

Scheiding als gevolg van een gefaalde liefde

Het doorbreken van impasses en aandelenoverdracht bij een onoverkomelijke vertrouwensbreuk tussen joint venture-partners

Ondernemingsrecht 2015/36

Relaties houden niet altijd stand. Ook bij joint ventures loopt het regelmatig slecht af. Komen de joint venture-partners er onderling niet uit en is de joint venture ingegeven op basis van gelijkheid, dan ontstaat vaak een impasse binnen één of meer organen van de vennootschap. Deze impasse belemmert de noodzakelijke besluitvorming en schaadt daarmee het belang van de (joint venture-)vennootschap. Bieden de statuten of aandeelhoudersovereenkomst geen (bruikbare) regeling en komt geen minnelijke regeling tot stand, dan is een beroep op de rechter onvermijdelijk. Om de continuïteit van de vennootschap te waarborgen moet de impasse worden doorbroken. Vervolgens (of tegelijkertijd) kan worden bewerkstelligd dat partijen definitief van elkaar worden gescheiden.

Er zijn in beginsel twee rechtsgangen voor het doorbreken van een impasse: het kort geding en de enquêteprocedure. Daar bestaat de mogelijkheid van voorlopige respectievelijk onmiddellijke voorzieningen, die bij uitstek geschikt zijn om een impasse te doorbreken. De enquêteprocedure heeft veelal de voorkeur, omdat zij een bepaalde voorrang boven het kort geding heeft, flexibeler is en de Ondernemingskamer gespecialiseerd is in vennootschapsrechtelijke geschillen. Toch kan de zelfstandigheid van het kort geding en het ontbreken van een onderzoek naar wanbeleid reden geven om voor het kort geding te kiezen. De rechter komt in beide gevallen veel vrijheid toe bij het vormgeven van de te treffen voorzieningen. Een belangrijke voorziening is de benoeming van een tijdelijk bestuurder, die een belangrijke rol kan spelen in het bewerkstelligen van een minnelijke regeling.

Een definitieve scheiding van partijen kan binnen het enquêterecht niet worden bewerkstelligd. Daarvoor bestaat niet de enquêteprocedure in haar huidige vorm, maar de geschillenregeling, al is dit een weinig geliefde procedure. Onder bijzondere omstandigheden kan de geschillenregeling (analoog) worden toegepast in kort geding. In tegenstelling tot de veelvuldige mogelijkheden tot het doorbreken van een impasse, zijn er weinig mogelijkheden tot een definitieve scheiding.

1. Inleiding

Het is een bekend fenomeen en begint met liefde op het eerste gezicht. Het vertrouwen in elkaar is volkomen en de toekomst lonkt. De liefde wordt bezegeld in een 'joint venture-vennootschap'.² Liefde maakt echter ook blind en zorgt er soms voor dat er wat gehaast over bepaalde punten heen wordt gestapt. Met het verstrijken van de tijd blijkt de relatie toch minder eenvoudig dan gedacht. Kleine irritaties ontstaan en na verloop van tijd wordt het steeds moeilijker om de minder aantrekkelijke kanten van de ander te accepteren. De vennootschapsrechtelijke en contractuele gelijkheid – ooit het uitgangspunt – blijkt aan besluitvorming in de weg te staan. Gelijkwaardigheid blijkt ineens ver te zoeken. Partijen hebben echter geïnvesteerd en de relatie sleept zich nog enige tijd voort. Een fikse en uitzichtloze ruzie ontstaat. Een ding is zeker: één van hen dient het 'huis' te verlaten.³

Een minnelijke regeling is niet altijd haalbaar. Hoewel een verstoorde verhouding met behulp van adviseurs vaak nog in goede banen kan worden geleid, kunnen dieperliggende problemen in de onderneming leiden tot fundamentele verschillen ten aanzien van het vaststellen van de prijs voor de aandelen.⁴ Ook kan een tijdelijk of voortdurend gebrek aan financieringsmogelijkheden in de weg staan aan een oplossing. Voorzien statuten en aandeelhoudersovereenkomst niet in een bruikbare geschillenregeling, dan moeten partijen zich tot de rechter wenden.⁵ In de tussentijd kan er een *deadlock* ontstaan. Bij het aangaan van een joint venture

2 Wij beperken ons tot de kapitaalvennootschap. Het is mogelijk en niet ongebruikelijk om de joint venture in een personenvennootschap vorm te geven. De joint venture is een duurzame samenwerking van juridisch en economisch zelfstandig blijvende rechtsvormen ter verwezenlijking van een gemeenschappelijk doel. W.J. Slagter/B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013 (hierna: Slagter/Assink 2013), p. 2291. Zie verder ook: M.J.G.C. Raaijmakers, *Joint ventures*, Deventer: Kluwer 1976, p. 58-59.

3 Een alternatief is dat men het "huis" splitst. Dit is lang niet altijd mogelijk gelet op de inrichting van de joint venture en blijft in dit artikel verder buiten beschouwing.

4 Althans ten aanzien van het vaststellen van de waarde van het belang van de verkopende aandeelhouder.

5 Er wordt veelal gekozen voor: (i) een opvolgende vergadering; (ii) een inspanningsverbintenis tot onderhandelen; (iii) het voorleggen van besluitvorming aan een ander orgaan, zoals de RvC (iv) het benoemen van scheidslieden; of (v) arbitrage. Een arbitragebeding heeft niet tot gevolg dat de Ondernemingskamer onbevoegd is. Het enquêterecht is het exclusieve domein van de OK: Hof Amsterdam (OK) 18 oktober 2012, *JOR* 2013/8, m.nt. De Mol van Otterloo (*Harbour Antibodies*); Hof Amsterdam 16 juli 2013, *ARO* 2013/124 (*Erstad Den Heijhof*). Zie hierover ook: R.M. Hermans, B. Winters & J.L. van der Schriek, *Kroniek enquêterecht* 2012 en 2013, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2013-2014*, Deventer: Kluwer 2014 (hierna: Hermans, Winters & Van der Schriek 2014), p. 16-18.

1 Marjon Lok is advocaat te Den Haag. Bastiaan Kemp is advocaat te Den Haag en PhD-fellow van het Institute for Corporate Law, Governance and Innovation Policies (ICGI) aan de Universiteit Maastricht.

wordt nog regelmatig gekozen voor 50/50 zeggenschap,⁶ zowel op aandeelhouders- als bestuursniveau. De partners vertrouwen elkaar. Gaat het mis, dan kunnen de partners elkaar op beide niveaus in de weg staan. Het komt voor dat er dan helemaal geen besluiten meer kunnen worden genomen. De *deadlock* maakt de vennootschap onbestuurbaar en dat is – vanzelfsprekend – niet goed voor het bestendig succes van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming. Hierdoor lopen de bestuurders zelf ook een aansprakelijkheidsrisico.

In dit artikel staat centraal wat de mogelijkheden voor de joint venture partners zijn om in deze omstandigheden⁷ (i) de continuïteit van de vennootschap bij een *deadlock* te waarborgen; en (ii) te bewerkstelligen dat partijen definitief van elkaar worden gescheiden.

2. Doorbreken van de impasse

2.1 Impasse en het vennootschapsbelang

Het bewerkstelligen van een gedwongen aandelenoverdracht door middel van gerechtelijke tussenkomst, kan betekenen dat er jaren moet worden geprocedeerd.⁸ In de tussentijd moet de vennootschap wel bestuurd kunnen worden. Gebeurt dat niet, dan is de vennootschap aan het einde van het traject mogelijk niet meer dan een bouwval. In de woorden van Willems: '(...) de koe als aanvankelijke inzet van de procedure op het moment van verdeling is verschrompeld tot haar geraamte, zonder vlees op de botten dus'.⁹ De aandelen zijn mogelijk niets meer waard en een deconfiture ligt op de loer. De belanghebbenden – crediteuren, werknemers, maar ook de aandeelhouders en bestuurders zelf – delven het onderspit.

Het bestuur is volgens artikel 2:129/2:239 BW belast met het besturen van de vennootschap. De bestuurders van de joint venture – regelmatig de partners zelf, of door deze aangestuurd – dienen zich daarbij te richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.¹⁰ Wat precies onder dit belang valt is en wordt hevig bediscussieerd.¹¹ Het hangt af van de omstandigheden van het geval, hetgeen op zichzelf weinig houvast biedt. Som-

migen menen dat het vennootschapsbelang gelijk is aan de resultante van alle bij de vennootschap betrokken (deel) belangen,¹² waarbij weer verschillend wordt gedacht over hoe de verschillende deelbelangen moeten worden gewogen.¹³ Anderen menen dat er moet worden gekeken naar het zelfstandige belang van de vennootschap, waarbij de continuïteit hoog in het vaandel wordt gedragen.¹⁴ Er wordt daarbij vaak uitgegaan van een meer autonome invulling van het begrip 'vennootschapsbelang'.¹⁵ Weer anderen menen dat er van een *zelfstandig* vennootschappelijk belang *naast* het belang van bijvoorbeeld de aandeelhouders geen sprake is of dat dit niet werkbaar is.¹⁶

De Hoge Raad heeft vorig jaar in de Cancun-zaak meer duidelijkheid verschaft over de invulling van het begrip vennootschappelijk belang.¹⁷ Hoewel hij geen duidelijke keuze maakt voor een bepaalde stroming,¹⁸ komt in zijn overwegingen wel het bevorderen van de continuïteit uitdrukkelijk naar voren: "*Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming*".¹⁹ Wij menen dat het vennootschappelijk belang dient te worden beschouwd als een zelfstandig belang, dat wordt vormgegeven door de bij de vennootschap en de met haar verbonden onderneming betrokken belan-

6 In de praktijk komt ook een variant voor waarbij gekozen is voor een andere verdeling, maar waarbij het statutair onmogelijk is gemaakt om een besluit te nemen zonder goedkeuring van de andere partner.

7 Geen bruikbare statutaire of contractuele geschillenregeling en (voorlopig) geen uitzicht op een minnelijke regeling.

8 Een statutaire/contractuele geschillenregeling kan een snellere scheiding bewerkstelligen (bijvoorbeeld via artikel 2:337 lid 2 BW of het opnemen van een scheidingswijze). Dit heeft voorrang boven de wettelijke geschillenregeling, tenzij de statutaire/contractuele regeling overdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt.

9 J.H.M. Willems, Uitvoerbaarverklaring bij voorraad. Verhouding met het enquêterecht, in: C.D.J. Bulten (e.a.), *De nieuwe geschillenregeling*, Deventer: Kluwer 2011 (hierna: Willems 2011), p. 153).

10 Artikel 2:129/2:239 lid 5 BW.

11 Zie voor de gangbare stromingen onder meer: J.A.J.A. Eijsbouts & B. Kemp, 'Over maatschappelijk verantwoord ondernemen, waardecreatie, ondernemingsrecht en het vennootschapsbelang', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2012-5 (hierna: Eijsbouts & Kemp 2012), p. 129; R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV*, Deventer: Kluwer 2013, p. 168-173.

12 E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten, 'Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 231, H.M. Vletter-van Dort, *Gelijke behandeling van beleggers bij informatieverstrekking*, Deventer: Kluwer 2001, p. 58; E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten/P.J. Dortmond, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013 (hierna: Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013), nr. 232; C.D.J. Bulten, *De construeerde werkelijkheid*, *Ondernemingsrecht* 2014/94.

