingen van de geschillenregeling. Afwijkende regelingen kunnen er in alle soorten en maten zijn. Zo kan een afwijkende regeling materiële afwijkingen van de wettelijke geschillenregeling bevatten, bijvoorbeeld (i) in een statutaire blokkeringsregeling, of (ii) ten aanzien van de maatstaven voor waardering van de over te dragen aandelen (art. 2:339 lid 2 en art. 2:340 lid 3 BW) en formele afwijkingen daarvan bevatten, zoals ten aanzien van de rechterlijke bevoegdheid (art. 2:337 lid 2 BW).<sup>29</sup> De meest verstrekkende afwijkende regeling is de statutaire geschillenregeling die zowel formele als materiële afwijkingen van de wettelijke regeling bevat en waarbij wordt beoogd om de gehele wettelijke regeling terzijde te stellen.<sup>30</sup> Duidelijkheid met betrekking tot de kwalificatie van een bepaalde regeling als een eigen regeling is van belang. Zo is het niet ondenkbaar dat aandeelhouders ten onrechte in de veronderstelling verkeren dat zij een eigen regeling in de zin van art. 2:337 lid 1 BW hebben gemaakt en later toch onverwacht worden geconfronteerd met de wettelijke geschillenregeling. Ook de omgekeerde situatie is denkbaar. Aandeelhouders hebben bepaalde afspraken gemaakt ten aanzien van het definitief uit elkaar gaan als aandeelhouders indien en zodra bepaalde situaties zich voordoen, waaronder begrepen conflictsituaties, maar beseffen niet dat zij hierdoor geen beroep meer kunnen doen op de wettelijke geschillenregeling. In verband hiermee is het van belang dat de bedoeling van de aandeelhouders uit de eigen regeling blijkt. Indien zij de wettelijke geschillenregeling geheel terzijde willen stellen, doen zij er goed aan dit ook uit de eigen regeling te laten blijken. Zie hierover ook paragraaf 7.1. Hierna zal nader worden onderzocht aan welke voorwaarden een afwijkende of eigen statutaire regeling moet voldoen indien het de bedoeling is om de wettelijke geschillenregeling geheel terzijde te stellen.

### 3.2. *Is er sprake van een regeling voor de oplossing van geschillen?*

Een eerste vraag die moet worden beantwoord is of de eigen statutaire regeling een regeling bevat voor de oplossing van geschillen als bedoeld in afdeling 2.8.1 BW (het eerste deel van art. 2:337 lid 1 BW).

---

<sup>29</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 100.

<sup>30</sup> In de literatuur is wel als de meest omvattende afwijking van de wettelijke regeling genoemd de bepaling dat geschillen tussen aandeelhouders onderling en geschillen tussen een aandeelhouder en de vennootschap zijn onderworpen aan arbitrage. Zie Bulten (2011), p. 294 en p. 297-305.

Met name in de oudere literatuur ten aanzien van art. 2:337 OBW is de nodige aandacht gegeven aan dit deel van de regeling. De bewoordingen van dit eerste deel van het wetsartikel zullen als gevolg van het wetsvoorstel vrijwel niet wijzigen. In de huidige tekst gebruikt de wetgever de woorden ‘geschillen tussen aandeelhouders’ en in de nieuwe tekst ‘geschillen als in deze afdeling bedoeld’. Deze wijziging zou op het eerste gezicht tot de conclusie kunnen leiden dat de huidige tekst een veel ruimer palet van mogelijke geschillen bestrijkt dan die welke specifiek in de afdeling geschillen worden genoemd. Uit de Memorie van Toelichting blijkt niet dat de wetgever een dergelijke fundamentele systeemwijziging binnen art. 2:337 BW heeft beoogd. Hij geeft aan dat de wijziging van ‘geschillen tussen aandeelhouders’ naar ‘geschillen als in deze afdeling bedoeld’ slechts verband houdt met het feit dat bij de uitredingsregeling de vordering in het vervolg ook tegen de vennootschap kan worden ingesteld.<sup>31</sup>

In de vorenbedoelde oudere literatuur met betrekking tot het huidige art. 2:337 OBW wordt aangenomen dat met een regeling voor de oplossing van geschillen wordt bedoeld op een regeling, die (i) voorziet in een nadere uitwerking omtrent uittreding of uitstoting (Santen), (ii) een sanering van de verhoudingen in de vennootschap tot gevolg heeft (Van den Berg) of (iii) tot hetzelfde resultaat moet kunnen leiden als wanneer de wettelijke geschillenregeling wordt gevolgd (Sanders).<sup>32</sup>

De Hoge Raad heeft zich nog niet over uitgesproken over de voormelde vraag. De Rechtbank Rotterdam lijkt wel op dezelfde lijn als de vorenbedoelde literatuur te zitten.<sup>33</sup> Volgens de rechtbank kwalificeerde de statutaire aanbiedingsregeling niet als een eigen regeling zoals bedoeld in art. 2:337 OBW omdat deze geen verplichting tot afname en levering bevatte.

De meer recente literatuur ten aanzien van het nieuwe art. 2:337 lid 1 BW volgt dezelfde lijn.<sup>34</sup> Zo is Bulten van mening dat de eigen regeling uiteindelijk tot een daadwerkelijke aandelenoverdracht moet kunnen leiden.<sup>35</sup>

Op grond van het nieuwe art. 2:337 BW mag de afwijking van de wettelijke regeling niet zover gaan dat de overdracht van aandelen op grond van de

31 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058 nr. 3, p. 101.

32 A.H.M. Santen, ‘De geschillenregeling’, in: *Vennootschapsrecht in EG-perspectief*, Lustrumbundel KNB, Deventer: Kluwer 1993, p. 78, A.J. van den Berg, ‘Artikel 337 Boek 2 BW: geschillenregeling NV/BV en arbitrage’, in: R. Zwitser e.a. (red.), *Tot persiit!* (Snijderbundel), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 4 en P. Sanders, ‘Geschillen in BV en NV’, in: H.J.M.N. Honée e.a. (red.), *Van vennootschappelijk belang* (Maeijerbundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 254 (hierna aangeduid als Sanders (1988)). Zie verder voor een gedetailleerd overzicht van de betreffende literatuur Bulten (2011), p. 293, voetnoot 12.

33 Rb. Rotterdam 5 november 1998, *JOR* 1999/28.

34 Zwankhuizen komt, zij het op basis van een onjuiste redenering, tot de conclusie dat een eigen regeling een uitstoot- en uittredingsregeling moet bevatten. Zie Zwankhuizen (2010), p. 50-51 en Ten Berg en Van Eck (2011), paragraaf 4.4.

35 Bulten (2011), p. 292-293.

eigen afwijkende regeling onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt. In het huidige art. 2:337 OBW is de ondergrens voor de eigen regeling dat deze niet kan worden toegepast. Daaronder valt volgens de wetsgeschiedenis ook het onmogelijk worden zoals bedoeld in art. 2:337 lid 1 BW.<sup>36</sup> Naar mijn mening is met deze tekstuele wijziging van art. 2:337 OBW geen materiële wijziging beoogd.<sup>37</sup> Ook Bulten meent dat hiervan geen sprake is.<sup>38</sup> Zuiver grammaticaal benaderd, dwingt de oude formulering wel meer tot een ‘alles of niets’ benadering dan de nieuwe formulering. De eigen regeling geldt, tenzij deze niet kan worden toegepast. De nieuwe formulering maakt duidelijk dat de eigen regeling ook voor een deel kan blijven gelden, maar dat daarnaast de wettelijke regeling toepassing zal vinden. In de wetsgeschiedenis is ook aangegeven dat met het woord ‘voor zover’ tot uitdrukking wordt gebracht dat de eigen regeling in een dergelijk geval ook ten dele buiten toepassing kan blijven.<sup>39</sup>

Mede op basis van de hiervoor in paragraaf 3.1 aangegeven recente wetsgeschiedenis kan ik mij grotendeels vinden in de conclusies van de hiervoor verkort aangehaalde schrijvers (Santen, Van den Berg en Sanders). De hoofdregel is en blijft naar mijn mening dat uitsluiting van de wettelijke geschillenregeling steeds gepaard zal moeten gaan met een eigen regeling die voorkomt dat aandeelhouders bekneld blijven en een structurele oplossing biedt voor een impasse tussen de aandeelhouders. Als de eigen regeling tot hetzelfde resultaat moet kunnen leiden als de wettelijke geschillenregeling, zoals in de hiervoor verkort weergegeven visie van Sanders, dan moet de eigen regeling de conflictsituaties, ongeacht of deze door een statutaire blokkeringsregeling of door andere statutaire regelingen zijn ontstaan, structureel en/of definitief kunnen opheffen.

In de literatuur is al een aantal regelingen op basis van deze criteria onder de loep genomen. Dat geldt allereerst voor de regelingen die in de Memorie van Toelichting bij het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de huidige geschillenregeling aan de orde zijn gesteld: de regeling voor het geval de stemmen staken (in de algemene vergadering), de stemovereenkomst en de zogenoemde

---

36 In de wetsgeschiedenis is bepaald dat de formulering dat op een afwijking geen beroep kan worden gedaan als zij de overdracht ‘onmogelijk’ maakt, zulks mede omvat het thans in art. 2:337 OBW opgenomen geval dat de regeling ‘niet kan worden toegepast’. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 100. Zie ook Bulten (2011), p. 279-280.

37 Stokkermans lijkt er wel van uit te gaan dat sprake is van enige inhoudelijke wijziging. Zie Stokkermans (2008/I), p. 135.

38 Bulten (2011) p. 237-238, p. 279-280 en p. 291-292. De door Maeijer en Honée gebezigde uitleg van art. 2:337 OBW dat de weg naar de rechter open staat als de eigen regeling niet tot een bevredigende uitkomst heeft geleid (of na het doorlopen van de eigen regeling noch immer een situatie heerst die rijp is voor uitstoting of uittreding) zou naar haar mening ook niet inhoudelijk worden gewijzigd door art. 2:337 BW.

39 Zie ook: *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 100.

change of control clause.<sup>40</sup> Ik zal hierna allereerst nader op die regelingen ingaan en vervolgens nog een aantal andere regelingen bespreken.

### 3.2.1. REGELING VOOR HET GEVAL DE STEMEN STAKEN

De statutaire regeling voor het geval de stemmen staken van art. 2:230 lid 1 OBW voorziet niet in een structurele oplossing van een geschil. Deze regeling werd in de wetsgeschiedenis van de huidige geschillenregeling wel aange-merkt als een eigen regeling die de wettelijke regeling terzijde stelt, maar dit lijkt mij onjuist.<sup>41</sup> Deze regeling lost alleen een impasse op in de besluitvorming in een vennootschapsorgaan (de algemene vergadering van aandeelhouders), maar kan de conflictsituatie niet structureel en definitief opheffen.

### 3.2.2. STEMVEREENKOMST

Hetzelfde geldt voor een stemovereenkomst. Deze kwalificeert naar mijn mening eveneens niet als een eigen regeling.<sup>42</sup>

### 3.2.3. STATUTAIRE AANBIEDINGSREGELING (ZONDER OVERNAMEVERPLICHTING)

Een statutaire aanbiedingsregeling met alleen een aanbiedingsverplichting indien bepaalde situaties zich voordoen, kwalificeert naar mijn mening ook niet als een eigen regeling. Als er geen afnameverplichting bestaat, leidt deze regeling niet tot een definitieve oplossing. De aandeelhouder kan met zijn aandelen blijven zitten (hij is/blijft bekneld). De regeling heeft dan ook niet hetzelfde resultaat als de wettelijke geschillenregeling. Als er wel een afnameverplichting bestaat, kan deze regeling mogelijk kwalificeren als een eigen regeling. Of dat zo is, zal er allereerst van afhangen in welke situaties de aanbiedingsverplichting ontstaat. Indien deze situaties niets van doen hebben met conflictsituaties zal dit niet snel het geval zijn. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een regeling die alleen maar ziet op de aanbieding van aandelen indien er sprake is van een surséance van betaling van een aandeelhouder-rechtspersoon. Van een eigen regeling is dan geen sprake, ook al bestaat er in dat geval een afnameverplichting. Ten tweede kan het ook nog van belang zijn dat er niet alleen een verplichting tot aanbieding, maar ook tot daadwerkelijke overdracht bestaat. Indien degene die moet aanbieden, zich in bepaalde gevallen – bijvoorbeeld indien hij de prijs te laag vindt – kan terugtrekken, zal de regeling veel minder snel tot een definitieve oplossing leiden.

40 *Kamerstukken II* 1984/85, 18 905, nr. 3, p. 18-19.

41 *Kamerstukken II* 1984/85, 18 905, nr. 3, p. 18-19 en blijkbaar in dezelfde zin Bulten (2011), p. 292.

42 Zie ook Bulten (2011), p. 292-293.

#### 3.2.4. CHANGE OF CONTROL OVER EEN AANDEELHOUDER-RECHTSPERSOON

Volgens Sanders valt een change of control-clausule in een joint venture-overeenkomst (op grond waarvan bij de wijziging van de zeggenschap over een aandeelhouder-rechtspersoon de aandelen van die aandeelhouder moeten worden aangeboden) eveneens buiten de reikwijdte van art. 2:337 BW. Bij een dergelijke bepaling is volgens Sanders geen sprake van sanering van de vennootschappelijke verhoudingen in verband met een impasse in de aandeelhoudersvergadering.<sup>43</sup> Ik kan mij daarin vinden. Er is dan alleen sprake van een door de aandeelhouders afgesproken aanbiedingsverplichting die ontstaat door het intreden van een bepaalde gebeurtenis die los staat van een conflict tussen de aandeelhouders. Zie ook paragraaf 3.2.3 hiervoor. Ook al ontstaat in het geval van een change in control over een aandeelhouder-rechtspersoon niet alleen een aanbiedings-, maar ook een afnameverplichting, dan biedt dit de bekleemde aandeelhouder zelf nog steeds geen uitweg. Alleen de aandeelhouder(s) van de aandeelhouder-rechtspersoon kan (kunnen) een 'exit' forceren door zijn (hun) aandelen in de aandeelhouder te vervreemden aan een derde. Ook kan nog worden gekeken naar de volgende regelingen.

#### 3.2.5. RUSSIAN ROULETTE OF BUY-SELL REGELING

Een zogenoemde Russian roulette of Buy-Sell regeling – zoals hierna kort omschreven – zou met de nodige voorzieningen (checks and balances) naar mijn mening als een eigen regeling kunnen kwalificeren.<sup>44</sup> Een dergelijke regeling leidt tot een definitieve oplossing. Doordat de aandelen (verplicht) worden overgenomen of overgedragen wordt de beknelde situatie opgeheven. Dergelijke regelingen kunnen meestal eerst worden toegepast indien sprake is van een langdurige patstelling in de algemene vergadering (een voortdurende deadlock). Dat hoeft niet altijd zo te zijn. Eerdere toepassing is soms ook gewenst. Zo wordt in de praktijk wel overeengekomen dat de regeling na het verstrijken van een bepaalde lock-up periode, ook zonder dat sprake is van een (langdurige) patstelling, kan worden toegepast. Het feit dat de regeling ook buiten een impasse kan worden toegepast, staat op zichzelf niet aan de kwalificatie van de regeling als eigen regeling in de weg. Zie hierna ook in paragraaf 3.3.<sup>45</sup>

Een 'Russian roulette' regeling werkt globaal als volgt:

---

43 Sanders (1988), p. 254.

44 De omschrijvingen van de Russian roulette en de Buy-Sell regeling zijn ontleend aan Ten Berg (2002), p. 203-205.

45 H.J.M.N. Honée, 'Deadlock-situaties', in: J. Struycken e.a. (red.), *Joint ventures*, Ars Aequi 1995-5, Nijmegen: Stichting Ars Aequi 1995, p. 54-55 en Ten Berg (2002), p. 203-204.



A wil van B af en biedt zijn aandelen aan B aan tegen een door hem (A) te noemen prijs x. B heeft de keuze tussen (i) het aanbod van A te aanvaarden en derhalve A's aandelen voor prijs x over te nemen, of (ii) het aanbod van A niet te aanvaarden maar die weigering impliceert in deze regeling dat B zijn eigen aandelen aan A aanbiedt tegen prijs x.

Het eerste deel van de regeling is eigenlijk een gewone aanbiedingsregeling. A biedt zijn aandelen aan B aan en noemt zijn prijs. Indien B echter niet accepteert, moet B zijn aandelen aan A aanbieden.

Een 'Buy-Sell' regeling is het spiegelbeeld van de Russian roulette en werkt globaal als volgt:

A neemt wederom het initiatief, maar nu niet door het doen van een aanbod *tot verkoop* maar door het doen van een aanbod aan B *tot koop* van B's aandelen tegen een door A genoemde prijs. In dit geval heeft B de keuze tussen (i) het bod accepteren zodat hij zijn aandelen aan A moet overdragen, of (ii) het bod van A weigeren. Deze weigering impliceert het aanbod van B om A's aandelen over te nemen tegen de door A in eerste instantie genoemde prijs.

### 3.2.6. KWALITEITSEIS PARTIJ BIJ AANDEELHOUDERSOVEREENKOMST

De kwaliteitseis inhoudende dat uitsluitend partijen bij een aandeelhoudersovereenkomst aandeelhouder kunnen zijn, zou ook als een eigen regeling in de zin van art. 2:337 lid 1 BW kunnen worden aangemerkt. Dit is naar mijn mening alleen zo indien de regeling inhoudt dat (i) een beknelde aandeelhouder de aandeelhoudersovereenkomst kan opzeggen en dan zijn aandelen moet overdragen aan de andere aandeelhouders die verplicht zijn om de aandelen van die aandeelhouder over te nemen en (ii) de zich niet-misdragende aandeelhouders de aandeelhoudersovereenkomst ten aanzien van een zich misdragende aandeelhouder kunnen beëindigen en deze laatste dan verplicht is zijn aandelen over te dragen aan de zich niet-misdragende aandeelhouders. Kwaliteitseisen kunnen ook een averechts effect hebben. Te stringent geformuleerde kwaliteitseisen zonder ontheffingsmogelijkheid kunnen immers een overdracht ook onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maken. Zie hierna in paragraaf 3.3.2.3.<sup>46</sup>

<sup>46</sup> In de literatuur is met betrekking tot deze kwaliteitseis in het algemeen de vraag gesteld of door een dergelijke regeling de overdraagbaarheid van aandelen aan derden niet onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt. Sommige schrijvers komen tot de conclusie dat dit niet zo is vanwege de ontsnappingsmogelijkheid die de wettelijke geschillenregeling te dezen biedt. Timmerman wijst erop dat de aandeelhouder die het in zijn besloten kring te benauwd krijgt omdat hij zijn aandelen niet kan vervreemden altijd kan trachten via de wet-

### 3.2.7. MOET DE EIGEN REGELING VOORZIEN IN ZOWEL EEN UITTREDINGS- ALS EEN UITSTOOTREGELING?

Zoals eerder gemeld zal de uitsluiting van de wettelijke geschillenregeling steeds gepaard moeten gaan met een eigen regeling die aandeelhouders een uitweg biedt indien zij bekneld zijn geraakt. De eigen regeling moet conflictsituaties structureel en/of definitief opheffen. Indien de visie van Sanders wordt doorgetrokken, moet de eigen regeling wel tot hetzelfde resultaat kunnen leiden als wanneer de wettelijke regeling wordt gevolgd. Volgens Sanders moet het ecarteren (uitstoting) of verdwijnen (uittreding) van een aandeelhouder *het gevolg kunnen zijn* van een eigen regeling.<sup>47</sup> De eigen regeling zou dan, net zoals de wettelijke regeling, moeten voorzien in zowel een uitstoot- als een uittredingsregeling. Is dat niet het geval, dan is het volgens Sanders geen vervangende oplossing. Dit volgt niet uit de wetgeschiedenis met betrekking tot het wetsvoorstel. In de hiervoor geciteerde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam lijkt de rechtbank alleen een uittredingsregeling voldoende te vinden.<sup>48</sup> In de recente literatuur lijkt men ook minder streng. Bulten lijkt primair van belang te vinden dat wordt voorzien in een definitieve oplossing. Als de eigen regeling (uiteindelijk) tot een daadwerkelijke aandelenoverdracht kan leiden, dan is dit naar haar mening voldoende. Zij maakt daarbij geen onderscheid tussen de overdracht van de aandelen van de zich misdragende of van de zich niet-misdragende aandeelhouder. Het *resultaat* lijkt voorop te staan en niet relevant lijkt hoe daartoe wordt gekomen.<sup>49</sup>

Stokkermans heeft de vraag opgeworpen of de uitstootactie in een eigen regeling kan worden uitgesloten.<sup>50</sup> Hij verwijst daarbij naar de algemene norm uit het tweede deel van art. 2:337 lid 1 BW. Deze algemene norm bepaalt dat op een in

---

telijke geschillenregeling daaraan te ontkomen. L. Timmerman, 'Het krakende gebouw van het vennootschapsrecht', *TVVS* 1995-7, p. 180. Ten Berg meent dat een dergelijke kwaliteitseis in rechte zou moeten kunnen standhouden (Ten Berg (2002), p. 197-198). In andere zin: H.J. Portengen, 'Aandeelhoudersovereenkomst als kwaliteitseis?', *WPNR* 2002/6514, p. 842-847.

47 Sanders (1988), p. 254-255.

48 Zie r.o. 4.1: De aanbiedingsregeling voorziet niet in een verplichting tot afname van de aandelen door de medeaandeelhouders wanneer dezen de door (een) deskundige(n) vastgestelde prijs te hoog vinden (en evenmin in een verplichting tot levering wanneer de aanbieder de aldus vastgestelde prijs te laag mocht oordelen).

49 Ik zet de opvattingen in de literatuur wat absoluut tegenover elkaar. Mogelijk zijn de verschillen in de uitwerking minder absoluut. Verwarring kan immers ontstaan omdat de uittredingsregeling van art. 2:343 BW niet alleen voorziet in een overnameverplichting voor de gedaagde aandeelhouder, maar ook in een overdrachtsverplichting voor de eisende aandeelhouder. Overdrachtsverplichtingen worden doorgaans enkel geassocieerd met een uitstootregeling, maar ook uittredingsregelingen bevatten doorgaans verplichtingen tot overdracht of overname, al dan niet onder voorwaarden.

50 Stokkermans (2008/I), p. 134-135.

een eigen regeling opgenomen afwijking van de wettelijke regeling geen beroep kan worden gedaan voor zover deze de overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt. Op deze algemene norm zal hierna in paragraaf 3.3 nader worden ingegaan. Stokkermans stelt dat verdedigd kan worden dat de overdracht niet onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is, (...) zolang een slecht behandelde aandeelhouder maar tegen een redelijke prijs kan uittreden. Naar mijn mening gaat Stokkermans hierbij iets te snel. Hij slaat de eerste vraag, namelijk of een dergelijke regeling wel kan worden aangemerkt als een eigen regeling, over.

Indien in de eigen regeling slechts wordt voorzien in een uittredingsmogelijkheid, kunnen uiteindelijk ter uitvoering van die regeling aandelen worden overgedragen. In de visie van Bulten zou dit dan voldoende moeten zijn aangezien deze eigen regeling (uiteindelijk) tot een aandelenoverdracht kan leiden indien van het uittredingsrecht gebruik wordt gemaakt door één van de aandeelhouders. Een dergelijke eigen regeling voorkomt naar mijn mening niet dat aandeelhouders in de knel komen door onredelijk gedrag van een andere zich misdragende aandeelhouder. Deze laatste krijgt dan in feite een vrijbrief voor onredelijk gedrag. Zolang hij geen gebruik maakt van zijn eigen uittredingsrecht, kan hij de andere aandeelhouders het leven zuur blijven maken en rest de anderen niets anders dan ‘het schip te verlaten’. Stokkermans vraagt zich hierbij – naar mijn mening terecht – af of daarmee nog voldoende rechtsbescherming wordt geboden aan degene die wordt weggepest. De eigen regeling moet naar mijn mening idealiter een uitweg bieden voor alle aandeelhouders die bekneld kunnen raken, op welke wijze dan ook, ook wanneer een zich misdragende aandeelhouder niet van zijn uittredingsrecht gebruikmaakt.

Indien het de bedoeling is dat de wettelijke geschillenregeling geheel terzijde wordt gesteld door een eigen regeling is het naar mijn mening van belang dat er in die regeling zowel een uitstoot- als een uittredingsmogelijkheid wordt opgenomen. Is dat niet het geval en wordt bijvoorbeeld de uitstootmogelijkheid uitdrukkelijk uitgesloten, dan valt naar mijn mening niet uit te sluiten dat onder omstandigheden – ook al blijkt duidelijk uit de eigen regeling dat het de bedoeling van de aandeelhouders is om de wettelijke regeling geheel terzijde te stellen – een beroep op die eigen regeling in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan zijn.

Een tweede vraag is vervolgens of door de uitsluiting van de uitstootactie de van een zich misdragende aandeelhouder gevorderde overdracht onmogelijk is geworden. In zoverre wordt er dan niet aan de hiervoor bedoelde algemene norm voldaan. Naar mijn mening is in dat geval – mede op grond van het vorenstaande – verdedigbaar dat de wettelijke uitstootregeling van art. 2:336 BW toch kan worden toegepast.<sup>51</sup>

---

51 Zie ook Ten Berg en Van Eck (2011), paragraaf 4.4. en de wetgeschiedenis met betrekking tot ‘voorzover’ in art. 2:337 lid 1 BW. Hieruit blijkt dat de eigen regeling ook ten dele buiten toepassing kan worden gelaten. Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 100.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt – zoals eerder gemeld – dat uitsluiting van de wettelijke geschillenregeling steeds gepaard zal moeten gaan met een eigen regeling die aandeelhouders een uitweg biedt indien zij bekneld zijn geraakt. Als een statutaire regeling op grond van het vorenstaande inderdaad kwalificeert als een dergelijke eigen regeling, moet vervolgens worden nagegaan of deze regeling ook daadwerkelijk tot een definitieve opheffing van de conflictsituatie kan leiden door middel van de overdracht van aandelen. Dat is niet zo indien en voor zover een ter uitvoering van die eigen regeling gevorderde overdracht door die regeling zelf (of elders in de statuten) onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt gemaakt.<sup>52</sup> Op deze algemene norm zal ik nu nader ingaan.

### 3.3. *De door de afwijkende regeling gevorderde overdracht mag niet onmogelijk of uiterst bezwaarlijk worden gemaakt*

Geen beroep kan worden gedaan op de eigen (afwijkende) statutaire regeling voor zover deze de gevorderde overdracht van aandelen ‘onmogelijk of uiterst bezwaarlijk’ maakt (het tweede deel van art. 2:337 lid 1 BW).

Het criterium ‘onmogelijk of uiterst bezwaarlijk’ heeft in art. 2:337 lid 1 BW dezelfde strekking als in art. 2:195 lid 5 BW (en het huidige art. 2:195 lid 8 OBW).<sup>53</sup> Er is wel enig verschil tussen de beide regelingen. De regeling in art. 2:337 lid 1 BW ziet op een gedwongen overdracht (vooral in geval van een uitstootactie), terwijl de regeling in art. 2:195 BW ziet op een vrijwillige overdracht.

Wat er precies met de termen ‘onmogelijk’ en ‘uiterst bezwaarlijk’ wordt bedoeld is onduidelijk.<sup>54</sup> Ik zal aan de hand van een aantal voorbeelden uit de wetsgeschiedenis en de literatuur proberen deze termen te verduidelijken.

#### 3.3.1. VOORBEELDEN UIT DE WETSGESCHIEDENIS

In de wetgeschiedenis is een aantal voorbeelden gegeven van procedures die de overdracht van aandelen ‘uiterst bezwaarlijk’ kunnen maken.

---

52 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 101.

53 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 100 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 085, nr. 6, p. 43.

54 Zie H.J. de Kluiver, ‘Naar een statutaire geschillenregeling’, in: G. van Solinge e.a., *Geschillen in de vennootschap*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 105, Deventer 2010, p. 24-25, hierna aangeduid als De Kluiver (2010) en Chr. M. Stokkermans, ‘Extra-verplichtingen en statutaire overdrachtsbeperkingen’, in: *WPNR* 2008/6741, p. 114. (hierna aangeduid als Stokkermans (2008/II)), die dit criterium heeft aangeduid als een blinde vlek van het bv-recht.

### 3.3.1.1. VASTSTELLING GROND VOOR UITTREDING DOOR AANDEELHOUDER

Als eerste voorbeeld van een dergelijke procedure wordt genoemd de regeling dat de vaststelling of zich een grond voor uittreding voordoet bindend wordt vastgesteld door een (meerderheids)aandeelhouder. Dit geldt dan in het bijzonder wanneer de vordering tot uittreding is gebaseerd op gedragingen van deze (meerderheids)aandeelhouder (vgl. art. 7:904 lid 1 BW).<sup>55</sup>

In de nieuwe wettelijke geschillenregeling is het kerncriterium voor het uitstootrecht respectievelijk het uittredingsrecht gebleven dat het voortduren van aandeelhouderschap ‘in redelijkheid niet kan worden geduld casu quo geveerd’ wanneer een aandeelhouder ‘door zijn gedragingen (...) het belang van de vennootschap’ of de ‘rechten of belangen’ schaadt (art. 2:336 en art. 2:343 BW). De vaststelling of aan dit criterium wordt voldaan kan in een eigen regeling op een meer informele wijze worden gedaan, zoals bijvoorbeeld door middel van arbitrage of bindend advies. Dit criterium hoeft straks niet meer in een eigen regeling te worden opgenomen. In een eigen regeling kan het criterium gewijzigd worden of geheel terzijde worden gesteld.<sup>56</sup>

Zo kan in de eigen regeling bepaald worden dat deze eerder in werking treedt dan de wettelijke regeling, bijvoorbeeld indien sprake is van een onwerkbaar situatie, een patstelling of het aandoen van concurrentie van de vennootschap (i.e. voordat sprake is van verwijtbaar gedrag).<sup>57</sup> De typen gedragingen van medeaandeelhouders die recht geven op een uitstoot- of uittredingsactie kunnen nader worden aangevuld of geconcretiseerd.<sup>58</sup> De regeling zal eerder op een ‘gewone’ exit-regeling gaan lijken. Zo kan die regeling vergelijkbaar zijn

55 *Kamerstukken II 2006/07*, 31 058, nr. 3, p. 100. In de wetsgeschiedenis is een vergelijking gemaakt met art. 7:904 lid 1 BW omdat daarin is bepaald dat indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, die beslissing vernietigbaar is.

56 De Kluiver (2010), p. 24-25.

57 J.H.M. Willems, ‘Geschillen en exitmogelijkheden’, in J.M.M. Maeijer e.a., *Flexibele rechtsvormen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 98, Deventer: Kluwer 2008, p. 87-90, hierna aangeduid als Willems (2008). Willems geeft als bezwaar tegen de nieuwe geschillenregeling aan dat deze blijft vasthouden aan de verwijtbaarheid als grondslag voor uitstoting zowel als uittreding. Aldus biedt naar zijn mening deze regeling geen oplossing indien wel sprake is van een patstelling of anderszins van een onwerkbaar situatie, maar niet het oordeel valt te geven dat dit aan één van de partijen in het bijzonder is te verwijten. Een voordeel van een eigen regeling kan zijn dat deze wellicht ook al eerder in werking kan treden bij patstelling en dergelijke, i.e. voordat er sprake is van verwijtbaar gedrag.

58 Stokkermans (2008/I), p. 148-149. Hij geeft hierbij nog als voorbeeld dat een uitstootactie ook kan worden gegeven voor het geval een medeaandeelhouder de vennootschap concurrentie aandoet.

met bijvoorbeeld de in paragraaf 3.2.5 genoemde Buy-Sell of Russian roulette regelingen, die – los van een eventueel geschil of (de verwijtbaarheid van) het gedrag van een aandeelhouder – ook eerder in werking kunnen worden gezet. Bij het opstellen van een eigen regeling geldt mijns inziens het wettelijke criterium als bodem. Het mag niet zo zijn dat het criterium op een zodanige wijze wordt verzaamd dat de statutaire regeling later in werking treedt of minder toegankelijk wordt dan de wettelijke regeling. Indien en zodra aan het wettelijke criterium wordt voldaan, moet aan de beknelde aandeelhouder een uitweg worden geboden. Indien dit niet zo is, is er naar mijn mening sprake van een uiterst bezwaarlijke overdracht en kan men terugvallen op de wettelijke regeling. Dit geldt bijvoorbeeld ook bij verhoging van de ontvankelijkheidsdrempel voor een uitstootvordering. Zie ten aanzien van dit laatste voorbeeld ook paragraaf 7.3.1.1.

### 3.3.1.2. ONREDELIJK LAGE PRIJS, ONEVENREDIG LANGE TERMIJNEN

Van een uiterst bezwaarlijke regeling kan ook sprake zijn indien deze ertoe leidt dat de aandeelhouder zijn aandelen alleen tegen een onredelijk lage prijs kan overdragen of indien de regeling onevenredig lange termijnen hanteert, bijvoorbeeld doordat een orgaan dat bevoegd is om goedkeuring te verlenen, vijf jaar de tijd heeft om te beslissen.<sup>59</sup> De vragen wat in een bepaalde situatie kan worden aangemerkt als een redelijke termijn waarbinnen overdracht mogelijk moet zijn en welke redelijke inspanningen van de aandeelhouder mogen worden verwacht, blijven moeilijk te beantwoorden.<sup>60</sup>

### 3.3.1.3. DOODLOPENDE BLOKKERINGSREGELING

Een ander voorbeeld is een goedkeuringsregeling waarin het in de statuten aangewezen orgaan de goedkeuring van de overdracht kan weigeren zonder dat tegelijkertijd een gegadigde wordt aangewezen aan wie de aandeelhouder zijn aandelen kan overdragen.<sup>61</sup> Nu kan een goedkeuringsregeling nog niet op deze wijze worden vormgegeven (art. 2:195 lid 4 OBW). Na het van kracht worden van de wetwijzigingen kan dit wel. In dit laatste geval is eigenlijk sprake van een doodlopende regeling. De aandeelhouder kan geen kant op tot dat het aangewezen orgaan genegen is goedkeuring te verlenen of te weigeren met aanwijzing van een gegadigde.

---

59 Memorie van Toelichting bij het ambtelijk voorontwerp, Tweede Tranche, p. 15.

60 Zie ook Stokkermans (2008/II), p. 115.

61 Memorie van Toelichting bij het ambtelijk voorontwerp, Tweede Tranche, p. 15.

### 3.3.2. VOORBEEDEN UIT DE LITERATUUR

In de literatuur kunnen ook nog een paar voorbeelden worden gevonden van procedures die de overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk kunnen maken. Deze zal ik hierna in paragraaf 3.3.2.1 tot en met paragraaf 3.3.2.4 behandelen.

#### 3.3.2.1. DOODLOPENDE BLOKKERINGSREGELING

Stokkermans constateert dat de statuten in de toekomst kunnen bepalen dat voor een overdracht van aandelen de voorafgaande, schriftelijke instemming van alle medeaandeelhouders nodig is. Indien de medeaandeelhouders hun instemming aan een voorgenomen overdracht voortdurend blijven onthouden en ook geen alternatief bieden, bijvoorbeeld door zich bereid te verklaren zelf te kopen, kan een situatie ontstaan – welke vrijwel identiek is aan het hiervoor onder paragraaf 3.3.1.3 geschetste voorbeeld uit de wetgeschiedenis – waarin geconcludeerd moet worden dat de overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is.<sup>62</sup>

#### 3.3.2.2. ‘ALLES OF NIETS’/DOODLOPENDE UITTREDINGSREGELING

Bij het redigeren van een uittredingsregeling dient ervoor gewaakt te worden dat deze niet doodloopt. Het streven zal immers zijn dat een aandeelhouder die wil uittreden ook daadwerkelijk zijn gehele aandelenpakket kan overdragen. Een voorbeeld van een uittredingsregeling die daarin voorziet is opgesteld door De Kluiver.<sup>63</sup> Deze regeling voorziet in het recht van de uittredende (opzeggende) aandeelhouder om voor zover (i) de vennootschap niet in staat is alle aandelen van de opzeggende aandeelhouder te verwerven en (ii) de overige aandeelhouders niet bereid zijn het overblijvende deel van de aandelen te verwerven, zijn opzegging geheel in te trekken of te beperken tot het aantal aandelen dat de vennootschap kan verwerven. Indien de aandeelhouder kiest voor deze laatste optie, en genoeg neemt met de overdracht van een deel van zijn aandelen aan de vennootschap, blijft hij niettemin met een (weliswaar kleiner) aandelenpakket achter in de vennootschap. Een oplossing wordt geboden door bijvoorbeeld de toevoeging van een ‘shotgun’ bepaling (een regeling voor het uitstoten van de overige aandeelhouders door de opzeggende aandeelhouder).<sup>64</sup>

62 Stokkermans (2008/I), p. 133.

63 Zie De Kluiver (2010), p. 27-28 en Ten Berg en Van Eck (2011), paragraaf 6.1.

64 Een voorbeeld van een dergelijke ‘shotgun’ bepaling is opgenomen als variant in lid 6 van de door De Kluiver opgestelde regeling. Een alternatief – dat meer in lijn is met de wette-

### 3.3.2.3. KWALITEITSEISEN

Indien bepaalde kwaliteitseisen zijn gesteld aan het aandeelhouderschap kan het zo zijn dat de groep die aan de kwaliteitseis voldoet klein is en geen van de leden van de groep bereid is om de aandelen tegen een redelijke prijs te kopen. In dat geval is, naar het oordeel van Stokkermans, sprake van een uiterst bezwaarlijke overdracht. Hetzelfde geldt volgens hem als sprake is van een grote groep potentiële kopers en de verkopende aandeelhouder als gevolg van de beperking, ondanks redelijke inspanningen, niet in slaagt iemand te vinden die bereid is de aandelen tegen een redelijke prijs te kopen.<sup>65</sup> In de praktische uitwerking kan dit meevallen. Of een overdracht uiterst bezwaarlijk is, moet worden bezien in het concrete geval.

Een eigen regeling zal er primair op gericht zijn te waarborgen dat (i) bij een uitstootactie de aandelen van de zich misdragende aandeelhouder door de andere aandeelhouders worden overgenomen en (ii) bij een uittredingsactie de aandelen van de uittredende aandeelhouder door één of meerdere andere aandeelhouders of door de vennootschap zullen worden overgenomen. De verkrijgende aandeelhouders voldoen doorgaans reeds aan de kwaliteitseis (en aan de vennootschap zal doorgaans ontheffing zijn verleend) en overdracht is dan vanzelfsprekend mogelijk. Indien de regeling er echter toe leidt dat de aandelen uitsluitend of ook aan niet-aandeelhouders moeten worden aangeboden, kan de overdracht wel uiterst bezwaarlijk blijken te zijn.

Hetzelfde geldt bij de kwaliteitseis dat uitsluitend partijen bij een aandeelhoudersovereenkomst aandeelhouder kunnen zijn. Meestal zal op grond van de eigen regeling sprake zijn van een overdracht van aandelen tussen aandeelhouders die al partij zijn bij de aandeelhoudersovereenkomst. Indien de verkrijger van de aandelen nog geen aandeelhouder is en door de andere aandeelhouders (steeds) niet wordt toegelaten als partij bij de aandeelhoudersovereenkomst, is overdracht wel uiterst bezwaarlijk. In dat geval kan het zo zijn dat de eigen regeling wel buiten toepassing blijft en een beroep kan worden gedaan op (gehele of gedeeltelijke) toepassing van de wettelijke geschillenregeling.

### 3.3.2.4. LOCK-UP

Zoals eerder gemeld heeft het criterium ‘onmogelijk of uiterst bezwaarlijk’ in art. 2:337 lid 1 BW dezelfde strekking als in art. 2:195 lid 5 BW (en art. 2:195 lid 8 OBW). Art. 2:195 lid 5 BW vertoont een grote gelijkenis met art. 2:337

---

lijke uittredingsregeling – is om de overname van de aandelen door de aandeelhouders niet facultatief te houden, maar tegenover het recht om uittreding te vorderen een verplichting tot overname door medeaandeelhouders te stellen.

<sup>65</sup> Stokkermans (2008/II), p. 114.



lid 1 BW, maar er zijn ook verschillen. Zo zijn in art. 2:195 lid 5 BW twee uitzonderingen opgenomen op het beginsel dat bepalingen omtrent de overdraagbaarheid van aandelen geen toepassing vinden indien de overdracht door die bepalingen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk is.

Deze uitzonderingen zijn van toepassing indien de onmogelijkheid of uiterst bezwaarlijkheid het gevolg is van (i) een statutaire uitsluiting van de overdraagbaarheid van aandelen voor een bepaalde termijn, zoals bedoeld in art. 2:195 lid 3 BW, of (ii) een statutaire prijsbepalingsregeling, die afwijkt van het wettelijke uitgangspunt dat een aandeelhouder die zijn aandelen wil overdragen, indien hij dit verlangt, een prijs ontvangt, gelijk aan de waarde van zijn aandelen, vastgesteld door één of meer deskundigen, zoals bedoeld in art. 2:195 lid 4 BW. Die uitzonderingen gelden alleen indien de aandeelhouders met de bedoelde regelingen hebben ingestemd en als gevolg daarvan daaraan zijn gebonden.

Deze uitzonderingen zijn niet overgenomen in art. 2:337 lid 1 BW. Dit artikel-lid bepaalt slechts dat op een eigen afwijkende regeling geen beroep kan worden gedaan voor zover deze de overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt. Op basis hiervan lijkt het op het eerste gezicht niet goed mogelijk om in een eigen regeling te bepalen dat aandelen niet overdraagbaar zijn voor een bepaalde termijn. Dat terwijl het naar mijn mening wel degelijk wenselijk kan zijn om in de eigen regeling de overdraagbaarheid van alle aandelen van de eisende of gedaagde aandeelhouder uit te sluiten, gedurende de periode (i) die aanvangt nadat een vordering is ingesteld en (ii) die eindigt indien en zodra vast komt te staan dat de aandelen van een aandeelhouder, al dan niet, moeten worden overdragen. Hierdoor kan worden voorkomen dat de eigen uitstoot- en uittredingsregeling wordt gefrustreerd doordat aandelen tijdens de procedure worden vervreemd. De eigen regeling zou dan op een vergelijkbare wijze als de wettelijke regeling in art. 2:338 lid 1 BW moeten worden vormgegeven. Op grond van die regeling kan de gedaagde zijn aandelen gedurende de wettelijke procedure niet vervreemden, verpanden of daarop een vruchtgebruik vestigen, tenzij de eisers daarvoor toestemming verlenen.<sup>66</sup>

Naar mijn mening dient wel aanvaard te worden dat de overdracht ex art. 2:195 lid 3 BW op die wijze voor een bepaalde beperkte periode wordt uitgesloten.<sup>67</sup> Dat zou zo moeten zijn omdat het criterium 'onmogelijk of uiterst bezwaarlijk' in art. 2:337 lid 1 BW dezelfde strekking heeft als in art. 2:195 lid 5 BW. Daarbij komt dat het doel van een dergelijke regeling, het voorkomen dat de eigen (uitstoot- en uittredings)regeling wordt gefrustreerd doordat aandelen tijdens de procedure worden vervreemd, de uitsluiting kan rechtvaardigen. Volgens verschillende schrijvers is een statutaire uitsluiting van de

---

66 Los daarvan kan overigens de introductie van een korte afkoelingsperiode ook wenselijk zijn.

67 Zie ook in dezelfde zin: De Kluiver (2010) p. 24-25.

vervreemdbaarheid voor een beperkte termijn overigens nu ook al – mede op die grond – toegelaten, zonder dat daarvoor een uitzondering is opgenomen in het huidige art. 2:195 OBW.<sup>68</sup>

### 3.3.3. TUSSENCONCLUSIE

Met name het criterium ‘uiterst bezwaarlijk’ blijft vaag. Ik ben van mening dat de rechter dit criterium met terughoudendheid moet interpreteren.<sup>69</sup> Daarbij meen ik dat de eigen regeling, ook indien deze leidt tot een bezwaarlijke overdracht, slechts buiten toepassing dient te blijven voor die componenten van de eigen regeling die de bezwaarlijkheid hebben veroorzaakt. Indien bijvoorbeeld de uiterst bezwaarlijke overdracht wordt veroorzaakt door een te beperkte groep van gegadigden, hoeft dit nog geen gevolgen te hebben voor de procedureafspraken of prijsbepalingsregelingen die in de eigen regeling zijn opgenomen.

De aandelen van de gedaagde of eisende aandeelhouder moeten in principe binnen een redelijke termijn tegen een redelijke prijs verkocht en geleverd kunnen worden.<sup>70</sup> De eigen regeling mag niet doodlopen. Er is in ieder geval geen sprake is van een uiterst bezwaarlijke beperking indien en voor zover de gevorderde overdracht ter uitvoering van de geschillenregeling niet bezwaarlijker is dan een gewone (vrijwillige) overdracht met inachtneming van de klassieke standaard statutaire blokkeringsregelingssystemen.<sup>71</sup> Deze systemen bevatten voldoende waarborgen om te voorkomen dat zij doodlopen.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt onder meer dat in een eigen regeling zorgvuldig moet worden omgegaan met de vaststelling van een eigen criterium voor de grond voor uitstoting of uittreding. Dit criterium mag niet op een zodanige wijze worden verzaamd dat de eigen regeling eerst later in werking treedt of minder toegankelijk wordt dan de wettelijke regeling. Indien aan het wettelijke

---

68 Zie Ten Berg (2002), p. 195 en de aldaar vermelde literatuur.

69 De Kluiver (2010), p. 24-25. De Kluiver heeft, althans conceptueel, geen moeite met het eerste deel van het criterium (‘onmogelijk’), maar geeft aan dat dit anders ligt ten aanzien van het tweede deel daarvan (‘uiterst bezwaarlijk’). De Kluiver refereert daarbij aan de nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6) waar op p. 48 wordt opgemerkt dat het in eerste instantie aan de aandeelhouders en de vennootschap zelf is om te bepalen of een overdracht ‘onmogelijk of uiterst bezwaarlijk’ is en dat, als zij daar niet uitkomen, uiteindelijk de rechter dat maar moet bepalen. Hij stelt voor het criterium en met name het voorschrift dat de overdracht niet uiterst bezwaarlijk mag zijn te schrappen en totdat het zover is dit met terughoudendheid te interpreteren en toe te passen in die zin dat ‘uiterst bezwaarlijk’ slechts aan de orde zou moeten komen als overdracht de facto onmogelijk is. Dit levert geen verduidelijking op omdat het ene onduidelijke criterium wordt ondergebracht in een ander onduidelijk criterium. Zie ook Ten Berg en Van Eck (2011), paragraaf 4.2.

