

DIGITAAL

Ministerie van Veiligheid en Justitie
t.a.v. Minister voor Rechtsbescherming
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Antonio Vivaldistraat 66
1083 HP Amsterdam
Postbus 7919
1008 AC Amsterdam
Tel: 020 - 330 59 58
Fax: 020 - 330 59 57

www.wintertaling.nl

mr. M.A.B. (Marein) Smits

mr. M.A. (Martin) Blom

Amsterdam, 21 november 2019
Uw kenmerk: WGK010257
Betreft: Internetconsultatie Wet aanpassing geschillenregeling en
verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure

E: marein.smits@wintertaling.com
E: martin.blom@wintertaling.com

Geachte heer, mevrouw,

Graag maken wij gebruik van de mogelijkheid te reageren op enkele punten van het wetsvoorstel aanpassing geschillenregeling en verduidelijking ontvankelijkheidseisen enquêteprocedure (hierna: het "**Wetsvoorstel**"). Deze reactie mag openbaar gemaakt worden.

Gronden voor toewijzing

Ons kantoor adviseert regelmatig in aandeelhoudersgeschillen. In veel aandeelhoudersgeschillen is de geschillenregeling slechts een theoretische mogelijkheid. Dit heeft verschillende oorzaken. In de eerste plaats omdat vaak een oplossing op korte termijn vereist is. De geschillenregeling die als dagvaardingsprocedure bij de rechtbank¹ gevoerd wordt heeft een doorlooptijd van minimaal enkele maanden tot soms wel jaren en ligt daarmee niet voor de hand. In de tweede plaats omdat de criteria voor toewijzing van een vordering tot uitstoting (ex art. 2:336 BW) of uittreding (ex art. 2:343 BW) veeleisend zijn en een dusdanig zware stelplicht en bewijslast meebrengen, dat de kans van slagen beperkt is.

Om die redenen wordt vaak in eerste instantie gekeken naar andere routes om tot een oplossing te komen, zoals het afdwingen van contractuele rechten (bijvoorbeeld aanbiedingsregelingen of *bad*

¹ Krachtens art. 2:337 lid 2 BW is het mogelijk om bij statuten of overeenkomst af te wijken van deze rechterlijke bevoegdheid. Van deze mogelijkheid wordt in de praktijk weinig gebruik gemaakt.

leaver-bepalingen in de aandeelhoudersovereenkomst) of de enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer. Als laatste redmiddel komt het helaas ook voor dat een dwarse aandeelhouder in een minnelijke regeling wordt uitgekocht tegen een forse *nuisance* premie. Het is jammer dat de gang naar de rechter geen realistische mogelijkheid is terwijl het juist in deze gevallen zo wenselijk kan zijn.

Wij staan positief tegenover het verruimen van de gronden voor toewijzing van een vordering tot uitstoting of uittreding. Wij vinden het bijvoorbeeld wenselijk dat het hoedanigheidsvereiste van art. 2:336 BW (dat de schade toebrengende gedragingen van de aandeelhouder slechts tot uitstoting kunnen leiden als deze gedragingen in zijn hoedanigheid van aandeelhouder zijn verricht) losgelaten wordt. Immers kunnen ook gedragingen in andere hoedanigheid dan aandeelhouder schadelijk zijn voor het vennootschappelijk belang. In de concept Memorie van Toelichting is dit helder toegelicht.

Positie certificaathouders

Een onderdeel waar het Wetsvoorstel geen aandacht aan besteedt is de positie van certificaathouders. In het Nederlandse bedrijfsleven is certificering van aandelen veelvoorkomend, denk aan familiebedrijven en bedrijven waarin medewerkers belangen houden. Houders van certificaten hebben recht op winstdeling en hebben krachtens statuten soms ook het recht om de algemene vergadering bij te wonen en daarin het woord te voeren (Vgl. art. 2:227 BW). De positie van certificaathouders is in veel gevallen te vergelijken met houders van (stemrechtloze) aandelen.

De certificaathouder heeft echter in tegenstelling tot de stemrechtloze aandeelhouder in de huidige regeling slechts geringe mogelijkheden om ingeval van een conflict uit te treden. De certificaathouder kan een verzoek doen tot decertificering, maar dit is niet rechtens afdwingbaar. Ook kan de STAK, de juridische eigenaar van de gecertificeerde aandelen,² met instemming van één of meerdere certificaathouders als eiser optreden in een uitstotingsprocedure (zie art. 2:336 lid 2 BW). Het bestuur van de STAK is hiertoe echter niet verplicht wanneer daarom door de certificaathouder wordt verzocht. Dit is enkel anders indien de administratievoorwaarden hierin voorzien, wat meestal niet het geval is. Certificaathouders zijn min of meer gevangen nu de wet de STAK niet de mogelijkheid biedt om een vordering tot uittreding in te stellen tegen andere aandeelhouders of de vennootschap.³

In de rechtspraak lijkt inmiddels wel oog te zijn voor de positie van de individuele certificaathouder. De Ondernemingskamer heeft in een recente uitspraak de geschillenregeling naar analogie toegepast op de uittredingsvordering van een certificaathouder tegen een andere certificaathouder en deze vordering toegewezen.⁴ In deze zaak waren de certificaathouders tevens bestuurders van zowel de STAK als de vennootschap en hadden zij binnen het bestuur van de STAK stemrecht in dezelfde

² In de wet aangeduid als 'aandeelhouder ten titel van beheer'.

