

Conflictbeslechting tussen ondernemers in een quasi-vof

Een onderzoek naar de mogelijkheden waarop een conflict kan worden beheerst en indien dit niet voldoende is, welke vormen van conflictbeslechting dan kunnen worden aangewend indien de ondernemers in een impasse zijn geraakt.

Linda Elberse
Van Zandvoort Legal te Lith
4 januari 2009



Conflictbeslechting tussen ondernemers in een quasi-vof

Een onderzoek naar de mogelijkheden waarop een conflict kan worden beheerst en indien dit niet voldoende is, welke vormen van conflictbeslechting dan kunnen worden aangewend indien de ondernemers in een impasse zijn geraakt.

Lith, 4 januari 2009

Juridische Hogeschool Avans/Fontys te 's-Hertogenbosch/Tilburg
HBO-Rechten

Afstudeerscriptie

L.M.P. Elberse (9961287)

Afstudeerstage

Van Zandvoort Legal Bedrijfsadvocaten & Mediators
Afstudeermentor: Dhr. mr. L.M.P. van Zandvoort

Afstudeerperiode

7 september 2009 t/m 11 december 2009

Stagedocenten

Eerste stagedocent: mevr. mr. T. Wielders
Tweede stagedocent: dhr. T. Lina

Voorwoord

Voor u ligt het resultaat van een leuke en zeer interessante afstudeerperiode. Gedurende deze periode heb ik gewerkt aan een onderzoek, wat uiteindelijk heeft geresulteerd in deze scriptie. Het schrijven van een scriptie is de laatste fase van de HBO-rechten opleiding. De jaren aan de Juridische Hogeschool zijn voorbij gevlogen. De opleiding HBO-rechten heb ik met veel interesse en plezier gevolgd. Bij de start van de afstudeerperiode zag ik op tegen het schrijven van een scriptie. Gelukkig heeft dhr. van Zandvoort mij een interessante afstudeeropdracht gegeven. Hierdoor heb ik met plezier aan het onderzoek gewerkt.

Deze scriptie is geschreven in opdracht van Van Zandvoort Legal.

Een aantal personen hebben bijgedragen aan de totstandkoming van deze scriptie. Graag wil ik dan ook vanaf deze plaats de medewerkers van Van Zandvoort Legal bedanken voor de ondersteuning en gezelligheid gedurende mijn afstudeerstage. Een speciaal woord van dank wil ik richten aan:

- ❖ De heer van Zandvoort, afstudeermentor, voor zijn begeleiding, kennis en kritische blik. De afstudeerperiode bij van Zandvoort Legal was erg leerzaam;
- ❖ Mevrouw Wielders, afstudeerdocent, voor haar begeleiding en ondersteuning vanuit de Juridische Hogeschool gedurende mijn afstudeerperiode. Haar kritische blik, enthousiasme voor het onderwerp van mijn scriptie en kennis van het ondernemingsrecht heeft mede bijgedragen aan het tot stand komen van deze scriptie;
- ❖ De heer mr. J.H.M. Willems, plaatsvervangend raadsheer bij de Ondernemingskamer en tevens bijzonder hoogleraar corporate litigation aan de Universiteit Groningen, voor zijn medewerking aan het interview. Dankzij dhr. Willems heb ik de praktijk duidelijk voor ogen gekregen;
- ❖ mevrouw mr. S.P.G. Gielis – van den Hazelkamp, advocaat bij van Zandvoort Legal, voor haar kritische blik op mijn scriptie.

Lith, 4 januari 2010



Linda Elberse

Lijst van afkortingen en begrippen

AVA	Algemene Vergadering van Aandeelhouders
Art.	Artikel
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
Flex-BV	Besloten vennootschap na invoering van wetsvoorstel 31 058
KvK	Kamer van Koophandel
MKB	Midden- en kleinbedrijf
NJ	Nederlandse jurisprudentie
NV	Naamloze vennootschap
OK	Ondernemingskamer
OV	Openbare vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid
OVR	Openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid
RV	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvC	Raad van Commissarissen
VOF	Vennootschap onder firma
Vs.	Versus
WvK	Wetboek van Koophandel

Quasi-vof

Prof. Mr. M.J.G.C. Raaijmakers definieert in zijn boek "Pitlo deel 2, ondernemingsrecht" het begrip quasi-OV. In dit rapport zal nog niet worden geanticipeerd op het wetsvoorstel personenvennootschappen, hierdoor wordt het begrip "quasi-vof" toegepast. Prof. Mr. Raaijmakers spreekt van een quasi-vof als ondernemers gaan samenwerken in een BV en daarvan aandeelhouder en bestuurder zijn. Vooral in dit type BV's manifesteert zich de spanning tussen het wettelijke BV-recht dat op de NV is georiënteerd en de contractuele samenwerking tussen de partners.¹

Impasse

Een moeilijke situatie waar men niet uit kan komen.²

¹ Raaijmakers 2006, p. 180

² <http://www.encyclo.nl/begrip/impasse>

Inhoudsopgave

Samenvatting

1. Inleiding	1
§ 1.1 Aanleiding	1
§ 1.2 Probleembeschrijving	1
§ 1.3 Belanghebbenden	2
§ 1.4 Onderzoeksvraag	2
§ 1.5 Doelstelling	2
§ 1.6 Methodiek	3
§ 1.7 Betrouwbaarheid en validiteit	4
§ 1.8 Leeswijzer	4
2. Quasi-vof	5
§ 2.1 Kenmerken vof en BV	5
§ 2.2 Interne organisatie	6
§ 2.3 Quasi-vof	6
§ 2.4 Slotsom	7
3. Conflictbeslechting quasi-vof in theorie	8
§ 3.1 Conflictbeheersing	8
§ 3.1.1 Statuten	8
§ 3.1.2 Aandeelhoudersovereenkomst	9
§ 3.2 Alternatieve conflictoplossing	10
§ 3.2.1 Mediation	10
§ 3.2.2 Bindend Advies	11
§ 3.2.3 Arbitrage	11
§ 3.3 Gerechtelijke procedures	12
§ 3.3.1 De geschillenregeling	12
§ 3.3.2 De enquêteprocedure	13
4. Conflictbeslechting quasi-vof in praktijk	17
§ 4.1 Conflictbeheersing	17
§ 4.2 Alternatieve conflictoplossing	19
§ 4.3 Gerechtelijke procedures	20
§ 4.1.1 De geschillenregeling	20
§ 4.1.2 De enquêteprocedure	23
5. Van Zandvoort Legal	29
§ 5.1 MKB Legal Quick scan	29
§ 5.2 MKB Legal audit	29
§ 5.3 Legal partnerabonnement	30
§ 5.4 Mediation	30
§ 5.5 Conclusie	30
6. Conclusies	32
§ 6.1 Quasi-vof	32
§ 6.2 Conflictbeheersing	32
§ 6.3 Alternatieve conflictoplossing	33
§ 6.4 Gerechtelijke procedures	33
§ 6.5 Van Zandvoort Legal	34
§ 6.6 Eindconclusie	35

7. Aanbevelingen	36
§ 7.1 Aanbeveling voor Van Zandvoort Legal	36
§ 7.2 Aanbeveling voor ondernemers in quasi-vof	37
§ 7.3 Aanbeveling voor wetgever	37
§ 7.4 Aanbeveling voor Ondernemingskamer	38
8. Evaluatie	39
9. Literatuurlijst	40
Bijlagen (deze zijn afzonderlijk opgenomen):	
Bijlage A Uitwerking interview de heer Mr. J.H.M. Willems	
Bijlage B Uitwerking interview de heer Mr. L.M.P. van Zandvoort	
Bijlage C Wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht	

Samenvatting

Dit rapport is het resultaat van een afstudeerstage bij Van Zandvoort Legal te Lith in het kader van de opleiding HBO-rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg/s-Hertogenbosch. Deze scriptie is geschreven in opdracht van Van Zandvoort Legal met het doel om een rapport af te leveren waarin inzicht wordt gegeven in de vormen van geschilbeslechting tussen ondernemers in een quasi-vof en hoe zij eventuele geschillen kunnen beheersen.

De centrale vraag die in dit rapport centraal staat luidt als volgt:

“Wat kan men doen om conflicten in een quasi-vof te beheersen en indien dit niet voldoende is, welke vormen van conflictbeslechting kunnen dan worden aangewend om een definitieve oplossing teweeg te brengen?”

Wanneer twee ondernemers besluiten om samen te gaan werken, staan zij voor de keuze in welke rechtsvorm zij de samenwerking willen gieten. In de meeste gevallen kiezen ondernemers voor de BV. De voornaamste redenen hiervoor zijn: beperkte aansprakelijkheid, continuïteit van de onderneming en fiscale voordelen. De ondernemers hebben dan echter niet in de gaten dat het oprichten van een BV niet zo eenvoudig is als het lijkt. Bij het oprichten van een BV is men namelijk strikt gebonden aan de dwingendrechtelijke bepalingen van boek 2 BW. De ondernemers zijn niet vrij hun interne organisatie in te richten zoals zij dat willen. Dit in tegenstelling tot een VOF, immers het oprichten van een VOF is vormvrij. In dit onderzoek is gekozen voor de term quasi-vof. Deze term wordt gedefinieerd door de heer Raaijmakers, een omschrijving van deze term is weergegeven in de lijst afkortingen en begrippen. Bij een quasi-vof wil men intern lijken op een vof, maar door bovengenoemde voordelen van de BV, wil men extern lijken op een BV. Een dergelijke rechtsvorm is niet aanwezig in Nederland. Men verwacht in de toekomst dat de herziening van het BV-recht weer aansluiting zal zoeken bij de personenvennootschappen in plaats van bij het NV-recht³. Hierdoor zal de samenwerking in een BV weer meer op de voorgrond treden. Dit zal ten goede komen aan de quasi-vof, want in een quasi-vof kan men de interne organisatie niet vrij inrichten.

Helaas verloopt de samenwerking niet altijd zoals verwacht. Men kan problemen over bepaalde aangelegenheden beheersen, door bij het aangaan van de samenwerking duidelijke afspraken te maken. Deze afspraken kunnen worden vastgelegd in de statuten of een aandeelhoudersovereenkomst. Het nadeel van het opnemen van deze afspraken in de statuten, is dat deze openbaar zijn. Hierdoor kan men geen vertrouwelijke afspraken vastleggen in de statuten. Tevens moet bij een eventuele aanpassing van een bepaling een statutenwijziging plaatsvinden, hierbij moet een notaris aan te pas komen. De afspraken kunnen tevens worden vastgelegd in een aandeelhoudersovereenkomst, deze mogen niet in strijd zijn met de wet en/of statuten. Indien dit wel het geval is, gaat de wet en/of statuten voor. Een flink aantal ondernemingen (met name BV's) heeft geen nadere afspraken gemaakt over de samenwerking en conflictbeslechting. Men laat vaak standaardstatuten opstellen door de notaris, zodat aan de wettelijke verplichtingen is voldaan. Tevens zijn de standaardstatuten goedkoper dan statuten die op maat gemaakt zijn. Doordat geen nadere afspraken zijn gemaakt, kan een conflict in de meeste gevallen niet gezamenlijk worden opgelost. Beide partijen willen gelijk krijgen, zij raken hierdoor in een impasse. Wanneer dit gebeurt zal een oplossing niet snel tot stand komen. Emoties spelen hierbij vaak een grote rol.

³ Raaijmakers 2006, p. 171

Om lange procedures en hoge kosten te voorkomen, kunnen zij trachten een alternatieve vorm van conflictoplossing aan te wenden. Het is voor beide partijen prettig als zij op deze manier tot een oplossing kunnen komen. Het vennootschapsbelang wordt dan in ogenschouw genomen. Mediation, bindend advies en arbitrage zijn vormen van alternatieve conflictoplossing. Bij mediation moeten partijen bereid zijn om gezamenlijk tot een oplossing te komen, met behulp van een mediator. Indien een oplossing via deze weg tot stand komt is er sprake van een “win-win” situatie. Beide partijen staan achter de oplossing en de continuïteit van de samenwerking en onderneming loopt dan geen gevaar. Bij bindend advies neemt een onafhankelijke derde een beslissing. Partijen staan hier dus buiten. Het is van belang dat bepalingen omtrent het aanwenden van alternatieve conflictoplossing worden opgenomen in de statuten of aandeelhoudersovereenkomst. Hierdoor voorkomt men dat men tijdens de impasse nog overeenstemming moet bereiken over het aanwenden van een vorm van alternatieve conflictoplossing. In de praktijk wordt niet vaak een dergelijke bepaling opgenomen in de statuten of aandeelhoudersovereenkomst.

Wanneer partijen niet gezamenlijk of middels een alternatieve vorm van conflictoplossing tot een oplossing kunnen komen, is een gerechtelijke procedure de enige oplossing. Een gerechtelijke procedure is vaak kostbaar, onzeker en duurt veelal lang. Indien een conflict ontstaat binnen een quasi-vof kan via de rechter alleen de enquêteprocedure en/of de geschillenregeling een einde maken aan de impasse tussen de aandeelhouders. Een adequate procedure is voor hen niet aanwezig. De geschillenregeling sluit niet aan bij de praktijk en de enquêteprocedure geeft als enige definitieve oplossing: “de ontbinding van de rechtspersoon”. Deze oplossing is niet de juiste oplossing. Naast deze procedures zijn geen andere mogelijkheden om bij een quasi-vof middels een gerechtelijke procedure definitief uit elkaar te gaan.

De wet biedt dus geen adequate mogelijkheid voor aandeelhouders om definitief uit elkaar te kunnen middels een gerechtelijke procedure. Van Zandvoort Legal speelt hier op in en richt haar aanpak op het voorkomen van kostbare, onzekere en tijdrovende gerechtelijke procedures. Ondernemers kunnen conflicten trachten te voorkomen door gebruik te maken van de diensten van Van Zandvoort Legal. Van Zandvoort Legal kan middels een quick scan, audit en partnerabonnement inspelen op preventie. Als een ondernemer gebruik maakt van de quick scan en/of de audit, krijgt hij in een oogopslag te zien waar zich de juridische risico's binnen de onderneming bevinden. In de praktijk wordt (nog) niet veel gebruik gemaakt van deze diensten. Van Zandvoort Legal biedt tevens een partnerabonnement aan. Dit houdt in dat ondernemers een overeenkomst voor een jaar afsluiten en op ieder gewenst moment juridisch advies kunnen inwinnen. Van dit abonnement wordt meer gebruik gemaakt dan de quick scan en de audit. De ondernemers die een partnerabonnement hebben afgesloten zien hier ook echt de meerwaarde van in. Helaas zien (nog) niet alle ondernemers het nut in van dergelijke preventiemiddelen.

1. Inleiding

Dit rapport is geschreven naar aanleiding van een recente zaak, die is aangereikt door de heer mr. L.M.P. van Zandvoort. Dhr. Van Zandvoort is advocaat en eigenaar van advocatenkantoor Van Zandvoort Legal. Van Zandvoort Legal adviseert en begeleidt ondernemingen in de regio Oss en 's-Hertogenbosch op diverse terreinen waar een ondernemer mee te maken krijgt. Sterke wapens hierbij zijn communicatie, mediation, preventie maar ook de 15 jaar ervaring in de proces advocatuur. De doelgroep bestaat voornamelijk uit ondernemers, maar zij treedt ook op voor particulieren. Bij van Zandvoort Legal zijn twee advocaten, de heer Mr. L.M.P. van Zandvoort en mevrouw Mr. S. Gielis, werkzaam. Zij worden ondersteund door een juridische secretaresse/assistent en een managementassistente. Van Zandvoort Legal is gespecialiseerd in de rechtsgebieden: ondernemingsrecht, contractenrecht, arbeids- en ontslagrecht, bestuursrecht, incasso's en insolventierecht. Tevens biedt van Zandvoort Legal mediation aan bij arbeidsconflicten, zakelijke conflicten en samenwerkingsproblemen.

1.1 Aanleiding

De aanleiding van dit onderzoek is gelegen in een recente zaak waarbij een conflict tussen aandeelhouders, die ieder 50% van de aandelen bezitten en die tevens bestuurder zijn van een BV, ter beslechting aan de Ondernemingskamer is voorgelegd. In deze zaak is een enquêteprocedure gestart. Partijen hadden geen nadere afspraken gemaakt omtrent de samenwerking. In eerste instantie was het duidelijk dat partijen uit elkaar wilden. Feitelijk waren de aandeelhouders al uit elkaar, maar zij konden het niet eens worden over de prijs van de aandelen. Dit kwam doordat de vertrekkende aandeelhouder feitelijk, maar niet formeel zijn bestuursfunctie had neergelegd en een eigen onderneming had opgestart. Nadat bleek dat zij het waarschijnlijk niet eens zouden worden over de prijs van de aandelen, wilde de vertrekkende aandeelhouder zijn bestuursfunctie weer terug in de BV. De andere aandeelhouder was het hier niet mee eens, waardoor er sprake was van een patstelling.

1.2 Probleembeschrijving

Wanneer twee ondernemers besluiten om samen te gaan werken en deze samenwerking vormgeven in een BV, staat de euforie voorop. Het is geweldig dat deze stap wordt genomen, maar dat is nog maar het prille begin van de samenwerking. Helaas, verloopt het niet altijd zoals verwacht. Wanneer een meningsverschil ontstaat in een bepaalde situatie zal men in eerste instantie trachten dit gezamenlijk op te lossen. Wanneer partijen echter in een impasse zijn geraakt, zal een oplossing niet snel tot stand komen. Tevens spelen emoties hier ook vaak een rol bij. Wanneer partijen niet gezamenlijk of middels een alternatieve vorm van geschilbeslechting tot een oplossing kunnen komen, is een gerechtelijke procedure de enige oplossing. De kosten van een gerechtelijke procedure lopen hoog op en het verloop van de procedure is onzeker en duurt lang. De kosten dienen door de BV te worden gedragen. Wanneer de kosten en het conflict te hoog oplopen kan dit het faillissement van de BV tot gevolg hebben. Uiteindelijk hebben partijen dan nog geen oplossing bereikt en verliezen zij beide. Het probleem begint echter bij het aangaan van een samenwerkingsverband.

Relaties van Van Zandvoort Legal, die een conflict hebben, zien de hoge kosten en de lange procedure als een groot obstakel om het conflict via een gerechtelijke procedure te beslechten. Tevens ziet Van Zandvoort Legal dit als een probleem. Van Zandvoort Legal is vaak genooddaakt om een gerechtelijke procedure te starten. Van Zandvoort Legal kan haar rol als mediator niet benutten, omdat het geschil al dusdanig is geëscaleerd. Partijen zijn dan niet meer bereid om rond de tafel te gaan zitten en het probleem buiten de rechter om op te lossen. Dit is jammer, want het geschil kan door mediation getracht te worden opgelost.

Deze alternatieve vorm van conflictoplossing brengt minder kosten met zich mee dan een gerechtelijke procedure. Tevens zal door mediation het bestaan van de onderneming niet in gevaar komen. Partijen komen dan tot een oplossing waar zij beiden achter staan en waarbij het vennootschapsbelang in acht wordt genomen. Het (persoonlijk)belang van partijen staat bij mediation niet voorop, hetgeen toch vaak het geval is bij een conflict.

De heer van Zandvoort heeft geconstateerd dat het niet eenvoudig is voor aandeelhouders die 50% van de aandelen houden en tevens bestuurder van de BV zijn om bij een conflict uit elkaar te gaan. De heer van Zandvoort vindt de kosten in de enquêteprocedure hoog oplopen en vraagt zich af of er geen andere, efficiëntere, procedure mogelijk is waarbij partijen definitief uit elkaar kunnen.

Ondernemingen waarbij de verhouding tussen aandeelhouders die tevens bestuurder zijn goed verloopt, zullen bovenstaand genoemde problemen niet als een probleem ervaren. Toch is het belangrijk om ook deze ondernemingen te informeren over de gevolgen van het escaleren van een conflict en hoe een escalatie voorkomen kan worden. Hierdoor zijn zij beter geïnformeerd bij het ontstaan van een conflict. Zij weten dan wat de risico's zijn en zijn zich bewust van de gevolgen van een escalatie. Preventie staat hoog in het vaandel bij van Zandvoort Legal. Het is daarom van belang dat ondernemers op de hoogte worden gesteld van de risico's die bij het ontstaan van een impasse kunnen worden voorkomen.

1.3 Belanghebbenden

De belanghebbenden in dit onderzoek kunnen in twee groepen worden ingedeeld, namelijk de direct belanghebbenden en de indirect belanghebbenden. Tot de eerste groep belanghebbenden behoort Van Zandvoort Legal. De bedoeling van dit onderzoek is dat het onderzoeksrapport nuttige en bruikbare informatie bevat die Van Zandvoort Legal vervolgens in de praktijk kan toepassen. De tweede groep belanghebbenden is groter. Deze bestaat uit de cliënten van Van Zandvoort Legal, het betreffen dan voornamelijk twee aandeelhouders die 50% van de aandelen bezitten en tevens bestuurder zijn. Dit onderzoek zal zich zowel toespitsen op Van Zandvoort Legal alsmede op de cliënten van Van Zandvoort Legal. Het is namelijk voor beide belanghebbenden van belang dat voor een goede conflictbeslechting wordt gekozen. Hierdoor kunnen hoge kosten en lange looptijden van procedures worden voorkomen.

1.4 Onderzoeksvraag

Wat kan men doen om conflicten tussen twee ondernemers in een quasi-vof te beheersen en indien dit niet voldoende is, welke vormen van conflictbeslechting kunnen dan worden aangewend indien zij in een impasse zijn geraakt?

