

Hoger beroep in de huidige en nieuwe geschillenregeling; de beperkingen en de oplossingen

Inleiding

Hoewel er onder de huidige geschillenregeling geen enkele discussie over bestaat dat de Ondernemingskamer niet bevoegd is om in het kader van de geschillenregeling kennis te nemen van schadevergoedingsvorderingen, heeft zij dit recentelijk wederom moeten bevestigen in een uitspraak.¹ Aan de hand van deze uitspraak zal in deze bijdrage aandacht worden geschonken aan de wijze waarop in de huidige geschillenregeling is voorzien in de mogelijkheid van hoger beroep en aan de wijzigingen die de tweede tranche van het ambtelijk voorontwerp van het wetsontwerp voor, kort gezegd, de flexibele BV (hierna: het Voorontwerp) hierin aanbrengt. Hierbij zal ook worden ingegaan op de gesignaleerde onzekerheden die de nieuwe regeling ten aanzien van het hoger beroep met zich kan brengen.

Een bespreking van het arrest: de feiten

Het geschil betrof – verkort weergegeven – een onherstelbaar verschil van inzicht tussen twee aandeelhouders van een besloten vennootschap. De ene aandeelhouder (hierna te noemen Tobis) en de betreffende vennootschap (hierna te noemen Fin(d)it) betrokken de andere aandeelhouder en diens bestuurder/aandeelhouder (hierna gezamenlijk te noemen Lashkari) in rechte. Tobis en Fin(d)it vorderden zowel een gedwongen overname door Lashkari van de aandelen van Tobis op de voet van artikel 2:343 BW (uittreding) als schadevergoeding op grond van een door Lashkari gepleegde onrechtmatige daad.

De Rechtbank Amsterdam heeft de vorderingen van Tobis en Fin(d)it grotendeels toegewezen en Lashkari veroordeeld tot overname van de aandelen van Tobis en tot vergoeding van de door Tobis respectievelijk Fin(d)it geleden en nog te lijden schade. Nadat partijen zich hadden uitgelaten over het aantal te benoemen deskundigen en hun hoedanigheid, heeft de Rechtbank Amsterdam één deskundige benoemd. In ditzelfde tussenvonnissen staan tevens de instructies aan deze deskundige vermeld. Het dictum van het vonnis bepaalt dat tegen dit vonnis en tegen de eerdere tussenvonnissen hoger beroep kan worden ingesteld.

Tobis en Fin(d)it stelden hoger beroep in bij de Ondernemingskamer. Zij hebben zowel grieven gericht tegen de door de rechtbank geformuleerde instructies aan de deskundige als tegen (de omvang van) de aansprakelijkheid van Lashkari tot betaling van schadevergoeding.

De Ondernemingskamer heeft overwogen dat zij niet bevoegd is kennis te nemen van de schadevorderingen, maar dat het reguliere gerechtshof daartoe bij uitsluiting bevoegd is. De Ondernemingskamer heeft verder overwogen dat zij wel – bij uitsluiting – bevoegd is kennis te nemen van de grieven die betrekking hadden op, kort gezegd, de uittreding als bedoeld in artikel 2:343 BW. Deze vorderingen zijn echter integraal door de Ondernemingskamer afgewezen op de voet van artikel 2:339 BW, dat bepaalt dat tegen de deskundigenbenoeming geen hoger beroep openstaat.