13 Bijvoorbeeld: H.P.J. Ophof, *De notaris-verklaring, een schot in eigen doel*, *TVVS* 1987, nr. 87/5, p. 124 (belang is het resultaat afweging alle belangen tezamen); J.M.M. Maeijer, G. Van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Deel 2-II, *De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009 (hierna: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009), nr. 394 (vaststellen welk deelbelang prevaleert).

14 Bijvoorbeeld: J.M.M. Maeijer, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. De Naamloze en de besloten vennootschap, Deel III. *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*. Deventer: Tjeenk Willink 2000, nr. 293; W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 14; Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, *Informatieverstrekking en informatievergadering in het kader van de toezichhoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen*, Deventer: Kluwer 1997, p. 20; Eijsbouts & Kemp 2012, p. 129.

15 B.F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 40. Zie echter voor afgeleid zelfstandig belang bijvoorbeeld: J.L.P. Cahen, *De invloed van de belangenverbreiding op het handelen van de aandeelhouders*, in: *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juristen-Vereeniging 1870-1970*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, p. 72.

16 Bijvoorbeeld: F.J.W. Löwensteyn, *De naamloze vennootschap als raakpunt van contraire belangen*, in: *Honderd jaar rechtsleven. De Nederlandse Juristen-Vereeniging 1870-1970*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 85; H.J.M.N. Honée, *Commissarissen, gezanten uit Niemandland?*, *De NV* 1996/11; Blanco Fernandez in zijn annotatie onder Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2007, *JOR* 2007/42 (Stork).

17 HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. Van Schilfgaarde (*Inversiones/Cancun Holding*).

18 Zie anders: De Haan in zijn annotatie onder het arrest (*JOR* 2014/290), die stelt dat de Hoge Raad zich uitspreekt voor de resultante leer.

19 Belang van continuïteit eerder al in: HR 7 juli 1982, *NJ* 1983/35, m.nt. Maeijer (*Enka*); Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2013, *ARO* 2013/27.

gen.²⁰ Daarbij zal de continuïteit van de vennootschap een belangrijke rol spelen.

De Hoge Raad overweegt bovendien dat wanneer sprake is van een joint venture, het vennootschappelijk belang voorts wordt bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking. Dit is een uitlegkwestie, waarbij de statuten en de aandeelhoudersovereenkomst een belangrijke rol zullen spelen, aangezien deze een uitwerking zijn van de (veronderstelde) overeenstemming tussen de aandeelhouders. Er moet naar onze mening echter ook worden gekeken naar de bedoelingen van partners bij het aangaan van de joint venture. Juist in dit laatste moet misschien ook wel de concrete betekenis van het 'bestendig succes' worden gezocht. Het vennootschapsbelang dat door het bestuur van de joint venture in acht moet worden genomen, wordt derhalve in belangrijke mate bepaald door – niet zo zeer het *belang* van de aandeelhouders op moment van *beoordeling* maar – de *beoogde samenwerking* die de partners op het moment van *overeenstemming* beoogden. Dit betekent echter niet dat er alleen kan worden gekeken naar (de periode voorafgaand aan) het moment van oprichting van de joint venture. Overeenstemming over aanvullingen en/of wijzigingen in de samenwerking kan immers op ieder moment van de samenwerking plaatsvinden. Het betekent ook niet dat het (huidige) aandeelhoudersbelang daardoor geen betekenis meer heeft. Juist de invloed van het op de redelijkheid en billijkheid georiënteerde artikel 2:8 BW zal hier immers mede door bepaald worden.

Uit de wijze waarop de joint venture is ingericht kan bijvoorbeeld worden afgeleid of de joint venture-partners voornemens waren om op een gelijkwaardige wijze binnen de joint venture te acteren en of zij samen – als gelijke aandeelhouders – zouden profiteren van of lijden onder de ontwikkelingen van de vennootschap. De Hoge Raad bepaalt dan ook dat de aard en inhoud van een samenwerkingsverband in een joint venture waarin de aandeelhouders een gelijkwaardig aandeel hebben, kunnen meebrengen dat ook het vennootschapsbelang is gebaat bij continuering van evenwichtige verhoudingen tussen de aandeelhouders.²¹ Indien het bestuur – vaak direct of indirect vertegenwoordigd door één van de partners – stappen neemt (of faciliteert) waardoor de overeengekomen evenwichtige verhouding tussen de partners wordt doorbroken, dan wordt mogelijk gehandeld in strijd met het belang van de vennootschap.

In statuten is regelmatig geregeld dat een *deadlock* op bestuursniveau wordt opgetild naar de vergadering van aandeelhouders (lees: de partners). Zonder een bruikbare geschillenregeling, loopt het hier evengoed vast. Dit geldt

overigens ook voor besluitvorming bij tegenstrijdig belang.²² Hoewel het aandeelhouders in beginsel vrijstaat hun eigen belang te behartigen,²³ zijn zij ook, zeker in een joint venture, in zekere mate verplicht om het belang van de vennootschap en elkaars belangen in overweging te nemen. Zij dienen zich op grond van artikel 2:8 BW zodanig jegens elkaar, jegens de vennootschap en jegens andere institutioneel betrokkenen te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.²⁴ Bovendien rust op de samenwerkende aandeelhouders de verplichting om naar beste vermogen het tot stand brengen van het gemeenschappelijk gedragen beleid te bevorderen.²⁵ Het staat de aandeelhouder niet zonder meer of steeds vrij om in de eerste plaats zijn eigen belang te behartigen. Van hem wordt onder omstandigheden, waaronder in een joint venture, ook een meer op het gemeenschappelijk gedragen beleid gericht houding verwacht.²⁶

Betoogd zou daarom kunnen worden dat de bestuurders en aandeelhouders (lees: de partners) met het oog op het vennootschappelijk belang een verantwoordelijkheid hebben om mee te werken aan het doorbreken van de impasse. Problematisch is dat in de hiervoor omschreven omstandigheden de partners het in de regel niet eens zullen zijn over (i) de manier waarop die impasse moet worden doorbroken; en (ii) de wijze waarop het belang van de vennootschap en de onderneming moet worden vormgegeven. De ruziënde partners moeten daarom de juridische instrumenten die op korte termijn een impasse kunnen doorbreken voor ogen hebben. Hieronder worden de mogelijkheden toegelicht voor de partners om dit via gerechtelijke tussenkomst te bewerkstelligen.

2.2 Juridische instrumenten om een impasse te doorbreken

Een veelheid aan voorzieningen is denkbaar om een impasse binnen de besluitvorming te doorbreken. Een bespreking van alle (thans bekende) mogelijkheden valt buiten het bestek van dit artikel, maar er kan worden gedacht aan een verzoek aan de rechter tot:

20 Kritisch over de sterk vanuit een geconstrueerd 'eigen' belang van de BV geredeneerde overwegingen van de Hoge Raad in *Inversiones/Cancun Holding* is Raaijmakers, die stelt dat in een joint venture niet vanuit de institutionele theorie zou moeten worden gedacht (M.J.G.C. Raaijmakers, *Cancun*; een joint venture klem tussen contract en instituut, *Ars Aequi* 2014, p. 463-464).

21 HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. Van Schilfgaarde (*Inversiones/Cancun Holding*), r.o. 4.2.1.

22 Tenzij er een raad van commissarissen is ingesteld (artikel 2:129 en artikel 2:239 lid 6 BW).

23 HR 30 juni 1944, *NJ* 1944/465 (*Wennex*); HR 13 november 1959, *NJ* 1960/472 (*Melchers*); HR 19 februari 1960, *NJ* 1960/473, m.nt. Bröring (*Aurora*).

24 HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. Van Schilfgaarde (*Inversiones/Cancun Holding*).

25 Hof Amsterdam (OK) 20 mei 1999, *JOR* 2000/72, m.nt. Blanco Fernández (*Versatel*).

26 Hof Amsterdam (OK) 28 december 2005, *JOR* 2006/66 (*Gekas & Boot Noord*).

- het schorsen van bestuurders en commissarissen;²⁷
- het benoemen van nieuwe (tijdelijke) bestuurders of commissarissen;²⁸
- het overdragen van bevoegdheden naar een orgaan waar zich geen impasse voordoet;²⁹
- het overdragen van (één of meer) aandelen ten titel van beheer;³⁰
- het schorsen van het stemrecht;³¹
- het schorsen³² van besluiten;³³ en
- het terzijde stellen van statutaire of wettelijke bepalingen die de impasse veroorzaken.³⁴

Er staan in beginsel twee³⁵ rechtsgangen open om deze voorzieningen te treffen: het kort geding en de enquêteprocedure.³⁶ Voorlopige respectievelijk onmiddellijke voorzieningen kunnen beide dienstig zijn bij het doorbreken van een impasse en het creëren van ruimte (en tijd en ondersteuning) voor een – eerder ondenkbare – minnelijke regeling. Tussen het kort geding en de enquêteprocedure bestaat een aantal verschillen en de procedures kunnen daarom op verschil-

lende manieren worden ingezet.³⁷ Het kort geding en de enquêteprocedure staan niettemin naast elkaar en sluiten elkaar niet uit.³⁸ Dit kan conflicterende voorzieningen in de hand werken. De voorzieningenrechter in kort geding moet zich daarom terughoudend opstellen als een voorziening wordt gevraagd vóórdat het enquêteverzoek is ingediend, aldus de wetgever.³⁹ Om een voorlopige voorziening toegevoegd te krijgen wanneer sprake is van een ingediend enquêteverzoek, moet er sprake zijn van een uitzonderlijke situatie en een in hoge mate spoedeisend belang.⁴⁰ Indien het verzoek aan de voorzieningenrechter wordt gedaan met het oog op een later in te dienen enquêteverzoek, dan dient de duur van de voorlopige voorziening te worden beperkt tot het tijdstip dat de Ondernemingskamer op een verzoek om onmiddellijke voorzieningen zal hebben beslist.⁴¹ Op deze wijze kunnen *'tegenstrijdige of slecht met elkaar in overeenstemming te brengen beslissingen worden voorkomen'*.⁴²

2.2.1 Kort geding (voorlopige voorziening)

Het kort geding voorziet in de mogelijkheid om in een zelfstandige procedure een voorlopige voorziening te verzoeken.⁴³ Deze voorziening is gericht op voorlopige ordening.⁴⁴ De voorzieningenrechter komt grote vrijheid toe en mag daarbij afwijken van dwingendrechtelijke bepalingen.⁴⁵ Strikt genomen dient in een kort geding door de voorzieningenrechter enkel rekening te worden gehouden met de belangen van procespartijen. De Ondernemingskamer dient daarentegen rekening te houden met alle belanghebbenden.⁴⁶ Wij zouden menen dat dit in de praktijk veelal niet tot noemenswaardige verschillen leidt, omdat de voor proces-

27 Zie bijvoorbeeld: Hof 's-Hertogenbosch 2 april 1996, *JOR* 1996/22, m.nt. Van de Ingh; Rb. Rotterdam 16 januari 2013, *JOR* 2013/98, m.nt. Verburgh; Hof Amsterdam (OK) 21 mei 2012, *ARO* 2012/78; Hof Amsterdam (OK) 12 december 2013, *ARO* 2014/6.

