

Artikel 337 Boek 2 BW: geschillenregeling NV/BV en arbitrage

*A.J. van den Berg**

In het recent verschenen supplement 206 (november 1991) van de Burgerlijke Rechtsvordering geeft Prof. Mr H.J. Snijders een prachtig artikelsgewijs overzicht van de nieuwe Arbitragewet. Bij de bespreking van de mogelijkheden van arbitrage bij de NV en de BV trof ik een zin aan, die mijn nieuwsgierigheid opwekte: "Ook waar arbitrage wel is toegelaten, zal de praktijk echter veelvuldig kunnen opteren voor toepassing van de wettelijke geschillenregeling." Aangezien Collega Snijders deze stelling - kennelijk wegens ruimtegebrek - niet nader heeft geadstrueerd, zou ik in deze bijdrage willen trachten daaraan te voldoen.

De wettelijke geschillenregeling inzake de NV en BV is opgenomen een afdeling in Boek 2 BW welke als opschrift draagt "Geschillenregeling" (artikelen 335 e.v.) en welke op 1 januari 1989 in werking is getreden.

Deze geschillenregeling heeft ten doel het opheffen van een situatie waarin door tegenstellingen tussen aandeelhouders de samenwerking in de vennootschap onmogelijk is of dreigt te worden. Zo kan het zijn dat groepen aandeelhouders tegenover elkaar staan, waardoor besluitvorming in de vennootschap niet meer mogelijk is en een goede gang van zaken wordt belemmerd. Ook kan het gebeuren, dat een minderheid van aandeelhouders door een meerderheid in een onhoudbare positie wordt gebracht. Dergelijke moeilijkheden kunnen zich vooral voordoen in familievennootschappen.¹

Tot invoering van de geschillenregeling in Boek 2 BW in 1988, was de enige oplossing om uit een dead-lock tussen twee aandeelhouders in een vennootschap te geraken, het instellen van een enquête bij de Ondernemingskamer. En inderdaad, uit jurisprudentie van de Ondernemingskamer blijkt dat de meeste enquêtezaken betrekking hebben op een bestuurlijke impasse tengevolge van onenigheid tussen aandeelhouders.²

* Advocaat te Amsterdam, tevens bijzonder hoogleraar arbitragerecht Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. Memorie van Toelichting, sub Algemeen.

2. Zie S.M. van Steenbergen, TVVS 1988, no. 88/6.

De Ondernemingskamer heeft in diverse uitspraken bepaald, dat het bestaan van ernstige geschillen tussen aandeelhouders, waardoor een impasse in de leiding van de onderneming ontstaat, op zichzelf voldoende kan zijn om aan een juist beleid te twijfelen en een onderzoek te gelasten. Indien nu het uitgebrachte verslag een wanbeleid aantoonde, kon de Ondernemingskamer de boosdoener slechts verzoeken de aandelen over te dragen; de Ondernemingskamer had echter niet de macht dit dwingend voor te schrijven.³ Het ultimatum remedium van de Ondernemingskamer was ontbinding van de vennootschap.

Vanwege deze onbevredigende situatie werd reeds sinds 1970 door de praktijk en literatuur aangedrongen op een wettelijke geschillenregeling. Op 15 maart 1985 werd aan die verzoeken gevolg gegeven door indiening van een wetsvoorstel dat, zoals gezegd, op 1 januari 1989 in werking is getreden.

De Wettelijke Geschillenregeling kan in drie onderdelen verdeeld worden:

- a de gedwongen overdracht van aandelen (uitsluiting) (art. 336);
- b de gedwongen overname van aandelen (uittreding) (art. 343);
- c de gedwongen overgang van stemrecht bij pand- en vruchtgebruik op aandelen (art. 342).

De wettelijke regeling komt in het kort hierop neer, dat aandeelhouders die ten minste één derde van het geplaatste kapitaal verschaffen, van een aandeelhouder in rechte kunnen vorderen dat hij zijn aandelen overdraagt indien deze aandeelhouder door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt, dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld (art. 335). Omgekeerd kan een aandeelhouder vorderen, dat zijn aandelen worden overgenomen indien een mede-aandeelhouder zijn rechten of belangen zodanig schaadt dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevegd (art. 343). En ten derde kunnen aandeelhouders van een stemgerechtigde vruchtgebruiker of pandhouder in rechte vorderen dat het stemrecht op het aandeel overgaat op de houder van het aandeel indien de vruchtgebruiker of de pandhouder door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt dat in redelijkheid niet kan worden geduld dat hij het stemrecht blijft uitoefenen (art. 342).

