



Ministerie van Justitie
De heer mr. drs. M.J.H. Langendoen

Nieuwegein, 30 september 2005

Onderwerp : commentaar op het ambtelijk voorontwerp tot vereenvoudiging en flexibilisering van het BV- recht (2^e trache).

Weledelgestrenghe heer Langendoen,

Hierbij bieden wij u het commentaar aan namens de Nederlandse Vereniging van Ondernemingsrechtadviseurs (NeVOA) op het ambtelijk voorontwerp tot vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht (2e tranche).

Uiteraard houden wij ons gaarne beschikbaar voor nader overleg of een nadere toelichting op dat commentaar.

Hopende hiermee een substantiële bijdrage te hebben geleverd aan de verdere ontwikkeling van opgemeld wetsontwerp met bijbehorende toelichting.

U vriendelijk groetend,

mr. J.E. Missaar,
mevrouw mr. T. Viragh en
mr. H. ter Horst
Commissie Vaktechniek NeVOA

Commentaar op het ambtelijk voorontwerp tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid

I. Beslotenheid (art. 2:175, 192, 195, 195a, 195b, 197 en 198)

1. Algemeen

Op 20 juli 2005 verscheen van de hand van de Minister van Justitie de tweede tranche van voornoemd ontwerp ter becommentariëring. In het ambtelijk voorontwerp komen een tweetal onderwerpen (beslotenheid en geschillenregeling) aan de orde, die vele MKB-ondernemers raakt in hun bevoegdheid om de statuten van hun besloten vennootschap naar eigen inzicht in te richten. Leden van de Nederlandse Vereniging van Ondernemingsrechtadviseurs (NeVOA) adviseren en begeleiden veelal MKB-ondernemers. Het schetst dan ook geen verbazing dat NeVOA heeft gemeend, vanuit de belangen van die MKB-ondernemers, dit ambtelijk voorontwerp positief kritisch te moeten benaderen. Zij ondersteunt de zienswijze dat de huidige regeling van het BV-recht, dat hoofdzakelijk van dwingend recht is, op een aantal punten in de praktijk als te knellend wordt ervaren. Zij vraagt zich in verband met de vereenvoudiging en de flexibilisering van het BV-recht echter af of aan een aantal aspecten, die in het ambtelijk voorontwerp (zowel in de eerste als in de tweede tranche) (nog) niet aan de orde zijn gekomen, nog nadere aandacht behoeven, en andere aspecten nog nadere bestudering behoeven.

Het ambtelijk voorontwerp gaat, als uitgangspunt, uit van vrije overdracht van aandelen door een aanbieder, zonder deze nog langer te verplichten om, zoals onder huidig recht, de in de statuten opgenomen blokkeringsregeling na te komen. De verplichte blokkeringsregeling is destijds geïntroduceerd in het BV-recht om het besloten karakter van de vennootschap wettelijk te verankeren. Het is één van de karakteriserende verschillen met de regeling over de naamloze vennootschap. Dat verschil tussen BV en NV vervaagt door het laten vervallen van de verplichting om in de statuten nog langer een blokkeringsregeling op te nemen. Het is daarom de vraag wat er nog overblijft van het "besloten" karakter van die vennootschap. Bij de overdracht van aandelen zal de vervreemder de verkrijger daarover ook moeten informeren. Het opschrift van titel 5 van Boek 2 behoeft naar de mening van NeVOA daarom aanpassing.



Dat het kapitaal van de BV, blijkens het ambtelijk voorontwerp, slechts bestaat uit aandelen op naam, om, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting (MvT), te garanderen dat de BV haar aandeelhouders kent, maakt nog niet dat die vennootschap daardoor een besloten karakter krijgt. Het verbod tot uitgifte van aandeelbewijzen maakt dat niet anders.

Hoewel het onderwerp wellicht beter past in het ambtelijk voorontwerp eerste tranche, mist NeVOA daarin (evenals in de tweede tranche) het antwoord op de vraag of in de praktijk (nog) wel behoefte bestaat aan de overdracht van aandelen bij notariële akte. In het kielzog daarvan dient uiteraard aandacht te worden besteed aan de uitgifte van aandelen en de vestiging van beperkte rechten daarop. Naar de mening van NeVOA past in de vereenvoudiging van het BV-recht een 'hernieuwde' discussie over de vraag of nog langer behoefte bestaat aan betrokkenheid van de notaris bij dergelijke rechtshandelingen. Voorkoming van misbruik dient daarin dan wel een centrale plaats te krijgen. Vreemd is die gedachte overigens niet. Vóór de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek werd de notariële akte bij overdracht van aandelen immers niet vereist. Bij onze zuiderburen is voor de overdracht van aandelen in een BVBA evenmin een notariële akte vereist. NeVOA stelt daarom voor om bij de overdracht van aandelen uit te gaan van levering van aandelen in een BV bij onderhandse akte en verder na te denken over de voorkoming van misbruik van vennootschappen.