28 Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam (OK) 5 april 2013, *ARO* 2013/73; Hof Amsterdam (OK) 3 april 2014, *ARO* 2014/66. Wij menen dat het ook mogelijk is middels een kort geding een (tijdelijke) bestuurder te benoemen, hoewel ons geen jurisprudentie bekend is waarin die voorziening bij een kapitaalvennootschap is getroffen. Ook het Hof 's-Hertogenbosch (Hof 's-Hertogenbosch 8 september 1993, *NJ* 1994/309) lijkt die opvatting te zijn toegedaan, al werd daar uiteindelijk geen bestuurder benoemd. Wij worden gesterkt in onze opvatting door het feit dat de stichting zelfs een bijzondere wettelijke regeling kent die het mogelijk maakt een tijdelijk bestuurder te benoemen, waarbij de wet spreekt van een *voorlopige voorziening* (artikel 2:298 lid 2 BW). Dit artikelid, dat zijn oorsprong kent in de Wet op de Stichtingen (artikel 12 lid 2), heeft blijkens de parlementaire geschiedenis bij die wet niet tot doel gehad om een mogelijkheid te creëren die op basis van kort geding niet bestond.

29 Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, *JOR* 2010/60, m.nt. Doorman.

30 Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam (OK) 31 maart 2014, *ARO* 2014/63; Hof Amsterdam (OK) 12 juli 2014, *ARO* 2014/135; Hof Amsterdam (OK) 4 september 2014, *ARO* 2014/181; Hof Amsterdam (OK) 11 november 2014, *ECLI:NL:GHAMS:2014:4800*.

31 Zie bijvoorbeeld: Rb. Assen 17 december 1993, *KG* 1994, 90; Rb. Amsterdam 16 januari 2014, *JOR* 2014/456 m.nt. Nowak; Hof Amsterdam (OK) 15 juni 2011, *ARO* 2011/97; Hof Amsterdam (OK) 31 oktober 2002, *JOR* 2003, 59; Hof Amsterdam (OK) 8 augustus 2006, *JOR* 2006/264.

32 Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam (OK) 9 december 1999, *JOR* 2000, 96; Hof Amsterdam (OK) 28 april 2004, *JOR* 2004/193; Hof Amsterdam (OK) 4 januari 2005, *JOR* 2005/61.

33 Vernietiging van een besluit middels een onmiddellijke of voorlopige voorziening lijkt ons niet mogelijk, gezien de ordenende aard van de voorziening. Een besluit kan wel worden vernietigd middels een eindvoorziening (artikel 356 onder a BW). Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam (OK) 22 februari 2002, *JOR* 2002, 82, m.nt. Van den Ingh.

34 HR 19 oktober 2001, *NJ* 2002/92, m.nt. Maeijer.

35 De mogelijkheid van tot het verzoeken van een onmiddellijke voorziening bij incident in een bodemprocedure vormt een eventuele derde rechtsgang.

36 Uit het onderzoek van Cools, Geerts, Pijls en Kroeze blijkt dat (destijds) ongeveer een kwart van alle enquêteverzoeken betrekking had op een impasse binnen de besluitvorming (K. Cools (e.a.), *Het recht van enquête*. Een empirisch onderzoek, Deventer: Kluwer 2009, p. 73).

37 Voor een overzicht van verschillen: A.R.J. Croiset van Uchelen, *Forumkeuze voor gevorderden: kort geding of onmiddellijke voorziening bij de OK?*, *TOP* 2010-7 (hierna: Croiset van Uchelen 2010), p. 255-262. Voor de verhouding kort geding en enquêteprocedure zie: Slagter/Assink 2013, p. 1833-1834; A.E. Driessen, *Voorlopige voorzieningen in kort geding of door de Ondernemingskamer*, in: G. van Solinge & M. Holtzer, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporatie Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 449-453.

38 E.J.J. van der Heijden/W.C.L. van der Grinten/P.J. Dortmund 2013, nr. 363. Mits aan de voorwaarden van bijvoorbeeld artikel 2:346 BW is voldaan.

39 *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, nr. 3, p. 16. Zie ook: Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 363; A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 125-128; P.M. Storm, *Corporate Litigation bij de Ondernemingskamer*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2014 (hierna: Storm 2014), p. 119. Het zal dan naar onze mening wel moeten gaan om een reeds aangekondigde enquêteprocedure, waarbij de voorzieningenrechter bovendien in overweging moet nemen in hoeverre degene die met de toekomstige enquêteprocedure schermt het ook daadwerkelijk zal doorzetten. Vooral een *ingesteld* enquêteverzoek zal in onze ogen de voorzieningenrechter tot terughoudendheid moeten bewegen.

40 Rb. Middelburg 14 april 1998, *JOR* 2000/25.

41 Zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 16 januari 2013, *JOR* 2013/98, m.nt. Verburgh.

42 *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, nr. 3, p. 16. Bij voorbeeld: Rb. Rotterdam 16 januari 2013, *JOR* 2013/98, m.nt. Verburgh), waarin een voorziening werd getroffen voor een bepaalde periode *'of totdat de Ondernemingskamer in een eventueel te starten enquêteprocedure anders beslist'*.

43 A.C. van Schaick, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Procesrecht, Deel 2, Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 218.

44 Tjong Tjin Tai 2013 (Groene Serie Rechtsvordering), Inleiding Kort Geding, Aant. 3; P.D. Olden, *Tien jaar onmiddellijke voorzieningen, Ondernemingsrecht 2003-15*, p. 550.

45 Croiset van Uchelen 2010, p. 261.

46 Croiset van Uchelen 2010, p. 256.

partijen geldende gedragsnormen met zich brengen dat reenschap moet worden gehouden met de belangen van andere belanghebbenden en het belang van de vennootschap.

De voorzieningenrechter kent één belangrijke beperking ten opzichte van de Ondernemingskamer. Een door de voorzieningenrechter te treffen voorlopige voorziening moet een rechtsgrondslag in het materiële recht hebben.⁴⁷ De betekenis van deze beperking is gering, want deze grondslag kan worden gevonden in de breed toepasbare redelijkheid en billijkheid (artikel 2:8 BW en artikel 6:248 BW), onvoorziene omstandigheden (artikel 6:258 BW) en misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW).⁴⁸ De voorzieningenrechter kan daarom vrijwel dezelfde maatregelen treffen als de Ondernemingskamer. Er bestaat echter wel een aantal uitzonderingen. In jurisprudentie betreft het vooral de positie van bestuurders. Illustratief is bijvoorbeeld een uitspraak van de Rechtbank Utrecht.⁴⁹ Hier werd door één van de aandeelhouders/bestuurders gevorderd dat het de andere bestuurder/aandeelhouder van een joint venture werd verboden om enige handeling te verrichten als bestuurder alsmede om het kantoor van de vennootschap te betreden. Deze vordering werd door de voorzieningenrechter afgewezen, omdat er geen rechtsgrond voor aanwezig was. Eveneens interessant, maar lastiger juridisch te duiden, zijn de overwegingen van het Hof's Hertogenbosch waar door een partij werd verzocht een onafhankelijk persoon te benoemen, die zou worden belast met het besturen van de vennootschap en het beheer van haar vermogen waarbij die bestuurder zich – kort gezegd – zou moeten gedragen als een curator.⁵⁰ Het idee was dat deze bestuurder zou overgaan tot het oplossen van de conflicten en vereffening van het vermogen. Het hof ging hierin niet mee, omdat zij de voorziening in deze situatie niet toewijsbaar achtte. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden zou dit anders zijn. Onder bijzondere omstandigheden is het derhalve mogelijk een tijdelijk bestuurder te benoemen. Voor het geven van een dergelijk taakopdracht bestaat onzes inziens echter geen concrete rechtsgrondslag in het materiële recht.

Het vereiste van een materiële grondslag beperkt de voorzieningenrechter slechts in beperkte mate in de voorlopige voorzieningen die hij kan treffen. Het is in beginsel niet mogelijk een voorlopige voorziening te treffen waarbij buiten de wet nieuwe figuren worden gecreëerd, zoals de bestuurder of commissarissen met bijzondere bevoegdheden

of een bijzondere taakstelling.⁵¹ Niettemin krijgen stille bevoegden bij hun aanwijzing soms wel een bijzondere taak, bijvoorbeeld om de opbrengst bij verkoop te maximaliseren.⁵² Afgezien van de vraag of er een grondslag voor de benoeming zelf bestaat, geldt dat de wet geenszins de bevoegdheid toekent aan rechters-commissarissen of rechtbanken om (dergelijke) opdrachten te geven.⁵³ Als een bodemprocedure reeds aanhangig is gemaakt, kan ook worden gekozen voor de provisionele vordering van artikel 223 Rv. Dit incident is vergelijkbaar met een voorlopige voorziening in kort geding,⁵⁴ al dient er bij eerstgenoemde wel samenhang te bestaan met de hoofdvordering⁵⁵ en is zij beperkt voor de duur van het geding.⁵⁶ Een toewijzend vonnis in incident zal bovendien niet ambtshalve uitvoerbaar bij voorraad zijn. Dit moet uitdrukkelijk worden gevorderd.

2.2.2 Ondernemingskamer (onmiddellijke voorziening)

Net als de voorzieningenrechter, is ook de Ondernemingskamer niet beperkt tot een limitatieve lijst van onmiddellijke voorzieningen⁵⁷ en mag worden afgeweken van dwingend recht.⁵⁸ De Ondernemingskamer behoeft echter geen materieelrechtelijke grondslag voor haar onmiddellijke

47 Tjong Tjin Tai 2013 (Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering), Art. 256, Aant. 3.

48 Ook misbruik van bevoegdheid kan dus een rol spelen bij de gedragingen van aandeelhouders (M.J. Kroeze, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht, Deel I. De rechtspersoon. Deventer: Kluwer 2015, nr. 228; B. Kemp, Normering van aandeelhouders. Redelijkheid en billijkheid of misbruik van bevoegdheid?, *NJB* 2013/660. Zie anders: F.P.J. van den Ingh, Het stemgedrag van aandeelhouders, in: A-T-D Opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. van Schilfgaarde, Deventer: Kluwer 2000, p. 205. De vraag is in hoeverre de onrechtmatige daad een zelfstandige grondslag zou kunnen vormen.

49 Rb. Utrecht 20 augustus 1991, *KG* 1991, 331.

50 Hof's-Hertogenbosch 8 september 1993, *NJ* 1994/309.

51 In beginsel, omdat de voorzieningenrechter wel aan rechtsvinding kan doen en in die zin gesteld kan worden dat hij een rechtsgrondslag buiten de wet zou kunnen 'vinden'. Wordt deze lijn doorgetrokken, dan zou dit betekenen dat het in principe mogelijk is om iedere soort voorlopige voorzieningen te treffen. Het is dan aan de voorzieningenrechter om te beslissen of hij deze rechtsgrondslag, die door partijen is betoogd, 'vindt in het materiële recht'. Wij zijn van mening dat dit niet zo ver kan gaan dat de voorzieningenrechter taken voorbehouden aan de Ondernemingskamer op zich kan nemen, noch dat bijvoorbeeld een doorslaggevende stem voor een bestuurder kan worden gecreëerd (anders dan door bijvoorbeeld de overige bestuurders te schorsen en/of als dit volgt uit de statuten).

52 Zie S.C. McKenzie-Vass en E.F. Verheul, 'Voorverpakte garnalen: 'Het beste van beide kwaden', Interview met de curatoren in het faillissement van Heiploeg Holding B.V. (c.s.)', *Tvl* 2015/24. Zie ook Hof Amsterdam, 16 januari 2015, *JOR* 2015/6.

