

De materiële wijzigingen van de geschillenregeling onder het voorontwerp Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure

Mr. J. A. G. de Boer*

In deze bijdrage behandelt de auteur de materiële wijzigingen van de geschillenregeling van het voorontwerp. Het voorontwerp is een stap in de goede richting naar een effectieve(re) geschillenregeling, maar komt niet aan alle bezwaren tegemoet.

1 Inleiding

Niet alle samenwerkingsverbanden zijn voorbestemd om tot in het einde der tijden te blijven bestaan. Als een van de twee echtelieden de ander het leven zuur maakt, kan een echtscheidingsprocedure in gang worden gezet. Ditzelfde principe geldt voor aandeelhouders van kapitaalvennootschappen. Voor kapitaalvennootschappen, althans voor BV's en besloten NV's,¹ kent men de – niet bijzonder populaire² – geschillenregeling. De geschillenregeling geeft aandeelhouders twee verschillende mogelijkheden om uit een ongelukkig huwelijk te stappen: enerzijds de gedwongen overdracht van aandelen (uitstoting) als bedoeld in artikel 2:336 BW en anderzijds de gedwongen overname van aandelen (uittreding) als bedoeld in artikel 2:343 BW.³

De huidige geschillenregeling heeft de afgelopen jaren veel kritiek gekregen en blijkt in de praktijk een onvoldoende effectief

en efficiënt instrument te zijn voor het definitief oplossen van aandeelhoudersgeschillen.

Ter bevordering van de effectiviteit van de geschillenregeling heeft de Minister voor Rechtsbescherming (hierna: de minister) op 22 augustus 2019 het voorontwerp *Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure* (hierna: het Voorontwerp) en de bijbehorende memorie van toelichting (hierna: de MvT) ter consultatie voorgelegd.⁴ Er zijn in totaal dertien reacties gegeven op het Voorontwerp.⁵ Het Voorontwerp is overwegend positief ontvangen, maar er worden door sommigen wel vraagtekens gezet bij de vraag of het Voorontwerp het beoogde effect zal sorteren.⁶

In deze bijdrage behandel ik een aantal van de beoogde wijzigingen van het Voorontwerp. Deze wijzigingen betreffen (1) de wijziging van de maatstaf voor uitstoting als bedoeld in artikel 2:336 BW en (2) de wijziging van de maatstaf voor uitstoting als bedoeld in artikel 2:343 BW. Daarnaast wordt het uitgangspunt dat enkel een duurzaam ontworpen verhouding tussen de aandeelhouders niet volstaat voor toewijzing van een uitstoot- of uittreedvordering besproken.

2 Achtergrond en doelstelling

De laatste aanpassing van de geschillenregeling heeft plaatsgevonden in het kader van de flexibilisering van het vennoot-

* Mr. J.A.G. de Boer is advocaat te Den Haag. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

1. Zie art. 2:335 BW.
2. Zie de reactie op het Voorontwerp en de bijbehorende MvT van Boels Zanders Advocaten, p. 1, www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingen-enquete/reactie/3e0776f6-a5a1-4ffb-ac5a-2fbfe9c4d6bb.
3. Volledigheidshalve merk ik nog op dat aandeelhouders naast uitstoting en uittreding op grond van art. 2:342 BW in rechte de overdracht van het stemrecht van stemgerechtigde vruchtgebruikers of pandhouders kunnen vorderen.

4. Zie www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingen-enquete.

5. Zie www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingen-enquete/reacties.

6. Na de sluiting van de reactietermijn van de consultatie is geen informatie gepubliceerd over de status van het Voorontwerp.

schapsrecht, oftewel de Wet flex-BV.⁷ Het voornaamste doel was destijds om de geschillenregelingsprocedure te bespoedigen door een aantal procedurele aspecten van de geschillenregeling aan te passen.⁸ Zoals in de literatuur was voorspeld,⁹ heeft de herziening in 2012 geen werkelijk effect gesorteerd in de praktijk, althans is van een wezenlijke toename in het aantal procedures geen sprake.¹⁰ Bij de herziening in 2012 heeft de Minister van Veiligheid en Justitie toegezegd op korte termijn te zullen starten met voorbereidingen voor een aanvullende herziening van de geschillenregeling, met het doel om in datzelfde jaar nog een wetsontwerp voor consultatie te publiceren.¹¹ Bijna acht jaar na dato wordt met de consultatie van het Voorontwerp aan deze belofte voldaan.

De doelstelling van het Voorontwerp is het verbeteren van de effectiviteit van de geschillenregeling, door onder meer de gronden te verruimen waarop de vorderingen van de geschillenregeling kunnen worden toegewezen.¹² De achtergrond van deze verruiming is de terughoudende opstelling van rechters in de huidige praktijk bij toewijzing van een uittreding of uitstoting van aandeelhouders.¹³ Ter bevordering van de effectiviteit worden ingevolge het Voorontwerp ook enkele procedurele aspecten van de geschillenregeling aangepast.¹⁴

Wat de Minister van Rechtsbescherming precies verstaat onder een (voldoende) 'effectieve' geschillenregeling blijft onduidelijk bij de lezing van de MvT. Daaruit volgt slechts dat met het Voorontwerp beoogd is een balans tot stand te brengen tussen enerzijds de snelheid van de procedure en anderzijds het met voldoende zekerheden en waarborgen inrichten van de procedure. Bij gebreke van een heldere toelichting in de MvT over wat men dient te verstaan onder de effectiviteit van de geschillenregeling, wordt aangeknoopt bij het oorspronkelijke doeleinde van de geschillenregeling en de bezwaren tegen de huidige regeling voor de beantwoording van de vraag of de beoogde (materiële) wijzigingen daadwerkelijk zullen bijdragen aan de verbetering van de effectiviteit van die regeling.

De geschillenregeling is in het leven geroepen om te voorzien in de behoefte aan een wettelijke regeling die specifiek is toegesneden op het structureel oplossen van geschillen tussen

aandeelhouders.¹⁵ De regeling zou met name uitkomst dienen te bieden voor conflictsituaties in kleine (familie)vennootschappen, waar aandeelhouders nauw betrokken zijn bij de gang van zaken en niet instappen vanuit beleggingsoverwegingen.¹⁶ Zo volgt uit de wetsgeschiedenis bij de invoering van de geschillenregeling dat met de gedwongen overname van aandelen (uittreding) een uitweg wordt geboden aan een aandeelhouder voor het geval dat hij in een benarde situatie verkeert en er zonder wettelijke regeling geen uitzicht op een redelijke oplossing zou bestaan.¹⁷ Met andere woorden, de uittreding is bedoeld als adequate exit voor beknelde en benarde (minderheids)aandeelhouders.¹⁸ De gedwongen overdracht van aandelen was bedoeld als speciale regeling naast het enquêterecht, waar de klaarblijkelijke oorzaak van de moeilijkheden opgelost zou kunnen worden zonder dat een kostbaar en tijdrovend onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon noodzakelijk is.¹⁹ De uitstotingsprocedure zou een alternatieve en snellere mogelijkheid bieden voor aandeelhoudersgeschillen waar het functioneren van de vennootschap in gevaar wordt gebracht.²⁰ In de praktijk wordt desalniettemin vaak door botsende aandeelhouders een oplossing gezocht via een enquêteprocedure in plaats van de geschillenregeling.²¹ De meeste enquêteverzoeken gaan immers over geschillen tussen aandeelhouders in besloten verhoudingen waarbij fundamentele problemen in de samenwerking de grondslag vormen voor het geschil.²²

Het voornaamste knelpunt van de huidige geschillenregeling is – nog steeds – de duur van de procedure.²³ Om de doorlooptijd van de geschillenregelingsprocedure te versnellen, introduceert het Voorontwerp de vereenvoudigde geschillenregelingsprocedure van het voorgestelde artikel 2:356a BW. De vereenvoudigde geschillenregeling opent de route voor aandeelhouders om na de vaststelling van onjuist beleid of wanbeleid in een aanhangige enquêteprocedure direct een uitstotings- of

7. Stb. 2012, 299. Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van de voorgeschiedenis van de geschillenregeling het proefschrift van C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde* (diss. Nijmegen; VDHI nr. 108), Deventer: Kluwer 2011, p. 61 e.v.

8. Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 20.

9. J.H.M. Willems, *Geschillen en exitmogelijkheden*, in: J.M.M. Maeijer e.a., *Flexibele rechtsvormen* (VDHI nr. 98), Deventer: Kluwer 2008, p. 92; F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk* (R&P nr. ONR4), Deventer: Kluwer 2013, p. 1093.

10. H.J. de Kluiver, *Kroniek van het ondernemingsrecht. Ondernemingsrecht in tijden van crisis: over mens, maatschappij en rechtspersoon*, NJB 2020/956, p. 1080.

11. Kamerstukken I 2011/12, 31058, E, p. 2; zie ook Kamerstukken II 2018/19, 29752, nr. 12, p. 7-8.

12. MvT, p. 1.

13. MvT, p. 8.

14. MvT, p. 1.

15. Kamerstukken II 1984/85, 18905, nrs. 1-3, p. 7; J.C. Schouten, *Het empirisch onderzoek naar het enquêterecht en de toekomst van de geschillenregeling*, *Ondernemingsrecht* 2009/126, randnr. 3.1.

16. Kamerstukken II 1984/85, 18905, nrs. 1-3, p. 7.

17. Kamerstukken II 1984/85, 18905, nrs. 1-3, p. 26.

18. M.W. Josephus Jitta & C.D.J. Bulten, *Kroniek uitkoop en geschillenregeling 2014*, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (VDHI nr. 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 157.

19. Kamerstukken II 1984/85, 18905, nrs. 1-3, p. 16.

20. Kamerstukken II 1984/85, 18905, nrs. 1-3, p. 7.

21. C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling. Ik voel mij een langspeelplaat*, in: J. Barneveld e.a., *Ondernemingsrecht in de Lage Landen. Wat kunnen wij van de Belgen leren?* (IVOR nr. 117), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 145.

22. *Advies Rvdr Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure d.d. 25 november 2019*, p. 2, voetnoot 2, www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2019-45-advies-wet-aanpassing-geschillenregeling-enqueteprocedure.pdf. Zie ook K. Cools e.a., *Het recht van enquête* (IVOR nr. 65), Deventer: Kluwer 2009, p. 61-62; Bulten 2011, p. 311-317; A.J.F. Lafarre e.a., *Doelbereiking en effectiviteit van de wet aanpassing enquêterecht in de praktijk* (WODC-rapport 2791), 2018, p. 58-60.

23. Bulten 2020, p. 146.

uittredingsvordering bij de Ondernemingskamer in te stellen. Verdere bespreking van deze aanpassing valt buiten het bestek van dit artikel. Verwezen zij naar de recente uiteenzetting van Josephus Jitta over de voorgestelde vereenvoudigde geschillenregelsprocedure.²⁴

Een tweede nadeel van de geschillenregeling is de hoge drempel voor toewijzing van gedwongen overdracht of overname van aandelen.²⁵ Zo signaleert de Raad voor de rechtspraak (Rvdr) dat de hoge lat voor toewijzing van een uitstoting of uittreding een van de belangrijkste redenen lijkt voor de voorkeur voor de enquêteprocedure boven de geschillenregeling.²⁶ Door de aanpassing van de toetsingsnorm voor uitstoting en uittreding komt het Voorontwerp aan dit bezwaar gedeeltelijk tegemoet.

3 Uittoting

3.1 Huidige uitstotingsprocedure

Aandeelhouders die alleen of gezamenlijk ten minste een derde van het geplaatste kapitaal verschaffen, kunnen op grond van artikel 2:336 lid 1 BW van een andere aandeelhouder vorderen dat hij zijn aandelen overdraagt, indien deze aandeelhouder door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt of heeft geschaad, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet (meer) kan worden geduld. Het gaat daarbij om gedragingen van de aandeelhouder in zijn hoedanigheid als aandeelhouder. Naar het huidige recht kan een uitstotingsvordering derhalve geen betrekking hebben op gedragingen in de hoedanigheid van bestuurder van die vennootschap dan wel gedragingen van de aandeelhouder in een kwestie buiten de vennootschapsorde. Een voorbeeld van de laatste categorie is het optreden als concurrent van de aan de vennootschap verbonden onderneming. Het onderscheid wordt in de rechtspraak echter niet altijd duidelijk gemaakt.²⁷ Het Voorontwerp maakt een einde aan dit onderscheid, zie paragraaf 3.2.

Niet ieder handelen dat het vennootschapsbelang²⁸ schaadt, rechtvaardigt de uitstoot van de aandeelhouder in kwestie.²⁹ Het moet gaan om gedragingen van een aandeelhouder die het vennootschapsbelang *zodanig* schaden, dat diens aandeelhouderschap in de vennootschap in redelijkheid niet langer hoeft te worden geduld.³⁰ Enkel hinderlijk of zelfs onaanvaardbaar gedrag van een aandeelhouder is op zichzelf onvoldoende om een aandeelhouder uit te stoten.³¹ Hetzelfde geldt als enkel in strijd met redelijkheid en billijkheid wordt gehandeld, maar de vennootschap zelf daar geen schade van ondervindt.³² Zo kunnen gedragingen die wel schadelijk zijn voor de goede naam en faam van de vennootschap, maar die niet direct verband houden met het functioneren van de aandeelhouder binnen de vennootschap, geen aanleiding vormen voor de overdracht van de aandelen.³³ Voor toewijzing van een uitstotingsvordering dient het functioneren van de vennootschap in gevaar te zijn, doordat bijvoorbeeld besluitvorming in de algemene vergadering wordt verlamd c.q. een impasse optreedt.³⁴ Zo kan het vennootschappelijk belang worden geschaad door het structureel tegenstemmen in de algemene vergadering, hetgeen een uitstotingsvordering rechtvaardigt.³⁵

3.2 Herziene uitstotingsprocedure

Ingevolge het Voorontwerp kan toewijzing van de gevorderde uitstoting ook worden gebaseerd op gedragingen van een aandeelhouder buiten zijn hoedanigheid van aandeelhouder. Het eerdergenoemde voorbeeld van het optreden als concurrent van de vennootschap komt daarmee expliciet binnen het toepassingsbereik van de uitstotingsprocedure te vallen.³⁶ Hetzelfde geldt voor bestuurlijk wangedrag van een aandeelhouder die tevens bestuurder is van de vennootschap.³⁷ In dat opzicht trekt het Voorontwerp de feitelijke grondslag – maar niet de toewijzingsmaatstaf – van de verschillende vorderingen binnen de geschillenregeling gelijk. Dat betekent evenwel niet dat de eisen voor toewijzing van een uitstotingsvordering minder strikt zijn dan die voor uittreding zouden gelden onder het Voorontwerp.³⁸

Het afschaffen van het hoedanigheidsvereiste is eerder door de wetgever van de hand gewezen, omdat gedragingen buiten de hoedanigheid van aandeelhouder die schade toebrengen aan de vennootschap via een andere weg kunnen worden

24. M.W. Josephus Jitta, Het Voorontwerp voor de Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure, WPNR 2020, afl. 7268, p. 81-86.

25. Zie o.m. F. Schreurs, De herziene geschillenregeling en de lange weg naar een vennootschappelijk scheidingsrecht, WPNR 2017, afl. 7158, p. 523-533; P.P. de Vries, annotatie bij Hof Amsterdam 11 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1950, JOR 2019/219, randnr. 8; De Kluiver 2020, p. 1080; Josephus Jitta & Bulten 2015, p. 157.

