

Advies Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure

Dit document bevat de alternatieve tekst van het origineel. Dit document is bedoeld voor mensen met een visuele beperking, zoals slechtzienden en blinden.

De minister voor Rechtsbescherming drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Datum: 25 november 2019

Inhoud van de brief

Geachte heer Dekker,

Bij brief van 23 augustus 2019, verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de 'Raad') advies uit te brengen inzake de Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure (het 'Wetsvoorstel').

HET WETSVOORSTEL

Het Wetsvoorstel beoogt de effectiviteit van de geschillenprocedure te verbeteren door de gronden te verruimen waarop de vorderingen van de geschillenregeling kunnen worden toegewezen, alsook door enkele procedurele aspecten van deze regeling aan te passen. Het Wetsvoorstel regelt tevens een verduidelijking van de toegang tot de enquêteprocedure voor aandeelhouders en certificaathouders van beursvennootschappen door een aparte toegangseis voor beursvennootschappen in het leven te roepen.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.¹

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling

ADVIES

De verduidelijking van de ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure

1. De voorgestelde wijziging van artikel 2:346 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is een verbetering. Het is een goede oplossing van het in de Memorie van Toelichting (MvT) sub 4 genoemde probleem en sluit aan bij de bedoeling van de wetgever bij de totstandkoming van de Wet aanpassing enquêterecht, dat op 1 januari 2013 in werking is getreden.

De aanpassing van de geschillenregeling

2. In de MvT (pagina 3-4) wordt terecht opgemerkt dat het aantal geschillenregelingsprocedures ook na de herziening per 1 oktober 2012 zeer gering is, zowel absoluut als in vergelijking met het aantal enquêteverzoeken. Aandeelhouders die niet langer met elkaar (kunnen) samenwerken zoeken vaak een oplossing voor hun geschil via een enquêteprocedure in plaats van de geschillenregelingsprocedure die in theorie de aangewezen weg is.² Dat is opmerkelijk omdat dit type geschillen meestal slechts kan worden opgelost door uittreding van een aandeelhouder, waartoe de geschillenregelingsprocedure een mogelijkheid biedt (uitstoting of uittreding) terwijl de enquêteprocedure niet kan eindigen in een gedwongen overdracht van aandelen.

3. De belangrijkste redenen voor deze voorkeur voor de enquêteprocedure lijken:

- a. Als gevolg van het aandeelhoudersgeschil doen zich vaak spoedeisende problemen voor, zoals een patstelling, tegenstrijdig belang transacties, onrust onder het personeel, problemen met de bank, etc.. Een enquêteprocedure bij de OK verloopt sneller dan een geschillenregelingsprocedure bij de rechtbank, en de OK is (beter dan rechtbanken³) in staat om door het treffen van onmiddellijke voorzieningen (bijvoorbeeld in de vorm van een tijdelijk bestuurder) die problemen op te lossen. Dit zou wellicht bij de rechtbanken kunnen worden verbeterd, bijv. door de ontwikkeling van procesinstructies, maar de vraag is of dat lonend is gelet op het geringe aantal procedures.
- b. Vaak wordt tijdens de mondelinge behandeling van een enquêteverzoek een schikking bereikt die inhoudt dat een aandeelhouder wordt uitgekocht tegen een prijs die door een (door de OK aan te wijzen) deskundige wordt bepaald.
- c. Vaak wordt in dit soort zaken een definitieve oplossing bereikt onder begeleiding van een door de OK (bij onmiddellijke voorziening) benoemde bestuurder of commissaris, zoals de uittreding van een aandeelhouder. Dit verklaart waarom het in veel enquêtezaken niet komt tot een tweede fase procedure.

van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

² De meeste enquêteverzoeken hebben betrekking op geschillen tussen aandeelhouders in BV's waaraan fundamentele problemen ten grondslag liggen in de samenwerking. Dat aandeel is veel groter dan het op pagina 13 van de MvT genoemde kwart van alle enquêteverzoeken; dat aantal heeft slechts betrekking op zaken waarin een impasse of patstelling bestaat, hetgeen in zaken waarin een minderheidsaandeelhouder tegenover een meerderheid staat niet het geval is.