53 Er bestaat geen wettelijke verplichting voor curatoren, laat staan stille bevoegden, om opbrengst te maximaliseren. Het is wel een uitgangspunt voor curatoren volgens jurisprudentie. De rechter heeft in die gevallen derhalve kennelijk een rechtsgrondslag buiten de wet 'gevonden'.

54 Zie voor een vergelijking tussen deze twee instrumenten: G. Snijders (Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering) 2013, Art. 223, Aant. 12.

55 Artikel 223 lid 2 BW.

56 Van Mierlo/Bart, Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, p. 389.

57 De discussie is wel gevoerd. De SER adviseerde aansluiting bij artikel 2:356 BW. Dit advies werd door de minister verworpen. Er werd ten aanzien van artikel 2:349a BW gesteld dat er "geen aanleiding is om te bepalen dat de voorzieningen in beginsel dezelfde zijn als welke de Ondernemingskamer ingevolge artikel 356 kan treffen. [...] de voorzieningen, evenals die van de president in kort geding, [moeten] een ordemaatregel [...] inhouden en dat bepaalde in artikel 356 genoemde voorzieningen een te definitief karakter dragen om als voorlopige voorzieningen te kunnen worden gekwalificeerd. Dat is zeer zeker het geval wanneer het gaat om ontslag van bestuurders en/of commissarissen en vernietiging van besluiten. Schorsing van een besluit of schorsing van bestuurders of commissarissen, tijdelijke aanstelling van bestuurders of commissarissen, tijdelijke afwijking van statuten en tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer zijn evenwel voorzieningen die onder omstandigheden wel degelijk ook als ordemaatregel kunnen worden getroffen. Er is evenwel geen noodzaak om de bevoegdheid van de Ondernemingskamer in dit stadium tot deze mogelijkheden te beperken en in het wetsvoorstel is een dergelijke beperking dan ook niet opgenomen." (*Kamerstukken II* 1991/92, 22400, nr. 3, p. 15).

58 HR 14 september 2007, *NJ* 2007/611, m.nt. Maaijer; HR 25 februari 2011, *JOR* 2011/115, m.nt. Doorman.

voorzieningen.⁵⁹ De enquêteprocedure heeft daarom in potentie meer flexibiliteit in zich, waardoor geïnterveneerd kan worden met een breder spectrum aan ordemaatregelen. Het staat de Ondernemingskamer vrij allerlei onmiddellijke voorzieningen te treffen, mits binnen de spankracht van artikel 2:349a BW en in lijn met het (voorlopige)⁶⁰ karakter van de onmiddellijke voorziening binnen het enquêterecht. De Ondernemingskamer zal het belang van de vennootschap centraal stellen.⁶¹ Zij kan de onmiddellijke voorzieningen bovendien in elke stand van het geding treffen wanneer dit vereist is in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek. Ook de onmiddellijke voorziening is daarmee een ordemaatregel.⁶²

De Ondernemingskamer kent een belangrijke beperking ten opzichte van het kort geding. De enquêteprocedure is eigenlijk een procedure waar een onderzoek naar wanbeleid centraal staat. Onmiddellijke voorzieningen als bedoeld in artikel 2:349a BW kunnen ook vóór het (bevelen van) onderzoek naar wanbeleid worden verzocht en getroffen. Echter ook dan geldt dat partijen slechts onmiddellijke voorzieningen als bedoeld in artikel 2:349a lid 2 BW kunnen verzoeken in het kader van een procedure waar een onderzoek naar wanbeleid centraal staat. Het is dus geen zelfstandige procedure. De gevolgen van de impasse moeten daarom voldoende ernstig zijn om een enquête te rechtvaardigen⁶³ en de voorzieningen moeten ook in het licht van en voor de duur van die enquête worden gevraagd. Het bezwaar tegen de enquêteprocedure ligt echter eerder bij het volgende. Hoewel door de Ondernemingskamer bij het vaststellen van wanbeleid vaak aandacht wordt besteed aan de rol van individuele bestuurders bij de relevante feiten,⁶⁴ geldt dat een vaststelling van wanbeleid het gehele bestuur treft. Het uitgangspunt is dat de bestuurders gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor het bestuur van de vennootschap. Daarbij komt dat het onderzoek vaak diepgravend is en ook niet is uit te sluiten dat de verzoekende partij handelingen heeft verricht die geen schoonheidsprijs verdienen, zeker in het licht van een “vechtscheiding” bij een “gefaalde liefde”. Door een enquêteverzoek in te dienen, lopen de partners – veelal (feitelijk) bestuurders – zelf ook een risico. Het vaststellen van wanbeleid en zelfs al een negatief luidend onderzoeksrapport, kan grote reputatieschade tot gevolg hebben, ook al

zou de betreffende partner zich later bij een aansprakelijkheidsprocedure kunnen disculperen.⁶⁵ Er zal daarom vaker sprake zijn van terughoudendheid bij het instellen van een enquêteprocedure.

Echter, de praktijk leert dat het zo ver vaak niet komt. In veel gevallen wordt, bijvoorbeeld met behulp van een door de Ondernemingskamer benoemde onafhankelijke bestuurder met doorslaggevende stem, een oplossing gezocht, nog voordat het onderzoek wordt gestart of met tijdelijke opschorting van het lopende onderzoek door de onderzoeker. Hoewel een discussie kan worden gevoerd over de vraag of dit oneigenlijk gebruik van een enquêteprocedure is, biedt een procedure bij de Ondernemingskamer ook in dit verband veel mogelijkheden. Naar onze mening wordt daar nog onvoldoende gebruik van gemaakt. Het verdient opmerking dat er steeds vaker wordt gewerkt met een door de Ondernemingskamer aangedragen “corporate mediator”.⁶⁶ Ook dit betreft een instrument waarvan gebruik kan worden gemaakt bij een geschillenbeslechting tussen joint venture partners.

Daarbij komt dat de Ondernemingskamer gespecialiseerd is in geschillen *binnen* de vennootschap. Uit de praktijk blijkt dat zij er niet voor terugdeinst om stevig in te grijpen indien nodig. Dit kan voordelig zijn, maar hierin schuilt ook een risico. De verzoeker kan als gevolg van (i) de sterke sturing van het geschil (en de procedure) door de Ondernemingskamer; (ii) de actieve houding van de Ondernemingskamer; en (iii) de relatief eenvoudige wijze waarop belanghebbenden eigen (zelfstandige) (tegen)verzoeken kunnen doen,⁶⁷ de controle verliezen over de procedure en daarmee de vennootschap.⁶⁸ Zo mag de Ondernemingskamer andere voorzieningen treffen dan door partijen zijn verzocht.⁶⁹

2.2.3 Twee voorbeelden nader toegelicht

Twee verstrekkende en interessante mogelijkheden om een *deadlock* te doorbreken, worden hierna besproken. Eerst wordt ingegaan op de door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder: een middel waar volgens ons meer gebruik van kan worden gemaakt. Vervolgens wordt noodzaakfinanciering besproken: een vreemde eend in de bijt die enkel mogelijkheden biedt bij absolute financiële nood.

59 Zo is het voor de Ondernemingskamer mogelijk een bestuurder of commissaris met bijzondere bevoegdheden te benoemen, terwijl daarvoor in kort geding in de regel geen materieelrechtelijke grondslag bestaat (zie ook: Croiset van Uchelen 2010, p. 257).

60 HR 19 oktober 2001, NJ 2002/92, m.nt. Maeijer.

61 Slagter/Assink 2013, p. 1834.

62 Evenzo: Storm 2014, p. 119.

63 Dit was niet het geval in: Hof Amsterdam 27 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4416 (onderneming was opgehouden en liquidatie werd slechts opgehouden door louter vermogensrechtelijk geschillen).

64 Voor de kostenveroordeling ex artikel 2:354 BW kijkt de Ondernemingskamer wel naar de individuele verantwoordelijkheid voor onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken. Zie voor een oordeel wanbeleid, met afwijzing van kostenveroordeling ten aanzien van een van de bestuurders: Hof Amsterdam (OK), 15 februari 2013, ARO 2013/55 (*Van der Moolen*) (waarbij vermeld wordt dat één van ons advocaat was bij deze procedure). Zie ook de annotatie van M. Holtzer bij JOR 2014/298 en JOR 2014/299 (*Greenchoice*) en de onderstaande voetnoot.

65 Zie voor bewijsrechtelijke doorwerking van wanbeleid beschikking in aansprakelijkheidsprocedure: HR 8 april 2005, JOR 2005/119, m.nt. M. Brink (*Laurus*) en Hof Arnhem-Leeuwarden, 5 februari 2015, JOR 2015/32, m.nt. M. Holtzer.

66 <http://fd.nl/ondernemen/1098563/mediator-gaat-bemiddelen-in-bestuurscrisis-plantlab>.

67 Alle belanghebbenden mogen in hun verweerschrift een zelfstandig tegenverzoek doen, mits dit betrekking heeft op het onderwerp van het oorspronkelijk verzoek. Dit wordt ruim opgevat (Slagter/Assink 2013, p. 1831-1832; Storm 2014, p. 123). Deze mogelijkheid houdt verband met het (onwenselijke) risico dat belanghebbenden zich anders tot de kort gedingrechter zullen wenden (zie Van Schilfgaarde in zijn annotatie bij HR 23 maart 2012, NJ 2012/393, m.nt. Van Schilfgaarde (*e-Traction Europe*)).

68 HR 4 oktober 2002, JOR 2002, 214, m.nt. Van den Ingh (*Zwagerman*).

69 HR 30 maart 2007, JOR 2007/138, m.nt. Josephus Jitta e.o. 4.4. (*ATR Leasing*); Hof Amsterdam (OK) 15 november 2001, JOR 2002/6 m.nt. Josephus Jitta (*Decidewise*), Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2013, ARO 2013/26 (*Thermen Holiday*).

2.2.3.1 De door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder

Een bestuursbesluit moet worden genomen door het (gezamenlijke) bestuur. Een joint venture wordt regelmatig zo vormgegeven, dat de beide partners uitdrukkelijk moeten instemmen met het nemen van een (bepaald) bestuursbesluit.⁷⁰ Het kan bovendien zo zijn dat partijen elkaar nodig hebben om de vennootschap extern te vertegenwoordigen. Een impasse kan worden doorbroken door benoeming van een extra bestuurder met, indien nodig, een beslissende stem.⁷¹ Deze 'OK-bestuurder' beheerst daarmee volledig de (interne) besluitvorming van het bestuur. Eventueel kan worden bepaald dat het bestuur enkel vertegenwoordigingsbevoegd is met de OK-bestuurder en/of dat deze bestuurder zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd is.

De kracht van de mogelijkheid een onafhankelijke bestuurder te benoemen is dat de kerngedachte van de joint venture geen geweld wordt aangedaan. Geen van de partners wordt immers volledig buiten spel gezet door hem, of "zijn" bestuurder, te schorsen. De beide partners houden een gelijke positie ten opzichte van elkaar, maar de impasse wordt doorbroken, en wel door een onafhankelijk persoon die handelt in het vennootschapsbelang. Indien een besluit alsnog op aandeelhoudersniveau door de dwarsliggende partner(s) kan worden geblokkeerd, kan ook hiervoor een onmiddellijke voorziening worden gevraagd. Ook dan geldt dat recht kan worden gedaan aan de gedachte van gelijkwaardigheid van de partners door, bijvoorbeeld, overdracht door beide partners van een gelijke hoeveelheid aandelen ten titel van beheer te verzoeken. Partijen in een "vechtscheiding" geven er wellicht de voorkeur aan om alleen de andere partner buiten spel te zetten. De Ondernemingskamer zal daar echter niet altijd in meegaan. Uit de aard en inhoud van het samenwerkingsverband kan immers voortvloeien dat ook het vennootschapsbelang is gebaat bij continuering van evenwichtige verhoudingen.