26. Advies Rvdr Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure d.d. 25 november 2019, p. 2, www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2019-45-advies-wet-aanpassing-geschillenregeling-enqueteprocedure.pdf.

27. Bulten 2011, p. 61-62, met verwijzing naar Hof Amsterdam 10 april 2003, JOR 2003/144 (Hoffmann); zie ook Hof Amsterdam 10 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2899.

28. De discussie over wat het vennootschappelijk belang behelst, is al lange tijd gaande en de meningen daarover lopen zeer uiteen. Dit valt echter buiten het bestek van deze bijdrage. Zie voor een recent overzicht van de verschillende stromingen R.P. Jager, De concern(genoten)enquête. Naar huidig en wenselijk recht (diss. Leiden; VDHI nr. 158), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 33-34 en 443.

29. Bulten 2011, p. 65.

30. Evenmin kan een uitstotingsvordering worden toegewezen enkel op de grond dat de vennootschap daarbij is gebaat, zie Hof Amsterdam 9 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR5253, r.o. 3.2.

31. Kamerstukken II 2008/09, 31058, nr. 6, p. 23; zie tevens concl. A-G Assink bij HR 3 april 2020, ECLI:NL:PHR:2019:1345, randnr. 3.11.

32. Kamerstukken II 2008/09, 31058, nr. 6, p. 23; zie tevens concl. A-G Assink bij HR 3 april 2020, ECLI:NL:PHR:2019:1345, randnr. 3.11.

33. Kamerstukken II 1984/85, 18905, nrs. 1-3, p. 16.

34. Kamerstukken II 2008/09, 31058, nr. 6, p. 23.

35. Hof Amsterdam 30 maart 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM4350, JOR 2010/221.

36. MvT, p. 9.

37. MvT, p. 9.

38. MvT, p. 12.

gedresseerd.³⁹ Zo staat voor aandeelhouders de mogelijkheid open tot het instellen van een verbodsactie of een schadevergoedingsactie om gedragingen aan te pakken van medeaandeelhouders die anders dan in de hoedanigheid van aandeelhouder het vennootschapsbelang schaden.⁴⁰ Uit de afschaffing van het hoedanigheidsvereiste volgt impliciet dat de minister dit standpunt thans niet deelt. De vraag is of deze alternatieve middelen wel altijd voldoende soelaas bieden dan wel of ingrijpen alvorens de conflictsituatie zich uitbreidt tot de algemene vergadering een beter uitgangspunt is. Uit de MvT volgt dat de keuze voor de afschaffing van de hoedanigheidseis van aandeelhouder bij de uitstoting er met name in is gelegen te voorkomen dat een conflictsituatie eerst dient te escaleren binnen/in de algemene vergadering alvorens een uitstotingsprocedure kan worden geëntameerd.⁴¹

De in de literatuur voorgestelde wijziging om eveneens de redelijkheid en billijkheid als toetsingsnorm bij uitstoting te implementeren, wordt niet opgevolgd in het Voorontwerp.⁴² Het criterium dat het vennootschapsbelang dient te zijn geschaad, is niet zonder kritiek gebleven. Bulten stelt in haar dissertatie dat '[h]et lijkt alsof de aandeelhouder via de achterdeur van art. 2:336 BW opeens toch niet alleen zijn eigen belang mag dienen' en betoogt in dat licht dat een gekwalificeerde schending van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW als norm voor uitstoting beter in het systeem van het vennootschapsrecht past.⁴³ De opvatting dat aandeelhouders niet (langer) het vennootschapsbelang links kunnen laten liggen bij hun handelen, is niet nieuw.⁴⁴ Zo leest A-G Assink in de norm van artikel 2:336 lid 1 BW – 'het belang van de vennootschap zodanig schaadt of heeft geschaad' – een negatief geformuleerde gedragsnorm voor aandeelhouders (en stemgerechtigde pandhouders).⁴⁵ De heersende leer is dat aandeelhouders in beginsel hun eigen belang in de vennootschap mogen nastreven en dit enkel wordt beperkt door misbruik van recht van artikel 3:13 BW en de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW.⁴⁶ Zelfs indien wordt gekozen voor redelijkheid en billijkheid als toetsingsnorm voor uitstoting, zullen aandeelhouders eveneens geconfronteerd worden, en

rekening moeten houden, met het vennootschappelijk belang – als negatief geformuleerde gedragsnorm – via artikel 2:8 BW.⁴⁷ In dat opzicht zal de wijziging van de toetsingsnorm naar redelijkheid en billijkheid bij de gedwongen overdracht van aandelen mijns inziens geen verschil maken ten opzichte van de huidige uitstotingsnorm.⁴⁸ Dit doet er uiteraard niet aan af dat de afschaffing van de hoedanigheidseis een positieve ontwikkeling is. De afschaffing zal ongetwijfeld bijdragen aan de effectiviteit van de geschillenregeling. Immers, door de afschaffing van de hoedanigheidseis van aandeelhouder wordt het aandeelhouders mogelijk gemaakt medeaandeelhouders die het vennootschapsbelang schaden uit te stoten, zonder dat de conflictsituatie zich eerst hoeft uit te breiden naar de algemene vergadering. De praktijk zal moeten uitwijzen of de afschaffing van de hoedanigheidseis voldoende is om de uitstotingsprocedure tot een beter alternatief voor de enquêteprocedure te maken.

4 Uittreding

4.1 Huidige uittredingsprocedure

Bij een uittredingsprocedure (de gedwongen overname van aandelen) gaat het niet om de uitzetting van een andere aandeelhouder, maar de wens van een aandeelhouder om uit het samenwerkingsverband te stappen. Anders dan bij uitstoting geldt bij de uittredingsprocedure onder het huidige recht – en het Voorontwerp – niet de beperking dat het moet gaan om gedragingen in de hoedanigheid van aandeelhouder.⁴⁹ Een uitstotingsvordering is toewijsbaar als de gedragingen van die andere aandeelhouder(s) de rechten of belangen van de eisende aandeelhouder zodanig schaden dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd. Indien bijvoorbeeld tussen aandeelhouders een verschil van mening bestaat over de strategie van het bestuur maar de aandeelhouder niet in zijn rechten of belangen wordt geschaad, biedt de uittredingsprocedure geen uitkomst. Uit een aantal uitspraken volgt dat voor toewijzing van een uittredingsvordering er tevens bijkomende 'zwaarwegende' omstandigheden zouden moeten zijn.⁵⁰

Recentelijk heeft de Ondernemingskamer bij arrest van 3 september 2019⁵¹ daarentegen overwogen dat voor toewijzing

39. Zie de reactie op het Voorontwerp en de bijbehorende MvT van Van Doorne, p. 5, www.internetconsultatie.nl/geschillen/regelingen/enquete/reactie/e2b47ecf-4399-4cb8-a104-555c99f91537.

40. Kamerstukken II 1984/85, 18905, nrs. 1-3, p. 17.

41. MvT, p. 9.

42. MvT, p. 12.

43. Bulten 2011, p. 68 en 94. De door Bulten voorgestelde bepaling luidt als volgt: 'Een of meer houders van aandelen die alleen of gezamenlijk ten minste een derde van het geplaatste kapitaal verschaffen, kunnen van een aandeelhouder die zodanig in strijd handelt met de redelijkheid en billijkheid van artikel 8 lid 1 dat zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet langer kan worden geduld, in rechte vorderen dat hij zijn aandelen overeenkomstig artikel 341 BW overdraagt.'

44. B. Kemp, Aandeelhouders, eigen belang en het vennootschappelijk belang: over de schijn van vrijheid en werkelijke grenzen, in: B. Kemp, H. Koster & C.A. Schwarz (red.), De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang (IVOR nr. 115), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 90.