Deelvragen

- ❖ Wat wordt verstaan onder een quasi-vof?
- ❖ Hoe kunnen conflicten tussen ondernemers in een quasi-vof die in een impasse zijn geraakt in theorie worden beslecht?
- ❖ Hoe werkt deze conflictbeslechting tussen de ondernemers in een quasi-vof die in impasse zijn geraakt in de praktijk?
- ❖ Welke rol speelt of welke potentiële rol kan Van Zandvoort Legal spelen met betrekking tot conflictbeslechting tussen deze ondernemers?

1.5 Doelstelling

Op 4 januari 2009 zal aan Van Zandvoort Legal een rapport worden overgelegd, waarin wordt aangegeven welke mogelijkheden aanwezig zijn om een conflict tussen twee ondernemers van een quasi-vof te beheersen, op een alternatieve manier op te lossen of

middels een gerechtelijke procedure te beslechten, tevens zal daarbij gekeken worden welke rol van Zandvoort Legal hierin speelt of kan spelen.

Randvoorwaarden

Dit rapport zal zich met name toespitsen op conflicten tussen twee aandeelhouders die ieder 50% van de aandelen bezitten en tevens bestuurder zijn van een BV. Conflicten tussen andere organen van de BV zullen in dit rapport niet worden besproken. Dit rapport heeft geen betrekking op meerdere ondernemers. De fiscale aspecten omtrent een BV zullen echter niet worden behandeld. In het rapport wordt niet geanticipeerd op het wetsvoorstel personenvennootschappen. In dit onderzoek wordt arbitrage niet onderzocht. De reden hiervoor is dat de arbitrageprocedure in het ondernemingsrecht een onderzoek op zich is, terwijl het in dit onderzoek gaat om de conflictbeslechting in het algemeen. Arbitrage wordt wel kort omschreven, maar de praktijk hiervan wordt niet weergegeven. Een onderzoek naar arbitrage in het ondernemingsrecht zou een goed vervolgonderzoek zijn.

1.6 Methodiek

Dit onderzoek is tot stand gekomen middels deskresearch en fieldresearch.

Deskresearch

Bij deskresearch wordt gebruik gemaakt van bestaand materiaal. In dit onderzoek wordt zowel de theorie als de praktijk weergegeven. Voor het weergeven van de theorie is gebruik gemaakt van deskresearch. Tijdens de deskresearch zijn diverse gegevens verzameld, zoals literatuur, wetgeving, jurisprudentie en juridische tijdschriften. Diverse schrijvers, zoals mr. Geerts, mr. Raaijmakers, mr. Willems, Mr. Slagter etc., hebben al geschreven over conflictbeslechting tussen aandeelhouders c.q. bestuurders bij een BV vanuit verschillende invalshoeken. Dit onderzoek wordt specifiek toegepast op conflicten tussen twee aandeelhouders die 50% van de aandelen bezitten en tevens bestuurder zijn van een BV. De literatuur omtrent conflictbeslechting tussen aandeelhouders die zowel bestuurders zijn bij een BV is verzameld, bestudeerd en geïnterpreteerd op dit onderzoek.

Fieldresearch

Om de theorie met de praktijk te kunnen vergelijken wordt gebruikt gemaakt van fieldresearch. Bij fieldresearch worden gegevens uit het veld verzameld. Deze gegevens zijn verzameld door middel van een interview met de heer mr. J.H.M. Willems, voorheen voorzitter van de OK en nu plaatsvervangend raadsheer bij de OK en bijzonder hoogleraar corporate litigation aan de Universiteit Groningen. Daarnaast heeft de heer Willems nog diverse nevenfuncties. Door de kennis, ervaring en kunde van de heer Willems is de praktijk omtrent conflictbeslechting duidelijker geworden. Tevens is een interview gehouden met dhr. mr. L.M.P. van Zandvoort, advocaat en eigenaar van Van Zandvoort Legal. De heer Van Zandvoort wil zich voornamelijk richten op preventie. Door de ervaring van de heer van Zandvoort als advocaat en mediator, is duidelijk geworden in welke mate mediation in de praktijk wordt toegepast. Deze informatie is van belang voor de uitwerking van de alternatieve geschiloplossing. Tevens heeft de heer van Zandvoort zijn praktijk nader toegelicht. Hierdoor kan het onderzoek worden toegepast op de praktijk van Van Zandvoort Legal. De interviews waren gedeeltelijk gestructureerd. Bij deze interviews is gebruik gemaakt van een topiclijst. In de topiclijst is aangegeven welke onderwerpen besproken dienen te worden en welke vraagvolgorde moet worden toegepast.⁴

⁴ Baarda e.a. 2005, p. 230

1.7 Betrouwbaarheid en validiteit

De betrouwbaarheid en validiteit van het onderzoek zijn van groot belang. Betrouwbaarheid kan worden gedefinieerd als de mate waarin metingen onafhankelijk zijn van toeval.⁵ Het moet duidelijk zijn waar de onderzoeksconclusies op zijn gebaseerd. Het moet controleerbaar en inzichtelijk zijn.⁶ De betrouwbaarheid is voornamelijk nagestreefd door het opnemen van een literatuurlijst, aangezien er nogal wat literatuur bestaat over het onderwerp van dit onderzoek. Aan de hand van deze lijst kan iedere lezer achterhalen waar de informatie vandaan komt. In dit onderzoek is ook gebruik gemaakt van interviews. Om de betrouwbaarheid hiervan aan te tonen, is van ieder interview een verslag gemaakt, dat in de bijlagen is opgenomen. De lezer kan dan aan de hand van dit verslag opmaken of de opgenomen informatie juist is. Door middel van voetnoten wordt verantwoording afgelegd over de gebruikte informatie. Deze voetnoten zullen kort worden omschreven. De gehele omschrijving van de gebruikte informatie is terug te vinden in de literatuurlijst. De onderzoekster is het onderzoek met een vooroordeel over de enquêteprocedure gestart. De heer van Zandvoort heeft aangegeven dat hij, door middel van een lopende zaak bij de OK, niet tevreden is over de enquêteprocedure. De onderzoekster heeft dit vooroordeel door middel van een interview met de heer mr. J.H.M. Willems, plaatsvervangend raadsheer bij de OK, gerelativeerd. Zij heeft door middel van de mening van de heer van Zandvoort, het interview met de heer Willems en door het lezen van literatuur omtrent dit onderwerp een eigen visie op de enquêteprocedure ontwikkeld. De informatie omtrent alternatieve conflictoplossing is voornamelijk uit de praktijk van de heer Van Zandvoort. De onderzoekster heeft helaas niet meer mediators kunnen interviewen.

Validiteit heeft te maken met de juistheid van de onderzoeksbevindingen.⁷ Het uiteindelijke doel van dit onderzoek is een antwoord te kunnen geven op de vraagstelling, door middel van het uitvoeren van een onderzoek. Doordat gebruik wordt gemaakt van verschillende dataverzamelingstechnieken (=triangulatie) is de kans op het vinden van valide resultaten het grootst.⁸ In dit onderzoek zal gebruik worden gemaakt van de dataverzamelingsmethoden: bestaande documentatie en interviews. Tevens is gebruik gemaakt van peer-debriefing. De bevindingen die uit het onderzoek zijn voortgekomen zijn regelmatig voorgelegd aan de advocaten van Van Zandvoort Legal.

1.8 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 wordt het begrip quasi-vof nader toegelicht. Na deze toelichting zal in hoofdstuk 3 de conflictbeslechting tussen ondernemers bij de quasi-vof worden besproken. In dat hoofdstuk wordt weergegeven hoe conflicten binnen de quasi-vof in theorie kunnen worden beheerst op een alternatieve manier kunnen worden opgelost of middels een gerechtelijke procedure kunnen worden beslecht. In hoofdstuk 4 wordt weergegeven hoe de conflictbeslechting die in de theorie is weergegeven in de praktijk wordt toegepast. In hoofdstuk 5 wordt aangegeven welke rol Van Zandvoort Legal speelt of kan spelen bij de conflictbeslechting tussen aandeelhouders c.q. bestuurders van een BV. Hierbij zal voornamelijk worden ingegaan op de werkwijze van Van Zandvoort Legal. Vervolgens zullen in hoofdstuk 6 conclusies worden opgenomen, wat zal resulteren in aanbevelingen. De aanbevelingen zijn opgenomen in hoofdstuk 7. In hoofdstuk 8 zal een evaluatie van het schrijven van dit rapport worden opgenomen. Alle literatuur, jurisprudentie, websites etc. worden vermeld in de literatuurlijst, die is opgenomen in hoofdstuk 9. De bijlagen die behoren bij dit onderzoek zijn apart opgenomen in het bijlagenboek

⁵ Baarda e.a. 2005, p. 193

⁶ Baarda e.a. 2005, p. 193

⁷ Baarda e.a. 2005, p. 197

⁸ Baarda e.a. 2005, p. 201

2. Quasi-vof

Wanneer twee ondernemers besluiten om te gaan samenwerken, moeten zij de samenwerking in een bepaalde rechtsvorm gieten. Zij kunnen dan een keuze maken tussen diverse rechtsvormen. De voornaamste rechtsvormen voor samenwerking zijn de BV, de vof (bij bedrijf) en de maatschap (bij beroep). In de meeste gevallen kiezen ondernemers voor de BV. De voornaamste redenen hiervoor zijn: beperkte aansprakelijkheid, afgescheiden vermogen, continuïteit van de onderneming en fiscale voordelen. Zij houden vaak geen rekening met de andere aspecten voor het oprichten van een BV, zoals het vastleggen van de samenwerking tussen de partners. Een BV is eigenlijk niet bestemd voor samenwerking. In dit onderzoek gaat het om twee aandeelhouders die ieder 50% van de aandelen bezitten en die tevens bestuurder zijn van de onderneming. Zoals in de begrippenlijst is weergegeven spreekt de heer Raaijmakers over een quasi-vof. Bij deze ondernemingen is geen sprake van een duidelijk onderscheid tussen de AVA en het bestuur. De ondernemers zullen beiden deze functies gaan vervullen. In dit onderzoek is er voor gekozen om dit begrip te hanteren. In paragraaf 2.1 worden de voornaamste kenmerken van een vof en een BV weergegeven. Hierdoor wordt duidelijk weergegeven wat de voornaamste verschillen zijn tussen een vof en een BV. In paragraaf 2.2 wordt de interne organisatie omschreven van de vof en de BV. De term quasi-vof is gebaseerd op de interne organisatie. In paragraaf 2.3 wordt de term quasi-vof nader gedefinieerd en wordt aangegeven waarom voor deze definitie is gekozen.

2.1 Kenmerken vof en BV

De vennootschap onder firma (vof)

De vof is een rechtsvorm zonder rechtspersoonlijkheid. Dit houdt in dat de schulden van de vof juridisch schulden van de vennoten zijn. Het is een personenvennootschap waarin duurzaam wordt samengewerkt op voet van gelijkheid tussen twee of meer personen. Zij werken samen om een gemeenschappelijk vermogensrechtelijk voordeel te behalen. De grondslag voor een vof is een overeenkomst. In deze overeenkomst verbinden partijen zich jegens elkaar om geld, goederen, arbeid, goodwill en/of rechten in gemeenschap te brengen. Het doel van de vof is de uitoefening van een bedrijf onder een gemeenschappelijke naam, die dient tot uitoefening van een bedrijf. Bij de vof staat samenwerking centraal. De vof is typisch de rechtsvorm voor het midden- en kleinbedrijf.⁹ De oprichting van een vof brengt weinig kosten met zich mee. Het grootste nadeel voor de keuze van een vof is de persoonlijke aansprakelijkheid. De partners zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de schulden van de vof.

De besloten vennootschap (BV)

De BV is een kapitaalvennootschap en rechtspersoon waarvan de op- en inrichting worden beheerst door de dwingendrechtelijke regels van boek 2. De BV bezit rechtspersoonlijkheid, hierdoor heeft zij dezelfde juridische status, rechten en plichten als een natuurlijk persoon. Hoewel de wet haar aanduidt als vennootschap berust zij conceptueel niet op een samenwerkingsovereenkomst.¹⁰ De BV heeft een in aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal. Aandeelbewijzen worden niet uitgegeven, hiermee wordt het onderscheid tussen de BV en de NV kenbaar gemaakt. De aandelen zijn niet vrij overdraagbaar. Dit hangt samen met het besloten karakter van de BV. De BV heeft twee verplichte organen namelijk, het bestuur en de AVA. Door de samenwerking in een BV te gieten, worden de partijen uitgesloten van persoonlijke aansprakelijkheid. Derden kunnen de bestuurder(s) niet aanspreken voor verplichtingen die door de vennootschap zijn aangegaan, tenzij door de bestuurder(s) onrechtmatig is gehandeld.¹¹

⁹ Slagter 2005, p. 381

¹⁰ Raaijmakers, p. 165

¹¹ J.H. Nieuwenhuis e.a. 2004, p. 299

2.2 De interne organisatie

De VOF is gericht op samenwerking tussen vennoten, die tot uitdrukking komt in een vennootschapscontract. Het recht op de onderneming wordt gezamenlijk door de partners uitgeoefend volgens de tussen hen geldende afspraken. In het vennootschapscontract kunnen partijen vastleggen wat zij graag geregeld willen hebben, dit is vormvrij. Zij kunnen de interne organisatie/samenwerking zelf inrichten. De samenwerking is gebaseerd op gelijkheid. De interne organisatie van de VOF ligt dus vast in het vennootschapscontract. De vennoot kan niet in dienst zijn van een andere vennoot. De hoofdregel is wel dat alle vennoten tevens besturend vennoot zijn. De interne machts- en bevoegdheidsverdeling kunnen nader worden ingevuld. De besturende vennoten worden ingeschreven in het handelsregister.¹²

De BV daarentegen kan niet meer, zoals vroeger in art. 15 WvK, worden gezien als een bijzondere soort van vennootschap die wordt geregeerd door de overeenkomst van partijen. Het is een rechtspersoon die wordt beheerst door eigen rechtsregels van specifieke aard.¹³ De interne organisatie wordt beheerst door de wet en de statuten. Afwijkingen in de statuten van een BV zijn slechts toegestaan voor zover dat uit de wet blijkt, art. 2:25 BW. Afwijkende contractuele bepalingen staan op gespannen voet met het dwingendrechtelijk stelsel van boek 2 BW. De BV is ondernemer en wordt als zodanig ingeschreven in het handelsregister. Het aandeel in het kapitaal van een BV geeft zeggenschap als aandeelhouder. Het bestuur komt toe aan de als zodanig benoemde bestuurder(s). De wet verdeelt de bevoegdheden tussen de AVA en het bestuur. De belangen van de aandeelhouders worden beschermd door de dwingendrechtelijke bepalingen van boek 2 BW.

2.3 De quasi-vof

De quasi-vof wordt beheerst door de wil en overeenkomst tot samenwerking.¹⁴ Toch moeten ook zij zich houden aan de strenge regels van boek 2 BW. Zij kunnen nu niet zoals bij een VOF de interne organisatie van de onderneming vormvrij regelen. De onderneming wordt nu geregeerd door de statuten en de wettelijke regels. In tegenstelling tot een VOF wordt geen vennootschapscontract afgesloten waarin alles kan worden opgenomen. Het BV-recht is voornamelijk geschikt voor grote ondernemingen waarbij meerdere aandeelhouders en bestuurders aanwezig zijn en eventueel ook een RvC. Voor dergelijke grote ondernemingen is het onderscheid tussen AVA en bestuur van groot belang. Maar voor de quasi-vof speelt dit onderscheid geen enkele rol en zou eigenlijk kunnen worden volstaan met één orgaan, aldus Raaijmakers. Het gaat bij de quasi-vof om doelgerichte investeringen en activiteiten met daaraan verbonden ondernemingsrisico. Het gaat om deelneming en niet om belegging. De ondernemers willen actief deelnemen aan de onderneming zowel in het kapitaal als in het bestuur. Het onderscheid tussen AVA en bestuur is hier kunstmatig. Het vereist formaliteiten die niets toevoegen aan de werkelijkheid van de onderneming.¹⁵ De ondernemers zullen beiden deze functies gaan vervullen. Het idee achter de AVA is om 'op afstand staande' aandeelhouders te beschermen door te verzekeren dat zij hun stemrecht en bevoegdheden daadwerkelijk kunnen uitoefenen. Bij een quasi-vof hebben deze formaliteiten weinig zin.¹⁶ Dergelijke vergaderingen leiden tot papieren vergaderingen met zichzelf. De besluitvorming kan buiten vergadering geschieden, mits dan schriftelijk en unaniem wordt besloten.¹⁷ In een quasi-vof moeten de ondernemers zich op grond van de algemene regel van art. 2:8 BW

¹² Raaijmakers 2006, p. 184

¹³ Mr. C. Assers, *deel II* rechtspersonenrecht*, Deventer: Kluwer. Blz 50

¹⁴ Raaijmakers 2006, p. 166

¹⁵ Raaijmakers 2006, p. 210

¹⁶ Raaijmakers 2006, p. 208

¹⁷ Art. 2:338 BW

jegens elkaar en hun BV gedragen naar de regels van redelijkheid en billijkheid. Bij een quasi-vof wringt het dwingendrechtelijk karakter van het bv-recht en de openbaarheid van de statuten met de werkelijkheid van de samenwerking tussen de ondernemers.¹⁸

In dit onderzoek wordt de term quasi-vof gebruikt. De reden dat voor deze definitie is gekozen is gelegen in het feit dat dit onderzoek betrekking heeft op dergelijke ondernemingen. De heer Raaijmakers gebruikt eigenlijk de term quasi-ov, maar zoals in de begrippenlijst al is aangegeven wordt nog niet geanticipeerd op het wetsvoorstel personenvennootschappen. Om deze reden wordt gekozen voor de definitie quasi-vof. Ondernemers in een quasi-vof doen eigenlijk net of dat zij een vof zijn, maar zijn in werkelijkheid een BV. De ondernemers willen de interne organisatie regelen zoals in een vof, maar worden hierin beperkt door de dwingendrechtelijke bepalingen van boek 2 BW. Zoals hierboven al is omschreven is een BV niet gericht op samenwerkende ondernemers. Wanneer men de samenwerking toch centraal stelt in een BV, spreekt men van een quasi-vof.

2.4 Slotsom

Waarom kiezen ondernemers niet een rechtsvorm die goed bij hen past? Prof. Mr. Raaijmakers geeft een kort antwoord op deze vraag. Hij geeft aan dat Nederland geen duidelijk ontwikkelde eigen rechtsvorm kent voor persoonsgebonden ondernemingen met beperkte aansprakelijkheid. Bij de VOF staat de vrije samenwerking voorop. Bij de BV is de vrije samenwerking op de achtergrond geplaatst en is er sprake van aandeelhouderschap op afstand. De BV is gebonden aan een aantal wettelijke regels, hiervan mag niet worden afgeweken. Hierdoor moeten ondernemers kiezen voor het strenge regime van de BV of de vrije inrichting van de VOF, maar kiezen zij voor de laatste vorm dan zijn zij wel persoonlijk aansprakelijk voor eventuele schulden. In Nederland is niet een rechtsvorm aanwezig waarin zowel de vrije samenwerking als het niet persoonlijk aansprakelijk zijn voor schulden is opgenomen. Een ander antwoord op de bovenstaande vraag is dat men de fricties op de koop toeneemt omdat andere motieven de doorslag geven (zoals fiscale voordelen, risicobeperking en opvolging). Dhr. Willems gaf in zijn interview aan dat de BV er is zoals deze er is. Het is een rechtsvorm waarbij beperkte aansprakelijkheid wordt gecreëerd en waarbij ondernemers betrekkelijk risicoloos kunnen ondernemen. Ondernemers moeten zich echter realiseren dat wanneer zij een 50/50 verhouding ingaan, het problemen kan opleveren wanneer de onderlinge verhoudingen niet meer goed werken. Het probleem zit niet in de soort rechtsvorm, maar in de ondernemers achter de vennootschap. Wanneer het tussen de ondernemers niet goed gaat ontstaan er onmogelijke situaties. Dit geldt bij iedere rechtsvorm. Het probleem zit hem echter in de manier waarop zij uit elkaar kunnen. De vennoten bij een vof kunnen hun deelneming in de vof opzeggen, bij een BV is dit niet mogelijk. Bij een BV moet de aandeelhouder die uit de BV wil zijn aandelen overdragen aan de andere aandeelhouder. Het probleem dat daarbij ontstaat is meestal gelegen in de prijs van de aandelen.

In het rapport vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht wordt aangegeven dat het bestaande bv-recht zodanig wordt vereenvoudigd en geflexibiliseerd zodat de bv-vorm geschikt zal zijn voor een breed palet aan toepassingsmogelijkheden. Dit moet kunnen variëren van enerzijds een eenvoudige eenpersoonsvennootschap tot anderzijds een gecompliceerde joint-venture structuur. Vorenstaande vereist een wettelijke basisstructuur, maar tegelijkertijd de mogelijkheid om daaraan invulling te geven of daarvan af te wijken in de statuten, reglementen of aandeelhoudersovereenkomsten.¹⁹ Door de vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht zal het in de toekomst eenvoudiger worden om te kunnen samenwerken in een BV.