Zoals hiervoor behandeld, zal de OK-bestuurder niet enkel juridische impasses doorbreken, maar regelmatig ook trachten een minnelijke regeling tussen de partners te bewerkstelligen, waardoor het mogelijk niet tot een vaststelling van – of zelfs het onderzoek naar – wanbeleid hoeft te komen. Het schorsen of afbreken van het onderzoek ten behoeve van een minnelijke oplossing zal niet altijd wenselijk zijn, bijvoorbeeld als er sprake is van frauduleuze handelingen en gevreesd wordt dat dit zal worden voortgezet. Het belang van de vennootschap moet immers vooropstaan.

Indien de mogelijkheden van een minnelijke regeling worden onderzocht, zal er veelal een informeel proces worden gestart om partijen tot elkaar te brengen, waarbij de onaf-

hankelijk bestuurder een begeleidende en soms corrigerende rol inneemt. De onderzoeker kan de bestuurder ondersteunen door zijn (voorlopige) feitelijke constatering met de OK-bestuurder en/of partijen te delen, maar dient er daarbij altijd voor te zorgen dat hij zich onafhankelijk opstelt.⁷² Hij betreedt al snel een grijs gebied en dient zich te onthouden van het innemen van een actieve rol in dit proces.

Vanuit juridisch oogpunt moet de OK-bestuurder worden gelijkgesteld met een 'gewone' bestuurder van de vennootschap,⁷³ behoudens eventuele bijzondere bevoegdheden die aan de OK-bestuurder worden toegekend door de Ondernemingskamer. Hij dient wel rekening te houden met het feit dat zijn benoeming tijdelijk is, maar dit staat er niet aan in de weg dat hij (bestuurs)besluiten neemt die diep ingrijpen in de vennootschap en dat die besluiten onomkeerbare gevolgen hebben.⁷⁴ Dat de OK-bestuurder gelijk moet worden gesteld met gewone bestuurders, heeft bovendien tot gevolg dat hij eveneens aansprakelijk kan worden gehouden op dezelfde juridische gronden.⁷⁵ De rechtbank kijkt echter wel naar de omstandigheden waarin de bestuurder zijn taak dient te verrichten.⁷⁶

Door de benoeming van de OK-bestuurder is de impasse binnen het bestuur tijdelijk doorbroken. Dit kan de nodige (relatieve) rust creëren om een definitieve scheiding van de partners te bewerkstelligen. Maar wat nu indien op een later moment blijkt dat deze onmiddellijke voorziening niet afdoende is? Hier komt de flexibiliteit van de enquêteprocedure naar voren. De Ondernemingskamer heeft de bevoegdheid om in iedere stand van het geding op een daartoe strekkend verzoek zodanige onmiddellijke voorzieningen te treffen als zij noodzakelijk acht in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek. Dit geeft de Ondernemingskamer ook de mogelijkheid om reeds getroffen onmiddellijke voorzieningen te wijzigen, aan te vullen of te beëindigen.⁷⁷ Dit biedt dus de mogelijkheid om in een lopende enquêteprocedure te anticiperen op wijzigende omstandigheden of nieuwe inzichten. Is er bijvoorbeeld sprake van een impasse binnen de algemene

70 Dit geldt in de regel voor bepaalde besluiten, maar het komt ook regelmatig voor dat instemming van beide partijen nodig is ten aanzien van ieder bestuursbesluit.

71 Een dergelijke voorziening kan onzes inziens niet worden getroffen door de voorzieningenrechter, omdat hiervoor geen materieelrechtelijke grondslag bestaat.

72 Zo is ook opgenomen in de door de Ondernemingskamer opgestelde aandachtspunten, aanbeveling en suggesties voor onderzoeker (toelichting bij bepaling 3.11): "De onderzoeker bewaakt daarbij [bij het beproeven van een schikking, ML & BK] zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Indien hij daadwerkelijk besluit een schikking te beproeven, deelt hij dit aan partijen mede en bespreekt met hen de consequenties daarvan voor het (verdere) verloop van het onderzoek."

73 Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2013, *JOR* 2013/337, m.nt. Josephus Jitta: "Aan een door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder komen alle bevoegdheden toe die de wet en de statuten aan een bestuurder toekennen. Bij het uitoefenen van zijn taak en het in verband daarmee gebruik maken – of niet gebruik maken – van zijn bevoegdheden dient de bestuurder vanzelfsprekend alle relevante omstandigheden en belangen in aanmerking te nemen." Zie voor deze beschikking in cassatie: HR 18 juni 2014, *NJ* 2014/389, m.nt. Van Schilfgaarde.

74 Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2013, *JOR* 2013/337, m.nt. Josephus Jitta.

75 Zie over verantwoording en aansprakelijkheid van de OK-bestuurder: Storm 2014, p. 234-238; M.H.C. Sinninghe Damsté, De (on)mogelijkheden van de Ondernemingskamer ten aanzien van door haar benoemde functionarissen, *TOP* 2014/5; *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, nr. 3, p. 39.

76 Hof Amsterdam 16 januari 2015, *JOR* 2015/6.

77 Hermans, Winters & Van der Schrieck 2014, 55.

vergadering die in het eerdere stadium van de procedure niet bestond (of niet doorbroken behoefde te worden), dan kan één van de partners of de (zelfstandig bevoegde) OK-bestuurder bijvoorbeeld een onmiddellijke voorziening tot overdracht van aandelen ten titel van beheer of tijdelijke overdracht van de relevante bevoegdheid naar het bestuur verzoeken.⁷⁸

2.2.3.2 Noodzaakfinanciering

Doen zich financiële moeilijkheden voor, dan wordt een relatie echt op de pijnbank gelegd. Andersom kan een slechte relatie en/of een impasse juist leiden tot financiële moeilijkheden. Hoewel deze moeilijkheden zo veel mogelijk moeten worden voorkomen, kan hierin ook een oplossing bestaan. Zo kan er in geval van noodzaak tot financiering, besloten worden om voorbij te gaan aan het vetorecht betreffende aandelenemissie door een niet reflecterende aandeelhouder, met verwatering van die aandeelhouder tot gevolg.⁷⁹ Dit kan zowel bij de Ondernemingskamer als in kort geding.⁸⁰ In het laatste geval is de materieelrechtelijke grondslag om rechten van de aandeelhouder buiten werking te stellen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Contractuele⁸¹ en statutaire⁸² beschermingsbepalingen kunnen terzijde worden gesteld als er sprake is van (i) financiële noodzaak die de continuïteit van de vennootschap bedreigt, zoals bij een gebrek aan liquiditeit om de noodzakelijke investeringen te doen of contractuele verplichtingen te voldoen;⁸³ (ii) een onoverbrugbare impasse in de besluitvorming van de vennootschap;⁸⁴ en (iii) er geen minder verstrekkende en realistische alternatieven zijn.⁸⁵ In het geval van noodzaakfinanciering zou conversie of emissie bijvoorbeeld nodig kunnen zijn om het eigen vermogen te verhogen, hetgeen een voorwaarde kan zijn voor (aanvullende) bankfinanciering. De mate waarin de andere aandeelhouder is geïnformeerd en betrokken, is van invloed op de slagingskans.⁸⁶ De rechtbank en Ondernemingskamer zijn beide terughoudend in het toelaten van verwatering door noodzaakfinanciering. Het is derhalve een noodgreep

78 Zie voor het overdragen van een bevoegdheid van de algemene vergadering naar het bestuur bijvoorbeeld: Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, JOR 2010/60, m.nt. Doorman.

79 Hof Amsterdam (OK) 11 april 2007, ARO 2007/70; Hof Amsterdam (OK) 27 december 2007, ARO 2008/6 (*Secure Internet Machines*); Hof Amsterdam (OK) 18 oktober 2013, ARO 2013/160 (*Slotervaartziekenhuis*).

80 Zie voor uitspraken in kort geding bijvoorbeeld: Rb. Leeuwarden 30 juni 2010, RO 2010/70; Rb. Breda 13 november 2009, JOR 2009/281, m.nt. Bulten (*Pilot Design*); Hof Amsterdam 25 april 2002, JOR 2002/128.

81 Terzijdestelling aandeelhoudersovereenkomst: Hof Amsterdam (OK) 15 november 2001, JOR 2002/6 (*Decidewise*), m.nt. Josephus Jitta.

82 De Ondernemingskamer machtigt het bestuur in afwijking van statuten tot uitgifte zonder een besluit van de algemene vergadering (Hof Amsterdam (OK) 8 mei 2014, ARO 2014/119 (*Delphi Bioscience*)).

83 Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, JOR 2010/60, m.nt. Doorman (*Inter Access*); Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2000, JOR 2000/74 (*Skygate Holding*).

84 Hof Amsterdam (OK) 18 oktober 2012, ARO 2012/151 (*Harbour Antibodies*).

85 Toewijzing omdat er geen voldoende zeker en adequaat alternatief is (Hof Amsterdam (OK) 25 mei 2011, ARO 2011/85 (*Rhodes*)).

86 De raad van commissarissen mag een voorkeursrecht terzijde schuiven wanneer geen overeenstemming wordt bereikt over de voorwaarden voor herfinanciering (Hof Amsterdam (OK) 29 november 2002, ARO 2002/180 (*Alcas*)).

met het oog op de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

3. Het bewerkstelligen van een definitieve scheiding

Het treffen van voorlopige of onmiddellijke voorzieningen kan een impasse doorbreken. Hiermee is de continuïteit van de vennootschap misschien voorlopig gewaarborgd, maar het is slechts een tijdelijke maatregel. In de door ons geschetste situatie is de liefde voorbij. Het enige waar de partners elkaar nu nog in kunnen vinden is dat zij allebei zo snel mogelijk van elkaar af willen; een 'vechtscheiding'. Een cijfermatige waardering van de aandelen volstaat niet altijd, omdat de aandelen niet voor beide partijen noodzakelijkerwijs dezelfde waarde vertegenwoordigen. De ene partner meent bijvoorbeeld dat de andere partner met 100% van de aandelen het bedrijf te gronde zou richten en steekt dat niet onder stoelen of banken, ook jegens kredietverschaffers, waardoor de financiering op de tocht zou kunnen komen te staan. De andere partner heeft echter de allerbelangrijkste leverancier "in zijn zak" en zijn vertrek zal betekenen dat ook de leverancier de rechtsverhouding beëindigt. Mogelijk heeft men tijdens de impasse steken laten vallen en is het verkrijgen van noodzakelijke (milieu)vergunningen of subsidies geen zekerheid meer. Bovendien willen de partners mogelijk niet instemmen met enige verdeling tenzij ook recht wordt gedaan aan de rechtsverhoudingen die zij in andere hoedanigheden zijn aangegaan met de joint venture. Denk bijvoorbeeld aan aandeelhoudersleningen of distributieovereenkomsten.

Kortom: er zijn allerlei factoren denkbaar die betrekking kunnen hebben op de vraag: (i) wie koopt de aandelen; en (ii) voor welke prijs. Wat in die situatie te doen?