70 Zie ook Stokkermans (2008/II), p. 114-115.

71 Zie ook Stokkermans (2008/II), p. 114.

criterium wordt voldaan, moet in ieder geval aan de beknelde aandeelhouder een uitweg worden geboden. Indien dit niet zo is, dan is er naar mijn mening sprake van een uiterst bezwaarlijke overdracht.

De eigen regeling moet, wil zij de wettelijke regeling geheel terzijde stellen, voorzien in een structurele en/of definitieve oplossing voor de impasse. Deze oplossing zal in het algemeen slechts worden bereikt indien de regeling leidt tot een overdracht van *alle* aandelen van de gedaagde (bij uitstoot) of de eisende aandeelhouder (bij uittreding), *alles of niets* dus.

Ten slotte kan een uitsluiting of beperking van de overdracht van de aandelen voor een beperkte termijn toegestaan zijn en in bepaalde gevallen, zoals hiervoor aangegeven, zelfs wenselijk zijn.

#### 3.4. *De bepalingen ten aanzien van de vaststelling van de waarde van de aandelen mogen niet leiden tot een kennelijk onredelijke prijs*

Art. 2:340 lid 3 en 343 lid 2 BW bepalen dat de rechter geen rekening houdt met regelingen '(...) omtrent de vaststelling van de waarde van de aandelen (...) ' (...) voorzover dat tot een kennelijk onredelijke prijs zou leiden (...) '.

Onduidelijk is of deze voorwaarde een zelfstandig eigen criterium vormt naast de algemene norm die hiervoor in paragraaf 3.3 is omschreven. De Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel geeft aanleiding om te kiezen voor de laatstbedoelde opvatting.<sup>72</sup> Ik neig daar ook toe.

Bij de beoordeling of er sprake is van een kennelijk onredelijke prijs zal gelet moeten worden op de concrete omstandigheden van het geval. De formulering 'kennelijk onredelijke prijs' is een uitwerking van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij brengt tot uitdrukking dat de rechter zich terughoudend moet opstellen: slechts in sprekende gevallen zal tot een correctie mogen worden besloten.<sup>73</sup> Dit geldt volgens De Kluiver temeer in verband met art. 2:339 lid 2 en 3 BW.<sup>74</sup> Zo is in art. 2:339 lid 3 BW bepaald dat de rechter de benoeming van deskundigen achterwege kan laten onder andere indien

<sup>72</sup> *Kamerstukken II 2006/07*, 31 058, nr. 3, p. 100: 'Voor een materiële afwijking ten aanzien van de maatstaven voor waardering van de over te dragen aandelen, zie ook de art. 339 lid 2 en 340 lid 3: de rechter zal daarmee geen rekening houden als zij tot een (gegeven de omstandigheden) kennelijk onredelijke prijs leiden. Men kan er van uitgaan dat een 'kennelijk onredelijke prijs' de overdracht ook 'uiterst bezwaarlijk' maakt, zodat behalve uit art. 340 lid 3 steeds ook uit het algemenere art. 337 lid 1 voortvloeit dat een bepaling die tot een kennelijk onredelijke prijs leidt, buiten toepassing blijft. Daarmee is de algemene norm van art. 337 lid 1 voor dit geval overigens niet geheel zonder betekenis: op deze bepaling kan immers ook een beroep worden gedaan als de prijs niet wordt vastgesteld door de rechter'.

<sup>73</sup> *Kamerstukken II 2006/07*, 31 058, nr. 3, p. 104. De rechter moet zich terughoudend opstellen.

<sup>74</sup> De Kluiver (2010), p. 25.

‘de statuten (of de overeenkomst...) een duidelijke maatstaf voor de bepaling van de waarde van de aandelen bevatten’.

Ter voorkoming van een geslaagd beroep op de rechter verdient het derhalve de voorkeur om in de eigen regeling een duidelijke maatstaf op te nemen voor de vaststelling van de waarde van de aandelen met ook een regeling ten aanzien van de peildatum voor de waardebepaling.<sup>75</sup> Zie hiervoor ook paragraaf 7.2. Voorts zou nog in de lijn van Stokkermans overwogen kunnen worden om aan te geven dat arbiters (met terughoudendheid) moeten beoordelen of er sprake is van een kennelijk onredelijke prijs. Hiermee kan eventueel de gang naar de rechter worden voorkomen.<sup>76</sup>

#### **4. Binding aan een statutaire geschillenregeling**

##### *4.1. Inleiding*

Dat een geschillenregeling in de statuten voldoet aan alle voorwaarden die daarvoor gelden – zoals hiervoor in paragraaf 3 omschreven – is mooi, maar de te beantwoorden vraag is vervolgens of iedere partij, waar de regeling op ziet, ook aan die regeling is gebonden.

Die vraag komt uiteraard niet aan de orde indien een geschillenregeling in een overeenkomst is opgenomen. De partijen bij die overeenkomst zijn daaraan gebonden. Maar hoe zit het nu als het om een statutaire regeling gaat? Is elke betrokken persoon (bijvoorbeeld een aandeelhouder, bestuurder of commissaris) daar dan *qualitate qua* aan gebonden? Hierna zal nader worden ingegaan op de binding van aandeelhouders aan een statutaire geschillenregeling.<sup>77</sup>

##### *4.2. Gebondenheid aan de statutaire geschillenregeling (huidig recht)*

De basis van een eigen geschillenregeling in de statuten zal bestaan uit verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard tussen de aandeelhouders onderling en zal aanbiedings- en overdrachtsverplichtingen voor aandeelhouders behelzen.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3 p. 104.

<sup>76</sup> Stokkermans komt de verwijzing naar de (overheids)rechter in de voormelde wetsartikelen onjuist voor. Voor het toe te passen materiële recht zou een keuze tussen rechters en arbiters niet moeten uitmaken. Stokkermans (2008/I), p. 135.

<sup>77</sup> Zie ook met betrekking tot de alternatieve geschilbeslechting door arbitrage Ten Berg en Van Eck (2011), paragraaf 5. Door alternatieve geschilbeslechting komt de overheidsrechter er (vooralsnog) niet aan te pas en dat terwijl art. 17 Grondwet bepaalt dat ‘niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent’.

<sup>78</sup> Bij de introductie van een alternatieve geschillenregeling wordt de aandeelhouder afgehouden van de normale overheidsrechter en bij gebreke van zijn instemming lijkt de conclusie te moeten zijn dat de regeling ten aanzien van hem toepassing mist. Zie Ten Berg en Van Eck (2011) paragraaf 5 en de aldaar vermelde literatuur. Art. 1021 Rv laat stilzwijgende aanvaarding van een arbitrageregeling uitdrukkelijk toe.

Bij het opleggen van dergelijke verplichtingen aan aandeelhouders moet rekening worden gehouden met art. 2:192 OBW. Op grond van dit artikel kan aan een aandeelhouder niet, zelfs niet door wijziging van de statuten, tegen zijn wil enige verplichting boven de storting van het nominale bedrag van zijn aandelen worden opgelegd.

Over de reikwijdte van dit huidige art. 2:192 OBW bestaat thans nog onduidelijkheid. Zo wordt in de literatuur geen eenduidig antwoord gegeven op de vraag of het artikel alleen ziet op de verhouding aandeelhouder/vennootschap of bijvoorbeeld ook op de verhouding tussen de aandeelhouders onderling.<sup>79</sup> Rensen past in dit verband art. 2:192 OBW analoog toe, Blanco Fernández zonder aarzeling rechtstreeks.<sup>80</sup>

Voor de aandeelhouder die tot de vennootschap toetreedt terwijl de geschillenregeling (waaronder begrepen de hiervoor bedoelde verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard waaronder begrepen de verplichting aandelen over te nemen) in de statuten is opgenomen, moet thans het antwoord zijn dat hij aan die regeling is gebonden. Hij heeft immers zijn positie als aandeelhouder aanvaard met inachtneming van de statutaire spelregels die binnen de desbetreffende rechtspersoon gelden.

De voorliggende vraag is minder eenvoudig te beantwoorden indien de geschillenregeling pas op een moment na de oprichting van de vennootschap door middel van een statutenwijziging wordt ingevoerd. Indien het besluit tot wijziging van de statuten door alle aandeelhouders is genomen staat de instemming en aanvaarding van de nieuwe regeling door de aandeelhouders vast. Geldt de regeling nu ook voor de aandeelhouder die tegen heeft gestemd, zich van stemming heeft onthouden of die niet in de vergadering aanwezig en ook niet vertegenwoordigd was?

#### 4.3. *Gebondenheid aan de statutaire geschillenregeling (nieuw recht)*

Op de hiervoor geformuleerde vragen rond de opname van geschillenregelingen in de statuten van een bv komen door de invoering van art. 2:192 BW duidelijke antwoorden en wel zodanig dat dit artikel een stevige basis zal vormen voor een in de statuten van een bv op te nemen geschillenregeling. Voor de nv geldt dit niet. Hiervoor zal de oude regeling van art. 2:81 OBW blijven gelden. Hierdoor worden de verschillen tussen de bv en de nv groter. Volgens Van Veen kan dit zelfs leiden tot het merkwaardige gevolg dat bij de

<sup>79</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 13.

<sup>80</sup> G.J.C. Rensen, *Extra verplichtingen van leden en aandeelhouders* (Diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 83, Deventer, Kluwer 2005, p. 244, hierna aangeduid als Rensen (2005) en Blanco Fernández (2010), p. 26.

nv een ruimere mate van inrichtingsvrijheid geldt dan ten opzichte van de bv. Ik beperk mij hierbij zoals gezegd tot de bv.<sup>81</sup>

De discussie rond de reikwijdte van art. 2:192 OBW kan na invoering van de nieuwe tekst worden beëindigd, immers art. 2:192 lid 1 sub a BW bepaalt klip en klaar dat de verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard die aan het aandeelhouderschap zijn verbonden, niet alleen behoeven te gelden jegens de bv, maar ook kunnen gelden jegens derden of tussen aandeelhouders onderling. Deze verplichtingen zullen dan – samen met de in art. 2:192 lid 1 sub c BW bedoelde verplichtingen van aandeelhouders, in de gevallen in de statuten omschreven, aandelen aan te bieden en over te dragen – de basis vormen voor een statutaire geschillenregeling.

Na invoering van art. 2:192 BW staat ook vast dat de in dat artikel bedoelde verplichtingen niet aan een aandeelhouder tegen zijn wil kunnen worden opgelegd. Ten aanzien van oplegging van deze verplichtingen en de binding daaraan zal in toekomst het volgende gelden.

Indien een geschillenregeling bij een statutenwijziging in de statuten zal worden opgenomen, zal de aandeelhouder die tegen dit voorstel heeft gestemd of zich van stemming heeft onthouden niet aan de kwalitatieve verplichtingen uit de regeling gebonden zijn. Dit is als het ware een uitzondering op het algemene principe dat de meerderheid de minderheid kan binden.

Op een toetredende aandeelhouder zullen, gelijk als onder de huidige regeling het geval is, alle statutaire bepalingen, dus ook de statutaire geschillenregeling, van toepassing zijn. Door zijn toetreden aanvaardt hij immers hetgeen in de statuten is bepaald.

Ook bij fusies en splitsingen zijn situaties denkbaar waarbij een aandeelhouder die tegen de fusie of splitsing heeft gestemd als gevolg van die fusie of splitsing – tegen zijn zin – aandeelhouder wordt van een bv waarvan de statuten een statutaire geschillenregeling bevatten. Met Kroeze ben ik van mening dat ook in een dergelijk geval de tegenstemmende aandeelhouder niet aan die geschillenregeling gebonden is.<sup>82</sup>

De aandeelhouder die in de aandeelhoudersvergadering niet aanwezig of vertegenwoordigd was of zich van stemming onthouden heeft, zal – indien hij niet aan de regeling gebonden wil zijn – dit tijdig aan het bestuur duidelijk kenbaar moeten maken op grond van art. 2:194 lid 3 BW. Indien een aandeelhouder niet gebonden is aan een statutaire verplichting of eis

---

81 Zie W.J.M. van Veen, 'Gewijzigde regeling eisen voor het aandeelhouderschap en bescherming stemrechtloze aandeelhouders in het ontwerp flex-BV' in *WPNR* 2009/6801, p. 471, hierna aangeduid als Van Veen (2009). Hetzelfde geldt overigens ook voor art. 2:87a OBW (verplichting tot aanbidding en overdracht) en art. 2:87b OBW (opschorting aandeelhoudersrechten) voor de nv ten opzichte van art. 2:192 lid 1 sub c en lid 4 BW voor de bv.

82 M.J. Kroeze, 'Arbitrage in het vennootschapsrecht', *WPNR* 2007/6702, p. 216.

als bedoeld in art. 2:192 lid 1 BW moet dat in het aandeelhoudersregister worden vermeld op grond van art. 2:194 lid 1 BW. De aandeelhouder die voldoet aan de hiervoor bedoelde verplichting tot het tijdig en duidelijk kenbaar maken van het niet gebonden willen zijn, kan hiermee voorkomen dat hij op enig moment geacht kan worden impliciet te hebben ingestemd met de verplichting of eis.

Het is evident dat voor de bruikbaarheid van de eigen geschillenregeling vereist is dat alle aandeelhouders aan die regeling gebonden zijn. Als dat niet zo is, kunnen problemen ontstaan. Zo kan de niet-gebonden aandeelhouder bijvoorbeeld niet op grond van de statutaire regeling worden verplicht tot de overdracht dan wel de overname van aandelen. Dat kan dan nog wel op grond van de wettelijke regeling, maar de vraag is dan wel hoe de uitvoering daarvan dan verder uitpakt. Hierna zal dit ook nog in paragraaf 5.9 aan de orde komen.

#### *4.4. Verzekering van de nakoming van de statutaire geschillenregeling (art. 2:192 lid 4 en 5 BW)*

Indien eenmaal sprake is van een geschil, zal ook de aandeelhouder die gebonden is aan een statutaire geschillenregeling wellicht alles in het werk stellen wat in zijn macht ligt om bijvoorbeeld zijn uitstoting te voorkomen. Een dergelijke aandeelhouder zou dan bijvoorbeeld toch een beroep willen doen op de wettelijke geschillenregeling indien de uitkomst daarvan hem gunstiger lijkt. Hij zou kunnen stellen dat niet of slechts gedeeltelijk aan de hiervoor in paragraaf 3 omschreven voorwaarden voor de eigen afwijkende regeling is voldaan. Hiermee kan hij tijd winnen. Als er goed over de statutaire geschillenregeling is nagedacht en de aandeelhouder er mee heeft ingestemd, zou dit niet zomaar moeten kunnen en zo veel mogelijk moeten worden voorkomen. Ter voorkoming hiervan zou in de statuten kunnen worden bepaald dat de aandeelhoudersrechten van een aandeelhouder die gebonden is aan de eigen geschillenregeling worden opgeschort (op grond van art. 2:192 lid 1 sub c jo. art. 2:192 lid 4 BW) zolang hij zijn verplichting om in het kader van die regeling zijn aandelen aan te bieden en over te dragen niet nakomt. Een dergelijke opschorting zal bij uittreding minder effect sorteren dan bij uitstoting. Bij uittreding is het primair van belang dat de aandelen van de uittredende aandeelhouder verplicht worden overgenomen door een of meer andere aandeelhouders. Bij de statuten kan worden bepaald dat zolang een andere aandeelhouder die overnameverplichting niet nakomt, zijn aandeelhoudersrechten worden opgeschort. Indien de aandeelhouder in dat geval niet gehouden is zijn aandelen aan te bieden en over te dragen, maar slechts om de aandelen van de uittredende aandeelhouder over te nemen, kan deze opschorting op grond van art. 2:192 lid 4 BW binnen drie maanden vervallen. Om deze termijn van drie maanden te doen aanvangen moet de aandeelhouder wiens rechten zijn opgeschort wel actie ondernemen. Hij moet dan de vennootschap verzoeken een gegadigde aan te

wijzen om zijn aandelen over te nemen.<sup>83</sup> Voldoet de vennootschap gedurende de termijn van drie maanden niet aan deze verplichting, dan vervalt de opschorting.<sup>84</sup> Als een ultieme remedie tegen de niet-tijdige nakoming door een aandeelhouder van zijn verplichting zijn aandelen aan te bieden en over te dragen ex art. 2:192 lid 1 sub c BW (bij met name een uitstootregeling), kan in de statuten worden bepaald dat de vennootschap onherroepelijk gevolmachtigd is de aandelen aan te bieden en over te dragen (art. 2:195 lid 5 BW). Wanneer er geen gegadigden zijn aan wie de aandeelhouder zijn aandelen kan overdragen, ontbreekt de volmacht en is de aandeelhouder onherroepelijk van de statutaire verplichting tot aanbieding en overdracht alsmede van een opschorting van rechten als bedoeld in art. 2:192 lid 4 BW ontheven.

## **5. Interactie tussen de geschillenregeling en de blokkeringsregeling**

### *5.1. Inleiding*

Op basis van het wetsvoorstel zal voor een geldige overdracht van aandelen in beginsel vereist zijn dat de aandeelhouder die een of meer aandelen wil vervreemden deze eerst moet aanbieden aan zijn medeaandeelhouders (art. 2:195 lid 1 BW). De statuten kunnen ook anders bepalen.<sup>85</sup>

Op basis van de wettelijke geschillenregeling moet deze wettelijke aanbiedingsregeling dan wel de statutaire aanbiedingsregeling die geldt voor een aandeelhouder die zijn aandelen wil vervreemden (i.e. bij een vrijwillig voorgenomen overdracht) ‘zoveel mogelijk overeenkomstig worden toegepast’ bij een gedwongen overdracht (bij uitstoting) casu quo overname (bij uittreding) (lid 2 van art. 2:341 of art. 2:343a BW). Dit geldt ongeacht of de statutaire aanbiedingsregeling een standaardregeling of een regeling op maat is.

In de literatuur zijn tegen deze wettelijke systematiek de nodige bezwaren geuit. Zo heeft Bulten aangegeven dat de gedachte dat de levering bij vrijwillige en gedwongen overdracht op dezelfde wijze moet worden afgewikkeld niet logisch is. Het verplicht volgen van een aanbiedingsregeling kan extra

---

83 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 426, nr. 7, p. 24. Het amendement nr. 26 stelde een regeling voor die – conform het bestaande art. 2:195b OBW – een aanbiedingsregeling zou bieden voor de aandeelhouder die bekneld is geraakt door opschorting van zijn aandelhoudersrechten.

84 Deze beperking van de opschorting is pas in een latere fase in het wetsvoorstel 32 426 voorgesteld als een verbetering van het wetsvoorstel 31 058 (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 426, nr. 7, p. 24-25).

85 Indien in dit onderdeel van het preadvies wordt gesproken over een blokkeringsregeling, dan wordt daarmee bedoeld op een blokkeringsregeling in de zin van art. 2:195 BW voor de bv en in de zin van art. 2:87 BW voor de nv, tenzij anders aangegeven.



geschillen en (nieuwe) procedures opleveren.<sup>86</sup> Dit laatste moet uiteraard worden voorkomen. Het verplicht volgen van een aanbiedingsregeling zou naar mijn mening wel het uitgangspunt moeten zijn. Meestal zal het van belang zijn dat ook bij een uitstoot of uittreding – zo veel mogelijk – wordt voorkomen dat de verhouding tussen de (groepen van) aandeelhouders gewijzigd zal worden. Een verplichte aanbieding zal dan wenselijk zijn.

De overeenkomstige toepassing van de statutaire aanbiedingsregeling kan wel tot problemen leiden in het geval in die regeling geen of te weinig rekening is gehouden met de wettelijke geschillenregeling.<sup>87</sup>

Bulten heeft voorgesteld bij de wettelijke geschillenregeling de verplichting tot het volgen van een statutaire aanbiedingsregeling (en ik neem aan ook van de wettelijke aanbiedingsregeling van art. 2:195 lid 1 BW) te laten vervallen. Ik denk dat dit te rigoureuus is. De wetgever heeft dit voorstel niet overgenomen. De meeste bezwaren tegen de op grond van de wettelijke geschillenregeling verplichte aanbieding kunnen worden weggenomen door in de statuten te voorzien in een op die geschillenregeling aansluitende blokkeringsregeling op basis van art. 2:195 lid 1 BW. Dit laatste spreekt uiteraard ook voor zich indien een eigen geschillenregeling op maat in de statuten wordt opgenomen. De meest verstrekende eigen geschillenregeling is in dit verband een regeling die voorziet in een ‘eigen’ blokkeringsregeling bij gedwongen overdracht en de gehele wettelijke regeling – waaronder mede begrepen de regeling ten aanzien van de verplichte aanbieding van aandelen in lid 2 van art. 2:341 en art. 2:343a BW – terzijde stelt (hierna ook wel aangeduid als een ‘vervangende eigen regeling’). Deze eigen regeling op maat mag uiteraard een gevorderde overdracht niet *onmogelijk of uiterst bezwaarlijk* maken (art. 2:337 lid 1 BW). Dat zal overigens niet snel het geval zijn. Voor de blokkeringsregeling zal hetzelfde vereiste ook al op grond van art. 2:195 lid 5 BW gelden. Dit bepaalt immers dat bepalingen in de statuten omtrent de overdraagbaarheid van aandelen geen toepassing vinden indien de overdracht door die bepalingen *onmogelijk of uiterst bezwaarlijk* is.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> Bulten (2011), p. 224.

<sup>87</sup> Zie ook W. Westbroek ‘Uitkoopregeling en geschillenregeling (II, slot)’, *WPNR* 1985/5760, p. 726, hierna aangeduid als Westbroek (1985).

<sup>88</sup> Het is opvallend dat dit vereiste niet ook is gesteld in art. 2:192 BW aan de aldaar omschreven verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard, kwaliteitseisen en aanbiedingsverplichtingen. Deze regelingen maken immers vaak een onlosmakelijk deel uit van een blokkeringsregeling of vullen deze nader aan. Zoals hiervoor in paragraaf 4. al aangegeven, vormen de verplichtingen van verbintenisrechtelijke aard de basis voor een statutaire geschillenregeling. Voor de gevorderde overdracht ter uitvoering van die regeling geldt dit vereiste dan via art. 2:337 BW wel. Zie in dit kader ook *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 100 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 37. Dit sluit aan bij art. 2:195 BW, waar hetzelfde criterium wordt gehanteerd ten aanzien van de statutaire blokkeringsregeling.

## 5.2. *Invloed van de wettelijke geschillenregeling op blokkeringsregelingen*

Voor een nader begrip van de invloed van de wettelijke geschillenregeling op blokkeringsregelingen zal ik hierna in paragraaf 5.2.1 en paragraaf 5.2.2 kort ingaan op de ratio van (i) het terzijde stellen van de goedkeuringsregeling en (ii) het verplicht volgen van de aanbiedingsregeling.

### 5.2.1. RATIO VAN HET TERZIJD STELLEN VAN DE GOEDKEURINGSREGELING BIJ DE WETTELIJKE GESCHILLENREGELING

Een goedkeuringsregeling wordt terzijde gesteld bij een overdracht van aandelen ter uitvoering van de wettelijke geschillenregeling (de leden 2 van art. 2:341 en art. 2:343a BW zien alleen op ‘aanbiedingsregelingen’).

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het dwingende karakter van een overdracht op grond van een uitstoting niet valt te rijmen met de idee dat deze overdracht onderhevig blijft aan de invloed van een vennootschapsorgaan. Dit geldt meer in het bijzonder indien dit orgaan de aandeelhoudersvergadering is. Uiteindelijk kan de goedkeuringsregeling resulteren in een aanwijzing door dat orgaan van een gegadigde die de aandelen wil overnemen. Wanneer in dat orgaan de uit te stoten aandeelhouder zijn invloed kan doen gelden door ‘bevriende relaties’ als gegadigden aan te (doen) wijzen, worden de doeleinden van de uitstoting doorkruist.<sup>89</sup> Volgens Westbroek zou bij naleving van de goedkeuringsregeling het gevaar groot zijn dat de ongewenste situatie wordt bestendigd.<sup>90</sup>

### 5.2.2. RATIO VAN HET VOLGEN VAN DE AANBIEDINGSREGELING BIJ DE WETTELIJKE GESCHILLENREGELING

Een statutaire aanbiedingsregeling moet zowel bij een uitstoting als bij een uittreding verplicht worden gevolgd.

De ratio van het verplicht volgen van een aanbiedingsregeling is gelegen in het voorkomen van de wijziging van de ‘in de statuten’ neergelegde verhouding tussen de verschillende groepen aandeelhouders.<sup>91</sup> Aanvankelijk was de minister van mening dat de aanbiedingsregeling alleen verplicht moest worden gevolgd bij een overdracht bij uitstoting, maar niet bij uittreding. Na kritiek van het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (het ‘NGB’) veranderde hij van mening.<sup>92</sup> Het NGB stelde dat de uittredende aandeelhouder de zich

---

89 *Kamerstukken II* 1984/85, 18 905, nr. 3, p. 12 en Bulten (2011), p. 222.

90 Westbroek (1985), p. 726.

91 *Kamerstukken II* 1984/85, 18 905, nr. 3, p. 23 en Bulten (2011), p. 222.

92 Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen ‘Nota inzake geschillenregeling B.V.’, mei 1978, hierna aangeduid als NGB (1978).

misdragende aandeelhouder zou kunnen dagvaarden. Deze aandeelhouder wordt dan veroordeeld de aandelen over te nemen; hij komt zo in een voordeliger positie omdat hij een groter belang in de aandeelhoudersvergadering krijgt. De overige aandeelhouders kunnen via de blokkeringsregeling geen invloed uitoefenen en dit is ongewenst.<sup>93</sup>

### 5.3. *Voorwaarden voor overeenkomstige toepassing van de statutaire aanbiedingsregeling bij de wettelijke geschillenregeling*

Zowel bij de uitstootregeling (art. 2:341 BW) als de uittredingsregeling (art. 2:343a BW) moeten de aandelen van de gedaagde dan wel de eiser verplicht worden aangeboden – zo veel mogelijk – met overeenkomstige toepassing van de wettelijke dan wel de statutaire aanbiedingsregeling (lid 2 van art. 2:341 en art. 2:343a BW).

Indien de statuten niet anders bepalen, zal de wettelijke aanbiedingsregeling van art. 2:195 BW hebben te gelden. Deze regeling zal overeenkomstig moeten worden toegepast op een overdracht ter uitvoering van de wettelijke geschillenregeling.

Indien de statuten wel anders bepalen en voorzien in een (aanbiedings)regeling, zal deze statutaire regeling overeenkomstig moeten worden toegepast, mits zij aan de volgende voorwaarden voldoet:

- (i) de statutaire regeling met betrekking tot de vervreemding van aandelen ziet op een vrijwillig voorgenomen overdracht van aandelen (het moet gaan om een regeling ten aanzien van een aandeelhouder die een of meer aandelen wil vervreemden); en
- (ii) de aandeelhouder die wil vervreemden moet ingevolge deze regeling in de statuten zijn aandelen aanbieden aan zijn medeaandeelhouders of anderen.

Deze twee voorwaarden komen vrijwel overeen met de voorwaarden uit lid 2 van art. 2:341 en art. 2:343a OBW. Een verschil tussen huidige en de nieuwe regeling is dat in de huidige regeling nog expliciet wordt verwezen naar een ‘statutaire blokkeringsregeling’ en in de nieuwe regeling naar (art. 2:195 of) een ‘regeling in de statuten’. Als reden hiervoor is in de wetsgeschiedenis met betrekking tot art. 2:343a BW slechts het volgende aangegeven: *‘de vervanging in lid 2, ten opzichte van het huidige artikel 343 lid 4, van ‘de statutaire blokkeringsregeling’ door ‘de statuten’ houdt verband met het vervallen voor*

93 NGB (1978), p. 7-8 en Westbroek (1985), p. 726. Volgens Westbroek zou het ‘een grotere stap zijn het individuele overnemingsrecht, aan aandeelhouders krachtens een aanbiedingsregeling, toekomende, opzij te schuiven, ook al kan toepassing van de aanbiedingsregeling onder omstandigheden eveneens tot continuering van de ongewenste situatie leiden’.

*de BV van de verplichte blokkeringsregeling*'.<sup>94</sup> Het lijkt erop dat rekening is gehouden met het vervallen van de verplichte blokkeringsregeling, maar niet is geanticipeerd op de (mogelijke inhoud van) andere afwijkende statutaire regelingen, die daarvoor mogelijk in de plaats zouden kunnen komen. Er lijkt vanuit te zijn gegaan dat die andere statutaire regelingen dan ook wel min of meer vergelijkbaar zullen zijn met de standaard aanbiedingsregeling. Ook kan uit de betreffende passage uit de wetsgeschiedenis worden afgeleid dat geen echte inhoudelijke wijziging van de regeling is beoogd. Op basis van de tekst van de wet lijkt het erop dat de bedoelde 'statutaire regeling' in principe geen blokkeringsregeling in de zin van art. 2:195 BW behoeft te zijn, maar dat zal vaak wel het geval zijn. De bewoordingen van het eerste deel van de eerste volzin van lid 2 van art. 2:341 en art. 2:343a BW zijn wel identiek gebleven aan die van het eerste deel van de eerste volzin van lid 1 van art. 2:195 BW. Dit geeft aanleiding om te vermoeden dat er wèl wordt bedoeld op een blokkeringsregeling.

Uit de oudere wetsgeschiedenis blijkt ook dat bij de oorspronkelijke regeling – die verder vrijwel ongewijzigd in stand is gebleven in de nieuwe regeling – alleen maar rekening is gehouden met de 'standaard' aanbiedingsregeling, zoals bedoeld in art. 2:195 lid 5 OBW.<sup>95</sup> Dat is overigens niet gek. Indertijd waren er maar twee 'smaken' (de aanbiedingsregeling van art. 2:195 lid 4 OBW en de goedkeuringsregeling van art. 2:195 lid 3 OBW) en kon niet veel met de materiële inhoud van de blokkeringsregeling worden gevarieerd. Op basis van art. 2:195 BW kan straks wel nagenoeg eindeloos met de materiële inhoud van de blokkeringsregeling worden gevarieerd. Daardoor zal het moeilijker worden om vast te stellen of een bepaalde statutaire regeling op maat aan de beide hiervoor omschreven voorwaarden voldoet. Zo zal art. 2:192 BW ook bij het opstellen van bedoelde tailor-made blokkeringsregelingen een grotere rol kunnen gaan spelen dan (i) de blokkeringsregeling zoals bedoeld in art. 2:195 BW en (ii) de meer klassieke blokkeringsregelingen die zijn gebaseerd op art. 2:195 OBW. Dit geldt naar mijn mening onder andere voor de kwaliteitseis dat iedere aandeelhouder partij moet zijn bij een aandeelhoudersovereenkomst. De regelingen die hun basis vinden in art. 2:192 BW zullen (evenals thans al het geval is op grond van art. 2:195a OBW), niet zo vaak zien op een voorgenomen vrijwillige overdracht, maar eerder op een verplichte overdracht. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de regeling dat een aandeelhouderrechtspersoon verplicht is zijn aandelen aan te bieden en over te dragen in geval van onder andere een change of control, faillissement, surseance et cetera. Er hoeft echter niet altijd sprake te zijn van een verplichte overdracht. Zo kan een aandeelhouder ook vrijwillig ophouden te voldoen aan een kwaliteitseis. De statuten kun-

<sup>94</sup> *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 112.

<sup>95</sup> Zie *Kamerstukken II* 1984/85, 18 905, nr. 3, p. 10, waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar de statutaire aanbiedingsregeling van art. 2:195 lid 4 OBW en de goedkeuringsregeling van art. 2:195 lid 3 OBW.

nen bijvoorbeeld voorschrijven dat slechts advocaten aandeelhouder kunnen zijn. Een advocaat kan zich vervolgens vrijwillig laten schrappen van het tableau met een verplichte aanbieding als gevolg. De vraag is dan of hier nu sprake is van een verplichte of een vrijwillig voorgenomen overdracht. Als sprake is van een verplicht karakter van de overdracht, zullen deze regelingen niet snel kwalificeren als een statutaire regeling die ziet op een vrijwillige voorgenomen overdracht. Indien een zodanige regeling wel ziet op vrijwillige voorgenomen overdracht, valt niet altijd goed in te zien hoe een dergelijke regeling dan overeenkomstig zou moeten worden toegepast.<sup>96</sup>

#### 5.4. *Verplichte aanbieding zo veel mogelijk met overeenkomstige toepassing van de statutaire (blokkerings)regeling*

De aandelen van de gedaagde of de eiser moeten ter uitvoering van de wettelijke geschillenregeling – zo veel mogelijk overeenkomstig – de statutaire regeling worden aangeboden indien is vastgesteld dat een bepaalde statutaire regeling voldoet aan de beide hiervoor omschreven voorwaarden.

Indien de statutaire regeling geen (enkele) rekening houdt met een gedwongen aanbieding en overdracht, kunnen er – onder andere afhankelijk van de inhoud van de regeling en de omstandigheden – mogelijk problemen ontstaan ten aanzien van toepassing van de statutaire regeling.<sup>97</sup> Een dergelijk probleem kan zich bijvoorbeeld voordoen bij de procedure ten aanzien van de aanvaarding van de aangeboden aandelen. In de wettelijke geschillenregeling is in de tweede volzin van lid 2 van art. 2:341 en art. 2:343a BW kort gezegd bepaald dat het aanbod binnen een maand moet zijn aanvaard. De statutaire (aanbiedings)regeling kan voor de aanvaarding van de aangeboden aandelen een langere termijn van bijvoorbeeld twee maanden voorschrijven. De wettelijke regeling in de tweede volzin van lid 2 van art. 2:341 en art. 2:343a BW zal dan prevaleren boven het bepaalde in de statuten. Dit blijkt ook uit de wetsgeschiedenis waarin bij een afwijkende blokkeringsregeling is aangegeven dat eventueel wel van de in de statutaire blokkeringsregeling vermelde procedures zal moeten worden afgeweken omdat binnen een maand bekend moet zijn welke aandelen zijn aanvaard.<sup>98</sup>

96 Een aandeelhouder moet op grond van art. 2:192 BW wel eerst vrijwillig instemmen met een statutaire verplichting of kwaliteitseis anders is hij niet gebonden en een aandeelhouder kan ook wel vrijwillig ophouden te voldoen aan een kwaliteitseis (bijvoorbeeld ophouden advocaat te zijn als dit de vereiste kwaliteit is om aandeelhouder te blijven).

97 Westbroek wees er al in 1985 op dat de woorden ‘zoveel mogelijk met toepassing van de statutaire regeling’ nog wel eens voor praktische problemen zouden kunnen zorgen (Westbroek (1985), p. 726) en dat terwijl het toen nog niet mogelijk was om tailor-made blokkeringsregelingen in de statuten op te nemen.

98 Zie in dit kader ook *Kamerstukken II* 1984/85, 18 905, nr. 3, p. 23. Lid 2 van art. 2:341 en art. 2:343a BW vertoont overigens een innerlijke tegenstrijdigheid: de eerste volzin vereist dat de aandelen zo veel mogelijk worden aangeboden met overeenkomstige toepas-

## 5.5. *Verplichte aanbieding zo veel mogelijk met overeenkomstige toepassing van een aantal meer specifieke blokkeringsregelingen*

### 5.5.1. HUIDIGE GESCHILLENREGELING

In de wetsgeschiedenis ten aanzien van het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de wettelijke geschillenregeling (nr. 18 905) en in de oudere literatuur is ingegaan op de overeenkomstige toepassing van een aantal meer specifieke afwijkende blokkeringsregelingen.<sup>99</sup>

#### 5.5.1.1. COMBINATIE VAN EEN GOEDKEURINGS- EN AANBIEDINGSREGELING

Als de statuten voorzien in een combinatie van een goedkeurings- en een aanbiedingsregeling is lid 1 van art. 2:341 OBW ook van toepassing. Het doet er dan het niet toe of de aanbiedingsregeling al dan niet wordt voorafgegaan door een goedkeuringsregeling. De goedkeuringsregeling wordt in alle gevallen terzijde gesteld. De aanbiedingsregeling moet worden gevolgd.<sup>100</sup>

#### 5.5.1.2. VOORRANG PER SOORT

Als de statuten verschillende soorten aandelen kennen en de aandelen eerst moeten worden aangeboden aan houders van de ene soort en vervolgens aan houders van de andere soort, moet de aanbieding zo veel mogelijk dienovereenkomstig geschieden. In de wetsgeschiedenis werd hiervoor als reden gegeven dat het zo veel mogelijk volgen van de statutaire blokkeringsregeling voorkomt dat de in de statuten neergelegde verhouding tussen verschillende groepen aandeelhouders gewijzigd wordt.<sup>101</sup>

---

sing van de wettelijke of statutaire aanbiedingsregeling, terwijl de tweede volzin eigenlijk gedeeltelijk voorziet in een eigen 'aanbiedings' regeling. De tweede volzin heeft echter als *lex specialis* te gelden ten opzichte van de eerste volzin, de *lex generalis*. Indien er geschillen ontstaan over de overeenkomstige toepassing van de statutaire regeling, kan een beroep worden gedaan op de bijzondere procedure in art. 2:341 lid 7 en art. 2:343 lid 9 BW.

99 *Kamerstukken II* 1984/85, 18 905, nr. 3, p. 22-23 en E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, twaalfde druk, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, m.m.v. H.J.M.N. Honée en Th.C.M. Hendriks-Jansen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 357, hierna aangeduid als Van der Heijden (1992).

100 *Kamerstukken II* 1984/85, 18 905, nr. 3, p. 22. Zie ook Bulten (2011), p. 223.

101 *Kamerstukken II* 1984/85, 18 905, nr. 3, p. 22-23. Zie ook Bulten (2011), p. 223.

### 5.5.1.3. EEN X%-REGELING

Van der Grinten heeft in het verleden de vraag of het eindvonnis bij een wettelijke geschillenregeling een statutaire regeling doorbreekt, op grond waarvan een overnemende aandeelhouder slechts een beperkt percentage van de aandelen mag verkrijgen (een zogenoemde X%-regeling), ontkennend beantwoord.<sup>102</sup>

Bulten is van mening dat een rechterlijk bevel de verplichting tot overname met zich brengt, ongeacht de statutaire beperkingen en stelt dat de aandeelhouders weer de gang naar de rechter zullen moeten maken indien hierover een geschil rijst.<sup>103</sup>

Naar mijn mening is er wel sprake van een verplichting tot overname door de aandeelhouder op basis van het vonnis, maar kan de aandeelhouder daar als gevolg van de statutaire regeling niet aan voldoen. De statuten strekken immers tot wet. Indien en voor zover de betreffende X%-regeling overigens kan worden gezien als uitsluiting of beperking van de overdraagbaarheid, zoals bedoeld in art. 2:195 lid 3 of 4 BW, kan de rechter deze regeling – nadat een eiser executoriaal beslag heeft gelegd op de betreffende aandelen – geheel of gedeeltelijk buiten toepassing verklaren op grond van art. 2:195 lid 7 BW.

### 5.5.2. NIEUWE GESCHILLENREGELING

Ten tijde van het publiceren van de hiervoor onder paragraaf 5.5.1 bedoelde wetsgeschiedenis en literatuur, waarin de drie hiervoor besproken specifieke regelingen aan de orde kwamen, behoefde nog geen rekening te worden gehouden met echte tailor-made en ‘meer exotische’ statutaire (blokkerings) regelingen.<sup>104</sup> Dergelijke regelingen zullen in de toekomst wel in de statuten kunnen worden opgenomen op basis van art. 2:195 BW. Zoals hiervoor al in paragraaf 5.3 aangegeven, zal het allereerst niet altijd gemakkelijk worden om vast te stellen of een dergelijke statutaire (blokkerings)regeling aan de twee voorwaarden van art. 2:341 en art. 2:343a lid 2 BW voldoet. Mocht die hindernis eenmaal zijn genomen, dan dient er zich vrijwel meteen een nieuwe aan. De vraag komt dan op in hoeverre een dergelijke statutaire regeling in het kader van de wettelijke geschillenregeling overeenkomstig moet worden toegepast.

Ik zal hierna trachten – mede op basis van de hiervoor onder paragraaf 5.2.2 aangegeven ratio van de wettelijke regeling in art. 2:341 en art. 2:343a BW – een aantal uitgangspunten te formuleren voor een dergelijke overeenkomstige toepassing:

102 Van der Heijden (1992), nr. 357.

103 Bulten (2011), p. 224.

104 Art. 2:195 (lid 3 en 4) OBW bood daarvoor immers nog geen ruimte.

- (i) de ratio van het verplicht volgen van aanbiedingsregeling is gelegen in het voorkomen van de wijziging van de in de statuten neergelegde verhouding tussen de verschillende groepen aandeelhouders. Indien de betreffende statutaire regeling in de kern een meer algemene aanbiedingsregeling bevat (hetgeen vaak het geval zal zijn), dan moet deze – zeker indien het de bedoeling is geweest van de aandeelhouders om de bedoelde verhouding niet te wijzigen – worden toegepast; en
- (ii) voorzien de statuten in een aanbiedingsregeling die slechts in een aantal specifiek omschreven gevallen of situaties van toepassing is, dan dient deze regeling, gezien de ratio van overeenkomstige toepassing slechts te worden toegepast voor zover de in de regeling omschreven gevallen of situaties zich in het concrete geval daadwerkelijk voordoen.<sup>105</sup>

Ter verduidelijking geef ik hierbij een voorbeeld van een statutaire regeling zoals hiervoor bedoeld onder (ii). Drie partijen (X, Y en Z) gaan een joint venture aan in de vorm van een bv. In de statuten is bepaald dat indien en zodra X zijn aandelen wil overdragen aan een concurrent van de bv hij zijn aandelen moet aanbieden aan Y en Z. De aandeelhouders krijgen ruzie en stappen naar de rechter. Op grond van art. 2:336 BW veroordeelt de rechter X om zijn aandelen te leveren aan Z. Het recht op overname van Y en Z op grond van de statutaire regeling heeft niets van doen met geschillen tussen aandeelhouders. Er geldt alleen een aanbiedingsverplichting voor X bij een voorgenomen overdracht aan een concurrent en niet in andere gevallen. Het voorkeursrecht is derhalve niet verleend met het oog op het voorkomen van de (in de statuten) neergelegde verhouding tussen de aandeelhouders zoals hiervoor onder sub (i) bedoeld. De statutaire regeling dient in dit geval mijns inziens niet overeenkomstig te worden toegepast.

#### 5.6. *Wenselijke aanvullingen op een statutaire aanbiedingsregeling in verband met de verplichte aanbieding ter uitvoering van de wettelijke geschillenregeling*

Het is naar mijn mening van belang om bij het opstellen van een statutaire aanbiedingsregeling rekening te houden met de mogelijk verplichte aanbieding ter uitvoering van de wettelijke geschillenregeling op grond van lid 2 van art. 2:341

---

<sup>105</sup> Zie voor de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid bij een statutaire aanbiedingsplicht: Hof Amsterdam 8 juni 2010, *JOR* 2010/300 m.nt. Groffen (*Orthocenter N.V.*). Groffen geeft aan dat het erop lijkt dat in casu de statutaire bepaling niet op grond van art. 2:8 lid 2 BW terzijde werd gesteld, maar alleen door de rechter met toepassing van de redelijkheid en billijkheid werd uitgelegd. Zie verder ook de recente uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 17 mei 2011, *LJN* BQ8934 (publicatie 22 juni 2011). Hier wordt geconcludeerd dat de blokkeringsregeling ertoe strekt de medeaandeelhouders te beschermen en niet de ‘aandeelhouder-vervreemder’.



en art. 2:343a BW. Hierna zal ik kort een aantal wenselijke aanvullingen op de statutaire blokkeringsregeling de revue laten passeren.

Ik maak daarbij een onderscheid tussen twee scenario's. Een scenario waarin het wenselijk is dat de beslotenheid wordt gewaarborgd en aanbieder de voorkeur geniet, zoals bijvoorbeeld bij een familievennootschap, en een ander scenario waarin de beslotenheid niet behoeft te worden gewaarborgd en waarbij aanbieder niet de voorkeur verdient, zoals bijvoorbeeld bij een open beleggingsvennootschap.

#### 5.6.1. AANBIEDING VERDIENT DE VOORKEUR

Indien wenselijk is dat de beslotenheid wordt gewaarborgd, kan onder meer worden gedacht aan de volgende hierna te bespreken statutaire aanbiederregelingen.

##### 5.6.1.1. SPECIFIEKE AANBIEDINGSREGELING BIJ UITTREDING

Voor een overdracht bij uittreding kunnen in de aanbiederregeling specifieke voorzieningen worden getroffen. Er is dan sprake van een aandeelhouder die (vrijwillig) aandelen wil vervreemden, maar daar staat een verplichting tot overdracht van de gedaagde aandeelhouders (of de vennootschap, zie hierna in paragraaf 6) tegenover.

Vaak wil men voorkomen dat de zich-misdragende aandeelhouder, die de oorzaak was voor de uittreding, zijn belang nog verder uitbouwt.

Naar mijn mening zou ter voorkoming hiervan – kort samengevat – bepaald kunnen worden dat bij de aanbieder van aandelen bij uittreding, de zich niet-misdragende aandeelhouders met voorrang ten opzichte van de zich misdragende aandeelhouders kunnen reflecteren (of zelfs dat de zich misdragende aandeelhouders helemaal niet mogen reflecteren). Eventueel kan de groep van de zich misdragende aandeelhouders nog worden uitgebreid met de aandeelhouders die zich niet hebben misdragen, maar niettemin met de zich misdragende aandeelhouders gelieerd zijn. Voor de vaststelling tot welke groep een bepaalde aandeelhouder moet worden geacht te behoren, kan worden gedacht aan bijvoorbeeld arbitrage.

##### 5.6.1.2. SPECIFIEKE AANBIEDINGSREGELING BIJ UITSTOTING

Bij het opstellen van specifieke statutaire voorzieningen in een blokkeringsregeling voor een overdracht bij uitstoting moet men voorzichtig te werk gaan. Er is dan geen sprake van een aandeelhouder die een of meer aandelen (vrijwillig) wil vervreemden zoals bedoeld in art. 2:341 lid 2 BW. De uit te stoten aandeelhouder wordt daartoe gedwongen. De statutaire aanbiederregeling die geschreven is voor een gedwongen overdracht bij uitstoting zal dan in

beginsel geen toepassing kunnen vinden. Dit laatste kan worden voorkomen door in de statutaire regeling duidelijk aan te geven dat deze regeling voor de toepassing van art. 2:341 lid 2 BW heeft te gelden als een regeling die ziet op een vrijwillige overdracht (in de zin van art. 2:341 lid 2 BW).