¹⁸ Raaijmakers 2006, p. 184

¹⁹ De Kluiver e.a. 2004, p. 9

3. Conflictbeslechting quasi-vof in theorie

Voorkomen is beter dan genezen. Dat geldt ook in deze context. Wanneer twee ondernemers besluiten om samen te gaan werken, staat de euforie voorop. Het is geweldig als deze stap wordt genomen. Maar dat is nog maar het prille begin van de samenwerking. Helaas, verloopt het niet altijd zoals verwacht. Om te voorkomen dat deze tegenstelling uitmondt in een conflict, is het van belang dat partijen alvorens te gaan samenwerken duidelijke afspraken maken over eventuele conflicten en de beslechting van deze conflicten. Hierdoor kan voorkomen worden dat partijen niet tot een oplossing komen en dat de onderneming daaronder lijdt. Zij kunnen dan teruggrijpen op de gemaakte afspraken. Toch kan het niet altijd via deze manier worden opgelost. Indien partijen er samen niet uitkomen, kunnen zij kiezen voor een alternatieve vorm van conflictoplossing. Hierdoor kan worden voorkomen dat partijen in een lange, onzekere en kostbare procedure verzeild raken. Wanneer partijen in een patstelling tegenover elkaar zijn komen te staan en beiden niet bereid zijn tot een consensus te komen, is het ultimatum remedium een gang naar de rechter. De enige oplossing is dan dat partijen uit elkaar gaan, want zij zullen het niet eens worden over het conflict. Partijen moeten daarbij goed in gedachten houden dat dit niet bevorderlijk is voor hun onderneming. De onderneming heeft vaak te lijden bij een conflict tussen partijen. De volgende spreuk moet aan hen worden meegegeven: 'wie procedeert om een koe, geeft er één op toe'. Een gerechtelijke procedure is een oplossing, maar het is nooit de beste oplossing. De samenwerking is immers verbroken en het is maar de vraag of de onderneming weer hetzelfde gaat functioneren als voor het conflict. Tevens zijn hoge kosten gemaakt die niet altijd gecompenseerd kunnen worden. In dit hoofdstuk worden de diverse vormen van conflictbeslechting die in de theorie zijn vermeld, nader uitgewerkt.

3.1 Conflictbeheersing

Een manier om bij de oprichting van de BV conflicten te beheersen kan worden gevonden in het inrichten van de statuten en/of het aangaan van een aandeelhoudersovereenkomst. Door bij de oprichting van de BV goede afspraken te maken over eventuele toekomstige problemen, kan worden voorkomen dat deze problemen later escaleren in niet meer op te lossen conflicten. De statuten zijn een verplicht onderdeel bij het oprichten van de BV. Een aandeelhoudersovereenkomst kunnen partijen vrijwillig aangaan. In deze overeenkomst kunnen zij afspraken vastleggen, die zij liever niet in de statuten opnemen. Deze overeenkomst mag niet in strijd zijn met de statuten. Een aandeelhoudersovereenkomst is als het ware een aanvulling op de statuten.

3.1.1 Statuten

De BV wordt geregeerd door haar statuten. De statuten zijn een belangrijk juridisch stuk voor de oprichting van een BV. Zij vormen samen met de daarop gebaseerde besluiten van de vennootschapsorganen de interne organisatie van de BV. De statuten vormen de basis voor afspraken omtrent de inrichting van de BV. Het inrichten van statuten is een lastige klus. Het neemt veel tijd in beslag. De notaris moet controleren of de statuten overeenstemmen met de wet, maar ook of de samenwerking naar de bedoeling van partijen duidelijk, schriftelijk en volledig is vastgelegd. De notaris moet in principe gestalte geven aan de bedoeling van partijen en deze adviseren over de mogelijkheden en onmogelijkheden. Doordat deze controle geld kost, kiezen veel ondernemers voor de standaardstatuten, hierdoor worden de statuten niet toegespitst op de desbetreffende BV.

De statuten worden voor de eerste keer vastgelegd in de akte van oprichting, daarna kunnen zij nog worden gewijzigd. De statuten moeten wel voldoen aan de dwingendrechtelijke

bepalingen van boek 2 BW.²⁰ Deze dwingendrechtelijke bepalingen zijn niet ingericht voor samenwerkende ondernemers. Bovendien bestaan er slechts beperkte mogelijkheden om van de wettelijke regeling af te wijken.²¹ Indien de wet aanvullende bepalingen bevat, kan dit in de statuten verder worden aangevuld. Er is geen algemene wettelijke bepaling terug te vinden over wat opgenomen kan worden in de statuten en wat niet. Veel ondernemers laten het na om nog aanvullende afspraken te maken over de samenwerking. Zolang het goed gaat met en binnen de onderneming zullen extra afspraken niet nodig zijn, maar zodra een probleem ontstaat zijn aanvullende afspraken erg belangrijk. Het is daarom voor ondernemers van groot belang dat zij bij het aangaan van de samenwerking, maar ook gedurende de samenwerking, rekening houden met omstandigheden die het succes van de onderneming kunnen aantasten. Door hiermee rekening te houden kan voorkomen worden dat eventuele problemen escaleren.

3.1.2 Aandeelhoudersovereenkomst

Een aandeelhoudersovereenkomst is een verzameling van afspraken die (bepaalde groepen van) aandeelhouders maken om tot een gezamenlijk, minstens geregeld optreden te komen ten aanzien van allerhande vennootschapszaken die noch in de wet noch in de statuten geregeld zijn, of, om allerlei redenen daarin niet konden worden opgenomen.²² De rechten van de aandeelhouders zelf kunnen niet worden gewijzigd in de aandeelhoudersovereenkomst. Deze rechten worden immers niet verkregen van de andere aandeelhouders, maar uit de wet en de statuten. Binnen de grenzen van hun individuele rechten, zoals bepaald door de wet en de statuten, kunnen aandeelhouders vrij contracteren over de uitoefening ervan.

Een aandeelhoudersovereenkomst wordt meestal als een extra aanvulling van de statuten gezien. In deze overeenkomst kunnen aandeelhouders afspraken maken over tal van zaken die in de toekomst zouden kunnen leiden tot een geschil in de samenwerking tussen de aandeelhouders. De voornaamste afspraken die gemaakt kunnen worden hebben betrekking op:

- ❖ de overdracht van aandelen;
- ❖ prijsbepaling van de aandelen;
- ❖ besluitvorming over strategie en beleid en wijzigingen daarvan;
- ❖ personeelsbeleid;
- ❖ financiering;
- ❖ verdeling van winst;
- ❖ “scheidingsafspraken”;
- ❖ bepaling van de exit-vergoeding;
- ❖ arbeidsongeschiktheid;
- ❖ bindend advies;
- ❖ geschillenregeling.

Dit zijn maar enkele afspraken die kunnen worden vastgelegd in de aandeelhoudersovereenkomst er kunnen natuurlijk veel meer afspraken vastgelegd worden. Welke afspraken vastgelegd dienen te worden is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Iedere onderneming is verschillend en daar moeten dan ook verschillende afspraken voor worden vastgelegd. Een aandeelhoudersovereenkomst mag er niet toe leiden dat zij bij voortduring de werking van de wet en/of statuten frustreert. Tevens mag de aandeelhoudersovereenkomst niet leiden tot gevolgen die een aantasting van de vennootschapsrechtelijke orde opleveren.²³

²⁰ Art. 2:25 BW

²¹ Van der Sangen 2003

²² <www.encyclo.nl/begrip/aandeelhoudersovereenkomst>

²³ Van der Sangen 2003

Indien de afspraken uit de aandeelhoudersovereenkomst niet worden nageleefd, kan een van de aandeelhouders ontbinding van deze overeenkomst invoeren. Dit kan uiteindelijk leiden tot splitsing, ontbinding, verkoop aandelen, verkoop activa en passiva of een exit van een van de aandeelhouders van de BV.

Het voordeel van het opnemen van nadere afspraken in de aandeelhoudersovereenkomst boven het aanpassen van de statuten is dat bij het wijzigen van de statuten een notaris moet worden ingeschakeld, wat tijd en geld kost. Een ander voordeel is dat de aandeelhoudersovereenkomst niet openbaar is, dit in tegenstelling tot de statuten. Men kan in de aandeelhoudersovereenkomst een vertrouwelijke bepaling opnemen zonder dat derden deze kunnen inzien. De statuten moeten worden gedeponeerd in het handelsregister, hierdoor kan iedere geïnteresseerde kennis nemen van de inhoud van de statuten. Het nadeel is echter dat de aandeelhoudersovereenkomst alleen tussen aandeelhouders die partij zijn bij de overeenkomst geldt. Zodra een nieuwe aandeelhouder of bestuurder toetreedt, moet men de aandeelhoudersovereenkomst aanpassen en deze laten aanvaarden door de nieuwe aandeelhouders/bestuurders. De statuten gelden voor alle aandeelhouders en bestuurders ook voor later toetredende aandeelhouders of bestuurders. Zodra men aandelen verkrijgt in een BV, is men automatisch gebonden aan de statuten. Bij strijd tussen aandeelhoudersovereenkomst en statuten, prevaleren de statuten.

3.2 Alternatieve conflictoplossing

In de bovenstaande paragrafen is aangegeven op welke manieren afspraken kunnen worden vastgelegd omtrent de samenwerking. Mocht het onverhoopt toch voorkomen dat een geschil is ontstaan, die niet door partijen onderling kan worden opgelost, dan kan men trachten een alternatieve vorm van conflictoplossing aan te wenden. Hieronder zullen diverse vormen van alternatieve conflictoplossing worden behandeld.

3.2.1 Mediation

Mediation is een vorm van conflictbeslechting, waar partijen op vrijwillige basis het conflict gezamenlijk proberen op te lossen met behulp van een onafhankelijke mediator.

De mediator probeert samen met partijen alle belangen en standpunten helder te krijgen. De mediator neemt zelf geen standpunt in. Bij mediation geven beide partijen hun visie over het conflict. Door op deze manier naar elkaar te luisteren is het eenvoudiger om een oplossing tot stand te laten komen. De mediator probeert partijen samen tot een oplossing te laten komen. De bereidheid van partijen is van groot belang voor het succes van mediation. Indien men tot een oplossing is gekomen, wordt deze oplossing met de daarbij behorende afspraken vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst.²⁴ Mochten partijen niet tot een oplossing komen, dan zal het geschil in een arbitrale of gerechtelijke procedure moeten worden beslecht. Het nadeel is dat bij een dergelijke procedure veelal sprake is van een winnaar en een verliezer. Bij mediation is hiervan geen sprake, hier is vaak sprake van een “win-win situatie”, zowel voor partijen als voor de onderneming. De partijen zijn dan tot een oplossing gekomen waar zij beiden achter staan. Het voordeel van mediation boven een arbitrale of gerechtelijke procedure is dat het veel goedkoper is en het geschil binnen een korter tijdbestek kan worden opgelost. De kosten van mediation worden verdeeld tussen de partijen. Tevens is mediation vertrouwelijk, dit in tegenstelling tot een gerechtelijke procedure. De buitenwereld heeft geen weet van het conflict, dit kan bevorderlijk zijn voor de relatie met externe partners. Wanneer zij vernemen dat de onderneming waarmee zij zaken doen in een gerechtelijke procedure is verwickeld, kan het vertrouwen in de onderneming afnemen. Een ander voordeel van mediation is dat partijen zelf actief naar een oplossing

²⁴ Art. 7:900 e.v. BW

moeten zoeken. Wanneer de oorzaak van het conflict uitsluitend juridisch is of als het conflict uitsluitend een behandeling door deskundigen vraagt, is mediation niet zinvol.

Partijen kunnen een mediationbeding opnemen in de statuten of aandeelhoudersovereenkomst. Indien een dergelijk beding niet is overeengekomen, kan men bij een eventueel geschil alsnog overeenkomen om mediation te betrachten. Het is verstandig om tevens een regeling te treffen voor het geval mediation niet tot een oplossing leidt.

3.2.2 Bindend advies

Het geschil kan ook worden voorgelegd aan een bindend adviseur. Bindend advies kan op twee manieren voorkomen:

- 1) partijen kunnen in de statuten of aandeelhoudersovereenkomst opnemen dat ten aanzien van een bepaalde vraag een derde een beslissing neemt, dit heet een eigenlijk bindend advies;
- 2) de meest bekende vorm is het oneigenlijk bindend advies. Hierbij wordt bij een geschil door een onpartijdige derde een bindende beslissing genomen.²⁵

Nakoming van het bindend advies vindt op gelijke wijze plaats als nakoming van een overeenkomst. Eventueel zal daarom nog een gang naar de rechter moeten worden gemaakt. Bindend advies is niet in de wet geregeld. De vaststellingsovereenkomst, titel 15 van boek 7 BW, vormt het juridische kader voor het bindend advies.²⁶ Het is van belang om in de statuten of aandeelhoudersovereenkomst een bepaling op te nemen waarin bij een eventueel conflict bindend advies wordt overeengekomen. Bindend advies ligt dicht bij mediation. Het wezenlijke verschil is dat de bindend adviseur zelf een advies/oplossing teweeg brengt. Bij mediation moeten partijen gezamenlijk tot een oplossing proberen te komen, de mediator neemt geen standpunt in.

3.2.3 Arbitrage

De procedure voor arbitrage is geregeld in art. 1020 e.v. RV. Een uitspraak van een arbiter of arbitraal college kan uiteindelijk op dezelfde wijze als een rechterlijk vonnis geëxecuteerd worden. Arbitrage kan verplicht worden opgelegd door een dergelijke bepaling op te nemen in de statuten of aandeelhoudersovereenkomst. Indien een partij alsnog naar de rechter gaat, moet de rechter zich onbevoegd verklaren tenzij de overeenkomst tot arbitrage ongeldig is. Arbitrale vonnissen zijn slechts in heel beperkte mate en op grond van strikt wettelijke gronden aantastbaar. De bedoeling van de wettelijke regeling van arbitrage is dat, zoveel als mogelijk, arbitrage in de plaats komt van een gerechtelijke uitspraak en er geen verdubbeling van procedures plaatsvindt, doordat na afloop van arbitrage ook nog eens doorgeprocedeerd wordt voor de rechter.²⁷ De geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage moet worden beoordeeld volgens het daarop toepasselijk formeel en materieel recht.²⁸ De voordelen van arbitrage zijn: de deskundigheid van de arbiters en de vertrouwelijkheid van arbitrage. Bovendien kunnen arbiters ook rekening houden met bepaalde maatstaven en gebruiken in een bepaalde sector. Snelheid en lage kosten kunnen in redelijkheid niet als voordelen van arbitrage genoemd worden, omdat op beide punten arbitrage vaak blijkt tegen te vallen. In dit onderzoek wordt, zoals aangegeven in de randvoorwaarden, niet verder ingegaan op arbitrage.

²⁵ Brenninkmeijer e.a. 2003, p. 7

²⁶ Brenninkmeijer e.a. 2003, p. 7

²⁷ Brenninkmeijer e.a. 2003, p. 8

²⁸ Conform art. 1020 en art. 1073 RV

3.3 Gerechtelijke procedures

Indien het probleem niet door middel van de statuten of aandeelhoudersovereenkomst kan worden opgelost en een alternatieve geschiloplossing ook geen mogelijkheid meer is, is de tussenkomst van een derde door middel van een gerechtelijke procedure de enige oplossing. Helaas is het conflict nu dermate geëscaleerd dat alleen een uitspraak van de rechter hieraan een einde kan maken. In de meeste gevallen kan de oplossing al op voorhand worden gegeven, namelijk ontbinding van de samenwerking of zelfs de ontbinding van de BV. Het is jammer dat partijen samen niet uit het conflict komen, want procederen kost tijd en geld, in de meeste gevallen veel geld. Tevens kan hierdoor (ernstige) schade worden berokkend aan de reputatie van de rechtspersoon, het kan voor interne onrust zorgen en leiden tot verlies van de goede naam bij contractspartijen. Het is daarom verstandig goed te overwegen of een gerechtelijke procedure de enige oplossing is voor het beslechten van het conflict.

Voor het beslechten van conflicten bij rechtspersonen is een aantal procedures opgenomen in boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. De voornaamste procedures voor een quasi-vof zijn de enquêteprocedure en de geschillenregeling. Naast de enquêteprocedure en de geschillenregeling is het mogelijk om een vordering in te stellen tot vaststelling van de nietigheid en vernietiging van besluiten op grond van art. 2:14 en art. 2:15 BW. Deze procedure is echter niet relevant voor conflicten in een quasi-vof. Wanneer ondernemers in een 50/50-verhouding in een patstelling tegenover elkaar komen te staan, komt er geen besluit tot stand. Wanneer geen besluit tot stand komt, kan deze ook niet nietig worden verklaard of worden vernietigd. Een dergelijke procedure is daarom niet van toepassing op conflicten tussen twee aandeelhouders die tevens bestuurder zijn en in een impasse zijn geraakt. De ruziesplitsing van art. 2:334cc BW is een mogelijkheid om uit elkaar te gaan. Wanneer de ondernemers ruzie krijgen, kan de onderneming worden verdeeld naar soort of regio van activiteiten (of anderszins). De onderneming wordt dan zo gesplitst dat A aandeelhouder wordt in de nieuw op te richten of bestaande BV A en B in de op te richten of reeds bestaande BV B. Het splitsingsvoorstel vermeldt dan volgens welke criteria de verdeling is vastgesteld. De wet dwingt de partners hierover overeenstemming te bereiken.²⁹ De ruziesplitsing is een goede mogelijkheid wanneer partners samen tot deze overeenstemming kunnen komen, maar indien het conflict al dusdanig is geëscaleerd, is de ruziesplitsing geen mogelijkheid meer. In dit rapport zullen, om bovengenoemde redenen, alleen de geschillenregeling en de enquêteprocedure worden besproken.

3.3.1 De geschillenregeling³⁰

De geschillenregeling is in 1989 ontstaan naar aanleiding van de OK-rechtspraak in enquêtes over impasses: een bestuurder kan wel worden ontslagen, maar gedwongen beëindiging van het aandeelhouderschap was niet mogelijk. De geschillenregeling is bedoeld om ruzies tussen aandeelhouders te beslechten. Via gedwongen overdracht of overname van aandelen kan een definitieve oplossing van de bestaande geschillen worden bereikt.

Procedure

Op basis van art. 2:337 BW wordt voorrang gegeven aan regelingen die de oprichters-aandeelhouders zelf zijn overeengekomen voor de beslechting van geschillen. Wanneer de statuten of een overeenkomst een regeling bevatten voor de oplossing van conflicten tussen aandeelhouders, dan is de eiser niet ontvankelijk. Tenzij gebleken is dat die regeling niet kan worden toegepast. Door middel van deze bepaling wordt aandacht besteed aan het voorkomen van escalerende conflicten die alleen nog maar door een rechter kunnen worden beslecht. De wetgever heeft dus ook de voorkeur gegeven om een conflict eerst middels een

²⁹ Raaijmakers 2006, p. 516

³⁰ Art. 2:335 e.v BW

eigen regeling op te lossen. Indien hiermee geen oplossing teweeg kan worden gebracht, kan een geschillenregeling worden aangewend.

De geschillenregeling kan in twee vormen worden toegepast, namelijk door:

- ❖ uitstoting; en
- ❖ uitkoop.

Uitstoting, art. 2:336 BW

Een of meer aandeelhouders die ten minste een derde van het geplaatste kapitaal verschaffen kunnen de uitstoting vorderen van een aandeelhouder die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt dat het voortbestaan van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld. De BV zelf kan geen vordering instellen, art. 2:336 lid 2 BW. Het gaat om die gedragingen die het functioneren van de BV in gevaar brengen en de besluitvorming verlammen, zoals bijvoorbeeld bij impasses tussen aandeelhouders die tevens bestuurder zijn. Uitstoting is een 'dwangexit' en daarbij dient de vergoeding (prijs) te worden vastgesteld.

De eiser(s) heeft niet het recht zich terug te trekken tijdens de procedure, ook al is de prijs hoger dan zij hadden verwacht. Op dit punt verschilt de geschillenregeling met die van een statutaire aanbiedingsregeling ex art. 2:195 BW.

Uitkoop, art. 2:343 BW

Een aandeelhouder die door gedragingen van een of meerdere aandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd, kan vorderen dat zijn medeaandeelhouders hem uitkopen. In tegenstelling tot de uitstoting, is het voor het instellen van de vordering tot overname niet noodzakelijk dat de eiser tenminste een derde van het geplaatste kapitaal verschaft. Evenmin wordt hier de nadere eis gesteld dat het belang van de vennootschap moet zijn geschaad.

De eiser kan, indien de gedaagde aandeelhouder jegens hem tevens onrechtmatig heeft gehandeld, naast de vordering tot overname van de aandelen een vordering tot schadevergoeding instellen. Veel bepalingen van de gedwongen overdracht zijn van toepassing op de uitkoop. Tegen het vonnis van de rechtbank tot uitstoting of uittreding kan hoger beroep bij de OK worden ingesteld en is tevens cassatie mogelijk. Pas als het vonnis onherroepelijk is geworden, worden deskundigen benoemd die zullen adviseren over de prijs. Na ontvangst van dit advies bepaalt de rechtbank de prijs van de aandelen in een eindvonnis. Ook tegen dit vonnis kan men in hoger beroep komen en is cassatie mogelijk.