3.1 De geschillenregeling

Wil één van de partners de andere uitstoten of zelf uitsteden, dan ligt binnen de systematiek van Boek 2 BW de geschillenregeling voor de hand.⁸⁷ Dit instrument is in de wet neergelegd met de gedachte dat aandeelhouders in een besloten verhouding van elkaar moeten kunnen scheiden als er sprake is van een geschil waardoor de samenwerking ernstig wordt bemoeilijkt.

Eén van de aandeelhouders wordt uitgestoten of kan uitsteden. *Uitstoting* kan worden gevorderd wanneer de uit te stoten aandeelhouder het belang van de vennootschap zodanig schaadt of heeft geschaad, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet (meer) kan wor-

87 Artikel 2:335-2:343c BW. De reikwijdte is in deze artikelen beperkt. Nu een besloten vennootschap als gevolg van de recente flexibilisering niet meer 'besloten' moet zijn vormgegeven, is de vraag of de reikwijdte van de geschillenregeling niet moet worden aangepast.

den geduld.⁸⁸ Denk bijvoorbeeld aan het niet verstrekken van noodzakelijke informatie, het blokkeren van besluiten tot dividenduitkering⁸⁹ en het structureel tegenstemmen.⁹⁰ *Uittreding* kan worden gevorderd wanneer de aandeelhouder zodanig in zijn belang is geschaad door de gedragingen van één of meer medeaandeelhouders, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd.⁹¹ Een gedraging die kan leiden tot uittreding en overigens ook tot uitstoting, is het frustreren door een van de aandeelhouders van besluitvorming: het creëren van een impasse.⁹² De vennootschap mag sinds 1 oktober 2012 ook worden gedwongen tot overname en betaling van de aandelen.⁹³ De vennootschap kan echter niet zelf een vordering indienen.⁹⁴

De mogelijkheid van uitstoting of uittreding is dus mede afhankelijk van de gedragingen van de medeaandeelhouder. Het moet dan gaan om gedragingen van de aandeelhouder in de hoedanigheid van aandeelhouder. Bestuurshandelingen vallen er derhalve buiten. Het lijkt echter niet altijd eenvoudig om het onderscheid tussen de hoedanigheden te maken.⁹⁵

Willen beide aandeelhouders juist wel of juist niet de aandelen hebben, dan kan de rechter zich laten leiden door de mate van verwijtbaar handelen van iedere aandeelhouder, maar naar onze mening ook door het vennootschappelijk belang. Er zal in dat kader gekeken worden naar de rol die de joint venture partners hebben bij de vennootschap. Hebben beide partijen bijvoorbeeld de benodigde expertise in huis?

Ook de toekomstplannen voor de onderneming van beide partners kunnen een rol spelen.⁹⁶

De prijs die de achterblijvende aandeelhouder dient te betalen voor de aandelen van de uittredende/uitgestoten aandeelhouder wordt door één of meer deskundigen bepaald. Bestaat een statutair prijsbepalingsmechanisme, dan zullen de deskundigen dit in acht nemen. Het gebruik van deskundigen betekent meestal dat het bedrag op het prijskaartje hoger wordt, zeker als er complicerende factoren zijn. Het deskundigenbericht kan achterwege worden gelaten als er overeenstemming bestaat over de waardering of als er een duidelijke waarderingsmaatstaf is opgenomen in de statuten of overeenkomst (artikel 2:339 lid 3 BW).⁹⁷ De procedure kan ook volledig gericht zijn op prijsbepaling als partijen wel overeenstemming hebben over dat aandelen worden overgedragen en door wie (artikel 2:343c BW). Dit is niet ondenkbaar, maar als partijen in een volledige *deadlock* verkeren, ligt overeenstemming over de verkoop of waardering niet altijd voor de hand.

De geschillenregeling lijkt de aangewezen weg voor een definitieve scheiding van de aandeelhouders.⁹⁸ Desalniettemin is de geschillenregeling een weinig geliefd instrument en werd deze in het verleden wel als onbruikbaar bestempeld. De voornaamste reden hiervoor was de grote vertraging die in de procedure tot uitstoting/uittreding kon ontstaan en de hieraan verbonden kosten.⁹⁹ Tussen dagvaarding en vonnis zit meestal (ruim) meer dan anderhalve jaar¹⁰⁰ en dan moet een deskundige vaak nog aan de slag met de waardering. Met de flexibilisering van de besloten vennootschap is ook de geschillenregeling op een aantal punten gewijzigd/verbeterd.¹⁰¹ Hierbij is ook een verkorting van de doorlooptijd voor ogen gehouden. Er wordt toch gevreesd dat de geschillenregeling ook nu weinig effectief zal zijn.¹⁰² Er is in de gepubliceerde jurisprudentie ook niet een stort-

88 Bulten meent dat de koppeling van de mogelijkheid tot uitstoting aan vennootschappelijk belang ongelukkig is (C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde*, Deventer: Kluwer 2011 (hierna: Bulten 2011), p. 67). Zij stelt dat de aandeelhouder zijn eigen belang mag behartigen en dit uitgangspunt beperkt wordt door de redelijkheid en billijkheid, terwijl het vennootschappelijk belang een gedragsnorm voor bestuurders en commissarissen is. Wij menen echter dat dit niet wegneemt dat de redelijkheid en billijkheid met zich brengt dat de aandeelhouder het vennootschappelijk belang ook in ogenschouw moet nemen. (Zie G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht, Rechtspersonenrecht, De naamloze en besloten vennootschap, deel 2-IIA NV en BV – Oprichting, vermogen en aandelen, Deventer: Kluwer 2013 (hierna: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2013), nr. 13).

89 Rb. Noord-Holland, 4 juli 2014, *JOR* 2014/193, m.nt. Bulten (*MUIS Beheer*).

90 Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2010, *JOR* 2010/221, m.nt. Bulten (*Elf*).

91 Artikel 2:343 lid 1 BW. Dit heeft geen ontegeningskarakter omdat het algemeen belang hierbij geen rol speelt: zie A-G Timmerman bij HR 13 januari 2012, *JOR* 2012/41.

92 Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam (OK) 10 april 2003, *JOR* 2003/144, m.nt. Bulten; Hof Amsterdam (OK) 30 maart 2010, *JOR* 2010/221, m.nt. Bulten (*Elf*). De laatstgenoemde zaak werd door de Hoge Raad afgedaan op basis van artikel 81 RO (HR 13 januari 2012, *JOR* 2012/41).

93 Artikel 2:343 BW (incl. uitzonderingen ex artikel 2:98/207 BW). Voorbeeld waarin dit werd toegewezen: Rb. Noord-Holland, 4 juli 2014, *JOR* 2014/193, m.nt. Bulten (*MUIS Beheer*). Het hoeft dan niet om eigen gedragingen van de vennootschap te gaan.

94 Artikel 2:336 lid 2 BW.

95 Bijvoorbeeld: Rb. Den Haag, 8 september 2010, *JOR* 2010/220, m.nt. Bulten (*Happyliner*). Zie ook Bulten 2011, p. 61-64. De Rechtbank Noord-Holland lijkt er recentelijk zelfs helemaal aan voorbij te gaan (Rb. Noord-Holland, 4 juli 2014, *JOR* 2014/193, m.nt. Bulten (*MUIS Beheer*)).

96 Rb. Den Haag, 8 september 2010, *JOR* 2010/220, m.nt. Bulten (*Happyliner*): een partij zou als bestuurder optreden, crediteuren betalen, de vennootschap saneren en de activiteiten voortzetten. De andere partij wilde enkel de aandelen verwerven met als doel het afhouden van (betwiste) claims.

97 Rb. Den Haag, 8 september 2010, *JOR* 2010/220, m.nt. Bulten (*Happyliner*); HR 21 januari 2005, *JOR* 2005/57.

98 Mits geen sprake is van een in de statuten opgenomen of bij overeenkomst overeengekomen regeling voor dit soort geschillen (artikel 2:337 BW).

99 Zie hierover: F.K. Buijn & P.M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, Deventer: Kluwer 2013 (hierna: Buijn & Storm 2013), p. 1093; Bulten 2011. In de parlementaire geschiedenis werd dit probleem onderkend (R.G.J. Nowak & A.M. Mennens, *Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, Deel II, De parlementaire geschiedenis*, Deventer: Kluwer 2012, p. 662 e.v.). Overigens is de mogelijkheid om aandelen te vervreemden of bezwaren in de tussentijd beperkt (zie bijv. artikel 2:338 BW).

100 Een aantal voorbeelden: in Rb. Den Haag, 8 september 2010, *JOR* 2010/220, m.nt. Bulten (*Happyliner*) werd op 22 januari 2009 gedagvaard en volgde de uitspraak op 8 september 2010 (wel inclusief prijs). HR 11 februari 2011, *JOR* 2011/76 is begonnen met een dagvaarding op 4 augustus 2005. HR 27 januari 2012, *JOR* 2012/107 (*Hooymans*) heeft er echter (maar liefst) twaalf jaren over gedaan.

101 Zie voor een overzicht van de wijzigingen: C.D.J. Bulten & J.H.M. Willems, *Kroniek uitkoop en geschillenregeling 2011-2013*, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2013-2014*, Deventer: Kluwer 2014 (hierna: Bulten & Willems 2014), p. 222-224.

102 Buijn & Storm 2013, p. 1093.

vloed aan vonnissen op dit onderwerp waarneembaar. Dit kan ook komen omdat zowel de ondernemingen als de adviseurs onvoldoende vertrouwd zijn met dit middel. Dit kan wijzigen als de geschillenregeling weer onder de aandacht komt. Voormalig minister Opstelten heeft – alweer enige tijd geleden – toegezegd dat een bredere herziening van de geschillenregeling zal worden opgestart.¹⁰³ Het ziet er echter naar uit dat er op korte termijn geen wetsontwerp hoeft te worden verwacht. Niettemin zou de geschillenregeling in combinatie met de voornoemde voorlopige voorzieningen, op zich een bruikbaar middel kunnen zijn.

De geschillenregeling staat (ook in kort geding) niet open wanneer sprake is van een contractuele of statutaire regeling voor het oplossen van geschillen tussen de partners, tenzij dit de aandelenoverdracht onmogelijk of uiterst bezwaarlijk maakt.¹⁰⁴

3.2 Een snellere scheiding?

Eén van de bezwaren tegen de geschillenregeling is dat zij te lang zou duren, omdat in de procedure veel mogelijkheden bestaan tot het veroorzaken van vertraging. De vraag die vervolgens rijst is of er geen sneller juridisch instrument is om de aandeelhouders van elkaar te scheiden. Ook hier kan gebruik worden gemaakt van het kort geding en de enquêteprocedure.