Huidige geschillenregeling

Op grond van de geschillenregeling kan een aandeelhouder een andere aandeelhouder dwingen zijn aandelen over te dragen (uitstoting) of juist om zijn aandelen over te nemen (uittreding). De huidige geschillenregeling valt uiteen in drie fases. In de eerste fase oordeelt de rechter of de vordering tot uittreding of uitstoting gegrond is. Tegen dit vonnis staan hoger beroep en cassatie open. Pas als het vonnis onherroepelijk is, gaat de tweede fase in, waarbij de rechter één of drie deskundigen benoemt die een schriftelijk bericht dienen uit te brengen over de prijs van de aandelen. Hoger beroep tegen de benoeming van de deskundige(n) is niet mogelijk op grond van artikel 2:339 lid 1 en 2:343 lid 1 BW. In 1997 heeft de Ondernemingskamer bepaald dat het appèlverbod tegen de deskundigenbenoeming breed dient te worden uitgelegd, en dat dit verbod ook geldt voor de vaststelling van het aan de deskundige(n) te betalen voorschot.² Het wekt dan ook geen verbazing dat de Ondernemingskamer in de onderhavige procedure heeft geoordeeld dat het appèlverbod zich ook uitstrekt tot de instructies aan de deskundige(n). Nadat het bericht van de deskundigen is uitgebracht, gaat de derde fase in, waarbij de rechter bij vonnis de prijs van de aandelen vaststelt. Tegen dit vonnis staan ook weer hoger beroep en cassatie open. Als gevolg van de mogelijkheid van tussentijds hoger beroep kan de geschillenprocedure in eerste aanleg lang duren. Dit is een van de grote bezwaren van de huidige geschillenregeling.

De huidige geschillenregeling biedt geen grondslag voor toekenning van een schadevergoeding aan de eisende partij in verband met de gedragingen van de gedaagde aandeelhouder. Een eventuele schadevordering dient thans te worden gebaseerd op een door de gedaagde aandeelhouder gepleegde onrechtmatige daad. Tot de kennisneming van uitstotings- en uittredingsvorderingen is in eerste aanleg de rechtbank van de woonplaats van de vennootschap bevoegd. Omdat de rechtbank haar bevoegdheid tot kennisneming van vorderingen aan meerdere gronden kan ontlenuen (bijvoorbeeld door aanknoping bij de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan, of bij de woonplaats van de gedaagde), kan in eerste

1. Hof Amsterdam (OK) 19 januari 2006, ARO 2006, 38 en JOR 2006, 12.

2. Hof Amsterdam (OK) 27 november 1997, NJ 1998, 539.

aanleg de vordering tot uitstoting of uittreding en de schadevergoedingsvordering meestal nog wel bij dezelfde rechter aanhangig worden gemaakt. Onder de huidige geschillenregeling vallen in hoger beroep beide vorderingen in elk geval uit elkaar. De Ondernemingskamer is bij uitsluiting bevoegd te oordelen over de uitstotings- en uittredingsvorderingen en het reguliere gerechtshof is bij uitsluiting bevoegd te oordelen over de (bijkomende) schadevorderingen.³ Deze beperkte bevoegdheid van de geschillenrechter wordt eveneens beschouwd als een bezwaar van de huidige geschillenregeling.

De Ondernemingskamer heeft zich in de onderhavige uitspraak dus terecht onbevoegd verklaard ten aanzien van de schadevorderingen. De vraag rijst dan nog waarom de Ondernemingskamer de zaak niet gedeeltelijk heeft verwezen naar het reguliere gerechtshof. Indien een zaak bij de onbevoegde rechter is aangebracht, volgt op grond van artikel 73 Rv of artikel 110 Rv immers verwijzing naar de wel bevoegde rechter. Het lijkt met het oog op een efficiënte procesvoering aannemelijk dat een dergelijke verwijsplicht ook geldt in geval van gedeeltelijke onbevoegdheid. De Ondernemingskamer is bovendien in een eerdere zaak wel overgegaan tot gedeeltelijke verwijzing van het (incidenteel) hoger beroep naar het reguliere gerechtshof (het deel dat op de schadevergoeding zag).⁴ Dit schept verwachtingen. Wellicht had op grond van dit 'verzuim' een succesvolle vordering tot rectificatie ex artikel 31 Rv kunnen worden ingesteld.⁵

Het Voorontwerp: bevordering van de snelheid en uitbreiding van de competentie

Met het oog op de versnelling van de procedure is in het Voorontwerp de bepaling komen te vervallen dat de deskundigen pas aan de slag kunnen als het vonnis waarbij de vordering tot uitstoting of uittreding wordt toegewezen, onherroepelijk is. Tevens is ter bevordering van de snelheid van de procedure in het Voorontwerp de mogelijkheid van tussentijds hoger beroep tegen een dergelijk toewijzend deelvonnis uitgesloten. Hoger beroep is in geval van een toewijzende uitstotings- of uittredingsbeslissing slechts mogelijk nádat alle drie de fases zijn doorlopen en de prijs van de aandelen is vastgesteld.