De vorderingen terzake van gedwongen overdracht dan wel gedwongen overname moeten worden ingesteld bij de Arrondissementsrechtbank van de woonplaats van de

3. Ingeval van wanbeleid kan de Ondernemingskamer een besluit van de AvA of van het bestuur vernietigen, tijdelijk afwijken van bepaalde statutaire bepalingen of een of meer bestuurders of commissarissen schorsen of ontstaan en tijdelijk een of meer bestuurders of commissarissen aanstellen. Vaak helpen deze (tijdelijke) voorzieningen niet, met name als er diepgaande en voortdurende geschillen tussen aandeelhouders (en bestuurders) zijn.

vennootschap. Hoger beroep kan worden ingesteld bij de Ondernemingskamer te Amsterdam.

Deze inleiding op de wettelijke regeling inzake de geschillenregeling, brengt mij dan op artikel 337. Dat artikel luidt:

"Indien de statuten of een overeenkomst een regeling bevatten voor de oplossing van geschillen tussen aandeelhouders, zijn de eisers niet ontvankelijk in de vordering, tenzij gebleken is dat die regeling niet kan worden toegepast."

Opname van deze wettelijke bepaling was in het bijzonder bepleit door het Nederlands Genootschap van Bedrijfsjuristen. In 1978 en 1981 toonde dit Genootschap zich een voorstander van een algemene bepaling die de wettelijke geschillenregeling slechts van toepassing zou verklaren wanneer noch de statuten noch contractuele regelingen tussen aandeelhouders voorzieningen bevatten, die (naar het oordeel van de rechter) tot een redelijke oplossing zouden kunnen leiden.⁴

In de Memorie van Toelichting lezen wij dat:

"de wettelijke geschillenregeling slechts geldt indien de regeling die in de statuten of overeenkomst is neergelegd, niet kan worden toegepast. Zij draagt dus een subsidiair karakter."

De eerste vraag die zich dan voordoet is op welke statutaire of contractuele regelingen artikel 337 doelt. De Memorie van Toelichting geeft allereerst als voorbeelden een stem-overeenkomst of een statutaire bepaling als bedoeld in artikel 230 (1) van Boek 2 BW.⁵

Deze voorbeelden wekken verwondering omdat zij betrekking hebben op het vermijden van een dead-lock. Immers een stemovereenkomst betreft besluitvorming tussen aandeelhouders. Houdt een aandeelhouder zich niet aan die overeenkomst, dan kan deze aandeelhouder in rechte worden aangesproken. Onder deze omstandigheden geraken de aandeelhouders niet in een dead-lock situatie.

Dat geldt ook voor artikel 230 Boek 2 BW. Ook deze bepaling betreft de besluitvorming. Artikel 230 geeft een regeling voor het staken van de stemmen. Het geeft wederom geen oplossing voor dead-lock situaties tussen aandeelhouders.

4. Memorie van Toelichting op artikel 337, pag. 18.

5. Artikel 230(1) BW luidt: "Alle besluiten waaromtrent bij de statuten geen grotere meerderheid is voorgeschreven, worden genomen bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen. Staken de stemmen bij verkiezing van personen, dan beslist het lot; staken de stemmen bij een andere stemming, dan is het voorstel verworpen; een en ander voorzover in de statuten niet een andere oplossing is aangegeven. Deze oplossing kan bestaan in het opdragen van de beslissing aan een derde."

De Memorie van Toelichting noemt als volgend voorbeeld een joint venture overeenkomst, waarin is bepaald, dat bij het in andere handen geraken van zeggenschap van een der betrokken vennootschappen, die vennootschap verplicht is zijn aandelen in de joint venture over te dragen. Hier kunnen wij ons wederom de vraag stellen of een dergelijke contractuele regeling valt onder de reikwijdte van artikel 337. Immers, wordt niet aan de verplichting de aandelen over te dragen voldaan, dan kan in rechte nakoming gevorderd worden. Dat heeft niets van doen met de sanering van de verhoudingen in de vennootschap welke door de nieuwe wettelijke regeling wordt beoogd indien deze verhoudingen door gedragingen van aandeelhouders zijn verstoord.⁶

De Memorie van Toelichting komt ten slotte met nog twee voorbeelden:

"Ook in het geval dat arbitrage of bindend advies is overeengekomen, gaat die overeenkomst vóór en draagt de wettelijke regeling een subsidiair karakter."