#### 5.6.2. AANBIEDING VERDIENT NIET DE VOORKEUR – ‘PERMITTED TRANSFERS’

Indien het in casu niet relevant of wenselijk is dat de beslotenheid wordt gewaarborgd, kan ook voor (nader in de statuten omschreven) overdrachten van aandelen ter uitvoering van de wettelijke geschillenregeling een vrije doorgang worden gecreëerd in de statuten. Dit heeft hetzelfde effect als het voorstel van Bulten om de verplichte toepassing van de statutaire aanbiedingsregeling af te schaffen. Ingeval de wettelijke geschillenregeling toepassing zal vinden, behoeven de aandelen niet eerst te worden aangeboden aan de andere aandeelhouders of aan anderen, maar is de overdracht vrij (i.e. noch op grond van de statutaire aanbiedingsregeling, noch op grond van de wettelijke aanbiedingsregeling van art. 2:195 BW behoeven de aandelen in bepaalde gevallen te worden aangeboden). Deze gevallen kunnen worden aangeduid met de term ‘*permitted transfers*’.<sup>106</sup> Art. 2:195 BW zal hiervoor ook de nodige ruimte bieden.

In de meeste gevallen hoeft hiervoor niet te worden gewacht op de wijziging van art. 2:195 OBW. De overdrachten ter uitvoering van de wettelijke geschillenregeling zullen meestal overdrachten tussen medeaandeelhouders zijn, tenzij er op grond van een statutaire regeling moet worden aangeboden aan ‘anderen’. Aan die overdrachten staat art. 2:195 OBW niet in de weg. In de statuten kan op grond van art. 2:195 lid 1 OBW nu al worden bepaald dat aandelen vrijelijk mogen worden overgedragen aan medeaandeelhouders. Ter voorkoming dat de vrije kring te groot wordt, kan deze eventueel beperkt worden tot overdrachten aan medeaandeelhouders die ter uitvoering van de wettelijke geschillenregeling plaatsvinden.

#### 5.6.3. UITZONDERING OP TAILOR-MADE STATUTAIRE REGELINGEN IN VERBAND MET DE OVERDRACHT VAN AANDELEN

Zoals eerder gemeld, kunnen straks in de statuten tailor-made statutaire regelingen worden opgenomen die zien op of verband houden met de aanbidding en overdracht van aandelen. Ter voorkoming van discussie over de kwalificatie van deze statutaire regelingen in verband met de verplichting tot

---

<sup>106</sup> De door Bulten gesignaleerde problemen met betrekking tot de aanbiedingsregeling doen zich dan niet meer voor bij de eigen regeling. Bulten (2011), p 224-225.

overeenkomstige aanbieding op grond van lid 2 van art. 2:341 en art. 2:343a BW, kan ervoor worden gekozen om in de statutaire regeling aan te geven of dit de bedoeling is of niet. Indien dit niet de bedoeling is, kan een vrijstelling voor een overdracht uit hoofde van de wettelijke geschillenregeling worden opgenomen. Dit voorkomt onduidelijkheid en discussie en wellicht onbedoelde en onwenselijke gevolgen.

#### 5.7. *Verplichte aanbieding uit hoofde van de wettelijke geschillenregeling en statutaire lock-up*

Het tegenovergestelde van paragraaf 5.6 kan zich uiteraard ook voordoen. Er wordt in de statuten – waaronder begrepen in de regeling met betrekking tot de overdracht van aandelen – geen rekening gehouden met een toekomstig beroep op de wettelijke geschillenregeling.

Zo kunnen de aandeelhouders en de notaris zich verloren hebben in het overnemen in de statuten van de diverse bepalingen uit hun joint-venture overeenkomst, waaronder begrepen een lock-up voor een beperkt aantal jaren en een aanbiedingsregeling (die van toepassing zal zijn na de lock-up periode). De verdere afspraken tussen de aandeelhouders in die overeenkomst en de statuten kwalificeren als zodanig niet als een eigen geschillenregeling, zoals bedoeld in art. 2:337 BW. De wettelijke geschillenregeling blijft dan van toepassing.

In de statuten van een bv kan de overdraagbaarheid van aandelen voor een bepaalde periode worden uitgesloten (de ‘lock-up’) dan wel op een andere wijze verder worden beperkt op grond van lid 3 respectievelijk lid 4 van art. 2:195 BW.<sup>107</sup>

Een latere gedwongen overdracht als gevolg van een uitstoting of uittreding ter uitvoering van de wettelijke geschillenregeling zou tijdens de lock-up periode in strijd met een dergelijke statutaire regeling komen en derhalve ongeldig zijn. De rechter kan dan niet rechtstreeks op grond van art. 2:195 lid 7 BW de bepalingen uit de statuten buiten toepassing verklaren. Eén van de aldaar limitatief opgesomde situaties doet zich niet voor. Wel zou de eiser naar mijn mening er mede op basis van de uitspraak van de rechter inzake de geschillenregeling in moeten kunnen slagen om executoriaal beslag op de over te dragen aandelen te leggen. Daarna kan de rechter wel op grond van art. 2:195 lid 7 BW de bepalingen in de statuten omtrent de overdraagbaarheid geheel

---

107 Een aantal schrijvers is van mening dat het nu ook al mogelijk is om onder voorwaarden en voor een beperkte duur een lock-up op te nemen in de statuten van een vennootschap. Zie Ten Berg (2002), p. 195-196 en M.W. den Boogert, ‘Aandeelhouderscontracten en joint venture-bv’s’ in: L. Timmerman e.a., *Ondernemingsrechtelijke contracten*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, deel 14, Deventer: Kluwer 1991, p. 74.

of gedeeltelijk buiten toepassing verklaren. In dat geval lijkt de ratio van de statutaire regeling met zich te brengen dat de aanbiedingsregeling die na de lock-up periode heeft te gelden wel zal moeten worden toegepast.

Een besluit van de algemene vergadering tot wijziging van de statuten ter invoering van een lock-up dat uitsluitend en alleen wordt genomen met het oog op de frustratie van de wettelijke geschillenregeling zal overigens in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Zie ook paragraaf 6.2.3.

#### *5.8. Invloed van de vervangende eigen regeling op blokkeringsregelingen*

De aandeelhouders kunnen ervoor kiezen om de wettelijke geschillenregeling geheel terzijde te stellen en in de statuten een vervangende eigen regeling op te nemen (art. 2:337 lid 1 BW). Voor de voorwaarden voor een dergelijke regeling verwijs ik kortheidshalve naar paragraaf 3.

Eén van de voordelen van een dergelijke vervangende eigen regeling is dat bij de redactie daarvan verzekerd kan worden dat de blokkeringsregeling aansluit op de geschillenregeling. De hiervoor gemelde problemen ten aanzien – onder meer – de overeenkomstige toepassing van een statutaire aanbiedingsregeling bij een gedwongen overdracht zullen zich dan niet voordoen. Vrijwel alle gewenste voorzieningen kunnen in de statutaire blokkeringsregeling worden getroffen op basis van art. 2:195 BW, mits deze de gedwongen overdracht niet onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maken.

In voorkomende gevallen kan, afhankelijk van de omstandigheden, de opname van een specifieke goedkeuringsregeling voor een gedwongen overdracht van aandelen ter uitvoering van de vervangende eigen regeling de voorkeur verdienen. Eventueel kan ook in een dergelijke goedkeuringsregeling worden bepaald dat bij een uitstoting de gegadigden die door de algemene vergadering kunnen worden aangewezen, derden moeten zijn, die in ieder geval niet op enige wijze zijn gelieerd met de uit te stoten aandeelhouder.

De bevoegdheid tot goedkeuring van een dergelijke overdracht kan in de statuten eventueel ook worden toegekend aan een ander vennootschapsorgaan waarop de uit te stoten aandeelhouder geen doorslaggevende invloed kan uitoefenen. Ook kan er – indien het althans wenselijk is dat de beslotenheid wordt gewaarborgd – voor worden gekozen dat bij een overdracht van aandelen ter uitvoering van de vervangende eigen regeling niet de (meer algemene) goedkeuringsregeling moet worden gevolgd, maar een (meer specifieke) aanbiedingsregeling. In de blokkeringsregeling in de vervangende eigen regeling zullen dan verder nog voor een gedwongen overdracht specifiekere kortere termijnen, een aparte eigen waarderingmethode (voor zover deze niet leidt tot een kennelijk onredelijke prijs ex art. 2:340 lid 3 BW) en peildatum worden opgenomen (zie paragraaf 7.2). Uiteraard kan ook worden bepaald dat een gedwongen overdracht ter uitvoering van de vervangende eigen regeling niet onderworpen is aan enige blokkeringsregeling.

### 5.9. *Niet gebonden en gebonden aandeelhouders bij een vervangende eigen regeling*

Bij een vervangende eigen geschillenregeling kunnen complicaties optreden indien één of meer aandeelhouders niet hebben ingestemd met de regeling en daar derhalve niet aan zijn gebonden (zie paragraaf 4 hiervoor). De vraag is dan hoe hiermee moet worden omgegaan.

Vindt de wettelijke geschillenregeling toepassing zolang niet alle aandeelhouders aan de vervangende eigen regeling zijn gebonden? Dit zou naar mijn mening in ieder geval zo in de statuten kunnen worden bepaald zodat duidelijkheid ontstaat tussen alle aandeelhouders.

Zou in de statuten kunnen worden bepaald dat de aandeelhouders die hebben ingestemd gebonden zijn aan de vervangende eigen regeling en de aandeelhouders die dat niet hebben gedaan aan de wettelijke geschillenregeling?

Ter voorkoming van discussie over de ongelijke behandeling van aandeelhouders zou dan in de statuten kunnen worden bepaald dat de aandelen van de beide groepen aandeelhouders geacht moeten worden twee verschillende soorten aandelen te vormen (en waarbij er een conversie plaatsvindt van de ene in de andere soort indien er alsnog wordt ingestemd met de eigen regeling).

De vraag is dan of de vervangende eigen regeling de wettelijke regeling nog wel geheel terzijde stelt. Ik verwijs hiervoor naar paragraaf 3.

Indien een aandeelhouder die gebonden is aan de vervangende eigen regeling, niet – op grond van de statutaire regeling – een zich ernstig misdragende niet-gebonden aandeelhouder kan uitstoten en daardoor in de knel komt, zou hij de wettelijke uitstootregeling kunnen toepassen. Zie paragraaf 3.2.7. Hetzelfde geldt mutatis mutandis bij bijvoorbeeld de uittreding door een niet-gebonden aandeelhouder.

## **6. De vordering tot uittreding tegen de vennootschap (art. 2:343 BW)**

### 6.1. *Inleiding*

De nieuwe wettelijke geschillenregeling ziet niet alleen op oplossingen voor ‘geschillen tussen aandeelhouders’, zoals nu nog is bepaald, maar op ‘geschillen als in die afdeling bedoeld’ (art. 2:337 lid 1 BW).<sup>108</sup>

Deze uitbreiding houdt verband met de introductie van een nieuwe uittredingsmogelijkheid (in art. 2:343 lid 1 BW).

Een aandeelhouder kan zijn uittreden in het vervolg niet alleen bewerkstelligen als zijn medeaandeelhouders zich zodanig gedragen dat hij in zijn rechten

<sup>108</sup> Afdeling 1 ‘Geschillenregeling’ van Titel 8 van Boek 2 BW ‘Geschillenregeling en het recht van enquête’.

of belangen wordt geschaad, maar ook als de vennootschap zich jegens hem misdraagt. Hij zal zijn vordering tot uittreding ook jegens de vennootschap kunnen instellen, niet alleen indien de misdraging afkomstig is van de vennootschap, maar ook van zijn medeaandeelhouder(s).

Deze nieuwe mogelijkheid is in de literatuur enthousiast ontvangen.<sup>109</sup>

Als belangrijke voordelen hiervan worden genoemd dat (i) de vennootschap mogelijk meer financiële armslag heeft dan een aandeelhouder en (ii) mogelijke competentie- en IPR-problemen met betrekking tot buitenlandse aandeelhouders, die zich misdragen, zo kunnen worden voorkomen (de vennootschap is immers de gedaagde en zij heeft haar zetel in Nederland). Zie paragraaf 7.5.

Ten aanzien van het eerstgenoemde voordeel lijkt eraan voorbij te zijn gegaan dat art. 2:207c BW zal worden afgeschaft. Hierdoor kan de vennootschap straks, als zij althans meer financiële armslag heeft, een overnemende aandeelhouder zonder al te veel problemen financieren, zonder dat zij zelf de aandelen zal moeten verkrijgen.

Ten aanzien van het tweede voordeel merk ik nog op dat de bedoelde competentie- en IPR-problemen, althans voor een groot deel, kunnen worden opgelost door middel van een statutaire forumkeuze. Zie ook paragraaf 7.5 hierna.<sup>110</sup> Een mogelijk nadeel van deze nieuwe mogelijkheid kan worden gevormd door de wettelijke regels die de mogelijkheid tot inkoop van aandelen beperken (art. 2:207 en art. 2:207a BW). Deze regels kunnen in voorkomende gevallen roet in het eten gooien. Indien de vordering tot uittreding wordt toegewezen door de rechter, is de vennootschap immers verplicht de aandelen van de uittredende aandeelhouder tegen de vastgestelde prijs over te nemen.

De wetgever heeft ten aanzien van inkoop van eigen aandelen door de vennootschap tot nu toe strenge en maar voor één uitleg vatbare regels opgesteld, op overtreding waarvan de (forse) straf van nietigheid staat (art. 2:207 e.v. OBW en art. 2:98 e.v. BW). Na invoering van het wetsvoorstel zijn die eisen voor de bv mogelijk niet minder streng, maar in elk geval wel minder duidelijk. Zie bijvoorbeeld de rol van het bestuur waar hierna in paragraaf 6.2.4 nader op wordt ingegaan.<sup>111</sup>

Bulten gaat in haar onderdeel van dit Preadvies in op de verhouding van de wettelijke geschillenregeling ten opzichte van de wettelijke regels ten aanzien

---

109 Zie daarvoor Bulten (2011), p. 126, R.W.Th. Norbruis, 'Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling', *Ondernemingsrecht* 2005-151, p. 432 en C.D.J. Bulten, 'De gewijzigde geschillenregeling', *Ondernemingsrecht* 2007-109, p. 366-367, hierna aangeduid als Norbruis (2005) en Bulten (2007).

110 Zie ook Bulten (2011), p. 154 en Portengen (2006), p. 99.

111 Ten Berg en Van Eck (2011), paragraaf 6.1 en voetnoot 77.

van de inkoop van aandelen.<sup>112</sup> Ik zal hierna met name nader ingaan op de verhouding van de eigen statutaire regeling ten opzichte van die wettelijke regels.

6.2. *De verhouding van de eigen statutaire regeling ten opzichte van de vereisten van art. 2:98 en art. 2:207 BW (de verhouding tussen uittreding en verkrijging eigen aandelen)*

In de laatste twee volzinnen van art. 2:343 lid 1 BW is getracht om de verhouding van de vordering tot uittreding tegen de vennootschap ten opzichte van de wettelijke regels die de mogelijkheid tot verkrijging van eigen aandelen beperken, te regelen.

Uitgangspunt is dat een dergelijke vordering tegen de vennootschap niet door de rechter kan worden toegewezen voor zover art. 2:98 of art. 2:207 BW aan de verkrijging van de aandelen door de vennootschap in de weg staat. Op dit uitgangspunt wordt vervolgens een aantal nuanceringen aangebracht. Zo behoeft geen rekening te worden gehouden met (i) het vereiste van machtiging door de algemene vergadering als bedoeld in art. 2:98 lid 4 BW of *een daarmee vergelijkbaar statutair voorschrift* dan wel (ii) een na het tijdstip van instellen van de vordering ten nadele van eiser tot stand gebrachte wijziging van de statuten.<sup>113</sup> Ten slotte is in de laatste volzin van art. 2:343 lid 1 BW aangegeven dat de bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:207 lid 3 BW niet van toepassing is bij toewijzing van de vordering door de rechter.

Een en ander geldt niet bij een statutaire geschillenregeling, althans indien en voor zover daarin geen sprake is van een rechter die de uittredingsvordering toewijst. Die regeling kan er bijvoorbeeld in voorzien dat arbiters – in de plaats van de rechter – over de toewijzing van de overeenkomstig de statuten ingestelde uittredingsvordering beslissen.<sup>114</sup> Met alle vereisten van art. 2:98 en art. 2:207 BW dient dan wel rekening te worden gehouden.<sup>115</sup>

6.2.1. DE VEREISTEN VAN ART. 2:207 LID 1 EN 2 BW

Voor de inkoop van aandelen in een bv geldt een aantal wettelijke vereisten. Zo moeten de eigen aandelen zijn volgestort (art. 2:207 lid 1 BW), moet het eigen vermogen van de vennootschap een voldoende omvang hebben (de inkoopprijs moet uit de vrij uitkeerbare reserves kunnen worden betaald) en

112 Zie ook S. Schmeetz 'Enkele aspecten van de (on)mogelijkheid tot het vorderen van afgeleide schade', *V&O* 2010-11, p. 208-209.

113 Deze regeling is niet helemaal helder en roept een aantal vragen op. Zo is niet geheel duidelijk wat wordt bedoeld met 'een daarmee vergelijkbaar statutair voorschrift'. Zie Bulten (2011), p. 127 voor twee mogelijke interpretaties van dit deel van de regeling.

114 Zie de statutaire geschillenregeling zoals weergegeven door Ten Berg en Van Eck in Ten Berg en Van Eck (2011), paragraaf 6.1.

115 Zie Ten Berg en Van Eck (2011), paragraaf 6.1 en voetnoot 77.

moet het bestuur van mening zijn dat de vennootschap na de verkrijging zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden (art. 2:207 lid 2 BW).

#### 6.2.2. HET VEREISTE VAN MACHTIGING ALS BEDOELD IN ART. 2:98 LID 4 BW OF EEN DAARMEE VERGELIJKBAAR STATUTAIR VOORSCHRIFT

Bij een statutaire geschillenregeling voor een nv moet nog wel rekening worden gehouden met het vereiste van machtiging als bedoeld in art. 2:98 lid 4 BW of een daarmee vergelijkbaar statutair voorschrift. Bij de nv moet de algemene vergadering het bestuur machtigen ter zake van een verkrijging van aandelen door de nv anders dan om niet (tenzij één van de uitzonderingen van de leden 5 tot en met 8 van art. 2:98 BW van toepassing is). Deze bepaling is van dwingend recht. Bij de bv beslist het bestuur over de verkrijging van aandelen door bv (art. 2:207 lid 1 BW).

#### 6.2.3. EEN NA HET TIJDSTIP VAN INSTELLEN VAN DE VORDERING TEN NADELE VAN EISER TOT STAND GEBRACHTE WIJZIGING VAN DE STATUTEN

Voor de wettelijke geschillenregeling is in art. 2:343 lid 1 BW bepaald dat bij toewijzing door de rechter van een uittredingsvordering jegens de vennootschap ook geen rekening behoeft te worden gehouden met een *na het tijdstip van instellen van de vordering* ten nadele van eiser tot stand gebrachte wijziging van de statuten. Bulten geeft als voorbeeld dat een minderheidsaandeelhouder wil uittreden en de vennootschap daartoe dagvaardt, maar dat de meerderheidsaandeelhouder dit wil frustreren door snel met een statutenwijziging een inkoopverbod te creëren.<sup>116</sup> Naar mijn mening geldt deze bepaling zowel voor de nv als de bv. In de literatuur is wel gesteld dat de wettekst van art. 2:343 lid 1 BW zo'n recente wijziging van de statuten slechts aan de bepaling voor de nv lijkt te koppelen, maar ik zie dat niet zo.<sup>117</sup>

Op basis van een a contrario redenering zou men tot de conclusie kunnen komen dat bij een statutaire geschillenregeling rekening zou moeten worden gehouden met een dergelijke wijziging van de statuten. Op zich is deze conclusie juist. Naar mijn mening kan in dat geval het besluit van de aandeelhoudersvergadering tot wijziging van de statuten worden vernietigd voor zover dat is genomen met het oog op het frustreren van de ingestelde uittredingsvordering. Een zodanig besluit is naar mijn mening in strijd met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 lid 1 BW en kan aldus worden vernietigd op grond van art. 2:15 lid 1 sub b BW. Na vernietiging van het besluit tot statutenwijziging

---

116 Bulten (2011), p. 128.

117 Bulten (2011), voetnoot 109.



en het (opnieuw) wijzigen van de statuten, waarbij de ten nadele van de eiser aangebrachte wijziging wordt geschrapt, zou de gevorderde inkoop door de vennootschap alsnog kunnen worden geïmplementeerd. In de praktijk zal het vaak niet zo ver komen.

Indien en zodra de andere aandeelhouders bekend worden met het voornemen van de meerderheidsaandeelhouder de statuten te wijzigen, zoals in het hiervoor bedoelde voorbeeld, zullen zij een kort geding aanspannen om het voorgenomen besluit tot statutenwijziging te schorsen.<sup>118</sup> Zie ter vergelijking de vernietiging van een besluit van de algemene vergadering tot emissie van aandelen met het oog op het voorkomen van het overschrijden door de eiser van de ontvankelijkheidsdrempel bij uitstoting van art. 2:336 lid 1 BW.<sup>119</sup>

Een geslaagd beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid zoals bedoeld in art. 2:8 lid 2 BW – als gevolg waarvan de toepassing van een tussen de aandeelhouders en de vennootschap krachtens de statuten geldende regeling naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn – ligt hier niet voor de hand. Deze derogerende werking wordt in de rechtspraak weinig toegepast en dat lijkt terecht aangezien dit al snel de rechtszekerheid zal aantasten.

#### 6.2.4. BESTUURDERSAANSPRAKELIJKHEID EX ART. 2:207 LID 3 BW

Bij een statutaire geschillenregeling blijft art. 2:207 lid 3 BW van toepassing bij toewijzing van de uittredingsvordering door bijvoorbeeld arbiters. Dit artikelid bepaalt dat de bestuurders die ten tijde van de verkrijging wisten of redelijkerwijs behoorden te voorzien dat de vennootschap na de verkrijging niet kon voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden jegens de vennootschap hoofdelijk zijn verbonden tot vergoeding van het tekort dat door de verkrijging is ontstaan (met de wettelijke rente vanaf de dag van verkrijging). Dit kan het bestuur in een moeilijke positie brengen. Het bestuur moet bij een inkoop ter uitvoering van een statutaire geschillenregeling op grond van art. 2:207 lid 2 BW de afweging maken of de vennootschap na de verkrijging van de aandelen al dan niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar

118 Gezien het geschil en de vernietiging van het eerste besluit tot statutenwijziging is voorstelbaar dat de aandeelhouders dan mogelijk niet snel tot een tweede besluit tot statutenwijziging zullen komen.

119 Zie Brood-Grapperhaus (1994), p. 38 en Rb. Haarlem 8 mei 1990, *KG* 1990, 247 (*Keijzer Papier*), r.o. 3.2: ‘Het voorstel van de directie van Keijzer Papier BV aan de algemene vergadering van aandeelhouders om het voorkeursrecht van eiseres uit te sluiten heeft immers het doel het recht van eiseres om een vordering gebaseerd op de in art. 335 e.v. Boek II BW vervatte geschillenregeling in te stellen, te frustreren. Zowel het voorstellen van als het besluiten tot een zodanige emissie is in strijd met de redelijkheid en billijkheid die de vennootschap jegens een van haar aandeelhoudsters eiseres, en die de aandeelhoudsters onderling jegens elkaar dienen te betrachten.’

opeisbare schulden, terwijl zij bij een inkoop ter uitvoering van de wettelijke geschillenregeling hiertoe niet verplicht is.

In theorie is het denkbaar dat een niet goed geredigeerde statutaire geschillenregeling het bestuur onverkort zou kunnen verplichten om de aandelen namens de vennootschap te verkrijgen. Voor zover de statutaire regeling in strijd is met de dwingendrechtelijke bepaling in art. 2:207 lid 2 BW is zij dan nietig. Dit zal doorgaans worden voorkomen door bijvoorbeeld in de statutaire uittredingsregeling te voorzien in een uitzondering op de verplichting van de vennootschap om de aandelen te verkrijgen indien en voor zover het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de verkrijging niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. In dat geval behoeft het bestuur 'alleen' nog maar de afweging te maken.

Voor de nv blijft de huidige regeling met betrekking tot de inkoop van aandelen gelden (art. 2:98 en 98a BW). Die regeling is streng, maar niet voor meerdere uitleg vatbaar zoals de nieuwe regeling voor de bv. Een wettelijk verplichte afweging voor het bestuur zoals bij de bv vindt men daar niet in terug. De nieuwe regeling voor de bv voorziet daarmee slechts in een nadere specifieke omschrijving van de taak die het bestuur heeft te vervullen.<sup>120</sup>

Onder de nieuwe wettelijke regeling zal hierdoor niet altijd eenvoudig zijn vast te stellen of een inkoop in strijd is met de wettelijke inkoopbepalingen. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede. In verband met het vorenstaande wordt in de praktijk wel door sommigen het gebruik van de nv in plaats van de bv bepleit. Op zich is het juist dat naar de letter van de wet het bestuur van de nv de bedoelde afweging niet behoeft te maken. Met Ten Berg ben ik het eens dat vermoedelijk van deze nieuwe regeling voor de bv enige reflexwerking zal uitgaan en dat de rechter niet snel geneigd zal zijn om bestuurders, crediteuren en aandeelhouders van de nv – onder gelijke omstandigheden – anders te behandelen dan die van de bv.<sup>121</sup>

#### 6.2.5. DE STATUTAIRE UITSLUITING OF BEPERKING VAN DE VERKRIJGING VAN EIGEN AANDELEN EX ART. 2:207 LID 4 BW

Ten slotte moet er rekening mee worden gehouden dat in de (met name oudere) statuten eventueel (aanvullende) beperkingen kunnen worden gesteld aan de verkrijging van eigen aandelen door de vennootschap. De statuten kunnen op grond van art. 2:207 lid 4 BW de verkrijging van eigen aandelen door de vennootschap zelfs geheel uitsluiten.

---

120 Voor commentaar op de nieuwe regeling zie H.J. de Kluiver, 'Vermogensbescherming bij de BV: modernisering in internationaal perspectief', in: *WPNR* 2006/6676, p. 571-580.

121 J.A.M. ten Berg, 'De flexibele BV en de bescherming van haar crediteuren', *JBN* 2008-39, p. 9.

### 6.2.5.1. STATUTAIRE UITSLUITING OF BEPERKING VAN DE INKOOP BIJ DE WETTELIJKE GESCHILLENREGELING

Bulten is ten aanzien de wettelijke geschillenregeling van mening dat een dergelijke statutaire beperking of uitsluiting van de inkoop aan de toewijzing van de vordering door de rechter in de weg staat.<sup>122</sup> De inkooprestricties maken inkoop onmogelijk. Volgens haar wordt zo de idee om de uittreding te vergemakkelijken wel heel eenvoudig de das omgedaan. Dat mag niet de bedoeling zijn. De statutaire beperkingen (met uitzondering van de statutaire reserves die bij de financiële toets van art. 2:207 lid 2 BW een rol spelen) zouden aan de inkoop door een uittreding niet in de weg mogen staan. Zij bepleit dat de wettekst op dit punt zou moeten worden aangepast. Na de toewijzing door de rechter van een vordering uit hoofde van de wettelijke geschillenregeling, zou de uittreding door middel van inkoop niet door een statutaire beperking of uitsluiting moeten kunnen worden geblokkeerd. De wetgever heeft hier geen gehoor aan gegeven.

Ik meen dat dit genuanceerder zou moeten liggen. Indien de statuten een vrijwillige inkoop van aandelen verbieden, zou dit verbod ook moeten gelden ten aanzien van een uittredingsvordering jegens de vennootschap. De wettelijke regeling kan dan verder gewoon toegepast worden. De uittredingsvordering kan immers nog steeds worden ingesteld jegens de medeaandeelhouders. Mogelijk biedt ook hier art. 2:195 lid 7 BW na het leggen van een executoriaal beslag nog een uitweg. Zie hiervoor ook paragraaf 5.7.

### 6.2.5.2. STATUTAIRE UITSLUITING OF BEPERKING VAN DE INKOOP BIJ DE STATUTAIRE GESCHILLENREGELING

Ten aanzien van een statutaire geschillenregeling geldt uiteraard ook dat een statutaire beperking of uitsluiting van de inkoop aan de toewijzing van de vordering in de weg staat. Of dit zich vaak in de praktijk zal voordoen vraag ik mij af.

De notaris die belast is met het opnemen van de geschillenregeling in de statuten van de vennootschap zal oog moeten hebben voor dergelijke (eventueel oudere) beperkingen of uitsluitingen en deze waar nodig moeten schrappen. Mocht dit probleem zich toch voordoen dan is er op dit punt sprake van innerlijk strijdige statuten. De vraag is dan of de vennootschap de aandelen mag verkrijgen ter uitvoering van de geschillenregeling. De statutaire geschillenregeling kan in een dergelijk geval (uiteraard afhankelijk van de bewoordingen van de regelingen) mogelijk worden geïnterpreteerd als een *lex specialis* ten opzichte van meer algemene beperking of uitsluiting.

---

122 Bulten (2011), p. 129.

#### 6.2.6. ANDERE ‘BELEMMERINGEN’?

Wat te doen in geval de vennootschap de aandelen van de uittredende aandeelhouder binnen de wettelijke inkoopgrenzen wel kan inkopen, maar als zij (verplicht) daartoe overgaat en daardoor andere plannen (‘*corporate opportunities*’) moet laten varen?<sup>123</sup> Kaemingk heeft ook nog op andere situaties gewezen waarin de uitkoop door de vennootschap niet mogelijk kan blijken te zijn. Als voorbeeld werd door hem genoemd de situatie dat de vennootschap is gebonden aan contracten met banken waarin is bepaald dat er geen gelden aan de aandeelhouders mogen worden uitgekeerd zolang de vennootschap de banken niet heeft afgelost. In dat geval is de vennootschap volgens De Kluiver klemgezet en moet worden teruggevallen op de aandeelhoudersoptie dat de ene aandeelhouder de andere aandeelhouder uitkoopt.<sup>124</sup> In de Memorie van Toelichting wordt overwogen om in geval eventuele wettelijke beperkingen een rol zullen kunnen spelen niet alleen de vennootschap maar ook de (mede) aandeelhouders te dagvaarden.<sup>125</sup> Dit zal dan ook in verband met vorenbedoelde ‘andere situaties’ raadzaam zijn.

#### 6.3. *Wie het eerst komt...*

In de literatuur is de vraag gesteld wat te doen indien meerdere aandeelhouders gelijk – of volgtijdig – een vordering tot uittreding tegen de vennootschap instellen. De door De Kluiver voorgestelde geschillenregeling voorziet niet in een oplossing voor het geval ‘andere aandeelhouders de opzeggende aandeelhouder op dat punt volgen en ook hun aandeelhouderschap opzeggen’.<sup>126</sup> In de bijdrage in OOR hebben wij ons hier nog enigszins gemakkelijk vanaf gemaakt en dit op de volgende wijze aan de arbiters gelaten:

*‘9. Indien twee of meer aandeelhouders hun aandeelhouderschap opzeggen en niet al hun aandelen door de overige mede-aandeelhouders en/of de vennootschap worden verworven, zullen de arbiters bepalen op welke wijze het in dit artikel bepaalde toepassing vindt.’<sup>127</sup>*

Idealiter zou uiteraard voor dit scenario een meer gedetailleerde regeling in de statuten moeten worden opgenomen. Hierbij zou kunnen worden gedacht aan een regeling waarbij degene die het eerst de vordering tot uittreding instelt ook het eerste in staat zal worden gesteld om zijn aandelen over te dragen aan de

---

123 Zie Ten Berg en Van Eck (2011), paragraaf 6.1.

124 De Kluiver (2010), p. 236.

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

126 Leijten stelde ook al de ‘technische vraag’ wat te doen in het geval meer dan één aandeelhouder wil uittreden. Zie De Kluiver (2010), p. 235-236 en Ten Berg en Van Eck (2011), paragraaf 6.1.

127 Zie Ten Berg en Van Eck (2011), paragraaf 6.1.

vennootschap (wie het eerst komt, wie het eerst maalt...). Deze simpele ‘hard and fast rule’ kan onrechtvaardig uitwerken. Overwogen zou kunnen worden te bepalen dat de aandelen alleen door de vennootschap van een bepaalde aandeelhouder mogen worden verkregen indien en zodra na die verkrijging nog een bepaald aantal of bepaald percentage additionele aandelen kan worden verkregen van de andere aandeelhouder(s).

Indien het geplaatste aandelenkapitaal is verdeeld in meerdere soorten aandelen kan ervoor worden gekozen om een voorkeursrecht toe te kennen per soort indien en voor zover er in een bepaalde nader aan te geven periode door meerdere aandeelhouders vorderingen tot uittreding tegen de vennootschap worden ingesteld. In aanvulling op de bedoelde afspraken kan nog worden overwogen om statutair te bepalen dat de aandelen die niet door de vennootschap kunnen worden verworven als gevolg van (i) de wettelijke beperkingen ten aanzien van de verkrijging van eigen aandelen of (ii) als gevolg van andere (al dan niet statutaire) beperkingen, door de overige aandeelhouders moeten worden overgenomen, bijvoorbeeld pro rata hun bezit aan aandelen.

## 7. Statutaire vormgeving

### 7.1. Inleiding

Op grond van art. 2:337 lid 1 BW kan de wettelijke geschillenregeling geheel of gedeeltelijk door middel van een eigen statutaire (of overeengekomen) regeling terzijde worden gesteld.

Hierna zal ik in paragraaf 7.2 eerst ingaan op een aantal eigen statutaire geschillenregelingen die ten doel hebben slechts een aantal afwijkingen – die zowel van formele als materiële aard kunnen zijn – aan te brengen ten opzichte van de wettelijke regeling (hiervoor ook wel aangeduid als een ‘partiële eigen regeling’).<sup>128</sup>

Daarna zal ik in paragraaf 7.3 nader ingaan op een eigen statutaire geschillenregeling die ertoe strekt de wettelijke regeling geheel terzijde te stellen casu quo te vervangen (hiervoor ook wel aangeduid als een ‘vervangende eigen regeling’). In paragraaf 7.4 zal ik vervolgens nog een aantal bijzondere regelingen bespreken die in een eigen statutaire regeling kunnen worden opgenomen teneinde bepaalde bezwaren die bestaan tegen de wettelijke geschillenregeling weg te nemen of de positie van bepaalde belanghebbenden kunnen verduidelijken. Vervolgens zal ik in paragraaf 7.5 ingaan op de statutaire forumkeuze.

Zoals eveneens hiervoor in paragraaf 3 aangegeven is het allereerst van belang dat duidelijk wordt gemaakt wat het doel is van de statutaire regeling: het slechts aanbrengen van een aantal afwijkingen ten opzichte van de wettelijke regeling of het algeheel terzijde stellen van deze regeling.

<sup>128</sup> Zie paragraaf 3 en *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 100.

## 7.2. *Gedeeltelijke terzijdestelling van de wettelijke regeling – een partiële eigen regeling*

Het gaat te ver om hier alle mogelijke partiële eigen regelingen te bespreken. Ik volsta met een korte bespreking van een aantal partiële eigen regelingen die – naar ik verwacht – in de praktijk regelmatig zullen worden toegepast.

### 7.2.1. PROROGATIE (ART. 2:337 LID 2 BW)

Op grond van art. 2:337 lid 2 BW kan in de eigen regeling bepaald worden dat geschillen als bedoeld in afdeling 2.8.1 BW direct ter kennis worden gebracht van de Ondernemingskamer. Ook kan anderszins worden afgeweken van de rechterlijke bevoegdheid als geregeld in art. 2:336 lid 3 en 5 BW. Bulten pleit voor de behandeling van een geschillenregelingvordering in één feitelijke instantie en raadt de vennootschap en haar aandeelhouders aan (enkel) te kiezen voor de Ondernemingskamer.<sup>129</sup> Een enkele verwijzing naar de algemene prorogatieregeling van art. 329 Rv is hiervoor volgens haar niet afdoende. Ook kunnen geschillen aan arbitrage worden onderworpen.

Het staat partijen niet vrij in hoger beroep een andere rechter dan het gewone Gerechtshof aan te wijzen. Art. 2:337 lid 2 BW spreekt immers uitsluitend van afwijking van art. 2:336 lid 3 en 5 BW.<sup>130</sup>

Ten slotte lijkt het niet goed mogelijk om in de regeling per soort vordering te variëren (door bijvoorbeeld een onderscheid te maken tussen de regeling voor de uittredingsvordering en de uitstotingsvordering). Voor meerdere varianten op dit thema verwijs ik naar Bulten.<sup>131</sup>

### 7.2.2. EIGEN WAARDERINGSMETHODE (ART. 2:339 LID 2 BW)

Uitgangspunt bij de waardering van de aandelen is volgens de jurisprudentie van de Ondernemingskamer de waarde in het economisch verkeer.<sup>132</sup> De waarderingmethode zal onder andere afhankelijk zijn van de aard van de bv en de met haar verbonden onderneming. Indien sprake is van een eigen waarderingsmaatstaf in de statuten, dan moet de deskundige of de rechter deze volgen. De uiteindelijke waardering van de aandelen geschiedt op een *pro rata parte* basis.<sup>133</sup>

---

129 Bulten (2011), p. 280 en 297.

130 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 100-101 en G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 2. Rechtspersonenrecht. Deel II\**, *De naamloze en de besloten vennootschap*, derde druk, Deventer: Kluwer 2009, nr. 703.

131 Bulten (2007), p. 362-365.

132 Bulten (2011), p. 228.

133 Bulten (2011), p. 228.

De geschillenregeling zal er meestal toe leiden dat aandelen door een aandeelhouder aan een medeaandeelhouder zullen (moeten) worden overgedragen. Daarbij komt dat voor aandelen in een bv doorgaans geen markt bestaat. Van een prijs die een derde te goede trouw bereid is daarvoor te betalen zal dan ook niet vaak sprake zijn. Deze prijs kan niet een goed uitgangspunt vormen voor de regeling ten aanzien van de bepaling van de prijs voor de aandelen.

### 7.2.3. EIGEN PEILDATUM

Het uitgangspunt van de jurisprudentie en het wetsvoorstel met betrekking tot de peildatum voor de waardering van de aandelen is een datum zo dicht mogelijk bij de overdracht van de aandelen.<sup>134</sup> Deze datum zal in de praktijk de datum van het toewijzende eindvonnis of van een bij voorraad uitvoerbaar verklaard vonnis zijn. De wettelijke regeling staat er niet aan in de weg dat in de eigen statutaire regeling bepalingen worden opgenomen met betrekking tot de peildatum.<sup>135</sup> De rechter zal met terughoudendheid moeten toetsen of deze regeling niet tot een onredelijk resultaat leidt.<sup>136</sup> De argumentatie voor een terughoudende opstelling van de rechter is in paragraaf 3.4 nader uiteengezet.

### 7.2.4. GEEN VERPLICHTE BENOEMING VAN (EEN) DESKUNDIGE(N) (ART. 2:339 LID 3 BW)

In geval de statuten een duidelijke maatstaf voor de bepaling van de waarde van de aandelen (zoals bedoeld in paragraaf 7.2.2) bevatten en de rechter aan de hand daarvan de prijs zonder meer kan vaststellen, kan hij de benoeming van deskundigen achterwege laten. Het verdient derhalve de voorkeur om in de statuten een duidelijke waarderingsmaatstaf op te nemen. In art. 2:339 lid 3 BW wordt – in tegenstelling tot art. 2:339 lid 3 OBW – niet meer aangesloten bij hetgeen in de blokkeringsregeling is bepaald omtrent de vaststelling van de waarde van de aandelen. Zie art. 2:339 lid 3 BW en HR 21 januari 2005, *NJ* 2005, 126 (Hoffmann).

134 Zie onder meer HR 11 september 1996, *NJ* 1997/177 en *Kamerstukken II* 31 058, nr. 3, p. 103.

135 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 104.

136 Volgens Bulten (Bulten (2011), p. 228-229) is naar de stand van de huidige jurisprudentie het hanteren van een 'flexibele peildatum' niet toegestaan. Ook de toelichting bij wetsvoorstel 31 058 benadrukt volgens haar dat een flexibele peildatum niet gewenst is. Bulten ziet dit als een gemiste kans. Een 'toekomstige peildatum', i.e. een peildatum die na het vonnis ligt, is ook niet toegestaan.

### 7.3. *Algehele terzijdestelling van de wettelijke regeling – een vervangende eigen regeling*

De voorwaarden voor een vervangende eigen regeling zijn hiervoor in paragraaf 3 nader uiteengezet. Indien het de bedoeling is om de wettelijke geschillenregeling geheel terzijde te stellen, is het van belang dat er in de eigen regeling zowel een uitstoot- als een uittredingsmogelijkheid wordt opgenomen. Ik zal hierna eerst kort ingaan op de uitstootregeling en daarna op de uittredingsregeling.

#### 7.3.1. DE UITSTOOTREGELING

Op basis van het wetsvoorstel en meer in het bijzonder art. 2:192 BW kan in een statutaire regeling een uitstootregeling worden opgenomen die in min of meerdere mate lijkt op de wettelijke uitstootregeling uit art. 2:336 lid 1 BW en leidt tot een verplichte aanbieding en overdracht. Kort samengevat zou die regeling onder meer de volgende elementen kunnen bevatten:

- (i) Een of meer houders van aandelen, die alleen of gezamenlijk ten minste [**een bepaald percentage**] van het geplaatste kapitaal van de vennootschap verschaffen (de ‘**Eisers**’), kunnen van een aandeelhouder (de ‘**Aandeelhouder**’), die door zijn gedragingen [**het belang van de vennootschap**] zodanig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld, vorderen dat hij zijn aandelen overeenkomstig art. 2:192 lid 1 sub c BW en deze regeling zal aanbieden en overdragen aan de Eisers of de derden.
- (ii) Wijze van instellen van de vordering: bijvoorbeeld per fax of aangetekende brief aan de Aandeelhouder met een kopie aan de vennootschap en het vaststellen van termijnen.
- (iii) Arbiters bepalen of het voortduren van het aandeelhouderschap van de Aandeelhouder in redelijkheid niet kan worden geduld.
- (iv) Uitwerken keuze of wijze van aanstellen van de arbiters (arbitrageregeling).
- (v) Indien de arbiters constateren dat het voortduren van het aandeelhouderschap van de Aandeelhouder in redelijkheid niet kan worden geduld, dienen de aandelen verplicht en onherroepelijk te worden aangeboden en overgedragen.
- (vi) Keuze voor al dan niet overeenkomstige toepassing van blokkeringsregeling en het aangeven van de verhouding van de aanbieding en overdracht tot andere statutaire verplichtingen en/of vereisten, bijvoorbeeld een kwaliteitseis.



- (vii) Eventueel het uitsluiten van de overdraagbaarheid van alle aandelen van de Aandeelhouder, gedurende de periode (i) die aanvangt nadat een vordering is ingesteld op de hiervoor omschreven wijze en (ii) die eindigt indien en zodra (x) vast komt te staan dat de aandelen van de Aandeelhouder niet moeten worden overdragen, (y) alle aandelen van de Aandeelhouder zijn overgedragen aan de Eisers overeenkomstig deze regeling of (z) de Eisers daarvoor toestemming verlenen.
- (viii) Opschorting van de aandeelhoudersrechten van de Aandeelhouder en/of verlening van een onherroepelijke volmacht aan de vennootschap de overdracht van de aandelen tot stand te brengen, indien de Aandeelhouder niet binnen een bepaalde termijn de verplichting tot aanbidding en overdracht nakomt.

#### 7.3.1.1. ONTVANKELIJKHEIDSDREMPEL VOOR DE EISENDE AANDEELHOUDER(S) (ART. 2:336 LID 1 BW)

Op grond van art. 2:336 lid 1 BW dient de eiser (alleen of gezamenlijk met andere aandeelhouders) ten minste een derde van het geplaatste kapitaal van de vennootschap te verschaffen. In de literatuur is de vraag gesteld of deze ontvankelijkheidsdrempel statutair kan worden verlaagd.<sup>137</sup> Bulten is van mening dat dit niet kan. Zij baseert zich daarbij onder andere op art. 2:25 BW. De geschillenregeling is volgens haar van dwingend recht en de wet spreekt niet over 'of zoveel lager als de statuten bepalen', zoals bij de ontvankelijkheidsdrempels voor het enquêterecht wel het geval is (in art. 2:346 sub b BW).

Ik zie wel mogelijkheden voor een statutaire verlaging van de ontvankelijkheidsdrempel. Op grond van de algemene uitzondering van art. 2:337 lid 1 BW kan van alle onderdelen van de wettelijke regeling worden afgeweken (mits aan de hiervoor in paragraaf 3 bedoelde voorwaarden is voldaan). Afwijking van art. 2:336 BW moet derhalve ook mogelijk zijn.<sup>138</sup>

Een statutaire verhoging van de ontvankelijkheidsdrempel lijkt mij niet goed mogelijk. In dat geval kan op deze afwijkende statutaire regeling geen beroep worden gedaan. Zoals betoogd in paragraaf 3.3.1.1 moet, indien en zodra aan het wettelijke criterium wordt voldaan, aan de beknelde aandeelhouder een uitweg worden geboden.

<sup>137</sup> Bulten (2011), p. 100.

<sup>138</sup> In dezelfde zin De Kluiver. Hij is van mening dat wellicht het meest belangrijke element van de nieuwe wettelijke regeling is dat nu buiten kijf staat dat de wettelijke regeling niet slechts niet-dwingend is, maar dat van *alle* onderdelen daarvan, bij statuten of overeenkomst, mag worden afgeweken. Zie De Kluiver (2010), p. 24.

### 7.3.1.2. KAN OOK DE VENNOOTSCHAP EISER ZIJN? (ART. 2:336 LID 2 BW)

In art. 2:336 lid 2 BW is onder meer bepaald dat de vennootschap (of haar dochtermaatschappij) de uitstotingsvordering niet kan instellen.<sup>139</sup>

Het is de vraag of de bevoegdheid tot het instellen van een uitstotingsvordering ook bij de statuten aan de vennootschap kan worden toegekend.<sup>140</sup> Bulten is van mening dat dit niet kan. Ook hier baseert zij zich primair op art. 2:25 BW. Secundair baseert zij zich op de wetsgeschiedenis ten aanzien van lid 2 van art. 2:336 OBW waarin is vermeld dat de wet dit uitdrukkelijk uitsluit. Ook hier zie ik op grond van art. 2:337 BW wel mogelijkheden. Het betreft in dit geval de toekenning van een extra bevoegdheid, die niet ten koste gaat van de rechten van de medeaandeelhouders. De andere aandeelhouders, die ten minste een derde van het geplaatste kapitaal verschaffen, blijven uiteraard daarnaast bevoegd een vordering in te stellen.