In het bijzonder acht NeVOA het een gemiste kans om in de ambtelijke voorontwerpen aandacht te besteden aan de mogelijkheid tot vestiging van een stil pandrecht op aandelen in een BV. Daarover bestaat al sinds geruime tijd verschil van mening in de literatuur. Daardoor duurt de twijfel voort over het antwoord op vraag, aan welke formele vereisten een dergelijk pandrecht dan moet voldoen. Dient een dergelijk pandrecht te worden gevestigd bij notariële akte dan wel bij wege van onderhandse geregistreerde akte (vergelijk artikel 239, Boek 3, BW)? De praktijk loopt onder meer tegen de vraag aan op welke wijze en onder welke voorwaarden het stille pandrecht verwordt tot een openbaar pandrecht.

Regeling van dit onderwerp in het ambtelijk voorontwerp past goed in het voornemen om het recht omtrent de BV te vereenvoudigen.



NeVOA onderschrijft het standpunt van de Minister van Justitie in de Memorie van Toelichting omtrent eenduidigheid in de binding van aandeelhouders aan statuten van de vennootschap ondanks het feit dat zij hebben tegengestemd tegen een besluit tot wijziging van regelingen daarin, die vallen onder het bereik van de artikelen 192 (opleggen van verplichtingen aan een aandeelhouder), 195 (beperking of uitsluiting van overdraagbaarheid van aandelen), 195a (verplichting tot aanbidding van aandelen) en 195b (kwaliteitseisen te stellen aan de aandeelhouder), Boek 2, BW. Daardoor wordt voorkomen dat verschillende aandeelhouders, verschillend moeten worden behandeld ter zake verplichtingen die voortvloeien uit de toepassing van voormelde bepalingen. NeVOA meent dat het standpunt van de Minister ook meer in lijn is met de gelijkheid van aandeelhouders zoals geregeld in artikel 201, Boek 2, BW dat (vooralsnog) niet zal worden gewijzigd. Voorkomen wordt bovendien dat (subjectieve) motieven van de tegenstemmende aandeelhouder, die niet gerechtvaardigd behoeven te zijn, via het besluit tot wijziging van de statuten, de werking van artikel 201, Boek 2, BW ontkracht. De tegenstemmende aandeelhouder heeft alternatieven, zo blijkt uit de Memorie van Toelichting. Genoemd wordt het beroep op vernietigbaarheid van het besluit omdat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, verzwaarde besluitquora te stellen aan het besluit tot statutenwijziging. De weg naar de rechter in het kader van de geschillenregeling, waarbij de geschillenregeling van aanvullend recht zal zijn, spreekt NeVOA echter minder aan. De procedure is, voor de tegenstemmende aandeelhouder in de MKB-praktijk vaak een te kostbare onderneming en duurt te lang. Het valt te bezien of met de wijziging van de geschillenregeling daarin verandering komt. Een méér preventieve oplossing ligt voor de hand. Die wordt volgens NeVOA gevonden door het besluit tot wijziging van de statuten te onderwerpen aan een versterkte meerderheid van $\frac{3}{4}$ van de (geldig) uitgebrachte stemmen in een algemene vergadering van aandeelhouders waarin tenminste $\frac{2}{3}$ van het geplaatste kapitaal aanwezig of vertegenwoordigd is. Deze bepaling treft men in vele statuten van MKB-BV's aan en kan, wat NeVOA betreft, wettelijke status verkrijgen. Uiteraard kan bij statuten daarvan worden afgeweken door aan de besluitvorming zwaardere eisen te stellen. De minderheidsaandeelhouder met een kleiner belang in het kapitaal dan $\frac{1}{3}$ wordt daardoor beter beschermd.

Het komt de vereenvoudiging van het BV-recht ten goede, zo vindt NeVOA, dat ook de afschaffing van het preventieve toezicht bij de oprichting van een BV alsook bij wijziging van haar statuten, wordt geïntegreerd in het onderhavige wetsvoorstel.

2. Artikelsgewijs commentaar

A

Artikel 175

Door de wijziging van artikel 175 lid 1 wordt tot uitdrukking gebracht dat aandelen in een BV, principieel, overdraagbaar worden. De noodzaak daartoe berust, volgens de Memorie van Toelichting, op wijziging van artikel 195, waardoor de verplichte blokkeringsregeling komt te vervallen. In de overdraagbaarheid van de aandelen moet dan, op grond van artikel 83, lid 3, Boek 3, BW wettelijk worden voorzien. Of die aandelen inderdaad overdraagbaar blijken, is afhankelijk van het feit of de vennootschap in haar statuten een, volgens artikel 195 toegestane, blokkeringsregeling bevat. Juist die blokkeringsregeling beperkt immers de vrije overdraagbaarheid van de aandelen. Die beperking van de overdracht wordt op grond van artikel 195 wettelijk ondersteund. Het lijkt NeVOA dan ook goed om, aan de eerste zin van lid 1 toe te voegen “tenzij statuten de overdracht beperken of gedurende een bepaalde tijd uitsluiten”, zoals opgenomen in artikel 195 lid 1, eerste zin.