3.3.2 De enquêteprocedure³¹

Het enquêterecht werd in 1928 geïntroduceerd in Nederland. De enquêteregeling was oorspronkelijk bedoeld voor de NV en de coöperatieve vereniging. Het was voornamelijk ingevoerd om de belangen van minderheidsaandeelhouders te beschermen tegen meerderheidsmacht. Tot 1970 bleef het enquêterecht een dode letter. In 1968 presenteerde de Commissie-Verdam een voorontwerp van wet tot wijziging van het enquêterecht. Dat voorontwerp is door de SER met instemming ontvangen en door de wetgever overgenomen. Deze wetswijziging heeft geleid tot meer verzoeken tot een enquêteprocedure. Na de introductie van de BV werd de regeling ook op deze rechtsvorm van toepassing verklaard. Vooral aandeelhouders maakten, om tot een oplossing te komen bij impassezaken, gebruik van het "nieuwe" enquêterecht. Bij twijfel aan een juist beleid en gang van zaken van een rechtspersoon kan hiernaar onderzoek worden gedaan door middel van een

³¹ Art. 2:344 e.v. BW

enquêteprocedure. Kenmerkend voor de enquêteprocedure is dat het een procedure in één feitelijke instantie betreft, namelijk de OK van het Hof Amsterdam.

De procedure

Aan het einde van dit hoofdstuk wordt schematisch weergegeven hoe de enquêteprocedure verloopt. Een enquête kan worden verzocht tegen een coöperatie, een onderlinge waarborgmaatschappij, BV en NV, een EESV, SE en een 'nijvere' stichting en vereniging met volledige rechtsbevoegdheid. De personen die bevoegd zijn om een verzoekschrift in te dienen zijn vermeld in art. 2:346 jo 2:347 BW. Bij de BV kunnen de aandeelhouders of certificaaathouders als het totale nominale bedrag van hun aandelen en certificaten of ten minste 10% van het geplaatste kapitaal of € 225.000,- bedraagt (dat bedrag kan in de statuten lager, maar niet hoger worden gesteld), een verzoekschrift indienen.³² De rechtspersoon zelf kan (nog) niet een enquête bij zichzelf verzoeken.

Gelijktijdig met het verzoek om enquête, kan om onmiddellijke voorzieningen op grond van art. 2:349a BW worden verzocht. Deze mogelijkheid is ingevoerd in 1994. Het laat nu niet alleen toe dat tijdens het onderzoek onmiddellijke voorzieningen kunnen worden getroffen, maar ook wanneer de OK dat onderzoek nog niet heeft bevolen. De verzoekers vragen in het verzoekschrift om het instellen van een onderzoek naar het beleid van de vennootschap en tevens om het treffen van onmiddellijke voorzieningen, de OK kan deze niet ambtshalve treffen. Beide verzoeken worden door de OK apart behandeld. Zij behandelt eerst het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Partijen worden op de zitting over het treffen van onmiddellijke voorzieningen gehoord, waarna de OK een mondelinge beslissing geeft. Deze beslissing en de gronden daarvoor worden aangetekend in het proces-verbaal van de zitting.³³ Bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen komt de OK een grote mate van vrijheid toe. Tevens kan de OK andere voorzieningen treffen dan waarom is verzocht. Dit heeft de HR in zijn Zwagerman-beschikking³⁴ beslist. Doordat de OK onmiddellijke voorzieningen kan treffen kan tot op zekere hoogte gesproken worden van een betrekkelijk exclusieve vennootschapsrechtelijke kort geding jurisdictie van de OK.³⁵ De gewone rechter heeft in zijn uitspraak van 7 november 1996³⁶ beslist dat voor de President in kort geding (nu: voorzieningenrechter) in beginsel geen taak is weggelegd als het conflict betrekking heeft op terreinen die onder de jurisdictie van de OK vallen.³⁷

Nadat partijen over het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen zijn gehoord, wordt door de OK een datum vastgesteld waarop het verzoek tot het instellen van een onderzoek (het bodemgeschil) zal worden behandeld.³⁸ De OK kan het verzoek tot enquête toewijzen of afwijzen. Indien het verzoek om enquête wordt toegewezen, dan benoemt de OK een of meerdere onderzoekers. Deze onderzoeker verricht dan onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon, hierbij kan hij worden beperkt tot een bepaald gedeelte van het onderzoek of tot een bepaald tijdvak.³⁹ De onderzoeker kan gezien worden als een (onafhankelijke) deskundige. De OK is vrij in de keuze van onderzoekers. De wet geeft hier geen richtlijnen voor.

De uitkomst van het onderzoek moet de onderzoeker vastleggen in een verslag. Dat verslag dient hij te ondertekenen en zo nodig met bijlagen ter griffie van de OK te deponeren.⁴⁰ Art. 2:355 lid 1 BW geeft de mogelijkheid dat de OK maatregelen neemt, indien de feiten die in

³² art. 2:346 sub b BW

³³ Geerts 2004, p. 243 en 244

³⁴ HR 1 maart 2002, NJ 2002, 296 (Zwagerman)

³⁵ Geerts 2004, p. 8,9

³⁶ Hof Amsterdam 7 november 1996, P.G. gepubliceerd in KG 1997,3 en TVVS 1997, p. 56 m.nt. Geerts

³⁷ Willems 2000, p. 39

³⁸ Geerts 2004, p. 244

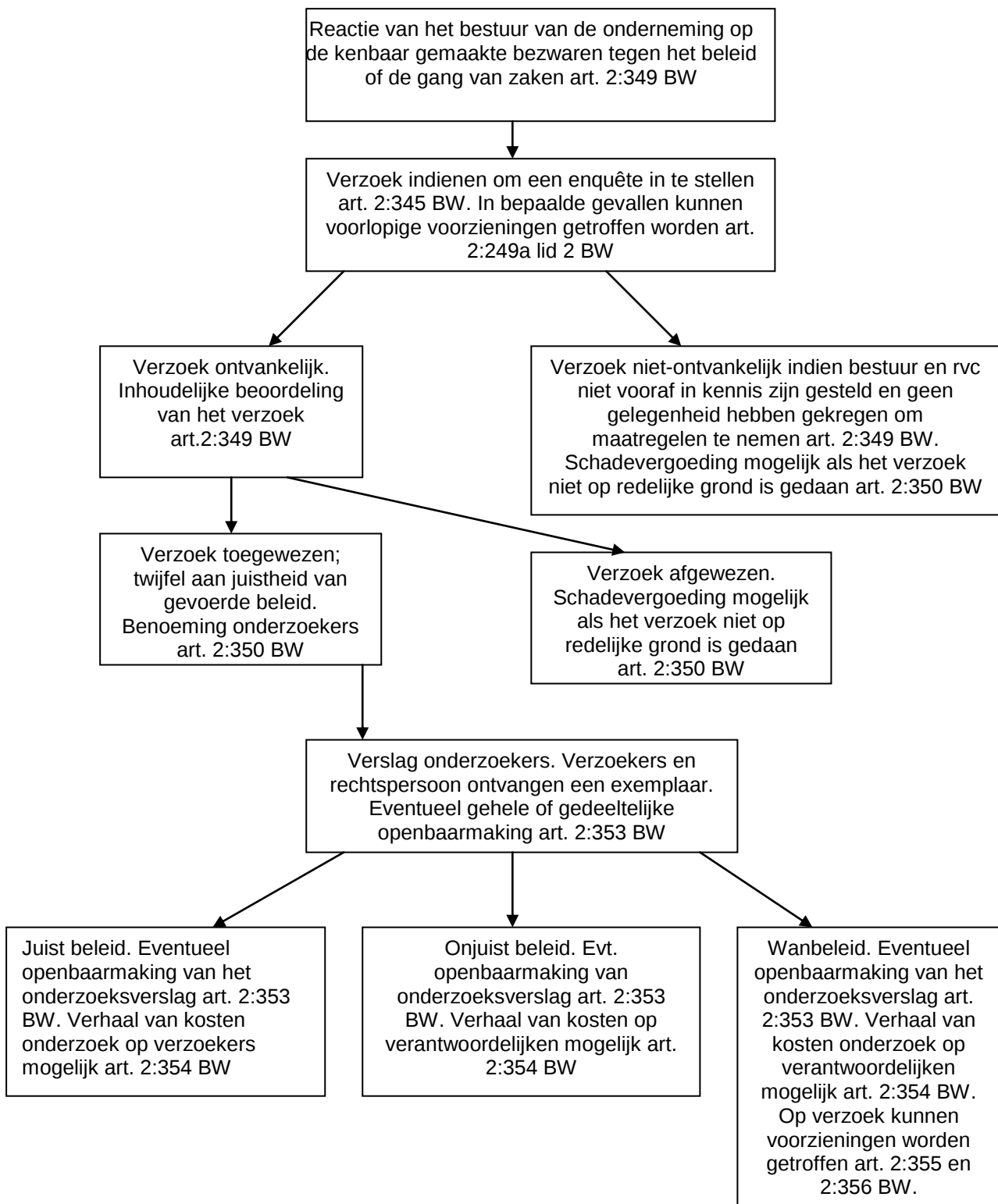
³⁹ art. 2:345 lid 1 BW

⁴⁰ Art. 198 lid 4 Rv

het verslag zijn vastgesteld kunnen worden gekwalificeerd als wanbeleid. De OK merkt een impasse aan als wanbeleid van de rechtspersoon. De voorzieningen kunnen slechts worden getroffen, wanneer aan de OK het verzoek daartoe is gedaan. Als de OK heeft vastgesteld dat van wanbeleid sprake is, bindt deze uitspraak behoudens cassatie degenen die, eisend of verwerend in die procedure betrokken waren. De uitspraak stelt daarmee echter niet bindend vast of aan iemand persoonlijk voor het wanbeleid een verwijt kan worden gemaakt en of iemand persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld. Op grond van de Ogem-beschikking heeft een enquête niet slechts het doel te hebben de gezonde verhoudingen binnen de rechtspersoon te herstellen door maatregelen van re-organisatorische aard. Tevens kan het erom gaan dat opening van zaken gegeven wordt en dat de verantwoordelijkheid voor mogelijk wanbeleid vast te staan. Ook kan van de mogelijkheid van een enquête een preventieve werking uitgaan. Daarom mag worden volstaan met de uitspraak dat van wanbeleid sprake is, zonder dat de OK verplicht is één of meer van de in art. 2:356 BW genoemde voorzieningen te treffen, aldus de Ogem-beschikking.⁴¹ De OK kan, op verzoek van de oorspronkelijke verzoekers, de voorzieningen treffen die zijn opgesomd in art. 2:356 BW. Deze voorzieningen zijn limitatief. De OK kan één voorziening, maar ook meerdere voorzieningen treffen. Tevens is zij niet gebonden aan het verzoek van de verzoekers. Zij is vrij in het nemen van voorzieningen. Op één na bieden de voorzieningen op grond van art. 2:356 BW geen definitieve oplossing wanneer partijen uit elkaar willen. Alleen de ontbinding van de rechtspersoon is een definitieve oplossing. De ontbinding van rechtspersoon is het ultimum remedium. Hierdoor wordt de BV in zijn geheel ontbonden. Dit is natuurlijk geen oplossing voor de rechtspersoon zelf. Partijen zijn nu wel uit elkaar, maar de BV bestaat nu ook niet meer. De enquêteprocedure is niet geschikt wanneer partijen definitief uit elkaar willen, maar hier samen niet uitkomen. Tegen beschikkingen van de OK kan geen hoger beroep worden ingesteld, cassatie kan echter wel worden ingesteld.

⁴¹ HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 m.nt. Maeijer (Ogem)

Verloop enquêteprocedure⁴²:



⁴² Koppenol 2004, p. 346

4. Conflictbeslechting quasi-vof in praktijk

In het voorgaande hoofdstuk is weergegeven op welke manieren een conflict in theorie kan worden beheerst, op een alternatieve manier kan worden opgelost en via een rechter kan worden beslecht. In dit hoofdstuk zal worden weergegeven hoe de conflictbeslechting in de praktijk wordt toegepast.

4.1 Conflictbeheersing

Een conflict voorkomen lukt helaas niet altijd, maar de hoge (onnodige) kosten die nodig zijn voor het beslechten van het conflict kunnen echter wel worden voorkomen. Mijn vermoeden is dat bij de oprichting van een BV niet voldoende aandacht wordt besteed aan het inrichten van de BV. Mijn vermoeden wordt bevestigd door de doctrine en door de heer van Zandvoort. Een aantal bekende schrijvers op het gebied van conflicten binnen het ondernemingsrecht zijn prof. Mr. M.J.G.C. Raaijmakers, mr. P.G.F.A. Geerts en mr. J.H.M. Willems. De BV wordt geregeerd door de wettelijke regels en de statuten. Uit de praktijk blijkt dat de statuten veelal als een standaard pakket wordt afgenomen bij de notaris. De heer van Zandvoort geeft aan dat de meeste ondernemers de statuten nog nooit hebben doorgelezen. Zij weten dus überhaupt niet wat er is vastgelegd. Ondernemers willen hier ook niet over nadenken bij het begin van hun samenwerking. De ondernemers hebben het vaak druk met de activiteiten van de onderneming en laten het daarbij na om duidelijke afspraken te maken over de samenwerking.⁴³

In de statuten kunnen bepalingen worden opgenomen omtrent eventuele conflicten en conflictbeslechting. Indien dergelijke bepalingen in de statuten worden opgenomen zullen partijen eerst aan deze bepalingen trachten te voldoen alvorens een gerechtelijke procedure aan te wenden. Tevens is het mogelijk om afspraken tussen aandeelhouders vast te leggen in een aandeelhoudersovereenkomst. Ook hierin kunnen bepalingen omtrent eventuele problemen en conflictbeslechting worden opgenomen. Uit de praktijk blijkt dat er naast de standaardstatuten vaak geen aandeelhoudersovereenkomst wordt opgesteld. Men moet zich afvragen of men gebruik wil maken van uitgebreide statuten zonder aandeelhoudersovereenkomst of juist van beknopte standaardstatuten met een uitgebreide aandeelhoudersovereenkomst.

Men kan een conflict bij een BV beheersen door duidelijke afspraken te maken in de statuten en/of in een aandeelhoudersovereenkomst. Nadere afspraken worden meestal niet opgenomen in de statuten. Een van de redenen is dat de statuten openbaar zijn. Wanneer de afspraken over samenwerking in de statuten wordt opgenomen kunnen derden ook kennis nemen van deze afspraken. Tevens moeten de statuten worden gewijzigd wanneer er een wijziging plaatsvindt in de afspraken die in de statuten zijn opgenomen. Dit houdt in dat men hiervoor naar de notaris moet, wat extra tijd en geld kost. Een andere reden is dat het “op maat” laten opstellen van statuten meer geld kost dan het afnemen van de standaardstatuten. Veel ondernemers kiezen door de hierboven genoemde redenen voor de standaardstatuten. In de standaardstatuten zijn alle wettelijke regelingen vastgelegd, de nadere (samenwerkings-)afspraken echter niet. Naar huidig Nederlands recht wordt zeer terughoudend geoordeeld over de mogelijkheid om in de statuten zelf gestalte te geven aan nevenafspraken, omdat de statuten meer betrekking hebben op de persoon van de partners dan op hun kapitaalbreng in de BV. Daarom kan naast de standaardstatuten een zogenaamde aandeelhoudersovereenkomst worden afgesloten, waarin aanvullende afspraken kunnen worden opgenomen.⁴⁴ De aandeelhoudersovereenkomst is als het ware een aanvulling op de statuten.

⁴³ Interview dhr. van Zandvoort 2009 (zie bijlage II)

⁴⁴ Raaijmakers 2006, p. 229

In de praktijk wordt bij een quasi-vof nog niet veelvuldig gebruik gemaakt van een aandeelhoudersovereenkomst. Dergelijke aandeelhoudersovereenkomsten worden in de meeste gevallen opgesteld bij ingewikkelde aandeelhoudersverhoudingen. Bij een quasi-vof laten de ondernemers het meestal bij de standaardstatuten, zij willen niet op voorhand al discussiëren over problemen die er (nog) niet zijn. De statuten bevatten dan geen nadere werkafspraken. Wanneer zich dan onverhoopt vervelende of onvoorziene omstandigheden voordoen, schieten de statuten vaak tekort. Succes is het belangrijkste doel dat wordt nagestreefd bij de samenwerking. Zolang het goed gaat met de onderneming, zal het ontbreken van aanvullende afspraken niet leiden tot problemen. Toch is het ook hier van belang om duidelijke afspraken te maken. Door duidelijke schriftelijke afspraken te maken kunnen vooraf ingewikkelde zaken worden geregeld en mogelijke zakelijke geschillen worden voorkomen. Wanneer deze geschillen ontstaan zonder dat van te voren afspraken zijn gemaakt, kan het leiden tot lange, onzekere en kostbare procedures die niet of nauwelijks zonder advocaat of adviseur kunnen worden opgelost. Het is vervelend om bij het aangaan van de samenwerking al direct te moeten discussiëren over bepaalde problemen die er (nog) niet zijn. Toch is dit erg belangrijk, de basis van de samenwerking wordt hiermee gelegd. Deze discussie werkt ook preventief, want partijen weten nu welke gevolgen het heeft als een conflict niet gezamenlijk wordt opgelost. Hierdoor proberen zij het eerst onderling op te lossen.

De heer Willems gaf tijdens het interview aan dat het in de praktijk wel eens voorkomt dat een klein gedeelte (1%) van de aandelen wordt uitgegeven aan een onafhankelijke derde, die verder niets te maken heeft met de vennootschap. Wanneer dan een impasse ontstaat tussen de aandeelhouders die ieder 49% van de aandelen bezitten, kan deze onafhankelijke derde de impasse doorbreken. Deze derde is dan een soort bemiddelaar met bevoegdheden, doordat hij een klein gedeelte van de aandelen bezit. Men moet met deze onafhankelijke derde wel goede en duidelijke afspraken maken omtrent de uitoefening van zijn aandeelhoudersrechten. In de aandeelhoudersovereenkomst kunnen afspraken worden gemaakt omtrent de terugkooprechten van deze aandelen. Indien de aandeelhouders van mening zijn dat zij geen behoefte meer hebben aan deze onafhankelijke derde, kunnen zij ieder 1% van de aandelen terugkopen. Het nadeel is dat de onafhankelijke derde wel via de wet en statuten alle aandeelhoudersrechten krijgt toegekend, die de andere aandeelhouders ook hebben. Men moet ervoor waken dat deze onafhankelijke derde geen misbruik gaat maken van zijn rechten. Dit kan helaas niet geheel door een aandeelhoudersovereenkomst worden voorkomen.⁴⁵ Wat men dan kan doen is pas de aandelen uitgeven zodra er sprake is van een impasse. Zodra de derde zijn stem heeft uitgebracht, kunnen de aandeelhouders de aandelen van de derde terugkopen. Een praktische oplossing is dit niet, want hiervoor moet telkens een statutenwijziging plaatsvinden. Men kan een stichting oprichten waaraan het aandeel wordt overgedragen. De derde neemt dan, in geval van een impasse, zitting in het bestuur van die stichting. Een andere optie is om in de statuten of aandeelhoudersovereenkomst een onafhankelijke derde te benoemen die een bindend advies geeft omtrent het geschil⁴⁶. Het voordeel hiervan is dat deze derde geen aandeelhoudersrechten krijgt toegekend. Een bindend advies is vooral nuttig bij discrepantie over de prijs van de aandelen. Wanneer een aandeelhouder beslist dat hij zijn aandelen wil overdragen, dan moet alleen de prijs nog worden vastgesteld. In de statuten of aandeelhoudersovereenkomst kan dan worden afgesproken dat een onafhankelijke derde, bijvoorbeeld een accountant, de prijs van de aandelen vaststelt. Indien men dit vastlegt moet men ook vastleggen dat, ook al is men het niet eens met de prijs, de aandelen te allen tijde worden overgedragen. Wanneer men dit niet afsprekt kan de aandeelhouder zijn voorstel tot overdracht van aandelen weer intrekken als hij het niet eens is met de prijs van de aandelen. Partijen moeten in de aandeelhoudersovereenkomst tevens uitsluiten dat er bij ontevredenheid over het advies alsnog naar de rechter wordt gegaan. Als men dit niet

⁴⁵ Waaijer 1996, p. 82

⁴⁶ Waaijer 1996, p. 83

uitsluit, heeft men nog niets aan het bindend advies. Op enig moment moet er een bindend besluit tot stand komen. Het maakt niet uit of dat bij arbitrage, de rechtbank, het hof, de Hoge Raad of middels bindend advies gebeurt. De procedure waarop het bindend advies tot stand moet komen, kan nader worden uitgewerkt in de aandeelhoudersovereenkomst. Partijen moeten goed overwegen of zij dergelijke bepaling willen opnemen. Indien zij dat doen, moeten zij ervoor waken dat de derde onafhankelijk blijft. Zij moeten hierover duidelijke afspraken maken.

In de praktijk is het nog niet duidelijk of en zo ja, in welke gevallen de rechter de met de aandeelhoudersovereenkomst beoogde rechtsgevolgen tussen partijen, maar ook voor de interne deelrechtsorde van de vennootschap zal honoreren. De aandeelhoudersovereenkomst komt tot stand buiten de organen van de vennootschap. De vereisten voor geldige beraadslaging en besluitvorming door deze organen zijn niet van toepassing bij de aandeelhoudersovereenkomst. Het vennootschapsrecht heeft geen invloed op deze overeenkomsten. Doordat de aandeelhoudersovereenkomst geen vennootschapsrechtelijke werking heeft, wordt in de praktijk vaak torenhoge boetebedingen opgenomen. Wat vennootschapsrechtelijk geen werking heeft, wordt langs de contractuele weg feitelijk afgedwongen.⁴⁷

Het vennootschapsrecht beheerst slechts de interne werking van de vennootschap. In de rechtspraak wordt erkend dat handelen in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst ook strijd met de goede trouw in vennootschapsrechtelijke zin kan betekenen. De grondslag voor de goede trouw in vennootschapsrechtelijke zin is gelegen in art. 2:8 BW.⁴⁸ De aard van de samenwerking en de wijze waarop partijen de samenwerking vorm hebben gegeven door het aangaan van een aandeelhoudersovereenkomst en de oprichting van een BV als de rechtsvorm waarin het persoonlijk ondernemerschap wordt vorm gegeven, vormt de richtsnoer voor de uitleg van de statuten en bepalen daarmee feitelijk hoe de norm van art. 2:8 BW in besloten verhoudingen moet worden ingekleurd. Dit betekent dat men zich ten aanzien van de uitleg van de statuten niet kan beperken tot een objectieve en strikt grammaticale lezing van de tekst van de statuten. Aan de hand van de “haviitex-formule” zal bij de uitleg van intern-organisatorische regels in de statuten van de quasi-vof achterhaald moeten worden wat de motieven en bedoelingen zijn van degenen die de statuten hebben opgesteld. Een aandeelhoudersovereenkomst is hiervoor richtinggevend.⁴⁹ De heer Willems geeft in zijn interview aan dat de OK rekening houdt met afspraken die zijn vastgelegd in de aandeelhoudersovereenkomst.