³ Artikel 2:338 lid 3 jo. 2:343 lid 2 BW biedt de mogelijkheid om in de geschillenregelingsprocedure voorlopige voorzieningen te treffen. Daarvan wordt zover bekend niet of nauwelijks gebruik gemaakt. Dat kan er mee samenhangen dat voor het treffen van effectieve onmiddellijke voorzieningen een daarop ingerichte organisatie nodig is waarover rechtbanken in het algemeen niet beschikken.

- d. Rechtbanken leggen de lat voor toewijzing van een vordering tot uitstoting of uittreding hoog, met als gevolg dat de vordering wordt afgewezen⁴ en het onderliggende aandeelhoudersgeschil voortduurt, ten nadele van alle stakeholders van de onderneming.

4. In de MvT (pagina 1) wordt terecht opgemerkt dat een goede juridische infrastructuur voorziet in een snelle en efficiënte toegang tot de rechter voor het geval aandeelhouders het geschil niet onderling kunnen beslechten. Tot een goede juridische infrastructuur behoort ook dat de gang naar de rechter leidt tot daadwerkelijke beslechting van het (onderliggende) geschil. MvT (pagina 7): '(...) de vennootschap en haar werknemers hebben baat bij een procedure die snel tot een oplossing leidt.' Dat is thans voor dit type aandeelhoudersgeschillen via de geschillenregelingprocedure niet het geval en het Wetsvoorstel brengt daarin naar verwachting geen fundamentele wijziging.

Verruiming van de gronden voor uitstoting en uittreding

5. De wijziging van artikel 2:336 lid 1 BW, inhoudende dat ook gedragingen van een aandeelhouder anders dan in hoedanigheid van aandeelhouder grond kunnen zijn voor uitstoting, is een verbetering. Hoewel dit een verruiming betekent van de grond voor uitstoting, blijft als waarborg gelden het criterium dat de desbetreffende aandeelhouder het belang van de vennootschap zodanig moet schaden of hebben geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld (zie artikel 2:336 lid 1 BW).

6. Ook de voorgestelde aanpassing van het criterium voor uittreding in artikel 2:343 lid 1 is een verbetering.

7. De keuze, gemotiveerd in de MvT sub 3.1.3, om uittreding of uitstoting niet reeds mogelijk te maken in geval van 'duurzame ontwrichting' van de samenwerking tussen de aandeelhouders, verdient nadere overdenking. Kleinere ondernemingen die gedreven worden in de vorm van een BV zijn in essentie vaak een samenwerking tussen twee, drie of vier aandeelhouders, die tevens in de onderneming werkzaam zijn als bestuurder of manager. Aan duurzame ontwrichting van die samenwerking ligt vaak een werkelijk of gepercipieerd verschil tussen ieders bijdrage aan de onderneming ten grondslag of een onverenigbaar gebleken verschil van karakter van betrokkenen. Een schuldige is dan lang niet altijd aan te wijzen. De vraag kan worden gesteld of het fair is dat een aandeelhouder die om redenen van persoonlijke onmin 'in ongenade' is gevallen, moet uittreden of wordt uitgestoten en het belang van de onderneming dan voorop wordt gesteld. Het is echter vanuit rechtseconomisch perspectief ook ongelukkig indien het pas tot een uitstoting of uittreding kan komen, nadat de verhoudingen zozeer zijn geëscaleerd dat aan de norm van artikel 2:336 lid 1 of 2:343 lid 1 BW is voldaan. Ook in geval van een 'no fault divorce' geldt dat het noch in het belang van de onderneming, noch in dat van haar stakeholders is om de samenwerking gedwongen voort te zetten of