45. Concl. A-G Assink bij HR 3 april 2020, ECLI:NL:PHR:2019:1345, randnr. 3.7.

46. Kemp 2019, p. 90.

47. M. Olaerts, Is de aandeelhouder gebonden aan het belang van de vennootschap?, *Ondernemingsrecht* 2017/113.

48. Zie in vergelijkbare zin B. Kemp, Aandeelhoudersverantwoordelijkheid. De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering (diss. Maastricht; VDHI nr. 129), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 276-277.

49. Bulten 2011, p. 71.

50. Rb. Zutphen 25 april 2012, JOR 2012/179 (Ruitenbergh Ingredients); Rb. 's-Gravenhage 23 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW7215, JOR 2012/246 (Hottinguer); Rb. Noord-Holland 8 mei 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA1158, JOR 2013/203 (Manyana); Rb. Rotterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1926, r.o. 4.4; Rb. Midden-Nederland 26 maart 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2548, JONDR 2015/228 (Procap); Rb. Gelderland 23 april 2014, zaaknr. HA ZA 13-158 (ongepubliceerd, aangehaald in Schreurs 2017, p. 528).

51. Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3222, JOR 2020/59.

van een uittredingsvordering niet is vereist dat sprake is van (1) bijkomende zwaarwegende omstandigheden, (2) zwaarwegende gronden of (3) verwijtbaarheid:

‘Bij de beoordeling van de uittredingsvordering stelt de Ondernemingskamer voorop dat voor toewijzing van deze vordering voldoende is dat Arros als aandeelhouder door gedragingen van een of meer medeaandeelhouders zodanig in haar rechten of belangen is geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden geveerd (artikel 3:343 BW). *Deze maatstaf houdt niet in dat de vordering slechts kan worden toegevoerd in geval van “bijkomende zwaarwegende omstandigheden”, “zwaarwegende gronden” of “verwijtbaarheid” van de medeaandeelhouders of de vennootschap.*⁵² (cursivering JdB)

Op het belang en de relevantie van laatstgenoemd arrest kom ik bij de bespreking van de beoogde wijzigingen van de materiële maatstaf van de uittredingsnorm (hieronder) terug.

4.2 Herziene uittredingsprocedure

Uit het Voorontwerp volgt dat de minister wenst om de huidige drempel – zwaarwegende bijkomende omstandigheden – voor de toewijzing van een uittredingsvordering te verlagen, althans duidelijkheid daarover te scheppen. De huidige norm van artikel 2:343 lid 1 BW zou in de rechtspraak verschillend worden uitgelegd.⁵³ Uit diverse uitspraken – maar niet alle – volgt dat voor toewijzing van de uittredingsvordering *bijkomende zwaarwegende omstandigheden* nodig zouden zijn, hetgeen de minister onwenselijk acht.⁵⁴ Hierdoor slaagt de eiser er veelal niet in om zijn vordering toegewezen te krijgen.⁵⁵ Teneinde de toewijzingsdrempel voor een uittredingsvordering te verlagen, implementeert de minister de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW als toetsingsnorm voor uittreding.⁵⁶ De minister geeft daarmee gehoor aan het plei-

dooi van Bulten om artikel 2:343 BW op dit punt aan te passen.⁵⁷

De eerste zin van het voorgestelde eerste lid van artikel 2:343 BW luidt:

‘Een aandeelhouder kan een vordering tot uittreding instellen tegen één of meer medeaandeelhouders die zich zodanig in strijd gedragen met hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden geveerd.’

Hoewel de zinsopbouw van het voorgestelde artikel 2:343 lid 1 BW volledig is omgegooid, is in feite slechts de formulering ‘zodanig in zijn rechten of belangen is geschaad’ gewijzigd in ‘zich zodanig in strijd gedragen met hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd’. Een materiële wijziging in de uittredingsnorm lijkt evenwel niet te zijn beoogd, zo vermeldt de MvT:

‘Met het criterium van redelijkheid en billijkheid wordt de maatstaf van uittreding vereenvoudigd. Zo wordt verduidelijkt dat een minderheidsaandeelhouder die onredelijk in zijn belangen wordt geschaad door medeaandeelhouders of de vennootschap, kan uittreden, zodat aandeelhouders niet tot elkaar veroordeeld hoeven te zijn.’⁵⁸

Hoewel de woorden ‘in zijn rechten of belang is geschaad’ zouden verdwijnen, blijft het een vereiste dat de aandeelhouder daadwerkelijk schade lijdt. Onder voornoemde schade verstaat de minister onder meer het onthouden van dividend of informatie aan de desbetreffende aandeelhouder, maar niet louter diens ontslag als bestuurder van de vennootschap – al dan niet onverwacht of tegen de wil van de desbetreffende bestuurder.⁵⁹ In lijn met de jurisprudentie⁶⁰ kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, het ontslag als bestuurder desalniettemin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, waardoor tevens uittreding als aandeelhouder mogelijk wordt.⁶¹ Bijkomende omstandigheden zijn in dit geval wel vereist voor uittreding.

Uit de toelichting bij het Voorontwerp – zoals hierboven geciteerd – valt af te leiden dat bij de beoogde wijziging nog steeds vereist is dat de eisende aandeelhouder in zijn (rechten of) belangen is geschaad. De wijziging van de uittredingsnorm heeft ten aanzien van dit punt zodoende meer weg van een nadere verduidelijking van het huidige artikel 2:343 lid 1 BW dan dat het een werkelijke materiële wijziging van de uittredingsnorm betreft. Dat geldt niet voor een ander aspect van de

52. Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3222, JOR 2020/59, r.o. 3.31.

53. Zie de aangehaalde jurisprudentie in noot 50 voor de uitspraken waar zwaarwegende bijkomende omstandigheden wel waren vereist, en noot 64 voor de uitspraken waar zwaarwegende bijkomende omstandigheden niet waren vereist.

54. MvT, p. 10. De minister motiveert dit met de onderbouwing: ‘De uittreding is bedoeld als een adequate exit voor beknelde minderheidsaandeelhouders.’

55. Schreurs 2017, p. 528.

56. De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (hierna: de GCV) merkt in het kader van de implementatie van de redelijkheid en billijkheid – van art. 2:8 BW – op dat het voorgestelde toetsingscriterium een zwaarder toetsingscriterium dan het huidige toetsingscriterium door de introductie van een dubbele redelijkheidstoets zou bewerkstelligen, en zodoende geen sprake is van vereenvoudiging van het toetsingscriterium voor uittreding. In dat kader doet de GCV het voorstel om de zinsnede ‘dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden geveerd’ te laten vervallen en de bewoordingen over het geschaad zijn in belangen of rechten te handhaven, zie de reactie op het Voorontwerp en de bijbehorende MvT van de GCV, p. 3-5, www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingenenquete/reactie/86f99ec6-4e29-4da0-8e1a-fd1309a63c5e.

57. Bulten 2011, p. 94.

58. MvT, p. 9-10.

59. MvT, p. 11.

60. Rb. Amsterdam 13 mei 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2801, JOR 2015/258, r.o. 4.10.

61. MvT, p. 11.

wijziging van de uittredingsnorm, te weten de eis van verwijtbaarheid. Op dit punt is wel sprake van een volledige koerswijziging ten opzichte van de huidige regeling. De vereiste verwijtbaarheid bij uittreding onder het Voorontwerp zal (hieronder) in het kader van de bespreking van het element van de duurzame ontwrichting aan bod komen.