4.2 Alternatieve conflictoplossing

Indien een geschil ontstaat, ondanks van te voren goed vastgelegde afspraken, is mediation een goede vorm van alternatieve geschiloplossing. Bij mediation wordt gekeken naar een oplossing die zowel in het belang is van beide partijen als voor de onderneming. Doordat een conflict vaak een emotionele lading bevat, denken partijen alleen nog maar aan hun eigen belang. Wanneer mediation met succes wordt toegepast zal dit bevorderlijk zijn voor de samenwerking en de continuïteit van de onderneming. Partijen zijn dan gezamenlijk tot een oplossing gekomen en staan beide ook achter deze oplossing. Mediation kan bij vrijwel alle soorten geschillen worden toegepast, ongeacht de omvang van het geschil of de aard van het bedrijf. Bij mediation wordt gekeken naar de belangen van partijen en niet naar de juridische standpunten. Hierdoor wordt een betere sfeer gecreëerd dan wanneer men over en weer juridische standpunten ter sprake brengt. Men kan tot oplossingen komen die niet middels een gerechtelijke procedure tot stand komen. De heer van Zandvoort merkt nu dat er weinig gebruik wordt gemaakt van mediation. De reden hiervoor is dat de ondernemers

⁴⁷ Van der Sangen 2003

⁴⁸ De kluiver e.a. 2004, p. 3

⁴⁹ Van der Sangen 2003

geen geld willen uitgeven aan mediation. Dit komt mede door de economische crisis. De heer van Zandvoort heeft al veel mediations gedaan. Voornamelijk tussen vennoten die ruzie hebben. Door middel van communicatietechnieken probeert de heer van Zandvoort partijen weer aan het communiceren te krijgen. Hij kijkt waar de pijnpunten liggen en probeert deze weg te nemen. De heer van Zandvoort vindt dat mediation meer zou moeten worden toegepast. Het probleem bij ondernemers is dat zij vaak gelijk willen hebben. De ondernemer ziet meestal alleen zijn eigen belangen. Het gaat om macht. Mediation is dan lastig toe te passen, ze willen allebei niet toegeven. In de meeste gevallen wachten de ondernemers te lang met het oplossen van het conflict. Hierdoor kan het conflict in de tussentijd escaleren en is mediation niet mogelijk meer. De meeste mediations zijn geslaagd, maar als het probleem echt vast zit dan heeft mediation geen zin. Dan kan alleen een uitspraak van de rechter een oplossing bieden. Een mediationbeding opnemen in de statuten of aandeelhoudersovereenkomst heeft geen zin als partijen niet bereid zijn tot mediation.⁵⁰

Bindend advies is een goede aanvulling op mediation. Partijen kunnen afspreken dat zij, in plaats van een gang naar de rechter te maken, een onafhankelijke derde een beslissing laten nemen. Bij conflictbeheersing in paragraaf 4.1 is al weergegeven hoe zij een dergelijke bepaling kunnen opnemen in de statuten of aandeelhoudersovereenkomst. Doordat bij het aangaan van de samenwerking bij een quasi-vof niet veel aandacht wordt besteed aan de interne organisatie en afspraken over de samenwerking, wordt bindend advies niet vaak overeengekomen. Wanneer dit niet van te voren is overeengekomen en er een conflict ontstaat, zal bindend advies niet gemakkelijk tot stand komen. De heer van Zandvoort komt dergelijk gemaakte afspraken ook niet vaak tegen.

4.3 Gerechtelijke procedures

Indien een conflict ontstaat tussen aandeelhouders die 50% van de aandelen bezitten en tevens bestuurder van een BV zijn, dat niet meer gezamenlijk kan worden opgelost, is er geen adequate gerechtelijke procedure die beslist dat partijen definitief uit elkaar kunnen. De heer Willems geeft aan dat men het zicht op de werkelijkheid achter de BV niet mag verduisteren. Die werkelijkheid daarachter is niet die van juristen maar van de gebruikers van de rechtsvorm. Deze gebruikers zijn gewone mensen, die een conflict kunnen hebben en wel zo hoog oplopen dat er nog maar één oplossing mogelijk is en dat is uit elkaar gaan.⁵¹ De heer Willems geeft hier duidelijk weer dat men teveel ingaat op de structuur van de BV. Het maakt niet uit voor welke rechtsvorm men kiest. Problemen kunnen in elk verband ontstaan. Het verschil zit hem echter in de mogelijkheden waarop zij uit elkaar kunnen. Bij een vof kan men gemakkelijker zonder rechter uit elkaar, maar indien problemen ontstaan omtrent financiën e.d. zal men ook de rechter moeten vragen om een uitspraak. Bij de BV kan men uit elkaar door middel van het aanbieden van de aandelen. Het probleem dat hier in de meeste gevallen ontstaat gaat over de prijs van die aandelen. De ene aandeelhouder vindt dat de aandelen meer waard zijn dan de andere aandeelhouder. Wanneer partijen het niet eens worden, ook niet middels een alternatieve vorm van geschiloplossing, dan moeten ook zij verzoeken om een uitspraak van de rechter. Het nadeel is echter dat in de huidige situatie geen adequate exitregeling is.

4.3.1 De geschillenregeling

De geschillenregeling is een oplossing voor partijen om definitief uit elkaar te kunnen. Helaas werkt de geschillenregeling in de praktijk niet goed. Dit standpunt wordt door vele schrijvers onderschreven. Sinds 1989 zijn er nog maar slechts 17 à 18 procedures gevoerd, dit zegt al genoeg over de toepasbaarheid van de geschillenregeling. De reden hiervoor is voornamelijk gelegen in het feit dat een geschillenregeling jaren kan duren. Tegen het vonnis van de

⁵⁰ Interview dhr. van Zandvoort 2009 (zie bijlage B)

⁵¹ Willems, 'geschillen en exitmogelijkheden'. P. 79

rechtbank tot uitstoting of uittreding kan hoger beroep bij de OK worden ingesteld en is tevens cassatie mogelijk. Pas als het vonnis onherroepelijk is geworden, worden deskundigen benoemd die zullen adviseren over de prijs. Na ontvangst van dit advies bepaalt de rechtbank de prijs van de aandelen in een eindvonnis. Ook tegen dit vonnis kan men in hoger beroep komen en is cassatie mogelijk. Deze vonnissen kunnen tevens niet uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.⁵² Een bekend voorbeeld voor het aantonen van gebreken in de geschillenregeling is de procedure inzake de familie Hooymans.⁵³ Deze procedure startte op 8 november 1993 en duurt nog steeds voort. Als tweede bezwaar tegen de geschillenregeling wordt genoemd de omstandigheid dat bij de rechter in eerste aanleg onvoldoende gespecialiseerde kennis over de geschillenregeling aanwezig is, omdat er maar zelden een beroep op de geschillenregeling wordt gedaan. Een derde bezwaar is gelegen in het feit dat de schadevergoedingsvordering een ander traject volgt dan de geschillenregeling. Tegen het vonnis inzake een uitstoting of uittreding kan men hoger beroep in stellen bij de OK. Met betrekking tot de schadevergoedingsvordering is men verplicht hoger beroep in te stellen bij het reguliere hof. Dit leidt tot parallelle procedures over dezelfde zaak bij verschillende instanties.⁵⁴ Tevens is de geschillenregeling een rolprocedure. Dhr. Willems vindt dit bezwaarlijk. Als het gaat om conflictoplossing in een levende organisatie zoals een BV, is die procedure niet meer van deze tijd. De bovengenoemde bezwaren zijn de voornaamste bezwaren tegen de huidige geschillenregeling. In de literatuur kan men nog andere bezwaren terugvinden. Deze worden hier buiten beschouwing gelaten. Naar aanleiding van de bezwaren tegen de geschillenregeling is een wetsvoorstel tot stand gekomen inzake vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht.

Kosten geschillenregeling

De rechter bepaalt in het vonnis wie van de partijen de kosten van het deskundigenbericht moet dragen. De rechter kan ook bepalen dat de vennootschap de kosten moet dragen. De rechter kan de kosten ook verdelen tussen partijen onderling of tussen partijen en de vennootschap.⁵⁵ De kosten van deze procedure kunnen niet algemeen gegeven worden. Deze kosten hangen namelijk af van de looptijd van de procedure. Wanneer geen hoger beroep tegen het vonnis, waarbij uitstoting of uitkoop wordt bepaald, wordt ingesteld zullen de kosten lager zijn dan wanneer hiertegen wel wordt doorgeprocedeerd. Uit de praktijk blijkt dat er ongeveer 17 procedures zijn gevoerd. In bijna alle gevallen werd hoger beroep ingesteld. De kosten lopen hierdoor hoog op en de prijs van de aandelen kan door het verloop van de tijd dalen.

Het wetsvoorstel inzake een nieuwe geschillenregeling⁵⁶

De expertgroep heeft in haar rapport geschreven dat: “een goede en effectieve geschillenregeling een noodzakelijk sluitstuk vormt voor een evenwichtig bv-recht dat, terecht, veel ruimte laat aan partijen”.⁵⁷ De belangrijkste wijzigingen die in het wetsvoorstel worden genoemd, zijn:

- ❖ de rechter kan behalve over uitstoting en uittreding van aandeelhouders tevens oordelen over samenhangende vorderingen, zoals een vordering tot schadevergoeding;⁵⁸

⁵² Norbuis 2003-2004, p. 64-65

⁵³ OK 20 november 1997, NJ 1998, 539, JOR 1998/26

⁵⁴ Norbuis 2003-2004, p. 65

⁵⁵ art. 2:340 lid 1 BW

⁵⁶ Kamerstukken II, 31 058

⁵⁷ Voorontwerp mvt tweede tranche 19-07-2005

⁵⁸ Art. 2:336 lid 5 BW (nieuw)

- ❖ Tegen het vonnis waarbij de vordering tot uitstoting of uittreding wordt toegewezen, kan slechts hoger beroep worden ingesteld gelijktijdig met het vonnis waarbij de rechter de prijs van de aandelen vaststelt.⁵⁹
- ❖ het achterwege mogen laten van het verplichte deskundigenonderzoek als statuten of overeenkomsten een duidelijke waardebepalingsmaatstaf bevatten;⁶⁰
- ❖ men kan in de statuten of overeenkomst een bepaling opnemen dat geschillen ook direct aan de OK kunnen worden voorgelegd, aan arbitrage kunnen worden onderworpen of anderszins kan worden afgeweken van de rechterlijke bevoegdheid⁶¹
- ❖ indien partijen overeenstemming hebben bereikt over het feit van de uittreding, kunnen de aandeelhouders een “verkorte procedure” starten. Zij verzoeken de rechter de prijs van de aandelen vast te stellen. Dit verzoek kan ook door één aandeelhouder worden ingediend, maar dan moet de andere aandeelhouder in zijn verweerschrift te kennen geven zich hier niet tegen te verzetten;⁶²
- ❖ de rechter krijgt de mogelijkheid om voorlopige voorzieningen te treffen;⁶³
- ❖ een vordering tot uittreding kan ook worden ingesteld tegen de vennootschap op grond van gedragingen van één of meer aandeelhouders of van de vennootschap zelf;⁶⁴
- ❖ de mogelijkheid het tot overdracht verplichtend vonnis in eerste aanleg uitvoerbaar bij voorraad te verklaren, aldus art. 2:341 lid 1 tweede volzin BW (nieuw).⁶⁵

Het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht is op 31 mei 2007 ingediend bij de Tweede Kamer. De heer Willems heeft in het interview en in zijn artikel “geschillen en exitmogelijkheden” duidelijk weergegeven dat dit wetsvoorstel ook weer nieuwe problemen met zich meebrengt en dus geen oplossing is. Volgens Willems zou een adequate geschillenregeling het volgende moeten inhouden: het dient het uiteengaan van aandeelhouders te faciliteren, flexibel te zijn, het mag niet te lang duren, het moet niet te kostbaar zijn en het dient veel ruimte aan de rechter te laten om met de omstandigheden van het geval rekening te houden.⁶⁶ De regeling moet een palet aan toepassingsmogelijkheden kunnen bestrijken. Het moet voor zowel een eenvoudige vennootschap met twee aandeelhouders tot een concernonderdeel in een gecompliceerde joint venture kunnen dienen.⁶⁷ De heer Willems geeft onder meer aan dat het uit oogpunt van vereenvoudiging, doelmatigheid en kostenbesparing voor partijen het voor de hand ligt de OK in een nieuw stelsel eerste en laatste feitelijke instantie te doen zijn.⁶⁸

Het is de vraag of het wetsvoorstel aan de genoemde bezwaren tegemoet zal komen. Volgens Willems moet deze vraag ontkennend worden beantwoord. De volgende bezwaren blijven volgens Willems in zijn artikel “geschillen en exitmogelijkheden” bestaan:

- ❖ het wetsvoorstel houdt vast aan de dagvaardingsprocedure.⁶⁹ De geschillenregeling zou net zoals de enqueteprocedure een verzoekschriftprocedure moeten zijn;
- ❖ het wetsvoorstel komt tegemoet aan het bezwaar dat de aandelenoverdracht pas kan plaatsvinden nadat het vonnis onherroepelijk is door de uitvoerbaarverklaring bij voorraad mogelijk te maken. Maar hiermee wordt een ander probleem binnengehaald, namelijk wat te doen als de veroordeling in appel of cassatie geen stand houdt. De wetgever heeft gemeend dit probleem op te lossen door in het nieuwe art. 2:341a BW een causaal leveringsstelsel in de ban te doen. Dit houdt in

⁵⁹ Art. 2:339 lid 1 BW (nieuw)

⁶⁰ Art. 2:339 lid 3 BW (nieuw)

⁶¹ Art. 2:337 lid 2 BW (nieuw)

⁶² Art. 2:343c lid 1 BW (nieuw)

⁶³ Art. 2:338 lid 3 BW (nieuw)

⁶⁴ Art. 2:343 lid 1 BW (nieuw)

⁶⁵ Willems 2008, p. 84-85

⁶⁶ Willems 2008, p. 79

⁶⁷ Willems 2008, p. 79-80

⁶⁸ Willems 2008, p. 85

⁶⁹ Willems 2008, p. 87

dat in beginsel een terugleveringsverplichting ontstaat. Dat is op zich begrijpelijk en verstandig, maar het laat onverlet dat de voorgestelde bepaling dat als dat bezwaarlijk of onbillijk is die verplichting kan worden beperkt of uitgesloten en dat in dat laatste geval onder omstandigheden een vergoeding moet worden betaald, aanleiding kan en zeker zal geven tot interessante, langdurige, kostbare, ingewikkelde en moeilijk voorspelbare procedures;⁷⁰

- ❖ de geschillenregeling biedt geen oplossing indien sprake is van een patstelling of anderszins van een onwerkbaar situatie, maar niet een oordeel valt te geven dat dit aan een van partijen in het bijzonder is te verwijten. Het wetsvoorstel blijft vasthouden aan de verwijtbaarheid van een medeaandeelhouder of de vennootschap als grondslag voor uitstoting zowel als uittreding. In de huidige situatie is de rechter bereid tot een creatieve hantering van het verwijtbaarheids criterium over te gaan, maar in het wetsvoorstel ligt dat vanwege de accessoire schadevergoedingsverplichtingen minder voor de hand. Het verwijtbaarheidsoordeel heeft dan immers veelal consequenties voor de vaststelling van de prijs;⁷¹
- ❖ het wetsvoorstel blijft vasthouden aan de prioriteit van een eigen regeling in statuten of overeenkomst. Het blijft moeilijk om gedurende het conflict eens te worden over de te volgen procedure. Hierdoor blijft men uitwijken naar andere procedures en dan vooral naar de enqueteprocedure;⁷²
- ❖ in het wetsvoorstel kan de rechter zowel over de uittreding of uitstoting van aandeelhouders beslissen als over samenhangende vorderingen. Het probleem is dat de beoordeling over uittreding of uitstoting van juridische aard is en nauwelijks feitelijk onderzoek vergt. De beoordeling over een samenhangende vordering, zoals de vraag of een gedraging onrechtmatig is en of een ontslag al dan niet terecht gegeven is etc., vergt veelal feitenvaststelling door middel van bewijslevering en nodigt vaak uit tot ten minste de gang naar de appelrechter. Deze twee verschillende vorderingen dien dan ook in twee feitelijke instanties te kunnen worden beslecht. Nu zal een van de twee overheersen;⁷³
- ❖ het voorgenoemde bezwaar wordt nog gecompliceerd door de invoering van de regel dat de rechter met bepaling in de statuten of een overeenkomst omtrent de vaststelling van de waarde van de aandelen geen rekening houdt voor zover dat tot een kennelijk onredelijk prijs leidt;⁷⁴
- ❖ Een volgende complicatie van dezelfde soort is dat de rechter in geval van uittreding bovendien nog desgevorderd een billijke verhoging kan toepassen in verband met gedragingen van de gedaagde indien aannemelijk is dat deze tot waardevermindering hebben geleid.⁷⁵

4.3.2 De enquêteprocedure

De enquêteprocedure wordt in de huidige situatie aangewend door aandeelhouders die tevens bestuurder zijn en in een impasse zijn geraakt. Zoals in paragraaf 4.3.1. al is vermeld is de geschillenregeling in de huidige situatie geen adequate procedure om een conflict te beslechten. Voor deze ondernemers is de enquêteprocedure de enige procedure. Het nadeel is dat er geen verplichte overdracht van aandelen mogelijk is. Mijns inziens zou deze voorziening moeten worden opgenomen in art. 2:356 BW. De heer Willems is ook van mening dat deze moet worden opgenomen.⁷⁶ De voorzieningen die na gebleken wanbeleid

⁷⁰ Willems 2008, p. 87

⁷¹ Willems 2008, p. 88

⁷² Willems 2008, p. 88

⁷³ Willems 2008, p. 89

⁷⁴ Willems 2008, p. 89

⁷⁵ Willems 2008, p. 89

⁷⁶ Interview Willems 2009 (zie bijlage A)

kunnen worden getroffen, zijn limitatief.⁷⁷ De enige mogelijkheid tot een definitieve oplossing bij de enquêteprocedure is in het huidige recht de ontbinding van de rechtspersoon. Dit is echter geen oplossing, want hierdoor bestaat de rechtspersoon ook niet meer. Partijen zijn dan wel uit elkaar, maar hebben geen onderneming meer. De heer Willems gaf in het interview aan dat in de meeste zaken sprake is van een goed op zichzelf functionerende vennootschap. Deze voorlopige voorziening is het ultimum remedium en wordt toegepast als het voortzetten van de onderneming geen zin meer heeft. Dit is echter niet de gedachte achter de enquêteprocedure. Het is juist de bedoeling dat men een systeem heeft, waarbij wordt voorkomen dat het conflict tot defect heeft dat de vennootschap omvalt. Het gaat er juist om dat het conflict wordt opgelost. Wanneer men blijft doorprocederen valt de vennootschap uiteindelijk ook om. De voorziening tot ontbinding van de rechtspersoon wordt daarom niet vaak uitgesproken door de OK, aldus de heer Willems.⁷⁸

Ondanks dat de OK, naast de ontbinding van de rechtspersoon, geen verplichte overdracht van aandelen kan bevelen leidt het in een groot aantal gevallen tot een minnelijke oplossing. Dit gebeurt weliswaar vaak na uitoefening van enige druk door de OK.⁷⁹ De OK doet dit onder meer door het toepassen van de onmiddellijke voorzieningen van art. 2:349a lid 2 BW. Het in 1994 invoeren van de mogelijkheid tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen heeft in sterke mate bijgedragen aan de mogelijkheden tot het vinden van een oplossing voor een impasse en daarmee tot beslechting van geschillen binnen de vennootschap.⁸⁰ De OK benoemt dan bij wijze van onmiddellijke voorziening een bestuurder of commissaris die moet trachten een minnelijke oplossing tot stand te brengen. De OK kan ook een deskundige benoemen die de prijs van de aandelen bindend vaststelt. Door het treffen van deze onmiddellijke voorzieningen hoeft men niet eerst een civiele procedure of een kort geding te volgen. Uit onderzoek is gebleken dat de volgende onmiddellijke voorzieningen het meest worden getroffen, namelijk:

- ❖ de tijdelijke benoeming van een of meer commissarissen (50%);
- ❖ de tijdelijke benoeming van een bestuurder (25%); en
- ❖ een verbod tot besluitvorming in de AVA (33%).⁸¹