NeVOA meent dat het besloten karakter van de BV als onderscheidend criterium ten opzichte van de NV verdwijnt door wegneming van de verplichte blokkeringsregeling in haar statuten. Uitgifte van aandelen op naam in het kapitaal is niet meer dan een middel om bekendheid van de vennootschap met haar aandeelhouders te bereiken. In de Memorie van Toelichting wordt echter geen motief gevonden voor de reden waarom de BV behoefte heeft aan het kennen van haar aandeelhouders, en daardoor slechts aandelen op naam mag uitgeven. Bovendien mag zij geen aandeelbewijzen uitgeven. In dat verband is NeVOA geïnteresseerd in de overweging van de Commissie vennootschapsrecht waardoor zij de Minister heeft geadviseerd een wettelijk verbod tot notering van aandelen aan een effectenbeurs, ter onderscheiding van de NV, niet in artikel 175 op te nemen. Indien de mogelijkheid tot verhandeling van aandelen in een BV ter beurse wordt overwogen, kan deze, effectief, slechts plaatsvinden indien voor de levering van aandelen in een BV niet tevens een notariële akte is vereist. Dan zou wijziging van artikel 196 moeten plaatsvinden. Hiervoor werd reeds aangegeven dat een meer principiële discussie dient plaats te vinden over het antwoord op de vraag of voor de levering van aandelen op naam in een BV nog langer een notariële akte moet worden vereist.



Het slot van de derde zin van artikel 175 lid 1 – waarin is bepaald dat een aandeelhouder niet is gehouden boven het bedrag dat op zijn aandelen behoort te worden gestort in de verliezen van de vennootschap bij te dragen – lijkt zich niet te verdragen met het gewijzigde artikel 192 en in het bijzonder de Memorie van Toelichting op pagina 10. Daarin worden een aantal voorbeelden genoemd van statutaire verplichtingen die op de aandeelhouder (vermogensrechtelijke) kunnen worden gelegd. Deze kunnen uitstijgen boven de stortingsplicht. Indien de statuten, in geval van een deconfiture van de vennootschap, de aandeelhouder verplichten om een bedrag te lenen aan de vennootschap om zodoende te trachten het faillissement van de vennootschap af te wenden maar dat niet tot succes leidt, ziet de aandeelhouder zich, als het faillissement van de vennootschap opkomt, geconfronteerd met het feit dat hij niet alleen het bedrag dat hij ooit heeft gestort op zijn aandelen niet terugkrijgt maar hij daarnaast, als (concurrent) schuldeiser van de vennootschap, (gedeeltelijk) onvoldaan blijft uit hoofde van de geldlening. NeVOA meent dan ook dat een statutaire verplichting tot lening van een bedrag door aandeelhouders aan de vennootschap, bijvoorbeeld in faillissementssituaties, wel degelijk kan lijden tot bijdrage in de verliezen van de vennootschap boven het bedrag van de stortingsplicht.

B

Artikel 192

Het opleggen van verplichtingen aan aandeelhouders anders dan die tot storting op aandelen en overigens op grond van de wet, kan een wezenlijke verzwaring van verplichtingen voor die aandeelhouders met zich brengen. Verplichtingen waarmee tevoren geen rekening kon worden gehouden. Dat geldt temeer voor minderheidsaandeelhouders. Zij dienen tegen een besluit tot wijziging van de statuten, inhoudende de bevoegdheid tot het opleggen van die verplichtingen door de vennootschap, preventief te worden beschermd. NeVOA stelt in dat verband voor om, evenals bij artikel 195 lid 2 is bepaald, een besluit tot statutenwijziging te doen nemen met algemene stemmen in een algemene vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal aanwezig is. Niet goed valt in te zien waarom bij een dergelijke statutenwijziging een minder vergaand besluitquorum zou passen dan bij een besluit waardoor de overdracht van aandelen tijdelijk wordt uitgesloten. Het voordeel daarvan is dat een tegenstemmende minderheidsaandeelhouder niet wordt veroordeeld om de overeengekomen, statutaire of wettelijke geschillenregeling toe te passen.