Indien de vennootschap zelf bevoegd is een uitstotingsvordering in te stellen, moet men terughoudend zijn met het toekennen van discretionaire bevoegdheden aan het bestuur. Het bestuur mag niet bij besluit de voorwaarden voor het ontstaan van de verplichting van een aandeelhouder om zijn aandelen aan te bieden en over te dragen vaststellen.<sup>141</sup> Dit zou zich niet moeten voordoen als de grondslag voor de vordering tot overdracht voldoende geobjectiveerd is, zoals in de wettelijke regeling. Is de grondslag gelegen in zodanige gedragingen van de uit te stoten aandeelhouder, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld, dan is dit een in beginsel voldoende geobjectiveerde grondslag, die voor toetsing door de rechter vatbaar is. Mijn suggestie om de vraag of van een dergelijke situatie sprake is te laten vaststellen door arbiters, geldt ook hier.

Ik meen voorts dat art. 2:337 BW toelaat dat statutair bepaald kan worden dat de uitstotingsvordering niet alleen kan worden ingesteld bij het schaden van het belang van de vennootschap, maar bijvoorbeeld ook bij het schaden van het belang van andere aandeelhouders, die ten minste een bepaald gedeelte van het geplaatste aandelenkapitaal verschaffen.

---

139 Irrelevant is hierbij of de vennootschap al dan niet aandelen in haar eigen kapitaal houdt. Bij de drempel van art. 2:336 lid 1 BW gaat het om het verschaffen van ten minste een derde van het geplaatste kapitaal. Voor de aandelen die de vennootschap in haar eigen kapitaal houdt kan zij geen stemrecht uitbrengen op grond van art. 2:228 lid 6 BW. Deze aandelen tellen derhalve op grond van art. 2:24d BW niet mee bij de vaststelling in hoeverre aandelenkapitaal verschaft wordt.

140 Bulten (2011), p. 118.

141 Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31 058, nr. 6, p. 13, waarin is benadrukt dat uit de wetsgeschiedenis van de bestaande regeling in art. 2:195a OBW kan worden afgeleid dat een verplichting voor een aandeelhouder om bij besluit van een vennootschapsorgaan zijn aandelen aan te bieden en over te dragen, geen redelijke verplichting is (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 8).

### 7.3.2. DE UITTREDINGSREGELING

Ook kan in een statutaire regeling een uittredingsregeling worden opgenomen die in min of meerdere mate lijkt op de wettelijke uittredingsregeling uit art. 2:343 lid 1 BW en leidt tot een verplichte overname van de aandelen van de aandeelhouder die wenst uit te treden. In de kern zou die regeling zeer kort samengevat onder meer het volgende kunnen inhouden:

‘Indien een aandeelhouder zijn aandelen aanbiedt aan de mede-aandeelhouders en daarbij in de schriftelijke kennisgeving daartoe aangeeft dat hij van mening is dat hij zodanig door gedragingen van één of meer mede-aandeelhouders in zijn rechten of belangen is en/of wordt geschaad, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap, zulks alsdan ter beoordeling van arbiters, in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd, dan zijn – indien de aanbiedende aandeelhouder dat wenst – de overige aandeelhouders (alle mede-aandeelhouders met uitzondering van de aandeelhouders die naar het oordeel van de arbiters de rechten of belangen van de aanbiedende aandeelhouder hebben geschaad en/of schaden) verplicht alle door de aanbiedende aandeelhouder alsdan nog gehouden aandelen te verwerven tegen de prijs die overeenkomstig deze regeling is vastgesteld.’

Deze regeling kan verder worden aangevuld met een aantal van de hiervoor in paragraaf 7.3.1 opgesomde elementen voor een uitstootregeling.

### 7.4. *Meer specifieke statutaire regelingen*

Ten slotte kan ook nog worden overwogen om meer specifieke regelingen op te nemen in de statuten, die praktische bezwaren, die verbonden zijn aan toepassing van de wettelijke geschillenregeling, kunnen wegnemen en de positie van bepaalde belanghebbenden kunnen verduidelijken. Ik zal een aantal van die regelingen hierna kort bespreken.

#### 7.4.1. ‘DRAG ALONG’ REGELING VOOR RECHTEN TOT HET NEMEN VAN AANDELEN BIJ UITSTOTING

Indien de aandeelhouder die wordt uitgestoten gerechtigd is tot rechten tot het verkrijgen of nemen van aandelen (warrants, optierechten, in aandelen converteerbare geldleningen e.d.) is het doorgaans wenselijk dat die aandeelhouder niet alleen zijn aandelen zal overdragen, maar ook de hiervoor bedoelde rechten. Indien de uit te stoten aandeelhouder gerechtigd zou blijven tot deze rechten, zou hij na de uitstoting wederom aandeelhouder kunnen worden. Hierna zou hij dan eventueel opnieuw moeten worden uitgestoten. In de statutaire geschillenregeling

kan een regeling worden opgenomen die de aandeelhouders ertoe verplicht om bij uitstoting de bedoelde rechten gezamenlijk met de aandelen over te dragen ter uitvoering van een toegewezen uitstotingsvordering.

Bij het uitbreiden van een dergelijke regeling tot bijvoorbeeld de houders van opties die wel gelieerd zijn met de uit te stoten aandeelhouder, maar die zelf nog geen aandeelhouder zijn, moet er rekening mee worden gehouden dat dergelijke houders geen ‘partij’ zijn bij de statuten. Het is dan van belang om bij de toekenning van de opties naar de toepasselijkheid van de statutaire regeling te verwijzen.<sup>142</sup>

#### 7.4.2. POSITIE VAN DE AANDEELHOUDER TEN TITEL VAN BEHEER EN DE CERTIFICAATHOUDER

Uit de wetgeschiedenis blijkt dat certificering de toepassing van de geschillenregeling niet onmogelijk mag maken. Bulten heeft een voorstel gedaan om in de wet de positie van de aandeelhouder ten titel van beheer en de certificaathouder in de geschillenregeling overzichtelijker te maken. Dit voorstel is niet overgenomen door de wetgever.<sup>143</sup> In een statutaire regeling kan de groep van potentiële eisers worden uitgebreid. Deze regeling kan het uitstotingsrecht mede aan de certificaathouders (met vergaderrechten) toekennen.

Ook de toekenning van uittredingsrechten aan certificaathouders zou mogelijk moeten zijn. Zo zou een statutaire verplichting van aandeelhouders tot overname van de certificaten kunnen worden opgenomen.

Uiteraard spelen bij de uitoefening van dergelijke rechten ook de statuten van het administratiekantoor en de administratievoorwaarden een rol. Bij het opstellen van dergelijke regelingen moet er rekening mee worden gehouden dat de certificaathouders contractspartij zijn van een aandeelhouder en

---

142 Uit de Memorie van Toelichting bij wetsvoorstel 31 058 blijkt dat op grond van art. 2:336 lid 5 BW wel een verbod tot uitoefening van conversierechten gevorderd kan worden (*Kamerstukken II 2006/07*, 31 058, nr. 3, p. 98-99). Een definitieve overdracht blijft echter wel de beste en meest eenvoudige oplossing. Zie Bulten (2011), p. 140 en Stokkermans (2008/I), p. 149.

143 Bulten (2011), p. 156 stelt onder meer het volgende voor: 1. De (bewilligde) certificaathouder is bevoegd de uitstotingsvordering van art. 336 in te stellen indien hij certificaten houdt die ten minste een derde van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen. Indien de (bewilligde) certificaathouder gezamenlijk met een aandeelhouder of een andere (bewilligde) certificaathouder aandelen of certificaten houdt die tezamen ten minste een derde van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, is hij eveneens bevoegd de uitstotingsvordering in te stellen en 2. De (bewilligde) certificaathouder die door gedragingen van een aandeelhouder zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad dat het voortduren van zijn certificaathouderschap in redelijkheid niet meer van kan worden gevergd, kan van die aandeelhouder in rechte vorderen dat zijn certificaten overeenkomstig art. 343 worden overgenomen.

niet zelf als aandeelhouder bij de vennootschap zijn betrokken.<sup>144</sup> Het is van belang om bij de uitgifte van certificaten de statutaire regeling van toepassing te verklaren.

#### 7.4.3. VERDUIDELIJKING VAN DE POSITIE VAN DE STEMGERECHTIGDE VRUCHTGEBRUIKER EN PANDHOUDER

##### 7.4.3.1. EERDERE SCHORSING STEMRECHT VAN EEN VRUCHTGEBRUIKER OF PANDHOUDER ('DAMAGE CONTROL')

Op grond van art. 2:342 lid 1 BW kunnen aandeelhouders die alleen of gezamenlijk met andere aandeelhouders ten minste een derde van het geplaatste kapitaal verschaffen, van een stemgerechtigde vruchtgebruiker of pandhouder vorderen dat het stemrecht op het aandeel 'terug' overgaat naar de aandeelhouder. De vruchtgebruiker of pandhouder moet dan door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaden dat in redelijkheid niet kan worden geduld dat hij het stemrecht blijft uitoefenen. Overgang van het stemrecht vindt pas plaats door het in kracht van gewijsde gaan van het toewijzende vonnis (art. 2:342 lid 3 BW). Dit vonnis kan niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

Ter voorkoming dat het belang van de vennootschap nog verder wordt geschaad, kan wel in een vroeg stadium worden gevorderd dat het stemrecht van de vruchtgebruiker of pandhouder wordt geschorst, maar deze procedure kan vrij lang duren.<sup>145</sup> In de jurisprudentie is éénmaal geprobeerd reeds in een dergelijk vroeg stadium van de procedure het stemrecht te schorsen.<sup>146</sup> Dit lukte toen niet. Hieruit blijkt dat het bepaald ongelukkig is dat de wettelijke geschillenregeling eerst in een dergelijk laat stadium voorziet in de schorsing van het stemrecht. Tot dat moment kan de vruchtgebruiker of pandhouder zijn gang blijven gaan.<sup>147</sup>

Naar mijn mening is het veel efficiënter om in de statuten te voorzien in een regeling op grond waarvan al in een eerdere fase het stemrecht dat is verbonden aan de aandelen waarop het recht van vruchtgebruik of pandrecht is gevestigd, kan worden geschorst. Art. 2:192 lid 2 sub a BW biedt hiervoor voldoende mogelijkheden.<sup>148</sup>

144 Zie ook Stokkermans (2008/I), p. 149.

145 Bulten (2011), p. 136.

146 Rb. Amsterdam 9 juli 2008, *JOR* 2008/296 (*Darenales/Millennium*).

147 Bulten (2011), p. 138.

148 Bulten zoekt oplossing voor dit probleem en voor het hierna in paragraaf 7.4.3.2 te schetsen probleem in een kort geding procedure. De minderheidsaandeelhouder die meent dat de pandhouder of de vruchtgebruiker hem met het uitgeoefende stemrecht schaadt, kan een verbod op de uitoefening hiervan vorderen. Zie Bulten (2011), p. 152.

#### 7.4.3.2. BESCHERMING VAN DE BEKLEMDE MINDERHEIDSAANDEELHOUDER TEGEN DE VRUCHTGEBRUIKER OF PANDHOUDER MET STEMRECHT OP DE MEERDERHEID VAN DE AANDELEN

In de literatuur is gesignaleerd dat ook een minderheidsaandeelhouder in de knel kan komen indien een pandrecht met overgang van stemrecht is gevestigd op de aandelen van de meerderheidsaandeelhouder. De stemgerechtigde pandhouder kan in dat geval het belang van de minderheidsaandeelhouder ernstig schaden. Schwarz geeft als voorbeeld een bank die als stemgerechtigde pandhouder een krachtige eigen koers voer en zich niet alles gelegen liet liggen aan de rechten en belangen van de minderheidsaandeelhouder.<sup>149</sup>

Deze minderheidsaandeelhouder kan geen uittredingsvordering instellen omdat er geen sprake is van het schaden van zijn belang door een of meer medeaandeelhouders. Zijn belang wordt dan immers geschaad door de stemgerechtigde pandhouder. Ook kan hij op grond van art. 2:342 BW geen vordering tot overgang van het stemrecht van de pandhouder instellen – zoals hiervoor bedoeld in paragraaf 7.4.3.1 – indien de belangen van de vennootschap niet in ernstige mate worden geschaad (en als daar al sprake van zou zijn, moet de minderheidsaandeelhouder ook nog eens meer dan een derde van het geplaatste kapitaal verschaffen). Schwarz bepleit dat de wettelijke regeling zodanig wordt aangepast dat de beknelde minderheidsaandeelhouder de mogelijkheid krijgt een vordering tot uittreding in te stellen tegen de stemgerechtigde pandhouder en vruchtgebruiker wanneer hij door hun handelen zodanig in zijn rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap niet meer van hem kan worden gevegd. Deze vordering zou dan ook tegen de vennootschap moeten kunnen worden ingesteld. De wetgever heeft hier geen gehoor aan gegeven.

Ik meen dat in de statutaire regeling kan worden bepaald dat een vordering tot uittreding tegen de bloot-eigenaar van de aandelen die in pand zijn gegeven of waarop een vruchtgebruik is gevestigd kan worden ingesteld, mede op basis van gedragingen van de beperkt gerechtigde. Onduidelijk is overigens of een schorsing van het stemrecht op grond van art. 2:192 BW ook de stemgerechtigde pandhouder of vruchtgebruiker kan raken.<sup>150</sup> Ik zou menen dat de statuten hierin zouden moeten kunnen voorzien.

---

149 C.A. Schwarz, 'Een lacune in de geschillenregeling oude en nieuwe stijl', *Ondernemingsrecht* 2008-1 p. 29-31.

150 Zie Stokkermans (2008/I) p. 156.

#### 7.4.4. SAMENLOOP VAN VORDERINGEN

In de praktijk is niet ondenkbaar dat zich een samenloop voordoet tussen meerdere gelijktijdige vorderingen tot uitstoting en/of tot uittreding (zie ook hiervoor in paragraaf 6.3). Zo bevestigt Bulten dat dergelijke gelijktijdige vorderingen zich kunnen voordoen in de praktijk. Zij beschrijft zowel een casus met twee tegenover elkaar ingestelde uitstotingsvorderingen, als een casus waar de uit te stoten aandeelhouder zelf een uittredingsvordering instelt. De rechter kan in het laatste geval niet zonder meer beide vorderingen toewijzen met de gedachte dat ze hetzelfde resultaat nastreven: de overdracht van de aandelen door de uit te stoten aandeelhouder. Zij signaleert met name een probleem ten aanzien van de kostentoerekening.<sup>151</sup> In de literatuur is onder andere op de eerstbedoelde situatie nader ingegaan. Sommige schrijvers zijn van mening dat de rechter beide uitstotingsvorderingen moet afwijzen. Een ervan honoreren zou willekeur opleveren.<sup>152</sup> Anderen vinden dat, ingeval de rechter kan vaststellen dat een van de aandeelhouders het meest verwijtbaar handelt casu quo heeft gehandeld en het vennootschappelijk belang in belangrijke mate schaadt, de uitstotingsvordering jegens die aandeelhouder toewijsbaar is.<sup>153</sup> Ik meen dat de rechter in geval van deze uitzonderlijke situaties in staat zou moeten zijn een adequate beslissing te nemen. Wil men de situatie voorkomen dan kan ook de eigen regeling hier een voorziening voor bevatten. Die voorziening zou een regeling kunnen inhouden welke vordering voorrang heeft en/of welke vordering moet worden afgewezen.

#### 7.5. Statutaire forumkeuze

In art. 2:336 lid 3 BW is de rechtbank van de woonplaats van de vennootschap (zie art. 1:10 lid 2 BW) aangewezen als zijnde uitsluitend bevoegd tot de kennisneming van de uitstotingsvordering in eerste aanleg. Deze (relatieve)

151 Zie in dit verband OK 30 oktober 2003, *JOR* 2004/39 (*Dodo*). Zie ook W.J. Slagter, 'Toekomstige ontwikkelingen in de wetgeving', in: P. van Schilfgaarde e.a., *Geschillen in de onderneming*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 1, Deventer: Kluwer 1984, p. 29-30, hierna aangeduid als Slagter (1984), *Losbl. Rp. (Roest)*, *Inl. Opm.*, paragraaf 3, sub 2 en Bulten (2011), voetnoot 44, p. 64.

152 C.A. Boukema, 'Titel 7 boek 2 BW en de vennootschappelijke patstelling', in: J.H. Christiaanse e.a. (red.), *Tot vermaak van Slagter (Slagter-bundel)*, Deventer 1988, p. 36 en 38.

153 Slagter (1984), p. 29-30, W.J. Slagter, 'Invoering van een geschillenregeling in besloten vennootschappen en bepaalde naamloze vennootschappen', *TVVS* 1985-5, p. 128, A.H.M. Santen, 'De geschillenregeling', in: *Vennootschapsrecht in EG-perspectief*, Lustrumbundel KNB, Deventer: Kluwer 1993, p. 75 en H.M. Heijnen, 'Tien jaar geschillenregeling, een wetgevingssucces', in: R.N.J. Kamerling (red.), *Hoe goed is een woord op zijn tijd*, (Verhoog-bundel), Amsterdam: Commissie Voortgezette Educatie Registeraccountants (VERA) van het NIVRA 1999, p. 126.

competentieregel geldt eveneens voor de uittredingsvordering op grond van de 'schakelbepaling' in art. 2:343 lid 2 BW.

Indien een gedaagde aandeelhouder niet in Nederland woont of daar zijn zetel heeft, kunnen er zich competentie- en IPR-problemen voordoen. Voor dergelijke problemen kan de EEX-Verordening (EG-Verordening nr. 44/2001) (hierna: 'EEX-Vo') een oplossing bieden. Ten aanzien van de reikwijdte van art. 22 sub 2 EEX-Vo bestaat thans geen duidelijkheid. Naar de letter valt de geschillenregeling hier niet (rechtstreeks) onder. Het betreft immers geen geschil over de geldigheid, nietigheid of ontbinding van vennootschappen en rechtspersonen, noch over de geldigheid of nietigheid van besluiten van hun organen. Volgens Vlas is toepassing van deze exclusieve bevoegdheidsbepaling op zijn plaats onder andere omdat de geschillenregeling nu juist in de wet is opgenomen omdat binnen de vennootschap niet tot besluitvorming kan worden gekomen. Een tweede argument houdt verband met de ratio van art. 22 EEX-Vo: het bewerkstelligen van 'Gleichlauf' tussen rechtsmacht en toepasselijk recht. Door uitsluitende bevoegdheid te verlenen aan de rechter van de staat van vestiging van de vennootschap wordt rekening gehouden met deze ratio.

Zolang het Hof van Justitie van de EU zich hierover niet uitspreekt, blijft nog onzeker of de geschillenregeling onder de onderwerpen van art. 22 sub 2 EEX-Vo valt.<sup>154</sup> Tot die tijd verdient het de voorkeur om in de statuten van de vennootschap een forumkeuze op te nemen waarin de rechter van de statutaire zetel van de vennootschap bevoegd wordt verklaard. Zolang niet vaststaat dat art. 22 sub 2 EEX-Vo geldt, is volgens Bulten de statutair aangewezen rechter dan ingevolge art. 23 EEX-Vo bevoegd, ook indien de gedaagde aandeelhouder zijn woonplaats in het buitenland heeft.<sup>155</sup>

Over de forumkeuze in statuten heeft het Hof van Justitie van de EG zich (het meest recentelijk) uitgesproken in HvJ EG 10 maart 1992, zaak C-214/89, Powell Duffryn PLC/Wolfgang Petereit c.s.<sup>156</sup>

Op prejudiciële vragen ten aanzien van de competente rechter heeft het Hof geantwoord dat: *'een in de statuten van een naamloze vennootschap vervatte en overeenkomstig het toepasselijke nationale recht en de statuten zelf tot stand gekomen forumkeuzeclausule, waarbij het gerecht van een verdragsluitende staat wordt aangewezen voor de kennisneming van geschillen tussen de vennootschap en haar aandeelhouders, een overeenkomst tot aanwijzing van een bevoegde rechter is in de zin van (destijds) art. 17 EEX-Verdrag (thans: art. 23 EEX-Vo)'.*

Voor de binding aan de statutaire forumkeuze is vereist dat het beding in de statuten wordt opgenomen en deze statuten op een voor de aandeelhouder

---

154 Vlas (2009), p. 208-209 en Bulten (2011), p. 154.

155 Bulten (2011), p. 154.

156 Vergelijk ook de noot van Bulten onder Rb. Amsterdam 9 juli 2008, JOR 2008/296 en OK 8 september 2008, JOR 2009/127 m.nt. M.W. Josephus Jitta.



toegankelijke plaats zijn neergelegd of in een openbaar register zijn opgenomen.<sup>157</sup> Indien aan één van deze twee laatste voorwaarden is voldaan, is volgens het Hof van Justitie van de EG iedere aandeelhouder aan de forumkeuze in de statuten gebonden, ongeacht of hij op de algemene vergadering aanwezig is geweest en ongeacht of hij op deze vergadering voor of tegen opnemings in de statuten heeft gestemd. Evenmin is van belang of hij aandelen heeft verworven voor of na de opnemings van de clause in de statuten.<sup>158</sup>

## 8. Conclusies

De opname van een geschillenregeling in de statuten heeft voordelen ten opzichte van de opname van zo'n regeling in een overeenkomst. Het grootste voordeel schuilt in de directe binding. Indien de geschillenregeling in de statuten is opgenomen, is een toetredende aandeelhouder hier direct aan gebonden. Ook leden van de andere organen van de vennootschap kunnen eerder worden gebonden aan een geschillenregeling in de statuten. Het voordeel van de binding geldt ook ten aanzien van de statutaire forumkeuze. Door het opnemen van een geschillenregeling in de statuten kan aan de verplichtingen uit hoofde van de regeling vennootschappelijke werking worden toegekend. In de statuten van een bv kunnen onder meer aan aandelen bepaalde verplichtingen (van verbintenrechtelijke aard) worden verbonden (art. 2:192 lid 1 sub a BW). Tot zekerheid voor de nakoming van die verplichtingen kunnen de statuten bepalen dat zolang een aandeelhouder niet aan een verplichting voldoet (i) het stemrecht, (ii) het recht op uitkeringen of (iii) het vergaderrecht is opgeschort (art. 2:192 lid 4 BW). De statuten kunnen voorts bepalen dat indien een aandeelhouder niet binnen een bepaalde redelijke termijn een verplichting tot aanbieding en overdracht van aandelen is nagekomen, de bv onherroepelijk gevolmachtigd is de aandelen aan te bieden en over te dragen. De statutaire geschillenregeling kan op maat worden gemaakt. Indien het de bedoeling is om de wettelijke geschillenregeling geheel terzijde te stellen, moet deze voldoen aan drie voorwaarden:

157 Vlas (2009), p 148-149.

158 Zie ook: P. Jacob, 'Statutaire forumclausules en grensoverschrijdende zetelverplaatsing naar België', *WPNR* 1993/6115, p. 880-881 en P. Vlas, 'Forumkeuzeclausules in statuten en grensoverschrijdende zetelverplaatsing vanuit Nederlands perspectief', *WPNR* 1993/6115, p. 885-889. Portengen stelde voor om een statutaire forumkeuze voor toepassing van in elk geval de geschillenregeling verplicht te stellen en bij gebreke van een dergelijk forumkeuze zou dan nog – als overgangsbepaling – kunnen worden toegevoegd dat de statutaire zetel als statutaire forumkeuze geldt. Dit voorstel is door de wetgever niet overgenomen omdat dit in strijd zou zijn met de aan het wetsvoorstel 31 058 ten grondslag liggende gedachte van vrijheid en flexibilisering. Portengen (2006), p. 98-99.

*1. Er moet allereerst sprake zijn van een regeling voor de oplossing van geschillen.*

De uitsluiting van de wettelijke geschillenregeling zal steeds gepaard moeten gaan met een eigen regeling die conflictsituaties, ongeacht of deze door een statutaire blokkeringsregeling of door andere statutaire regelingen zijn ontstaan, definitief kan opheffen. De bedoeling van de partijen met de eigen regeling kan daarbij ook van belang zijn. Indien zij de wettelijke geschillenregeling geheel terzijde willen stellen, doen zij er goed aan dit ook in die regeling te laten blijken en in die regeling in zowel een uitstoot- als een uittredingsmogelijkheid te voorzien.

*2. De door de afwijkende regeling gevorderde overdracht mag niet onmogelijk of uiterst bezwaarlijk worden gemaakt.*

Met name het criterium 'uiterst bezwaarlijk' blijft vaag. De rechter moet dit criterium met terughoudendheid interpreteren. De aandelen van de gedaagde of van de eisende aandeelhouder moeten in principe binnen een redelijke termijn tegen een redelijke prijs verkocht en geleverd kunnen worden. Er is in ieder geval geen sprake is van een uiterst bezwaarlijke beperking indien en voor zover de gevorderde overdracht ter uitvoering van de geschillenregeling niet bezwaarlijker is dan een gewone (vrijwillige) overdracht met inachtneming van de klassieke standaard statutaire blokkeringsregelingssystemen.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt onder meer dat in een eigen regeling zorgvuldig moet worden omgegaan met de opname van een eigen criterium voor de grond voor uitstoting of uittreding. Dit criterium mag niet op een zodanige wijze worden verzwaard dat de eigen regeling later in werking treedt of minder toegankelijk wordt dan de wettelijke regeling. Indien aan het wettelijke criterium wordt voldaan, moet in ieder geval aan de beknelde aandeelhouder een uitweg worden geboden. Indien dit niet zo is, dan is er sprake van een uiterst bezwaarlijke overdracht.

De eigen regeling mag niet doodlopen en moet uiteindelijk leiden tot een structurele oplossing. Die zal doorgaans enkel kunnen bestaan in een overdracht van alle aandelen van de gedaagde of de eisende aandeelhouder.

Een uitsluiting of beperking van de overdracht van de aandelen kan voor een beperkte termijn toegestaan zijn en in bepaalde gevallen zoals hiervoor aangegeven zelfs wenselijk.

*3. Ten slotte houdt de rechter geen rekening met statutaire bepalingen omtrent de vaststelling van de waarde van de aandelen voor zover dat tot een kennelijk onredelijke prijs zou leiden (art. 2:340 lid 3 BW).*

De formulering 'kennelijk onredelijke prijs' is een uitwerking van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Zij brengt tot uitdrukking dat de

rechter zich terughoudend moet opstellen: slechts in sprekende gevallen zal tot een correctie mogen worden besloten. Dit geldt temeer in verband met art. 2:339 lid 2 en 3 BW. Ter voorkoming van een geslaagd beroep op de rechter verdient het derhalve de voorkeur om in de eigen regeling een duidelijke maatstaf op te nemen voor de vaststelling van de waarde van de aandelen met ook een regeling ten aanzien van de peildatum voor de waardebepaling.

Art. 2:192 BW vormt de basis voor de in de statuten van een bv op te nemen geschillenregeling. De (overname)verplichting van een aandeelhouder om aandelen van (een) andere aandeelhouder(s) in gevallen, in de statuten omschreven, over te nemen kan worden gebaseerd op art. 2:192 lid 1 sub a BW. De (overdrachts)verplichting van een aandeelhouder om zijn aandelen in gevallen, in de statuten omschreven, aan te bieden en over te dragen kan worden gebaseerd op art. 2:192 lid 1 sub c BW.

De wettelijke aanbiedingsregeling van art. 2:195 BW, dan wel de statutaire aanbiedingsregeling – ongeacht of dit een standaardregeling of een regeling op maat is – die geldt voor een aandeelhouder die zijn aandelen wil vervreemden (i.e. bij een vrijwillig voorgenomen overdracht) moet ‘zo veel mogelijk overeenkomstig worden toegepast’ bij een gedwongen overdracht (bij uitstoting) casu quo overname (bij uittreding) op basis van de wettelijke geschillenregeling (lid 2 van art. 2:341 of art. 2:343a BW). Voor het gewenste resultaat van de wettelijke geschillenregeling is het van belang dat de samenloop tussen de aanbiedingsregeling en de geschillenregeling wordt gestroomlijnd. Een aandeelhouder kan zijn uittreden niet alleen bewerkstelligen als zijn medeaandeelhouders zich zodanig gedragen dat hij in zijn rechten of belangen wordt geschaad, maar ook als de vennootschap zich jegens hem misdraagt. De mogelijkheid de vordering in te stellen jegens de vennootschap leidt tot een inkoop en brengt in dat kader nieuwe vraagstukken met zich mee, waar ook bij de redactie van een statutaire regeling rekening mee moet worden gehouden.

Het opnemen van een eigen statutaire geschillenregeling biedt ten slotte de mogelijkheid om oplossingen te treffen voor die elementen uit de wettelijke regeling die de regeling in bepaalde situaties ontoegankelijk of traag maken. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan peildata, de rol van deskundigen, prijsbepalingsregelingen en forumkeuzes en de rol van certificaathouders en stemgerechtigde pandhouders en vruchtgebruikers.

## LITERATUURLIJST

### **Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* (2009)**

G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 2. Rechtspersonenrecht, Deel II\*, De naamloze en besloten vennootschap*, derde druk, Deventer: Kluwer 2009, nr. 703.

### **Ten Berg (2002)**

J.A.M. ten Berg, 'Statuten versus aandeelhoudersovereenkomst', in: D.F.M.M. Zaman en P.J. Dortmund (red.), *Statuten zonder bezwaar*, Den Haag: Sdu 2002, p. 161-207.

### **Ten Berg (2008)**

J.A.M. ten Berg, 'De flexibele BV en de bescherming van haar crediteuren', *JBN* 2008-39, p. 7-9.

### **Ten Berg en Van Eck (2011)**

J.A.M. ten Berg en G.C. van Eck, 'Statutaire vormgeving van een eigen geschillenregeling', in: *Bundel Onderneming & ADR*, Deventer: Kluwer 2011.

### **Van den Berg (1992)**

A.J. van den Berg, 'Artikel 337 Boek 2 BW: geschillenregeling NV/BV en arbitrage' in: R. Zwitser e.a. (red.), *Tot persitit!* (Snijder-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1992.

### **Blanco Fernández (2010)**

J.M. Blanco Fernández, 'Statutaire arbitrageclausules', *Ondernemingsrecht* 2010-4, p. 24-29.

### **Den Boogert (1991)**

M.W. den Boogert, 'Aandeelhouderscontracten en joint venture-bv's', in: L. Timmerman e.a., *Ondernemingsrechtelijke contracten*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen, deel 14, Deventer: Kluwer 1991.

### **Boukema (1988)**

C.A. Boukema, 'Titel 7 boek 2 BW en de vennootschappelijke patstelling', in: J.H. Christiaanse e.a. (red.), *Tot vermaak van Slagter (Slagter-bundel)*, Deventer 1988.

### **Bulten (2007)**

C.D.J. Bulten, 'De gewijzigde geschillenregeling', *Ondernemingsrecht* 2007-109, p. 360-368.

**Bulten (2011)**

C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde*, (Diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 108, Deventer: Kluwer 2011.

**Dortmond (1977)**

P.J. Dortmond, 'Het meerderheidsbeginsel en het voorkomen van een impasse bij het staken der stemmen in aandeelhoudersvergaderingen', *WPNR* 1977/5410, p. 641-646.

**Expertgroep (2004)**

H.J. de Kluiver e.a., *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht*, Rapport van de Expertgroep en de Staatssecretaris van Economische Zaken, Den Haag, 6 mei 2004.

**Grapperhaus (1994)**

J.J.M. Grapperhaus, 'De geschillenregeling en de BV', in: *Dossier Onderneming & Geschillen*, 's-Hertogenbosch: Uitgeverij Advies B.V. 1994.

**Grinten (1984)**

W.C.L. van der Grinten, 'De positie van de ondernemingskamer in het systeem van de rechtspleging', in: P. van Schilfgaarde e.a., *Geschillen in de onderneming*, Serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 1, Deventer: Kluwer 1984.

**Van der Heijden (1992)**

E.J.J. van der Heijden, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, twaalfde druk, bewerkt door W.C.L. van der Grinten, m.m.v. H.J.M.N. Honée en Th.C.M. Hendriks-Jansen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

**Heijnen (1999)**

H.M. Heijnen, 'Tien jaar geschillenregeling, een wetgevingssucces', in: R.N.J. Kamerling (red.), *Hoe goed is een woord op zijn tijd* (Verhoog-bundel), Amsterdam: Commissie Voortgezette Educatie Registeraccountants (VERA) van het NIVRA 1999.

**Honée (1995)**

H.J.M.N. Honée, 'Deadlock-situaties', in: J. Struycken e.a. (red.), *Joint ventures*, Ars Aequi 1995-5, Nijmegen: Stichting Ars Aequi 1995, p. 54-55.

**Jacob (1993)**

P. Jacob, 'Statutaire forumclausules en grensoverschrijdende zetelverplaatsing naar België', *WPNR* 1993/6115, p. 879-885.

**De Kluiver (2006)**

H.J. de Kluiver, 'Vermogensbescherming bij de BV: modernisering in internationaal perspectief', *WPNR* 2006/6676, p. 571-580.

**De Kluiver (2010)**

H.J. de Kluiver, 'Naar een statutaire geschillenregeling', in: G. van Solinge e.a., *Geschillen in de vennootschap*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 105, Deventer 2010.

**Kroeze (2007)**

M.J. Kroeze, 'Arbitrage in het vennootschapsrecht', *WPNR* 2007/6702, p. 215-216.

**Meeuse en Leunissen (2009)**

E.A.M. Meeuse en L.B.J. Leunissen, 'Op welke wijze kan een Deadlock ex art. 2:230 BW het beste worden opgelost?', *V&O* 2009, p. 78-82.

**Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen (1978)**

Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen, 'Nota inzake geschillenregeling B.V.', mei 1978.

**Norbruis (2005)**

R.W.Th. Norbruis, 'Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling', *Ondernemingsrecht* 2005-151, p. 428-434.

**Van Olffen (1999)**

M. van Olffen, 'Statutaire (on)mogelijkheden tot geschillenbeslechting', *V&O* 1999, p. 49-50.

**Van Olffen (2000)**

M. van Olffen, 'Statutaire geschillenbeslechting', in: *Ying en Yang*, Deventer, Kluwer 2000.

**Portengen (2002)**

H.J. Portengen, 'Aandeelhoudersovereenkomst als kwaliteitseis?', *WPNR* 2002/6514, p. 842-847.

**Portengen (2006)**

H.J. Portengen e.a., *De vereenvoudigde B.V.*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht, Deventer, Kluwer 2006.

**Rensen (2005)**

G.J.C. Rensen, *Extra verplichtingen van leden en aandeelhouders* (Diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 83, Deventer, Kluwer 2005.

**Roest (2011)**

J. Roest, *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:337 BW, aant. 1 t/m 5, Deventer, Kluwer 2011.

**Sanders (1988)**

P. Sanders, 'Geschillen in BV en NV', in: H.J.M.N. Honée e.a. (red.), *Van vennootschappelijk belang* (Maeijer-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

**Santen (1993)**

A.H.M. Santen, 'De geschillenregeling' in: *Vennootschapsrecht in EG-perspectief*, Lustrumbundel KNB, Deventer: Kluwer 1993.

**Schmeetz (2010)**

S. Schmeetz, 'Enkele aspecten van de (on)mogelijkheid tot het vorderen van afgeleide schade', *V&O* 2010-11, p. 206-210.

**Schwarz (2008)**

C.A. Schwarz, 'Een lacune in de geschillenregeling oude en nieuwe stijl', *Ondernemingsrecht* 2008-1, p. 29-31.

**Slagter (1984)**

W.J. Slagter, 'Toekomstige ontwikkelingen in de wetgeving', in: P. van Schilf-gaarde e.a., *Geschillen in de onderneming*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 1, Deventer: Kluwer 1984.

**Slagter (1985)**

W.J. Slagter, 'Invoering van een geschillenregeling in besloten vennootschappen en bepaalde naamloze vennootschappen', *TVVS* 1985-5, p. 126-128.

**Stokkermans (2008)**

Chr. M. Stokkermans, 'Het nieuwe BV-recht voor de praktijk', in: D.F.M.M. Zaman (red.), *Beslotenheid en extraverbintenissen*, Den Haag: Sdu 2008, p. 107-167.

**Stokkermans (2008-II)**

Chr. M. Stokkermans, 'Extra-verplichtingen en statutaire overdrachtsbeperkingen', *WPNR* 2008/6741, p. 111-120.

**Timmerman (1995)**

L. Timmerman, 'Het krakende gebouw van het vennootschapsrecht', *TVVS* 1995-7, p. 178-181.

**Van Veen (2009)**

W.J.M. van Veen, 'Gewijzigde regeling eisen voor het aandeelhouderschap en bescherming stemrechtloze aandeelhouders in het ontwerp flex-BV', *WPNR* 2009/6801, p. 467-473.

**Vlas (1993)**

P. Vlas, 'Forumkeuzeclausules in statuten en grensoverschrijdende zetelverplaatsing vanuit Nederlands perspectief', *WPNR* 1993/6115, p. 885-889.

**Vlas (2009)**

P. Vlas, *Rechtspersonen*, Praktijkreeks IPR, vierde, herziene uitgave, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu, 2009.

**Westbroek (1985)**

W. Westbroek, 'Uitkoopregeling en geschillenregeling' (II, slot), *WPNR* 1985/5760, p. 725-730.

**Willems (2008)**

J.H.M. Willems, 'Geschillen en exitmogelijkheden', in: J.M.M. Maeijer e.a., *Flexibele rechtsvormen*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 98, Deventer: Kluwer 2008.

**Zwankhuizen (2010)**

M. Zwankhuizen, 'De eigen geschillenregeling onder het nieuwe BV-recht', *V&O* 2010, nr. 3, p. 48-52.



**DE GESCHILLENREGELING IN ARBITRAGE; EEN KANSRIJKE  
OPTIE?**

Mr. H.M. de Mol van Otterloo\*

---

\* Mr. H.M. de Mol van Otterloo is advocaat te Amsterdam.

## 1. Inleiding

Afdeling 1 van titel 8 van Boek 2, die de geschillenregeling behandelt, wordt in het wetsvoorstel Flex-BV ('Wv Flex-BV') gewijzigd. Eén van die wijzigingen komt voor in art. 337 lid 2 Wv Flex-BV, namelijk dat in de statuten of bij overeenkomst kan worden bepaald dat '*geschillen als in deze afdeling bedoeld...aan arbitrage worden onderworpen*'. Ooit is gedebatteerd over de vraag of de geschillenregeling zich wel leende voor beslechting door arbiters. Ik verwijs met name naar het debat in 1995 tussen Ch.E. Honée als initiator – die vond dat dit zo was – en F.J.P. van den Ingh – die hier grote vraagtekens bij plaatste.<sup>1</sup> Thans heeft de wetgever gesproken en wel in bevestigende zin. Toepassing van de geschillenregeling in arbitrage kan voor de praktijk aantrekkelijk zijn. Snelheid van de procedure was bij de geschillenregeling een belangrijk obstakel om haar in de praktijk toe te passen,<sup>2</sup> misschien wel het belangrijkste.<sup>3</sup> Dit werd ook door de wetgever ter gelegenheid van het Wv Flex-BV onderkend.<sup>4</sup> Arbitrage verloopt veelal sneller dan de procedure bij de overheidsrechter, al was het vanwege afwezigheid van hoger beroep. Dat verschil zal trouwens wel in belang afnemen nu volgens het Wv Flex-BV tussentijds hoger beroep van het vonnis in de eerste fase (zie hierna) uitgesloten is, en het vonnis tot overdracht tegen een vastgestelde prijs uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Niettemin zijn de verwachtingen dat met de in het Wv Flex-BV voorgestelde wijzigingen dit snelheidsprobleem veel minder wordt niet erg hoog gespannen, nu de procedure een dagvaardingsprocedure blijft in twee instanties. Arbitrage is noch een dagvaardingsprocedure, noch kent het twee instanties. Er zijn meer verschillen tussen arbitrage en procederen voor de overheidsrechter. Zo worden arbiters door partijen zelf aangewezen, althans zij kunnen wezenlijke invloed uitoefenen op de keuze van de arbiters.<sup>5</sup> Dit is in het algemeen maar zeker bij de geschillenregeling een belangrijk onderscheid met de overheidsrechtspraak. Ook zijn arbiters krachtens art. 1036 Rv vrijer in hun beleid over de procesgang,<sup>6</sup> want zij zijn niet gebonden aan het fijnmazige Nederlandse burgerlijke procesrecht. Partijen kunnen ook bij de – immers in hun opdracht werkende – arbiters meer invloed uitoefenen op de procesgang dan bij de overheidsrechter. Uit de aard van die opdrachtrelatie volgt ook dat

---

1 Ch.E. Honée, *De Naamloze Vennootschap* 1995, p. 96 en F.J.P. van den Ingh, *De Naamloze Vennootschap*, 1995, p. 145, met een naschrift van Honée.

2 Zie voor een literatuuroverzicht Bulten (2011), p. 299.

3 Aldus Bulten (2011) herhaaldelijk, o.a. op p. 285.

4 *Kamerstukken* 18 905 nr. 3 (MvT) p. 17.

5 Die aanwijzingsbevoegdheid is bij het NAI, dat in aandeelhoudersovereenkomsten nogal eens als arbitrage instituut wordt aangewezen, via de lijstprocedure niet absoluut, maar ook daar bestaat wel degelijk een keuzemogelijkheid.

6 Zie wat betreft die grotere vrijheid *Burgerlijke Rechtsvordering T & C*, aantekening bij art. 1036 Rv (Meijer).

partijen inhoudelijk arbiters meer dan de overheidsrechter kunnen ‘sturen’. Maar de geschillenregeling is ook in haar komende gedaante geschreven vanuit het perspectief van een procedure bij de overheidsrechter. Welke gevolgen heeft dat indien de geschillenregeling in arbitrage wordt toegepast?

## 2. Korte uiteenzetting over de geschillenregeling

Eerst een korte uiteenzetting over de geschillenregeling zelf. Haar doel, zowel in haar huidige vorm als naar komend recht, kan worden samengevat als: het beëindigen van geschillen met behulp van een door de rechter bevolen overdracht van aandelen. De regeling is van toepassing op de bv en op de ‘besloten’ nv, dat wil zeggen de nv waarvan de statuten uitsluitend aandelen op naam kennen, een blokkeringsregeling bevatten en niet toelaten dat met de medewerking van de vennootschaps certificaten aan toonder worden afgegeven (art. 335 lid 2).<sup>7</sup> De gedachte is dat aandeelhouders, die een ruzie niet kunnen bijleggen, uit elkaar moeten kunnen. Dat kan gebeuren hetzij doordat één van de aandeelhouders een ander dwingt zijn aandelen over te dragen – de gedwongen overdracht of uitstoting, zie art. 336-341 – hetzij doordat de eisende aandeelhouder vordert dat andere aandeelhouders zijn aandelen van hem overnemen – de gedwongen overname van art. 343. Noch de aandeelhouders die de uitstoting eisen, noch de uittredende aandeelhouder die overname van zijn aandelen door andere aandeelhouders eist, behoeven overigens alle medeaandeelhouders in die procedure te betrekken.

De derde variant van de geschillenregeling – de vordering tegen de stemgerechtigde pandhouder of vruchtgebruiker van een aandeel (art. 342 lid 1) – laat ik in deze bijdrage onbesproken nu deze zich in de praktijk nooit heeft voorgedaan.<sup>8</sup>

De procedure kent twee fasen. In de eerste fase gaat het om de vraag of de vordering van eiser tot uitstoting dan wel uittreding toewijsbaar is. De tweede komt alleen aan de orde bij toewijzing en gaat over de vraag welke prijs voor die aandelen moet worden betaald. Beide fasen worden afgesloten met een vonnis. In de tweede fase worden eerst – in beginsel – deskundigen benoemd om ‘bericht’ uit te brengen over de prijs. Vervolgens stelt de rechtbank die prijs vast, zonder daarbij overigens gebonden te zijn aan het deskundigenbericht, al zal zij dat veelal wel volgen. Naar huidig recht kan die tweede fase pas aanvangen indien het toewijzende vonnis waarmee de eerste fase wordt afgesloten kracht van gewijsde heeft gekregen. Naar komend recht – met versnelling als doel – kan hoger beroep van het vonnis in de eerste fase in beginsel slechts worden ingesteld tegelijk met dat van

<sup>7</sup> Tenzij anders vermeld zijn alle wetsartikelen uit Boek 2 BW.

<sup>8</sup> Bulten (2011), p. 2. Zij pleit zelfs voor afschaffing van deze variant, p. 369.

het vonnis gewezen in de tweede fase (art. 339 lid 1 Wv Flex-BV); dus het vonnis in de eerste fase is dan uitvoerbaar bij voorraad. In het vonnis van de tweede fase wordt de ene aandeelhouder – bij de uitstoting: de uitgestotene; bij de uittreding: de uittredende – bevolen zijn aandelen over te dragen, en wordt/worden andere aandeelhouder(s) veroordeeld die aandelen af te nemen en de prijs te betalen.<sup>9</sup>

### **3. Voordelen van geschillenregeling in arbitrage**

Op het eerste gezicht lijkt mij toepassing van de geschillenregeling in arbitrage enkele belangrijke voordelen te hebben. Ik noem het volgende:

3.1. De arbitrageprocedure speelt zich af in één instantie. Vruit de meeste schrijvers hadden zich voorstander betoond – destijds al bij de invoering van de geschillenregeling, maar ook veel recenter – van een behandeling in één feitelijke instantie, bijvoorbeeld bij enkele speciaal daartoe aangewezen rechtbanken of bij de ondernemingskamer van het Amsterdamse gerechtshof ('OK').<sup>10</sup> Die ene feitelijke instantie heeft het niet gehaald in het Wv Flex-BV. Wel is in art. 337 lid 2 Wv Flex-BV opgenomen – niet alleen dat de geschillenregeling in arbitrage kan worden toegepast maar ook – dat de geschillen dadelijk ter kennis worden gebracht van de OK. Dat zal uiteraard de snelheid ten opzichte van de gewone regeling – twee feitelijke instanties, de tweede is de OK – zeker bevorderen, en in voortvarendheid behoeft – in het algemeen – de OK niet onder te doen voor arbiters. Maar ten opzichte van een behandeling bij de OK – met overslaan van de rechtbank – is om een andere reden arbitrage te prefereren. Immers, een uitspraak van de OK is in beginsel blootgesteld aan cassatie bij de Hoge Raad, die van arbiters aan vernietiging volgens art. 1064 Rv bij de gewone rechter. De toets voor zo'n vernietiging van een arbitraal vonnis is aanzienlijk marginaler dan toch ook de toets voor cassatie bij de Hoge Raad. Weliswaar is in art. 343a lid 1 (jo. 343b voor de uittreding) van het Wv Flex-BV vastgelegd dat de rechtsgrond voor de handelingen die verricht zijn op grond van een vernietigd vonnis in stand blijven, waardoor de vernietiging van de uitspraak niet tot gevolg behoeft te hebben dat de aandelen die jaren geleden van A naar B zijn overgegaan weer terugmoeten naar A. Maar er ontstaat wel voor partijen een ongedaanmakingsverbintenis. Volgens art. 341a lid 2 Wv Flex-BV kan de rechter die ongedaanmakingsverplichting, die ook haar eigen complicaties heeft, beperken of uitsluiten, maar het blijft een onaangename situatie. Hoe kleiner de kans op vernietiging, hoe beter.