De in 1994 ingevoerde mogelijkheid om onmiddellijke voorzieningen te treffen, voorziet in een maatschappelijke behoefte. Dit geldt vooral voor geschillen in niet-beursvennootschappen. Onmiddellijke voorzieningen kunnen de status quo in vennootschapschappen gedurende het geding in stand houden. Maar nog belangrijker is dat zij in een aanzienlijk aantal gevallen leiden tot beslechting van het geschil voordat een onderzoek heeft plaatsgevonden. Daarmee draagt de onmiddellijke voorziening in het enquêterecht bij aan een relatief snelle en eenvoudige wijze van geschilbeslechting. Dit is van belang omdat een impasse in de besluitvorming het meest voorkomende geschil is. Dergelijke impasses kunnen bij onverminderd voortduren grote schade aan de vennootschap berokkenen en zelfs uitmonden in een faillissement.⁸²

Indien partijen niet via de onmiddellijke voorzieningen een minnelijke oplossing teweeg hebben kunnen brengen, zal de OK een beslissing nemen op het verzoek tot enquête. Indien het verzoek tot enquête wordt toegewezen benoemt de OK een onderzoeker die het onderzoek gaat verrichten. Het onderzoek is de kern van het enquêterecht.⁸³ De naam zegt het zelf al: enquête = onderzoek. Voor het benoemen van onderzoekers zijn geen richtlijnen opgesteld. De heer Willems deelde tijdens de cursus “ conflicten binnen de vennootschap”

⁷⁷ Art. 2:356 BW

⁷⁸ Interview dhr. Willems (zie bijlage A)

⁷⁹ Willems 2008, p. 92

⁸⁰ Solinge & Nieuwe Weme 2009, p. 934

⁸¹ Kools e.a. 2009, p. 89

⁸² Kools e.a. 2009, p. 92

⁸³ HR 27 september 2000, JOR 2000/217 (Gucci)

op 14 oktober 2009 mede dat richtlijnen voor onderzoekers in voorbereiding zijn. De enquêteprocedure regelt niets over de termijn waarbinnen een onderzoek moet worden verricht. Dit zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat in het merendeel van de gevallen het onderzoek langer dan zes maanden duurt. De heer Mr. Geerts geeft aan dat hoewel het duidelijk is dat in het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap veel tijd gaat zitten, het een overweging waard is om onderzoekers aan een wat 'strakker tijdschema' te onderwerpen. Een vlotte rechtsgang is belangrijk.⁸⁴ Ik sluit mij bij de overweging van Geerts aan. Indien het onderzoek aan een bepaalde tijd is gebonden, kunnen de kosten en de looptijd van de procedure worden beperkt. Tevens is het belangrijk voor de vennootschap dat er snel een einde komt aan het conflict. Door het treffen van onmiddellijke voorzieningen van art. 2:349a lid 2 BW kan het probleem worden ingetoomd, maar het conflict duurt nog steeds voort. De heer Geerts stelt voor om, indien een rapporteur aan de termijn van zes maanden niet kan voldoen, een tweede onderzoeker aan te stellen. Dit lijkt mij echter geen oplossing, aangezien de kosten dan ook aanzienlijk zullen stijgen. De vennootschap moet dan de kosten dragen voor twee onderzoekers. Zodra na het onderzoek blijkt dat er sprake is van wanbeleid, moeten de verzoekers een verzoek indienen tot het treffen van een voorziening ex art. 2:356 BW. De OK is vrij in het treffen van een voorziening, zij zijn niet gebonden aan het verzoek. Zoals bovenstaand al is omschreven is de enige definitieve oplossing de ontbinding van de rechtspersoon. Wat vaak in de praktijk gebeurt om druk te zetten is een aandeelhouder ontheffen van zijn stemrecht en hem ontslaan als bestuurder. Hierdoor heeft hij geen invloed meer op het beleid van de onderneming. Partijen die daarmee geconfronteerd worden, en daarmee als het ware met lege handen komen te staan, beslissen vaak achteraf nog dat zij de aandelen toch tegen een redelijke prijs willen overdragen. Het probleem zit vaak in de prijs van de aandelen. De ene aandeelhouder vindt dat de aandelen een bepaald bedrag waard zijn, maar de andere aandeelhouder vindt dat dit hoger of lager moet zijn. Een derde zou de prijs van de aandelen kunnen vaststellen. Helaas gaan partijen hier niet altijd mee akkoord. Er zou dus een mogelijkheid moeten bestaan dat de rechter dit zou kunnen afdwingen. Het lijkt op de geschillenregeling, alleen moet men hiervoor bij de geschillenregeling jaren procederen.⁸⁵

In "het recht van enquête, een empirisch onderzoek" wordt in cijfers aangegeven wat de aard van conflicten is die zijn voorgelegd aan de Ondernemingskamer tijdens een enquêteprocedure. Dit rapport is opgesteld door het instituut voor ondernemingsrecht van de rijksuniversiteit Groningen en de Erasmus Universiteit Rotterdam. In dit rapport zullen alleen de cijfers gebruikt worden voor conflicten bij niet-beursgenoteerde onderneming. Uit onderstaand schema kan worden geconcludeerd dat in de meeste gevallen een impasse in de besluitvorming de aanleiding is voor het indienen van een verzoek tot een enquêteprocedure.

⁸⁴ Geerts 2004, p. 149

⁸⁵ Interview Willems 2009 (zie bijlage A)

Tabel I.1⁸⁶		
Niet-beursvennootschappen	1994-1999	2000-2007
(aantal/percentage van het totaal)		
Belangenverstrengeling	17 (19%)	58 (19%)
Impasse in de besluitvorming	30 (35%)	75 (24%)
Schending wet en/of statuten	18 (20%)	47 (15%)
Conflict tussen minderheid en meerderheid	6 (7%)	31 (10%)
Conflict tussen bestuur en aandeelhouders	5 (6%)	19 (6%)
Commercieel beleid	2 (2%)	6 (2%)
Sociaal beleid	1 (1%)	1 (0%)
Biedingstrijd	0 (0%)	1 (0%)
Ruzie (niet vallend onder andere categorieën)	5 (6%)	49 (16%)
Faillissement	1 (1%)	5 (2%)
Surseance	1 (1%)	0 (0%)
Overig	3 (3%)	16 (5%)

Kosten van de enquêteprocedure

De kosten van de enquêteprocedure kunnen behoorlijk hoog oplopen. Deze kosten komen in de meeste gevallen voor rekening van de rechtspersoon.⁸⁷ Voor een kleine BV met een lage winst, is dit een hoge kostenpost. Om te voorkomen dat de onderzoekskosten uit de hand lopen moet de OK in de toewijzende enquêtebeschikking, vaststellen wat het onderzoek ten hoogste mag kosten. De bedragen die de OK vaststelt variëren sterk. In het algemeen stelt de OK voor een 'standaard onderzoek', waarbij een onderzoeker wordt benoemd, tegenwoordig een bedrag vast tussen de € 10.000,- en de € 12.500,-. Bij benoeming van twee onderzoekers ligt het bedrag tussen de € 15.000,- en de € 45.000,-. Bij drie onderzoekers ligt het bedrag tussen de € 60.000,- en € 100.000,-. De onderzoeker kan een verzoek indienen bij de OK om het door haar vastgestelde maximumbedrag te verhogen.⁸⁸ Dit is een aparte verzoekschriftprocedure. De wet schrijft voor dat de OK de vergoeding van de onderzoekers vaststelt.⁸⁹ Uit de praktijk blijkt dat de OK buiten de eindafrekening blijft. De onderzoeker wendt zich met zijn declaratie rechtstreeks tot de vennootschap. De OK komt er alleen aan te pas wanneer er over de hoogte van de kosten van het onderzoek onenigheid bestaat.⁹⁰

Wanneer middels een onmiddellijke voorziening een bestuurder of commissaris is benoemd, moet daar ook een vergoeding voor worden betaald. Het probleem hierbij is dat de OK voor deze personen geen vast bedrag vaststelt. Deze kosten kunnen ook hoog oplopen. Partijen hebben nu geen zicht meer op de kosten van de enquêteprocedure. Volgens de heer Willems zou de OK ook beter kunnen toezien op de kosten van de enquêteprocedure. Het doel van het benoemen van een bestuurder of commissaris is mede een minnelijke oplossing tot stand te brengen. Wanneer de benoeming van de commissaris of bestuurder niet goed uitvalt, dan is dat als het ware een beetje weggegooid geld. Want als het dus niet goed gaat, moet men weer van voor af aan beginnen met dan toch maar een onderzoek. Het hangt in sommige gevallen ook wel van partijen af. Maar de OK zou er ook iets scherper op moeten toezien dat men niet blijft praten over het tot stand brengen van een oplossing. De oplossing komt er waarschijnlijk dan toch niet. De heer Willems geeft toe dat dit inderdaad wel eens minder goed gaat. De OK zou dat misschien wat beter moeten monitoren. De OK

⁸⁶ Kools e.a. 2009, p. 74

⁸⁷ Art. 2:350 lid 3 BW

⁸⁸ Art. 2:350 lid 3 tweede volzin BW

⁸⁹ Art. 2:350 lid 3 BW

⁹⁰ Geerts 2004, p. 215 & 223

zou een rapportage kunnen vragen van de bestuurder of commissaris waarin is aangegeven hoe de situatie is en of ze tot een oplossing in der minne kunnen komen. Indien men na twee weken nog geen oplossing heeft bereikt, moet de OK aangeven dat de bestuurder of commissaris kan stoppen en direct een onderzoeker benoemen. Het probleem is echter dat de bezetting van de OK niet optimaal is.

Uit de praktijk komt vaak naar voren dat men de kosten van de enquêteprocedure erg hoog vindt. De heer Willems vindt dat als men goed rekent de kosten niet zo hoog zijn bij een enquêteprocedure. Men wordt inderdaad ineens geconfronteerd met het betalen van een bedrag. Het lijkt vooral veel als men een kleine vennootschap heeft die een lage omzet heeft. Dhr. Willems vindt dat men deze kosten moet plaatsen naast de kosten van een alternatieve route. Het probleem is de ruzie binnen de vennootschap, dat is geen juridisch probleem dat is het probleem van die vennootschap. Op het moment dat men dat civielrechtelijk gaat analyseren, heeft het allerlei juridische deelproblemen. Besluitvorming van de AVA is bijvoorbeeld nietig, een bestuursbesluit is niet geldig er wordt onbevoegd vertegenwoordigd etc. Hierover kan men gaan procederen. Dit gebeurt dan ook wanneer er geen enquêteprocedure is ingesteld. Men heeft dan allerlei procedures langs elkaar lopen. Wanneer bijvoorbeeld een geschorste bestuurder bij een advocaat komt en die gaat daarmee naar de voorzieningenrechter dan is men voor ongeveer € 2000,- klaar. Maar wanneer men met hetzelfde vraagstuk naar de ondernemingskamer gaat dan kost dat ongeveer € 15.000,-. Hier zit natuurlijk een duidelijk verschil in, maar volgens Willems is dat korte termijn denken. Want dat probleem wordt niet opgelost en dan komt de ene procedure na de andere procedure. Een civiele procedure pakt het probleem niet aan, maar slechts een deelprobleem hiervan. De enquêteprocedure pakt het probleem in zijn geheel aan. De kosten lijken hoog, maar als men nooit iets wilt toegeven en over alles ruzie maakt dan is men zelf de veroorzaker van de kosten. Indien men een heel klein beetje bereid is iets toe te geven, dan zit men in de enquêteprocedure in het systeem van een relatief goedkope oplossing. De OK geeft dan een oplossing en ziet er op toe of deze oplossing ook redelijk is voor alle betrokkenen, meer dan in een civiele procedure.⁹¹

De vennootschap kan de kosten van het onderzoek op verzoekers of functionarissen (onder wie begrepen bestuurders en commissarissen) van de vennootschap geheel of gedeeltelijk verhalen.⁹² Aan art. 2:354 BW ligt de gedachte ten grondslag dat het niet redelijk is de vennootschap de kosten van het onderzoek te laten dragen, indien bepaalde personen verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor het ontstaan van die kosten. De heer Willems heeft op 14 oktober 2009 tijdens de cursus “conflicten binnen de vennootschap” aangegeven dat de kosten voor ongeveer 80% tussen de functionarissen wordt gecompenseerd.

Wijziging van boek 2 BW in verband met de aanpassing van het recht van enquête

De evaluatie van het enquêterecht leidt tot de conclusie dat er geen fundamentele problemen zijn met het huidige systeem, maar dat het enquêterecht op onderdelen kan worden verbeterd. In het wetsvoorstel zijn onder meer de volgende aanpassingen uitgewerkt, hierin zijn ook de adviezen van de SER terzake het enquêterecht in “Evenwichtig ondernemingsbestuur” verwerkt:

- ❖ de toegang tot de enquêteprocedure wordt gewijzigd. Er wordt onderscheid gemaakt tussen grote en minder grote NV's en BV's en de rechtspersoon krijgt het recht om zelf een enquêteprocedure te starten;
- ❖ de belangenafweging voor de toewijzing van onmiddellijke voorzieningen wordt in de wet vastgelegd;

⁹¹ Interview Willems 2009 (zie bijlage A)

⁹² Art. 2:354 BW

- ❖ indien onmiddellijke voorzieningen worden getroffen voordat een onderzoek is gelast, beslist de OK binnen een redelijke termijn daarna of een onderzoek plaatsvindt;
- ❖ het aansprakelijkheidsrisico van de onderzoekers en tijdelijk aangestelde bestuurders en commissarissen wordt beperkt;
- ❖ de onderzoekers dienen de in hun verslag genoemde personen in de gelegenheid te stellen om opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen terzake die personen.⁹³

De SER adviseerde echter ook om de enquêteprocedure in twee feitelijke instanties te laten plaatsvinden. De reden voor dit advies is dat het enquêterecht sinds een aantal jaren in belang is toegenomen en de (financiële) belangen van de betrokkenen groot zijn. Tevens zijn de geschillen in de loop van de tijd complexer zijn geworden. De SER stelt voor om een gespecialiseerde ondernemingskamer bij de rechtbank in te stellen en hoger beroep bij de OK. Het hoger beroep dient schorsende werking te hebben dit is alleen anders wanneer de rechter expliciet beslist dat er een reden is om af te wijken van de schorsende werking hangende het hoger beroep. In hoger beroep zou de enquêteprocedure met de meeste spoed en voortvarendheid behandeld moeten worden. Hierdoor wordt volgens de SER de rechtswaarborgen in de enquêteprocedure versterkt en gaat het meer op een civiele procedure lijken. Dit advies is niet overgenomen in het wetsvoorstel. Volgens de minister van justitie zijn de bovengenoemde voorstellen al voldoende voor het versterken van de rechtswaarborgen van de enquêteprocedure. Mijns inziens zou deze procedure niet in twee feitelijke instanties moeten plaatsvinden. De OK staat nu bekend om zijn snelheid en deskundigheid. Door de enquêteprocedure in twee feitelijke instanties te laten plaatsvinden wordt de snelheid uit de procedure gehaald. Een voorbeeld hiervan is de huidige geschillenregeling. De huidige enquêteprocedure werkt goed, vergaande veranderingen zijn niet nodig.

De enquêteprocedure is overigens uniek in de wereld. Alleen Nederland kent een dergelijke procedure. Uit een recentelijk onderzoek dat is verricht door het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen, onder leiding van prof. Mr. Carla Klaassen, is gebleken dat ondernemingen tevreden zijn over de kwaliteit van de OK. Ze roemen de deskundigheid van de rechters om te beoordelen over beweerd wanbeleid. Doordat in de OK ook een aantal lekenrechters zitten hebben zij vaak het vertrouwen van de onderneming, omdat ze ervaringsdeskundig zijn. Uit het onderzoek is tevens gebleken dat bedrijven behoefte hebben aan meer transparantie als er een onderzoek gelast wordt door de OK. De onderzoekers hebben een eigen manier van werken en zijn redelijk vrij in hun handelen. Ondernemingen hebben daar geen zicht en grip op. Naast het benoemen van een onderzoeker kan, zoals hierboven al is vermeld, tegelijkertijd een tijdelijke bestuurder of commissaris naast de reguliere bestuurders of commissarissen worden benoemd. Ondernemers ervaren een dergelijke voorziening als ingrijpend.⁹⁴ Nadere informatie omtrent dit onderzoek is nog niet bekend. Het onderzoek is namelijk nog niet in zijn geheel voor publicatie beschikbaar. Uit de casus die de aanleiding vormt van dit onderzoek is naar voren gekomen dat de aandeelhouder het benoemen van een commissaris ook als ingrijpend ervaart. De aandeelhouders worden het namelijk niet eens over de prijs van de aandelen. De andere aandeelhouder is niet bereid om tot een minnelijke oplossing te komen, de enige oplossing is een uitspraak van de OK. Hierdoor was en is de aandeelhouder van oordeel dat het benoemen van een commissaris geen toegevoegde waarde heeft voor het beslechten van dit conflict.

⁹³ Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van het recht van enquête, <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/enqueterecht/index.aspx> d.d. 24 november 2009

⁹⁴ www.Rechtennieuws.nl 'ondernemingen tevreden over Ondernemingskamer' d.d. 19 november 2009

5. Van Zandvoort Legal

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag welke rol van Zandvoort Legal speelt of kan spelen bij de conflictbeslechting tussen twee ondernemers in een quasi-vof. Preventie staat bij van Zandvoort Legal hoog in het vaandel. Van Zandvoort Legal richt haar aanpak op het voorkomen van tijdrovende en kostbare gerechtelijke procedures voor de mkb-ondernemer. Vroegtijdige betrokkenheid is van groot belang. Uit ervaring weet van Zandvoort Legal dat een ondernemer pas een advocaat/jurist inschakelt als een probleem al is geëscaleerd en geld gaat kosten. In de meeste gevallen is de ondernemer dan te laat en is een gerechtelijke procedure de enige oplossing. In sommige gevallen is mediation nog een oplossing, maar helaas zijn partijen daartoe meestal niet meer bereid. Dergelijke problemen kunnen voorkomen worden als een advocaat in een vroeg stadium naar de juridische risico's binnen de onderneming kijkt. Van Zandvoort Legal speelt op dergelijke conflicten in door middel van een MKB Legal quick scan, een MKB Legal audit of middels een Legal Partner abonnement. In dit hoofdstuk zal nader worden uitgewerkt wat deze diensten inhouden en in hoeverre deze betrekking hebben op dit rapport.

5.1 MKB Legal Quick scan

Met de MKB Legal quick scan krijgt de ondernemer inzicht in de juridische risico's van de onderneming. Van Zandvoort Legal neemt in één dagdeel samen met de ondernemer de juridische aspecten van de onderneming door. De quick scan wordt uitgevoerd door middel van een checklist en een interview met de ondernemer en andere verantwoordelijke binnen de onderneming. Van Zandvoort Legal kijkt bij deze scan onder meer naar: de algemene voorwaarden, arbeidscontracten, dossieropbouw, CAO-bepalingen, business documenten en standaard contracten. Na afloop van de quick scan krijgt de ondernemer een rapport met daarin de pijnpunten vermeld. De ondernemer kan zelf beslissen of hij deze punten wil aanpakken.⁹⁵ De heer van Zandvoort geeft aan dat van deze scan weinig gebruik wordt gemaakt. De heer van Zandvoort vindt dit jammer. Een onderneming krijgt door deze scan beter inzicht in hun juridische risico's. De heer van Zandvoort merkt dat er bedrijven zijn die zolang het niet echt nodig is niet de noodzaak inzien van een dergelijke scan. De heer van Zandvoort zou eigenlijk willen dat wanneer een bedrijf een financiering krijgt van de bank, zij verplicht worden in het laten uitvoeren van een juridische scan. Met een juridische scan ziet van Zandvoort Legal vrij snel waar de pijnpunten zitten. Hierdoor kunnen zij heel snel schakelen om het probleem op te lossen. Het zijn namelijk vaak maar hele kleine problemen.⁹⁶

5.2 MKB Legal audit

Met de MKB Legal audit krijgt de ondernemer volledig inzicht in de juridische risico's en tevens worden er handvatten aangeboden ter beperking van deze risico's in de toekomst. Middels deze audit wordt een uitgebreid onderzoek gedaan naar alle in omloop zijnde juridische documenten binnen de onderneming. Tevens worden de bevindingen in een schriftelijk verslag uitgebreid gerapporteerd. Ten opzichte van de MKB Legal Quick scan geeft de MKB Legal audit naast inzicht in de pijnpunten een uitgebreid advies met aanbevelingen op welke wijze de knelpunten verholpen kunnen worden. Het rapport zal in een evaluatiegesprek worden toegelicht. Tevens kunnen dan eventuele vervolgstappen worden besproken. De rapportage bevat de volgende onderwerpen waarop de documenten worden gescreend: voorwerp van de overeenkomst, verlengings- en beëindigingsmogelijkheden, looptijd, overzicht belangrijkste verbintenissen cliënt, overzicht belangrijkste rechten cliënt, geschillenregeling en conformiteit met de toepasselijke

⁹⁵ www.zandvoort-legal.nl

⁹⁶ Interview dhr. van Zandvoort (zie bijlage B)

wetgeving. De MKB Legal audit biedt ten opzichte van de MKB Legal quick scan een extra aanvulling. Van de audit wordt volgens de heer van Zandvoort helaas ook weinig gebruik gemaakt. De reden hiervoor zijn hetzelfde als bij de quick scan.