Zoals hiervoor bij artikel 175 aangegeven, kan in voorkomende gevallen een bepaling in de statuten overeenkomstig artikel 192 tot het verstrekken van een lening aan de vennootschap, die wettelijk is gesanctioneerd, lijden tot strijdigheid van die bepaling met het wettelijke verbod om de aandeelhouder te laten bijdragen in verliezen van de vennootschap boven diens stortingsplicht. De verplichting mag, blijkens de Memorie van Toelichting, niet afwijken van wettelijke bepalingen. Zij is van aanvullend recht. Een aandeelhouder die door de vennootschap wordt aangesproken tot nakoming van zijn statutaire verplichting om een bedrag aan de vennootschap te lenen (daarvan kan sprake zijn in geval van dreigende deconfiture), wetende dat de vennootschap niet in staat zal zijn om hem terug te betalen, zal niet geneigd zijn om zijn statutaire verplichting jegens de vennootschap na te komen. Hij riskeert daardoor overigens een statutair geregelde opschorting van diens recht op toegang tot de algemene vergadering van aandeelhouders en zijn stemrecht. De aandeelhouder zou kunnen stellen dat zijn verplichting tot het verstrekken van een lening lijdt tot strijd met artikel 175 lid 1. In geval van betaling moet hij immers maar zien of de vennootschap haar verplichting tot terugbetaling kan nakomen. Het gevolg daarvan zou kunnen zijn dat de statutaire bepaling door de rechter (partieel) nietig wordt verklaard (op grond van artikel 41 jo. 40, lid 2, Boek 3 BW) dan wel dat de vennootschap zich niet kan beroepen op de statutaire verplichting, omwille van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid (artikel 8 lid 2). Onduidelijk is of in dit geval er grond bestaat voor de toepassing van de geschillenregeling. De aandeelhouder lijkt zich derhalve in faillissementssituaties vrij gemakkelijk te kunnen bevrijden van de statutaire verplichting om te lenen aan de vennootschap, terwijl buiten dergelijke faillissementssituaties de statutaire verplichting op zich niet in strijd hoeft te komen met artikel 175 lid 1 slot. In het eerste geval is een statutair geregelde opschorting van zijn recht tot toegang van de algemene vergadering en stemrecht inhoudsloos. Conclusie is dus dat de verplichting tot het verstrekken van een geldlening aan de vennootschap, hoewel gesanctioneerd door artikel 192, in geval van dreigend faillissement kan lijden tot vragen omtrent geldigheid van die verplichting, bezien tegen de achtergrond van artikel 175 lid 1 slot, terwijl overigens die verplichting geldig kan zijn.

In geval inwerkingtreding van dergelijke verplichtingen onderworpen zijn aan besluitvorming door een vennootschapsorgaan als bedoeld in artikel 189a, kunnen minderheidsaandeelhouders maar ook derden, waaronder geïnteresseerde kopers van aandelen in de vennootschap, door raadpleging van het Handelsregister, anders dan men leest in de Memorie van Toelichting op pagina 10, geen kennis nemen van de daadwerkelijke besluitvorming omtrent het opleggen van dergelijke plichten.



NeVOA kan zich voorstellen dat de besluitvorming voor een aspirant aandeelhouder van belang kan zijn ter bepaling van de voorwaarden (waaronder koopprijs) waaronder aandelen worden verkregen. Die verplichting is immers een kwalitatieve verplichting en rust na de overdracht op de aspirant aandeelhouder. Slechts besluiten door de algemene vergadering van aandeelhouders plachten in het MKB, op grond van artikel 230 lid 4, schriftelijk te worden vastgelegd.

NeVOA voorziet in de (bezwaarlijke) kenbaarheid van dergelijke besluiten voor een aspirant aandeelhouder verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke gevolgen indien verkoper geen mededelingen doet over die verplichtingen aan koper, terwijl koper feitelijk onvoldoende onderzoek kan verrichten naar dergelijke verplichtingen. NeVOA geeft de Minister in overweging om in het Handelsregisterbesluit 1996 dan ook de verplichting op te nemen dat de vennootschap een dergelijk besluit ter inzage dient te leggen bij het Handelsregister nadat het is genomen. Aan de aspirant kopers en minderheidsaandeelhouders wordt daardoor een reële mogelijkheid geboden om van dergelijke besluiten kennis te nemen.

Wat geldt voor een besluit tot oplegging van verplichtingen, geldt mutatis mutandis voor een besluit tot ontheffing van die verplichting.

C

Artikel 195

NeVOA juicht toe dat de wetgever de discussie wenst te beëindigen in de literatuur tussen Dortmund, Slagter, Huizink en Van Schilfgaarde over de het antwoord op de vraag wat rechtens is als een aandeelhouder, in strijd met een statutaire blokkeringsregeling, zijn aandelen verkoopt en levert. De wetgever hecht in dit verband voorkeur aan de leer van Van Schilfgaarde, namelijk een non-existente overdracht. Op grond van artikel 83, lid 3, Boek 3 BW kan een verkrijger door artikel 88 van Boek 3 BW, niet alsnog rechthebbende worden van aandelen. Daarmee is voor de praktijk helderheid geschapen. Overigens geldt het voorgaande slechts voor de overdracht in strijd met een statutaire beperking of tijdelijke uitsluiting van de overdraagbaarheid. Deze sanctie geldt niet voor in aandeelhoudersovereenkomsten opgenomen blokkeringsregelingen. In dat geval kan immers hoogstens sprake zijn van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overdragende aandeelhouder jegens diens medeaandeelhouders en eventueel jegens de vennootschap, hetgeen geen goederenrechtelijke gevolgen met zich brengt.