---

<sup>9</sup> Ik verwijs voor een meer gedetailleerde beschrijving van deze afwikkeling, met de mogelijke verwickelingen, naar Bulten (2011), p. 217 e.v.

<sup>10</sup> Zie voor een overzicht van dit debat Bulten (2011), p. 246-247.

3.2. Partijen kunnen in hun arbitrageovereenkomst meteen overeenkomen dat van de geschillenregeling op hun conveniërende onderdelen wordt afgeweken. Zo'n afwijkende regeling is dan een regeling als genoemd in art. 337 lid 1 Wv Flex-BV – in jargon: een 'eigen regeling' – en is toegestaan, mits die niet '*de overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt*'. Ik noem twee van dit soort mogelijke afwijkingen:

3.2.1. Partijen komen overeen dat arbiters ook de prijs kunnen vaststellen zonder deskundigenbericht van externe deskundigen, bijvoorbeeld doordat die deskundigheid aanwezig is in het scheidsgerecht zelf. Ik kom hierop terug hierna sub 14.

3.2.2. Partijen komen overeen dat een flexibele peildatum zal gelden waartegen de prijs van de aandelen zal worden gewaardeerd, zodat arbiters niet gebonden zijn aan de door de wetgever voorgestane peildatum. Ik kom hierop terug hierna sub 15.

Deze twee afwijkingen kunnen natuurlijk ook opgenomen worden in een eigen regeling, waarbij de bevoegdheid aan de overheidsrechter is gelaten. Maar de overheidsrechter heeft geen contractuele band met de twistende partijen. Daarentegen zijn arbiters gebonden aan de overeenkomst van opdracht die tussen hen – als opdrachtnemers – en de twistende partijen – als opdrachtgevers – geldt. Indien in die overeenkomst (het arbitraal beding) bijvoorbeeld is bepaald dat arbiters tot een prijsvaststelling zullen komen met overslaan van de deskundigenbenoeming, dan zijn arbiters – door de aanvaarding van hun opdracht – daaraan gebonden. Een dergelijke binding kan met de overheidsrechter niet worden bereikt: hem kan – in de eigen regeling – slechts worden *verzocht* om de deskundigenbenoeming over te slaan. Een rechtbank zal een dergelijk verzoek vermoedelijk al snel naast zich neerleggen: hoe moeten juristen tot een waardering van een pakket aandelen komen zonder hulp van financieel deskundigen? Is in de eigen regeling ook 'prorogatie' aan de OK overeengekomen, dan kan dat anders uitpakken, vanwege de aanwezigheid van de twee raden in de OK. Maar ook dan is het een kwestie van afwachten hoe OK daarmee zal omgaan.

#### **4. Arbitrabiliteit en vennootschapsrecht**

Dat vennootschapsrechtelijke geschillen zich lenen voor beslechting door arbiters – met andere woorden: 'arbitrabel' zijn – is niet vanzelfsprekend. Bij vennootschapsrechtelijke geschillen denk ik dan aan geschillen die zich binnen – de organisatie<sup>11</sup> van – de vennootschap zelf afspelen. Zo'n geschil

---

<sup>11</sup> Als bedoeld in art. 2:8.

is ook het geschil dat beslecht wordt via de geschillenregeling. Het debat over arbitrabiliteit van vennootschapsrechtelijke geschillen is in Nederland toegespitst geweest – en is dat trouwens nog steeds – op de vraag of de geldigheid van een besluit als bedoeld in art. 14-16 BW ook door arbiters of uitsluitend door de overheidsrechter kan worden beslecht. Het antwoord daarop was omstreden, totdat de Hoge Raad daaraan op 10 november 2006<sup>12</sup> in het arrest Groenselect een einde maakte: zo'n geschil kan *niet* door arbiters worden beslecht. Overigens heeft die uitspraak behoorlijk wat kritiek gekregen.<sup>13</sup>

Nu gaat het bij de geschillenregeling niet over besluiten van vennootschapsorganen maar niettemin zijn er parallellen, en kennisname van de problematiek daarover, en dus ook van de Groenselect uitspraak, is van belang.

Eerst enkele algemene opmerkingen over arbitrabiliteit. Veelal worden twee criteria genoemd om de grenzen van de arbitraliteit van een geschil af te bakenen, namelijk (1) exclusief verklaarde rechtsmacht van de overheidsrechter en (2) openbare orde, die aan arbitrabiliteit in de weg zou staan.<sup>14</sup>

#### *Exclusief verklaarde rechtsmacht van de overheidsrechter?*

In het algemeen wordt aangenomen dat in vennootschapsrechtelijk verband geen exclusieve rechtsmacht is gegeven aan de overheidsrechter. Er moet immers aansluiting gezocht worden bij het principe van art. 1020 lid 3 Rv: arbitrage mag (slechts) niet leiden tot rechtsgevolgen welke niet ter vrije bepaling van partijen staan. De wetgever heeft bewust gekozen voor dit criterium, waarmee dus niet is gespecificeerd welke zaken of rechtsgebieden voor arbitrage vatbaar zijn. Daarmee heeft hij aan de praktijk ruimte willen laten voor rechtsontwikkeling van (de omvang van) het arbitragegebied.<sup>15</sup> Het dwingendrechtelijke karakter van Boek 2 BW doet hier niet aan af, nu dit immers geen afbakening vormt voor de vatbaarheid van geschillen voor

---

12 HR 10 november 2006, NJ 2007/561 m.nt. H.J. Snijders (*Groenselect*); RO 2007, 3; JOR 2007/5 m.nt. P. Sanders.

13 Zie voor vindplaatsen H.M. de Mol van Otterloo, 'Arbitrabiliteit van vennootschapsrechtelijke geschillen; het Groenselect-arrest', *Ondernemingsrecht* 2010, p. 15-23, voetnoot 10 en alinea 14.1.

14 Sanders, *Het Nederlands Arbitragerecht, Nationaal en Internationaal*, Kluwer 2001, p. 198; Asser-Maeijer, *De Rechtspersoon*, nr. 55a; Snijders, *Nederlands Arbitragerecht, artikelsgewijs commentaar*, p. 76 en *Burgerlijke Rechtsvordering*, Kluwer (losbl.) art. 1020, aant. 5; O.L.O. de Witt Wijnen, 'De herziening en het ABC', *TvA* 2005, 28, p. 10; P.N. Wakkie, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2001-2002, p. 204, Ch.E. Honée, *De Naamloze Vennootschap* 1995, p. 96.

15 *Kamerstukken II* 1983/84 18 464, nr. 3 p. 5, betreffende art. 1020 Rv.

arbitrage.<sup>16</sup> In ieder geval brengt de enkele verwijzing naar de ‘rechter’ in een wetsartikel niet mee dat de overheidsrechter exclusief bevoegd is.<sup>17</sup>

### *Erga omnes*

Voor de vraag of arbitrage ingevolge art. 1020 lid 3 Rv is uitgesloten gaat het erom of de zaak als geheel van openbare orde is. In vennootschapsrechtelijk verband is een aanwijzing dat een zaak ingevolge dit artikel van openbare orde is en niet vatbaar voor arbitrage, dat de beslissing in die zaak ‘*erga omnes*’ werking – ofwel: werking jegens een ieder – moet toekomen.<sup>18</sup> De woorden ‘een ieder’ zijn terug te vinden in art. 16 lid 1, dat gaat over de rechterlijke uitspraak die de nietigheid van een besluit vaststelt of dat besluit vernietigt; de nietigverklaring of vernietiging van een besluit bindt volgens dat artikel ‘een ieder’ indien de rechtspersoon partij in het geding is geweest. Zijn non-arbitrabiliteitsoordeel lijkt de Hoge Raad in zijn Groenselect-arrest vooral te baseren op deze werking jegens een ieder, ofwel werking *erga omnes*.<sup>19</sup>

Art. 16 lid 1 is te zien als een inbreuk op het *inter partes* karakter dat in beginsel elke rechterlijke (inclusief arbitrale) uitspraak – zie ook art. 236 Rv – heeft, welk karakter voortvloeit uit procesrechtelijke hoofdbeginselen als hoor en wederhoor en partijautonomie. Kennelijk wordt zo’n inbreuk – als voortvloeiende uit art. 16 lid 1 – op die hoofdbeginselen *wel* als aanvaardbaar beschouwd, indien de procedure bij de overheidsrechter wordt gevoerd (anders zou dit artikel niet bestaan), maar *niet* bij een arbitrale procedure. De wetgever heeft bij de introductie van dit art. 16 lid 1 deze inbreuk – op het *inter partes* principe – ook onder ogen gezien getuige de verwijzing in de Memorie

16 H.J.M.N. Honée, ‘Arbitrage in het vennootschapsrecht’ in: *Rechtspleging in het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 28. In het hierover in voetnoot 1 gememoreerde debat over arbitrabiliteit van de geschillenregeling zegt geen van de betrokkenen (Honée en Van den Ingh) dat er geen arbitrabiliteit is vanwege exclusieve rechtsmacht voor de overheidsrechter.

17 Wakkie, *Geschriften VCL2001-2002*, p. 204, De Witt Wijnen, ‘Ondernemingsrechtenarbitrage’ in: *Conflicten rondom de rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2000, p. 112-114; Meijer, ‘Arbitrage in het Ondernemingsrecht’; inleiding en enkele aanvullende beschouwingen, *Ondernemingsrecht* 2010 p. 6. en ook in *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2010-2011, p. 322/323; Bulten (2011), p. 300.

18 Snijders, *Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1020, aant. 5; Meijer, *Ondernemingsrecht* 2010 p. 5; Bulten (2011), p. 301. Meijer, *Ondernemingsrecht* 2010 p. 6, schaaft de exclusief verklaarde rechtsmacht van de overheidsrechter als reden voor non-arbitrabiliteit ook onder de noemer ‘openbare orde’. Ik behandel die exclusiviteit los daarvan, maar denk niet dat dit praktisch veel verschil maakt.

19 Ik ga nu niet in detail in op de twee argumenten die de Hoge Raad in Groenselect gebruikt. Zie daarover naast de al genoemde schrijvers ook Meijer in *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2010-2011, p. 323 en De Mol van Otterloo, *Ondernemingsrecht* 2010, p. 19-20.

van Antwoord naar de term ‘*erga omnes*’, en de vaststelling dat de uitspraak niet slechts bindend is tegenover de partijen in de procedure.<sup>20</sup>

De term ‘werking *erga omnes*’ is vaag en in het verband van vennootschapsrechtelijke besluiten heb ik eerder een aanzet tot een definitie gegeven.<sup>21</sup> Ik versta dan onder ‘werking’ het hebben van rechtsgevolg en onder ‘*omnes*’: een ieder die geen deel uitmaakt van het orgaan van de rechtspersoon dat het besluit heeft genomen, een buitenstaander dus. Timmerman vult de definitie van ‘*omnes*’ aldus aan dat daaronder ‘*mede degenen (vallen) die wel deel uitmaken van het orgaan dat het besluit heeft genomen, maar die niet betrokken zijn in de procedure tot nietigverklaring of vernietiging. Bijvoorbeeld de aandeelhouder die geen partij is bij de arbitrageovereenkomst*’.<sup>22</sup> Ik ben het daarmee eens, maar breng wel weer de volgende nuance aan: degene, die niet betrokken was bij de procedure tot nietigverklaring of vernietiging van het besluit maar wel (i) partij was bij de arbitrageovereenkomst en (ii) deugdelijk opgeroepen was, valt bij die procedure volgens mij *niet* onder *omnes*, is geen buitenstaander. Zo iemand had immers bij die procedure betrokken kunnen zijn, maar hij heeft er kennelijk bewust voor gekozen om verstek te laten gaan. Deze nuance is bij de geschillenregeling door de wet uitdrukkelijk opgenomen, namelijk in art. 997a Rv, ertoe strekkende dat de aandeelhouders die niet meteen in de uitstotings- of uittredingsprocedure zijn betrokken, daarvan wel op de hoogte moeten worden gesteld zodat zij zich kunnen voegen of kunnen tussenkomen. Ik zie geen reden waarom niet hetzelfde kan gelden wanneer het gaat om de geldigheid van besluiten, waardoor de aandeelhouder die wel is verwittigd van de aanhangig gemaakte arbitrage maar zich niet voegt of tussenkomt, zich er niet meer op kan beroepen een buitenstaander te zijn. Ik kom overigens nog terug op art. 997a Rv.

Ik stel wel vast dat de Hoge Raad volgens geen van de schrijvers in Groenselect heeft geoordeeld dat een vennootschapsrechtelijk geschil zich naar zijn *aard* niet voor beslechting door arbiters leent – een argument van inhoudelijke aard (‘objectieve’ arbitrabiliteit).<sup>23</sup> Die objectieve arbitrabiliteit is wel in het geding bij geschillen van geheel andere aard, bijvoorbeeld in familierechtelijk verband zoals vaderschap, echtscheiding en voogdij, niet voor niets kwesties die de ‘staat van een persoon’ betreffen.<sup>24</sup>

20 *Kamerstukken* 17 725, nr. 7, p. 18.

21 *Ondernemingsrecht* 2010 p. 17 e.v., waarin ook opvattingen over die term van De Witt Wijnen en Snijders aan de orde komen.

22 Noot 26 bij zijn conclusie vóór HR 26 november 2010, *NJ* 2011/55 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Silver Lining Finance/Perstorp Waspik*).

23 Bij ‘subjectieve’ arbitrabiliteit denkt men wel aan het vermogen van een partij om het geschil aan arbitrage te onderwerpen, zoals van publiekrechtelijke instellingen om arbitrageovereenkomsten aan te gaan.

24 Ik ga nu niet verder in op de term ‘staat van de persoon’, want heb dat eerder tamelijk uitvoerig gedaan, *Ondernemingsrecht* 2010, p. 13. Zie ook Bulten (2011), p. 299.



## 5. Geschillenregeling ten principale arbitabel

Zoals gezegd, de arbitrabiliteitsvraag in vennootschapsrechtelijk verband heeft zich toegespitst op het vennootschappelijke *besluit*, waar art. 16 lid 1 aan de orde is: die werking jegens een ieder, ofwel *erga omnes*, is volgens dat artikel een feit, mits de vennootschap zelf partij bij de procedure was. Ook bij de geschillenregeling is de arbitrabiliteitsvraag gerezen, zij het niet in de rechtspraak, maar in de literatuur en dan op redelijk beperkte schaal. Ik verwijs met name naar het hiervoor al genoemde debat tussen Honée en Van den Ingh,<sup>25</sup> verder Kroeze,<sup>26</sup> Sanders,<sup>27</sup> Van Solinge/Nieuwe Weme,<sup>28</sup> en Bulten.<sup>29</sup> Allen, uitgezonderd Honée, hebben aarzeling bij de toepasbaarheid van de geschillenregeling in arbitrage. Die aarzeling betreft niet de ‘objectieve’ arbitrabiliteit van de geschillenregeling, maar de ‘arbitragedwang’ waarop ik dadelijk terugkom. Op zichzelf was het ook al vóór het Wv Flex-BV heersende leer dat de geschillenregeling in beginsel toepasbaar is in arbitrage,<sup>30</sup> ook bij de aarzelers (vrijwel allen), maar die aarzeling werd gebaseerd op procesrechtelijke overwegingen (lees: arbitragedwang), en niet op – afwezigheid van – objectieve arbitrabiliteit, evenmin als dat het geval is bij vennootschapsrechtelijke geschillen over besluiten. Die objectieve arbitrabiliteit is bij de vraag naar arbitrabiliteit van de geschillenregeling dus evenmin in het geding.

## 6. Toepassing in arbitrage nu een feit

In het Wv Flex-BV is door de wetgever een einde gemaakt aan de, toch al niet erg sterke, twijfel over het principe (objectieve arbitrabiliteit). Wettelijk is vastgelegd dat de geschillenregeling in arbitrage toepasbaar is. Einde dus aan de controverse daarover. Daarmee is meteen de vraag definitief beantwoord of de gedwongen overdracht een overname van aandelen op grond van een arbitraal vonnis mogelijk is. Ook daarover was in de literatuur enige onduidelijkheid, hoewel de meeste schrijvers dit – soms onder bepaalde voorwaarden – wel mogelijk achtten.<sup>31</sup> Ik behoef daarop dus nu niet meer in te gaan. Maar met het einde aan onzekerheid over deze vragen – met name de arbitrabiliteit – zijn

25 Zie voetnoot 1.

26 WPNR 2007/6702.

27 WPNR 2006/6663.

28 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2009), nr. 725.

29 T.a.p. p. 303, die daaraan toevoegt geen probleem te zien indien ‘alle betrokkenen partij zijn bij de arbitrageovereenkomst’. Dat zie ik ook als een aarzeling op grond van ‘arbitragedwang’; overigens, zouden die partijen dan niet ook deugdelijk opgeroepen moeten zijn geweest om aan de arbitrage procedure deel te nemen?

30 Zie Bulten (2011), p. 301 en de daarbij behorende noot 52 met een opsomming van vindplaatsen.

31 Zie voor een kort overzicht Bulten (2011), p. 303, en noot 64 op die pagina.

nog niet de antwoorden op de door de aarzelaars opgeworpen procesrechtelijke bedenkingen gegeven.

Zoals ook al in het debat tussen Honée en Van den Ingh aan de orde kwam, is de oorzaak van die bedenkingen dat de eisende aandeelhouder – of hij nu een ander wil uitstoten of uittreder wil worden – niet verplicht is alle andere aandeelhouders in de procedure – of arbitrage – te betrekken. Ik ga hierna op die oorzaak in, waarbij ik vijf varianten zal behandelen, en waarbij ik uitga van een uitstotingsvordering – dat zou overigens net zo goed een uitredingsvordering kunnen zijn – met een vennootschap waar een goedkeuringsregeling van toepassing is. Op het geval dat een aanbiedingsregeling van toepassing is kom ik hierna sub 9 terug.

De eisende aandeelhouders die op de voet van art. 336 een medeaandeelhouder willen uitstoten, hebben slechts de plicht de uit te stoten aandeelhouder te dagvaarden, maar zoals gezegd behoeven zij niet de overige medeaandeelhouders in de procedure te betrekken. Die niet in de procedure betrokken medeaandeelhouders kunnen echter wel degelijk rechtstreeks worden geraakt, namelijk indien de uitstotingsvordering wordt toegewezen. Immers, zij verliezen een (of meer) medeaandeelhouders met gelijktijdige vergroting van het belang van andere medeaandeelhouders. Dat kan voor hen vérstreckende gevolgen hebben. Voorbeeld: er zijn drie aandeelhouders met ieder één derde belang, A, B en C. In de ogen van A misdraagt B zich zodanig dat A een uitstotingsvordering tegen hem instelt. C is niet in de procedure betrokken geweest en de uitstotingsvordering wordt toegewezen. De goedkeuringsregeling is van toepassing. Waar A voorheen één derde had, heeft hij nu twee derde van de aandelen en daarmee de meerderheid.

Hier is een parallel met de werking jegens ‘een ieder’ in de zin van art. 16 lid 1. Ook daar kan de procedure – over de geldigheid van het besluit – vérstreckende gevolgen hebben voor partijen die niet bij die procedure betrokken waren. Niet voor niets achtte Timmerman<sup>32</sup> het wenselijk, dat de wet zou voorschrijven dat de rechtspersoon, in het geval dat zij verwickeld raakt in een procedure over de nietigheid of vernietiging van een besluit, hiervan aan de betrokken belanghebbenden kennis geeft; daarmee zou zelfs de mogelijkheid van derdenverzet van art. 376 Rv – opgenomen in art. 16 lid 1 – kunnen komen te vervallen. Een dergelijk voorschrift is echter – bij procedures over de geldigheid van het besluit – niet in de wet opgenomen. Misschien komt dat doordat art. 16 ook bij openbare vennootschappen van toepassing is, maar dan had die kennisgevingsplicht toch tot niet-openbare vennootschappen beperkt kunnen blijven.

Hoe dan ook, bij de geschillenregeling is daarentegen wél voorzien in zo’n kennisgevingsplicht. Art. 997a lid 1 Rv verplicht de aandeelhouder die de

---

32 *Preadvies van de Vereeniging ‘Handelsrecht’* 1991, ‘De nieuwe bepalingen van boek 2’, Zwolle 1991, p. 93.

uitstotings- of uittredingsvordering instelt een afschrift van zijn dagvaarding ‘onverwijld’ aan de vennootschap te betekenen, die vervolgens op grond van art. 997a lid 2 Rv binnen twee weken de niet gedagvaarde aandeelhouders daarvan in kennis moet stellen. Anders dan bij de procedure over de geldigheid van een besluit zullen dus de aandeelhouders op de hoogte (moeten) komen van de procedure volgens de geschillenregeling. Die kennisgevingsplicht maakt het ook mogelijk te bepalen (zie lid 4 van art. 997a Rv) dat het derdenverzet van art. 376 Rv niet tegen het vonnis kan worden ingesteld, zoals Timmerman onderkende bij zijn pleidooi voor zo’n kennisgevingsplicht bij de procedure over de nietigheid of vernietiging van een besluit. Aandeelhouder C in mijn voorbeeld zal zich dus ook in die procedure kunnen voegen of daarin tussenkomen. Dat is sinds 1986 ook in arbitrage mogelijk (art. 1045 Rv). Die voeging of tussenkomen kan echter beslist niet worden gelijkgesteld met de voeging of tussenkomen bij de overheidsrechter (art. 217 Rv). Ik kom op dat laatste hierna sub 7 terug.

Eerst nog een korte zijstap naar de tekst van art. 997a Rv. Dat artikel spreekt van ‘dagvaarding’ en ‘gedagvaarde’ terwijl arbitrage niet met een dagvaarding wordt ingeleid, zodat de wetstekst niet toegesneden is op komend recht (en voor zover ik weet wordt dit artikel niet gewijzigd). Maar arbiters zullen wel bereid zijn in plaats van ‘dagvaarding’ te lezen het document waarmee de arbitrage wordt ingeleid. Steun daarvoor kan worden gevonden in het feit dat ook het Wv Flex-BV zelf consequent de termen ‘dagvaarding’ en ‘gedaagde’ noemt (bijv. in art. 338 lid 1) terwijl diezelfde Wv Flex-BV dus de weg naar arbitrage opent.

Terug naar de voeging en tussenkomen. In de regel zal tussen A, B en C een arbitrageovereenkomst van kracht zijn, op grond waarvan A de arbitrage tegen B begint. Meestal zullen in die arbitrageovereenkomst de arbiters nog niet met name zijn aangewezen, maar soms is dat wel het geval. Ook is denkbaar dat A tegen B een arbitrage begint zonder dat er in een eerder stadium een arbitrageovereenkomst tussen hen was gesloten, namelijk bij ad hoc arbitrage. C is daarbij dan geen partij.

Ik onderscheid hierna de volgende varianten, waarbij ik uitga van mijn voorbeeld van drie aandeelhouders, A, B en C, met ieder één derde belang, waarbij A een uitstotingsarbitrage tegen B begint zonder C daarbij te betrekken, en waarbij de blokkeringsregeling een goedkeuringsstelsel is.

#### *Variant a*

Tussen A, B en C is een arbitrageovereenkomst van kracht, waarin de arbiter nog niet is genoemd.

#### *Variant b*

Hetzelfde als variant a, maar in de arbitrageovereenkomst is de arbiter aangewezen.

*Variant c*

Tussen A, B en C is geen arbitrageovereenkomst van kracht, maar A en B komen ad hoc arbitrage overeen. Daarin is nog geen arbiter aangewezen.

*Variant d*

Hetzelfde als variant c, maar in de ad hoc arbitrageovereenkomst is een arbiter aangewezen.

*Variant e*

De in variant d aangewezen arbiter heeft zijn benoeming al aanvaard.

Wat is de positie van C in elk van deze varianten, op het moment dat hij – via de kennisgeving van art. 997a Rv – op de hoogte raakt van de zojuist aanhangig gemaakte arbitrage tussen A en B? Voordat ik die vraag behandel, eerst een stap zijwaarts, namelijk naar het belang van de vraag wie als arbiter optreedt.

## **7. Keuze van arbiters**

De mogelijkheid voor partijen om hun eigen arbiters – hun rechters – te kiezen, althans op de benoeming van hen invloed uit te oefenen, is een belangrijk verschil van arbitrage met de overheidsrechtspraak. Daar immers is er geen invloed en zal men het eenvoudigweg moeten doen met de rechters die op de zaak zijn gezet. Voeging en tussenkomst bij de overheidsrechter zijn in dit verband dan ook geen enkel probleem, want de derde, die zich voegt of tussenkomt, wordt met een rechtbank geconfronteerd op de samenstelling waarvan de oorspronkelijke procespartijen geen enkele invloed hebben kunnen uitoefenen. Bij arbitrage is dat dus anders. Neem alleen de – hiervoor al gesignaleerde – grotere vrijheid die arbiters hebben vergeleken met de overheidsrechter. Wil men procedureel strak opererende arbiters (waarbij uiteraard met name de voorzitter een belangrijke rol speelt)? Of wil men juist arbiters die procedureel veel toelaten? Wil men arbiters van wie men vermoedt dat die zich sterk door redelijkheid en billijkheid laten leiden? Of juist meer door *'pacta servanda sunt'* en/of door *'lex dura sed scripta'*? Het belang van deze benoemingskwestie kan variëren. In 'rechttoe rechtaan' zaken, met een overzichtelijk onderwerp van geschil en met slechts twee tegen elkaar arbitrerende partijen, kan dat belang minder groot zijn dan in grote complexe arbitrages. Indien daarbij een buitenlandse partij bij betrokken is – of via voeging of tussenkomst wil raken – komt de talenkennis van de arbiters daar nog eens bij.

Die invloed op de arbitersbenoeming is op zichzelf een mogelijke bron van geschil tussen partijen en niet voor niets wordt in arbitrageregels van instituten als het NAI en het ICC veel aandacht aan die benoemingskwestie besteed. Trouwens, ook in Rechtsvordering is een behoorlijk aantal artikelen (1027-1035) hieraan gewijd. Vaak kost die benoeming ook veel tijd.

Om al deze redenen kan voeging en tussenkomst bij de overheidsrechter (art. 217 Rv) beslist niet op één lijn worden gesteld met voeging en tussenkomst in arbitrage.

Bij de geschillenregeling in arbitrage kan de vraag wie als arbiters optreden nog extra van belang zijn, zeker indien is overeengekomen de benoeming van de ‘deskundigen’ genoemd in art. 339 lid 1 – ter wille van de prijsvaststelling – achterwege te laten. Partijen kunnen immers overeenkomen het scheidsgerecht zodanig te (doen) samenstellen, dat deze deskundigheid daarin vertegenwoordigd is (bijvoorbeeld door een terzake gespecialiseerde financieel deskundige). Alsdan zou de benoeming van deskundigen van art. 339 lid 1 – een vertragende factor – achterwege kunnen blijven. Ik zal hierna – zie sub 14 – verdedigen dat dit inderdaad kan.

## **8. De varianten a t/m e**

Terug naar de vijf varianten.

### *8.1. Variant a*

Volgens deze variant is tussen A, B en C een arbitrageovereenkomst van kracht, waarin de arbiter nog niet is aangewezen.

C wil voegen of tussenkomen. Hoe gaat dat in zijn werk?

#### *Voeging of tussenkomst; materieel*

Materieel lijkt het verzoek van C tot voeging of tussenkomst weinig problemen op te leveren. Wil hij zich voegen aan de kant van eisers, dan geeft de wet daartoe zelf al een bevestigend antwoord, namelijk in art. 341 lid 1. Wil hij zich voegen aan de kant van B als uit te stoten aandeelhouder, of wil hij tussenkomen, dan ontbreekt zo’n wettelijk antwoord. Echter, de drempel voor voeging of tussenkomst is in het algemeen al laag, C – de aandeelhouder die niet bij de aanvang van de arbitrage betrokken is geweest – heeft zonder twijfel ‘enig belang’ – zie art. 1045 lid 1 Rv; art. 217 betreffende de voeging bij de overheidsrechter spreekt trouwens van het vergelijkbare ‘een belang’ – en de kans dat hij niet zal worden toegelaten tot voeging aan de kant van B of tussen te komen is dus bijzonder klein. Uitgesloten kan die kans echter per definitie niet worden. Niettemin denk ik dat dit in de praktijk een verwaarloosbaar probleem zal zijn, en daarvan ga ik hierna ook uit.

#### *Voeging of tussenkomst; formeel*

Formeel ligt het echter ingewikkelder. Het punt is dat art. 1045 Rv – dat de voeging of tussenkomst in arbitrage regelt – de bevoegdheid om over het verzoek daartoe te oordelen bij het ‘scheidsgerecht’ legt. Maar op het moment

dat C van de arbitrage hoort behoeft er nog helemaal geen scheidsgerecht te zijn. Immers, krachtens art. 1025 lid 1 Rv is de arbitrage aanhangig ‘op de dag van ontvangst van een schriftelijke mededeling waarbij een partij aan haar wederpartij bericht tot arbitrage over te gaan’.<sup>33</sup> Bij de geschillenregeling zal C dus krachtens art. 997a lid 2 Rv binnen twee weken na deze dag van ontvangst op de hoogte moeten zijn gesteld van de arbitrage en binnen die twee weken zal die benoeming – inclusief aanvaarding door de arbiter van zijn benoeming – meestal niet hebben plaatsgevonden. Die benoeming van arbiters kan zoals gezegd een belangrijke kwestie zijn, en C zou volgens mij als derde die zich wil voegen of tussenkomen – zeker bij tussenkomst geldt dit – dan ook de gelegenheid moeten hebben bij die benoeming betrokken te zijn. Maar daartoe moet hij wél zijn toegelaten tot de, reeds aanhangig gemaakte, arbitrage. Dan pas is hij immers, krachtens art. 1045 lid 4 eerste zin Rv, ‘partij’ en kan hij de aan die hoedanigheid verbonden rechten uitoefenen, ook wat betreft de samenstelling van het scheidsgerecht. Zonder die status van ‘partij’ bij de arbitrage heeft C geen positie in enig debat over de vraag wie arbiters moeten worden dan wel over de vraag of een reeds plaatsgevonden hebbende aanwijzing van arbiters vernietigd kan worden. Zie verder over de daartoe strekkende rechten van ‘partijen’ in de arbitrage art. 1027-1033 Rv.

Zoals gezegd legt art. 1045 Rv de bevoegdheid te oordelen over verzoeken tot voeging of tussenkomst bij het scheidsgerecht. Ik vraag mij af of de wetgever bij het ontwerpen van dat art. 1045 Rv heeft gedacht aan een geval als het onderhavige, waarin ook derden – andere partijen dan (i) de arbitrage verzoekende partij en (ii) de in het verzoek genoemde verweerder – partij zijn bij het arbitraal beding en bij de uitkomst van de arbitrage belang (kunnen) hebben. Zo’n geval was ook wel denkbaar al voor invoering van het Wv Flex-BV, maar zal zich niet veel hebben voorgedaan. Ik heb er in elk geval geen rechtspraak over gevonden. Ook Snijders besteedt hier geen aandacht aan.<sup>34</sup>

Hoe dan ook, de vraag doet zich voor hoe C ‘partij’ kan worden bij de arbitrage voordat er een scheidsgerecht is dat C krachtens art. 1045 Rv tot ‘partij’ kan promoveren door diens verzoek tot voeging of tussenkomst toe te wijzen. Bedoelt art. 1045 Rv een *exclusieve* bevoegdheid aan het scheidsgerecht te geven om over voeging of tussenkomst te oordelen? Of zou de voorzieningenrechter óók daartoe bevoegd zijn, misschien dan uitsluitend in de periode dat er wél al een arbitrage aanhangig is maar nog geen arbiters zijn benoemd?

Inhoudelijk zal beoordeling van zo’n verzoek nauwelijks een probleem zijn voor de voorzieningenrechter. Het zal – in elk geval bij de geschillenregeling – vrijwel altijd worden toegewezen (zie hiervoor). En ook is de voorzieningenrechter vertrouwd met dit soort voegings- of tussenkomstverzoeken: bij het kort

---

33 Zie voor zo’n inleidend document art. 6 van het NAI Reglement (de ‘Arbitrageaanvraag’) en art. 4 lid 2 van de ICC Rules of Arbitration (het ‘Request for Arbitration’).

34 *Nederlands Arbitragerecht, artikelsgewijs commentaar*, bij art. 1045 Rv.

geding is dat immers regelmatig aan de orde. Inhoudelijk is die vraag waarschijnlijk ook eenvoudiger dan de benoeming van arbiters, terwijl die toch ook aan de voorzieningenrechter is toevertrouwd indien partijen daar niet uitkomen (art. 1026 lid 4 en art. 1027 lid 3 Rv).

Ik zou het goed verdedigbaar vinden dat de voorzieningenrechter die bevoegdheid heeft, uitsluitend voor de periode dat de arbitrage aanhangig is maar dat nog geen scheidsgerecht is benoemd. Toegegeven, in art. 1045 Rv is niet met zoveel woorden bepaald dat indien er nog geen scheidsgerecht is, zo'n verzoek tot voeging of tussenkomst aan de voorzieningenrechter kan worden voorgelegd. Maar evenmin is er met zoveel woorden exclusiviteit aan het scheidsgerecht gegeven. Ik wijs ook op het geval dat een zittende arbiter moet worden vervangen, en dat (zoals te verwachten is) de derde pas bij de arbitrage betrokken is geraakt nadat de arbiters al waren benoemd (dus het scheidsgerecht was al tot stand gekomen), onder wie deze te vervangen arbiter. Deze derde was destijds niet bij diens benoeming betrokken. Maar die derde wordt nu wél betrokken bij de benoeming van de nieuwe arbiter, want die derde is inmiddels tot 'partij' gepromoveerd. Waarom mag die derde dan wél een stem hebben, maar níet in de fase dat er nog geen scheidsgerecht was? Wat is de ratio voor dit verschil? Kortom, ik zou menen dat zolang als er nog geen scheidsgerecht is, een verzoek tot voeging of tussenkomst door de voorzieningenrechter moet kunnen worden beslecht.

Indien partijen zijn overeengekomen dat de deskundigenbenoeming van art. 339 lid 1 achterwege kan blijven – zie ook hierna sub 14 – dan komt daar nog een reden bij. Bij een dergelijke deskundigenbenoeming door de overheidsrechter bepaalt art. 194 – krachtens artikel 339 lid 1 ook bij deze deskundigenbenoeming van toepassing – dat die benoeming plaatsvindt 'na overleg met partijen'. De benoeming komt pas aan de orde in de tweede fase, dus in het algemeen nadat de derde al met succes zich heeft gevoegd of is tussengekomen. Hij is dus één van de partijen met wie het overleg van art. 194 over de benoeming moet worden gevoerd. Zou de procedure in arbitrage worden gevoerd, dan heeft – ten gevolge van de overeenkomst tussen partijen om de deskundigenbenoeming van art. 139 lid 1 over te slaan – de benoeming van deze specifieke arbiter, de financieel deskundige, al plaatsgevonden bij de aanvang van de arbitrage, en dus zonder dat de derde daarop invloed heeft kunnen uitoefenen. Dat is in strijd met het uitgangspunt van de wet dat met de procespartijen overleg wordt gevoerd over de personen van de deskundige; daarmee een extra argument om de voorzieningenrechter bevoegd te laten zijn over het verzoek tot voeging of tussenkomst te oordelen.

Acht de voorzieningenrechter zich tot dat oordeel (in weerwil van mijn pleidooi) niet bevoegd, dan heeft C geen keuze en zal hij de benoeming van arbiters door A en B moeten afwachten, waarna hij zich tot die arbiters – in hun hoedanigheid van 'scheidsgerecht' in de zin van art. 1045 Rv – kan wenden voor de voeging of tussenkomst. Invloed op de benoeming van de arbiters heeft hij dan dus niet gehad.

In dit verband wijs ik volledigheidshalve op art. 1052 lid 3 tweede zin Rv, bepalende dat aan de partij die pas in de arbitrage is verschenen nadat arbiters al waren benoemd, een beroep toekomt op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht, maar de enige grond voor zo'n beroep is dat '*het scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regelingen is samengesteld*'. Onnodig te zeggen dat deze marginale invloed op de samenstelling van het scheidsgerecht niet in de schaduw kan staan van een normale betrokkenheid bij de benoeming. Ik wijs voort op de mogelijkheid tot wraking van art. 1033 Rv. Eveneens erg marginaal en niet aantrekkelijk.

### 8.2. *Variant b*

Tussen A, B en C is een arbitrageovereenkomst van kracht waarin de arbiter al is aangewezen.

Deze variant lijkt mij geen problemen op te leveren. C had eenvoudigweg al ingestemd met arbitrage en ook met een bepaalde arbiter. Hij moet de aanvaarding door deze arbiter van zijn opdracht – als die al niet eerder heeft plaatsgevonden – afwachten en zal zich vervolgens tot hem kunnen wenden voor de voeging of tussenkomst. Eenzelfde situatie dus als variant a, in het geval dat de vordering in kort geding van C tot betrokkenheid bij de benoeming wordt afgewezen.

### 8.3. *Variant c*

Tussen A, B en C is geen arbitrageovereenkomst van kracht, maar A en B komen ad hoc arbitrage overeen. Daarin is nog geen arbiter met name aangewezen.

De kans dat zo'n ad hoc afspraak wordt gemaakt is misschien niet erg groot – partijen zullen een forse ruzie hebben – maar kan toch evenmin uitgesloten worden; dit niet alleen op theoretische gronden, maar in de praktijk is toch ook denkbaar dat A en B in weerwil van hun ruzie genoeg pragmatisme aan de dag leggen om arbitrage overeen te komen als hun dat, bijvoorbeeld om de redenen als in deze bijdrage genoemd, beter bevalt (in een 'agreement to disagree').

In deze variant wordt C 'overvallen' door een arbitrage, terwijl A, B en C in de statuten van hun vennootschap en/of hun aandeelhoudersovereenkomst geen arbitrage waren overeengekomen. Moet C zich voegen of tussenkomen in deze arbitrage teneinde invloed te kunnen uitoefenen op de uitspraak die ook, althans feitelijk, jegens hem zal werken? Of moet hij vertrouwen op zijn grondrecht van art. 17 Grondwet, dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechten die de wet hem toekent – het *ius de non evocando* – (zie ook art. 6 EVRM)?

Als gezegd, toewijzing van de (uitstotings)vordering heeft tot gevolg dat C ineens geconfronteerd wordt met één medeaandeelhouder, A, die twee derde



belang en dus de meerderheid heeft. Indien C invloed had willen uitoefenen op de uitkomst van die arbitrage tot uitstoting had hij zich kunnen voegen of tussenkomen, met inderdaad de onvermijdelijke verplichting – 1045 lid 3 Rv – om tot de arbitrageovereenkomst van A en B toe te treden. Arbitragedwang dus. Wringt dat met het *ius de non evocando* van art. 17 Grondwet? Ik betwijfel dat. In de praktijk komt een dergelijke situatie vaak voor: een tussen A en B gevoerde arbitrage kan in talloze gevallen voor derden feitelijk vérstrekkende gevolgen hebben; die derden zullen dan misschien bij die arbitrage betrokken willen raken, en dus ook gedwongen zijn tot de arbitrageovereenkomst toe te treden. Op zichzelf betekent dat nog niet dat in al die gevallen A en B die arbitrage niet gewoon zouden kunnen voeren. In dit verband maakt het denk ik verschil of het gevolg voor de derde (C) van *feitelijke* aard is dan wel als een *rechtsgevolg* moet worden beschouwd. Ik kom hierop terug sub 9 bij de aanbiedingsregeling. Het gevolg waar het hierover gaat – C verliest B als medeaandeelhouder en zijn andere medeaandeelhouder A verwerft een belang van twee derde – zie ik als een feitelijk en niet als een rechtsgevolg.

Hoe dit zij, wat betreft de onderhavige kwestie heeft de wetgever gesproken. Het Wv Flex-BV bepaalt dat die procedure bij arbiters kan worden gevoerd. Een beroep op mogelijke strijd met – art. 17 van – de Grondwet is volgens vaste rechtspraak niet mogelijk. Ingevolge het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet treedt de gewone rechter niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten in formele zin. Die beoordeling is voorbehouden aan de formele wetgever.<sup>35</sup>

Wil C bij het geschil tussen A en B betrokken raken, omdat de uitspraak (feitelijk) jegens hem zal werken, dan zal hij zich moeten voegen of moeten tussenkomen in de arbitrage, en dus moeten toetreden tot de arbitrageovereenkomst. Doet hij dat dan zal hij misschien ook betrokken willen zijn bij de keuze van arbiters. Heeft hij daarop kans van slagen? Hiervoor verwijs ik naar mijn opmerkingen bij variant a.

#### 8.4. Variant d

Hetzelfde als variant c, maar in de ad hoc arbitrageovereenkomst is al een arbiter aangewezen.

Dit lijkt het extra moeilijk te maken voor C. Niet alleen heeft hij arbitragedwang, althans indien hij invloed wil hebben op de uitkomst van die arbitrage (zie hiervoor bij variant c); daarnaast zou hij zich ook nog eens moeten neerleggen bij de buiten hem om gemaakte keuze van arbiters. Zou C bij de voorzieningenrechter gedaan kunnen krijgen dat de door A en B

35 HR 27 januari 1961, *LJN* AG2059, HR 8 maart 1994, *LJN* AC0279, en in 'Boek 2' zaken HR 11 september 1996, *LJN* ZC2131 en HR 8 mei 1998, *LJN* ZC2648.

in hun ad hoc overeenkomst benoemde arbiters niet worden benoemd maar dat in plaats daarvan andere arbiters worden benoemd, waarop C invloed heeft? Indien de voorzieningenrechter bevoegd zou zijn om zolang als er nog geen scheidsgerecht is, een verzoek tot voeging of tussenkost door de voorzieningenrechter te beslechten, lijkt mij goed verdedigbaar dat de mogelijkheid voor C om daarvan gebruik te maken niet door A en B kan worden gefrustreerd, door meteen ook bij hun ad hoc arbitrage afspraak arbiters aan te wijzen. Heb ik hierin gelijk, dan zou dat zou betekenen dat die contractuele aanwijzing nietig is. Zou een rechter – nog wel in kort geding – zo ver durven gaan? Formeel kan zo'n vordering in kort geding misschien nog wel zodanig worden ingekleed dat het formele punt, dat de voorzieningenrechter geen nietigheid kan vaststellen, wordt omzeild. Misschien zou men kunnen vorderen dat het A en B wordt verboden de aangewezen arbiter te benaderen of de arbitrage bij de aangewezen arbiter voort te zetten. Maar ingewikkeld en dus kostbaar wordt het allemaal wel, met als gevolg dat C zich misschien, en dan min of meer noodgedwongen, neerlegt bij de reeds aangewezen arbiter.

#### 8.5. *Variant e*

De in variant d aangewezen arbiter heeft zijn benoeming al aanvaard.

In dit geval is er al een scheidsgerecht. Dat zou, bij de geschillenregeling, goed mogelijk zijn. De aanvaarding door arbiters van hun opdracht kan immers binnen de twee weken periode van art. 997a lid 2 Rv hebben plaatsgevonden. Er is dus een 'scheidsgerecht' dat een uitspraak kan doen op het verzoek van C tot voeging en tussenkost, als genoemd in art. 1045 Rv. Zou een vordering van C tot (i) ontslag van de reeds benoemde arbiters en (ii) benoeming van arbiters, waarop C invloed heeft, kans van slagen hebben? De drempel zou hier ten principale niet hoger moeten liggen dan wanneer de arbiters wel al contractueel zijn aangewezen maar nog niet zijn benoemd (variant d): de enkele aanvaarding immers door deze arbiters van hun opdracht zou daarvoor immers geen verschil mogen maken. Maar of dat in de praktijk ook zo zou uitpakken?

### 9. **Arbitragedwang bij het aanbiedingsstelsel**

Bij het voorgaande is steeds uitgegaan van een goedkeuringsstelsel als blokkeringsregeling zodat bij toewijzing van de (uitstotings)vordering B zijn aandelen moet overdragen aan A en niet aan C, tenzij C zich aan de zijde van A zou hebben gevoegd. Indien echter een aanbiedingsstelsel van toepassing is, zal dat zo veel mogelijk moeten worden nageleefd en zal B zijn aandelen zowel aan A als aan C moeten aanbieden, conform de statutaire regeling. Aangenomen mag worden dat in de arbitrage tussen A en B arbiters ook een prijs voor die aandelen hebben vastgesteld. Bindt die prijs ook C?

Indien tussen A, B en C een arbitrageovereenkomst van kracht was lijkt mij dat geen vraag: C was partij bij het arbitraal beding en heeft bewust afgezien van deelname aan die arbitrage, die – zoals hij kon weten – ook de prijsvaststelling zou betreffen. Aldus ook Van den Ingh.<sup>36</sup>

Bij een ad hoc arbitrageafspraken (varianten c, d en e) ligt dit echter wezenlijk anders. Van den Ingh vindt het ‘hoogst twijfelachtig’ of die prijsvaststelling door arbiters C wel bindt. Ik deel die twijfel. Zou C aan die arbitrale prijsvaststelling gebonden zijn dan zou dat tot gevolg hebben dat C, indien hij ervoor kiest de aandelen van B over te nemen, die aldus vastgestelde prijs moet betalen. Dat is niet (slechts) een *feitelijk* gevolg van die uitspraak, maar een *rechtsgevolg*. Ik verwijs naar het debat, gevoerd naar aanleiding van Groenselect, waarin door een aantal schrijvers is gewezen op het onderscheid tussen besluiten met interne en besluiten met externe werking. Daarin is door hen, volgens mij terecht, betoogd dat de geldigheid van besluiten met slechts *interne* werking arbitabel is, maar van die met *externe* werking niet, tenzij – heb ik daar aan toegevoegd – de derde jegens wie dat besluit werkt partij was bij de arbitrageovereenkomst en ook deugdelijk was opgeroepen om aan de arbitrage deel te nemen (vergelijk art. 997a Rv). Indien in dit geval de arbitrale prijsvaststelling ook C zou binden, dan zou die uitspraak ‘externe’ werking hebben – dat wil zeggen niet slechts *inter partes* (A en B) werken – en het lijkt mij dat C dan met een beroep op art. 17 Grondwet kan betogen dat hij daaraan niet gebonden is, en dat de door hem te betalen prijs voor de aandelen van B door de overheidsrechter moet worden vastgesteld.<sup>37</sup> Ik wijs erop dat de Hoge Raad in Groenselect met zijn non-arbitrabiliteitsoordeel zelfs nog ‘zuiniger’ is geweest dan bedoelde schrijvers die een onderscheid maakten tussen interne en externe werking: ook de geldigheid van besluiten met slechts *interne* werking zijn volgens de Hoge Raad niet arbitabel.