De verduidelijking van de uittredingsnorm is een positieve ontwikkeling. Het in de rechtspraak gehanteerde criterium van bijkomende zwaarwegende omstandigheden heeft er in de praktijk toe geleid dat veel uittredingsvorderingen stranden.⁶² Het eerder aangehaalde arrest van de Ondernemingskamer⁶³ lijkt deze verduidelijking ondertussen enigszins overbodig te maken. In niet mis te verstane bewoording heeft de Ondernemingskamer immers duidelijkheid geschapen dat voor toewijzing van een uittredingsvordering 'zwaarwegende' bijkomende omstandigheden niet nodig zijn.⁶⁴ Gelet op het feit dat deze uitspraak pas na de aanvang van de consultatie is geweest, is het niet wonderlijk dat deze niet is meegenomen in de MvT.

Voorts blijft het woord 'zodanig' in het Voorontwerp gehandhaafd. Niet elke gedraging van medeaandeelhouders in strijd met de redelijkheid en billijkheid rechtvaardigt toewijzing van een uittredingsvordering; bijkomende omstandigheden zijn vereist, maar deze hoeven niet 'zwaarwegend' te zijn.⁶⁵ Ingevolge het Voorontwerp zal de rechter, net als onder het huidige recht, een belangenafweging moeten maken. De vraag die zich dan opdringt, is: wanneer zijn bijkomende omstandigheden voldoende gewichtig dat een uittredingsvordering wordt gehonoreerd?⁶⁶ Een concreet en duidelijk antwoord op deze vraag volgt niet uit de MvT. In dat verband wordt er enkel op gewezen dat de norm van redelijkheid en billijkheid aansluit bij de norm waar aandeelhouders reeds bekend mee zijn.⁶⁷ Dit doet er evenwel niet aan af dat daarmee niet bijzonder veel duidelijkheid wordt gecreëerd, noch dat handvatten aan de praktijk worden gegeven. Wil de minister daadwerkelijk meer duidelijkheid creëren over de uittredingsmaatstaf, dan zal hij er verstandig aan doen meer duidelijkheid te verschaffen over de vraag wanneer bijkomende omstandigheden voldoende gewicht in de schaal leggen voor toewijzing van een uittredingsvordering.

62. Schreurs 2017, p. 528.

63. Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3222, JOR 2020/59.

64. Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3222, JOR 2020/59; evenzo De Vries in zijn annotatie onder het arrest onder randnr. 3. Ook zijn er uitspraken van rechtbanken waar zwaarwegende bijkomende omstandigheden niet werden gesteld, zie Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:1277, JOR 2014/193 en Rb. Overijssel 27 september 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3846.

65. MvT, p. 11.

66. Zie de reactie op het Voorontwerp en de bijbehorende MvT van Van Benthem & Keulen, p. 3, www.internetconsultatie.nl/geschillen/regelingenenquete/reactie/a0f0dc73-ca13-4d6a-9cf2-0821b645e05a, waar met betrekking tot de inhoudelijke wijziging van de toetsingsmaatstaf bij uittreding wordt gesproken over 'oude wijn in nieuwe zakken'.

67. MvT, p. 11.

5 Duurzame ontwrichting en verwijtbaarheid

Uit de literatuur volgt al enige tijd het geluid om de uittreding of uitstoting van aandeelhouders mogelijk te maken in situaties waarin sprake is van duurzame ontwrichting in de samenwerking tussen de aandeelhouders.⁶⁸ Bij zulk een ontwrichting gaat het om gevallen waarbij de schuldvraag over het ontstaan van het conflict in het midden ligt, althans de aandeelhouders in gelijke mate hebben bijgedragen aan het ontstaan van de conflictsituatie.⁶⁹ Duurzame ontwrichting wordt ook wel omschreven als gevallen waar een normale samenwerking binnen het aandeelhouders- en/of bestuurdersverband niet meer goed mogelijk is en er geen reëel uitzicht meer is op herstel.⁷⁰

Bij de aanpassing van de geschillenregeling acht de minister het onwenselijk dat aandeelhouders kunnen worden uitgestoten of kunnen uittreden wanneer sprake is van duurzame ontwrichting in de samenwerking tussen de aandeelhouders.⁷¹ Dit standpunt raakt direct een ander thema dat speelt in de discussie omtrent de geschillenregeling, namelijk de vraag of verwijtbaarheid is vereist voor een succesvol beroep op uittreding of uitstoting. Immers, de stap naar duurzame ontwrichting zou snel zijn gemaakt als bij uittreding de schuldvraag geen rol zou spelen.⁷² De discussie over de wenselijkheid om de geschillenregeling open te stellen voor gevallen van duurzame ontwrichting is in grote mate vervlochten met de vraag of verwijtbaar handelen een constitutieve voorwaarde is voor uitstoting en/of uittreding. Voor het behoud van het overzicht komt eerst het aspect van verwijtbaarheid aan bod, alvorens de duurzame ontwrichting in het samenwerkingsverband als grondslag voor uitstoting of uittreding te bespreken.

5.1 Verwijtbaarheid

Het element van verwijtbaarheid speelt onder het huidige recht alleen een rol bij uitstoting, niet bij uittreding. Onder het huidige artikel 2:336 BW wordt aangenomen dat van enige mate van verwijtbaar handelen sprake moet zijn voor toewijzing van de gedwongen overdracht van aandelen.⁷³ Daarentegen volgt – ten aanzien van uittreding – uit het huidige artikel 2:343 BW noch uit de jurisprudentie dat de gedragingen van de medeaandeelhouders die de rechten of belangen schaden van een andere aandeelhouder verwijtbaar – toere-

68. Schreurs 2017, p. 532-533; Y.A. Wehrmeijer & I.M. Hendriks, Kroniek uitkoop en geschillenregeling 2017, in: Y. Borrius e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018* (VDHI nr. 152), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 239.

69. Zie de reactie op het Voorontwerp en de bijbehorende MvT van Boels Zanders Advocaten, p. 2, www.internetconsultatie.nl/geschillen/regelingenenquete/reactie/3e0776f6-a5a1-4ffb-ac5a-2fbfe9c4d6bb.

70. Schreurs 2017, p. 529.

71. MvT, p. 11-12.

72. P.P. de Vries, annotatie bij Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3222, JOR 2020/59, randnr. 4.

73. Bulten 2011, p. 37; Schreurs 2017, p. 530.

kenbaar in termen van schuld⁷⁴ – moeten zijn.⁷⁵ In het (eerder aangehaalde) arrest van de Ondernemingskamer van 3 september 2019 bevestigde de Ondernemingskamer dat voor de gedwongen overname van aandelen niet is vereist dat sprake is van verwijtbaarheid aan de zijde van de medeaandeelhouders of de vennootschap.⁷⁶ Deze overweging van de Ondernemingskamer is recentelijk gevolgd, en overgenomen, door de rechtbank Den Haag in haar vonnis van 8 april 2020.⁷⁷

Een aspect dat nauw verband houdt met de discussie over de verwijtbaarheid bij uittreding betreft de causaliteit. Dat de gedragingen van de medeaandeelhouders niet verwijtbaar hoeven te zijn, staat los van het vereiste oorzakelijke verband tussen de gedragingen van de medeaandeelhouders en de daardoor ontstane schade.⁷⁸ Met andere woorden, het is niet vereist dat die gedragingen als ‘misdragingen’ kwalificeren.⁷⁹ Bij een uittredingsvordering dient de rechter te beoordelen of de positie waarin de eisende aandeelhouder is geraakt, mede kan worden toegeschreven aan de gedragingen van de medeaandeelhouder en, zo ja, of de eerste door die gedragingen zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevegd.⁸⁰ De Vries is van mening dat, gelet op de woorden ‘zodanig’ en ‘door’ in artikel 2:343 BW, sprake moet zijn van causaliteit en enige mate van verwijtbaarheid.⁸¹ Ter aanvulling daarop schrijft hij dat het bij deze vorm van verwijtbaarheid niet gaat om de strenge eis van

‘ernstige verwijtbaarheid’, maar om de vraag of de medeaandeelhouders of de vennootschap enige mate van schuld hebben aan het ontstaan van de benarde situatie.⁸²