Naar mijn mening is voor het woordje "Ook" geen plaats, omdat de statutaire en contractuele regeling waarop artikel 337 doelt, slechts kunnen slaan op arbitrage of bindend advies. Arbitrage of bindend advies zijn het enige alternatief voor een gerechtelijke procedure inzake een gedwongen overdracht of gedwongen overname.

Maar zijn arbitrage of bindend advies wel zinvol voor deze gevallen? Laten wij daarvoor artikel 337 nader bekijken vanuit een arbitrale invalshoek.

Artikel 337 verwijst naar statuten of een overeenkomst. Beide kunnen inderdaad een arbitraal beding bevatten. De nieuwe Arbitragewet zegt dat nog eens duidelijk in artikel 1020 Rv. Het eerste lid bepaalt:

"Partijen kunnen *bij overeenkomst* geschillen die tussen hen uit een bepaalde, al dan niet uit een overeenkomst voortvloeiende rechtsbetrekking zijn ontstaan dan wel zouden kunnen ontstaan, aan arbitrage onderwerpen."

En de statuten zijn uitdrukkelijk in lid 5 van artikel 1020 Rv. genoemd:

"Onder de overeenkomst tot arbitrage wordt mede begrepen een arbitraal beding dat is opgenomen in de partijen bindende *statuten* of reglementen."⁷

Artikel 337 wijkt echter af van de nieuwe Arbitragewet, waar zij spreekt over niet-ontvankelijkheid van een vordering. Indien statuten of een overeenkomst een

6. In gelijke zin P. Sanders, "Geschillen in de NV/BV. Twee voorstellen van wet" in "Van Vennootschappelijk Belang. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr J.J.M. Maeijer", Zwolle, 1988.

7. Deze bepaling is overigens op verzoek van de KNVB in de wet opgenomen, omdat zij bang was dat een voetballer zou beweren dat statuten niet gelijk kunnen worden gesteld met een overeenkomst.

arbitraal beding bevatten voor geschillenbeslechting ingeval van een dead-lock tussen aandeelhouders, en een geschil desondanks bij de rechter wordt aangebracht, dient de rechter, op verzoek van de verweerder, de vordering ingevolge de tekst van artikel 337 niet ontvankelijk te verklaren. De nieuwe Arbitragewet spreekt evenwel over onbevoegdheid van de rechter in deze situatie. Artikel 1022 (1) Rv bepaalt dienaangaande:

"De rechter, bij wie een geschil aanhangig is gemaakt waarover een overeenkomst tot arbitrage is gesloten, verklaart zich onbevoegd, indien een partij zich voor alle weren op het bestaan van deze overeenkomst beroept, tenzij de overeenkomst ongeldig is."

Niet-ontvankelijkheid gold vóór de nieuwe Arbitragewet van 1986. Het verschil in de praktijk is dat ingeval van onbevoegdheid, een beroep op de arbitrage-overeenkomst voor alle weren moet worden gedaan (in limine litis), terwijl een beroep op niet-ontvankelijkheid nog gedurende de gehele procedure, ja zelfs in hoger beroep kan worden gedaan.

Interessant is nu te weten of de regeling van artikel 337 Boek 2 BW gaat boven artikel 1022 (1) Rv. Welke van de twee wettelijke regelingen is de *lex specialis* c.q. *lex generalis*? Of moeten wij hier terugvallen op het principe van de *lex posterior* (de Arbitragewet dateert van 1986 en de wettelijke geschillenregeling van 1989)?

Een ander probleem dat artikel 337 van Boek 2 BW voor arbitrage opwerpt, is de zinsnede "tenzij gebleken is dat die regeling niet kan worden toegepast". A première vue zou men denken dat hiermee bedoeld wordt dat de arbitrage-overeenkomst niet kan worden toegepast. De Memorie van Toelichting duidt ook daarop door te stellen dat de vordering ex artikel 336 (1) (gedwongen overdracht) kan worden ingesteld "als de arbitrage of het bindend advies niet kunnen worden verkregen". Waaraan moeten wij daarbij denken? Een heel scala van situaties doemt op: de verweerder in een arbitrale procedure weigert te verschijnen; een arbitrage-instituut weigert een arbiter te benoemen; de arbiter komt te overlijden; de arbiter wordt succesvol gewraakt; enz. Doch voor al deze situaties biedt de Arbitragewet van 1986 een oplossing. Een arbitraal vonnis kan dus eigenlijk altijd worden verkregen. En hetzelfde geldt voor bindend advies.