Het Voorontwerp voorziet ook in een oplossing voor het bezwaar dat de geschillenrechter onder de huidige regeling niet bevoegd is om kennis te nemen van een vordering tot schadevergoeding of andere vorderingen die met het gedrag van de aandeelhouders samenhangen. De rechter die bevoegd is kennis te nemen van de uitstotings- of uittredingsvordering, zal onder het Voorontwerp even-

eens bevoegd zijn kennis te nemen van vorderingen die met de gedragingen van de aandeelhouder samenhangen (zoals vorderingen tot schadevergoeding).⁶ Het Voorontwerp bevat ten aanzien van de geschillenregeling ook enkele andere voorstellen, maar deze worden in het kader van deze bijdrage buiten beschouwing gelaten.

Commentaar op het Voorontwerp: de (gewenste) omvang van het hoger beroep

Tijdens de consultatieperiode hebben zestien partijen gebruikgemaakt van de gelegenheid om te reageren op het Voorontwerp.⁷ En ook in de literatuur is het ontwerp voor de gewijzigde geschillenregeling al diverse malen de revue gepasseerd. Hoewel de voorstellen voor de gewijzigde geschillenregeling als een verbetering worden beschouwd ten opzichte van de huidige regeling, is er ook een aantal suggesties gedaan ter (verdere) verbetering van de geschillenregeling. In het kader van deze bijdrage beperk ik mij tot de suggesties die zijn gedaan ter beperking van de onzekerheden die gepaard gaan met de in het Voorontwerp gehandhaafde mogelijkheid van hoger beroep tegen een toewijzende uitstotings- of uittredingsbeslissing.

Nadat bij de Commissie Vennootschapsrecht bij nader inzien toch bedenkingen bleken te bestaan tegen haar initiële aanbeveling om de geschillenregeling te beperken tot één feitelijke instantie, is door een meerderheid van deze Commissie geopperd om vorderingen uit hoofde van de geschillenregeling in eerste aanleg te concentreren bij één rechtbank. Hoger beroep zou dan bij de Ondernemingskamer moeten worden ingesteld en enkel de prijsbepaling van de aandelen dienen te betreffen.⁸ Hoger beroep tegen de uitstotings- of uittredingsbeslissing zelf zou daarbij dus niet mogelijk zijn.

Uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever niet heeft gekozen voor deze suggestie, omdat het opvolgen daarvan niet nodig zou zijn om een snellere afwikkeling van de procedure te bereiken. Op grond van het Voorontwerp wordt immers een snellere afwikkeling van de procedure reeds mogelijk gemaakt. Enerzijds door de mogelijkheid voor de rechter om het vonnis waarbij de uitstotings- of uittredingsvordering wordt toegewezen, uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Anderzijds omdat tussentijds appèl van deze uitstotings- of uittredingsbeslissing zal zijn uitgesloten. Daarnaast wordt in de memorie van toelichting aangegeven dat een algehele uitsluiting van het hoger beroep tegen een uitstotings- of uittredingsbeslissing tegen de achtergrond van het toege-

3. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 16 mei 1991, NJ 1992, 203; Hof Amsterdam (OK) 20 november 1997, JOR 1998, 26A.

4. Hof Amsterdam (OK) 20 november 1997, JOR 1998, 26A.

5. Vgl. F.M. Beijer, *Tekst & Commentaar Burgelijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2005, art. 73 Rv, aant. 3.