Niet iedereen is even gelukkig met het uitgangspunt dat verwijtbaarheid geen vereiste is voor toewijzing van de gedwongen overname van aandelen. Hoewel Bulten erkent dat de gedragingen van de medeaandeelhouders die de rechten of belangen schaden van een andere aandeelhouder niet als verwijtbaar hoeven te kwalificeren voor de gedwongen overname van aandelen, acht zij dit uitgangspunt onjuist.⁸³ Immers, dat zou betekenen dat een medeaandeelhouder gedwongen wordt diep in de buidel te tasten teneinde te betalen voor de gedwongen overdracht, terwijl hem geen (direct) verwijt valt te maken dat de andere aandeelhouder in zijn rechten of belangen is geschaad.⁸⁴

Hoewel in de literatuur de meningen uiteenlopen over de vraag of verwijtbaarheid is vereist voor toewijzing van de gedwongen overdracht van aandelen, lijkt in de praktijk de vraag of de gedragingen van de medeaandeelhouders als verwijtbaar handelen zijn aan te merken in beginsel niet voor problemen te zorgen. In de praktijk doen zich in de regel bijkomende omstandigheden voor, waaruit kan worden afgeleid dat de medeaandeelhouder die tot gedwongen overname van aandelen wordt veroordeeld – in het kader van de verstoorde verhoudingen – schuld treft voor de ontstane situatie waarin de eisende aandeelhouder is komen te verkeren.⁸⁵

Het Voorontwerp neemt als uitgangspunt dat sprake moet zijn van verwijtbaar handelen van een of meer aandeelhouders, bij zowel uitstoting als uittreding. Dit is geen wijziging ten opzichte van de bestaande regeling voor uitstoting, maar wel voor uittreding – onder het thans geldende recht. Anders dan onder het huidige recht zullen de gedragingen van een aandeelhouder onder het Voorontwerp (deels) als verwijtbaar moeten zijn aan te merken voor toewijzing van de gedwongen overname (of overdracht) van aandelen. In die zin is de aanpassing van de uittredingsnorm ingevolge het Voorontwerp geen versoepeling van de uittredingsnorm, maar juist een verzwarende. Wil de minister daadwerkelijk tegemoetkomen aan de bezwaren uit de praktijk en een adequate exitmogelijkheid creëren voor beknelde (minderheids)aandeelhouders, dan zal hij de eis van verwijtbaar handelen voor uittreding moeten laten varen.

5.2 Duurzame ontwrichting

Zoals gezegd acht de minister het niet wenselijk dat aandeelhouders kunnen worden uitgestoten of kunnen uittreden wanneer sprake is van duurzame ontwrichting in de samen-

74. B.F. Assink, Slagter. Compendium ondernemingsrecht (deel I), Deventer: Kluwer 2013, p. 1308, voetnoot 58.

75. Slagter/Assink 2013, p. 1308-1310; Schreurs 2017, p. 526; Bulten 2011, p. 367. Anders: P.P. de Vries, Exit rights of minority shareholders in a private limited company (IVOR nr. 72), Deventer: Kluwer 2010, par. 6.5.4 en 9.4.2, waar De Vries in laatstgenoemde paragraaf schrijft: ‘Gelet op de verstrekende consequenties van het uittredingsrecht voor de medeaandeelhouders en de vennootschap, is een bijzondere rechtvaardiging nodig voor de toekenning van het uittredingsrecht. Naar mijn mening is daarvoor het element causaliteit onvoldoende. De bijzondere rechtvaardiging kan worden gevonden in het element verwijtbaarheid. Steun voor deze opvatting is te vinden in de parlementaire geschiedenis van art. 2:343 BW (§ 6.5.4); en de reactie op het Voorontwerp en de bijbehorende MvT van Van Benthem & Keulen, p. 3, www.internetconsultatie.nl/geschillen_regelungenenquete/reactie/a0f0dc73-ca13-4d6a-9cf2-0821b645e05a.

76. Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3222, JOR 2020/59, r.o. 3.31; zie ook Rb. Overijssel 27 september 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3846, JOR 2018/35, r.o. 3.1.

77. Rb. Den Haag 8 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3000, r.o. 4.1.

78. Ten aanzien van de verwijtbaarheid en causaliteit bij uittreding stelt De Vries dat gelet op de woorden ‘zodanig’ en ‘door’ in art. 2:343 BW er sprake moet zijn van causaliteit en enige mate van verwijtbaarheid. Ter aanvulling daarop schrijft hij dat het bij deze vorm van verwijtbaarheid niet gaat om de strenge eis van ‘ernstige verwijtbaarheid’, maar om de vraag of de medeaandeelhouders of de vennootschap enige mate van schuld hebben aan het ontstaan van de benarde situatie, zie P.P. de Vries, annotatie bij Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3222, JOR 2020/59, randnr. 4.

79. Hof Amsterdam 20 november 1997, ECLI:NL:GHAMS:1997:AG3254, JOR 1998/26 (Hooymans), r.o. 5.2; evenzo Slagter/Assink 2013, p. 1310.

80. Rb. Overijssel 27 september 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3846, JOR 2018/35, r.o. 3.2; Wehrmeijer & Hendriks 2018, p. 242.

81. P.P. de Vries, annotatie bij Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3222, JOR 2020/59, randnr. 4.

82. P.P. de Vries, annotatie bij Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3222, JOR 2020/59, randnr. 4.

83. Bulten 2011, p. 78 en 86.

84. Bulten 2011, p. 78-79.

85. Slagter/Assink 2013, p. 1308, voetnoot 58. Assink merkt daarbij terecht op dat deze benadering uit rechtspolitiek oogpunt het meest zuiver en overigens inpasbaar in de systematiek van art. 2:343 BW lijkt.

werking tussen de aandeelhouders. Ter voorkoming dat de schuldvraag in het midden blijft liggen – bij de toewijzing van de gedwongen overname of overdracht van aandelen –, is bij het Voorontwerp derhalve bewust gekozen voor de introductie van de redelijkheid en billijkheid als uittredingsnorm. Dit brengt met zich dat ingevolge het Voorontwerp de toewijzing van een uitstotingsvordering of uittredingsvordering alleen mogelijk is als de ene aandeelhouder in mindere mate in strijd handelt met de redelijkheid en billijkheid dan de andere.⁸⁶

Het kan voorkomen dat uitstotings- of uittredingsvorderingen over en weer worden ingesteld. In dit geval zal de rechter moeten motiveren welke aandeelhouder in overwegende mate een verwijt valt te maken voor het ontstaan van de situatie.⁸⁷ Dit zal voor de rechter in sommige gevallen een lastige opgave kunnen zijn, bijvoorbeeld bij een impasse in de algemene vergadering waar geen van de aandeelhouders in grotere mate blaam treft voor het ontstaan van de impasse. Immers, bij een impasse ligt de schuld regelmatig bij beide aandeelhouders en niet slechts bij een van hen.⁸⁸ Ervan uitgaande dat beide aandeelhouders in gelijke mate hebben bijgedragen aan het ontstaan van de impasse, laat dit de rechter – op grond van het Voorontwerp – wellicht geen andere keuze dan de vordering af te wijzen.