⁴ Ook in de MvT (sub 3.1 en 3.1.2) wordt opgemerkt dat vorderingen tot uitstoting en uittreding relatief vaak worden afgewezen en dat de hoge lat die in de jurisprudentie voor uittreding bestaat onwenselijk is. Onlangs heeft de OK overwogen dat de maatstaf voor uittreding niet inhoudt dat de vordering slechts kan worden toegewezen in geval van 'bijkomende zwaarwegende omstandigheden', 'zwaarwegende gronden' of 'verwijtbaarheid' van de medeaandeelhouders of de vennootschap (zie OK 3 september 2019, zaaknummer 200.229.369/01, nog niet gepubliceerd).

de verhoudingen langdurig te belasten met de aanwezigheid van een aandeelhouder die niet langer deelneemt aan de samenwerking. Hoewel de samenwerking is geëindigd zonder dat een schuldlige kan worden aangewezen, komt het toch niet onredelijk voor dat de aandeelhouder die wil uittreden en daarmee de overige aandeelhouders dwingt zijn aandelen over te nemen op een voor hen ongelegen moment, iets minder krijgt dan de marktwaarde.

In procedures waarin de (hieronder verder behandelde) 'stroomlijning' wordt toegepast met toepassing van artikel 2:356a BW en waarin de OK als enige feitelijke instantie optreedt zal hiermee des te zorgvuldiger moeten worden omgegaan.

Het voorgestelde artikel 2:356a BW

8. Met deze nieuwe bepaling wordt 'stroomlijning van de geschillenregeling' met de enquêteprocedure beoogd, door middel van een vereenvoudigde geschillenregelingprocedure bij de OK (hierna: 'de vereenvoudigde geschillenregeling') die leidt tot een definitieve aandelenoverdracht (zie MvT sub 3.2.1).

9. Het voorgestelde artikel 2:356a BW houdt in dat een vordering tot uitstoting of uittreding bij de OK kan worden ingesteld 'indien uit het verslag van onjuist beleid of wanbeleid is gebleken'. Deze formulering roept de vraag op of de vereenvoudigde geschillenregeling direct na deponering van het onderzoeksverslag kan worden gestart, waarbij de eiser moet stellen dat uit het verslag van onjuist beleid of wanbeleid is gebleken, dan wel de vereenvoudigde geschillenregeling pas kan worden gevolgd nadat de OK in de (tweede fase van de) enquêteprocedure onjuist beleid of wanbeleid heeft vastgesteld. Uit de MvT volgt dat dit laatste is bedoeld: 'een oordeel van onjuist beleid of wanbeleid in de enquêteprocedure heeft tot gevolg dat toegang bestaat tot deze vereenvoudigde geschillenregeling', '(...) zodra de Ondernemingskamer in het verslag over het wanbeleid heeft geoordeeld' en '(...) na de vaststelling van onjuist beleid of wanbeleid' (MvT pagina 13). Aanbevolen wordt deze bedoeling ook in de tekst van het wetsartikel zelf duidelijk te maken.

10. De gehele procedure (indien zich geen complicaties voordoen) ziet er schematisch als volgt uit:

- a. verzoekschrift tot enquête + onmiddellijke voorzieningen;
- b. verweerschriften van de vennootschap en belanghebbenden;
- c. mondelinge behandeling enquêteverzoek + onmiddellijke voorzieningen;
- d. toewijzende beschikking eerste fase;
- e. uitvoering onderzoek + onmiddellijke voorzieningen;
- f. deponering onderzoeksverslag;
- g. verzoek (tweede fase) tot vaststelling van wanbeleid en treffen van eindvoorzieningen;
- h. verweerschriften van de vennootschap en belanghebbenden;
- i. mondelinge behandeling van het sub g genoemde tweede fase verzoek;
- j. vaststelling van onjuist beleid of wanbeleid + artikel 356-voorzieningen;
- k. dagvaarding in de vereenvoudigde geschillenregeling;
- l. conclusie van antwoord in de vereenvoudigde geschillenregeling;
- m. mondelinge behandeling in de vereenvoudigde geschillenregeling;
- n. tussenarrest in de vereenvoudigde geschillenregeling;

- o. deskundigenbericht met betrekking tot waarde van de aandelen;
- p. akte uitlaten over deskundigenbericht;
- q. eindarrest in vereenvoudigde geschillenregeling.