Hoewel het de flexibiliteit niet ten goede komt, juicht NeVOA voorts toe dat besluiten tot wijziging van statuten, die uitsluiting van de overdraagbaarheid van aandelen gedurende een bepaalde tijd met zich brengen, dienen te worden genomen met algemene stemmen in een algemene vergadering waarin het gehele geplaatste kapitaal aanwezig of vertegenwoordigd is. Daarmee wordt de minderheidsaandeelhouder voldoende beschermd tegen een hem onwelgevallige uitsluiting van de overdracht gedurende bepaalde tijd. Zonder nadere motivering valt echter niet goed in te zien waarom een besluit tot wijziging van statuten - inhoudende de beperking van de overdraagbaarheid van aandelen - niet aan een zelfde meerderheid moet worden onderworpen dan bij tijdelijke uitsluiting van de overdraagbaarheid het geval is. Vennootschappen krijgen in de nieuwe regeling immers de bevoegdheid, doch niet de verplichting, om de overdracht van aandelen statutair te beperken. Indien de vennootschap géén statutaire beperking kent ten aanzien van de overdracht van aandelen en de meerderheid der aandeelhouders alsnog beperking van de overdracht statutair wensen vast te leggen, kan een besluit tot beperking van de overdraagbaarheid ten aanzien van een minderheidsaandeelhouder even bezwaarlijk zijn. In dat geval is echter geen besluit met algemene stemmen in de algemene vergadering van aandeelhouders vereist. Erkent men eveneens de bezwaarlijkheid van die wijziging van de statuten, dan behoeft lid 3, eerste zin, slot van artikel 195 eveneens wijziging.

In de eerste zin van het vijfde lid wordt in een aantal gevallen de mogelijkheid geopend om de blokkeringsregeling geheel of gedeeltelijk buiten toepassing te laten verklaren door de rechter. Daarin is geen rekening gehouden met de situatie waarin een pandrecht op aandelen in een BV is gevestigd. NeVOA neemt aan dat ook in die situatie de pandhouder aan de rechter moet kunnen verzoeken om de blokkeringsregeling niet van toepassing te verklaren, indien hij gebruik wenst te maken van zijn executierecht.

D.

Artikel 195a

Opgemeld artikel handelt over de in de MKB-praktijk welbekende bijzondere aanbiedingsplicht. Op grond van het eerste lid wordt in het ambtelijk voorontwerp de verplichting tot aanbieding uitgebreid tot een deel van de aandelen. De aanbiedingsplicht, anders dan de aanbiedingsplicht geregeld in het huidige artikel 195, ziet op een onvrijwillige aanbieding van aandelen in de BV. In vele statuten van MKB-ondernemingen is thans reeds geregeld dat de gezamenlijke medeaandeelhouders kunnen besluiten om afstand te doen van hun voorkeursrecht tot verkrijging van de verplicht aan te bieden aandelen. De aandeelhouder die verplicht is tot aanbieding, kan in dat geval zijn aandelen behouden.



Helaas is niet, zoals in artikel 195b lid 1 wel het geval is, geregeld dat een orgaan van de vennootschap ontheffing kan verlenen van de verplichting tot aanbidding. Die bepaling van artikel 195b lid 1 kan, wat NeVOA betreft, ook worden opgenomen in artikel 195a lid 1. Gelet op bestaande regelingen in de statuten van MKB-BV's, ligt het voor de hand dat dit orgaan de algemene vergadering van aandeelhouder is.

In geval een aandeelhouder verplicht is om een deel van zijn aandelen aan te bieden op grond van het eerste lid, kan aan niet nakoming van die verplichting de opschorting van het recht op uitkeringen, het recht op deelname aan de algemene vergadering en het stemrecht worden verbonden. De Memorie van Toelichting gaat er op pagina 18 vanuit dat opschorting van het recht op toegang tot de algemene vergadering geen effect sorteert. In dat verband wijst NeVOA echter op het bepaalde in artikel 24d. Door het recht op aanwezigheid te behouden voor de aandeelhouder die verplicht is om een gedeelte van zijn aandelen aan te bieden, is die aanwezigheid wel van belang voor het antwoord op de vraag of voor een bepaald besluit is voldaan aan het vereiste besluitquorum. Immers slechts in het geval de wet bepaalt dat aan aandelen geen stemrecht is verbonden, tellen zij niet meer voor de bepaling van het aantal aandeelhouders dat aanwezig of vertegenwoordigd is dan wel of het vereiste kapitaal ter vergadering aanwezig of vertegenwoordigd is. Dat zou kunnen lijden tot spanning bij de besluitvorming in de algemene vergadering. Het recht op aanwezigheid van de aandeelhouder ter vergadering dient in de visie van NeVOA dan ook te worden gerelativeerd, althans dient de Memorie van toelichting aldus te worden gewijzigd.