6. Vgl. de nieuwe art. 2:336 lid 3 BW en 2:343a lid 1 BW.

7. Vgl. www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/bv_recht/Consultatie_tweede_tranche.

8. De aanbevelingen van de Commissie Vennootschapsrecht zoals weergegeven in de memorie van toelichting bij de tweede tranche van het Voorontwerp.

nomen belang van de geschillenregeling voor de minderheidsaandeelhouder niet voor de hand ligt. Tevens zou een dergelijke uitsluiting niet goed passen bij de nieuw gecreëerde mogelijkheid om samenhangende vorderingen in te stellen, daar ten aanzien van dergelijke vorderingen wel hoger beroep mogelijk zal zijn.

In diverse reacties op het Voorontwerp wordt opgemerkt dat de voorgestelde regeling waarbij in hoger beroep een toewijzende uitstotings- of uittredingsbeslissing kan worden teruggedraaid, tot jarenlange onzekerheid kan leiden.⁹ Eerst na het doorlopen van het hoger beroep, dat onder de nieuwe regeling 'pas' kan worden ingesteld nádat de rechtbank de prijs van de aandelen heeft vastgesteld, zal zeker zijn of de uittredings- of uitstotingsbeslissing wordt gehandhaafd. Door een aantal partijen wordt dan ook voorgesteld om toch de suggestie van de meerderheid van de Commissie Vennootschapsrecht over te nemen om het hoger beroep te beperken tot de prijs van de aandelen.¹⁰

In de reacties op het Voorontwerp is voorts gewezen op de complicerende factor die optreedt wanneer van de in het Voorontwerp gecreëerde mogelijkheid om het vonnis in eerste aanleg uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, gebruik wordt gemaakt. Indien in hoger beroep de reeds ten uitvoer gelegde uittredings- of uitstotingsbeslissing wordt vernietigd, rijst de vraag naar de gevolgen hiervan op besluiten van de aandeelhoudersvergadering die zijn genomen tijdens de duur van het hoger beroep; zijn deze vernietigbaar/nietig als de uitgestoten of uitgetreden aandeelhouder niet is opgeroepen voor, of heeft deelgenomen aan, de betreffende vergaderingen, omdat de titel aan de verkoop van de aandelen van deze aandeelhouder is komen te vervallen en deze aandeelhouder dus geacht wordt steeds aandeelhouder te zijn gebleven?¹¹ En wat als in hoger beroep een toewijzende uitstotings- of uittredingsbeslissing wordt vernietigd, terwijl de betreffende aandelen, bijvoorbeeld met toepassing van de geldende aanbiedingsregeling, reeds aan andere dan de bij de geschillenprocedure betrokken partijen zijn overgedragen; of als deze aandelen (vervolgens) zijn doorgeleverd aan derden?¹²

9. Reactie A.R.J. Croiset van Uchelen namens Allen & Overy op het consultatiedocument, oktober 2005, p. 6; Reactie DLA Schutgroshede (thans DLA Piper Nederland) op het consultatiedocument d.d. 30 september 2005, p. 3; Reactie Nederlandse Vereniging van Ondernemingsrechtadviseurs (NeVOA) op het consultatiedocument d.d. 30 september 2005, p. 11; R.W.Th. Norbruis, Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling, *Ondernemingsrecht* 2005, p. 433; E.M. Soerjatin, Voorontwerp van de nieuwe geschillenregeling: extreme make-over, the legal edition, in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006*, Kluwer: Deventer 2006, p. 208.

10. Reactie NeVOA, p. 11; Reactie Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen op het consultatiedocument, p. 5; Soerjatin 2006, p. 208.