11. De tijd en het geld voor het doorlopen van bovenstaande procedure staat vaak in geen verhouding tot de draagkracht van de onderneming en de aandeelhouders. Daarnaast leidt een debat tussen partijen over de vraag of sprake is geweest van wanbeleid en wie daarvoor verantwoordelijk is, naar verwachting tot een verdere escalatie, wat niet bijdraagt aan een oplossing die recht doet aan de belangen van de onderneming en alle stakeholders. Wanbeleid heeft bovendien meestal betrekking op gedragingen van bestuurders en commissarissen terwijl in de geschillenregelingsprocedure de positie van en de verhoudingen tussen de aandeelhouders centraal staan.

12. Een snelle en efficiënte toegang tot de rechter die leidt tot daadwerkelijke beslechting van het (onderliggende) geschil, kan inderdaad bereikt worden door 'stroomlijning van de geschillenregeling met de enquêteprocedure', maar dan in de vorm van het bieden van de mogelijkheid de enquêteprocedure en de geschillenregelingsprocedure met elkaar te combineren. Dat leidt tot een veel snellere en goedkopere procedure, die toch met voldoende waarborgen is omkleed:

- a. één inleidend processtuk waarin een verzoek tot enquête en een vordering tot uitstoting of uittreding zijn opgenomen, gecombineerd met verzoek/vordering tot onmiddellijke/voorlopige voorzieningen op de voet van artikel 2:349a/2:338 lid 3 BW;
- b. verweerschriften in de enquêteprocedure, tevens conclusies van antwoord in de geschillenregeling van de vennootschap en belanghebbenden;
- c. mondelinge behandeling van enquêteverzoek, tevens mondelinge behandeling in geschillenregeling, waarbij centraal staat wat nodig is voor de oplossing/beslechting van het geschil: een onderzoek, bewijslevering, onmiddellijke voorzieningen, waardering door een deskundige, deelbeslissingen (bijvoorbeeld over de gronden voor uitstoting of uittreding, de billijke verhoging of samenhangende vorderingen), mediation of een combinatie van deze mogelijkheden;
- d. tussenbeslissing over de keuze uit de sub c genoemde mogelijkheden;
- e. voortzetting mondelinge behandeling na onderzoek, bewijslevering en/of waardering door een deskundige;
- f. eindbeslissing over wanbeleid, voorzieningen, uittreding/uitstoting en/of samenhangende vorderingen.

13. De bestaande mogelijkheid om op de voet van artikel 2:337 lid 2 BW een vordering tot uittreding of uitstoting in eerste aanleg bij de OK aan te brengen, is ontoereikend omdat de aldaar genoemde statutaire bepalingen en overeenkomsten te dun gezaaid zijn en, als het conflict eenmaal is uitgebroken, in de regel niet alsnog tot stand komen.

14. Mede gelet op het zeer geringe aantal geschillenregelingprocedures en de als gevolg daarvan beperkte ervaring van rechtbanken met dit type geschillen, pleit het bovenstaande ervoor om de OK aan te wijzen als enige feitelijke instantie voor de geschillenregeling. Dat partijen dan niet in twee feitelijke instanties kunnen procederen

(zie MvT pagina 16) is geen klemmend tegenargument. De ervaring leert dat een voortvarende procedure van essentieel belang is voor de onderneming (vooral bij uitstoting en patstellingen) en voor adequate bescherming van een beknelde minderheidsaandeelhouder (in geval van een vordering tot uittreding).