De Memorie van Toelichting vermeldt echter ook, dat de vordering tot gedwongen uitkoop dan wel gedwongen overname kan worden ingesteld bij de rechter: "indien de arbitrale uitspraak of het bindend advies niet kan worden geëffectueerd". Deze toelichting vereist wel enige acrobatiek in de uitleg in de tekst van artikel 337. Deze bevat twee keer het woord "regeling". Volgen wij nu de Toelichting dat "de arbitrale uitspraak of het bindend advies niet kan worden geëffectueerd" dan betekent dat, dat het eerste woord "regeling" verwijst naar een arbitraal beding in statuten of overeenkomst, terwijl het tweede woord "regeling" verwijst naar de oplossing die wordt geboden in een arbitraal vonnis.

De lezer is misschien geneigd te zeggen dat wat hij of zij totnutoe heeft gelezen slechts technische onvolmaaktigheden in de redactie van de wet zijn welke in de praktijk kunnen worden overbrugd. In de praktijk stuit men echter nog op andere problemen.⁸ Kan een arbiter in zijn uitspraak een partij verplichten haar aandelen over te dragen tegen een door hem vastgestelde prijs? In een arbitrage zal de eisende aandeelhouder moeten stellen, dat gedragingen van de andere partij zodanig zijn dat zij moet verdwijnen en vorderen dat zij haar aandelen overdraagt aan de eisende partij tegen een door de arbiter vast te stellen prijs. Bij de behandeling van die vordering stuit de arbiter ongetwijfeld op de blokkeringsclausule in de statuten van de BV. Ingevolge die clausule moeten de aandelen allereerst aan de overige aandeelhouders worden aangeboden. Overeenkomstig artikel 341 (2) zal de arbiter dan de eisende partij moeten verplichten de statutaire regeling na te komen. De arbiter kan niet zonder meer de verwerende partij verplichten de aandelen aan de eisende partij over te dragen tegen de door de arbiter vastgestelde prijs. Hij zal die eisende partij moeten verplichten het arbitrale vonnis aan de vennootschap mede te delen. De vennootschap zal dan de andere aandeelhouders daarvan in kennis stellen en de gelegenheid bieden te reflecteren. Die uitslag zal dan weer aan de arbiter moeten worden medegedeeld.

Als nu een aandeelhouder welke geen partij is in de arbitrage heeft gereflecteerd, kan de arbiter dan de verwerende partij de verplichting opleggen ook aan die aandeelhouders zijn aandelen tegen de door hem vastgestelde prijs over te dragen? En die andere aandeelhouders, die niet meedoen in de arbitrage, zijn zij aan de uitspraak van de arbiter gebonden?

Deze vragen leiden mij er toe te betwijfelen of arbitrage een werkelijk alternatief voor de geschillenregeling vormt. Ik kom dan ook tot de conclusie dat noch arbitrage noch bindend advies een regeling vormen waardoor de overdracht als in de wettelijke regeling voorzien, zou kunnen worden verkregen.

Men kan zelfs een stap verder gaan en stellen dat artikel 337 veelal zal leiden tot "hond bijt in eigen staart". Immers, bovengenoemde bezwaren kunnen geacht worden te vallen onder de woorden "tenzij gebleken is dat die regeling niet kan worden toegepast". Dat betekent dat arbitrage en bindend advies eigenlijk praktisch altijd zijn uitgesloten.

Voor goed begrip: arbitrage kan wel leiden tot veroordeling tot schadevergoeding wegens gedragingen of tot veroordeling daarvan zich te onthouden op straffe van een dwangsom. Die toepassingen zijn echter geen reden om de eisende partij niet ontvankelijk te verklaren ten aanzien van de vordering ex art. 336 boek 2 BW, omdat die vordering betreft een gedwongen overdracht van aandelen.

Met Sanders ben ik dan ook van mening dat artikel 337 niet anders is dan een dood geboren kindje. Het wekt dan ook geen verwondering, dat statuten nauwelijks

8. Zie Sanders, op. cit., p. 254-256.

GESCHILLENREGELING NV/BV EN ARBITRAGE

een arbitraal beding 337 bevatten. Voor arbitrage en ook voor bindend advies, zie ik dan ook geen schone toekomst weggelegd in statuten en overeenkomsten voor geschillen tussen aandeelhouders als bedoeld in de nieuwe wettelijke regeling.