11. Vgl. Reactie op het consultatiedocument van NautaDutilh, p. 10.

12. Vgl. Norbruis 2005, p. 433.

Ter beperking van deze laatste onzekerheden zou volgens Norbruis ten aanzien van de uitstoting toch een rol zijn weggelegd voor de blijkens de memorie van toelichting overwogen regeling, waarbij de verkrijger van de aandelen – zolang een vonnis niet onherroepelijk is – alleen mét toestemming van de uitgestoten aandeelhouder of de rechter de aandelen zal mogen overdragen.¹³ Blijkens de memorie van toelichting is deze regeling voorshands verworpen, omdat het niet zeker zou zijn of in de praktijk behoefte aan een dergelijke regeling zou bestaan. Verder wordt het door Norbruis wenselijk geacht dat er een regeling wordt getroffen waarbij ook degene die anders dan als eisende partij in de vordering tot uitstoting aandelen heeft verkregen door de tenuitvoerlegging van een uitstotingsbeslissing, de verplichting heeft om die aandelen terug te leveren als in hoger beroep het vonnis van de rechtbank wordt vernietigd. Daarnaast zou een verbod dienen te worden opgenomen om gedurende de periode dat het vonnis nog herroepelijk is, zakelijke rechten te vestigen op die aandelen.¹⁴

Door Croiset van Uchelen is een ander voorstel gedaan ter beperking van de genoemde onzekerheden.¹⁵ Het hoger beroep zou wel betrekking moeten kunnen hebben op de uitstotings- of uittredingsbeslissing, maar indien een in eerste aanleg gegeven uitstotings- of uittredingsbeslissing onjuist wordt geacht, dient niet de uitstoting of uittreding te worden teruggedraaid, maar dient de gedupeerde partij 'slechts' een compenserende schadevergoeding te krijgen.¹⁶ Let wel, dit is niet een schadevergoeding in verband met de gedragingen van de aandeelhouder die tevens aanleiding gaven tot de vordering tot uitstoting of uittreding, maar een schadevergoeding omdat de aandeelhouder ten onrechte de eigendom van zijn aandelen is ontnomen (bij uitstoting), dan wel omdat de vennootschap en/of aandeelhouder(s) ten onrechte de aandelen van de uitgetreden aandeelhouder hebben moeten overnemen (bij uittreding). En voortbordurend op deze gedachte is geopperd om niet de Ondernemingskamer, maar het reguliere gerechtshof bij uitsluiting bevoegd te maken om van het hoger beroep in de geschillenregeling kennis te nemen. De reguliere gerechtshoven zouden, meer dan de Ondernemingskamer, gespecialiseerd en ervaren zijn in het beantwoorden van schadevergoedingsvragen.¹⁷ Om dezelfde reden zou ook ten aanzien van schadevorderingen die wél verband houden met de gedragingen van de aandeelhouder die aanleiding gaven tot de uitstotings- of uittredingsvordering, het reguliere gerechtshof bij uitsluiting bevoegd dienen te zijn, aldus Croiset van Uchelen.¹⁸

13. Norbruis 2005, p. 433. Vgl. de MvT bij het Voorontwerp, p. 19.

14. Norbruis 2005, p. 433.

15. Croiset van Uchelen 2005, p. 6 en 7. Vgl. ook Soerjatin 2006, p. 209.

16. Croiset van Uchelen 2005, p. 6 en 7. Vgl. ook Soerjatin 2006, p. 209.

17. Croiset van Uchelen 2005, p. 6 en 7.

18. Croiset van Uchelen 2005, p. 6 en 7.

Een bespreking van de aangedragen suggesties

Er zijn dus diverse suggesties gedaan ter beperking van de genoemde onzekerheden indien in hoger beroep een ten uitvoer gelegde uitstotings- of uittredingsbeslissing wordt vernietigd.

Het hoger beroep kan ten eerste worden beperkt tot de prijsbepaling van de aandelen. Dit levert een aanzienlijke versnelling van de procedure op, waarbij tevens wordt vermeden dat in hoger beroep reeds een ten uitvoer gelegde uitstoting of uittreding kan worden teruggedraaid (met alle onzekerheden van dien). Het nadeel van deze suggestie is dat de uitstotings- of uittredingsbeslissing van de rechtbank niet door een tweede feitelijke instantie kan worden beoordeeld, terwijl dergelijke beslissingen als vrij verstrekkend kunnen worden beschouwd (eigendomsontneming of 'opdringing' van eigendom). Daarom denk ik dat deze suggestie niet alsnog door de wetgever zal worden overgenomen.