3.2.1 Scheiding middels voorlopige voorziening, de 'geschillenregeling' in kort geding

De vraag is of de joint venture partners sneller uitstoting of uittreding kunnen verwezenlijken in kort geding.¹⁰⁵ De geschillenregeling voorziet zelf niet in toepassing in kort geding, waardoor deze naar analogie zou moeten worden toegepast. Afhankelijk van de mate van spoedeisendheid, zal er in het algemeen binnen een paar weken vonnis worden gewezen. Bij grote spoedeisendheid kan dit zelfs in een aantal dagen. Dit betekent dat de voornoemde maatregelen tot het doorbreken van impasses mogelijk niet nodig zijn, hetgeen deze mogelijkheid tot een aantrekkelijk alternatief maakt.¹⁰⁶

Meermaals is getracht de geschillenregeling, zowel in verband met uitstoting als met uittreding, in kort geding te hanteren. In de meeste gevallen is deze vordering op zichzelf wel mogelijk geacht, maar op inhoudelijke gronden af-

gewezen.¹⁰⁷ Er zijn echter wel gevallen waarbij de analoge toepassing van de geschillenregeling in kort geding succesvol is geweest.¹⁰⁸

Toewijzing blijkt echter alleen mogelijk in uitzonderlijke situaties die een direct ingrijpen van de voorzieningenrechter vereisen om het voortbestaan van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te waarborgen.¹⁰⁹ Zo was in de zaak die aanleiding gaf voor de uitspraak van de Rechtbank Breda d.d. 23 november 2011 sprake van een dreigend faillissement in verband met het opzeggen van de kredietfaciliteit indien niet alle aandelen op één aandeelhouder zouden overgaan. In dit soort situaties is het belang van de vennootschap bijzonder groot (overleving/continuering), terwijl de uit te stoten aandeelhouder een relatief veel kleiner belang heeft: zijn aandelen waren op dat moment vrijwel niets waard als gevolg van de slechte financiële positie van de vennootschap en de aandelen zouden bij behoud ook niet meer waard worden.¹¹⁰ De redelijkheid kan in een dergelijk geval vergen dat zekerheid wordt verstrekt voor het geval dat de aandelen een hogere waarde dan nihil zouden blijken te hebben.¹¹¹

Bij analoge toepassing van de geschillenregeling in kort geding moet wel rekening worden gehouden met de vereisten voor de geschillenregeling, waaronder de ontvanke-lijkheidseis van artikel 2:336 BW.¹¹² Er wordt wel afgeweken van de prijsbepaling van artikel 2:339 BW.

In het verleden is door voorzieningenrechters in verschillende kort geding-procedures al besloten dat de waarde van aandelen op nihil moest worden gesteld,¹¹³ dat de waarde van aandelen op een later moment door een deskundige moest worden vastgesteld¹¹⁴ of dat de in de oprichtingsakte opgenomen route voor prijsbepaling moest worden ge-

103 *Kamerstukken I* 2011/12, 31058 en 32426, C, p. 1 en E Er zou in 2012 een concept wetsvoorstel voor consultatie worden gepubliceerd.

104 Artikel 2:337 BW. Zie voor de toepassing van deze bepaling in kort geding: Bulten 2011, p. 354.

105 Zie hierover uitgebreider: Slagter/Assink 2013, p. 1320-1323; Bulten 2011, p. 336-361.

106 Er kan gesteld worden dat kort geding ook een mogelijkheid is als de geschillenregeling is afgesloten door een bestaande doch niet toereikende geschillenregeling in de aandeelhoudersovereenkomst of statuten, mits er voldoende spoedeisendheid is. Zie echter Bulten 2011, p. 354 en *JOR* 2002/202 (r.o. 4.5.1).

107 Zie bijvoorbeeld: Hof 's-Hertogenbosch 18 juli 2002, *JOR* 2002/202; Hof Amsterdam 11 maart 2004, *JOR* 2004/190, m.nt. Bulten; Rb. Zutphen 9 november 2011, *LJN* BU5807; Rb. Rotterdam 16 januari 2013, *JOR* 2013/98, m.nt. Verburg.

108 Zie: Rb. Breda 23 november 2011, *JOR* 2012/37, m.nt. Bulten; Rb. Breda 13 maart 1998, *JOR* 1998/61, m.nt. Groffen (bekrachtigd door het Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 1999, *NJ* 1999/743); Hof 's-Gravenhage 31 januari 2006, *JOR* 2006/175, m.nt. Bulten; Rb. Breda, 12 augustus 2009, *JOR* 2009/281, m.nt. Bulten; Rb. Breda 23 november 2011, *JOR* 2012/37, m.nt. Bulten, Asser/Maijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 724. Overigens was bij de vonnissen van de Rechtbank Breda steeds sprake van dezelfde voorzieningenrechter. Zie kritisch over de (analoge) toepassing van de geschillenregeling in kort geding: Groffen in zijn annotatie onder Rb. Breda 13 maart 1998, *JOR* 1998/61; K.M. van Hassel, *Geschillenregeling in kort geding*, in: G. van Solinge, M. Holtzer en A.F.J.A. Leijten, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, Deventer: Kluwer 2005, p. 109-120.

109 Evenzo: Bulten in haar annotaties onder Rb. Breda 12 augustus 2009, *JOR* 2009/281 (*Pilot Design*); Rb. Breda 23 november 2011, *JOR* 2012/37.

110 Evenzo: Bulten & Willems 2014, p. 237.

111 Rb. Breda 13 november 2009, *JOR* 2009/281, m.nt. Bulten (*Pilot Design*): Zonder kapitaal, dreigde insolventie. Extern kapitaal was alleen mogelijk als de dwarsliggende aandeelhouder haar aandelen zou overdragen.

112 Uitzondering is echter artikel 2:336 lid 3 BW. Zie hierover: Bulten 2011, p. 338.

113 Rb. Breda 13 maart 1998, *JOR* 1998/61, m.nt. Groffen.

114 Rb. Breda, 12 augustus 2009, *JOR* 2009/281, m.nt. Bulten.

volgd.¹¹⁵ Noemenswaardig is ook de oplossing van de voorzieningenrechter te Breda.¹¹⁶ De (voormalig) aandeelhouder kreeg een pandrecht op (zijn) over te dragen aandelen, terwijl de definitieve prijs later moest worden vastgesteld op basis van de statutaire regeling.

Kortom, het kort geding biedt een sneller en goedkoper alternatief op de geschillenregeling. Het biedt ook een bepaalde mate van flexibiliteit ten opzichte van prijsbepaling, maar is slechts in uitzonderingsgevallen toepasselijk.

3.2.2 *Scheiding middels (onmiddellijke) voorziening in een enquêteprocedure?*

In de literatuur is wel de vraag gerezen of het mogelijk is, dan wel zou moeten zijn, om een definitieve overdracht van aandelen door middel van een onmiddellijke voorziening te bewerkstelligen of te faciliteren.

In de literatuur werd vrij breed aangenomen dat het niet mogelijk was om in een enquêteprocedure te bewerkstelligen dat aandelen definitief worden overgedragen. Daarbij werd gewezen op (i) de voorlopige aard van de (onmiddellijke) voorziening¹¹⁷ en het ontbreken van een dergelijke (definitieve) voorziening in de limitatieve¹¹⁸ lijst van artikel 2:356 BW; en (ii) de strijd die dit zou opleveren met het EVRM, in het bijzonder artikel 6 EVRM, het recht op een fair trial, en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.¹¹⁹ Wel werd veelal betoogd dat de mogelijkheid zou moeten worden gecreëerd, waarbij ook voorstellen werden aangedragen.¹²⁰ Een uitzondering vormt de visie van Eikelboom.¹²¹ Hij meende dat het binnen de bandbreedte van het huidige enquêterecht wel mogelijk is om aandelen definitief over te dragen of dit te faciliteren door middel van een tijdelijke statutenwijziging. Daarbij zouden wel aanvullende procesuele waarborgen nodig zijn, maar deze kan de Ondernemingskamer volgens Eikelboom binnen het huidige enquêterecht inbouwen.

Recentelijk heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat het niet mogelijk is om bij wijze van onmiddellijke voorziening een definitieve overdracht van aandelen te faciliteren.¹²² In die zaak werd de Ondernemingskamer verzocht om een onmiddellijke voorziening te treffen waarbij een statutaire geschillenregeling in de statuten zou worden opgenomen.¹²³ De aandeelhouders zouden vervolgens door de Ondernemingskamer verplicht worden die geschillenregeling die de vorm had van een Texas Shoot Out-procedure,¹²⁴ te doorlopen, hetgeen uiteindelijk zou leiden tot een gedwongen aandelenoverdracht. De Ondernemingskamer oordeelde dat de noodzaak van de onmiddellijke voorziening onvoldoende aannemelijk was gemaakt, maar oordeelde ten overvloede:

“De Ondernemingskamer constateert voorts dat de verzochte onmiddellijke voorziening in feite neer komt op een door de Ondernemingskamer bepaalde gedwongen overdracht van de aandelen in het kapitaal van TRP. Een dergelijke voorziening is niet naar zijn aard voorlopig en kan dan ook niet worden aangemerkt als een onmiddellijke voorziening in de zin van artikel 2:349a BW.”¹²⁵

De Ondernemingskamer oordeelde hier onomwonden dat het niet mogelijk is om bij wijze van onmiddellijke voorziening ervoor zorg te dragen dat aandelen *gedwongen* definitief worden overgedragen. Hoewel hier sprake was van een *onmiddellijke* voorziening, lijkt eenzelfde redenatie toepasbaar voor het geval sprake is van een voorziening zoals opgenomen in artikel 2:356 BW, waarin slechts de mogelijkheid tot *tijdelijke* overdracht van aandelen ten *titel van beheer* is opgenomen. Ook deze voorzieningen zijn immers voorlopig (in de zin van tijdelijk) van aard.¹²⁶ Dit overigens ondanks het feit dat artikel 2:356 BW wel voorziet in de voorziening tot ontbinding van de rechtspersoon. Op grond van het voorgaande lijkt ook uitgesloten te zijn dat wanneer aandelen in het kader van een onmiddellijke voorziening ten titel van beheer zijn overgedragen, deze aandelen door de (tijdelijk) beheerder definitief worden overgedragen.¹²⁷

115 Hof 's-Gravenhage 31 januari 2006, *JOR* 2006/175, m.nt. Bulten; Rb. Breda 23 november 2011, *JOR* 2012/37, m.nt. Bulten. Daarbij overweegt het hof bovendien dat een kort geding zich niet leent voor het aanstellen van een deskundige ter vaststelling van de omvang van een geldvordering (voor het overnemen van de aandelen).

116 Rb. Breda 23 november 2011, *JOR* 2012/37, m.nt. Bulten.

117 Zie in dit verband bijvoorbeeld: de conclusie van A-G Timmerman bij HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. Van Schilfgaarde; A.F.J.A. Leijten & M.P. Nieuwe Weme, Het wetsvoorstel aanpassing enquêterecht, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporatie Litigation 2011-2012*, Deventer: Kluwer 2012 (hierna: Leijten & Nieuwe Weme 2012), p. 160; Willems 2011, p. 167-168.

118 HR 1 maart 2002, *NJ* 2002/296, m.nt. Maeijer.

119 Zie bijvoorbeeld: Leijten & Nieuwe Weme 2012, p. 161; J.C. Schouten, Het empirisch onderzoek naar het enquêterecht en de toekomst van de geschillenregeling, *Ondernemingsrecht* 2009/126, p. 530-531; P.P. de Vries, Exit rights of minority shareholders in the private limited company, Deventer: Kluwer 2010, p. 367. Ook de commissie vennootschapsrecht overweegt dat het EVRM vereist dat voor een definitieve overdracht van aandelen de procedure met voldoende processuele waarborgen is omkleed, en impliceren daarbij dat dit bij de enquêteprocedure op dit moment niet het geval is. De minister lijkt zich bij deze conclusie aan te sluiten (*Kamerstukken II* 2011/12, 32887, nr. 6, p. 6).

120 Zie bijvoorbeeld: Leijten & Nieuwe Weme 2012, p. 162-164; F. Veenstra, Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht, Deventer: Kluwer 2010, p. 145-148; S.M. Bartman & M. Holtzer, *Enquêterecht* voorzichtig onder het mes, *Ondernemingsrecht* 2010/14.