Situaties waarbij de schuldvraag in het midden kan blijven, komen in de praktijk geregeld voor.⁸⁹ Voor de aandeelhouder die in zo'n geval uit het samenwerkingsverband wil stappen, lijkt het dan de beste optie om bewust in strijd met het vennootschapsbelang te handelen – omdat uittreding enkel op grond van duurzame ontwrichting niet mogelijk is –, zodat de route naar de uitstootprocedure mogelijk wordt. Het recht zou juist dit soort situaties moeten voorkomen.⁹⁰

Hoewel vooralsnog duurzame ontwrichting in de rechtspraak niet als zelfstandige (feitelijke) grondslag tot de gedwongen overdracht van aandelen heeft geleid, lijken rechters hier toch een zekere mate van belang aan te hechten. Noemenswaardig in dat kader is de uitspraak van de Ondernemingskamer inzake *Deus Ex Machina*, waarin (ten overvloede) werd overwogen dat niet is aangevoerd dat de zwaar verstoorde verhoudingen – c.q. duurzame ontwrichting – tussen de aandeelhouders tot toewijzing van de uittredingsvordering nopen, zodat de Ondernemingskamer 'op die verhouding verder geen acht heeft geslagen'.⁹¹ Voorts wordt in het arrest van de Ondernemingskamer van 3 september 2019 de ernstig en duurzaam

verstoorde verhouding tussen de aandeelhouders als eerste (van de zes) reden(en) voor toewijzing van de uittredingsvordering genoemd.⁹²

De standpunten in de literatuur over de wenselijkheid om bij duurzame ontwrichting tussen aandeelhouders de toewijzing van een uitstotings- of uittredingsvordering mogelijk te maken, lopen uiteen. Zo pleit Schreurs voor een ruimere uitleg van de uitstotings- en uittredingsnorm, door duurzame ontwrichting onder het toepassingsbereik van de geschillenregeling te laten vallen.⁹³ Dat in gevallen waar alle aandeelhouders evenveel blaam treft voor de ontstane ontwrichting de beslissing van de rechter in sommige gevallen een salomonsoordeel van de rechter zal vergen, vindt Schreurs niet bezwaarlijk.⁹⁴ Door de geschillenregeling op dit punt te verruimen zou volgens hem tegemoet worden gekomen aan de behoefte in de praktijk, waar voor aandeelhouders in een duurzaam ontwrichte verhouding (veelal) geen adequate exit of andere oplossing bestaat.⁹⁵ Daarentegen volgt Schreurs wel het standpunt van de minister dat er voor de gedwongen overname van aandelen in geval van duurzame ontwrichting bijkomende omstandigheden zijn vereist voor toewijzing daarvan.⁹⁶ Deze bijkomende omstandigheden hoeven echter niet een uitdrukkelijk schuldelement van de wederpartij te bevatten.⁹⁷ Schreurs is niet de enige die voor deze verruiming pleit en krijgt op het punt van duurzame ontwrichting bijval van de rechterlijke macht.⁹⁸ Uit het advies met betrekking tot het Voorontwerp valt af te leiden dat de Rvdr het standpunt van de minister over duurzame ontwrichting niet deelt.⁹⁹ De Rvdr verzoekt de minister zodoende tot nadere overdenking van zijn standpunt om uittreding of uitstoting niet mogelijk te maken in geval van duurzame ontwrichting van de samenwerking tussen de aandeelhouders. Ter onderbouwing brengt de Rvdr onder meer naar voren dat ook in geval van een duurzame ontwrichting 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 de verhoudingen langdurig te belasten met de aanwezigheid van een aandeel-

86. MvT, p. 11-12.

87. MvT, p. 12; evenzo P.P. de Vries, annotatie bij Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3222, JOR 2020/59, randnr. 4.

88. P.P. de Vries, annotatie bij Hof Amsterdam 11 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1950, JOR 2019/219, randnr. 7.

89. Zie de reactie op het Voorontwerp en de bijbehorende MvT van Van Benthem & Keulen, p. 3, www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingenquete/reactie/a0f0dc73-ca13-4d6a-9cf2-0821b645e05a; Schreurs 2017, p. 529.

90. Schreurs 2017, p. 529.

91. Hof Amsterdam 11 juni 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1950, JOR 2019/219, r.o. 2.7.

92. Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3222, JOR 2020/59, r.o. 3.32.

93. Schreurs 2017, p. 528-533; zie tevens Wehrmeijer & Hendriks 2018, p. 239.

94. Zie de reactie op het Voorontwerp en de bijbehorende MvT van Boels Zanders Advocaten, p. 3, www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingenquete/reactie/3e0776f6-a5a1-4ffb-ac5a-2bfe9c4d6bb.

95. Schreurs 2017, p. 528-533.

96. Zie de reactie op het Voorontwerp en de bijbehorende MvT van Boels Zanders Advocaten, p. 3, www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingenquete/reactie/3e0776f6-a5a1-4ffb-ac5a-2bfe9c4d6bb.

97. Zie de reactie op het Voorontwerp en de bijbehorende MvT van Boels Zanders Advocaten, p. 3, www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingenquete/reactie/3e0776f6-a5a1-4ffb-ac5a-2bfe9c4d6bb.

98. Zie voorts ook de reactie op het Voorontwerp en de bijbehorende MvT van Van Benthem & Keulen, p. 3, www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingenquete/reactie/a0f0dc73-ca13-4d6a-9cf2-0821b645e05a.

99. Advies Rvdr Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure d.d. 25 november 2019, p. 3, www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2019-45-advies-wet-aanpassing-geschillenregeling-enqueteprocedure.pdf.

houder die niet langer deelneemt aan de samenwerking.¹⁰⁰ Daarnaast voert de Rvdr aan dat het vanuit rechtseconomisch perspectief ook ongelukkig is 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.¹⁰¹

Onder verwijzing naar de negatieve bijwerkingen van een dergelijke verruiming acht Bulten het onwenselijk dat duurzame ontwrichting de gedwongen overdracht van aandelen tot gevolg kan hebben.¹⁰² Zij verwijst daarbij naar de Belgische rechtspraktijk, waarin duurzame ontwrichting wel onder het toepassingsbereik van de (Belgische) geschillenregeling valt en als pressiemiddel wordt gebruikt jegens aandeelhouders die weigeren om water bij de wijn te doen.¹⁰³ Een ander nadeel van het verruimen van de geschillenregeling naar situaties waar de schuldvraag in het midden blijft, is dat het toepassingsgebied van de geschillenregeling dan niet goed afgebakend kan worden met het onvoorwaardelijke uittredingsrecht.¹⁰⁴ Ook dit nadeel komt in de MvT naar voren. Timmerman toont zich tevreden met het geclausuleerde uittredingsrecht van het huidige artikel 2:343 BW.¹⁰⁵ Uittreding op frivole gronden zou de gezonde groei en het voortbestaan van de vennootschap in de waagschaal stellen.¹⁰⁶ Het aandeelhouderschap bij vennootschappen met een besloten verhouding is niet hetzelfde als het zijn van aandeelhouder in een beursgenoteerde vennootschap, waar de aandelen eenvoudig verhandelbaar zijn. Het is onwenselijk om de uittredmogelijkheid van artikel 2:343 BW zodanig op te rekken dat de aandeelhouder wordt behandeld als ware hij aandeelhouder in een beursvennootschap.¹⁰⁷ Het openstellen van de geschillenregeling voor gevallen van duurzame ontwrichting brengt mijns inziens niet direct mee dat aandeelhouders daarmee een onvoorwaardelijk uittredingsrecht verkrijgen.

100. Advies Rvdr Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure d.d. 25 november 2019, p. 3, www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2019-45-advies-wet-aanpassing-geschillenregeling-enqueteprocedure.pdf.

101. Advies Rvdr Wet aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure d.d. 25 november 2019, p. 3, www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/2019-45-advies-wet-aanpassing-geschillenregeling-enqueteprocedure.pdf.

102. Bulten 2011, p. 86.

103. Bulten 2011, p. 86. Zie voor een uitgebreidere beschrijving van de Belgische geschillenregeling H. de Wulf, Niet-genoteerde vennootschappen in het Belgische Wetboek van vennootschappen en verenigingen, in: J. Barneveld e.a., Ondernemingsrecht in de Lage Landen. Wat kunnen wij van de Belgen leren? (IVOR nr. 117), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 59-65 en Bulten 2020, p. 143-161.