De tweede suggestie is een regeling voor de uitstoting waarbij de verkrijger van de aandelen – zolang een vonnis niet onherroepelijk is – alleen mét toestemming van de uitgestoten aandeelhouder of de rechter de aandelen zal mogen overdragen en waarbij extra waarborgen in de wet worden opgenomen zodat de uitgestoten aandeelhouder ook daadwerkelijk zijn aandelen terug zal kunnen krijgen indien hij in hoger beroep in het gelijk wordt gesteld.

De laatste suggestie is om wél hoger beroep van de uitstotings- of uittredingsbeslissing mogelijk te maken, maar om de alsnog in het gelijk gestelde partij 'slechts' aanspraak te geven op schadevergoeding ingeval een in eerste aanleg door de rechtbank toegewezen uitstoting of uittreding onjuist wordt bevonden.

Dit laatste idee geniet mijn voorkeur. Op grond van deze oplossing wordt in geval van een in eerste aanleg toegewezen uitstoting of uittreding reeds na afloop van de eerste fase duidelijk wat de samenstelling zal zijn van de aandeelhoudersvergadering. Door in hoger beroep de uitstotings- of uittredingsbeslissing te beperken tot de vraag naar een compenserende schadevergoeding, wordt tevens aan de bezwaren tegen een mogelijke vernietiging van een reeds ten uitvoer gelegde uitstoting of uittreding tegemoetgekomen, terwijl zich toch een tweede feitelijke instantie over de rechtmatigheid van de uitstoting of uittreding zelf kan buigen. Ik plaats daarbij wel de kanttekening dat deze suggestie voor een partij die ten onrechte de aandelen heeft moeten overnemen, niet altijd een reële oplossing zal bieden. Er zal immers niet steeds sprake zijn van directe financiële schade als gevolg van de ten onrechte opgedrongen aandelen.

Afsluiting

De onderhavige uitspraak is volledig in lijn met de huidige geschillenregeling, waarbij de geschillenrechter niet bevoegd is kennis te nemen van schadevorderingen en waarbij tegen een deskundigenbenoeming geen hoger beroep mogelijk is. Het is alleen de vraag of de Ondernemingskamer niet tot gedeeltelijke verwijzing had behoren over te gaan.

Indien het Voorontwerp als wettelijke basis had gediend, zou de Ondernemingskamer zich ten aanzien van de schadevergoedingsvorderingen wél bevoegd hebben geacht. De vorderingen ten aanzien van de instructies aan de deskundigen zouden eveneens niet-ontvankelijk zijn verklaard.

Indien het Voorontwerp wet wordt, zal de procedure in eerste aanleg worden versneld, doordat geen tussentijds hoger beroep meer zal zijn toegestaan. De geschillenrechter zal onder de nieuwe regeling tevens bevoegd worden om kennis te nemen van schadevorderingen. De nieuwe regeling brengt echter weer andere bezwaren met zich. Een van deze bezwaren betreft het gegeven dat onder het Voorontwerp een uitstotings- of uittredingsbeslissing in hoger beroep volledig kan worden teruggedraaid.

Indien in hoger beroep wél de uitstotings- of uittredingsbeslissing aan de orde kan worden gesteld, maar niet de reeds toegewezen uitstoting of uittreding kan worden teruggedraaid door de alsnog in het gelijk gestelde partij 'slechts' te compenseren met een schadevergoeding, wordt mijns inziens aan de gesignaleerde bezwaren het meest tegemoetgekomen. Dan is immers reeds na afloop van de eerste fase in eerste aanleg duidelijk dat de uitgestoten of uitgetreden aandeelhouder zijn aandelen niet meer terug zal krijgen. Bovendien worden bij dit alternatief tevens de bezwaren tegen een mogelijke vernietiging van een reeds ten uitvoer gelegde uitstoting of uittreding weggenomen, terwijl zich toch een tweede feitelijke instantie over de rechtmatigheid van de uitstoting of uittreding zelf kan buigen.

*Mr. I.J.A. Tax
Loyens & Loeff*