Zou het feit, dat de wetgever in art. 337 lid 2 Wv Flex-BV de mogelijkheid heeft geopend de geschillenregeling ook aan arbiters voor te leggen, dit beroep op art. 17 Grondwet blokkeren? Ik betwijfel dat sterk. De wetgever zou dan bedoeld moeten hebben met deze algemene bepaling – dat de geschillenregeling ook in arbitrage kan worden gevoerd – het *inter partes* karakter van de arbitrale prijsvaststelling in dit bijzondere geval te doorbreken, en daaraan ‘derdenwerking’ toe te kennen. Het gaat immers om een bijzonder geval, want dit pro-

36 *De Naamloze Vennootschap* 1995 p. 147, sub 7.

37 Ch.E. Honée, *De Naamloze Vennootschap* 1995 p. 148, in zijn Naschrift bij Van den Ingh, wijst er – als ik hem goed begrijp – op dat C voldoende wordt beschermd door het feit dat volgens art. 339 lid 1 deskundigen worden benoemd ‘ter bepaling van de prijs voor de aandelen’, zodat het feit dat niet de overheidsrechter maar arbiters de prijs vaststellen voor C niet van belang is. Mij lijkt dat Honée hiermee eraan voorbij gaat 1. dat indien C bij de arbitrage tussen A en B betrokken was hij invloed kan uitoefenen op de keuze van de deskundigen, krachtens art. 194 Rv (zie ook hiervoor sub 8.1), en 2. dat de rechter – en dus ook de arbiter – niet gebonden is aan het ‘bericht’ van de deskundigen.

bleem doet zich alleen voor bij de niet veel voorkomende ad hoc arbitrage afspraak; niet bij de veel vaker voorkomende arbitrageovereenkomst die (meestal in een eerder stadium) tussen alle aandeelhouders (A, B en C) is gesloten. Het *inter partes* principe heeft een fundamenteel karakter. Indien de wetgever de bedoeling heeft daarop een doorbraak toe te staan, dan zal hij daarover ook duidelijk (moeten) zijn, zoals dat het geval is bij art. 16 lid 1. Die duidelijkheid wordt onvoldoende verschaft door de enkele, algemene, bepaling dat de geschillenregeling ook in arbitrage kan worden gevoerd.

Kortom, mij lijkt dat C niet aan de arbitrale prijsvaststelling is gebonden, ook niet indien het Wv Flex-BV wet is geworden, en dat C dus die vaststelling door de overheidsrechter mag laten plaatsvinden. Dit kan een belangrijke belemmering vormen voor de geschillenregeling in ad hoc arbitrage bij een vennootschap met de aanbiedingsregeling. Op zichzelf vind ik dat niet betreurenswaardig, want C wordt door zo'n ad hoc arbitrage toch al overvallen, en mag misschien niet eens invloed uitoefenen op de keuze van de arbiters.

#### **10. Art. 997a lid 2 Rv**

Over art. 997a lid 2 Rv merk ik nog het volgende op. Dat artikel zegt over de kennisgevingsplicht aan de niet gedagvaarde aandeelhouders niet meer dan dat de vennootschap die niet gedagvaarde aandeelhouders schriftelijk in kennis moet stellen van de inhoud van de dagvaarding. De sanctie op niet nakoming door de vennootschap van die kennisgevingsplicht is mij niet bekend en bij mijn weten is daarover ook geen rechtspraak (niet zo verwonderlijk nu het aantal praktijkgevallen waarin geschillenregeling is toegepast tot nu toe zeer beperkt is gebleven; misschien zijn steeds alle medeaandeelhouders mee gedagvaard). Hoe dit ook zij, ik zou als arbiter geneigd zijn A in zijn uitstotingsvordering tegen B niet ontvankelijk te verklaren, indien ik niet de overtuiging had gekregen dat C van de arbitrage op de hoogte was gesteld. Hetzelfde geldt uiteraard in het geval dat bijvoorbeeld B de uittredingsvordering alleen tegen A en niet ook tegen C instelt. Bij een onzorgvuldige behandeling van deze formele problematiek zal het uiteindelijke arbitrale vonnis zijn blootgesteld aan een vordering tot vernietiging daarvan, op de vernietigingsgronden van art. 1065 lid 1 (a) en (e) Rv, terwijl het de vraag is of verlot tot tenuitvoerlegging van zo'n vonnis zal worden verkregen (art. 1063 lid 1 Rv).

#### **11. Duitsland**

In dit verband kom ik op de wijze waarop in Duitsland dit soort kwesties is geregeld. In Duitsland was, net als in Nederland, de vraag aan de orde of arbiters bevoegd waren te oordelen over de geldigheid van vennootschapsrechtelijke besluiten, de Groenselect-problematiek dus. Net als in Nederland werkt in Duitsland in een dergelijk geschil een vonnis ook tegen partijen die niet bij de

procedure betrokken waren – dus in afwijking van het *inter partes* principe – mits de vennootschap wel partij bij die procedure is geweest (vergelijk art. 16 lid 1). In 2009 oordeelde het Bundesgerichtshof ('BGH') – de Duitse Hoge Raad – dat arbiters bevoegd zijn een dergelijk geschil te beslechten mits aan een aantal voorwaarden is voldaan (aanwezigheid van een arbitraal beding, gelegenheid tot deelname aan de arbitrage en dergelijke). Het voldoen aan die voorwaarden is in de praktijk nog niet zo eenvoudig. Het Duitse Arbitrage Instituut DIS heeft dan ook naar aanleiding van die uitspraak zijn arbitrage reglement daaraan aangepast. Weliswaar gaat het bij de geschillenregeling niet over de geldigheid van besluiten, maar de parallel zit in de kwestie van de betrokkenheid van derden die geraakt worden door de arbitrale uitspraak. Juist met het oog daarop heeft het BGH ook die voorwaarden gesteld.

Aan het slot van dit onderdeel van het Preadvies is – met dank aan Dr. Christian Borris van het advocatenkantoor Freshfields Bruckhaus Deringer – de aanpassing van het DIS Arbitrage Reglement opgenomen. Voor een uitgebreidere beschouwing hierover verwijs ik naar de binnenkort te verschijnen bundel 'Onderneming & ADR'.<sup>38</sup> Hier beperk ik mij tot verwijzing naar art. 3 van dit aangepaste Reglement, bepalende dat het DIS-secretariaat de niet als verweerder in de 'statement of claim' genoemde aandeelhouders daarvan op de hoogte zal stellen. Art. 997a Rv legt deze kennisgevingsplicht bij de vennootschap. Voorts verwijs ik naar art. 7 en 8, want daaruit volgt dat de zich voegende of tussenkomende derden wel degelijk betrokken zijn bij de samenstelling van het scheidsgerecht. Dat belang is kennelijk – en terecht – door het DIS onderkend.

## 12. Positie van de vennootschap

Over de positie van de vennootschap bij de geschillenregeling – naar huidig en komend recht – kan het nodige worden gezegd, maar ik beperk mij hier tot de arbitrageaspecten daarvan. In de huidige geschillenregeling is het in de literatuur omstreden of de vennootschap partij kan zijn bij de uitstotings- of uittredingsprocedure. Ik verwijs naar Bulten.<sup>39</sup> Ik ga ervan uit – zoals een aantal auteurs en ook Bulten doen – dat de vennootschap de mogelijkheid behoort te hebben in een geschillenregelingprocedure voor haar eigen belang op te komen – dus zich te voegen of tussen te komen – in elk geval in de

38 Deze bundel wordt uitgegeven door het Onderzoekscentrum voor Onderneming & Recht te Nijmegen, en bevat onder meer rechtsvergelijkende beschouwingen over de arbitrabiliteit van vennootschapsrechtelijke geschillen uit Duitsland, België, Frankrijk, Engeland en Zweden. ADR staat voor Alternative Dispute Resolution. Ik verwijs dan in het bijzonder naar de bijdrage waarin van Dr. Christian Borris en naar mijn bijdrage onder 'Duitsland' en onder '7. Art. 2:16 lid 1 BW – Is Duitsland een voorbeeld?', met name de laatste drie alinea's van dat Hoofdstuk 7.

39 T.a.p. p. 123 e.v.

*uitstotingsprocedure*. Het Wv Flex-BV verandert de positie van de vennootschap in de *uittredingsprocedure* van art. 343, want de uittredingsvordering kan ook jegens haar worden ingesteld. Niet alleen haar eigen gedragingen, maar ook gedragingen van aandeelhouders kunnen tot overdracht van de aandelen aan de vennootschap aanleiding geven, op grond van art. 343 lid 3 tweede zin Wv Flex-BV. Ook kan de vennootschap als volwaardige procespartij worden opgeroepen in vrijwaring, krachtens art. 343 lid 3 Wv Flex-BV. Ze mag zich voegen of tussenkomen.

In dit verband rijst de vraag of arbiters jurisdictie hebben indien de vennootschap geen partij is bij de arbitrageovereenkomst, waarbij de procederende aandeelhouders wel partij zijn. Dit is uiteraard denkbaar bij een overeenkomst tot ad hoc arbitrage, maar die zal in de praktijk minder vaak voorkomen dan het arbitraal beding in de aandeelhoudersovereenkomst. Zo'n beding is zeker niet ongebruikelijk maar in lang niet alle gevallen is de vennootschap partij bij de aandeelhoudersovereenkomst, en dus evenmin bij de daarin opgenomen arbitrageovereenkomst.

Is de vennootschap daarbij geen partij en wil een uittredende aandeelhouder de vennootschap (mede) als gedaagde/verweerster in de arbitrage betrekken, dan hebben arbiters geen jurisdictie jegens de vennootschap, maar wel jegens de medeaandeelhouders van de mogelijke uittreder.

Wil de vennootschap zich in de arbitrage tussen de arbitrerende aandeelhouders mengen dan geldt voor haar hetzelfde als voor aandeelhouder C in de varianten sub c, d en e: arbitrage dwang dus voor de vennootschap.

Is de vennootschap wel partij bij de aandeelhoudersovereenkomst met het arbitraal beding dan speelt dit alles uiteraard niet. Evenmin is dat het geval indien het arbitraal beding in de statuten van de vennootschap is opgenomen.

### **13. Vrijwaring**

Naar huidig recht kan, krachtens art. 343 lid 2, de gedaagde aandeelhouder in de uittredingsprocedure een andere aandeelhouder in het geding oproepen – in vrijwaring – indien hij meent dat die uittredingsvordering ook of uitsluitend tegen die andere aandeelhouder had behoren te worden ingesteld. Volgens art. 343 lid 3 – lid 2 wordt lid 3 – Wv Flex-BV gaat datzelfde ook gelden voor de vennootschap, die dus ook – op dezelfde gronden – in vrijwaring kan worden opgeroepen. In mijn commentaar beperk ik mij wederom tot het arbitrageperspectief.

Art. 1045 lid 2 Rv regelt de oproeping van de derde in vrijwaring in arbitrage. Die oproep wordt verzonden aan het scheidsgerecht en aan de wederpartij. Zoals ook bij de voeging en tussenkomst kan de vrijwaring slechts worden toegelaten indien de derde – de in vrijwaring opgeroepene – tot de arbitrageovereenkomst toetreedt. Ook hier arbitrage dwang voor de vennootschap die geen partij was bij de arbitrageovereenkomst; dezelfde onbevredigende situatie dus als bij de voeging of tussenkomst van C in de varianten c, d en e. Tevens is

de vennootschap dan misschien gebonden aan het reeds tot stand gekomen scheidsgerecht; dat zou evenzeer onbevredigend zijn (zie mijn opmerkingen sub 8.1 betreffende variant a).

In het algemeen – ik spreek nu even buiten de specifieke arbitrage bij de geschillenregeling – vind ik dit bij vrijwaring ook om een andere reden ongelukkig. De in vrijwaring opgeroepen derde (C), die geen partij was bij de arbitrageovereenkomst tussen eiser A en verweerder B, zal nog wel eens de neiging kunnen hebben om een oproep tot vrijwaring door B, om betrokken te raken in de arbitrage tussen A en B, of althans in een arbitrage tegen B betrokken te raken die parallel loopt aan de arbitrage tussen A en B (met hetzelfde scheidsgerecht), naast zich neer te leggen. Dit hangt natuurlijk van de omstandigheden van het geval af. Maar gesteld dat de gronden voor de vrijwaring sterk zijn en C dus serieus rekening moet houden met de mogelijkheid dat hij wel eens (mede)aansprakelijk zal kunnen zijn voor de schade waarvoor B door A wordt aangesproken; dan zal C misschien eerder geneigd zijn om inderdaad maar tegen B te gaan arbitreren, mits hij ook betrokken kan worden bij de benoeming van arbiters. Het is – wederom – de vraag of dit volgens art. 1045 Rv mogelijk is.

#### 14. Prijsvaststelling en deskundigen

Ik werp de vraag op of indien de geschillenregeling in arbitrage plaatsvindt, de benoeming van de deskundigen als geregeld in art. 339 achterwege kan blijven. Daardoor zou een versnelling van de procedure worden bereikt. In de huidige regeling heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er slechts afgezien kan worden van deskundigenbenoeming *‘indien de blokkeringsregeling een zodanige maatstaf voor de bepaling van de waarde van de aandelen kent, dat aan de hand daarvan de prijs door de rechter zonder meer kan worden vastgesteld’*.<sup>40</sup> AG Timmerman, in zijn conclusie voor dat arrest, achtte evenmin benoeming van deskundigen in alle gevallen vereist, waarbij hij overigens een iets andere formulering hanteerde dan de Hoge Raad in zijn arrest. Timmerman relativeerde in die conclusie ook het belang van de deskundigen vergeleken met het belang van onderzoekers in de enquêteprocedure nu *‘het verplichte deskundigenbericht in mindere mate een spilfunctie heeft dan het verplichte onderzoek’*. Zoals gezegd is de rechter overigens niet gebonden aan de waardering van de deskundigen hoewel hij die uiteraard wel veelal zal volgen.<sup>41</sup> Hoe dit zij, in het Wv Flex-BV is bepaald dat onder bepaalde voorwaarden de benoeming van deskundigen achterwege kan blijven. Art. 339 lid 3 Wv Flex-BV luidt als volgt:

<sup>40</sup> HR 21 januari 2005, NJ 2005/57, JOR 2005/57 (Hoffmann) r.o. 3.3.2.

<sup>41</sup> Zie conclusie A-G Timmerman sub 2.3-2.13 voor HR 21 januari 2005, NJ 2005/57; JOR 2005/57 (Hoffmann).

‘3. De rechter kan in afwijking van lid 1 de benoeming van deskundigen achterwege laten, indien tussen partijen overeenstemming bestaat over de waardering van de aandelen, alsmede indien de statuten of een overeenkomst in de zin van art. 337 lid 1 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.’

Men herkent de hand van de Hoge Raad.

De overheidsrechter krijgt dus wettelijk een grotere vrijheid af te zien van deskundigenbenoeming. Ik vraag mij wel af of de tweede van de in dit lid 3 genoemde voorwaarden gemakkelijk gerealiseerd blijkt te kunnen worden (bij de eerste, partijovereenstemming, is dat uiteraard geen vraag). Immers, het moet wel een heel ‘duidelijke maatstaf’ zijn, wil op grond daarvan de rechter in staat zijn de prijs ‘zonder meer’ te bepalen.<sup>42</sup> Maar uitgesloten is dit zeker niet.

Arbiters zijn ook gebonden aan dit lid 3 van art. 339. Is dus niet aan één van deze voorwaarden voldaan, dan ontkomen arbiters niet aan deskundigenbenoeming. Dit kan onnodig zijn, namelijk indien die deskundigheid in het scheidsgerecht zelf is vertegenwoordigd. Hier komt het voordeel van arbitrage boven de overheidsrechter naar voren, dat partijen de samenstelling van het scheidsgerecht vergaand kunnen beïnvloeden. Neem bijvoorbeeld een scheidsgerecht met één accountant die daarin speciaal is benoemd voor de waardering. Zelfs twee accountants met één jurist is goed denkbaar in een geval dat de inhoudelijke vraag of uitstoting dan wel uittreding gerechtvaardigd is niet moeilijk lijkt, gelet op de evidentie van het geval. Partijen zouden dan kunnen opteren voor één jurist en twee accountants, te meer indien de waardering juist wel een ingewikkelde puzzel lijkt te zijn.

Deze ‘in beginsel’ gebondenheid van arbiters aan de deskundigenbenoeming kan denk ik eenvoudig worden opgelost door in de arbitrageovereenkomst op te nemen dat arbiters niet verplicht zijn conform art. 339 deskundigen te benoemen. Uiteraard is het Wv Flex-BV dwingend recht (art. 25). Maar de arbitrageovereenkomst kan dan gezien worden als een ‘eigen regeling’ als bedoeld in art. 337 lid 1. Indien zo’n eigen regeling is overeengekomen prevaleert die boven de wettelijke geschillenregeling. Dit is alleen anders indien die eigen regeling ‘*de overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt*’ (slotwoorden van art. 337 lid 1 Wv Flex-BV). Indien echter in de arbitrageovereenkomst verder geen (wezenlijke) afwijkingen van de wettelijke geschillenregeling zijn opgenomen kan daarvan toch onmogelijk

---

42 Van den Ingh, *De Naamloze Vennootschap*, 1995 p. 147, sub 7, merkt op dat toepassing van in statuten opgenomen waarderingsmaatstaven ‘geen zuivere rekenkundige aangelegenheid is’.



worden gezegd dat die de overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt.

### 15. De geschillenregeling en de vordering tot schadevergoeding

Het is denkbaar dat de gedragingen van één of meer medeaandeelhouders van de uittreedende aandeelhouder, of van de uitgestoten aandeelhouder, naast een grond voor uittreding respectievelijk uitstoting ook onrechtmatig handelen oplevert jegens de uittreedende aandeelhouder (bij de uittreding) respectievelijk jegens de vennootschap (bij de uitstoting).

Bij de uitgestoten aandeelhouder zal een dergelijke vordering in het algemeen moeten worden ingesteld door de vennootschap. Een vordering van (voormalige) medeaandeelhouders van de uitgestotene zou een afgeleide actie zijn en dus afstuiten op de Poot/ABP-doctrine.<sup>43</sup> Bedacht moet daarbij worden dat de prijs die de uitgestotene ontvangt ook al lager zal zijn vanwege zijn gewraakte gedragingen, die schade aan de vennootschap zullen hebben veroorzaakt. Indien hij daarnaast met succes voor die schade aansprakelijk is gesteld wordt hij dus dubbel aangeslagen. Niettemin is zo'n vordering van de vennootschap zeker denkbaar.

De omvang van dit soort schadevergoedingsvorderingen zal mede afhangen van de vraag welke peildatum voor de waardering van de aandelen wordt gehanteerd. Daarover is in de rechtspraak en literatuur het nodige te doen geweest. In de huidige regeling is die peildatum niet flexibel. Bulten gaat hierop uitvoerig in en stelt vast dat de wetgever twee – weliswaar dicht bij elkaar gelegen – peildata lijkt te hanteren:

1. voor de uitstoting is de peildatum de dag waarop het vonnis in de eerste fase onherroepelijk is geworden;
2. voor de uittreding is de peildatum de dag waarop de deskundigen hun waarderingswerkzaamheden beginnen.<sup>44</sup>

Ook de rechtspraak gaat van deze peildata uit.<sup>45</sup> Wel kunnen omstandigheden die zich na die peildatum en vóór het eindvonnis hebben voorgedaan aanleiding zijn die waardering aan te passen, hetgeen ook volgt uit art. 340 lid 3. Uiteraard wordt dit alles ingewikkelder indien van het vonnis in hoger beroep wordt gegaan. Daardoor moet er een nieuwe peildatum komen en dus een nieuwe waardering, één van de redenen overigens waarom volgens velen één feitelijke instantie de voorkeur verdient.

43 HR 2 december 1994, *NJ* 1995/288 (*Poot/ABP*); voor verdere rechtspraak hierover verwijst ik naar noot 166 op p. 328 van Bulten (2011).

44 Bulten (2011), V 3.5, in het bijzonder p. 204/205.

45 Zie Ondernemingskamer 20 november 1997, *NJ* 1998/392, *JOR* 1998/26 (*Hooymans*) r.o. 5.6.

Door Bulten is tevergeefs bepleit dat in het Wv Flex-BV een flexibele peildatum zou worden opgenomen. Daardoor zou de rechter zelf het moment kunnen bepalen waartegen gewaardeerd wordt. Ik denk bij deze kwestie vooral aan de uittreding want de uitgestotene heeft, in de woorden van Kroeze, ‘minder recht van spreken’.<sup>46</sup> De uittreder kan bijvoorbeeld belang hebben bij een zo vroeg mogelijke peildatum, zoals in het geval dat zijn medeaandeelhouder door zijn handelingen de vennootschap voortdurend schade blijft berokkenen; dan zal de waarde van de gezamenlijk gehouden onderneming alleen maar lager worden naarmate de tijd voortschrijdt. De uittreder zal dan dus behoefte hebben aan een zo vroeg mogelijke peildatum zodat de schade nog niet te sterk is opgelopen. Tussen het gewraakte optreden en de wettelijke peildatum – de dag waarop de deskundigen met hun waarderingswerkzaamheden beginnen – kan echter zeer geruime tijd liggen, namelijk de tijd die nodig was voor de procedure in de eerste fase. Daarna kan er nog hoger beroep komen. Die peildatum wordt dus steeds maar verder naar voren geschoven, met steeds toenemende schade, maar een eerdere peildatum wordt nu eenmaal door het Wv Flex-BV niet toegelaten. Daardoor krijgt de uittreder meer belang bij de vordering tot schadevergoeding. De wetgever geeft overigens wel voor een geval als dit aan de uittredende aandeelhouder ook het recht op een ‘billijke verhoging’: art. 343 lid 4 Wv Flex-BV.

Hoe dan ook, partijen kunnen in hun arbitrageovereenkomst zo’n flexibele peildatum – waarbij de datum wordt bepaald door arbiters – overeenkomen. Dat is weer een ‘eigen regeling’, zoals ook de overeenkomst dat de deskundigen van art. 339 achterwege blijven, dat is. Daarnaast kan uiteraard in de arbitrageovereenkomst worden geregeld dat arbiters ook bevoegd zijn te oordelen over een eventueel in te stellen schadevergoedingsactie, al zal de noodzaak daartoe zich bij een flexibele peildatum minder snel voordoen. Overigens is ook in het Wv Flex-BV geregeld dat de rechter die bevoegd is in de geschillenregeling dat ook is betreffende zo’n schadevergoedingsactie (art. 336 lid 5).<sup>47</sup>

## 16. Art. 343c Wv Flex-BV

Volledigheidshalve nu nog een enkel woord over het nieuwe art. 343c. Dat opent de mogelijkheid om, indien partijen het over de uitstoting of uittreding als zodanig eens zijn, de rechter te verzoeken de prijs te bepalen. Art. 339 is daarbij – uiteraard – van toepassing. Lid 3 van art. 343c Wv Flex-BV bepaalt dat de procedure als een verzoekschriftprocedure wordt gevoerd. Volledigheidshalve

---

46 Kroeze, *Afgeleide schade en afgeleide actie*, (diss.), Serie vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 45, Deventer 2004, p. 86.

47 H.J. de Kluiver (2010), voetnoot 14 op p. 19, betwijfelt of die samenvoeging wel zo’n goed idee is.

stel ik vast dat deze procedure zonder specifieke arbitrale complicaties ook ten overstaan van arbiters kan worden gevoerd.

## 17. Conclusies

Ik kom tot de volgende conclusies:

1. De geschillenregeling in arbitrage kan de procedure sneller laten verlopen dan indien deze conform het Wv Flex-BV bij de ‘gewone’ overheidsrechter wordt gevoerd. Bij ‘prorogatie’ bij de OK zal dit verschil veel kleiner kunnen zijn, maar de drempel voor cassatie van de OK uitspraak is lager dan de drempel voor vernietiging van een arbitrale uitspraak.
2. Indien de arbitrageovereenkomst in de vorm van een eigen regeling als bedoeld in art. 337 lid 1 Wv Flex-BV wordt gegoten kunnen daar andere voordelen aan worden toegevoegd zoals de mogelijkheden om de benoeming van deskundigen achterwege te laten en een flexibele peildatum overeen te komen. Anders dan de overheidsrechter zijn arbiters in beginsel verplicht conform die eigen regeling te handelen. Om deze reden zal ook bij prorogatie niettemin de arbitrage sneller kunnen verlopen.
3. Wel leidt arbitrage tot benoemingsperikelen, namelijk in het geval dat er wel al een arbitrageovereenkomst bestond, daarin nog geen arbiters waren benoemd, en de eiser niet alle aandeelhouders in de arbitrage betreft. Geeft art. 1045 Rv een *exclusieve* bevoegdheid aan het scheidsgerecht om te oordelen over voeging of tussenkomst?
4. Voorts leidt arbitrage tot arbitradegwang, namelijk in het geval dat door de eiser en de aandeelhouder die zijn tegenstander is een ad hoc arbitrageafspraken wordt gemaakt, terwijl de eiser de andere aandeelhouders niet in de arbitrage betreft: willen die andere aandeelhouders betrokken worden bij de procedure over de vordering – tot uitstoting of uittreding – dan zullen zij krachtens art. 1045 lid 3 Rv tot de ad hoc arbitrageovereenkomst moeten toetreden.
5. Indien in de ad hoc arbitrage ook een prijs wordt vastgesteld is de derde die geen partij was (of ex art. 1045 lid 3 Rv is geworden) bij de ad hoc arbitrageovereenkomst vanwege art. 17 Grondwet niet gebonden aan die arbitrale prijsvaststelling: hij kan een prijsvaststelling door de overheidsrechter afdwingen. Dit is van belang bij een vennootschap waar de blokkeringsregeling een aanbiedingsregeling is.
6. Vanwege conclusie 3 bepleit ik nadere bestudering van de Duitse situatie. Het arbitragebeding waarin partijen overeenkomen om de geschillenregeling in arbitrage toe te passen zou vergelijkbare bepalingen moeten kennen als in het Duitse DIS-reglement, teneinde een gelijk speelveld voor alle (mogelijke) betrokkenen bij de arbitrage te bewerkstelligen. Zo’n bestudering is te meer gewenst nu de vennootschap volgens het Wv Flex-BV formeel bij de geschillenregeling – de uittredingsprocedure – betrokken kan worden. Misschien zou

H.M. DE MOL VAN OTTERLOO

het NAI zich kunnen beraden of het voorbeeld van DIS – een aanpassing van het reglement, speciaal voor dit soort formele kwesties – navolging verdient, en zo ja, zijn reglement ook aanpassen. Gelet op de voordelen die behandeling van de geschillenregeling in arbitrage kan bieden boven die bij de overheidsrechter, zou het NAI daarin een faciliterende rol kunnen vervullen.

**ANNEX:**

**Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS)**

**(German Institution for Arbitration)**

ANNEX TO THE DIS ARBITRATION RULES 1998

**Supplementary Rules for Corporate Law Disputes (SRCoLD)**

in force as from

September 15, 2009

### **Section 1 – Scope of application**

1.1 The Supplementary Rules for Corporate Law Disputes (DIS-SRCoLD) set forth herein shall apply if the parties referred to them in their arbitration agreement within or outside the articles of incorporation or have otherwise agreed on their application.

1.2 Unless otherwise agreed by the parties, the DIS-SRCoLD in effect on the date of the commencement of the arbitral proceeding apply to the dispute.

### **Section 2 – Inclusion of Concerned Others<sup>48</sup>**

2.1 Disputes requiring a single decision binding all shareholders and the corporation and in which a party intends to extend the effects of an arbitral award to all shareholders and the corporation without having been introduced as a party to the arbitral proceeding (Concerned Others), the Concerned Others shall be granted the opportunity to join the arbitral proceeding pursuant to the DIS-SRCoLD as a party or compulsory intervenor in the sense of section 69 German Code of Civil Procedure (Intervenor). This applies mutatis mutandis to disputes that require a single decision binding specific shareholders or the corporation.

---

<sup>48</sup> Comment: In disputes requiring a single decision binding all shareholders, in particular those regarding the validity, voidability or invalidity of shareholder resolutions as well resolutions by the advisory board, supervisory board (Aufsichtsrat) or other boards, if the articles of incorporation provide for them or they have been established (shareholder resolution disputes), it is mandatory not only to introduce the corporation as a party but all shareholders as Concerned Others to the arbitral proceeding. In case the introduction of any Concerned Other is omitted, current jurisprudence does not recognize the ‘arbitrability’ of such disputes.

2.2 In its statement of claim, Claimant shall identify the respondent and any shareholders or the corporation itself to which the effects of the arbitral award shall extend, by providing an address of service and requesting the DIS-Secretariat to deliver the statement of claim also to the Concerned Others. In addition to section 4 DIS-Arbitration Rules sufficient copies of the statement of claim shall be filed with the DIS-Secretariat in order to allow for delivery to all identified Concerned Others.

2.3 Concerned Others, being identified after the expiry of the time limit provided in these DIS-SRCoLD for identifying Concerned Others, may join the arbitral proceeding pursuant to section 4.3.

### **Section 3 – Delivery of the statement of claim and invitation to join the proceedings**

3.1 The DIS-Secretariat delivers the statement of claim to the respondent and the identified Concerned Others and requests the Concerned Others to declare vis-à-vis the DIS-Secretariat within 30 days after receipt of the statement of claim in writing whether they join the arbitral proceeding on claimant's or respondent's side as party or as intervenor. The DIS-Secretariat will inform the parties and all, pursuant to section 2.2 or 9.3, identified Concerned Others of any effected joinder.

3.2 Within 30 days after receipt of the statement of claim the respondent may identify additional Concerned Others, by providing an address of service and requesting the DIS-Secretariat to deliver the statement of claim also to those identified Concerned Others; with its request the respondent shall provide a sufficient number of copies of the statement of claim. Section 3.1 applies to additional identified Concerned Others.

### **Section 4 – Joinder**

4.1 If identified Concerned Others join the arbitral proceeding within the time limit pursuant to section 3 or pursuant to section 9.3 as a party, they become a party to the arbitral proceeding with all rights and duties pertaining thereto at the moment their declaration of joinder is received by the DIS-Secretariat. If they join as an intervenor, they are entitled to the rights of a compulsory intervenor in the sense of section 69 German Code of Civil Procedure. Upon their joinder identified Concerned Others are entitled to identify additional Concerned Others. With regard to these additional identified Concerned Others section 3.2 applies accordingly.

4.2 If an identified Concerned Other does not declare its joinder within the provided time limit, this shall be deemed to be a waiver of participation in

the arbitral proceeding. The right to join the arbitral proceeding pursuant to section 4.3 at a later point in time remains unaffected.

4.3 Identified Concerned Others may join the arbitral proceeding at any point in time, provided that they refrain from raising objections against the composition of the arbitral tribunal and either accept the arbitral proceeding as it stands at the point in time of their joinder, or the arbitral tribunal approves their joinder at its free discretion. Apart from that, section 4.1 sentence 1 and 2 apply accordingly.

### **Section 5 – Continuous information of Concerned Others**

5.1 The arbitral tribunal informs identified Concerned Others, which have not joined the arbitral proceeding, on the progress of the arbitral proceeding by delivering copies of written pleadings of the parties or intervenors as well as decisions and procedural orders by the arbitral tribunal to the Concerned Others at their indicated addresses, unless Concerned Others have expressly waived in writing to receive this information. This applies for other communications of the arbitral tribunal to the parties or intervenors only in so far as it can be reasonably assumed that these are significant for the decision of a Concerned Other on its later joinder to the arbitral proceeding.

5.2 Concerned Others, that have not joined the arbitral proceeding, are not entitled to participate in the oral hearing.

### **Section 6 – Extension or change of the subject-matter, withdrawal of claim**

An extension of claim or a change of the subject-matter (including any possible counterclaims), or in case of a shareholder resolution dispute the extension of the claim to other resolutions, is only admissible with consent of all Concerned Others. The complete or partial withdrawal of claim is admissible without consent of the Concerned Others, unless a Concerned Other objects within 30 days after being informed on the intended withdrawal of claim and the arbitral tribunal acknowledges his legitimate interest in a final decision of the dispute.

### **Section 7 – Sole arbitrator**

7.1 Where the arbitral tribunal is to consist of a sole arbitrator, the parties and intervenors shall nominate the sole arbitrator within 30 days after receipt of the statement of claim by the respondent and all Concerned Others or in case of an admissible joinder of a Concerned Other within 30 days after his joinder.

7.2 If the respondent and the Concerned Others have received the statement of claim at different points in time, the time limit shall be calculated by reference to the time of receipt by the party or Concerned Other who last received the statement of claim. If Concerned Others join the arbitral proceedings at different points in time, the time limit shall be calculated by reference to the last joinder.

7.3 Where the parties and the intervenor do not reach agreement on the person of the sole arbitrator within the time limits pursuant to section 7.1 and 7.2, the DIS Appointing Committee nominates the sole arbitrator upon request of the claimant, respondent or intervenor.

### **Section 8 – Arbitral tribunal with three arbitrators**

8.1 If the arbitral tribunal is to consist of three arbitrators the statement of claim in deviation from section 6.2 (5) DIS Arbitration Rules does not need to contain a nomination of an arbitrator; a nomination made notwithstanding thereof shall be deemed to be a proposal.

8.2 Within 30 days upon receipt of the statement of claim by the respondent and all Concerned Others, or in case of an admissible joinder within 30 days after joining, the parties and intervenors on claimant's respectively respondent's side shall jointly nominate an arbitrator vis-à-vis the DIS-Secretariat. Section 7.2 applies accordingly.

8.3 Where claimant's or respondent's side do not reach an agreement within the time limit of section 8.2, the DIS Appointing Committee nominates two arbitrators upon request of the claimant, respondent or intervenor pursuant to section 13.2 DIS-Arbitration Rules.

### **Section 9 – Combination of jurisdiction in case of parallel proceedings**

9.1 Where multiple arbitral proceedings with a subject-matter have been initiated, requiring a single decision binding the parties and the Concerned Others, sections 9.2 – 9.4 apply.

9.2 The arbitral proceeding that has been initiated first (leading arbitral proceeding) precludes the conduct of an arbitral proceeding initiated at a later point in time (subsequent arbitral proceeding). A subsequent arbitral proceeding is inadmissible.

9.3 The priority of multiple statements of claim is determined by the point in time of their receipt by the DIS-Secretariat. To prove the exact time of



the day at which the statement of claim was received by the DIS-Secretariat, the statement of claim (not necessarily with exhibits) shall always also be transmitted by fax or e-mail. In case of doubt the DIS-Secretariat determines the priority in its free discretion. If the DIS-Secretariat prima facie determines that a case of section 9.1 exists, it should inform the parties and the identified Concerned Others of the initiated arbitral proceedings accordingly.

9.4 If the claimant of the subsequent arbitral proceeding filed its statement of claim within the time limit of section 3.1, in which he may join the leading arbitral proceeding as identified Concerned Other, the filing of the claim shall be deemed to be a joinder in the leading arbitral proceeding as an identified Concerned Other. He will become an additional claimant in the leading arbitral proceeding, unless he objects within the time-limit provided for the joinder in section 3.1. He may participate in the constitution of the arbitral tribunal pursuant to sections 7 or 8 and identify further Concerned Others in the leading arbitral proceeding pursuant to section 4.1. In so far as sections 7 and 8 for the calculation of time limits make reference to the point in time of the joinder of an identified Concerned Other, for the purpose of section 9.4 it shall be deemed that the joinder occurred on the day the time limit for joining the proceeding pursuant to section 3.1 expires. In case claimant of the subsequent arbitral proceeding expressly consents to join the leading arbitral proceeding prior to the expiry of the time limit of section 3.1, the point in time of the declaration of consent is decisive. In case of a timely objection or if the claim was not filed within the time limit of section 3.1, he will be treated as if he has not become party of the leading arbitral proceeding. Irrespective thereof the subsequent arbitral proceeding remains inadmissible. His rights pursuant to section 4.3 remain unaffected

### **Section 10 – Time limits**

The DIS-Secretariat may extend the time limits provided for in the DIS-SRCoLD upon reasoned application of a party, an intervenor or an identified Concerned Other, exercising its best judgment.

### **Section 11 – Extension of effects of the arbitral award**

The effects of an arbitral award extend to those Concerned Others that have been identified as Concerned Others within the provided time limits, regardless of whether they made use of their opportunity to join the arbitral proceeding as party or intervenor. The shareholders identified as Concerned Others within the provided time limits, commit to recognize the effects of an arbitral award rendered in accordance with the DIS-SRCoLD.

**Section 12 – Costs**

12.1 Section 35 DIS Arbitration Rules shall apply for the decision on costs, whereas Concerned Others that have not joined the arbitral proceeding as a party or intervenor are not entitled to reimbursement of costs.

12.2 The costs shall be calculated pursuant No. 11 of the Appendix to section 40.5 DIS Arbitration Rules, whereas an identified Concerned Other shall be treated as a party.

**UITVOERBAARVERKLARING BIJ VOORRAAD  
VERHOUDING MET HET ENQUÊTERECHT**

Huub Willems\*

---

\* Prof. mr. J.H.M. Willems is hoogleraar corporate litigation in de faculteit der rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen, en oud-voorzitter van en raadsheer-plaatsvervanger in de Ondernemingskamer. Nienke Bernard, mijn student-assistent in Groningen, is zeer behulpzaam geweest bij het verzamelen van het materiaal ten behoeve van dit Preadvies.

## A. Vooraf

1. Opmerken dat een procedure strekkende tot overname of overdracht van aandelen op basis van de geschillenregeling lang duurt, is het opentrappen van een wijd openstaande deur. Voor de opmerking dat dit onwenselijk is, geldt hetzelfde. Die onwenselijkheid is er temeer omdat een geschillenprocedure uitgaat van verstoorde verhoudingen tussen aandeelhouders van een vennootschap. En ook al is de gedachte daaraan enigszins op de achtergrond geraakt vanwege de institutionele visie op de vennootschap, een vennootschap is, in ieder geval in besloten verhoudingen en indien zij meer aandeelhouders heeft, een samenwerkingsinstituut. Voor het goed functioneren van een vennootschap en de met haar verbonden onderneming, is samenwerken daarom een voorwaarde. Verstoorde verhoudingen verhinderen dat goed functioneren en zijn daarmee een bron van schade voor betrokkenen. Het ligt opgesloten in de menselijke natuur dat een strijd tussen degenen die eens bondgenoten waren, onderhevig is aan de wet van de met het verstrijken van de tijd onevenredig toenemende schadetoebrenging. Het belang van een snelle beslissing in die strijd is daarmee gegeven.
2. Er zijn vele wegen die naar Rome leiden. In dit deel van het Preadvies worden twee wegen die bespoediging van het uiteengaan van ruziënde aandeelhouders kunnen bewerkstelligen, nader onderzocht. De ene heeft betrekking op de cosmetische chirurgie waaraan de bestaande geschillenregeling kan worden onderworpen, de andere valt te kwalificeren als een buitenlichamelijke bypass.

## B. Uitvoerbaarverklaring bij voorraad

### I. De huidige regeling

1. Het is bekend, de geschillenregeling zoals die thans nog vigeert, heeft het verloop van de Echternacher processie. Of wellicht is het beeld van een rupsenprocessie meer op zijn plaats. En die processie heeft drie afstanden af te leggen: eerst de weg van dagvaarding tot de dag van het oordeel dat overdracht van aandelen geboden is, dan de weg van die laatste dag tot het moment van deponeren van een rapport van deskundigen over de waarde van de over te dragen aandelen, en ten slotte vanaf dat moment totdat de rechter heeft geoordeeld welke prijs<sup>1</sup> aan de over te dragen aandelen moet worden toegekend.

---

<sup>1</sup> Van belang is op te merken dat waarde en prijs niet hetzelfde zijn. Voor een beschouwing daarover zie J.H.M. Willems, *Veranderde tijden, veranderde prijzen: doe een bod!*, bijdrage in 'Toezicht op inzicht', *liber amicorum*, aangeboden aan prof. dr. M.A. van Hoepen RA bij gelegenheid van diens afscheid als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam op 14 januari 2011, Erasmus School of Economics/Erasmus School of Accounting & Assurance, p. 237-248, ook opgenomen in *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 110, p. 265-276, Deventer: Kluwer 2011.

2. Zoals is te lezen in art. 2:341 lid 1 BW, ontstaat de leveringsverplichting van de in art. 2:336 lid 1 BW bedoelde aandeelhouder die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld, eerst binnen twee weken na het onherroepelijk geworden zijn van het in art. 2:340 lid 1 BW bedoelde vonnis, dat wil dus zeggen het vonnis waarbij de rechter aan het einde van de derde weg de prijs bepaalt. Aan de bepaling van de prijs kan de rechter eerst toekomen, nadat de – in beginsel verplicht te benoemen<sup>2</sup> – deskundige(n) hem daarover heeft (hebben) voorgelicht. Die deskundige(n) op zijn (hun) beurt kan (kunnen) eerst aan de slag gaan, nadat het vonnis waarbij is vastgesteld dat de gedaagde aandeelhouder tot overdracht van zijn aandelen is gehouden, nadat dus is geoordeeld dat zijn aandeelhouderschap niet langer meer valt te dulden, onherroepelijk is geworden. De wet vindt het blijkbaar zo belangrijk dat eerst dit laatste onherroepelijk vast komt te staan voordat *'de pecunia tractandum est'*, dat zij dit in twee bepalingen heeft neergelegd, namelijk art. 2:338 lid 2 en 2:339 lid 1 BW.

3. Zowel het vonnis als bedoeld in art. 2:339 lid 1 BW als het vonnis als bedoeld in art. 2:340 lid 1 BW, waarmee ingevolge art. 2:336 lid 3 BW telkens is bedoeld het vonnis van de rechtbank van de woonplaats van de vennootschap, zijn vatbaar voor hoger beroep. Indien dat wordt ingesteld, is de Ondernemingskamer de centrale en enige appelrechter,<sup>3</sup> zo volgt eveneens uit het laatstgenoemde artikel. Geheel volgens het gebruikelijke patroon van het burgerlijk procesrecht zijn de arresten van de Ondernemingskamer vatbaar voor beroep in cassatie, zo volgt uit art. 398 Rv. Alleen het vonnis waarbij de deskundige(n) wordt (worden benoemd), is niet vatbaar voor het aanwenden van een (gewoon) rechtsmiddel, zo luidt de laatste zin van art. 2:339 lid 1 BW. Zowel het instellen van hoger beroep als beroep in cassatie heeft – gelet op hetgeen hiervoor is vermeld inzake onherroepelijkheid: steeds – schorsende werking, zo volgt uit art. 350 Rv<sup>4</sup> onderscheidenlijk art. 404 Rv.

2 Aan de bekende uitzonderingen valt wellicht intussen een nieuwe uitzondering toe te voegen. In OK 28 juni 2011, ARO 2011/103 (*Fin(d)it Interim Management B.V.*) heeft de Ondernemingskamer appellanten een laatste gelegenheid geboden om het voorschot op de kosten van de deskundige te betalen, op straffe van passering van de bezwaren van appellanten tegen de waardering van de aandelen door de rechtbank, behoudens voor zover de Ondernemingskamer de juistheid van die bezwaren en het effect daarvan op de prijs zelf kan vaststellen. Door-gedacht houdt dit arrest in dat zelfstandige prijsvaststelling ook in eerste aanleg geboden is, indien vanwege gebrek aan fondsen aan een deskundigenonderzoek niet wordt toegekomen. Het alternatief om op die grond de vordering af te wijzen lijkt niet aanvaardbaar.

3 Dat wordt nogal eens over het hoofd gezien, met de daarbij behorende toename van de duur van de procedure. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 12 maart 2002, ARO 2002/72 (*Gebr. Hooymans B.V.; Aannemersbedrijf Gebr. Hooymans B.V.*) en Hof Arnhem 22 april 2003, ARO 2003/91 (*Aannemersbedrijf Gebroeders H., W. en H. Sonder B.V.*).

4 De verwijzing naar art. 360 Rv in Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 705, komt voor een misslag te zijn, nu dat artikel betrekking heeft op hoger beroep van beschikkingen.

4. Met het vorenstaande is gegeven dat in het geval alle beschikbare rechtsmiddelen worden aangewend, ten minste zeven (tussentijdse) eindstadia moeten worden bereikt. Daarmee is ook gegeven dat een, het dagvaardingsprocesrecht volgende geschillenprocedure zich reeds bij de aanvang ervan kan opmaken voor de viering van ten minste haar tweede lustrum.

5. Het vorenstaande geldt niet alleen indien de wens om een zich onheus gedragende aandeelhouder uit te stoten de aanleiding is voor de procedure. Ook de zogeheten bekleemde aandeelhouder als bedoeld in art. 2:343 lid 1 BW, die wil uittreden omdat van hem vanwege gedragingen van (een) medeaandeelhouder(s) in redelijkheid niet meer kan worden gevergd dat hij aandeelhouder blijft, wordt met dezelfde stroperige procedure geconfronteerd. Dat volgt uit de verwijzingen in art. 2:343 lid 1 BW in samenhang met de verwijzing naar art. 2:340 lid 1 BW in art. 2:343 lid 3 BW.

6. Min of meer hetzelfde kan worden gezegd indien aandeelhouders op de voet van art. 2:342 lid 1 BW willen overgaan tot het 'uitstoten' van de zich onheus gedragende stemgerechtigde vruchtgebruiker of pandhouder, min of meer omdat prijsbepaling uiteraard geen onderdeel van de desbetreffende procedure uitmaakt en zij slechts overgang van stemrecht beoogt. Ingevolge de verwijzingen in art. 2:342 lid 2 BW in samenhang met het bepaalde in art. 2:342 lid 3 BW geldt ook hier het bestaan van een onherroepelijk vonnis, eventueel eerst verkregen na hoger beroep en cassatie, als voorwaarde voor het overgaan van het stemrecht aan de houder van het betrokken aandeel.

7. Vermeldenswaard, hoezeer betrekkelijk theoretisch nu een geval waarin dat is gevorderd zich nog niet heeft voorgedaan,<sup>5</sup> is de enige mogelijke uitvoerbaarverklaring bij voorraad die is te lezen in art. 2:339 lid 2 BW. Indien de rechter (in eerste of tweede feitelijke aanleg) tot het oordeel komt dat de gedaagde aandeelhouder dient te worden uitgestoten, kan hij des gevorderd bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis die aandeelhouder verbieden het stemrecht uit te oefenen. Deze mogelijkheid is *mutatis mutandis* voorhanden indien de vordering de 'uitstoot' van een vruchtgebruiker of pandhouder betreft, zo volgt uit art. 2:342 lid 2 BW.<sup>6</sup>

---

5 In OK 9 augustus 2011, ARO 2011/135 (*Frelan B.V.*) is voor de eerste keer een verbod tot het uitoefenen van het stemrecht, overigens voor het eerst in hoger beroep, gevorderd. Die vordering is afgewezen omdat de Ondernemingskamer het vonnis van Rb. Utrecht, waarbij de vordering tot overdracht van de aandelen aan eiseres was afgewezen, heeft bekrachtigd, maar uitvoerbaarverklaring bij voorraad van die vordering zou in ieder geval niet mogelijk zijn geweest, omdat appellante dat niet had gevorderd en de rechter in een rolprocedure zijn uitspraak niet ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad mag verklaren (HR 14 mei 2004, *JBPR* 2004/49 m.nt. K. Teuben (*Stal-GAK/UWV*)).