121 F. Eikelboom, In de reprise, het definitief scheiden van aandeelhouders en de enquêteprocedure, *Ondernemingsrecht* 2014/47.

122 Hof Amsterdam (OK) 23 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4719.

123 Wij waren als advocaat van een aantal van de belanghebbenden betrokken bij deze procedure.

124 Bij een Texas Shoot Out-procedure doen beide aandeelhouders een bod op elkaars aandelen. Dit bod doen zij 'blind' in een gesloten enveloppe aan een onafhankelijke derde, zonder kennis te hebben genomen van het bod van de andere aandeelhouder. De aandeelhouder met het hoogste bod mag en moet vervolgens de aandelen van de andere aandeelhouder overnemen voor de door hem geboden prijs. Een strafclausule kan worden opgenomen voor het geval dat de "winnende" partij de aandelen niet betaalt of kan betalen. Dit instrument kan een kortetermijnoplossing bieden, doch alleen wanneer partijen een gelijkwaardige positie hebben.

125 R.o. 3.9.

126 Dit kan onder meer worden opgemaakt uit artikel 2:357 lid 1 BW, waaruit blijkt dat het gaat om een tijdelijke voorziening. Zie evenzo, maar dan voordat de bovengenoemde beschikking werd gewezen, Timmerman in zijn conclusie bij HR 23 maart 2012, *NJ* 2012/393, m.nt. Van Schilfgaarde.

127 Zie ook A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 23 maart 2012, *JOR* 2012/141, m.nt. Josephus Jitta (*e-Traction*).

Hoewel kan worden beaamd dat het bewerkstelligen van een definitieve scheiding van aandeelhouders binnen een afzienbare tijd wenselijk is, hebben wij onze twijfels bij de juridische haalbaarheid van de door Eikelboom geschetste mogelijkheden. Hoewel deze mogelijkheden strikt genomen passen binnen de huidige enquêteprocedure en wellicht ook met afdoende waarborgen kunnen worden omkleed, gaat het nog steeds in tegen het voorlopige karakter van de voorzieningen (onmiddellijke- en eindvoorzieningen) in de enquêteprocedure. Voor het definitief overdragen van aandelen heeft de wetgever bovendien juist de geschillenregeling ingevoerd.¹²⁸ Dat deze regeling onvoldoende lijkt te functioneren, betekent nog niet dat het huidige enquêterecht door de Ondernemingskamer op een creatieve maar gekunstelde manier moet worden opgerekt.¹²⁹ Wij sluiten ons dan ook aan bij de meerderheid; wil men naar het faciliteren van een definitieve scheiding binnen het enquêterecht, dan ligt een (aanpassing van de) wettelijke regeling – met voldoende processuele waarborgen – voor de hand. Daarbij rijst vervolgens ook de vraag of de geschillenregeling nog een zelfstandig bestaansrecht zou moeten hebben dan wel volledig binnen de enquêteprocedure zou moeten worden geïntegreerd. Er kan ook voor worden gekozen om de huidige geschillenregeling verder te verbeteren.

3.3 *Het overdragen van aandelen*

Voor het definitief overdragen van aandelen zijn onze joint venture partners dus vooralsnog aangewezen op de geschillenregeling, hetgeen veelal een tijd- en geldroepend traject zal behelzen, tenzij er over de overdracht of waarderingsmethode toch nog overeenstemming kan ontstaan. Staat de vennootschap echt op de rand van de afgrond, dan doet zich mogelijk een uitzonderlijke situatie voor, die snel ingrijpen door de voorzieningenrechter mogelijk maar ook noodzakelijk maakt. In dat geval kan het analoog toepassen

van de geschillenregeling in kort geding namelijk uitkomst bieden. Dit is veelal een veel sneller en goedkoper traject. De voorzieningenrechter dient echter grote terughoudendheid te betrachten en de verschillende rechtbanken lijken er ook verschillend mee om te gaan.¹³⁰ Dit maakt het definitief overdragen van aandelen door middel van een juridische procedure in de praktijk veelal lastig. Het is daarom wenselijk dat hiervoor een (meer) adequaat instrument wordt aangedragen dan de geschillenregeling in haar huidige vorm.

In een dergelijke situatie, zoals ook het geval was bij de impasse in de besluitvorming, kan een door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder alsmede de onderzoeker een belangrijke rol spelen. In de regel zal namelijk eerst met – in dit geval – de partners in gesprek worden gegaan om te bezien of een minnelijke regeling tot de mogelijkheden behoort. Dit zal veelal in het belang van de vennootschap zijn. Een door de voorzieningenrechter in kort geding benoemde bestuurder zal deze rol vermoedelijk ook op zich nemen, al wordt hier nauwelijks gebruik van gemaakt. De betrokkenheid van deze ‘derden’, die bovendien in de regel ervaring hebben met het bemiddelen in zakelijke conflicten, kan sterk bijdragen aan een constructieve oplossing. Ook de Ondernemingskamer zelf kan een bemiddelende rol spelen bij het bereiken van een definitieve scheiding van de partners. Zo komt het voor dat de Ondernemingskamer tijdens de mondelinge behandelingen partijen ertoe probeert te bewegen tot een schikking te komen, inhoudende dat één van de aandeelhouders zijn aandelen zal overdragen tegen een prijs die door een door de Ondernemingskamer aangestelde deskundige wordt vastgesteld.

4. **Het conflict binnen de joint venture vennootschap, een conclusie**

Terug naar de in de inleiding geschetste situatie. Wanneer er tussen twee partners binnen een kapitaalvennootschap een conflict ontstaat, zullen zich voor de partners en hun adviseurs veelal twee belangrijke vragen voordoen:

- (i) hoe doorbreken we de impasse die als gevolg van het conflict is ontstaan binnen de organen van de vennootschap?; en
- (ii) hoe bewerkstelligen we een definitieve overdracht van de aandelen van één van de partners, om daarmee een definitief einde van het conflict te bewerkstelligen?

De impasse in de besluitvorming kan worden doorbroken door het verzoeken van voorlopige voorziening in kort geding of onmiddellijke voorzieningen in een enquêteprocedure. Een kort geding heeft het voordeel een zelfstandige procedure te zijn, los van een onderzoek naar wanbeleid met de risico's van dien. Toch lijkt de enquêteprocedure veelal de aangewezen weg, omdat deze (i) een bepaalde

128 Evenzo: A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 166.

129 Impliciet kan ook uit de parlementaire geschiedenis worden opgemaakt dat de enquêteprocedure niet bedoeld was als instrument om een definitieve scheiding van aandeelhouders te bewerkstelligen: “Voorgesteld wordt in het enquêterecht als additionele voorziening de mogelijkheid van tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer op te nemen. Vaak kan in een enquêteprocedure een oplossing alleen worden gevonden als partijen vrijwillig meewerken aan een (tijdelijke) overdracht van aandelen. Lukt dat niet, dan resteert doorgaans slechts het uiterste middel van de ontbinding van de vennootschap. Het enquêterecht kan aanzienlijk worden verbeterd door het opnemen als voorziening van de mogelijkheid van tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer. Deze voorziening is, evenmin als de andere voorzieningen van artikel 356 boek 2 B.W. nader uitgewerkt. De Ondernemingskamer kan zo nodig onderdelen van de geschillenregeling van overeenkomstige toepassing verklaren. Deze voorziening zal vooral een oplossing kunnen bieden in gevallen waarin uit de enquête blijkt dat het wanbeheer voortvloeit uit een patstelling van gelijke groepen van aandeelhouders. De geschillenregeling zal dan niet altijd toepassing kunnen vinden. Beide (groepen) aandeelhouders zullen dan immers tegen elkaar een vordering tot overdracht van aandelen kunnen instellen. Door de tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer zal een onafhankelijke derde in de algemene vergadering van aandeelhouders een doorslaggevende stem krijgen, waardoor een dergelijke patstelling wordt doorbroken en de vennootschap weer normaal kan functioneren.” (*Kamerstukken II* 1984/85, 18905, nr. 3, p. 28). Het tijdelijk overdragen van aandelen ten titel van beheer is derhalve gericht op het doorbreken van de patstelling, terwijl – eventueel – een geschillenregeling kan worden aangevangen.

130 Hof 's-Hertogenbosch 18 juli 2002, *JOR* 2002/202; Rb. Zutphen 9 november 2011, *LJN* BU5807.

voorrang boven de kort geding procedure heeft; (ii) (nog) flexibelere ordemaatregelen kan treffen; (iii) het eenvoudiger is om gedurende het conflict (na het treffen van de eerste voorzieningen) aanvulling, wijziging of beëindiging van de voorzieningen te verzoeken; en (iv) de Ondernemingskamer meer ervaring heeft met het optreden in vennootschapsrechtelijke geschillen.

Het is dan ook niet verwonderlijk dat sinds de mogelijkheid bestaat tot het verzoeken van onmiddellijke voorzieningen, de enquêteprocedure in vennootschapsrechtelijke geschillen veelal de voorkeur krijgt boven het kort geding. Er zou nog wel meer aandacht kunnen zijn voor de rol van een door de Ondernemingskamer benoemde onafhankelijk bestuurder bij het zoeken naar een minnelijke oplossing tussen de partners.

Er valt ook zeker te pleiten voor het vragen van voorzieningen in kort geding, inclusief de benoeming van een bestuurder door de voorzieningenrechter. Dit stelt de partners, kredietverschaffers en belanghebbenden namelijk in staat veel eerder in te grijpen als het mis dreigt te gaan, waardoor de problemen mogelijk in de kiem kunnen worden gesmoord. Met het oog op waardebehoud heeft vroegtijdig ingrijpen de voorkeur. De enquêteprocedure is dan mogelijk (nog) niet beschikbaar. Waarom wordt hier geen gebruik van gemaakt? Wellicht zijn de betrokkenen niet op de hoogte van de mogelijkheden hieromtrent. Mogelijk vertrouwt men op de deskundigheid en ervaring van de OK-bestuurders en bestaat deze zekerheid in mindere mate ten aanzien van de door de voorzieningenrechter benoemde bestuurder. Al zou het argument kunnen worden gemaakt dat hier in kort geding juist meer invloed op kan worden uitgeoefend.

Met het doorbreken van patstellingen is men er nog niet. De aandeelhouders moeten immers nog definitief van elkaar worden gescheiden. Kan hieromtrent geen minnelijke regeling worden bereikt, dan ligt de geschillenregeling voor de hand. Eventueel kan men trachten deze regeling analoog toe te passen in kort geding, maar dan moet sprake zijn van uitzonderlijke omstandigheden die deze toepassing rechtvaardigen. De enquêteprocedure is onzes inziens niet geschikt voor het definitief overdragen van aandelen, althans het faciliteren van een definitieve overdracht. Dit neemt niet weg dat een alternatief op of vervanging/wijziging van de moeilijk hanteerbare geschillenregeling wenselijk is, zodat de definitieve scheiding van aandeelhouders eenvoudiger te bewerkstelligen is.

Vooropgesteld moet worden dat het bovenstaande het belang voor joint venture partners benadrukt om bij aanvang of gedurende de relatie een goede, heldere geschillenregeling overeen te komen. Dit kan in de statuten of bij overeenkomst. Een groot deel van de hierboven omschreven situaties kunnen eenvoudig worden voorkomen. Het is jammer dat de liefde de partners daar veelal blind voor maakt. Is de liefde echter voorbij, dan is de redelijkheid immers ook vaak ver te zoeken.