1. Algemeen

Van de huidige geschillenregeling is tot nu toe nauwelijks gebruik gemaakt als gevolg van de bestaande knelpunten. Alternatieven worden gevonden in het enquêterecht, de 'ruziesplitsing' en het kort geding.¹ In de enquêteprocedure gaat de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam snel en effectief te werk. Hoewel de enquêteprocedure in beginsel niet tot een definitieve gedwongen overdracht kan leiden, bewijst de praktijk dat dit wel gebeurt. De Ondernemingskamer kan immers een voorziening tot tijdelijke aandelenoverdracht ten titel van beheer te treffen, zowel als onmiddellijke voorziening in de zin van artikel 2:349a BW en als definitieve voorziening in de zin van artikel 2:356 BW. Vaak gebeurt het ook dat door dergelijke voorzieningen de Ondernemingskamer het geschil beslecht. In de enquêteprocedure staan de belangen van de vennootschap meer op de voorgrond dan in de geschillenregeling waarin de belangen van aandeelhouders meer op de voorgrond treden. De gang naar de Ondernemingskamer voor de oplossing van een conflict uitsluitend tussen aandeelhouders is op dit moment niet mogelijk. Voor een ruziesplitsing is overeenstemming tussen de aandeelhouders nodig.

De voorgestelde regeling biedt een aantal verbeteringen teneinde de regeling toegankelijker te maken en de bestaande knelpunten op te lossen. Het betreft onder andere het volgende:

- Het vonnis tot uittreding/uitstoting kan uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard;
- In geval van samenhang kan een vordering tot schadevergoeding door of tegen een der partijen of de vennootschap worden gecombineerd met een vordering tot uitstoting/uittreding (336 lid 5);
- Bescherming van de minderheidsaandeelhouder door de (rechterlijke) mogelijkheid een statutaire waardebepaling buiten toepassing te kunnen laten. De wet neemt de waarde in het economisch verkeer tot uitgangspunt (339 lid 1);
- De mogelijkheden waarbij van de uittredingsregeling gebruik kan worden gemaakt zijn uitgebreid (2:343 lid 2);
- Tussentijds hoger beroep is uitgesloten. Pas na de waardebepaling kunnen partijen in hoger beroep.

Hoewel NeVOA van mening is dat de verbeteringen tegemoet komen aan de in de praktijk bestaande knelpunten, is het de vraag of de aangebrachte verbeteringen tot het

¹ Zie ook: Ondernemingsrecht 1999-9, pag. 236: A.F.J.A. Leijten – Tien jaar uitkoop- en geschillenregeling (II)

gewenste resultaat leiden. De volgende knelpunten – vooral ten aanzien van de minderheidsaandeelhouder in de uittredingsprocedure – blijven ook na invoering van de voorgestelde wijzigingen bestaan:

- Hoger beroep tegen de beslissing tot overdracht blijft mogelijk. Dit kan tot gevolg hebben dat – hoewel de aandelen bij uittreding al zijn overgedragen nadat het vonnis uitvoerbaar bij voorraad is verklaard – de uitgetreden/beknelde aandeelhouder na jarenlang procederen en onzekerheid over de uiteindelijke situatie terug moet naar de oude ongewenste situatie. Het is de vraag wie hierbij gebaat is.

Een oplossing kan wellicht worden gevonden in de afschaffing van het hoger beroep voor de vordering van uitstoting of uittreding, al dan niet door een gespecialiseerde rechter (bijvoorbeeld de Ondernemingskamer te Amsterdam). Over de waardering van de aandelen zou hoger beroep nog wel tot mogelijkheden kunnen behoren. De bezwaren tegen deze oplossing zoals in de Toelichting geformuleerd², overtuigen de NeVOA niet. De NeVOA ziet een onderbrenging van het uittredingsrecht in het enquêterecht als de meest voor de hand liggende keuze en oplossing voor de genoemde problemen.

- Indien een of meer deskundigen worden benoemd (hetgeen voor de hand ligt), worden de kosten van deskundigen in beginsel gedragen door de eiser (art. 195 Rv en pag. 27 Toelichting art. 2:339). Dit betekent een drempel voor de minderheidsaandeelhouder die zichzelf genoodzaakt ziet uit te treden. Het kan bovendien voorkomen dat de deskundige(n) die de waarde van de aandelen in het economisch verkeer moet(en) bepalen, daarnaast tevens de waarde volgens een statutaire bepaling of contractuele bepaling moet(en) vaststellen (art. 339 lid 2). De rechter houdt met deze waarde rekening voor zover dat billijk is. De (extra) werkzaamheden door de deskundige(n) kunnen een verdere kostenstijging voor de uittredende aandeelhouder veroorzaken.

² Pag. 6 en 7 Memorie van Toelichting noemt de volgende bezwaren tegen de door de Commissie Vennootschapsrechten en de Expertgroep voorgestelde mogelijkheden:

- onderbrengen van het uitstotingsrecht in de enquêterprocedure zou buiten het bestek van dit wetsvoorstel vallen;
- uitsluiting van hoger beroep ligt tegen de achtergrond van het toegenomen belang dat de geschillenregeling voor de minderheidsaandeelhouder heeft, niet voor de hand;
- uitsluiting van hoger beroep zou niet passen bij de mogelijkheid samenhangende vordering in te stellen;
- wél een hoger beroepsmogelijkheid invoeren ten aanzien van de prijsbepaling van de aandelen zou kunnen leiden tot complicaties.