15. Op pagina 17 van MvT wordt onvoldoende onderkend dat de enquêteprocedure bij de OK is omkleed met waarborgen die voldoen aan artikel 6 EVRM: het is een procedure in twee fasen met daartussen een onderzoek, uitgevoerd door een onderzoeker die beschikt over middelen om openheid van zaken zo nodig af te dwingen. Tijdens het onderzoek vindt hoor en wederhoor plaats en kan zo nodig een beroep worden gedaan op de raadsheer-commissaris voor aanwijzingen of bevelen ten aanzien van het onderzoek. Een brede kring belanghebbenden kan, zowel in de eerste fase als in de tweede fase schriftelijk en mondeling standpunten naar voren brengen. Het rechterlijk college bevat naast drie beroepsrechters twee deskundige leden. Een aanbod tot het leveren van getuigenbewijs kan ook in de enquêteprocedure worden gehonoreerd.

16. Ook onjuist is de op pagina 17 van de MvT geuite gedachte dat 'in de huidige enquêteprocedure het niet vanzelfsprekend is dat de aandeelhouder partij is in de procedure.' Alle aandeelhouders worden stevast als belanghebbenden opgeroepen en in zaken die betrekking hebben op een besloten vennootschap verschijnen in de regel ook alle aandeelhouders in de procedure, individueel of geclusterd met andere belanghebbenden. De omstandigheid dat de OK bij het bepalen van de reikwijdte van het onderzoek en de inhoud van de te treffen voorzieningen niet gebonden is aan het petitum, is goed te verenigen met de gebondenheid van de OK aan de inhoud van vordering in een parallel behandelde geschillenregelingprocedure.

Redelijk bod tot overname van aandelen bij de uittreding

17. Het Wetsvoorstel regelt dat een vordering tot uittreding niet kan worden toegewezen, indien de vennootschap of een mede-aandeelhouder een onherroepelijk, onvoorwaardelijk en redelijk bod tot overname van zijn aandelen heeft gedaan dat met voldoende waarborgen is omkleed. Het is niet helemaal duidelijk voor welk probleem dit voorstel een oplossing is. Indien de rechter (bijvoorbeeld bij een mondelinge behandeling) constateert dat gedaagden bereid zijn eiser uit te kopen tegen de marktwaarde van de aandelen, staat niets eraan in de weg dat die overeenstemming in een proces-verbaal wordt vastgelegd en vervolgens een deskundige wordt benoemd ter bepaling van de marktwaarde van de aandelen. Na het deskundigenbericht kan bij eindvonnis de vordering worden toegewezen (al dan niet met compensatie van kosten). Indien ook overeenstemming bestaat tussen partijen over voortzetting van de procedure op de voet van artikel 2:343c BW (en over de onderwerpen genoemd in de leden 2 en 4 van artikel 2:343c) is dat gunstig, maar zonder dat is een voortvarende afdoening ook mogelijk, als partijen het eens zijn over de vraag welke aandeelhouder wordt uitgekocht.

18. De voorgestelde bepaling biedt mogelijk wel ruimte voor haarkloverijen door gedaagden, vooral als gedaagden een prijs noemen waarvan de redelijkheid niet eenvoudig is vast te stellen en zij niet wensen dat de procedure op de voet van artikel 2:343c BW wordt voortgezet, omdat zij niet op voorhand de mogelijkheid van hoger beroep willen prijsgeven (zie artikel 2:343c lid 5 BW). Het lijkt in dat geval niet zinvol om tijd en geld te besteden aan de vaststelling van de redelijkheid van de door gedaagde



genoemde prijs. Indien de geboden prijs niet redelijk blijkt zijn partijen immers terug bij af.

Of het Wetsvoorstel zal leiden tot bekorting van de doorlooptijden (MvT pagina 19) valt te betwijfelen.

WERKLAST

De Raad verwacht niet dat het Wetsvoorstel tot verzwaring van de taak van de rechter leidt.

CONCLUSIE

Het Wetsvoorstel stuit in zijn huidige vorm echter op een aantal bezwaren. De Raad vraagt u daarom om het Wetsvoorstel op de in dit advies genoemde onderdelen te verduidelijken/aan te passen.

TOT SLOT

Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het Wetsvoorstel, stelt de Raad er prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het Staatsblad. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

mr. H. Rappa-Velt
Lid Raad voor de rechtspraak