³ *Kamerstukken II* 1984/85, 18905, nr. 3 (MvT), p. 28.

⁴ Gerechtshof Amsterdam (OK), 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3555.

verhouding als hun kapitaalbelang. Omdat de zeggenschap van de certificaathouders binnen de algemene vergadering van de vennootschap in dit geval niet anders is dan wanneer zij aandeelhouders zouden zijn, achtte de Ondernemingskamer een analoge toepassing van art. 2:343 BW gerechtvaardigd.

Wat deze uitspraak voor andere situaties betekent wordt door de Ondernemingskamer uitdrukkelijk in het midden gelaten.⁵ Wel maakt deze uitspraak duidelijk dat de beknelde certificaathouder onder omstandigheden een beroep zou moeten kunnen doen op de geschillenregeling. Ook in de literatuur wordt dit standpunt ingenomen.⁶ Nu met het Wetsvoorstel wordt beoogd dat de geschillenregeling vaker in de praktijk gebracht gaat worden, wijzen wij op de noodzaak van een oplossing voor de beknelde certificaathouder.

Daarbij kan nog onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat certificaathouders wat betreft zeggenschapsrechten een min of meer gelijkwaardige positie hebben als aandeelhouders en de situatie waarin partijen welbewust hebben beoogd de certificaathouder op het gebied van zeggenschap een andere positie dan een aandeelhouder te geven. Voor het eerste geval vragen wij u om in overweging te nemen de individuele certificaathouder een zelfstandige positie te geven binnen de geschillenregeling. Voor het tweede geval, dat zich in de praktijk ook voordoet, zou uitsluiting van de geschillenregeling ons inziens niet altijd onredelijk zijn.

Idealiter zou de zelfstandige positie van de certificaathouder niet alleen gelden bij uittredingsvorderingen ex art. 2:343 BW, maar ook bij de uitstotingsprocedure ex art. 2:336 BW. Voorstelbaar is dat een certificaathouder handelingen verricht die het vennootschappelijk belang schaden. In dat geval zou wat ons betreft ook een uitstotingsvordering tegen de individuele certificaathouder, om zijn of haar certificaten over te dragen, mogelijk moeten zijn. De huidige geschillenregeling biedt slechts de mogelijkheid om een vordering tegen de STAK in te stellen, en dat heeft bij toewijzing als resultaat dat alle certificaathouders hun belang verliezen. In de wetsgeschiedenis wordt aangenomen dat de certificaathouders hierdoor niet benadeeld worden nu zij gecompenseerd worden met de koopprijs van de aandelen.⁷ Wij menen echter dat deze oplossing allerminst rechtvaardig is, omdat de onschuldige certificaathouder hiervan de dupe kan worden.

Vereenvoudigde geschillenregeling

Tenslotte plaatsen wij een kritische noot bij het voorgestelde art. 2:356a lid 3 BW. Hierin is bepaald dat bij de vereenvoudigde geschillenregeling als vervolg op de enquêteprocedure slechts cassatie open staat.

⁵ Gerechtshof Amsterdam (OK), 24 september 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3555, r.o. 3.7.

⁶ C.D.J. Bulten, *De geschillenregeling ten gronde*, Serie Van der Heijden Instituut deel 108, Deventer: Kluwer 2011, p. 147-150.

⁷ *Kamerstukken II 1984/85*, 18905, nr. 3 (MvT), p. 28.

Zoals terecht wordt opgemerkt op pagina 17 van de concept Memorie van Toelichting is het beslist niet vanzelfsprekend dat aandeelhouders deelnemen aan een enquêteprocedure. Met de vereenvoudigde geschillenregeling kan het straks voorkomen dat een aandeelhouder wordt geconfronteerd met een vordering tot uittreding of uitstoting, ingesteld op basis van de conclusies uit een enquêteprocedure waar hij part noch deel aan had. Deze aandeelhouder heeft ook geen kans meer om in hoger beroep de feiten recht te zetten, nu hem deze weg wordt afgesneden. Hoewel wij het zeker wenselijk vinden dat de duur van een geschillenprocedure (aanzienlijk) wordt verkort, menen wij dat hiermee het recht op eerlijk proces (art. 6 EVRM) alsmede het recht op ongestoord genot van eigendom (art. 1 Eerste Protocol EVRM) in het geding zou kunnen komen.

Tenslotte

Op basis van het voorgaande spreken wij onze steun uit voor het Wetsvoorstel, maar wij zien tegelijk ruimte voor toevoegingen en verbeteringen. Wij hopen met deze brief een bijdrage te hebben geleverd aan verdere verbetering van het Wetsvoorstel.

Vanzelfsprekend zijn wij bereid om een en ander mondeling of schriftelijk nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,

Marein Smits
Advocaat

Martin Blom
Advocaat