De geschillenregeling wordt als laatste redmiddel en bescherming achteraf aan de beknelde minderheidsaandeelhouder aangeboden. Het is echter de vraag of de regeling in aangepaste vorm een voldoende adequaat en doeltreffend middel is in een conflictsituatie. De uittredende aandeelhouder wacht een nog steeds lange en kostbare procedure. De MKB-praktijk zou meer gebaat zijn bij een snelle, goedkope procedure. Het is dan ook de vraag of de aandeelhouder niet toch nog de eerdergenoemde alternatieven zal blijven benutten. De balans tussen het belang van flexibiliteit enerzijds en het belang van bescherming van de (minderheids)aandeelhouder anderzijds leidt in dit geval niet tot het gewenste evenwicht.

Afgezien van genoemde generale bezwaren tegen de geschillenregeling in aangepaste vorm, zijn nog opmerkingen te maken ten aanzien van de afzonderlijke artikelen.

2. Artikelsgewijs commentaar

A. Artikel 336

In de leden 1 en 2 wordt onder andere bepaald welke rechthebbenden de vordering tot uitstoting kunnen instellen. Daar waar blokkades worden opgeworpen tegen het instellen van een dergelijke vordering ten aanzien van bepaalde (rechts)personen, kan ook aan een alternatief worden gedacht. Men denke bijvoorbeeld aan een statutaire verplichting tot aanbidding ingeval een aandeelhouder het belang van de vennootschap zodanig schaadt, dat van de overige aandeelhouders diens voortdurende aandeelhouderschap in redelijkheid niet langer kan worden geduld. Door het verval van de verplichte blokkeringsregeling kan, ingeval onvoldoende medeaandeelhouders bereid zijn de vordering tot uitstoting in te stellen, de verplichting tot aanbidding aan de vennootschap worden opgenomen in de statuten, uiteraard met inachtneming van artikel 207.

In de tweede alinea, eerste zin, van de Memorie van Toelichting dient de verwijzing door artikel 343 lid 1 naar lid 5 van artikel 336, te worden gewijzigd in artikel 343_a lid 1.

B. Artikel 337

Het nieuwe eerste lid schept ten opzichte van de tekst van artikel 337 oud tot onduidelijkheid over het antwoord op de vraag wie de meest gerede partij is om de statutaire of contractuele geschillenregeling te doen toepassen door de rechter die op grond van artikel 336 lid 3 wordt aangewezen. Te overwegen valt om dat criterium te schrappen. Volgens NeVOA biedt artikel 303, Boek 3, BW de rechter voldoende aanknopingspunten om te bepalen of deze eiser wel voldoende belang heeft bij zijn vordering tot toepassing van de statutaire of contractuele geschillenregeling.

C. Artikel 338

In artikel 338 wordt aan de gedaagde de mogelijkheid ontnomen om, hangende de procedure tot uitstoting, diens aandelen te vervreemden, te verpanden of met een recht van vruchtgebruik te bezwaren. Het valt op dat, bij uitvoerbaar verklaring bij voorraad van het vonnis waarin de verplichting tot levering is opgenomen, die bevoegdheden niet tevens worden ontnomen aan de verkrijger. De Memorie van Toelichting draagt daartoe twee argumenten aan. In de eerste plaats wordt de verkrijger van een onroerende zaak die krachtens vonnis, dat bij voorraad uitvoerbaar is, geleverd krijgt, niet de bevoegdheid ontnomen om door te leveren. Bovendien zou de vervreemder conservatoir beslag kunnen leggen ten laste van de verkrijger strekkende tot terug(gave) van de aandelen. NeVOA meent dat, in het belang van minderheidsaandeelhouder, die beperking in de vervreemdings- en bezwaringsbevoegdheid ook aan de verkrijger dient te worden opgelegd. Indien in hoger beroep het vonnis wordt vernietigd, zal de derdeverkrijger wellicht op grond van artikel 88, Boek 3, BW hebben verkregen en rest de minderheidsaandeelhouder nog enkel een schadevergoedingsvordering. Dit klemmt temeer omdat de minderheidsaandeelhouder (gedaagde), zonder dat daaraan een verbintenis tot levering op grond van een overeenkomst ten grondslag ligt (een verschil met de levering waarop de Memorie van Toelichting lijkt te duiden), wordt gedwongen tot overdracht terwijl achteraf daarvoor geen grond bestaat. De gedaagde moet zich dan getroosten met een schadevergoedingsvordering. Voorwerp van de procedure is toch dat de gedaagde niet langer schade toebrengt aan de vennootschap.