6 Dat van deze mogelijkheid geen gebruik wordt gemaakt vindt waarschijnlijk ook zijn verklaring daarin dat daarmee weliswaar op kortere termijn dan die waarop de overdracht van de aandelen plaatsvindt schadelijk stemgedrag kan worden voorkomen, maar dat dit doel aanmerkelijk sneller kan worden bereikt – gedacht moet worden aan hooguit enkele weken – door schorsing van het stemrecht op de aandelen bij wijze van onmiddellijke voorziening op

## II. De problematiek van de huidige regeling

1. Een wettelijke regeling die is gestructureerd zoals geschetst, is niet zonder bedenkingen.<sup>7</sup> Dat betreft in de eerste plaats uiteraard dat reeds in het algemeen langdurige procedures eerder leed toevoegend en kosten genererend dan vrede stichtend en geld besparend zijn. Maar daar komt bij dat zulks te meer problematisch is indien het conflict zich voordoet in een samenwerkingsverband. Gedurende de gehele loop van de procedure blijven de aandeelhouders, die inmiddels niet meer goed samen door een deur kunnen, in het samenwerkingsverband opgesloten. De geschillenregeling ziet nu eenmaal op besloten verhoudingen, waarin ook zonder het verbod van art. 2:338 lid 1 BW overdracht van aandelen aan een derde geen optie is. Het is alsof echtgenoten wier huwelijk duurzaam is ontworcht, gedwongen worden onder één dak te leven totdat het vonnis houdende de echtscheiding en dat houdende de boedelverdeling onherroepelijk zijn. En dat, terwijl vaak een van de aandeelhouders wel invloed heeft op het reilen en zeilen van de vennootschap en de ander wat dat betreft aan de kant staat. Daargelaten dat zulk een positie tot oneigenlijk gedrag van de eerstgenoemde kan leiden, mede omdat zich bij voortdurende een toestand van tegengesteld belang kan voordoen, is uit te sluiten dat de waarde van de (onderneming van de) vennootschap door het conflict niet in negatieve zin wordt beïnvloed.

2. Mede in verband met de omstandigheid dat naar vaste rechtspraak de prijs van de over te dragen aandelen wordt bepaald per het moment van het onherroepelijk zijn geworden van de leveringsverplichting, althans per een moment dat daar zo dicht mogelijk bij ligt, is de oude wijsheid dat wie om een koe procedeert er een op toegeeft een *understatement*. Veelal zal het immers zo zijn dat de koe als aanvankelijke inzet van de procedure op het moment van verdeling is verschrompeld tot haar geraamte, zonder vlees op de botten dus. De geschillenprocedure die is gevoerd tussen Ramp en Lensen als de aandeelhouders van Holstar B.V.<sup>8</sup> is daar een goed voorbeeld van: begonnen in een vennootschap met een waarde van ongeveer f 10 miljoen, eindigde zij met een te verdelen waarde van ongeveer f 1 miljoen.

3. De andere manier van goed geld naar kwaad geld gooien kan het gevolg zijn van het ook bij ruziënde aandeelhouders onuitroeibare optimisme in de vorm dat zij hun uil menen een valk te zijn. Het valt niet iedereen licht te erkennen dat niet alles een intrinsieke waarde heeft naar zijn uiterlijke schone schijn. En zo kan het gebeuren dat grote sommen gelds zijn gependeed aan de verplichte

---

de voet van art. 2:349a lid 2 BW in het kader van het enquêterecht, welke voorziening met grote frequentie wordt getroffen.

7 H.M. Heijnen (1999), p. 121-141, spreekt dan ook mijns inziens ten onrechte over de geschillenregeling als een 'wetgevingssucces'.

8 OK 16 maart 1995, *JOR* 1995, 54, m.nt. F.J.P. Van den Ingh, en OK 20 november 1997, *NJ* 1998/539, *JOR* 1998, 26, m.nt. F.J.P. van den Ingh.

rechtsbijstand en het verplichte deskundigenbericht voor een goed dat *peanuts* blijkt te zijn. Zo kan althans de uitkomst worden gekwalificeerd van de geschillenprocedure die werd gevoerd tussen de aandeelhouders van Newton 21 The Netherlands B.V.<sup>9</sup> Na ruim zes jaren kostbaar procederen moest uiteindelijk worden vastgesteld dat de procedure betrekking had gehad op de overdracht van vijf aandelen met een prijs van € 974,20 per aandeel.

4. De ingewikkelde en moeizame procesgang heeft daarnaast tot gevolg dat rechters soms ofwel niet geheel of steeds doorgronden hoe zij in elkaar steekt, met als gevolg dat beslissingen vallen die niet zonder meer bestand zijn tegen de kritiek dat zij in strijd komen met de wettelijke bepalingen betreffende de geschillenregeling, zoals de beslissing het – in beginsel voor hoger beroep vatbare – vonnis waarbij de overdracht van de aandelen tegen de vastgestelde prijs is bevolen uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.<sup>10</sup> Ofwel dat zij met gebruikmaking van extensieve, creatieve of een soortgelijke wijze van interpretatie van de regeling de scherpe kanten trachten af te slijpen, zoals door het objectiveren dan wel extensief uitleggen van het begrip ‘gedragingen’ van aandeelhouders in art. 2:343 lid 1 BW.<sup>11</sup> Ofwel dat zij zich in bochten wringen om de begane misslag een nog enigszins fatsoenlijk voorkomen te geven door, met behulp van ‘aangepaste rechtsvinding’, overdracht van aandelen voor het onherroepelijk vaststaan van de verplichting daartoe gepaard te doen gaan met het waarderingsmoment per de datum van die overdracht.<sup>12</sup> Om al deze redenen wordt de geschillenprocedure wel eens ‘ambtshalve geconverteerd’ in een enquêteprocedure.<sup>13</sup>

9 OK 12 januari 2006, *ARO* 2006/36, *JOR* 2006/70 en OK 92 augustus 2007, *ARO* 2007/150.

10 Zoals Rb. Almelo deed in de zaak van Aannemersbedrijf H., W. en H. Sonder B.V., te kennen uit OK 5 augustus 2004, *ARO* 2004/112, *JOR* 2004/327. Overigens heeft ook de Ondernemingskamer zich niet steeds gehouden aan het verbod van uitvoerbaarverklaring bij voorraad; zie Bulten (2011), p. 263-264.

11 OK 20 november 1997, *NJ* 1998/392, *JOR* 1998/26, noot F.J.P. van den Ingh (*Gebr. Hooymans B.V.; Aannemersbedrijf Gebr. Hooymans B.V.*).

12 OK 5 augustus 2004, *ARO* 2004/112, *JOR* 2004/327, rov. 4.9 (*Aannemersbedrijf Gebr. H., W. en H. Sonder B.V.*).

13 Na afloop van de pleidooien op 5 juli 2007 in de zaak Stroomwerk Energy B.V. en Solar Bureau B.V. stemden partijen in met de ‘suggestie’ van de Ondernemingskamer de procedure voor te zetten als ware het een enquêteprocedure en kwamen zij overeen dat appellanten (Koen Dirven B.V. en K.H.J.M. Dirven) hun aandelen zouden overdragen aan geïntimeerden (Global Power Service B.V. en Absolar B.V.). Overeenkomstig de huidige – van de nieuwe afwijkende – regeling daaromtrent werd verder afgesproken dat de discussie over de beweerdelijk door geïntimeerden aan appellanten toegebrachte schade alleen zou plaatsvinden in de bij het Hof Arnhem aanhangige civiele procedure. De uitkomst van de schadeprocedure is te vinden in HR 11 februari 2011, *JOR* 2011, 77, m.nt. C.D.J. Bulten (de vermelding in *JOR* dat het om de geschillenregeling zou gaan is slechts in zekere zin juist). De hier bedoelde vorm van ‘conversie’ is als het ware het spiegelbeeld van de door Bulten, l.c. p. 323, genoemde, door S.M. Bartman en M. Holtzer bedachte ‘procesrechtelijke noviteit’ van de ‘conversie’ van de enquêteprocedure in een deel van de geschillenregelingprocedure.



5. In het verleden zijn in de literatuur diverse pleidooien gehouden de huidige geschillenregeling te verbeteren door de problematiek van de waardemutatie van de betrokken vennootschap gedurende de loop van en onder de invloed van het geding te elimineren door fixatie van de zogeheten peildatum, de datum per welke de prijs van de over te dragen aandelen wordt bepaald.<sup>14</sup> Dat zou aan manipulatief (proces)gedrag van aandeelhouders het belang ontnemen. Zo is wel gesuggereerd de prijs van de aandelen te bepalen per de datum van de inleidende dagvaarding. Den Boer heeft als peildatum bepleit de datum van het onherroepelijk worden van het tot overdracht verplichtend vonnis als bedoeld in art. 2:339 lid 1 BW.<sup>15</sup> Dat zou dan een eigensoortige vorm van uitvoerbaarverklaring bij voorraad zijn. Zo niet al in zijn ogen de wet(s)geschiedenis) daartoe dwingt, laat zij voor dat standpunt volgens Den Boer in ieder geval ruimte.

6. Nu die pleidooien een andere dan de in de rechtspraak gangbare uitleg van de wettelijke bepalingen op het gebied van de geschillenregeling voorstaan, wetshistorische uitleg niet de enig toelaatbare wijze van uitleg van wettelijke bepalingen is en de wetsgeschiedenis bovendien niet zonder meer dwingt tot de in de rechtspraak gangbare uitleg betreffende de peildatum,<sup>16</sup> kan daarvan niet op zichzelf gezegd worden dat zij in strijd zijn met de wettelijke regeling. Hun charme is bovendien dat zij chicanes van de (procederende) aandeelhouder, die tevens bestuurder is en die denkt dat hij te zijner tijd enig aandeelhouder van de vennootschap zal zijn, in de kiem smoren. Toch kunnen tegen die opvattingen zwaarwegende bezwaren worden ingebracht. Zij creëren het merkwaardige en met de algemene juridische dogmatiek op gespannen voet staande fenomeen dat een eigenaar van een goed niet het – economische – risico, ten goede zowel als ten kwade, draagt en als het ware ‘trustee’ wordt voor zijn medeaandeelhouder.<sup>17</sup> Hoewel dat misschien wel zo lijkt omdat het onherroepelijk vaststaan van de leveringsverplichting suggereert dat rechtens van het aandeel ‘afstand’ is gedaan, is dat niet anders in de opvatting van Den Boer. Vanwege het verbod tot uitvoerbaarverklaring bij voorraad van het vonnis waarin de prijs van de overdracht wordt bepaald en de omstandige discussies die kunnen gaan ontstaan over het deskundigenbericht, zowel wat betreft de aan te leggen rechtsnorm als wat betreft de uitkomst van de waarderingsexercitie,<sup>18</sup> kan het nog geruime tijd duren vooraleer de aandelen in andere handen overgaan. De door Den Boer

14 Zie daarover in algemene zin Bulten, l.c., V.3.5, p. 204-212.

15 J. den Boer, Naar een rationeel waarderingstijdstip bij de uitkoop- en geschillenregeling, WPNR 2002/6487, p. 339-346.

16 Bulten l.c. p. 205 spreekt terecht over de niet concludente wetsgeschiedenis wat betreft het moment per welk de deskundigen de waarde van de aandelen dienen te bepalen.

17 Dat komt uiteraard vaker voor, maar dat is dan, zoals in het geval van certificering, gebaseerd op een eigen keuze. Een ‘statutory trust’ berust in ieder geval niet op die grondslag.

18 Zie Willems, l.c. Ook over de, niet ter beoordeling van de deskundige staande vraag welke juridische norm bepalend is voor de wijze waarop de aandelen dienen te worden gewaar-

aangedragen oplossing dat vanaf het onherroepelijke vonnis dat tot overdracht verplicht de wettelijke rente moet worden vergoed, miskent dat het verloop van de waarde van een onderneming met wettelijke rente weinig of niets van doen heeft en dat wettelijke rente de strekking heeft de schuldeiser te compenseren voor het verlies van een in geld uitgedrukte prestatie nadat en omdat hij die prestatie rechtens had dienen te ontvangen. En daarvan is nu juist vanwege het algehele onherroepelijkheidsvereiste van de geschillenregeling geen sprake. En als de eerder genoemde 'trustee' het stemrecht op 'zijn' aandelen houdt, komt ook het uitgangspunt dat in het stemrecht van de aandeelhouder een eigen recht is gegeven om zijn eigen belang in de vennootschap te dienen,<sup>19</sup> in een vreemd daglicht te staan.

7. Hoe dat allemaal echter zij, de genoemde pleidooien hebben niet geleid tot wijziging in de hier aan de orde zijnde rechtspraak. En dus moet het heil van de wetgever komen.

### III. De voorgestelde nieuwe regeling

1. Een van de voorstellen voor de nieuwe geschillenregeling die een versnelling van de procedure op het oog heeft, heeft betrekking op de mogelijkheid dat de rechter zijn vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaart en op het vervallen van de voorschriften betreffende de onherroepelijkheid van het vonnis.

2. In het daarop betrekking hebbende voorstel van Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht<sup>20</sup> is aan die materie aandacht geschonken in de (gewijzigde) art. 2:338 lid 2, art. 2:339 lid 1, art. 2:2:341 lid 1, art. 2:341a, art. 2:343a lid 1 en art. 2:343b BW.

3. In het geherformuleerde art. 2:338 lid 2 BW is de zinsnede 'het vonnis waarbij de vordering is toegewezen onherroepelijk is geworden' vervangen door de zinsnede 'de vordering is toegewezen'.

4. Zoals gezegd staat in het huidige art. 2:339 lid 1 BW te lezen dat de deskundigen hun werkzaamheden pas aanvangen, nadat het vonnis waarin de vordering tot overdracht van de aandelen wordt toegewezen, onherroepelijk is geworden. Daargelaten dat lid 1 van het voorgestelde nieuwe art. 2:339 lid 1 BW spreekt over 'een of meer deskundigen', en niet, zoals in de huidige versie, over 'een of drie deskundigen', is in het voorstel in plaats daarvan bepaald dat van dat vonnis hoger beroep slechts kan worden ingesteld tegelijk met dat van het vonnis, waarin de rechter de prijs van de over te dragen aandelen heeft bepaald, dat alles tenzij de rechter anders bepaalt.

---

deerd, kan groot verschil van mening bestaan en die vraag is – nog – niet aan de orde als de rechter zich buigt over de vraag of overdracht van aandelen dient plaats te vinden.

19 HR 19 februari 1960, NJ 1960/473 m.nt. Hijmans van den Bergh (*Aurora N.V.*).

20 *Kamerstukken II* 31 058 en *Kamerstukken I* 31 058 A.

5. Wat betreft art. 2:341 lid 1 BW, dat handelt over het (eind)vonniss<sup>21</sup> waarin de prijs van de over te dragen is bepaald, houdt het voorstel in dat dat de woorden in dat lid ‘onherroepelijk geworden’ komen te vervallen. Dat betekent dus dat de rechtbank onderscheidenlijk de Ondernemingskamer haar uitspraak waarin is bepaald dat de (oorspronkelijke) gedaagde zijn aandelen tegen de vastgestelde prijs dient over te dragen, uitvoerbaar bij voorraad kan verklaren. Aandacht verdient overigens dat zij dat alleen kunnen doen indien zulks is gevorderd en dat ambtshalve uitvoerbaar bij voorraadverklaring uit den boze is.<sup>22</sup> Wordt dat laatste deel van de vordering toegewezen, dan ontstaat een leveringsverplichting ongeacht hoger beroep onderscheidenlijk cassatie.

6. Maar dat laatste impliceert dat die leveringsverplichting uiteindelijk geen stand kan blijken te houden. De vraag welke daarvan de gevolgen zijn dient dus, anders dan onder het huidige recht het geval is, onder ogen te worden gezien. Dat is geschied in het voorgestelde nieuwe art. 2:341a BW. Dat artikel introduceert, voor het geval dat het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis waarin de prijs is bepaald en waaraan uitvoering is gegeven, na het aanwenden van een rechtsmiddel wordt vernietigd, een abstract leveringsstelsel, gecombineerd met het ontstaan van een – obligatoire – ongedaanmakingsverplichting. Het artikel bepaalt immers in lid 1 dat na vernietiging na het instellen van een rechtsmiddel de rechtsgrond voor de op grond van het vernietigde vonnis verrichte handelingen in stand blijft en dat voor de partijen een verbintenis tot ongedaanmaking van de reeds ingetreden gevolgen ontstaat. Het sluit aldus aan bij de algemene verbintenisrechtelijke regeling inzake de ontbinding van wederkerige overeenkomsten, zoals is neergelegd in art. 6:271 BW. Lid 2 van het voorgestelde art. 2:341a BW voegt daaraan toe dat de rechter ‘desgevraagd’<sup>23</sup> de verplichting tot ongedaanmaking kan beperken of uitsluiten indien de reeds ingetreden gevolgen bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt of de billijkheid zulks *anderszins* (cursivering toegevoegd, JWS) vordert. In dat laatste geval kan de rechter aan een partij die daardoor onbillijk wordt bevoordeeld, de verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die wordt benadeeld. Aldus sluit deze bepaling – met een enigszins ander woordgebruik – aan bij het voorschrift van het ‘commune’ recht inzake de vernietiging van een rechtshandeling in art. 3:53 lid 2 BW.

7. Het voorgestelde nieuwe art. 2:343a lid 1 BW bepaalt – impliciet – dat ook in het geval de uittreedvordering aan de orde is, de veroordeling tot overname waarbij de prijs waartegen deze dient plaats te vinden is bepaald, uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard en schrijft voor dat – ook – in dat geval levering dient plaats te vinden binnen twee weken na betekening van het vonnis. Het schiet verder de partij die heeft nagelaten uitvoerbaarverklaring bij voorraad

21 In het bestaande systeem is sprake van twee eindvonnissen, in het voorgestelde is het vonnis als bedoeld in art. 2:341 lid 1 nog het enige eindvonnis.

22 Zie noot 5 supra.

23 ‘Desgevorderd’ lijkt meer op zijn plaats.

te vorderen, te hulp door in herinnering te brengen dat dit nalaten alsnog kan worden geheeld door te bepalen dat, indien uitvoerbaar bij voorraadverklaring alsnog wordt gevorderd en wordt toegewezen, overdracht daarna binnen de genoemde termijn dient plaats te vinden, terwijl de inactieve eiser wordt voorgehouden dat hij onherroepelijkheid van het vonnis moet afwachten, vooraleer een effectieve betekening kan plaatsvinden.

8. Het voorgestelde nieuwe art. 2:343b BW, ten slotte, bepaalt dat wat ingevolge het nieuwe art. 2:341a BW geldt voor de uitstootvordering, ook van toepassing is als een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis tot overname in hoger beroep of cassatie geen stand blijkt te houden.

#### *IV. Het tussenvonnis: toewijzing van de vordering en benoeming van een deskundige*

1. In alle eenvoud betekent dit nieuwe stelsel in de eerste plaats dat het vonnis waarin wordt beslist dat overdracht moet plaatsvinden omdat aan de voorwaarde daarvoor is voldaan, hetzij als het gaat om de vordering tot uitstoting, hetzij als het gaat om de vordering tot uittreding, behoudens als de rechter anders bepaalt niet vatbaar is voor hoger beroep, ook al is het vonnis *ratione materiae* een eindvonnis.<sup>24</sup>

2. Gegeven deze nieuwe bepaling is een voorschrift van de strekking dat de rechter desgevorderd bij het vonnis waarbij de vordering wordt toegewezen de gedaagde kan verbieden nog langer het stemrecht op de aandelen uit te oefenen en dat hij die laatste beslissing uitvoerbaar bij voorraad kan verklaren, niet meer nodig. De vraag hoe met een gevorderde uitvoerbaarverklaring op dat punt moet worden omgegaan, wordt immers bestreken door de nieuwe regel inzake het verbod van tussentijd hoger beroep in de vierde zin van art. 2:339 lid 1 BW. Om deze reden komt de tweede zin van het huidige art. 2:339 lid 2 BW te vervallen. De eerste zin van dat lid komt overigens ook te vervallen.

3. Het betekent in de tweede plaats – dus – dat de deskundigen aanstonds aan de slag kunnen gaan. Anders dan onder het huidige recht het geval is, is er dogmatisch dan ook geen aanleiding de benoeming van (een) deskundige(n) niet aanstonds te doen plaatsvinden in het vonnis waarin de overdrachtsverplichting aanwezig wordt geoordeeld. Toch zal een vervolgvonnis houdende die benoeming noodzakelijk blijven om rechtsvorderingsredenen. Art. 194 Rv bepaalt immers dat de rechter ‘bij vonnis of bij latere rolbeschikking’ een of meer deskundige(n) benoemt ‘na overleg met partijen’. Vanwege het ‘voor het overige’ van toepassing verklaren in art. 2:339 lid 1 BW, overigens zowel in de

---

<sup>24</sup> Zo ook de Memorie van Toelichting p. 104 (*Kamerstukken II* 31 058, nr. 3), die spreekt van een (deel)eindvonnis omdat dat vonnis een einde maakt aan ten minste een deel van het gevorderde.

huidige als in de toekomstige versie, van art. 194 tot en met 200 Rv, geldt het laatstgenoemde onderdeel van deze bepaling ook voor de geschillenregeling nu daarin een eigen regeling op dat stuk ontbreekt. En het ligt niet voor de hand aan te nemen dat de rechter dat overleg zal willen doen plaatsvinden zonder – in een vonnis en niet ondershands – al tot uitdrukking te hebben gebracht dat naar zijn oordeel aandelen dienen te worden overgedragen.

4. Overigens verdienen nog twee – ondergeschikte – punten de aandacht. In het huidige art. 2:339 lid 1 BW is, dat in de eerste plaats, met zoveel woorden bepaald dat tegen de benoeming van deskundigen geen hogere voorziening open staat. Die bepaling is in de nieuwe regeling niet teruggekeerd. Dat betekent echter niet dat voortaan wel in hoger beroep zou kunnen worden gekomen van de deskundigenbenoeming. Het spreekt voor zich dat het stelsel van de nieuwe regeling zich daartegen verzet, het wordt ook tegengehouden door de verwijzing naar onder meer art. 194 lid 2 Rv, waarin eveneens met zoveel woorden is bepaald dat de bedoelde voorziening is uitgesloten. In de tweede plaats moet, vanwege de meergenoemde verwijzing en omdat een afwijkende eigen regelgeving ontbreekt, uit art. 2:339 lid 1 BW worden afgeleid dat de benoeming van deskundigen, zoals gezegd na overleg met partijen, dient plaats te vinden bij rolbeschikking en niet bij vonnis. Dat wordt in de praktijk wel eens over het hoofd gezien, waarschijnlijk omdat in 2:339 lid 1 BW, anders dan in art. 194 lid 2 Rv, alleen wordt gesproken over ‘het vonnis’, het vonnis dus waarbij de vordering tot overdracht of overname wordt toegewezen, en niet is vermeld op welke wijze de deskundigenbenoeming plaatsvindt.

#### V. *Het eindvonnis: bepaling van de prijs en bevel tot overdracht*

1. Het nieuwe stelsel betekent in de derde plaats dat het ‘echte’ eindvonnis, waarin de prijs van de overgang van de aandelen wordt bepaald, desgevorderd uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Dat betekent dan dat de gedaagde binnen twee weken na betekening van het vonnis is verplicht tot overdracht dan wel overname, zulks tegen gelijktijdige betaling van de vastgestelde prijs. Hoger beroep of cassatie doen daaraan niet af.

2. In verband met deze mogelijkheid van ‘vervroegde nakoming’, is in het nieuwe art. 2:341 lid 1 BW het geval voorzien dat uitvoerbaarverklaring bij voorraad niet was gevorderd dan wel dat deze ondanks een daartoe strekkende vordering was afgewezen. Weliswaar kan betekening van het vonnis plaatsvinden, maar deze blijft buiten effect tot na het onherroepelijk worden van het vonnis. En ook hier schiet de wetgever de ‘vergeetachtige’ eiser te hulp door hem eraan te herinneren dat uitvoerbaarverklaring bij voorraad alsnog kan worden gevorderd.

VI. Vernietiging van het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis: (on)wenselijkheid van terugwerkende kracht en ongedaanmakingsverbintenis

1. Zoals zo vaak, geldt ook voor de nieuwe geschillenregeling dat de oplossing van het ene probleem, het andere probleem genereert. Nu overdracht van aandelen mogelijk is zonder dat de verplichting daartoe onherroepelijk vaststaat, kan zich de situatie voordoen dat die levering achteraf, na vernietiging van een vonnis of arrest, blijkt niet op goede grond te zijn geschied. De vernietiging van een rechterlijke uitspraak houdt in dat die uitspraak rechtens niet heeft bestaan. Vernietiging werkt *ex tunc*, zo pleegt dat te worden uitgedrukt. Daarmee is echter op zichzelf en zonder meer nog niet gezegd welke gevolgen daaraan zijn verbonden wat betreft het effect op de handeling die wel heeft plaatsgevonden.

2. Als de titel van levering wegvalt, heeft de levering nimmer plaatsgevonden, zo is een eerste gedachte. Dat zou betekenen dat de aandeelhouder die op grond van een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde rechterlijke uitspraak zijn aandelen heeft overgedragen, met terugwerkende kracht blijkt die aandelen nimmer te zijn kwijtgeraakt en dus steeds aandeelhouder te zijn gebleven. Partijen zullen dan het nodige moeten doen om de inmiddels feitelijk andere toestand met de rechtswerkelijkheid in overeenstemming te brengen. Er is in die opvatting sprake van een causaal leveringsstelsel. Indien de wederpartij van degene die een uitvoerbaar verklaarde en vervolgens vernietigde rechterlijke uitspraak heeft doen tenuitvoerleggen, schade blijkt geleden te hebben, dient de laatstgenoemde haar deze schade te vergoeden. Executie van een niet onherroepelijk vonnis is voor rekening en risico van de executant, zo luidt de niet betwiste rechtsregel.<sup>25</sup>

3. De Memorie van Toelichting<sup>26</sup> heeft onder ogen gezien dat zo een systeem problematisch zou zijn, nu het gaat om – te redresseren – overdracht van aandelen. Wellicht kunnen aandelen worden gekwalificeerd als goed in de zin van art. 3:1 BW, zij zijn toch vooral de uitdrukking van een gerechtigdheid in een vennootschap die een onderneming in stand houdt. Daarmee representeren zij zeggenschap in de vennootschap en aanspraak op de resultaten van haar economische bedrijvigheid, haar onderneming. Aandelen zijn, anders gezegd, de uitdrukking van participatie in een *perpetuum mobile*. Zij kennen daarmee hun eigen eigenaardigheden.

4. De keuze van de voorgestelde nieuwe regeling voor een abstract stelsel van gedwongen overdracht of overname in het kader van de geschillenregeling, is door die eigenaardigheden geïnspireerd. Zoals het in de Memorie van Toelichting wordt uitgedrukt: ‘Duidelijk is wel dat het bezwaarlijk kan zijn als

25 Zie onder meer Asser Procesrecht/Van Schaick 2, 2011/122 en HR 22 januari 1999, NJ 1999/381 (*Meccano-Remco Toys*).

26 *Kamerstukken II* 31 058, nr. 3, p. 107.

de overdracht van aandelen met terugwerkende kracht wordt vernietigd, omdat daardoor allerlei andere rechtsfeiten worden geraakt'. En daarvan wil de ontwerper – terecht – niet weten. Ter voorkoming van onduidelijkheid over vragen zoals of geldig is gestemd in de algemene vergadering van aandeelhouders door de 'achteraf niet rechthebbende' aandeelhouder, of winstuitkeringen aan de juiste persoon hebben plaatsgevonden, en of overdracht door de 'latere niet-aandeelhouder' aan een derde rechtsgeldig heeft plaatsgevonden, wordt gekozen voor de rechtsopvatting, dat afwijzing van de vordering tot overdracht of overname na toepassing van een rechtsmiddel<sup>27</sup> niet leidt tot aantasting van de geldigheid van een ter uitvoering van het vonnis of het arrest plaatsgevonden levering. Met andere woorden, de gevolgen van de vernietiging van de eerder tot levering verplichtende rechterlijke uitspraak moeten tussen de procespartijen onderling obligatoir worden afgewikkeld.

5. Dat gezegd zijnde, moet vervolgens worden geconstateerd dat de Memorie van Toelichting er niet blijk van geeft langdurig en diepzinnig te hebben nagedacht over de vraag welke problemen ten gevolge van deze keuze – kunnen – rijzen. Vele vragen blijven onbeantwoord.<sup>28</sup> Een aantal daarvan laat zich eenvoudig stellen, ook al is daarmee niet gezegd dat zij zich net zo eenvoudig laten beantwoorden.

6. In de eerste plaats spreekt het voor zich dat geschillen kunnen ontstaan over de vraag wat de ongedaanmakingsverbintenis nu wel precies inhoudt, en meer nog over de vragen of de reeds ingetreden gevolgen van de eerdere overdracht ongedaan kunnen worden gemaakt dan wel anderszins de billijkheid vordert dat ongedaanmaking niet behoeft plaats te vinden, en in geval een van die vragen bevestigend wordt beantwoord of de rechter aan de partij die daardoor onbillijk wordt bevoordeeld de verplichting dient te worden opgelegd aan de partij die wordt benadeeld een uitkering in geld op te leggen en zo ja in welke omvang.

7. Het minste wat dan niet onduidelijk zou moeten zijn is het antwoord op de vraag tot welke rechter in geval van een onopgelost verschil van inzicht partijen zich zou moeten wenden. In de Memorie van Toelichting wordt aan die vraag geen aandacht besteed. Bulten<sup>29</sup> 'neemt aan' dat 'de rechter in hoger beroep bedoeld wordt', de Ondernemingskamer dus. Zij zet niet uiteen waarom dat zou moeten worden aangenomen. Maar bovendien is die aanname – hoezeer zij blijk geeft van een zinvolle opvatting – geenszins als vanzelfsprekend juist te achten, integendeel. Ingeval in hoger beroep het vonnis waarbij de

---

27 In de Memorie van Toelichting wordt te aangehaalde plaatse in algemene zin gesproken over 'na toepassing van een rechtsmiddel'; bedoeld is uiteraard 'na toepassing van een geslaagd rechtsmiddel' waardoor de eerdere titel aan de overdracht komt te ontvallen.

28 Ook Bulten, l.c. p.282, volstaat met – kort – de voorgestelde wettelijke bepaling weer te geven en gaat niet in op de mogelijke vraagstukken die zich kunnen voordoen.

29 Ter plaatse, vermeld in de vorige noot.

overdracht of overname is bevolen van de aandelen die onderwerp van het geding uitmaken wordt vernietigd, behoeft het dictum van het desbetreffende arrest niet meer te in houden dan dat het vonnis waarvan beroep wordt vernietigd en dat geïntimeerde alsnog de in eerste aanleg ingestelde vordering wordt ontzegd. Meer of iets anders hoeft de appelrechter niet te beslissen – meer of iets anders wordt hem ook niet gevraagd – en met die beslissing is – behoudens cassatie – de geschillenprocedure beëindigd. Het is die beslissing, die de ongedaanmakingsverplichting *ex lege* doet ontstaan. Verschillen van inzicht daaromtrent dienen vervolgens aan de orde te worden gesteld bij de gewone civiele rechter in een procedure waarin nakoming van die verplichting kan worden gevorderd. En dat kan, zoals hierna aan de orde komt, een complexe procedure – in twee feitelijke instanties met de mogelijkheid van cassatie – worden. Anders dan in lid 7 onderscheidenlijk lid 9 van art. 2:341 BW onderscheidenlijk art. 2:343 BW, waarin is bepaald dat de rechter die de vordering in eerste instantie of in hoger beroep heeft toegewezen ook over de geschillen betreffende de uitvoering van de regeling beslist, is immers in de voorgestelde regeling er niet in voorzien dat de rechter die het discussiepunt van de geschillenregeling beslecht, ook jurisdictie heeft inzake de geschillen betreffende de consequenties van zijn hier bedoelde uitspraak. Dat betekent dus dat de gewone civiel rechter daarover gaat.

8. Voorts valt op dat de ontwerpwetgever er niet geheel zeker van lijkt te zijn welke rechtsgevolgen aan zijn keuze zijn verbonden. Als het uitgangspunt is dat de geldigheid van de overdracht op basis van een later vernietigde rechterlijke uitspraak door de vernietiging niet wordt aangetast, dan betekent dat ook dat de levering van aandelen aan een derde die heeft plaatsgevonden voor de vernietiging, door de latere vernietiging niet wordt en niet kan worden aangetast. De derde heeft immers op het moment van overdracht aandelen verkregen van een beschikkingsbevoegde vervreemder. En die beschikkingsbevoegdheid wordt in een abstract leveringsstelsel niet alsnog achteraf geconverteerd in beschikkingsonbevoegdheid. Eens gegeven blijft gegeven, zo zou kunnen worden gezegd.

9. Tegen die achtergrond is het merkwaardig dat op de plaats in de Memorie van Toelichting<sup>30</sup> waarin als voorbeeld dat het bezwaarlijk is dat de reeds ingetreden gevolgen ongedaan worden gemaakt, reden waarom wordt gekozen voor de mogelijkheid dat de ongedaanmakingsverplichting wordt vervangen door een verplichting tot vergoeding in geld, wordt genoemd dat ‘de aandelen inmiddels zijn vervreemd aan een derde’, daaraan wordt toegevoegd ‘zeker als die te goeder trouw is’. De vraag is wat met dat laatste wordt bedoeld. Goede trouw moet hier betekenen dat de derde niet wist en ook niet behoorde te weten dat de uitvoerbaar bij voorraad verklaarde rechterlijke uitspraak op

---

30 *Kamerstukken II* 31 058, nr. 3, p. 107.



grond waarvan de vervreemder de aandelen had verworven, vernietigd zou kunnen worden en dat in dat geval de vervreemder – obligatoir en niet goederenrechtelijk – gehouden zou worden die aandelen over te dragen aan degene van wie hij deze had verkregen. Maar die goede trouw is alleen van betekenis als op het moment van de verkrijging van de aandelen door de derde vanwege een vernietiging met terugwerkende kracht en causaal effect beschikkingsbevoegdheid heeft ontbroken. Maar dat is nu juist niet het stelsel van de nieuwe geschillenregeling. Is dan sprake van een *slip of the pen* in de Memorie van Toelichting? Dat lijkt niet het geval te zijn, nu iets eerder in diezelfde Memorie van Toelichting<sup>31</sup> eveneens een passage is aan te treffen, die moeilijk valt te verenigen met de voorgestane nieuwe regeling. Daar wordt de vraag onder ogen gezien of het wenselijk is te bepalen dat wanneer de aandelen worden overgedragen uit kracht van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis tot overdracht onderscheidenlijk prijsbepaling, de verkrijger de aandelen – zolang het vonnis niet onherroepelijk is – alleen met toestemming van de overdrager of de rechter kan overdragen aan een derde. Die vraag wordt ontkennend beantwoord, omdat onvoldoende zou zijn gebleken dat daaraan in de praktijk behoefte bestaat. En verder wordt – min of meer impliciet – opgemerkt dat de rechter eventueel bij wijze van voorlopige voorziening<sup>32</sup> de verkrijger van aandelen op basis van een nog niet onherroepelijk vonnis kan verbieden de aandelen aan een derde over te dragen. En verder wordt opgemerkt dat problemen ‘zo nodig in belangrijke mate (kunnen) worden voorkomen (...) door bij een overdracht van aandelen ter uitvoering van een vonnis de inhoud van dat vonnis steeds duidelijk in de (notariële) leveringsakte te omschrijven, zodat deze ook bij een eventuele overdracht aan de verkrijger bekend kan zijn’. Dat laatste komt vreemd voor, in de eerste plaats omdat niet goed valt in te zien welke die problemen kunnen zijn indien ‘afwijzing van de vordering na toepassing van een rechtsmiddel niet leidt tot aantasting van de geldigheid van een ter uitvoering van het vonnis plaatsgevonden levering’.<sup>33</sup> Of wordt bedoeld dat weliswaar met het thans vigerende stelsel waarin uitvoerbaarverklaring bij voorraad is uitgesloten wordt gebroken, alsmede dat vernietiging van het tot levering aanleiding gevende vonnis geen goederenrechtelijk effect heeft, maar dat de consequenties daarvan niet in volle omvang kunnen worden aanvaard? En vooral de suggestie om in de akte van levering de inhoud van het vonnis op te nemen, zodat de derde weet hoe de zaken in elkaar steken,<sup>34</sup> staat haaks op het gekozen uitgangspunt. Het leidt er immers toe dat de aandelen

31 *Kamerstukken II* 31 058, nr. 3, p. 102.

32 Onder verwijzing naar de algemene regeling dienaangaande in art. 223 lid 1 RV wordt in een nieuw lid 3 van art. 2:338 BW de mogelijkheid tot het treffen van een voorlopige voorziening ‘met werking tot het tijdstip dat de aandelen worden overgedragen’ ingevoerd.

33 *Kamerstukken II* 31 058, nr. 3, p. 107; zie VI nr. 4 supra.

34 In termen van hetgeen hiervoor is gezegd: niet te goeder trouw is.

waarover het gaat niet verhandelbaar blijven totdat de leveringsverplichting onherroepelijk is komen vaststaan. En het leidt ertoe dat indien zij desondanks worden verhandeld, maar later het vonnis waarover het hier gaat wordt vernietigd, interessante en ingewikkelde geschillen kunnen worden uitgevochten met de derde 'die daarmee allemaal rekening had kunnen en dus moeten houden'. Als dat allemaal de bedoeling is, laat zich met nadruk de vraag stellen, mede gezien de – hierna te bespreken – perikelen die zich kunnen voordoen bij de toepassing van de ongedaanmakingsverplichting en de eventueel vervangende schadevergoedingsverplichting van de voorgestelde artikelen 2:341a en 2:343b BW, of niet handhaving van de huidige regeling de voorkeur verdient.

10. Zoals gezegd wordt aan de zojuist genoemde mogelijke perikelen in de Memorie van Toelichting weinig of geen aandacht besteed. Niettemin verdienen zij aandacht. In een geval zonder complicaties houdt de ongedaanmakingsverplichting in dat de aandelen dienen te worden teruggegeven aan de oorspronkelijke rechthebbende. Vanwege het gekozen stelsel betekent het dat de verkrijger op basis van het vernietigde vonnis of arrest de aandelen dient te leveren, en wel met inachtneming van de leveringsformaliteiten. Dat wil dus zeggen dat partijen een gang naar de notaris moeten maken. De partij die dat niet wil, kan wellicht daartoe worden gedwongen. Of de crediteur van de leveringsverplichting kan overdracht bewerkstelligen door een civiele procedure aanhangig te maken en daarin de rechter niet alleen te vragen de debiteur tot levering te verplichten, maar ook om te beslissen dat bij aanhoudende weigerachtigheid het vonnis in de plaats van de notariële akte komt.

11. Dat is misschien omslachtig, het is in ieder geval overzichtelijk. Maar de vraag is of de ongedaanmakingsverplichting niet verder gaat. Een aandeel is nu eenmaal geen fiets of een onroerende zaak. Als degene die de fiets is kwijtgeraakt of zijn huis, omdat de ene rechter daartoe heeft beslist, en de andere rechter later oordeelt dat dit kwijttraken ongedaan moet worden gemaakt, dan is het in beginsel niet lastig om vast te stellen of het betrokken goed een waardeverandering heeft ondergaan en of de ongedaanmakingsverplichting ook ziet op die waardeverandering. Maar hoe zit dat bij aandelen? De wetgever kan wel bijvoorbeeld bepalen dat vernietiging van een vonnis de geldigheid van winstuitkeringen of van een uitgebrachte stem, en daarmee van een besluit dat is uitgevoerd, niet aantast. Maar daarmee is de vraag nog niet beantwoord of die winstuitkering behouden blijft door degene die haar ontving omdat hij aandeelhouder was op het moment waarop zij werd gedaan. En daarmee is ook nog niet de vraag beantwoord, hoe moet worden gereageerd op de stelling van de aandeelhouder die is 'hersteld in de oude toestand', dat het besluit dat – mede – is genomen op basis van de stem die 'zijn voorganger' heeft uitgebracht, desastreuus is gebleken voor de – waarde van de – vennootschap en dat hij zo een besluit uiteraard niet zou hebben genomen. Zeer in het algemeen is de vraag hoe moet worden omgegaan met een aanzienlijke waardedaling in het *interregnum* of met een faillissement, waarvan niet is uit te sluiten dat zij – mede – zijn

veroorzaakt door ondeskundig optreden – om geen verdergaande kwalificatie te bezigen – van de ‘tijdelijke’ aandeelhouder. Of hoe moet worden omgegaan met de aandeelhouder die van zijn voorlopige macht gebruik maakt om zich alle activa van de vennootschap toe te eigenen? Bulten heeft in verband met de bespreking van de mogelijkheid dat de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure een voorziening houdende aandelenoverdracht uitvoerbaar bij voorraad verklaart, betoogd<sup>35</sup> dat zij, de Ondernemingskamer, eventueel ‘bewarende’ maatregelen kan treffen indien het restitutierisico (bij een gecasseerde beschikking) te groot. Moet ook niet aan zoiets worden gedacht binnen het kader van de gewijzigde geschillenregeling? Toepassing van het – gewone – leerstuk van het restitutierisico als aspect van het al of niet toewijzen van een geldvordering in kort geding, is hier overigens niet zonder meer aan de orde, want het hier bedoelde restitutierisico heeft betrekking op toekomstig gedrag van de aandeelhouder die dat risico gaat doen ontstaan door de wijze waarop hij van zijn zeggenschap in de vennootschap gebruik gaat maken. In ieder geval lijkt het niet in overeenstemming met de algemene regel dat de executie van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis voor rekening en risico van de executant is,<sup>36</sup> met als gevolg dat voor die executant een risicoaansprakelijkheid ontstaat indien de wederpartij door de executie schade heeft geleden, indien de ongedaanmakingsverplichting in het kader van de geschillenregeling niet ook ziet op de genoemde schade voor de aandeelhouder die later in zijn recht wordt hersteld. En als dat thema al geen onderdeel is van de ongedaanmakingsverplichting, geldt dan niet de dat de laatstgenoemde aandeelhouder die schade kan verhalen op basis van de ‘gewone’ onrechtmatige daadregel, omdat de executie nu eenmaal voor risico van de executant is?

12. Overigens kan zich uiteraard ook de situatie voordoen dat de vennootschap onder ‘leiding’ van de nieuwe, maar naar achteraf blijkt slechts tijdelijke aandeelhouder, is gaan floreren op een wijze die door de ‘herstelde’ aandeelhouder nimmer zou zijn gerealiseerd. Spreekt het dan voor zich dat dank zij het ‘herstel in de oude toestand’ de ‘herstelde’ aandeelhouder de vruchten van de inspanningen van zijn voorganger in de schoot krijgt geworpen, of is het dan redelijk dat de aandeelhouder die de aandelen weer moet afstaan voor zijn – extra – inspanningen wordt beloond?

13. De hiervoor gestelde vragen, waarop een adequaat antwoord niet zo maar valt te geven en waaraan naar mijn overtuiging in de Memorie van Toelichting aandacht had dienen te worden besteed, zijn alleen maar te meer prangend, indien de reeds ingetreden gevolgen van de overdracht van de aandelen op basis van het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt en de rechter op die grond of omdat de billijkheid

---

35 Bulten l.c. p. 326.

36 Zie noot 25.

zulks vordert, moet beoordelen of en zo ja tot welk bedrag er aanleiding is aan de partij die onbillijk wordt beoordeeld, de verplichting op te leggen tot een uitkering in geld aan de partij die wordt benadeeld, een en ander zoals bedoeld in het voorgestelde art. 2:341 lid 2 BW.

14. Indien de aandelen waarom het gaat intussen zijn overgedragen aan een derde en aangenomen moet worden dat het hiervoor in VI nr. 9 besproken vraagstuk en hetgeen daarover in de Memorie van Toelichting valt te lezen, niet dan wel niet alleen betrekking heeft op de goederenrechtelijke geldigheid van de verkrijging van de aandelen waarom het gaat door een ‘niet te goeder trouw’ zijnde derde, maar wel dan wel ook op een ongedaanmakingsverplichting door die derde indien en omdat hij niet te goeder trouw is in de besproken zin, is de misère al geheel niet te overzien. Het zal dan voor de rechter vrijwel niet doenlijk zijn te bepalen wat de in het laatstgenoemde artikel genoemde billijkheid met zich dient te brengen, zowel in relatie tot de genoemde derde als in relatie tot degene die aan hem de aandelen had overgedragen.

15. Kortom, de, in een geding in twee feitelijke instanties aan de orde te stellen vragen in verband met de voorgestelde ongedaanmakingsverplichting, zijn mogelijk zo complex dat de aan de uitvoerbaarverklaring bij voorraad van de overdrachts- of overnameverplichting verbonden voordelen niet opwegen tegen de daardoor in het leven geroepen problematiek. Het lijkt erop dat de oplossing aan de voordeur – het versnellen van de geschillenprocedure – ruimschoots wordt gecompenseerd door het binnenhalen van een nieuw probleem aan de achterdeur door het openen van vergezichten op langdurige, kostbare en ingewikkelde civiele procedures die herstel, mede aan de hand van de vage notie van billijkheid, van de *status quo ante* op het oog hebben. Als die analyse niet onjuist is, dan is er alles voor te zeggen om, als de geschillenregeling dan toch de enige procedure moet zijn om conflicten tussen aandeelhouders op te lossen door overgang van aandelen, de huidige regelgeving in stand te laten. Dat geldt te meer nu de nieuw voorgestelde procedure wordt belast met een nieuw en mogelijk complex discussiepunt, neergelegd in lid 4 van het voorgestelde art. 2:334 BW, inhoudende dat bij het bepalen van de prijs van de aandelen de rechter desgevorderd een billijke verhoging kan toepassen indien – kort gezegd – de aandelen waarom het gaat waarde hebben verloren door het gedrag van de gedaagde aandeelhouder.<sup>37</sup> Hoe ingewikkeld en langdurig – en met weinig resultaat – over dat onderwerp kan worden geprocedeerd, valt bijvoorbeeld te zien in de eerdergenoemde<sup>38</sup> procedure daarover tussen de aandeelhouders van Stroomwerk Energy B.V. en Solar Bureau B.V.