5.3 Legal Partner abonnement

Met het Legal Partner abonnement kunnen ondernemers gebruik maken van structurele juridische ondersteuning op ieder gewenst moment en voor een vast bedrag per maand. In dit abonnement zijn de volgende werkzaamheden opgenomen:

- ❖ telefonisch juridisch advies door ervaren advocaten om geschillen te voorkomen;
- ❖ opstellen en controleren van juridische documenten en contracten;
- ❖ een scan om te bepalen of de organisatie juridisch gezond is;
- ❖ volledig buitengerechtelijk incasso traject;
- ❖ wegwerken van oude juridische problemen;
- ❖ gereduceerd uurtarief bij procesvertegenwoordiging in gerechtelijke procedures.

Van Zandvoort Legal heeft ongeveer 10 partnerabonnementen lopen. De heer van Zandvoort vindt dat dit perfect werkt. Zijn ervaring is dat het in het eerste jaar meer tijd kost dan dat het oplevert. Het is samen investeren. De cliënt moet tijd maken om te praten over de onderneming en de juridische documenten te verschaffen. Een partnerabonnement wordt afgesloten voor een jaar en wordt daarna stilzwijgend verlengd. Bedrijven die werken met de partnerabonnementen zien hier echt de meerwaarde van in. Zij kunnen direct advies inwinnen van een advocaat. Het is geen uurtje factuurtje. De heer van Zandvoort vraagt dan naar de diverse overeenkomsten in de onderneming, ook naar de aandeelhoudersovereenkomst. De heer van Zandvoort heeft tot nu toe geen één aandeelhoudersovereenkomst aangetroffen. Vaak zijn er alleen statuten en geen aandeelhoudersovereenkomst. Het is lastig om dat dan weer te veranderen. Het kan wel, maar ze willen nu geen afspraken maken over problemen die er helemaal niet zijn. De heer van Zandvoort is van mening dat afspraken duidelijk dienen te worden vastgelegd, hierdoor worden problemen in de toekomst voorkomen. Veel bedrijven die een BV oprichten hebben de statuten nog nooit gelezen. De verplichte statuten worden hun opgedrongen. Zij hebben hier in de meeste gevallen geen verstand van. De accountant en de notaris wikkelen alles af.

5.4 Mediation

De heer van Zandvoort is naast advocaat ook mediator. Van Zandvoort Legal biedt mediation bij arbeidsconflicten, zakelijke conflicten en samenwerkingsproblemen. Door middel van mediation probeert de heer van Zandvoort een gang naar de rechter te voorkomen. Op het moment dat van Zandvoort Legal in het voortraject al aanwezig is, doet zij niet meer aan mediation. Mediation mag alleen als de mediator onafhankelijk is. Indien de heer van Zandvoort al betrokken is bij het conflict is hij niet meer onafhankelijk en kan hij geen mediation meer toepassen. Wat hij vaak wel doet is mediationstechnieken toepassen. Op deze manier kan de heer van Zandvoort achter de daadwerkelijke reden komen van het conflict. De heer van Zandvoort is van mening dat veel meer advocaten een mediation opleiding zouden moeten volgen. Hierdoor kun ze de discussietechnieken en gesprekstechnieken eigen maken. Advocaten zijn in eerste instantie slechte mediators. Dit komt omdat zij eigenlijk in de meeste gevallen een standpunt innemen. De heer van Zandvoort heeft al veel mediations gedaan. Voornamelijk tussen vennoten die ruzie hebben.

5.5 Conclusie

Door middel van bovenstaande diensten speelt van Zandvoort Legal in op conflicten die (kunnen) ontstaan tussen ondernemers. Zoals bovenstaand al is omschreven wordt van Zandvoort Legal in de meeste gevallen pas ingeschakeld als het conflict al is geëscaleerd. De bovenstaande diensten hebben dan geen nut meer voor deze ondernemers. De quick scan en de audit kunnen snel inzicht geven in de juridische risico's in een onderneming.

Wanneer ondernemers van deze diensten gebruik maken krijgen zij het advies om, indien deze niet aanwezig is, een aandeelhoudersovereenkomst op te stellen. Ondernemers die geen aandeelhoudersovereenkomst hebben afgesloten, zullen dit ook niet als een gemis ervaren zolang de samenwerking goed verloopt. Wanneer echter een conflict ontstaat kunnen zij niet teruggrijpen op reeds gemaakte afspraken. Van Zandvoort Legal constateert uit de praktijk dat weinig ondernemers een aandeelhoudersovereenkomst vastleggen. Van Zandvoort Legal wil graag op deze problemen inspelen, maar krijgt daar niet altijd de kans voor. Ondernemers willen niet op voorhand discussiëren over problemen die er helemaal nog niet zijn. Het afsluiten van een partnerabonnement brengt vele voordelen met zich mee. Ondernemers kunnen dan op ieder gewenst moment advies vragen aan een advocaat. Zodra een menigverskil ontstaat kan men direct advies vragen aan een advocaat, hierdoor kan men voorkomen dat een conflict escaleert. De ondernemingen die gebruik maken van een partnerabonnement zijn hier zeer tevreden over. Indien het conflict niet gezamenlijk kan worden opgelost, kan van Zandvoort Legal optreden als mediator. Dit kan van Zandvoort Legal alleen doen als zij geheel onafhankelijk is. Indien zij niet meer kan optreden als mediator, tracht zij wel mediationstechnieken toe te passen bij de bespreking van het conflict. Op grond van het bovenstaande doet van Zandvoort Legal er alles aan om een gerechtelijke procedure te voorkomen. Het zijn alleen de ondernemingen die het nut van deze diensten moeten gaan inzien.

6. Conclusie

In dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op de centrale onderzoeksvraag:

“Wat kan men doen om conflicten tussen twee ondernemers van een quasi-vof te beheersen en indien dit niet voldoende is, welke vormen van conflictbeslechting kunnen dan worden aangewend indien zij in een impasse zijn geraakt?”

6.1 Quasi-vof

In dit onderzoek wordt het begrip quasi-vof gebruikt. Bij deze ondernemingen is geen sprake van een duidelijk onderscheid tussen AVA en bestuur. De ondernemers zullen beiden deze functies gaan vervullen. De vof is een vennootschap die vormvrij kan worden opgericht en ingericht. De vennoten kunnen hun afspraken vastleggen in het vennootschapscontract. De BV daarentegen kan niet vormvrij worden ingericht en opgericht, zij is gebonden aan de dwingendrechtelijke bepalingen uit de wet en aan de statuten. De BV is tevens verplicht een bestuur en AVA aan te stellen. Voor ondernemingen waarbij diverse aandeelhouders en bestuurders zijn aangesteld is dit geen obstakel. De aandeelhouder is dan meestal niet dezelfde persoon als de bestuurder. Bij een quasi-vof is het aanstellen van zowel een AVA als een bestuur wel een obstakel. Het gaat bij de quasi-vof om doelgerichte investeringen en activiteiten met daaraan verbonden ondernemingsrisico. Het gaat om deelneming en niet om belegging. De ondernemers willen actief deelnemen aan de onderneming zowel in het kapitaal als in het bestuur. Het onderscheid tussen AVA en bestuur is hier kunstmatig. Het vereist formaliteiten die niets toevoegen aan de werkelijkheid van de onderneming.⁹⁷ De ondernemers hebben de intentie en het doel die beter passen bij een vof, maar kiezen om een aantal redenen (beperkte aansprakelijkheid, continuïteit van de onderneming, fiscale voordelen, afgescheiden vermogen etc.) toch voor de oprichting van een BV. Men verwacht in de toekomst dat de herziening van het bv-recht weer aansluiting zal zoeken bij de personenvennootschappen in plaats van bij het nv-recht.⁹⁸ Hierdoor zal de samenwerking bij een BV weer meer op de voorgrond treden.

6.2 Conflictbeheersing

Men kan conflicten beheersen door goede afspraken vast te leggen in de statuten en/of aandeelhoudersovereenkomst. De ondernemers moeten zich afvragen of zij gebruik willen maken van uitgebreide statuten zonder aandeelhoudersovereenkomst of juist van beknopte standaardstatuten met een uitgebreide aandeelhoudersovereenkomst. Het is in ieder geval van groot belang dat zij de afspraken omtrent de samenwerking en eventuele conflicten vastleggen. Het maakt niet uit op welke manier zij dat doen, als ze het maar doen. Uit de praktijk blijkt dat bij de oprichting van een BV niet voldoende aandacht wordt besteed aan het inrichten van de statuten of het opstellen van een aandeelhoudersovereenkomst. De statuten worden veelal als een standaardpakket bij de notaris afgenomen. Hier is op zich niets mis mee, als ze daarnaast dan maar een aandeelhoudersovereenkomst opstellen. Uit de praktijk blijkt dat bij een quasi-vof nauwelijks aandeelhoudersovereenkomsten worden opgesteld. Hierdoor blijkt dat afspraken omtrent de samenwerking en eventuele conflicten nauwelijks worden vastgelegd. De statuten zijn verplicht bij de oprichting van de BV, een aandeelhoudersovereenkomst niet. De aandeelhoudersovereenkomst heeft echter geen vennootschapsrechtelijke werking. In de praktijk wordt dit vaak feitelijk afgedwongen door torenhoge boetebedingen op te nemen in de aandeelhoudersovereenkomst. Indien men dan een bepaling schendt is men gebonden aan deze boete. In de rechtspraak wordt erkend dat handelen in strijd met de aandeelhoudersovereenkomst ook strijd met de goede trouw in vennootschapsrechtelijke zin kan betekenen. De grondslag hiervoor is art. 2:8 BW. De aard

⁹⁷ Raaijmakers 2006, p. 210

⁹⁸ Raaijmakers 2006, p. 171

van de samenwerking en de wijze waarop deze is vorm gegeven zijn mede bepalend voor de uitleg van de statuten en bepalen daarmee feitelijk hoe de norm van art. 2:8 BW in besloten verhoudingen moet worden ingekleurd. Aan de hand van de “havitex-formule” zal bij de uitleg van de statuten van de quasi-vof achterhaald moeten worden wat de motieven en bedoelingen zijn van degenen die de statuten hebben opgesteld. Een aandeelhoudersovereenkomst is daarbij richtinggevend.

6.3 Alternatieve conflictoplossing

Indien het conflict niet kon worden beheerst door middel van goede afspraken, kan men een alternatieve conflictoplossing aanwenden. Mediation, bindend advies en arbitrage zijn diverse vormen van alternatieve conflictoplossing. Bij bindend advies en arbitrage wordt een beslissing genomen door een onafhankelijke derde. Bij mediation is er geen derde die beslist, de partijen moeten zelf tot een oplossing zien te komen. Zij worden daarbij begeleid door een onafhankelijke derde, de mediator. Men moet wel van te voren hebben vastgelegd dat zij bij een eventueel conflict gebruik maken van een alternatieve vorm van conflictoplossing. Doen zij dat niet, dan zal het aanwenden van een alternatieve vorm van conflictoplossing in de meeste gevallen niet slagen. Zij moeten het dan “in het heetst van de strijd” nog eens worden over welke vorm van alternatieve conflictoplossing zij willen aanwenden. Doordat het conflict al dusdanig is geëscaleerd hebben zij alleen nog maar een gang naar de rechter voor ogen. De enige mogelijkheid om alternatieve conflictoplossing goed te laten slagen is van te voren vastleggen via welke manier zij het conflict willen laten beslechten. Dat wil nog niet zeggen dat alternatieve conflictoplossing altijd slaagt, maar er zijn dan in ieder geval afspraken over vastgelegd. Bij mediation is de bereidheid van partijen om tot een oplossing te komen van groot belang voor het succes van mediation. Men kan wel afspraken vastleggen over mediation, maar als men hiertoe niet bereid is hebben deze afspraken geen zin. Indien mediation met succes is toegepast, hebben de ondernemers een relatief goedkope en snelle oplossing teweeg gebracht. Tevens zal het bevorderlijk zijn voor de samenwerking en de continuïteit van de onderneming. Partijen zijn dan gezamenlijk tot een oplossing gekomen en staan beide ook achter deze oplossing. De heer van Zandvoort heeft al regelmatig mediations op dit gebied toegepast. Het probleem bij ondernemers is dat zij vaak gelijk willen hebben. De ondernemer ziet meestal alleen zijn eigen belangen. Het gaat om macht. Mediation is dan lastig om toe te passen, ze willen allebei niet toegeven. In de meeste gevallen wachten de ondernemers te lang met het oplossen van het conflict. Hierdoor kan het conflict in de tussentijd escaleren en is mediation niet mogelijk meer. Bindend advies zou een goede aanvulling zijn op mediation. Partijen kunnen afspreken dat zij, in plaats van een gang naar de rechter te maken, een onafhankelijke derde een beslissing laten nemen. In de praktijk wordt een dergelijke afspraak niet vaak gemaakt.

6.4 Gerechtelijke procedures

Wanneer de ondernemers het conflict niet hebben kunnen beheersen of via een alternatieve conflictoplossing hebben kunnen oplossen, is een gang naar de rechter nog de enige mogelijkheid. Het conflict is al dermate geëscaleerd dat de oplossing op voorhand al kan worden gegeven namelijk ontbinding van de samenwerking en in het uiterste geval ontbinding van rechtspersoon.

Wanneer partijen door middel van een gerechtelijke uitspraak uit elkaar willen, kan dit niet op een eenvoudige wijze worden bewerkstelligd. De enige mogelijkheid om definitief uit elkaar te kunnen is de geschillenregeling. Helaas is dit geen adequate procedure. Partijen zijn te lang aan het procederen om het conflict te beslechten. Het is nog de vraag of het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht tegemoet zal komen aan de huidige bezwaren. De heer Willems geeft in zijn artikel “geschillen en exitmogelijkheden” en in het interview aan dat na de invoering van de wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht bestaande problemen zullen worden opgelost, maar weer nieuwe problemen zullen ontstaan.

Zolang deze wet nog niet is aangenomen is de enquêteprocedure de enige geschikte procedure om conflicten binnen een quasi-vof te beslechten. Helaas kan middels de enquêteprocedure geen voorziening tot verplichte overdracht van aandelen worden getroffen. De enige mogelijkheid tot een definitieve oplossing is in het huidige recht de ontbinding van de rechtspersoon. Dit is echter geen oplossing, want de onderneming bestaat dan niet meer. De heer Willems gaf in zijn interview aan dat het in de meeste gevallen gaat om goed functionerende ondernemingen, hierdoor is ontbinding van de rechtspersoon niet de juiste oplossing voor de onderneming. De OK treft deze voorziening pas als het voortzetten van de onderneming geen zin meer heeft. Deze voorziening wordt door de OK niet vaak uitgesproken. Ondanks dat de OK geen verplichte overdracht van aandelen kan bevelen leidt het in een groot aantal gevallen tot een minnelijke overdracht van de aandelen. Mocht het niet komen tot een minnelijke oplossing dan kan de OK nog ingrijpen bij het treffen van voorlopige voorzieningen op grond van art. 2:356 BW.

Het volgen van een enquêteprocedure is voor veel rechtspersonen een onzekere tijd. Het nadeel van de enquêteprocedure is dat ondernemers niet weten wanneer en hoe het eindigt. Wanneer eenmaal een verzoek tot enquête is ingediend en deze ook is aangevangen, verliest men de grip op zijn zaak. Hierdoor kunnen de kosten hoog oplopen, want ondernemers kunnen nu niet meer beslissen om te stoppen. Uit de praktijk komt naar voren dat men de kosten van een enquêteprocedure erg hoog vindt. De vennootschap moet de kosten voor deze procedure dragen. Dhr. Willems vindt dat als men goed rekent de kosten niet zo hoog zijn als het lijkt. Middels een enquêteprocedure wordt het probleem in zijn geheel aangepakt. Men kan het probleem ook opdelen in juridische deelproblemen en daartegen gaan procederen, maar dan is men nog veel meer geld kwijt. Indien men een klein beetje bereid is iets toe te geven dan zit men volgens Willems in een relatief goedkope oplossing. De OK geeft dan een oplossing over het totale probleem. In het wetsvoorstel tot wijziging van boek 2 BW in verband met de aanpassing van het recht van enquête, worden geen drastische veranderingen aangebracht in de huidige enquêteprocedure. Uit een recentelijk onderzoek dat is verricht door het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen is gebleken dat ondernemingen tevreden zijn over de kwaliteit van de OK.

Het probleem is dat in de huidige situatie geen eenvoudige procedure beschikbaar is waarop partijen een beroep kunnen doen als zij uit elkaar willen en het niet eens zijn over de prijs van de aandelen. De enige goede oplossing is om gezamenlijk tot een oplossing te komen. Wanneer dat niet gebeurt blijft de enquêteprocedure de enige mogelijkheid om een dergelijk conflict te beslechten.

6.5 Van Zandvoort Legal

Van Zandvoort Legal heeft diverse middelen die in kunnen spelen op conflicten tussen ondernemers. Preventie staat bij van Zandvoort Legal hoog in het vaandel. Van Zandvoort Legal richt haar aanpak op het voorkomen van tijdrovende en kostbare gerechtelijke procedures voor de mkb-ondernemer. De middelen die kunnen worden ingezet zijn: een Legal quick scan, een Legal audit of een Legal partnerabonnement. Door deze middelen kan preventief worden gewerkt en kan een lange en kostbare procedure worden voorkomen. Van de quick scan en de audit wordt momenteel weinig gebruik gemaakt. De reden hiervoor is, volgens de heer van Zandvoort, dat bedrijven zolang het niet echt nodig is de noodzaak niet inzien van een dergelijke scan. Het is jammer dat de ondernemers de noodzaak niet inzien van dergelijke middelen. Door tijdig de juridische risico's in kaart te brengen, kan een gerechtelijke procedure worden voorkomen. Het zijn namelijk vaak maar hele kleine problemen. Van het partnerabonnement wordt wel veel gebruik gemaakt. Bedrijven die werken met het partnerabonnement zien hier echt de meerwaarde van in. De heer van Zandvoort heeft tot nu toe geen één aandeelhoudersovereenkomst aangetroffen. Vaak zijn er alleen statuten en geen aandeelhoudersovereenkomst. Het is lastig om dat dan weer te

veranderen. Het kan wel, maar ze willen nu geen afspraken maken over problemen die er helemaal (nog) niet zijn. De heer van Zandvoort is van mening dat afspraken duidelijk moeten worden vastgelegd, hierdoor kunnen problemen in de toekomst worden voorkomen. De heer van Zandvoort is tevens mediator. Hij is een voorstander van mediation. Zodra hij betrokken is bij het voortraject zal hij niet meer als mediator optreden, omdat hij dan niet meer onafhankelijk is. Van Zandvoort Legal biedt voldoende middelen om een gerechtelijke procedure te voorkomen. Helaas zien (nog) niet alle ondernemers het nut in van deze middelen.

6.6 Eindconclusie

Twee ondernemers die willen gaan samenwerken en deze samenwerking vormgeven in een BV, moeten zich realiseren dat het problemen kan opleveren indien de onderlinge verhoudingen niet meer goed verlopen. Dit onderzoek is van toepassing op ondernemers in een quasi-vof, de heer Raaijmakers geeft hier een definitie van. Een quasi-vof is gebaseerd op samenwerking tussen ondernemers die zowel aandeelhouder als bestuurder van een BV zijn. De reden dat voor de definitie quasi-vof is gekozen is gelegen in het feit dat dit onderzoek is gebaseerd op dergelijke ondernemingen.

Uit de praktijk blijkt dat afspraken over de samenwerking tussen deze ondernemers niet vaak zijn vastgelegd. Zij maken vaak gebruik van de standaardstatuten die door de notaris worden opgesteld, een aandeelhoudersovereenkomst wordt nauwelijks vastgelegd. Juist voor deze ondernemingen is het van belang dat afspraken omtrent de samenwerking goed en duidelijk worden vastgelegd. Indien zij bij het aangaan van de samenwerking goede en duidelijke afspraken hebben vastgelegd, zullen zij over deze afspraken in de toekomst minder problemen krijgen. Wanneer zij het ondanks de vastgelegde afspraken toch niet eens worden over een besluit, moeten zij proberen het conflict middels een onafhankelijke derde op te lossen. De bemiddeling door een onafhankelijke derde kunnen zij vastleggen in de aandeelhoudersovereenkomst of de statuten. De voornaamste vormen van alternatieve conflictoplossing zijn mediation en bindend advies. Zij kunnen van beide vormen gebruik maken. Bij mediation dragen de ondernemers zelf een oplossing voor met behulp van een onafhankelijke derde en bij bindend advies wordt een beslissing genomen door een onafhankelijke derde. Indien een oplossing middels alternatieve conflictoplossing tot stand komt, zal dit ten goede komen aan de samenwerking en de onderneming. Indien de ondernemers niet tot een oplossing kunnen komen, is een gerechtelijke procedure de enige oplossing. Het nadeel is dat hier meestal een verliezer en een winnaar is. Tevens heeft de onderneming te lijden onder een gerechtelijke procedure. Indien de ondernemers niet verder willen gaan met de samenwerking en dus uit elkaar willen, maar het niet een worden over de prijs van de aandelen, biedt de wet geen adequate mogelijkheid om een definitieve oplossing te geven. De enige mogelijkheden om een dergelijk conflict te beslechten zijn de geschillenregeling en de enquêteprocedure. Uit de praktijk blijkt dat de geschillenregeling niet werkt. Bij de enquêteprocedure moeten de ondernemers aangeven dat zij twijfelen over het beleid en de gang van zaken binnen de onderneming. Indien de OK van mening is dat hiervan geen sprake is, zal zij het verzoek tot enquête afwijzen. De ondernemers zijn dan toch aangewezen op de geschillenregeling. Indien de OK het verzoek tot enquête toewijst en er sprake is van wanbeleid, kan zij niet de definitieve overdracht van de aandelen bevelen. De enige definitieve oplossing is de ontbinding van de rechtspersoon, maar dit is geen oplossing als de onderneming nog goed functioneert. Van Zandvoort Legal biedt een aantal diensten aan waarmee een gerechtelijke procedure kan worden voorkomen. De ondernemingen die gebruik maken van deze diensten zijn hierover tevreden. Zij zien de meerwaarde in van het op voorhand doorlopen van de juridische risico's die de onderneming loopt. Door tijdig gebruik te maken van deze diensten, kunnen zij voorkomen dat een conflict escaleert en niet meer op een eenvoudige manier kan worden beslecht.

7. Aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden op basis van de conclusies in hoofdstuk 8 een aantal aanbevelingen gedaan.

7.1 Aanbeveling voor Van Zandvoort Legal

Aandeelhoudersovereenkomst

Uit de praktijk is gebleken dat weinig ondernemers naast de statuten nog een aandeelhoudersovereenkomst opstellen. In de statuten worden in de meeste gevallen geen nadere afspraken over de samenwerking vastgelegd. Het is van belang dat ondernemers de noodzaak inzien van het vastleggen van afspraken over de samenwerking en conflictbeslechting. Van Zandvoort Legal kan dit bij een eerste gesprek met een cliënt ter sprake brengen. Het opstellen van een aandeelhoudersovereenkomst is niet gebonden aan dwingendrechtelijke bepalingen. Van Zandvoort Legal kan voorstellen een aandeelhoudersovereenkomst op te stellen voor de ondernemers. De ondernemers geven dan aan welke afspraken belangrijk voor hen zijn. Van Zandvoort Legal is gespecialiseerd in het ondernemingsrecht en kan de ondernemer adviseren omtrent een aandeelhoudersovereenkomst. Door haar kennis en kunde kan zij een goede aandeelhoudersovereenkomst opstellen voor de ondernemers. Hierdoor kunnen eventuele conflicten worden beheerst.

Bindend advies

Een vorm van alternatieve conflictoplossing kan worden opgenomen in een aandeelhoudersovereenkomst. De heer van Zandvoort heeft in zijn interview al aangegeven hoe hij een dergelijke vorm van alternatieve conflictoplossing in de aandeelhoudersovereenkomst kan vastleggen. In de aandeelhoudersovereenkomst moeten één of meerdere onafhankelijke derden worden benoemd. De ondernemers moeten van tevoren gezamenlijk een derde aanwijzen die bindende beslissingen kan nemen ten aanzien van het conflict. In de aandeelhoudersovereenkomst moet dan worden uitgesloten dat er bij ontevredenheid over de beslissing alsnog een gerechtelijke procedure wordt aangewend. Als men dit niet uitsluit heeft men niets aan het bindend advies. Men kan er voor kiezen voor diverse problemen verschillende derden te benoemen. Bijvoorbeeld bij vermogensrechtelijke geschillen een accountant. In de aandeelhoudersovereenkomst kan de procedure voor het tot stand komen van het bindend advies worden opgenomen. Partijen zijn vrij in het opnemen van dergelijke afspraken. Door het opnemen van bindend advies kan een lange, dure en onzekere gerechtelijke procedure worden voorkomen. Van Zandvoort Legal kan voorstellen een dergelijke bepaling op te nemen in de aandeelhoudersovereenkomst.

Geschillenregeling/enquêteprocedure

Wanneer een gerechtelijke procedure de enige oplossing is, moet Van Zandvoort Legal de juiste weg bewandelen. Zoals in dit onderzoek is weergegeven is een geschillenregeling geen adequate procedure. Deze procedure kan lang, heel lang, duren en hoge kosten met zich meebrengen. Tevens is het nog maar de vraag of de onderneming stand kan houden. In de huidige situatie is de enquêteprocedure de enige oplossing. Van Zandvoort Legal moet dan in het verzoek tot enquête aangeven dat er sprake is van twijfel aan een juist beleid en gang van zaken binnen de onderneming. Indien niet duidelijk naar voren wordt gebracht dat hiervan sprake is, zal het verzoek tot enquête worden afgewezen. Indien dit het geval is, kan alleen de geschillenregeling worden aangewend. Van Zandvoort Legal kan bij het verzoek tot enquête tevens een verzoek tot het treffen van een onmiddellijke voorzieningen indienen. Een onmiddellijke voorziening kan hetzelfde effect hebben als een uitspraak van de voorzieningenrechter. Indien van Zandvoort Legal genoodzaakt is een dergelijke procedure te starten, moet zij duidelijk maken dat een definitieve oplossing niet eenvoudig is. Indien er sprake is van wanbeleid kan de OK geen definitieve oplossing geven. Vaak wordt een

aandeelhouder ontheven van zijn stemrecht en ontslagen als bestuurder. Deze aandeelhouder heeft weliswaar geen zeggenschap meer, maar maakt nog wel steeds deel uit van de onderneming. Tevens moet van Zandvoort Legal de mogelijke kosten mededelen. Van Zandvoort Legal moet door het kort weergeven van de geschillenregeling en de enquêteprocedure proberen aan te sturen op een gezamenlijke oplossing middels mediation of bindend advies. Zij kunnen hierdoor een hoop kosten en ellende besparen.

7.2 Aanbeveling voor ondernemers in een quasi-vof

Statuten/aandeelhoudersovereenkomst

De ondernemers moet de noodzaak inzien van het vastleggen van afspraken omtrent de samenwerking en conflictbeslechting. Bij de oprichting van een BV wordt hier weinig aandacht aanbesteed, terwijl dit juist zo belangrijk is bij een samenwerking. Conflicten kunnen altijd ontstaan, maar deze kunnen door het vastleggen van duidelijke afspraken worden beheerst. Men kan onder andere de volgende afspraken vastleggen:

- ❖ de overdracht van aandelen;
- ❖ prijsbepaling van de aandelen;
- ❖ besluitvorming over strategie en beleid en wijzigingen daarvan;
- ❖ personeelsbeleid;
- ❖ financiering;
- ❖ verdeling van winst;
- ❖ “scheidingsafspraken”;
- ❖ bepaling van de exit-vergoeding;
- ❖ arbeidsongeschiktheid;
- ❖ bindend advies;
- ❖ geschillenregeling.

Dergelijke afspraken kunnen worden opgenomen in de statuten of aandeelhoudersovereenkomst. Het is voor de ondernemers eenvoudiger en goedkoper om afspraken vast te leggen in een aandeelhoudersovereenkomst. Zij zijn dan niet gehouden aan de dwingendrechtelijke bepalingen van boek 2. De afspraken in de aandeelhoudersovereenkomst mogen alleen niet in strijd zijn met de statuten. De ondernemers moeten zich laten adviseren door een juridisch adviseur. Door middel van een quick scan, een audit of een partnerabonnement kunnen zij bij van Zandvoort Legal advies inwinnen omtrent een aandeelhoudersovereenkomst. Van Zandvoort Legal is gespecialiseerd in het ondernemingsrecht en kan de ondernemers begeleiden en adviseren bij het opstellen van een aandeelhoudersovereenkomst.

7.3 Aanbeveling voor de wetgever

De geschillenregeling

De geschillenregeling moet door de wetgever nogmaals worden herzien. Zij dient in te zien dat het aanpassen van de huidige geschillenregeling niet alle problemen wegneemt. Waar het ene probleem wordt opgelost ontstaat het andere probleem. Ik ben het met Willems eens dat de geschillenregeling niet moet worden opgeknapt, maar opnieuw moet worden opgezet. De wetgever dient zich dan te laten informeren door de doctrine die verweven is met de praktijk. Zij hebben het inzicht en de kennis over hoe deze procedure in de praktijk zou moeten werken. Ik ben het met de heer Willems eens dat, uit oogpunt van vereenvoudiging, doelmatigheid en kostenbesparing voor partijen, de OK eerste en laatste feitelijke instantie dient te zijn. Mijns inziens is dit een welkome aanvulling op het effectiever oplossen van geschillen. De OK heeft de kennis om deze procedure als enige feitelijke instantie te behandelen. De OK houdt zitting met telkens de voorzitter, twee raadsheren en twee raden (deskundigen uit de praktijk die geen lid zijn van de rechterlijke macht). Doordat in de OK ook deskundigen uit de praktijk aanwezig zijn, is het niet nodig dat voor het bepalen van de prijs van de aandelen apart deskundigen worden benoemd. Hierdoor worden de kosten voor partijen bespaard en zal er spoedig een oplossing teweeg worden gebracht.

De enquêteprocedure

De wetgever zou een extra voorziening in art. 2:356 BW moeten opnemen, namelijk de verplichte overdracht van aandelen. De OK kan dan een derde benoemen die de prijs van de aandelen vaststelt. Uit de praktijk is gebleken dat partijen niet op een eenvoudige wijze definitief uit elkaar kunnen. De enige mogelijkheid is de geschillenregeling, maar die werkt in de praktijk niet. Door deze voorziening op te nemen zal een meerwaarde aan de enquêteprocedure worden toegevoegd.

7.4 Aanbeveling voor de Ondernemingskamer

De enquêteprocedure

Zoals uit de praktijk blijkt is de tijdelijke benoeming van een commissaris of bestuurder de meeste getroffen onmiddellijke voorziening. In een aanzienlijk aantal gevallen leidt deze voorziening tot beslechting van het geschil voordat een onderzoek heeft plaatsgevonden. Maar helaas is dit niet altijd het geval. Wanneer de benoeming van de commissaris of bestuurder niet goed uitvalt, dan is dat zonde van het geld. Indien de het conflict niet via deze weg is opgelost, moet een onderzoek worden verricht. De OK zou scherper moeten toezien op de werkzaamheden van de commissaris of bestuurder. Zij moet er op toezien dat niet eindeloos wordt gediscussieerd over het teweeg brengen van een oplossing. De oplossing komt er waarschijnlijk dan toch niet. De OK kan dit beter monitoren. Zij kan dit doen door regelmatig een rapportage te vragen van de verrichte werkzaamheden door de commissaris of bestuurder. Indien na ongeveer twee à drie weken blijkt dat een oplossing niet via deze weg tot stand zal komen, moet zij aan de commissaris of bestuurder aangeven dat deze kan stoppen met zijn werkzaamheden. De OK moet dan direct een onderzoek bevelen en een onderzoeker benoemen. Door meer controle te houden op de werkzaamheden van de commissaris of bestuurder, kan de OK onnodige kosten in de enquêteprocedure voorkomen.

De OK kan tevens onnodige kosten voorkomen door bij het benoemen van een onderzoeker een termijn te stellen waarbinnen het onderzoek moet zijn verricht. De kosten en de looptijd van de procedure zijn dan overzichtelijker dan in de huidige situatie. Uit de praktijk blijkt dat de enquêteprocedure niet transparant genoeg is. Zodra een verzoek tot enquête wordt behandeld en wordt toegewezen, verliezen de aandeelhouders de grip op de zaak. De OK zou richtlijnen moeten opstellen voor de wijze waarop zij te werk gaat. De richtlijnen moeten voornamelijk betrekking hebben op de benoeming van onderzoekers, de termijn waarbinnen het onderzoek ongeveer moet zijn voltooid, de kosten die gemaakt kunnen worden tijdens de enquêteprocedure en de gronden voor het treffen van onmiddellijke en voorlopige voorzieningen. In de richtlijn voor benoeming van onderzoekers moet dan worden aangegeven welke onderzoekers kunnen worden benoemd, in welke plaats zij zijn gevestigd, voor welk kantoor zij werken, wat het uurtarief is van deze onderzoeker etc. In de richtlijn waarin de termijn voor het verrichten van onderzoek wordt opgenomen moet worden vermeld hoe lang een gemiddelde procedure duurt en wat de gronden zijn dat van deze termijn kan worden afgeweken. In de richtlijn voor de kosten van de enquêteprocedure moet worden vermeld welke kosten er gemaakt kunnen worden tijdens de procedure. De OK moet dan globaal aangeven voor iedere stap die genomen kan worden, wat de kosten daar van kunnen zijn. De aandeelhouders hebben op deze manier zicht op de kosten die gemaakt kunnen worden, hierdoor zijn zij waarschijnlijk eerder bereid om tot een minnelijke oplossing te komen. In de richtlijn waarin de gronden voor het treffen van onmiddellijke en voorlopige voorzieningen worden weergegeven, kan de OK aangeven welke omstandigheden kunnen leiden tot bepaalde voorzieningen. Deze richtlijnen zou de OK moeten publiceren, hierdoor hebben de aandeelhouders meer zicht op de enquêteprocedure. Het zijn natuurlijk maar richtlijnen, het wil niet zeggen dat de OK daar dan ook aan gebonden is. Maar door op deze manier te werk te gaan zullen de aandeelhouders meer grip op hun zaak houden en dat is wat zij graag willen, transparantie.

8. Evaluatie

In dit hoofdstuk wordt de afstudeerperiode geëvalueerd. Hierbij wordt voornamelijk het product en het proces beoordeeld.

8.1 Product

Bij de start van het onderzoek was mijn kennis op het gebied van het ondernemingsrecht gering. Het ondernemingsrecht heeft sinds het derde jaar mijn voorkeur. Ik vond het daarom ook erg interessant om een onderzoek te doen in dit rechtsgebied. Hoe conflicten tussen ondernemers bij een quasi-vof kunnen worden beslecht, was nog onduidelijk. De term quasi-vof is ook pas in een later stadium, na veel literatuur te hebben bestudeerd, toegevoegd. Door het lezen van literatuur en vakartikelen heb ik veel kennis opgedaan omtrent de conflictbeslechting tussen ondernemers bij een quasi-vof. Het interview met dhr. Willems heeft in grote mate bijgedragen aan het weergeven van de conflictbeslechting in de praktijk. De mening, ervaring en kunde van dhr. Willems is een toegevoegde waarde aan dit onderzoek. Dhr. van Zandvoort heeft in zijn interview zijn praktijk weergegeven en hij heeft aangegeven hoe ondernemers omgaan met het vastleggen van afspraken. Door de ervaring van dhr. van Zandvoort heb ik inzicht gekregen in de problemen in de fase voorafgaand aan een gerechtelijke procedure. Dit rapport voldoet aan de doelstelling die genoemd is in de inleiding. Deze luidt als volgt:

“Op 4 januari 2009 zal aan Van Zandvoort Legal een rapport worden overlegd, waarin wordt aangegeven welke mogelijkheden aanwezig zijn om een conflict, tussen twee ondernemers van een quasi-vof te beheersen, op een alternatieve manier op te lossen of middels een gerechtelijke procedure te beslechten, tevens zal daarbij gekeken worden welke rol van Zandvoort Legal hierin speelt of kan spelen.”

Het rapport is in logische volgorde opgesteld. Allereerst wordt de theorie omschreven, die vervolgens wordt toegepast op de praktijk. Tevens is benoemd hoe van Zandvoort Legal in speelt op de conflictbeslechting tussen ondernemers.

8.2 Proces

Het proces verliep in het begin moeizaam. De vraagstelling en doelstelling kon ik niet duidelijk voor ogen krijgen. Doordat ik zo weinig kennis had op het gebied van conflictbeslechting tussen ondernemers, moest ik veel vooronderzoek doen. Eerst heb ik de literatuur geraadpleegd. Nadat de manieren van conflictbeslechting bekend waren, heb ik diverse vakartikelen bestudeerd. Het werd er niet gemakkelijker op. De vakartikelen zijn door diverse schrijvers geschreven, hierdoor kreeg ik te maken met diverse meningen. Ik vond het moeilijk om een eigen mening te vormen. Door de informatie van dhr. van Zandvoort en dhr. Willems is meer helderheid verschaft omtrent deze discussies. Hierdoor heb ik, voor zover mogelijk, een eigen mening kunnen vormen. Het houden van interviews is naar mijn mening een meerwaarde voor het onderzoek. Hierdoor krijg je informatie die niet altijd terug te vinden is in de literatuur. Om deze reden heb ik een interview gehouden met dhr. Willems en dhr. van Zandvoort. Door de meeste schrijvers wordt al geanticipeerd op het wetsvoorstel Personenvennootschappen titel 7.13 en het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht. Ik heb ervoor gekozen om hier nog niet op te anticiperen. Voor het wetsvoorstel personenvennootschappen maakt dit niet veel uit. Hiervan heb ik weinig informatie gebruikt. Het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering van het bv-recht is wel van belang. Indien deze is ingevoerd is het verstandig om na verloop van tijd te onderzoeken of de geschillenregeling daadwerkelijk verbeterd is ten opzichte van de huidige situatie.

9. Literatuurlijst

Artikelen in tijdschriften

Frielink 2002

K. Frielink, 'aard en karakter van statuten', *ondernemingsrecht* 2002-15, p. 488;

Geerts 2009

Mr. P.G.F.A. Geerts, 'de onmiddellijke voorzieningen van art. 2:349a lid 2 BW: een stand van zaken', *ondernemingsrecht* 2009-4, p. 40

Gerechtshof Amsterdam 2008

Gerechtshof Amsterdam, 'verkort jaarverslag 2007', *ondernemingsrecht* 2008-17, p.185

McCahery en Vermeulen 2005

Prof. dr. J.A. McCahery en mr. dr. E.P.M. Vermeulen, 'de behoefte aan een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid', *ondernemingsrecht* 2005-11, p. 137

Van Caneghem 2006

Luc van Caneghem, 'statuten en aandeelhoudersovereenkomsten', *rechtskundig weekblad* 2006-07, nr. 11, p.462-474,

Van der Sangen 2003

Mr. G.J.H. van der Sangen, 'aandeelhoudersovereenkomsten in besloten verhoudingen', *SV&V tijdschrift voor Stichting, Vereniging en Vennootschap*, p. 2003-1

Bijdragen in boeken

Norbruis 2003-2004

R.W.Th. Norbruis, 'kroniek van de uitkoop- en geschillenregeling', in: geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005, *serie vanwege het Van Der Heijden instituut deel* 82, Deventer: Kluwer 2005;

Willems 2000

Mr. J.H.M. Willems, 'conflicten rondom de rechtspersoon', in: *serie vanwege het Van Der Heijden instituut deel* 62, Deventer: Kluwer 2000

Willems 2008

Mr. J.H.M. Willems, 'geschillen en exitmogelijkheden', in: *serie vanwege het Van der Heijden instituut deel* 98, Deventer: Kluwer 2008

Elektronische bronnen

www.encyclo.nl (3 januari 2010)

www.ez.nl (3 januari 2010)

www.justitie.nl (3 januari 2010)

www.rechtennieuws.nl (3 januari 2010)

www.zandvoort-legal.nl (3 januari 2010)

Jurisprudentie

HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 m.nt. Maeijer (Ogem)

HR 1 maart 2002, NJ 2002, 296 (Zwagerman)

HR 27 september 2000, JOR 2000/217 (Gucci)

Hof Amsterdam 7 november 1996, P.G. gepubliceerd in KG 1997,3 en TVVS 1997, m.nt. Geerts

OK 20 november 1997, NJ 1998, 539, JOR 1998/26 (Hooymans)

Kamerstukken

Kamerstukken II, 2007/2008, 29 752, nr. 6

Literatuur

Asser/Solinge & Nieuwe Weme 2009

Mr. G. van Solinge en mr. M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 2. Deel II*. Rechtspersonenrecht de naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009, derde druk;

Baarda, de Goede en Teunissen 2005

D.B. Baarda, M.P.M. de Goede en J. Teunissen, *basisboek kwalitatief onderzoek, handleiding voor het opzetten en uitvoeren van kwalitatief onderzoek*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2005;

Brenninkmeijer, Bonenkamp, van Bruggen, Walters 2003

A.F.M. Brenninkmeijer (eindredacteur), H.J. Bonenkamp, J. van Bruggen, P. Walters, *handboek mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003;

Geerts 2004

Mr. P.G.F.A. Geerts, *enkele formele aspecten van het enquêterecht, analyse van de relevante rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2004;

Koppenol 2004

Mr. C.L. Koppenol, *ondernemingsrecht en faillissementsrecht*, Groningen/Houten: Wolters-Noordhoff 2004, zevende druk;

Kroeze, Timmerman en Wezeman 2007

M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, *de kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2007, tweede druk;

Pitlo/Raaijmakers 2006

Prof. Mr. M.J.G.C. Raaijmakers, *Pitlo. het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2. Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006;

Slagter 2005

Mr. W.J. Slagter, *compendium ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, achtste druk;

Van Schilfgaarde 1998

Mr. P. van Schilfgaarde, *van de BV en de NV*, Arnhem: Gouda Quint 1998, elfde druk;

Interview

Willems 2009

Mr. J.H.M. Willems, plaatsvervangend raadsheer bij de Ondernemingskamer en tevens bijzonder hoogleraar corporate litigation aan de Universiteit Groningen, 9 november 2009. De uitwerking van het interview is opgenomen in bijlage A;

Van Zandvoort 2009

Mr. L.M.P. van Zandvoort, advocaat en eigenaar van Van Zandvoort Legal. De uitwerking van het interview is opgenomen in bijlage B.

Rapporten

Cools e.a. 2009

Prof. Dr. K. Cools RA, mr. dr. P.F.G.A. Geerts, prof. Mr. dr. M.J. Kroeze, mr. drs. A.C.W. Pijls, *Rapport Cools/Kroeze*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen, Rotterdam: Erasmus universiteit Rotterdam 2009

Kluiver e.a. 2004

H.J. de Kluiver e.a., *vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht. Rapport van de expertgroep ingesteld door de Minister van Justitie en de Staatssecretaris van economische zaken*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2004

Wetgeving

Wijziging van artikelen uit boek 2 BW (wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht) is opgenomen in bijlage C.