Door de enkele overdracht van de aandelen wordt dat effect bereikt omdat (na erkenning door de vennootschap) het stemrecht overgaat op de verkrijger. De geschillenregeling is niet tevens bedoeld om ook de vermogensrechtelijke belangen van de verkrijger te dienen. NeVOA voelt derhalve veel voor een vergelijkbare bescherming aan de gedaagde. Door geringe aanpassing van de tweede en derde zin van het eerste lid kan de rechter ook in plaats van de gedaagde, toestemming verlenen tot overdracht of bezwaring door eisers.

D. Artikel 339

Ter bescherming van de minderheidsaandeelhouder is bepaald dat bij de overdracht van de aandelen deze tenminste een prijs voor de aandelen ontvangt die is afgestemd op de waarde van de aandelen in het economische verkeer. De rechter houdt op grond van artikel 340 lid 1 slechts rekening met statutaire en contractuele waardebevestigingen voor zover dat billijk is.



Slechts indien de gang naar de rechter niet is uitgesloten in de geschillenregeling kan deze waarborgen dat de minderheidsaandeelhouder een op de waarde in het economische verkeer gebaseerde prijs voor zijn aandelen ontvangt als mocht blijken dat de waardebepaling in de statutaire/contractuele bepaling lijdt tot onmogelijke of uiterst bezwaarlijke overdracht van de aandelen. Vergelijk de Memorie van Toelichting bij artikel 337 lid 2. NeVOA pleit er dan ook voor om, bij onmogelijkheid of uiterste bezwaarlijke overdrachten, de gang naar de rechter bedoeld in artikel 336 lid 3 te openen. Dit vergt een tekstuele aanpassing van laatstgenoemde bepaling.

Volgens NeVOA lijkt de tekst van artikel 339 in verband met 340 en de toelichting daarop met zich te brengen dat door uitvoerbaar verklaring bij voorraad van het toewijzend vonnis tot overdracht, levering kan plaatsvinden zonder dat nog een prijs is vastgesteld, voor zover die met behulp van een deskundigenbericht dient te worden bepaald door de rechter. Om praktische problemen te voorkomen heeft het de voorkeur van NeVOA om in de bepalingen duidelijker tot uitdrukking te brengen dat beide vonnissen slechts uitvoerbaar bij voorraad zijn zodra beide zijn gewezen.

De Minister peinst op pagina 28 (noot 5) van de Memorie van Toelichting over de verplichting tot vergoeding van de wettelijke rente indien het tijdstip van het vonnis tot bepaling van de prijs (het tijdstip van waardering door deskundigen is niet maatgevend) en de overdracht uit elkaar liggen. Artikel 341 lid 1 lijkt bij het moment waarop de gedaagde dient te leveren tevens uit te gaan van het moment waarop de eiser dient te betalen. Schiet eiser alsdan toerekenbaar tekort in de nakoming van zijn verplichting tot betaling van de vastgestelde prijs, de termijn van twee weken lijkt ook voor de eiser een fataal karakter te dragen, dan is het verzuimmoment bekend en vangt de verplichting tot vergoeding van de wettelijke rente alsdan aan.

E. Artikel 341

Het lijkt erop alsof in het tweede lid van artikel 341 is vergeten om de woorden "onherroepelijk geworden" voor het woord "vonnis" te schrappen, terwijl dat in artikel 343b lid 2 juist is geregeld. Met hetzelfde resultaat kan, wat NeVOA betreft, het derde lid van artikel 342 worden gewijzigd.



F. Artikel 343

Volgens NeVOA valt niet goed in te zien waarom gedragingen van medeaandeelhouders die de uittreder grond geven om overname van zijn aandelen te vorderen, niet beperkt blijven tot gedragingen in hoedanigheid van medeaandeelhouders, terwijl dat voor artikel 336 wel bepalend is. Het voorbeeld van de met de vennootschap concurrerende aandeelhouder overtuigt NeVOA niet. Dient ook in artikel 336 niet te worden uitgegaan van gedragingen van aandeelhouders buiten hun hoedanigheid?

G. Artikel 343a

In het derde lid wordt bepaald dat medeaandeelhouders niet in vrijwaring kunnen worden opgeroepen, zich in de procedure kunnen voegen of kunnen tussenkomen. De Memorie van Toelichting op pagina 31 motiveert die bepaling met de voorkoming van procedurele complicaties. De medeaandeelhouder die is gedagvaard door de uittreder en die meent dat ook overige aandeelhouders een deel van de aandelen moeten verkrijgen, dienen een afzonderlijke procedure te starten. NeVOA vraagt zich echter af op welke grond de gedaagde aandeelhouder dat kan doen. De uittredingsregeling kon de medeaandeelhouder wel eens voor verrassingen komen te staan indien blijkt dat aan medeaandeelhouders geen gedragingen te verwijten vallen die maken dat van de gedaagde niet langer kan worden gevergd dat hij zijn aandeelhouderschap voortzet. Het is dan overigens de vraag of de vervreemder gehouden is om al zijn aandelen te vervreemden of slecht die welke hij krachtens de geschillenregeling heeft verkregen. Het derde lid kan volgens NeVOA daarom beter komen te vervallen.

* * *