37 Mijn bezwaar tegen die nieuwe bepaling heb ik eerder uiteengezet: Willems (2008), p. 88-89.

38 Zie het arrest van de Hoge Raad, vermeld in noot 15.

16. De door Bulten<sup>39</sup> geuite twijfel of de aanpassingen in de nieuwe geschillenregeling voldoende effect sorteren, en haar schatting ‘dat de inmiddels vertrouwde enquêteprocedure een snellere oplossing zal bieden bij geschillen tussen aandeelhouders dan de in het en wetsvoorstel Flex-BV voorgestelde geschillenregeling’, hebben beide naar mijn oordeel meer dan goede grond. En haar in dat verband gedane voorstel verdient bepaaldelijk instemming. Ik zal daarom enige aandacht schenken aan de relatie van de geschillenregeling en het enquêterecht. Dat deel van mijn deel van het Preadvies kan overigens kort zijn. Bulten heeft in haar reeds meermalen geciteerde fraaie proefschrift over de geschillenregeling in onderdeel VII.3<sup>40</sup> onder het hoofd ‘De verhouding met de enquêteprocedure’, aan die relatie de nodige aandacht geschonken. Ik ben het met haar betoog, haar voorstellen en de aangedragen argumentatie hartgrondig eens, heb daar weinig of niets aan toe te voegen en zou kunnen volstaan met verwijzing daarnaar, onder het slaken van de ‘absorptieformule’ dat haar betoog als hier herhaald en ingelast geldt. In ieder geval beperk ik mij verder tot slechts een enkele opmerking.

### **C. Enquêterecht en geschillenregeling**

#### *I. De huidige situatie*

1. Uiteraard betreft de enquêteprocedure – althans naar haar uiterlijke verschijningsvorm – niet een geschil tussen aandeelhouders, maar het beleid en de gang van zaken van de betrokken rechtspersoon. Maar als het gaat om een vennootschap, zullen ‘gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid’ veelal zijn terug te voeren op de gedragingen van – ook – de aandeelhouders en de tussen hen bestaande conflicten. Het beëindigen van die conflicten met het oog op het belang van de vennootschap, zal het perspectief zijn waarin het enquêterechtelijke instrumentarium van de artikelen 2:349a lid 2 en 356 BW moet worden aangewend.

2. Dat instrumentarium houdt, na de vaststelling dat sprake is (geweest) van wanbeleid, wat de aandeelhouders betreft in het schorsen of vernietigen van een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders en de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer, aldus art. 2:356 BW. Datzelfde geldt voor de onmiddellijke voorzieningen van art. 2:349a lid 2 BW, met dien verstande dat nu een onmiddellijke voorziening naar haar aard voorlopig dient te zijn,<sup>41</sup> vernietiging van een besluit niet aan de orde is.

3. Overdracht van aandelen als middel voor de oplossing van de vennootschappelijke kwaal is in art. 2:356 BW niet aan te treffen. Daaruit moet

39 L.c. p. 317-318.

40 L.c. p. 306-327.

41 HR 19 oktober 2001, NJ 2002/92 m.nt. Maeijer (*Skygate Holding B.V.*).

worden afgeleid dat dit middel ook niet voorhanden is, nu de ‘middelenlijst’ van het laatstgenoemde artikel limitatief is.<sup>42</sup> Als onmiddellijke voorziening is die overdracht reeds uitgesloten omdat een zodanige voorziening niet naar haar aard voorlopig is. Weliswaar kan met een bevel tot overdracht ten titel van beheer een definitieve overdracht worden ‘gestimuleerd’,<sup>43</sup> de overdracht zelf dient een beslissing van partijen te zijn.

## II. *De problematiek van de huidige situatie*

1. En daarmee is tegelijkertijd een mogelijk doemscenario geschetst. Indien de druk die uitgaat van reeds de enquêteprocedure zelf en van de overdracht ten titel van beheer als (onmiddellijke) voorziening, eventueel gecombineerd met andere voorzieningen die door een aandeelhouder als minder prettig worden ervaren, onvoldoende blijkt, als, met andere woorden, vasthoudende aandeelhouders in het conflict zijn betrokken, die er ook geen been in zien *ad calendas graecas* te procederen, ook al is dat noch in hun eigen belang, noch in het belang van de vennootschap of de andere aandeelhouder(s), dan is het inslaan van de lange weg van de geschillenregeling onvermijdelijk met het oog op het definitief uit de weg ruimen van het vennootschappelijke zeer.

2. Het meest extreme voorbeeld is aan te treffen in de zaak van de neven Van den Berg en de vader van een van hen, allen – onder meer – aandeelhouders van Van den Berg B.V. Bij verzoekschrift van 22 augustus 1984 is de enquêteprocedure gestart. Nadat in die procedure zes beschikkingen waren gegeven door de Ondernemingskamer en drie door de Hoge Raad, laatstelijk op 7 mei 1992, alsmede was vastgesteld dat het aandeelhouderschap van Arjen van den Berg en van diens vader Joop niet goed meer was te aanvaarden, leidde die procedure toch niet tot het noodzakelijke uiteengaan van de aandeelhouders. De opvolgende geschillenprocedure moest uitkomst bieden. Eerst nadat de Hoge Raad het cassatieberoep tegen het toewijzende arrest van de Ondernemingskamer had verworpen,<sup>44</sup> was de weg vrij voor aandelenoverdracht aan Arie, hetgeen tot het definitieve einde van intussen hoog opgelopen geschil leidde. Het valt niet goed in te zien waarom niet aansluitend aan de beschikking van de Ondernemingskamer van 24 januari 1985, waarin wanbeleid werd vastgesteld en voorzieningen werden getroffen die tot effect hadden dat de zeggenschap aan Arjen en diens vader Joop in hun verschillende hoedanigheden werd ontnomen, de aandelenoverdracht die later volgde niet had kunnen worden bevolen. Het was immers toen al niet voor enige twijfel vatbaar dat dit – voorlans of achterlans – onvermijdelijk was.

---

42 HR 1 maart 2002, *ARO* 2002/40, met toevoeging 40A na *ARO* 2002/71, *JOR* 2002/79 m.nt. F.J.P. van den Ingh (*Zwagerman Beheer B.V. I*).

43 Bulten I.c. p. 309.

44 HR 8 december 1993, *NJ* 1994/273 m.nt. Maeijer (*Van den Berg B.V.*).

3. Soortgelijke opmerkingen kunnen worden gemaakt naar aanleiding van het conflict tussen vader en zoon Hoffmann, aandeelhouders en bestuurders van Hoffmann Beheer B.V. en Hoffmann Bedrijfsrecherche B.V. Nadat de enquêteprocedure haar processuele einde had gevonden in de beschikking van de Hoge Raad van 28 juni 2000,<sup>45</sup> was ook een geschillenprocedure nodig om het resultaat te bereiken dat onmiskenbaar van meet af aan het enig redelijkerwijze denkbare zou kunnen zijn. In die laatste procedure, die eveneens tot in cassatie werd doorgezet,<sup>46</sup> deed zich nog de gelukkige omstandigheid voor dat de prijs van de over te dragen aandelen statutair was vastgelegd op hun nominale waarde, zodat een kostbaar en langdurig deskundigenonderzoek achterwege kon blijven.

### III. *Verhouding tussen het enquêterecht en de nieuwe geschillenregeling*

1. Het is vaste rechtspraak dat ruziënde aandeelhouders de keuze hebben uit de enquêteprocedure en de geschillenprocedure en dat zij deze procedures ook beide kunnen entameren, hetzij tegelijkertijd hetzij consecutief. Er is dus geen sprake van een verhouding van een *lex specialis* en een *lex generalis* waarvoor geldt dat de laatste wijkt voor de eerste. Het spreekt uiteraard voor zich dat ieder van die procedures door haar eigen regels wordt geregeerd.

2. Het is vaste praktijk dat aan de enquêteprocedure de voorkeur wordt gegeven, in de hoop dat het aandeelhoudersconflict uit de wereld wordt geholpen. Vaak lukt dat, maar niet steeds, in welk geval – dus – de route van de geschillenprocedure alsnog moet worden gegaan.

3. De genoemde vaste rechtspraak en de genoemde vaste praktijk, deze in samenhang met de complexiteit van de geschillenregeling, heeft diverse schrijvers tot het standpunt gebracht dat gedwongen overdracht of overname van aandelen na vastgesteld wanbeleid als een van de mogelijke voorzieningen als bedoeld in art. 2:356 BW zou dienen te worden opgenomen.<sup>47</sup>

4. De wetgever heeft zich tot nu toe in de discussie naar aanleiding van de ontwikkelde rechtspraak en het genoemde standpunt buitengewoon rustig gehouden.<sup>48</sup> In de parlementaire stukken inzake de Flex-BV wordt het thema in het geheel niet aangeroerd. In de departementale stukken over de herziening

<sup>45</sup> NJ 2000/556 m.nt. Maeijer (*Hoffmann Beheer B.V. en Hoffmann Bedrijfsrecherche B.V.*).

<sup>46</sup> HR 21 januari 2005, NJ ARO 2005/30, JOR 2005/57, NJ 2005/126 m.nt. Maeijer (*Hoffmann Beheer B.V.*).

<sup>47</sup> Zie voor dit alles uitvoerig Bulten l.c. p. 306-317.

<sup>48</sup> Hoewel in de wandelgangen valt te vernemen dat inmiddels in de kantoren van het Ministerie van Justitie over het in art. 2:356 BW opnemen van enige voorziening tot overdracht of overname van aandelen wordt gefilosofeerd.

van het enquêterecht<sup>49</sup> wordt wel melding gemaakt van de voorgestelde nieuwe geschillenregeling,<sup>50</sup> maar wordt het op enige wijze aan elkaar koppelen van de beide procedures niet aan de orde gesteld. Dat is te betreuren, want met andere schrijvers en met ‘ervaringsdeskundigen’<sup>51</sup> meen ik dat dat het introduceren van de overdracht van aandelen als voorziening in art. 2:356 BW een welkome, zo niet noodzakelijke aanvulling op het juridische instrumentarium zou vormen, waaraan in de praktijk grote behoefte bestaat. Een ‘flitscheiding’ als het in de vennootschappelijke samenwerking echt niet meer kan, verkort het ongemak van het, op zichzelf betreurenswaardige conflict tussen aandeelhouders. Ten slotte zal ik daarom aan dat thema enige aandacht schenken.

#### IV. Overdracht van aandelen als voorziening in art. 2:356 BW

1. Tegen de laatstgenoemde voorziening zijn verschillende bezwaren aangevoerd. Zij zijn door Bulten op de vaker aangehaalde plaats<sup>52</sup> met kracht van argumenten gewogen en te licht bevonden. Ik loop een enkel bezwaar kort langs.

2. De gedachtengang dat het in de geschillenregeling gaat om een vermogensrechtelijk belang van de aandeelhouders en in de enquêteprocedure om het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, miskent dat een goede verhouding tussen aandeelhouders in het belang is van de vennootschap, en abstraheert dan ook daarvan ten onrechte. De deelbelangen van de bij de vennootschap betrokkenen en het vennootschappelijk belang zijn geen uit elkaar te halen grootheden<sup>53</sup>. Conflicten tussen aandeelhouders zijn nu juist bij uitstek in de besloten verhoudingen waarop de geschillenregeling ziet, de reden waarom aan het beleid van de vennootschap valt te twijfelen. Anders gezegd, het hier bedoelde bezwaar doet *form over substance* prevaleren en negeert het materiele vraagstuk dat aan de orde is. Bovendien miskent dit bezwaar dat althans wat betreft de uitstootvordering, de ‘geraaktheid’ in negatieve zin van de vennootschap een voorwaarde voor toewijzing is.

---

49 Ingeleid met het ambtelijk voorontwerp voor een wetsvoorstel tot aanpassing van het enquêterecht, waarin in de conceptmemorie van toelichting wel melding wordt gemaakt van de voorgenomen herziening van de geschillenregeling, maar niet – ook – de vraag onder ogen wordt gezien of invoering van de in de tekst genoemde voorziening wenselijk is; zie [www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/enqueterecht](http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/enqueterecht).

50 Met de optimistische toevoeging dat daardoor het aantal enquêtezaken bij kleinere vennootschappen zal afnemen ten gunste van de geschillenprocedure; zie vorige noot.

51 Bulten l.c. p. 322.

52 Bulten l.c. p. 319-322.

53 Voor een uitgebreidere beschouwing over dit thema van de verknooptheid van deelbelangen en het algemene vennootschappelijke belang zie J.H.M. Willems, ‘De schikkende rechter: heling van vennootschappelijke schizofrenie’, *Onderneming en ADR*, Uitgave van het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid Radboud Universiteit, Deventer: Kluwer 2011.



3. Terecht wordt verder door Bulten opgemerkt<sup>54</sup> dat niet als bezwaar kan gelden dat voor het treffen van de hier besproken voorziening in het onderzoeksverslag het handelen van de aandeelhouder moet worden beschreven. Iedere voorziening in het enquêterecht is immers gebaseerd op een zekere mate van individualisering en dient in het licht daarvan te worden gemotiveerd. En uiteraard dient er een evenredig verband te bestaan tussen de ingrijpendheid van de voorziening en de gevolgen voor bij de vennootschap betrokken belanghebbenden enerzijds en de aan de motivering te stellen eisen anderzijds, zoals dat verband naar de rechtspraak van de Hoge Raad door de Ondernemingskamer ook zichtbaar moet worden gemaakt in de – motivering van het treffen van – onmiddellijke voorzieningen.<sup>55</sup> Het hier besproken bezwaar wordt verder ook gekenmerkt door het eerder genoemde abstraherend denken. En het ziet vooral over het hoofd dat het introduceren van de voorziening nog geenszins verplicht tot het treffen ervan in alle gevallen waarin het conflict zich vooral tussen de aandeelhouders afspeelt. Anders dan in de zwart-witpositie van de geschillenregeling kan in de enquêteprocedure meer naar bevind van zaken en dus beter toegespitst op het concrete geval de meest geschikte beslissing vallen. Het is mede om die laatste reden dat redelijkerwijze ook geen bezwaar valt te maken onder de in te voeren voorziening ook te begrijpen het gedwongen moeten overnemen van de aandelen van een andere aandeelhouder door de aandeelhouder die in de eerste plaats voor het wanbeleid verantwoordelijk moet worden gehouden.

4. Het valt verder niet in te zien dat het treffen van de hier bedoelde voorziening de toets van art. 6 EVRM niet zou doorstaan. De vraag of die bepaling aan de Nederlandse uitkoopregeling in de weg staat, is door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens ontkennend beantwoord.<sup>56</sup> Hetzelfde antwoord op dezelfde vraag moet volgens de Hoge Raad worden gegeven voor de geschillenregeling.<sup>57</sup> Er is geen goede reden denkbaar waarom dat voor een voorziening in het enquêterecht die gedwongen overgang van aandelen tot gevolg heeft, anders zou moeten zijn. Het is, op de voet van de beslissing van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de Text Lite-zaak,<sup>58</sup> de taak van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad ervoor te zorgen dat ook in dat geval de procedure voldoet aan de eisen van een *fair trial*, alsmede ingevolge art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM dat de overdragende aandeelhouder een adequate compensatie ontvangt voor het verlies van zijn aandelen.<sup>59</sup> Maar als

54 Bulten l.c. p. 319.

55 Voor het eerst met zoveel woorden in Skygate Holding B.V.; zie noot 41.

56 EHRM 16 januari 2001, JOR 2001/81 (*Offenhaus/Nederland*).

57 HR 8 december 1993, NJ 1994/273 m.nt. Maeijer (*Van den Berg B.V.*).

58 EHRM 19 maart 2002, ARO 2002/49, JOR 2002/127 m.nt. H.J. de Kluiver (*Text Lite Holding N.V.*).

59 Zie daarover in meer algemene zin het mooie proefschrift van P. de Vries, *Exit rights of minority shareholders in a private limited company*, Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 72, onder meer p. 32-37.

dat gebeurt, zal ook de Nederlandse ‘onteigeningsregelgeving’ in het kader van het enquêterecht zeker Straatsburgse beoordeling<sup>60</sup> doorstaan.

5. De opneming van de geschillenregelingsvariant in de enquêteprocedure heeft ten slotte als bijkomend voordeel dat de Ondernemingskamer naar bevind van zaken kan bezien of een deskundigenbericht nodig is, dan wel dat anderszins wordt bewerkstelligd dat de vertrekkende aandeelhouder een faire tegenprestatie ontvangt voor zijn aandelen.

6. En met Bulten<sup>61</sup> meen ik dat het introduceren van de overdracht van aandelen als voorziening in het enquêterecht – zeker voorshands – niet behoeft te betekenen dat de geschillenregeling dient te worden geschrapt. Hoewel wel aannemelijk lijkt dat zij een stille dood zal sterven.

7. Eerder is opgemerkt dat onder het huidige recht aandelenoverdracht als voorziening in het enquêterecht vanwege het limitatieve karakter van art. 2:356 BW niet aan de orde kan komen. Intussen kan echter de vraag worden gesteld of dit *statement* niet enige nuancering behoeft. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat de manier waarop de rechtspraak met betrekking tot art. 2:349a lid 2 BW zich heeft ontwikkeld, tot resultaten kan leiden die *in substance* niet onvergelijkbaar zijn met het resultaat dat wordt gegenereerd door een geslaagde geschillenprocedure. In de tweede plaats heeft onlangs een exegetische van de overdracht ten titel van beheer als bedoeld in art. 2:356 aanhef en onder e BW het licht gezien, die, indien juist, perspectief biedt op een min of meer definitieve overdracht van aandelen, zo niet bij wijze van voorziening in, dan toch als resultante van de enquêteprocedure.

8. Wat die rechtspraak betreft doel ik op de recente beslissingen van de Ondernemingskamer en Hoge Raad in de Inter Access-zaak.<sup>62</sup> In die zaak accordeerde de Hoge Raad de zonder twijfel zeer vergaande onmiddellijke voorziening dat – kort samengevat – het bestuur van de vennootschap bevoegd werd gemaakt, zonder besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders, aandelen uit te geven aan een van haar financiers, met uitsluiting van het voorkeursrecht van de overige aandeelhouders, dat als daartoe een verhoging van het maatschappelijk kapitaal nodig zou zijn, daarover kon worden beslist in een op korte termijn te beleggen algemene vergadering van aandeelhouders met terzijdestelling van de statutaire quorumeisen en dat het de aandeelhouder wiens gedrag bekritiseerd werd, bij wijze van schorsing van het aan zijn aandelen verbonden stemrecht, onmogelijk werd gemaakt aan de stemming in de

---

60 Die niet eist dat steeds aanspraak moet bestaan op een rechtsgang in twee feitelijke instanties.

61 Bulten l.c. p. 326.

62 OK 31 december 2009, *ARO* 2010/6, *JOR* 2010/60 m.nt. A. Doorman, *Ondernemingsrecht* 2010-7, p. 65 m.nt. B.F. Assink, OK 3 november 2010, *ARO* 2010/168, HR 25 februari 2011, *ARO* 2011/41, *JOR* 2011/115 m.nt. A. Doorman, *Ondernemingsrecht* 2011-5, p. 40 m.nt. B.F. Assink en HR 27 mei 2011, *ARO* 2011/123, *Ondernemingsrecht* 2011-9, p. 72 m.nt. B.F. Assink (*Inter Access Groep B.V.*).

algemene vergadering van aandeelhouders deel te nemen. De laatstgenoemde aandeelhouder hield 59,5% van de aandelen, de genoemde financier 30,2%. Nadat aan de voorzieningen uitvoering was gegeven, werden die percentages rond 11 onderscheidenlijk rond 80.

9. Deze beslissing heeft *de facto* tot gevolg dat de bepalende aandeelhouder verschrompelt tot een betrekkelijk onbetekenende minderheidsaandeelhouder. Van belang is voorts om te noteren dat de omvang van de verwatering geen rol speelde. Anders gezegd, er is geen aanleiding te veronderstellen dat de getroffen voorzieningen niet getroffen hadden kunnen of mogen worden indien in het licht van de omstandigheden van de zaak een noodzaak tot verwatering zou hebben bestaan tot een percentage dat verwaarloosbaar klein is, zelfs zo klein dat zij de bekritiseerde aandeelhouder zodanig over de rand van de afgrond duwt, dat zijn aandeelhouderschap door middel van een uitkoopprocedure geheel wordt beëindigd. Aldus is een gedwongen overdracht van de aandelen bij wijze van voorziening niet meer dan een enkele stap.

10. Wat de genoemde exegese betreft, Eikelboom heeft onlangs een interessant artikel over de overdracht van aandelen ten titel van beheer bij wijze van voorziening in het enquêterecht het licht doen zien.<sup>63</sup> Kort samengevat betoogt hij daarin, met een beroep op het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3 BW, dat overdracht ten titel van beheer bij wijze van voorziening de volledige eigendom van de aandelen doet overgaan naar de beheerder, met alle goederenrechtelijke bevoegdheden die daaruit voortvloeien en met gevolg dat de aandelen het vermogen van de aandeelhouder hebben verlaten. En dat betekent dat, behoudens wanneer de beschikking van de Ondernemingskamer dat belet, de beheerder de aandelen aan een derde kan overdragen, waarmee hij definitieve en onomkeerbare gevolgen bewerkstelligt. In de opvatting van Eikelboom kan voorts een schuldeiser van de beheerder beslag leggen op de aandelen en tot executie overgaan, met als gevolg dat de aandelen in andere handen overgaan. Hij voegt daaraan toe dat een dergelijke executieverkoop een impasse in de aandeelhoudersvergadering zou kunnen doorbreken.

11. Eikelboom beroept zich ter staving van zijn standpunt op de Fuldauer-beschikking van de Hoge Raad<sup>64</sup> en een van de beschikkingen van de Ondernemingskamer in de e-Traction-zaak.<sup>65</sup> In de eerstgenoemde beschikking oordeelde de Hoge Raad, onder verwijzing naar de regeling van het enquêterecht, dat de op de voet van art. 2:298 BW tijdelijk benoemde bestuurder van een stichting de bevoegdheid heeft besluiten te nemen met

63 F. Eikelboom, 'Enkele vermogensrechtelijke beschouwingen ten aanzien van overdracht van aandelen ten titel van beheer bij wijze van voorziening in het enquêterecht', *Ondernemingsrecht* 2011-8, p. 57.

64 HR 19 februari 2010, *JOR* 2010, 31.

65 Ondernemingskamer 8 september 2008, *ARO* 2008/159, *JOR* 2009/127 (*e-Traction Europe B.V., e-Traction Finance B.V., e-Traction Manufacturing B.V.*).

definitieve of onherroepelijke gevolgen. De Ondernemingskamer overwoog in de laatstgenoemde beschikking dat de bij wijze van voorziening tijdelijk benoemde beheerder van de aandelen ter zake van die aandelen bevoegd zal zijn alle daaraan verbonden rechten uit te oefenen, de overdracht ter certificering daaronder begrepen. Die laatste overdracht heeft inmiddels plaatsgevonden, en is ten overstaan van de Ondernemingskamer tevergeefs bestreden,<sup>66</sup> terwijl de geldingsduur van de eerder bevolen overdracht ten titel van beheer intussen is beëindigd per de datum van de notariële akte van de overdracht ter certificering aan een derde.<sup>67</sup>

12. Eikelboom noteert voorts nog dat bovendien op andere wijzen in het kader van een enquêteprocedure een gedwongen overdracht van aandelen kan worden bewerkstelligd, bijvoorbeeld doordat na de vaststelling van wanbeleid een (tijdelijke) statutaire uitstoot- of uitredingsregeling kan worden opgelegd, naar aan te nemen valt op de voet van art. 2:356 aanhef en onder d BW.

13. Mede omdat ik bij de totstandkoming van de e-Traction-beschikkingen ben betrokken, volsta ik met op te merken dat de door Eikelboom ontwikkelde gedachten boeiende stof tot nadenken geven. Mocht hij gelijk hebben, dan is de behoefte aan wettelijke uitbreiding van de enquêtefaciliteiten minder urgent. Maar dat hij dat gelijk heeft is niet vanzelfsprekend. De vraag is of met zijn opvatting de spankracht van de wettelijke bepalingen met betrekking tot de enquêtevoorzieningen niet te zeer op de proef wordt gesteld. Temeer is dat een vraag omdat, gelet op de dogmatische redengeving van zijn opvatting, de door hem mogelijk geachte aandelenoverdracht ook kan plaatsvinden enkel op basis van de overdracht ten titel van beheer bij wijze van onmiddellijke voorziening, dus zonder onderzoek. Dat gaat heel ver. Mij dunkt dat het stelsel van het enquêterecht meebrengt dat slechts in uitzonderlijke gevallen zo een overdracht aan een derde valt te rechtvaardigen.

14. Maar wat daarvan zij, alles bijeengenomen moet de conclusie zijn dat de wetgever met het oog op een goede rechtsbedeling er om drie redenen goed aan zou doen niet langer te talmen met het invoeren van overdracht en overname van aandelen als voorziening in het enquêterecht. Zoals hiervoor<sup>68</sup> uiteengezet, is het, dat in de eerste plaats, zeer twijfelachtig of de voorgestelde nieuwe geschillenregeling per saldo een verbetering laat zien. Bepaald niet uit te sluiten valt dat het saldo in rode cijfers moet worden geschreven. En aan de poorten van het enquêterecht, dat ten tweede, wordt voortdurend gerammeld. Als de wetgever afzijdig blijft is niet uit te sluiten dat de meergenoemde voorziening

66 Ondernemingskamer 10 november 2010, *ARO* 2010/169, *JOR* 2011/9 m.nt. M.W. Josephus Jitta (*e-Traction Europe B.V.*; *e-Traction Finance B.V.*; *e-Traction Manufacturing B.V.*).

67 Ondernemingskamer 18 december 2009, *ARO* 2010/12, *JOR* 2010/42 m.nt. M.W. Josephus Jitta en T. Bakhuysen (*e-Traction Europe B.V.*; *e-Traction Finance B.V.*; *e-Traction Manufacturing B.V.*).

68 En in het veelvuldig geciteerde proefschrift van Bulten nog veel beter.

in allerlei, wellicht voor hoogstaande discussies vatbare, verschijningsvormen de kop zal gaan opsteken. Die discussies over de houdbaarheid van die verschijningsvormen worden dan immers onvermijdelijk. Die discussies zijn niet per se bevorderlijk voor een goed functioneren van de vennootschap, waarbij alle betrokkenen belang hebben. En bovenal en ten derde, recht is geen speeltje van juristen, recht moet effectief, gemakkelijk hanteerbaar, nuttig en praktisch zijn. Over het recht moet gezegd kunnen worden – om, zoals dat betaamt in een beschouwing over de geschillenregeling, Bulten het laatste woord te geven – :<sup>69</sup> ik ben voorstander van eenvoud!

---

69 Bulten l.c. p. 320.



## BIJLAGE 1

Doorlopende wettekst van afdeling 1 van titel 8 Boek 2 BW, na invoering van het wetsvoorstel Flex-BV<sup>1</sup>

### *Artikel 335*

1. De bepalingen van deze afdeling zijn van toepassing op de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid.
2. De bepalingen van deze afdeling zijn eveneens van toepassing op de naamloze vennootschap waarvan de statuten:
  - a. uitsluitend aandelen op naam kennen,
  - b. een blokkeringsregeling bevatten, en
  - c. niet toelaten dat met medewerking van de vennootschap certificaten aan toonder worden uitgegeven.

### *Artikel 336*

1. Een of meer houders van aandelen die alleen of gezamenlijk ten minste een derde van het geplaatste kapitaal verschaffen, kunnen van een aandeelhouder die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt of heeft geschaad, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld, in rechte vorderen dat hij zijn aandelen overeenkomstig artikel 341 overdraagt.
2. De vordering kan niet worden ingesteld door de vennootschap of een dochtermaatschappij van de vennootschap. De houder van aandelen waarvan de vennootschap of een dochtermaatschappij certificaten houdt, kan de vordering slechts instellen indien en voor zover certificaten door anderen worden gehouden. Een aandeelhouder ten titel van beheer kan de vordering slechts voor door hem beheerde aandelen instellen indien de desbetreffende certificaathouders daarmee tevoren hebben ingestemd.
3. Tot de kennisneming van de vordering is in eerste aanleg uitsluitend bevoegd de rechtbank van de woonplaats van de vennootschap. Hoger beroep kan uitsluitend worden ingesteld bij de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam. Artikel 344 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is van toepassing met dien verstande dat voor 'een meervoudige kamer' wordt gelezen: de ondernemingskamer.

---

<sup>1</sup> De hier afgedrukte integrale tekst behelst eveneens de aanpassingen van de (voorgestelde) Invoeringswet, en bevat de wijzigingen zoals voorzien op 1 september 2011. Zie ook resp. Kamerstukken 31 058, nr. A (Wetsvoorstel Flex-BV) en Kamerstukken 32 426, nr. 2 (Wetsvoorstel Invoeringswet Flex-BV).

4. De rechter kan zijn beslissing omtrent de vordering voor een door hem te bepalen termijn aanhouden, indien ten processe blijkt dat de vennootschap of één of meer aandeelhouders op zich nemen maatregelen te treffen waardoor het nadeel dat de vennootschap lijdt zoveel mogelijk wordt ongedaan gemaakt of beperkt.

5. De in lid 3, eerste en tweede zin, bedoelde rechter is eveneens bevoegd kennis te nemen van met de in lid 1 bedoelde gedragingen samenhangende vorderingen tussen dezelfde partijen of tussen een der partijen en de vennootschap.

#### *Artikel 337*

1. Indien de statuten of een overeenkomst een regeling bevatten voor de oplossing van geschillen als in deze afdeling bedoeld, kan op een daarin opgenomen afwijking van deze afdeling geen beroep worden gedaan voorzover deze de overdracht van aandelen onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt.

2. In de statuten of een overeenkomst kan worden bepaald dat geschillen als in deze afdeling bedoeld, dadelijk ter kennis worden gebracht van de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam of aan arbitrage worden onderworpen, dan wel anderszins wordt afgeweken van de rechterlijke bevoegdheid als geregeld in artikel 336 leden 3 en 5.

#### *Artikel 338*

1. Nadat de dagvaarding aan hem is betekend en tot de dag waarop het vonnis onherroepelijk is geworden, kan de gedaagde zijn aandelen niet vervreemden, verpanden of daarop een vruchtgebruik vestigen, tenzij de eisers daarvoor toestemming verlenen. Indien de eisers de toestemming weigeren, kan de rechter voor wie het geschil aanhangig is op vordering van gedaagde de toestemming verlenen, indien gedaagde bij de rechtshandeling een redelijk belang heeft. Tegen de beslissing van de rechter staat geen hogere voorziening open.

2. Nadat de vordering is toegewezen, kan de gedaagde de aandelen slechts overdragen met inachtneming van de artikelen 339 tot en met 341.

3. Een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 223 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering kan worden getroffen met werking tot het tijdstip dat de aandelen worden overgedragen. Een vordering tot het treffen van een voorlopige voorziening wordt met de meeste spoed behandeld.

#### *Artikel 339*

1. Indien de vordering wordt toegewezen benoemt de rechter een of meer deskundigen die over de prijs schriftelijk bericht moeten uitbrengen. De artikelen 194 tot en met 199 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn voor het overige van toepassing. De artikelen 351 en 352 zijn van overeenkomstige toepassing. Van het vonnis waarbij de vordering wordt toegewezen kan hoger beroep slechts worden ingesteld tegelijk met dat van het vonnis, bedoeld in artikel



340 lid 1, tenzij de rechter anders heeft bepaald. Tegen de deskundigenbenoeming staat geen hogere voorziening open.

2. Indien tussen partijen op grond van de statuten of een overeenkomst in de zin van artikel 337 lid 1 bepalingen omtrent de vaststelling van de waarde van de aandelen gelden, stellen de deskundigen hun bericht op met inachtneming daarvan.

3. De rechter kan in afwijking van lid 1 de benoeming van deskundigen achterwege laten, indien tussen partijen overeenstemming bestaat over de waardering van de aandelen, alsmede indien de statuten of een overeenkomst in de zin van artikel 337 lid 1 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.

#### *Artikel 340*

1. Zijn deskundigen benoemd, dan bepaalt de rechter de prijs van de aandelen nadat de deskundigen hun bericht hebben uitgebracht. Bij hetzelfde vonnis bepaalt hij tevens wie van de partijen de kosten van het deskundigenbericht moet dragen. Hij kan ook bepalen dat de vennootschap de kosten moet dragen na deze ter zake te hebben gehoord. Hij kan de kosten verdelen tussen partijen onderling of tussen partijen of een van hen en de vennootschap.

2. Vindt geen benoeming van deskundigen plaats, dan bepaalt de rechter de prijs van de aandelen in het vonnis waarbij de vordering wordt toegewezen.

3. Met bepalingen in de statuten of een overeenkomst omtrent de vaststelling van de waarde van de aandelen houdt de rechter geen rekening voorzover dat tot een kennelijk onredelijke prijs zou leiden.

4. Het vonnis houdt tevens een veroordeling in van de eisers tot contante betaling van de hun zo nodig na toepassing van artikel 341 lid 5 over te dragen aandelen. Indien artikel 341 lid 6 van toepassing is, omvat die veroordeling mede de certificaathouders die met het instellen van de vordering hebben ingestemd.

#### *Artikel 341*

1. De gedaagde is verplicht binnen twee weken nadat hem een afschrift van het vonnis als bedoeld in artikel 340 lid 1 is betekend, zijn aandelen aan de eisers te leveren en de eisers zijn verplicht de aandelen tegen gelijktijdige betaling van de vastgestelde prijs te aanvaarden, behoudens het bepaalde in lid 2. Was het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard, dan heeft betekening daarvan slechts het in de eerste zin bedoelde gevolg als zij geschiedt nadat het vonnis alsnog uitvoerbaar bij voorraad is verklaard of onherroepelijk is geworden. De aanvaarding geschiedt zoveel mogelijk naar evenredigheid van ieders aandelenbezit, tenzij anders wordt overeengekomen. Met eisers worden gelijkgesteld de aandeelhouders die zich in het rechtsgeding aan de zijde van de eisers hebben gevoegd en daarbij de wens te kennen hebben gegeven in dezelfde positie als de eisers te worden geplaatst.

2. Indien de aandeelhouder die een of meer aandelen wil vervreemden, deze ingevolge artikel 195 of een regeling in de statuten moet aanbieden aan zijn mede-aandeelhouders of anderen, biedt de vennootschap de aandelen onverwijld nadat een afschrift van het vonnis aan haar is betekend, schriftelijk namens de gedaagde aan de aandeelhouders of anderen aan, zoveel mogelijk met overeenkomstige toepassing van de wettelijke of statutaire regeling en deelt hun daarbij tevens de vastgestelde prijs mee. Zij kunnen het aanbod binnen een maand na verzending van de mededeling aanvaarden door schriftelijke kennisgeving aan de vennootschap. Binnen een week na het verstrijken van deze termijn deelt de vennootschap aan de gedaagde en de eisers mee of en zo ja hoeveel aandelen zijn aanvaard en aan wie deze zijn toegewezen. De gedaagde is verplicht onverwijld na ontvangst van deze mededeling zijn aandelen aan de mede-aandeelhouders of de anderen te leveren tegen gelijktijdige betaling. Lid 1, tweede zin, is van overeenkomstige toepassing.

3. Indien in het geval van lid 2 geen aandelen zijn aanvaard of minder aandelen zijn aanvaard dan zijn aangeboden, of de vastgestelde prijs niet binnen twee weken na ontvangst van de mededeling van de vennootschap omtrent de toewijzing van de aandelen aan de gedaagde die tot gelijktijdige levering wilde overgaan wordt voldaan, vindt lid 1 toepassing ten aanzien van de aandelen, de overgebleven aandelen of de aandelen waarvoor niet tijdig betaling is ontvangen.

4. Blijft de gedaagde in gebreke met de levering van zijn aandelen, dan levert de vennootschap namens hem de aandelen tegen gelijktijdige betaling.

5. Blijven een of meer eisers in gebreke met de aanvaarding van de aandelen tegen gelijktijdige betaling van de vastgestelde prijs, dan zijn de overige eisers verplicht om binnen twee weken nadat dit is komen vast te staan die aandelen tegen gelijktijdige betaling te aanvaarden, ieder zoveel mogelijk naar evenredigheid van zijn aandelenbezit.

6. Is een eiser aandeelhouder ten titel van beheer, dan zijn naast hem de certificaathouders die met het instellen van de vordering hebben ingestemd, aansprakelijk voor het krachtens dit artikel verschuldigde, ieder zoveel mogelijk naar evenredigheid van zijn bezit aan certificaten. Blijven een of meer van deze certificaathouders in gebreke, dan zijn de overige certificaathouders die met het instellen van de vordering hebben ingestemd verplicht dat deel te voldoen, ieder zoveel mogelijk naar evenredigheid van zijn bezit aan certificaten.

7. Op verzoek van een partij beslist de rechter die de vordering in eerste instantie of in hoger beroep heeft toegewezen over geschillen betreffende de uitvoering van de regeling. Tegen deze beslissing staat geen hogere voorziening open.

#### *Artikel 341a*

1. Wordt een vonnis als bedoeld in artikel 340 lid 1 na het instellen van een rechtsmiddel vernietigd, dan blijft de rechtsgrond voor op grond van dat vonnis verrichte handelingen in stand, maar ontstaat voor partijen een verbintenis tot ongedaanmaking van de reeds ingetreden gevolgen.

2. Indien de reeds ingetreden gevolgen bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt of de billijkheid zulks anderszins vordert, kan de rechter desgevraagd de verplichting tot ongedaanmaking beperken of uitsluiten. Hij kan aan een partij die daardoor onbillijk wordt beoordeeld, de verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die benadeeld wordt.

*Artikel 342*

1. Een of meer houders van aandelen die alleen of gezamenlijk ten minste een derde van het geplaatste kapitaal verschaffen, kunnen 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.

2. Een afschrift van het exploit van dagvaarding moet onverwijld door eisers aan de houder van het aandeel, die niet zelf tevens eiser is, worden betekend. Artikel 336, leden 2, 3 en 4 en artikel 339 lid 2 zijn van toepassing en de artikelen 337 en 338 leden 1 en 3, tweede volzin zijn van overeenkomstige toepassing, in dier voege dat in het geval van artikel 338 lid 1 de vruchtgebruiker of pandhouder het vruchtgebruik of het pandrecht niet op een ander kan doen overgaan.

3. Indien de vordering tot overgang van het stemrecht is toegewezen, vindt de overgang plaats door het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis.

*Artikel 343*

1. 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 gevergd, 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. Een vordering tot uittreding kan ook worden ingesteld tegen de vennootschap op grond van gedragingen van één of meer mede-aandeelhouders of van de vennootschap zelf. Een vordering tegen de vennootschap kan evenwel niet worden toegewezen, voorzover artikel 98 of 207 aan verkrijging van de aandelen door de vennootschap in de weg staat, met dien verstande evenwel dat geen rekening wordt gehouden met het vereiste van een machtiging als bedoeld in artikel 98 lid 4 of een daarmee vergelijkbaar statutair voorschrift dan wel een na het tijdstip van instellen van de vordering ten nadele van eiser tot stand gebrachte wijziging van de statuten. Bij toewijzing van de vordering is artikel 207 lid 3 niet van toepassing.

2. De artikelen 336 leden 3, 4 en 5, 337, 338 leden 1 en 3, 339 en 340, leden 1, 2 en 3 zijn van toepassing of van overeenkomstige toepassing.

3. Is de vordering 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. De oproeping geschiedt uiterlijk tegen de voor het nemen van de conclusie van antwoord bepaalde dag.
4. Bij het bepalen van de prijs van de aandelen kan de rechter desgevorderd 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.
5. Bij toewijzing van de vordering tot uittreding bevat het vonnis tevens een veroordeling van de eiser tot levering aan gedaagden van de hun, zo nodig na toepassing van artikel 343a lid 5, over te dragen aandelen.

*Artikel 343a*

1. Binnen twee weken nadat hem een afschrift is betekend van het vonnis waarbij de prijs van de aandelen is bepaald, is ieder van de gedaagden verplicht het door de rechter vastgestelde aantal aandelen tegen gelijktijdige betaling van de vastgestelde prijs over te nemen, behoudens lid 2, en is de eiser verplicht zijn aandelen aan de gedaagden te leveren. Was het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad verklaard, dan heeft betekening daarvan slechts het in de eerste zin bedoelde gevolg als zij geschiedt nadat het vonnis alsnog uitvoerbaar bij voorraad is verklaard of onherroepelijk is geworden. Met gedaagden worden gelijkgesteld de aandeelhouders die zich in het rechtsgeding aan de zijde van de gedaagden hebben gevoegd en daarbij de wens te kennen hebben gegeven in dezelfde positie als de gedaagden te worden geplaatst.
2. Indien de aandeelhouder die een of meer aandelen wil vervreemden deze ingevolge artikel 195 of een regeling in de statuten moet aanbieden aan zijn mede-aandeelhouders of anderen, biedt de vennootschap de aandelen onverwijld nadat een afschrift van het vonnis aan haar is betekend, schriftelijk namens de eiser aan de aandeelhouders of anderen aan, zoveel mogelijk met overeenkomstige toepassing van de wettelijke of statutaire regeling en deelt hun daarbij tevens de vastgestelde prijs mee. Zij kunnen het aanbod binnen een maand na verzending van de mededeling aanvaarden door schriftelijke kennisgeving aan de vennootschap. Binnen een week na het verstrijken van deze termijn deelt de vennootschap aan de eiser en de gedaagden mee of en zo ja hoeveel aandelen zijn aanvaard en aan wie deze zijn toegewezen. De eiser is verplicht onverwijld na ontvangst van deze mededeling zijn aandelen aan de mede-aandeelhouders of de anderen te leveren tegen gelijktijdige betaling. Lid 1, tweede zin, is van overeenkomstige toepassing.
3. Indien in het geval van lid 2 geen aandelen zijn aanvaard of minder aandelen zijn aanvaard dan zijn aangeboden, of de vastgestelde prijs niet binnen twee

weken na ontvangst van de mededeling van de vennootschap omtrent de toewijzing van de aandelen aan de eiser die tot gelijktijdige levering wilde overgaan wordt voldaan, vindt ten aanzien van de aandelen, de overgebleven aandelen of de aandelen waarvoor niet tijdig betaling is ontvangen lid 1 toepassing, met dien verstande dat de aanvaarding van de niet afgenomen aandelen door de gedaagden zoveel mogelijk geschiedt naar evenredigheid van het voor ieder overeenkomstig lid 1 vastgestelde aantal aandelen.

4. Blijft de eiser in gebreke met de levering van zijn aandelen, dan levert de vennootschap namens hem de aandelen, tegen gelijktijdige betaling.

5. Blijven een of meer gedaagden in gebreke met de aanvaarding van de aandelen tegen gelijktijdige betaling van de vastgestelde prijs, dan zijn de overige gedaagden verplicht om binnen twee weken nadat dit is komen vast te staan die aandelen tegen gelijktijdige betaling te aanvaarden, zoveel mogelijk naar evenredigheid van het voor ieder overeenkomstig lid 1 vastgestelde aantal aandelen.

6. Is een gedaagde aandeelhouder ten titel van beheer, dan zijn naast hem de certificaathouders aansprakelijk voor het krachtens dit artikel verschuldigde, ieder zoveel mogelijk naar evenredigheid van zijn bezit aan certificaten. Blijven een of meer certificaathouders in gebreke, dan zijn de overige certificaathouders verplicht dat deel te voldoen, ieder zoveel mogelijk naar evenredigheid van zijn bezit aan certificaten. De eerste en tweede zin vinden slechts toepassing op certificaathouders die door de eiser tijdig in het geding zijn opgeroepen. Zo nodig verstrekt de gedaagde aan eiser de daartoe benodigde gegevens.

7. Op verzoek van een partij beslist de rechter die de vordering in eerste instantie of in hoger beroep heeft toegewezen over geschillen betreffende de uitvoering van de regeling. Tegen deze beslissing staat geen hogere voorziening open.

#### *Artikel 343b*

In het geval van vernietiging van het vonnis als bedoeld in artikel 343a lid 1 is artikel 341a van overeenkomstige toepassing.

#### *Artikel 343c*

1. Bestaat tussen een aandeelhouder en een of meer van zijn mede-aandeelhouders of de vennootschap overeenstemming dat de aandeelhouder zijn aandelen zal overdragen tegen gelijktijdige betaling van een nader vast te stellen prijs, dan kunnen zij zich bij gezamenlijk verzoekschrift wenden tot de rechter, bedoeld in artikel 336 lid 3, teneinde de prijs van de aandelen te doen vaststellen. Het verzoek kan ook worden gedaan door één der partijen, mits de andere partij in zijn verweerschrift verklaart zich daartegen niet te verzetten.

2. Partijen kunnen de rechter verzoeken 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

#### BIJLAGE 1

omstandigheden waarmee bij de waardering rekening moet worden gehouden. Voorzover partijen niet eenstemmig zijn, beslist de rechter naar billijkheid.

3. De procedure wordt gevoerd als verzoekschriftprocedure, waarbij de artikelen 343 lid 2 en 343a zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing zijn.

4. Indien partijen in het verzoekschrift dan wel overeenkomstig lid 1, tweede zin, verklaren dat zij omtrent de prijs van de aandelen een bericht van deskundigen wensen dat tussen hen de werking van een vaststellingsovereenkomst zal hebben, zijn de wettelijke bepalingen betreffende het voorlopig deskundigenbericht voorzoveel nodig van overeenkomstige toepassing. Een partij kan op artikel 904 lid 1 van Boek 7 slechts een beroep doen gedurende vier weken vanaf de verzending van het voorlopig deskundigenbericht aan die partij door de griffier op de voet van artikel 198 lid 4 in verband met artikel 205 lid 1 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Bij toepassing van artikel 904 lid 2 van Boek 7 is de in artikel 336 lid 3 bedoelde rechter bevoegd. Diezelfde rechter beslist op verzoek van een partij over geschillen betreffende de uitvoering van de overdracht.

5. Tegen beslissingen van de rechter als bedoeld in dit artikel staat geen hogere voorziening open.

#### *Artikel 997a Rv*

1. Een afschrift van het exploit van dagvaarding waarbij een vordering bij de rechtbank wordt ingesteld als bedoeld in de artikelen 336, 342 en 343 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt onverwijld door de eiser aan de vennootschap betekend.

2. Binnen twee weken na de betekening stelt de vennootschap de niet gedagvaarde aandeelhouders schriftelijk in kennis van de inhoud van de dagvaarding.

3. Van ieder vonnis wordt een afschrift door de griffier behalve aan partijen tevens aan de vennootschap toegezonden. Een afschrift van het vonnis als bedoeld in artikel 340 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt onverwijld door de eiser aan de gedaagden en de vennootschap betekend.

4. Tegen het vonnis is geen verzet van derden mogelijk als bedoeld in artikel 376 van dit wetboek.