104. MvT, p. 12. De Vries schrijft dat met het onvoorwaardelijk uittredingsrecht wordt bedoeld het recht van een aandeelhouder om uit te treden uit de vennootschap middels inkoop, zonder dat daar overeenstemming aan ten grondslag ligt, zie P.P. de Vries, annotatie bij Hof Amsterdam 3 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3222, JOR 2020/59, randnr. 4. Zie ook De Vries 2010, par. 6.5.4 en 9.2.2.

105. L. Timmerman, Uittreding van aandeelhouders (ook volgens Russisch recht), in: M.P. Nieuwe Weme & K.M. van Hassel (red.), Willems' wegen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems (VDHI nr. 102), Deventer: Kluwer 2010, p. 401-402.

106. Timmerman 2010, p. 401-402.

107. Schreurs 2017, p. 529.

De mogelijkheid dat de overdracht of overname van aandelen kan worden bevolen op grond van duurzame ontwrichting betekent niet dat de rechter daartoe dan ook verplicht is. Onder het huidige recht, evenals onder het Voorontwerp, dient de rechter een belangenafweging te maken.¹⁰⁸ De rechter zal een zorgvuldige afweging moeten maken van de botsende belangen.¹⁰⁹ Het staat de rechter zodoende eveneens vrij om – in het kader van de belangenafweging – in geval van duurzame ontwrichting in de verhouding tussen de aandeelhouders, zonder dat één van hen een ernstiger verwijt valt te maken, te oordelen dat de omstandigheden van het geval de gedwongen overdracht of overname van aandelen rechtvaardigen, of juist niet rechtvaardigen. Deze discretionaire bevoegdheid van de rechter zou hem de mogelijkheid geven werkelijk maatwerk te leveren. Bijkomende omstandigheden zullen mijns inziens wel vereist – en van bijzonder belang – zijn voor de rechtvaardiging van de uitstoting of uittreding van een aandeelhouder. Zo zal de rechter onder meer rekening dienen te houden met de financiële middelen en positie van de partij die de overname voor de aandelen zou moeten betalen. Terughoudendheid van de rechter zou bij gevallen van duurzame ontwrichting – dus zonder schuldelement – zodoende zonder meer op zijn plaats zijn, mede ter voorkoming van ‘Belgische praktijken’.

Resumerend, uit het Voorontwerp en de bijbehorende MvT volgt dat de balans uitslaat in het voordeel van de argumenten tegen de verruiming van de geschillenregeling dat enkel duurzame ontwrichting tussen aandeelhouders volstaat voor uitstoting of uittreding. Mede gelet op de discretionaire bevoegdheid van de rechter in het kader van de belangenafweging – wat de rechter niet verplicht tot toewijzing van uitstoting of uittreding, maar die mogelijkheid wel openlaat – steun ik de oproep van de rechterlijke macht aan de minister tot nadere overdenking van de categorische uitsluiting van de toepasselijkheid van de geschillenregeling bij duurzame ontwrichting. Het categorisch uitsluiten van de toepasselijkheid van de geschillenregeling als bij geen van de aandeelhouders een *ernstiger* verwijt valt te maken, is een gemiste kans om daadwerkelijk aandeelhouders in de praktijk te voorzien van ‘een snelle en efficiënte toegang tot de rechter voor het geval aandeelhouders het geschil niet in onderling overleg kunnen beslechten’.¹¹⁰

6 Slot

De voorgestelde (materiële) wijzigingen van de geschillenregeling zijn een stap in de goede richting om de geschillenregeling tot een effectiever en efficiënter instrument te maken voor een adequate exit voor beknelde (minderheids)aandeelhouders en de mogelijkheid om aandeelhouders aan te pakken

108. Bulten 2011, p. 46 en 88.

109. Bulten 2011, p. 46.

110. Evenzo de reactie op het Voorontwerp en de bijbehorende MvT van Van Benthem & Keulen, p. 3, www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingenquete/reactie/a0f0dc73-ca13-4d6a-9cf2-0821b645e05a, en de reactie op het Voorontwerp en de bijbehorende MvT van Boels Zanders Advocaten, p. 3, www.internetconsultatie.nl/geschillenregelingenquete/reactie/3e0776f6-a5a1-4fffb-ac5a-2fb69c4d6bb.

die het vennootschapsbelang schaden. Het Voorontwerp komt echter niet aan alle bezwaren tegen de (te) hoge drempel van de geschillenregeling tegemoet.

Tegen de achtergrond van het arrest van de Ondernemingskamer van 3 september 2019 in combinatie met de toelichting van de minister met betrekking tot de wijziging van de toetsingsnorm voor uittreding lijkt de aanpassing van (het eerste lid van) artikel 2:343 BW op sommige punten overbodig. Desalniettemin heeft de verduidelijking van de minister, dat bijkomende 'zwaarwegende' omstandigheden niet zijn vereist voor uittreding, wel toegevoegde waarde. De discussie hieromtrent is daarmee definitief geëindigd. De aanpassing van de uittredingsnorm lijkt echter wel tot gevolg te hebben dat verwijtbaarheid een constitutief vereiste zal vormen. Onder de huidige regeling is dit niet vereist. De aanpassing van de uittredingsnorm legt de lat voor toewijzing van gedwongen overname van aandelen zodoende niet lager, maar juist hoger. Dit lijkt mij niet de bedoeling te kunnen zijn van de minister.

De lijn die de Ondernemingskamer heeft uitgezet, dat de gedwongen overdracht van aandelen tevens mogelijk is als er geen sprake is van zwaarwegende bijkomende omstandigheden of verwijtbaarheid, heeft reeds resultaat opgeleverd. Zo heeft de rechtbank Den Haag op 8 april 2020, in lijn met dit oordeel, overwogen dat bij uittreding geen zwaarwegende omstandigheden zijn, dan wel verwijtbaarheid is vereist voor toewijzing van een uittredingsvordering.¹¹¹

De aanpassing van de uitstotingsnorm levert een wezenlijke verandering op ten opzichte van de huidige stand van zaken. Door de afschaffing van de hoedanigheidseis van aandeelhouder wordt het aandeelhouders mogelijk gemaakt medeaandeelhouders die het vennootschapsbelang schaden uit te stoten, zonder dat de conflictsituatie zich eerst hoeft uit te breiden naar de algemene vergadering.

Ten slotte is het te betreuren dat de minister van oordeel is dat enkel duurzame ontwrichting in de verhouding tussen aandeelhouders niet toereikend is voor de gedwongen overname of overdracht van aandelen. Hoewel het niet wenselijk is om aandeelhouders in een besloten verhouding een onvoorwaardelijk uittredingsrecht te verschaffen, zou de rechter juist in gevallen waar de verhouding tussen de aandeelhouders zodanig is verstoord dat de nadelige gevolgen hiervan een negatieve impact hebben op de onderneming en haar stakeholders, een definitieve structurele oplossing moeten kunnen leveren, waarvoor in sommige gevallen een definitieve scheiding noodzakelijk is.

Indien het Voorontwerp in deze vorm in werking zou treden, zal de praktijk moeten uitwijzen of de doelstelling om de geschillenregeling tot een effectiever en efficiënter instrument te maken daadwerkelijk wordt behaald. De afschaffing van de

hoedanigheidseis van aandeelhouder voor de gedwongen overdracht van aandelen zal (hoogst)waarschijnlijk een positieve weerslag hebben in de praktijk. Het is nog maar de vraag of de wijziging van de uittredingsnorm eenzelfde positief effect in de praktijk teweeg zal brengen, mede gelet op de recente uitspraak van de rechtbank Den Haag en de eerdergenoemde lijn van de Ondernemingskamer.

111. Rb. Den Haag 8 april 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:3000, r.o. 4.1.